

Marzo 2021

dpu

DIRITTO PENALE
E UOMO

Criminal Law and Human Condition

FASCICOLO
3/2021

Conversazione

1 LINGUA DEL DIRITTO E LINGUAGGI DI GENERE – CH. 3

L'immagine del diritto al femminile

Alessandro Rudelli, Emanuela
Abbatecola, Angela Condello

Riflessione

9 L'ANTI-RICICLAGGIO? «IT IS A SWISS CHEESE, FULL OF HOLES»

Una panoramica sul sistema
tedesco di prevenzione
e lotta al riciclaggio di
denaro sporco

Verena Zoppi

Riflessione

16 LE IMMUNITÀ “FUNZIONALI”, LA PROCEDURA DELL'IMPEACHMENT E IL CASO TRUMP

Maria Rosaria Donnarumma

Conversazione

29 ANCORA SU LIBERO ARBITRIO, IMPUTABILITÀ E RESPONSABILITÀ PENALE – CH. 3

Diritto penale

e condizionamenti.

Conversazione con Carla Bagnoli,
Mario De Caro e Pietro Pietrini

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

Riflessione

34 PREVENIRE È MEGLIO CHE PUNIRE

Prefazione

Fabio Basile

Riflessione

64 NON È UNA PENA PER DONNE

ITutela del diritto all'autodeterminazione per le donne sottoposte a privazione della libertà personale e obiezione di coscienza dei magistrati. Considerazioni a margine della sentenza della Cassazione S.U. 3780/21

Sofia Ciuffoletti

Riflessione

37 LA GIUSTIZIA PENALE AI TEMPI DI VOLTAIRE E IL CASO DI JEAN CALAS

Vincenzo Gilgio

Riflessione

77 SI FA PRESTO A DIRE RIFORMA

Riflessioni per una nuova cultura penitenziaria

Camilla Cosentino, Susanna Colombo

Riflessione

57 STATI DI NEGAZIONE

Michele Passione

Riflessione

96 ACCIDENTI PLASTICI. QUANDO LA PLASTICITÀ DISTRUTTRICE CREA NUOVE IDENTITÀ FORMALI

Valeria Maggiore

Articolo

**109 LA GIUSTIZIA MINORILE:
UN SISTEMA DAVVERO
INCENTRATO SULLA
PERSONA**

Interazioni tra misure penali
ed extra-penali

Raffaele Bianchetti

Riflessione

Conversazione

**128 ABUSI FISCALI E WHITE
COLLAR CRIMES.
PERCHÉ LA RETE
NON CATTURA I PESCI
GROSSI – CH. 1**

Lezioni dai Fincen Files: chi ha
paura dei grandi evasori?
Conversazione con Maurizio
Franzini

Elisa Padoan, Maurizio Franzini

Riflessione

**133 PER L'INTELLIGENZA
OCCORRE UNA GABBIA
GRANDE**

Ermanno Franchetto

**136 LISTE DI ATTESA
PER L'ESECUZIONE
DELLE MISURE DI
SICUREZZA DETENTIVE:
ANALISI E POSSIBILI
SOLUZIONI**

Pietro Pellegrini

Articolo

**149 DALLA PERICOLOSITÀ
“PER SE E PER GLI ALTRI”
ALLA VALUTAZIONE
DELLA “PERICOLOSITÀ
SOCIALE”**

Concetti controversi in psichiatria
clinica e forense

Mario Mantero, Silvia Cardazzi

Conversazione

159 **LINGUA DEL DIRITTO
E LINGUAGGI DI
GENERE – CH. 4**

Prospettive transdisciplinari

Alessandro Rudelli, Emanuela
Abbatecola, Angela Condello

Riflessione

164 **LE VITTIME VULNERABILI
HANNO SEMPRE DIRITTO
AL PATROCINIO
A SPESE DELLO STATO**

Nota a Corte cost., sent. 11
gennaio 2021, n. 1, Pres.
Coraggio, Red. Coraggio

Enrica Valente Sardina

Riflessione

173 **E LA NAVE (NON) VA...**

ALuca Santa Maria

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 Miletti, 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

— **Lingua del diritto e linguaggi di genere – Ch. 3**

L'immagine del diritto al femminile

Language of law and languages's gender – Ch. 3

Image of the law as female

di Alessandro Rudelli, Emanuela Abbatecola e Angela Condello

Un lavoro molto interessante di Adriano Prospero è "Giustizia bendata"¹.

L'immagine della giustizia è prevalentemente femminile, nelle sue accezioni di ordine simbolico sia positive che negative.

Ora siamo in una struttura sociale nella quale il linguaggio è sempre più spesso un linguaggio di immagine e nella quale l'immagine del diritto è sempre più spesso spettacolarizzata.

Secondo voi:

Cosa si può pensare di questa immagine femminile del diritto in un mondo spettacolarizzato dove il femminile è spesso stereotipato e grottesco?

¹ A. Prospero, *Giustizia bendata. Percorsi storici di un'immagine*, Einaudi, 2008; nel testo l'Autore parte dalla benda sugli occhi, un attributo dell'immagine simbolica della giustizia come donna, per sviluppare un ricco percorso di ricerca storica e iconografica sul rapporto tra le leggi, i tribunali e le rappresentazioni del potere di giudicare. Per approfondimenti, cfr. anche l'intervista di R. Bianchetti ad Adriano Prospero, *Delitto, castigo, pena e perdono*, in questa rivista, 20 gennaio 2021.

Angela Condello

In realtà secondo me l'immagine del diritto al femminile è già un po' equivoca.

Nel senso che la questione del femminile fa venire fuori l'origine in qualche modo violenta del diritto, tanto delle leggi quanto delle pratiche giurisprudenziali, rispetto a un mondo di principi.

Ad essere bendata, anche in Cassazione, è sempre Giustizia; **in verità ad essere personificata** al di là della sua connotazione sessuata o di genere, **è la condizione umana riflessa nella parola Giustizia.**

Diciamo che Giustizia tiene con sé l'equità, la non discriminazione; è una sorta di un principio di bene da realizzare, quasi un fine nel senso antico più che una serie di strumenti per realizzarlo.

Quindi questa tua domanda secondo me Alessandro tocca una delle questioni che riguardano il rapporto tra il genere, il diritto, la neutralizzazione e la potenzialità anche rivoluzionaria, a modo suo, dell'approccio che io direi proprio femminista.

Perché, riprendendo quello che dicevamo prima rispetto a uomo e umanità², questo approccio ha rimesso al centro il soggetto, a partire proprio dall'idea per cui c'è uno dei due generi, c'è un lato del mondo che è stato sempre considerato 'l'altro'.

Dal "Secondo sesso" della Simone de Beauvoir³, ma pensiamo anche a "Speculum"⁴, quindi parlo proprio delle origini, **il femminismo della differenza ha fatto un'operazione politicamente, filosoficamente, sociologicamente, ma anche giuridicamente dirompente: ha rimesso al centro il soggetto.**

Per questo mi sembra interessante che sia Giustizia ad essere impersonificata, ad essere declinata all'interno di un corpo: le virtù sono personificate.

Il diritto può avere dei simboli: *lex* porta in sé generalmente la spada, la bilancia, la parola *equus* che viene dal fatto che c'era il cavallo rappresentato sulla bilancia, quindi l'equità come strumento di commisurazione.

² Si veda in particolare il Capitolo 1 della presente conversazione: *Le parole non sono neutre: il maschile e il femminile nella lingua*, al quale si rimanda.

³ Simone de Beauvoir, scrittrice, saggista, filosofa, femminista di primo piano internazionale, esponente dell'esistenzialismo col proprio compagno Jean Paul Sartre. Qui viene ricordato un testo fondamentale per il pensiero femminista: S. de Beauvoir, *Il secondo sesso*, Il Saggiatore, 2016.

⁴ Si fa riferimento a uno dei testi più significativi del "femminismo della differenza", dove sono svelati i processi di esclusione del femminile dalla produzione del discorso, quell'Altro-donna definita da imperativi logici maschili: L. Irigaray, *Speculum. L'altra donna*, Feltrinelli, 2010.

Però **la personificazione**, cioè l'immagine di qualcosa che nasce, esiste, patisce, entra in crisi, si individua nel senso psicoanalitico attraverso errori, crisi e fino a morire, **è qualcosa che appartiene al campo dei valori.**

Se vuoi, al campo più della morale in senso lato.

E uno dei tanti pregi del femminismo, più che pregi di cose che gli andrebbero riconosciute, è che crea la possibilità di riportare l'attenzione sul soggetto.

Come quello che tu dicevi prima rispetto a Diritto Penale e Uomo, che la vostra idea è quella di guardare al diritto dal punto di vista critico, non intragiuridico o tecnicistico, come magari era l'analisi giurisprudenziale di Diritto Penale Contemporaneo, ma differenziandosi per dire: «Il diritto io lo guardo come pratica sociale tra altre pratiche sociali come potrebbero essere la religione, l'equilibrio madri-figli, eccetera; come una pratica sociale che fa cose che hanno effetti».

Ecco, il femminismo, riporta l'attenzione sul soggetto e quindi sull'esistenza individuale.

Le pratiche del femminismo della differenza in Italia erano gruppi di ascolto, di analisi collettiva, dove si partiva dal racconto delle storie individuali, secondo me questa operazione è già di per sé importante per immaginare **un riposizionamento del diritto a partire dalla dimensione individuale e meno come strumento violentemente e ingiustamente neutralizzatore.**

Contro l'idea della giustizia che vuole realizzare qualcosa che è ogni volta diverso.

Perché il punto è proprio questo: perché anche attraverso il linguaggio uno può fare giustizia?

Perché ciascuna esistenza può trovare espressione attraverso il linguaggio ordinario o attraverso il metalinguaggio giuridico, quando questo non è neutralizzatore.

Invece quando il diritto non prova a mettersi nella posizione del soggetto, dell'individuo, dell'individua, entra in un corto circuito per cui l'operazione di neutralizzazione continua a farla.

Quindi l'immagine femminile del diritto, se uno fa un po'di lavoro archeologico, è la Giustizia, è l'altra faccia: dovrebbero essere interconnesse.

Non è un caso che ci sia Giustizia tra altri giuristi romani: se uno entra in Cassazione ci sono vari giuristi romani perché appunto è la scienza del diritto.

Spesso sono rappresentate nei tribunali delle virtù perché è quell'infinito a cui tendere, che deve restare infinito per non rischiare di ricadere nel meccanismo del *nec utrum* che dice cosa sì e cosa no.

Non funziona come la *regula* latina che diceva fondamentalmente «non bisogna fare del male agli altri», ma dà una forma che in realtà costituisce l'essenza delle cose, e allora fa Giustizia.

Forse sono andata un pochino a toccare dei canali troppo astratti, però a questo mi fa pensare l'immagine della Giustizia al femminile.

Emanuela Abbatecola

Io sono reduce da un viaggio nelle città d'arte dell'Italia e ho notato che spesso i pittori dell'epoca ritraevano la Giustizia come una donna con una bilancia e una spada.

Però su questo non vorrei addentrarmi, non essendomi mai occupata di diritto: feci soltanto un esame di sociologia del diritto, il passato remoto è d'obbligo, dove ricordo che il mio docente, che tu probabilmente conoscerai quantomeno di fama, Valerio Pocar⁵, mi chiese: «Ma questo discorso delle parole: secondo te ha senso declinare le parole al femminile?».

Io mi dichiaravo femminista fin dagli anni Settanta e a questa domanda, negli anni Ottanta, risposi: «Ma tutto sommato non sono queste le cose importanti».

Senza arrabbiarmi, ma mi dicevo: «Che cosa cambia?».

Non ricordo le parole esatte di Angela, però il senso è che la scelta delle parole nel diritto ha delle conseguenze concrete: la scelta di una parola piuttosto che di un'altra ha un impatto sulla realtà e la modifica perché le parole non soltanto plasmano il pensiero ma creano la realtà.

Quel che dicevano le femministe dell'epoca e continuiamo a dire oggi è che **quel che non viene nominato non esiste**.

Il fatto di non aver nominato le donne per tanto tempo, e attenzione quando dico per tanto tempo non dico fino all'Ottocento, dico fino al 2010, perché se è vero che le femministe della differenza hanno cominciato a sottolineare la rilevanza delle parole già negli anni Settanta, però di fatto la rilevanza di questo pensiero è stata messa da parte fino a pochi anni fa.

Ciò che non viene nominato quindi non esiste.

Io da ex ragazza del Novecento ho studiato in un liceo classico nel quale i professori delle materie importanti, latino e greco, erano prevalentemente maschi, a differenza di quanto succede oggi, che però a mio parere è un indicatore del fatto che la cultura classica è meno prestigiosa, ma questo aprirebbe tutto un altro discorso.

⁵ Avvocato cassazionista, già professore di sociologia e di sociologia del diritto.

Per tutta la mia formazione io ho avuto docenti maschi; in università non ho mai avuto docenti donne se non qualche assistente e tutto ciò che ho imparato era la storia che mi veniva passata come la storia dell'arte maschile.

Non ho mai studiato nessuna pittrice, non avevo idea che esistessero pittrici, ma neanche me ne accorgevo perché io avevo incorporato il modello quindi non mi interrogavo del perché non ci fossero mai delle pittrici donne: lo davo per scontato.

La letteratura italiana era la letteratura degli scrittori uomini e quando sono diventata grande e ho scoperto che Grazia Deledda era stata premio Nobel mi sono chiesta: «Ma perché io non ho mai studiato nulla di Grazia Deledda, che pure era diventata premio Nobel? Come è possibile?».

Allora: le parole creano la realtà.

Ecco perché è importante iniziare a nominare le donne, ma iniziare anche a nominare le donne transessuali, iniziare a nominare gli uomini transessuali, iniziare a nominare i gay, le lesbiche, eccetera, perché tutto ciò che non viene nominato è come se non esistesse.

Scusate, sto ragionando a ruota libera, non sto seguendo uno schema; sto seguendo le mie passioni e spero che all'ascolto ci sia una coerenza nel mio caos, che dentro di me ha una coerenza, ma spero che riesca a rendersi anche all'esterno.

Allora: avvocatessa/avvocato; tu prima nel tuo intervento Angela hai detto: «Dicono: che differenza c'è tra dire avvocato e avvocatessa?».

Due questioni: una è il fatto che **poiché le parole creano la realtà, abituarsi a dire avvocatessa, ingegnera, ministra, sindaca**, è come dire alle bambine e anche ai bambini di nuova generazione, cioè quelle e quelli che saranno le cittadine e i cittadini di domani: «Tu in quanto donna, in quanto bambina, potrai fare tutta una serie di lavori: potrai diventare avvocatessa come pittrice come fiorista, come qualsiasi altra cosa».

Mentre io sono stata cresciuta, e probabilmente anche Angela per quanto sia molto più giovane di me, in un mondo in cui l'avvocato era una professione maschile, il ministro era una professione maschile, l'ingegnere è ancora una professione terribilmente maschile.

Per cui il messaggio, i sottotitoli che ci passavano quando sentivamo parlare è: quello è un mondo maschile perché l'arena pubblica è prevalentemente maschile.

Dopo di che se tu sei particolarmente caparbia, forte, testarda potrai anche diventare ministro, avvocato, eccetera.

Questa è una prima questione: se noi continuiamo a usare un maschile neutro non produrremo mai, non tanto in noi che ormai il nostro sguardo è plasmato, quella rivoluzione culturale per cui per le bambine sarà normale pensarsi avvocate, pompiere, ma anche soldatrici, muratore, non necessariamente legate al prestigio.

C'è un bellissimo filmato, ovviamente inglese perché le cose più belle ancora in Italia non abbiamo consuetudine a farle, in cui a un certo punto in una scuola primaria le insegnanti dicono: «Benissimo: adesso parliamo di alcune professioni. Pilota! Disegnate un pilota».

E tutti disegnano un maschio.

«Come si chiama questo pilota?».

«Ben, Johnny, Paul», eccetera.

«Disegniamo un vigile del fuoco».

E queste bambine, questi bambini come hanno disegnato questo vigile del fuoco?

Come un maschio.

«Come si chiama questo vigile del fuoco?»

«Antonio Filippo, Giovanni», eccetera.

E così via.

«Benissimo, adesso voi avete disegnato tutte queste figure e ora ve le facciamo conoscere».

Entrano quattro donne: una vigile del fuoco, una pilota eccetera vestite secondo gli abiti della professione.

E una bambina dice: «Sono travestite!».

Anche di fronte alla evidenza: questo ci dice che le parole condizionano tantissimo anche il nostro immaginario.

Per cui continuare a declinare al maschile le professioni significa trasmettere un immaginario nel quale le bambine faticano a vedersi in posizioni che la tradizione considera maschili.

E allo stesso modo i bambini non riescono a immaginare le proprie compagne in posizioni che la tradizione considera maschili.

Perché è importante allora dire “avvocata”, “ingegnera”?

Per modificare lo sguardo, per modificare l'immaginario, per far sì che per le future generazioni sia meno difficile rompere le gabbie di genere e quindi rompere le aspettative di genere.

Però c'è anche un'altra questione: ci si arrabbia moltissimo sull'avvocato o avvocatina («Non sono queste le cose importanti»), ma molte donne avvocate preferiscono essere declinate al maschile perché il maschile conferisce il prestigio.

Noi donne abbiamo interiorizzato il sessismo e quindi abbiamo spesso la percezione che la nostra professione prestigiosa se viene declinata al femminile è come se perdesse un po' del suo prestigio

Quindi ci arrabbiamo moltissimo e a volte anche le avvocate si arrabbiano moltissimo se viene declinata al femminile una professione prestigiosa; nessuna ha niente da dire se diciamo operaia, contadina, cameriera eccetera.

Quindi attenzione: in qualche modo c'è una resistenza che ha a che fare con le gerarchie tra il femminile e il maschile e che ha a che fare anche con il prestigio tra le professioni.

Per cui tanto più una professione è prestigiosa tanto più ci si arrabbierà in caso di declinazione della professione al femminile.

Tutto questo ha a che fare col potere e col prestigio, col potere maschile e in particolare col prestigio di alcune professioni.

Tanto è vero che c'è anche il fenomeno della cosiddetta polarizzazione semantica, per cui la stessa parola se declinata al maschile o al femminile assume una connotazione completamente differente.

“Maestro” o “maestra”: se io dico «maestro», tutti noi, ma anche io e Angela che pure siamo avvertite studioso del tema, pensiamo ai grandi Maestri, a quelli che hanno in qualche modo influito, pensiamo a Muti, pensiamo Schopenhauer, a seconda del contesto, pensiamo ai grandi uomini che hanno in qualche modo fatto la differenza.

Se io dico «maestra» penso a una figura che nell'immaginario è anche positiva per chi ha avuto la fortuna di avere delle maestre significative, però se io fossi medica e dovessi dire che Rita Levi Montalcini è la mia maestra suonerebbe strana, suonerebbe una forzatura.

Pensate a “segretaria” e “segretario”: se io metto su Google Immagini la voce “segretario” escono segretari di partiti, segretari comunali, figure che hanno in qualche modo una certa statura, un certo prestigio.

Se metto “segretaria” escono invece delle donne che hanno un ruolo della segretaria quella classica e molto spesso della segretaria sexy.

Devo dire che negli ultimi quindici anni qualcosa è migliorato, nel senso che quando feci questo esercizio per prepararmi a una conferenza su questi temi, mettendo segretaria su Google Immagini la prima voce che usciva era “segretaria bona”, con una serie di immagini molto molto volgari.

Adesso c'è “segretaria sexy”, un po' meno volgare, però c'è comunque una donna giovane magari coi capelli legati e gli occhiali, e mi veniva in mente quei film degli anni Cinquanta con la segretaria un po' bruttina che si scioglieva i capelli, toglieva gli occhiali e diventava bellissima.

Ma l'esempio più eclatante è il governante e la governante: sono due professioni che non hanno nulla a che vedere l'una con l'altra.

Per cui **quando parliamo di declinazioni di genere nel linguaggio stiamo parlando delle differenze di potere e di prestigio** e per questo è importante in qualche modo fare attenzione alle parole che usiamo e **tanto più**, come dice Angela, **nel diritto** perché questo fa delle differenze concrete.

Alessandro Rudelli

Angela, il giudice maschio amministra la Giustizia donna; non esiste una declinazione al femminile di giudice?

Angela Condello

Beh, se noi intanto diciamo la giudice, la magistrata... perché dal un punto di vista linguistico essendo "giudice" con la "e" non ha questo gioco della "o" contro la "a".

Però c'è modo per declinare anche quello al femminile, decisamente: non è questo il punto.

[...continua]

Riflessione

— L'anti-riciclaggio? «It is a Swiss cheese, full of holes»¹

Una panoramica sul sistema tedesco di prevenzione
e lotta al riciclaggio di denaro sporco

The anti-money laundering? «It is a Swiss cheese, full of holes»

An overview of the German system for preventing and combating money laundering

di Verena Zoppei

Abstract. Questa riflessione prende spunto dalla pubblicazione dei rapporti FinCen che vedono il colosso bancario tedesco Deutsche Bank al primo posto tra gli istituti coinvolti nello scandalo di riciclaggio di denaro sporco, per delineare, con uno sguardo critico, il sistema di contrasto al riciclaggio attualmente in vigore in Germania.

Abstract. This paper takes its cue from the publication of the FinCen files, which put the German bank Deutsche Bank at the top of the list of institutions involved in the money laundering scandal, to take a critical look at the anti-money laundering system currently in place in Germany.

SOMMARIO: 1. Perché i rapporti *FinCen* invitano a parlare di anti-riciclaggio in Germania. – 2. *Deutsche Bank*: perché i rapporti *FinCen* non sorprendono. – 3. La Germania: un sistema permeabile sotto vari punti di vista. – 4. Uno sguardo al futuro: tra speranza e disillusione.

¹ Così Eero Heinäluoma (Europarlamentare), [nel suo commento](#) sulla vicenda dei *FinCen Files*, 8 ottobre 2020.

SUMMARY: 1. Why the FinCen files call for talking about money-laundering control in Germany - 2. Deutsche Bank: Why the FinCen reports are not surprising. - 3. Germany: a permeable system in many respects. - 4. A look into the future: between hope and disillusionment.

1. Perché i rapporti *FinCen* invitano a parlare di anti-riciclaggio in Germania.

A seguito delle rivelazioni dei rapporti *FinCen*² si è riaperto il dibattito sull'adeguatezza ed efficacia dell'attuale sistema di prevenzione e lotta al riciclaggio. I rapporti mettono in luce specificamente le lacune delle regole esistenti nel settore bancario e l'indifferenza alle eventuali sanzioni da parte dei grandi colossi bancari. Ma la regolamentazione degli istituti di credito non è l'unica carenza in materia di antiriciclaggio.

Perché dopo trenta anni di legislazione anti-riciclaggio, in cui vi è stato un adeguamento *record* da parte degli Stati Nazionali agli *standard* transnazionali pubblicati dal GAFI, il sistema di prevenzione e lotta al riciclaggio viene definito ancora «*a swiss cheese, full of holes*»?

È una questione complessa, spesso politica che non ritrova le sue lacune solo nel settore bancario. Prendendo ad esempio il **sistema anti-riciclaggio tedesco** si può osservare che il riciclaggio di denaro sporco non passa solo tramite la *Deutsche Bank*. Il volume del denaro riciclato in Germania è stato stimato in **100 miliardi di euro** l'anno secondo uno studio commissionato dal Ministero Federale delle Finanze³. Altri canali e fattori, quali l'utilizzo del contante, la segretezza delle transazioni finanziarie, il mercato immobiliare e una legislazione e istituzioni troppo deboli sono altrettanti varchi che permettono l'infiltrazione di capitale illecito nell'economia tedesca, come di altri paesi.

L'esempio del caso tedesco è particolarmente interessante perché, a discapito di un'economia solida e stabile e di un paese che in molti campi è esempio di progresso e adeguamento al diritto internazionale, in ambito di lotta al riciclaggio invece presenta gravi lacune. Il governo tedesco, che in passato è già stato richiamato più volte dalla Commissione europea attraverso formali procedure di infrazione per non aver trasposto in legge nazionale le Direttive anti-riciclaggio nei tempi assegnati⁴, ha recentemente ammesso che il paese presenta un **rischio medio-alto** legato al riciclaggio⁵. Se da una parte

² Per un approfondimento sui *FinCen files* vedi: 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, tutti pubblicati in questa rivista. 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.

³ K. Bussmann, *Dunkelfeldstudie über den Umfang der Geldwäsche in Deutschland und über die Geldwäscherisiken in einzelnen Wirtschaftssektoren*, 2016.

⁴ Recentemente la Germania, insieme ad altri paesi nove paesi, è stata richiamata dalla Commissione europea per non aver trasposto in legge nazionale la quarta direttiva anti-riciclaggio. Cfr. Commissione europea, *Vertragsverletzungsverfahren im Januar: Entscheidungen zu Deutschland*, 24 gennaio 2019).

⁵ Ministero federale delle Finanze, *Erste nationale Risikoanalyse. Bekämpfung von Geldwäsche und Terrorismusfinanzierung. 2018/2019*, 19 ottobre 2019.

è un dato positivo il fatto che il governo federale sia consapevole della permeabilità del proprio sistema economico-finanziario, dall'altra stupisce che tale rischio pur essendo già stato segnalato dal GAFI nel 2010⁶, non sia stato finora affrontato in maniera adeguata.

2. *Deutsche Bank*: perché i rapporti *FinCen* non sorprendono.

Basti pensare alla *Deutsche Bank*, colosso bancario tedesco, protagonista dei rapporti *FinCen*, subito seguito da *Jp Morgan Chase* e *Standard Chartered*. *Deutsche Bank* insieme ad altri grandi gruppi, quali HSBC, UBS e Barclays era stata coinvolta già nei **Panama Papers** nel 2016, nel **Russian Laundromat** del 2017, e nello scandalo che aveva coinvolto la danese *Danske Bank* del 2018. I *Panama Papers* svelarono che *Deutsche Bank* aveva istituito più di 400 società offshore, aiutando così élite e classi dominanti a tenere la propria identità nascosta⁷. Rapporti interni della banca tedesca, resi pubblici nel contesto dell'inchiesta sul caso del Russian Laundromat, rendono noto che la banca non fosse stata al corrente della possibilità di fungere da tramite per l'infiltrazione di miliardi di denaro contante di provenienza illecita nel sistema finanziario europeo⁸. Recentemente *Deutsche Bank* ha accettato di pagare 150 milioni di dollari di sanzione inflitti dal dipartimento dei servizi finanziari di New York in relazione al notorio caso di riciclaggio che ha coinvolto *Danske Bank*⁹. Ebbene, i rapporti *FinCen* hanno mostrato che *Deutsche Bank*, nonostante il coinvolgimento in precedenti scandali internazionali di riciclaggio e pur essendo stata in passato costretta a pagare ingenti sanzioni, abbia continuato con il cosiddetto «*business as usual*». Quello che più allarma, infatti, è che i rapporti pubblicati da *FinCen* dimostrano che i dipartimenti antiriciclaggio interni alle banche erano a conoscenza delle operazioni sospette, che avevano segnalato all'agenzia *FinCen*, ma che né i vertici degli istituti né i governi, né le rispettive autorità di vigilanza hanno preso provvedimenti adeguati a fermare tali operazioni¹⁰. Si discute se il problema siano le sanzioni irrisorie inflitte alle banche per non aver rispettato gli obblighi legati all'anti-riciclaggio. Non sembra aver avuto effetto deterrente neppure l'aver reso pubblico il nome delle banche coinvolte, svergognandole tramite il principio «*naming and shaming*». Critiche sono state sollevate anche nei confronti di una **vigilanza** nel settore bancario troppo

⁶ Il GAFI aveva già individuato vari fattori di rischio nel suo rapporto del 2010, quali la densità dell'uso del contante, la solidità e la complessità del sistema economico-finanziario, il suo ruolo importante nel mercato internazionale: «*Germany may have a higher risk profile for large scale ML than many other countries. It is a large economy and financial center strategically located in the middle of Europe, with strong international linkages[...]. Germany has a large and sophisticated economy and financial sector, plays a large role in world trade, and is involved in large volumes of cross-border trade and financial flows. Germany also has a large informal sector; use of cash is reportedly high*» (La Germania potrebbe essere più esposta al rischio di riciclaggio di tanti altri paesi. È un grande centro economico e finanziario situato strategicamente al centro dell'Europa, con forti legami internazionali. La Germania ha un'economia e un settore finanziario ampio e sofisticato, svolge un ruolo importante nel commercio mondiale ed è coinvolta in grandi volumi di scambi commerciali e flussi finanziari transfrontalieri. La Germania ha anche un grande settore informale; l'uso di denaro contante è, secondo quanto riferito, elevato). FATF/OEC, IMF, *Mutual Evaluation Report*, 19 febbraio 2010, p. 28.

⁷ V.F. Obermaier, B. Obermayer, K. Ott, U. Schäfer, V. Worme, *Eine Briefkastenfirma, bitte*, in *Süddeutsche Zeitung*, 14 aprile 2016.

⁸ A.K. Downocorp, *Deutsche Bank: Lawbreaking Likely in Russian Laundromat*, in OCCRP, 17 aprile 2019.

⁹ New York State Department of financial services, *Consent order*, 06 luglio 2020.

¹⁰ Il governo statunitense ha ricorso in alcuni casi allo strumento del *deferred prosecution agreement*, col quale ha imposto sanzioni pecuniarie alle banche.

passiva e restia ad agire contro i grandi colossi, preferendo punire invece i pesci piccoli. Secondo voci critiche la *Bafin*, l'autorità di vigilanza tedesca, infatti avrebbe potuto e dovuto prevenire il coinvolgimento delle banche tedesche negli ultimi scandali finanziari, tra cui quello *Cum-Ex*¹¹.

3. La Germania: un sistema permeabile sotto vari punti di vista.

Il settore bancario, però, non è l'unico punto debole del sistema tedesco. Altri elementi individuati dal governo tedesco come **fattori di rischio** sono l'attrattività e complessità del sistema economico, l'uso diffuso del contante e la possibilità di effettuare transazioni anonime.

Per quanto riguarda l'uso del **contante**, per esempio, l'economia tedesca è ancora ampiamente basata sull'uso della moneta cartacea. Circa due terzi delle transazioni avvengono in contanti, che rimane il mezzo di pagamento preferito dalla maggioranza, anche per motivi di cultura giuridica¹². Se di per sé il contante è uno strumento assolutamente legittimo, è ormai un dato di fatto che, come ogni mezzo di pagamento anonimo di cui non sia possibile controllare l'origine, esso venga sfruttato anche per scopi di riciclaggio. Europol aveva già avvertito i Paesi Membri nel 2015 su come, anche nei casi di riciclaggio di denaro sporco tramite l'uso di complessi schemi finanziari, l'uso del contante in un certo stadio del processo di riciclaggio fosse inevitabile¹³. Come tentativo di mitigazione del rischio da gennaio 2020 in Germania è stato introdotto un tetto massimo per le transazioni effettuate tramite contante di 2.000 euro, oltre il quale gli acquirenti sono obbligati a identificarsi. È ancora troppo presto per dare valutazioni a riguardo, di per certo l'efficacia di tale tetto dipenderà dall'accuratezza con cui verrà verificata l'identità di coloro che lo sforeranno.

Un altro fattore che ha reso per lo meno in passato il paese meta di investimenti di capitale di provenienza illecita è stato la possibilità di effettuare operazione finanziarie ed economiche in segretezza, ossia in **anonimità**, tramite l'uso di società fittizie. Secondo uno studio del 2017¹⁴, il livello di opacità e complessità dell'economia tedesca è tra i più alti in Europa. Nell'indice pubblicato annualmente da *Tax Justice Network* sui paesi al mondo che consentono il più alto livello di segretezza finanziaria, la Germania si posiziona al quattordicesimo posto con un livello di segretezza lievemente superiore a Panama o Malta¹⁵. Grazie all'intervento dell'Unione Europea anche in questo ambito si sono fatti grandi passi avanti, per esempio grazie all'introduzione del registro dei beneficiari effettivi.

Nell'Unione Europea si sono susseguite cinque **direttive anti-riciclaggio** che hanno introdotto importanti riforme proprio per ridurre il rischio di riciclaggio legato alla possibilità di operare anonimamente nel mercato finanziario, all'uso del contante e ad

¹¹ Finanzwende, *Die Akte Bafin*, ottobre 2019.

¹² Deutsche Bundesbank, [3. Bargeldsymposium der Deutschen Bundesbank](#), 2016.

¹³ Europol, *Why is cash still king? A strategic report on the use of cash by criminal groups as a facilitator for money laundering*, 8 febbraio 2015.

¹⁴ Transcrime, 2017, *Mapping the Risk of Serious and Organised Crime Infiltration in Europe. Final report of the MORE project*.

¹⁵ Tax Justice Network, *Financial Secrecy Index*, 2020.

alcuni settori economici particolarmente esposti. Se da una parte il susseguirsi di direttive, con talvolta tempi di trasposizione molto stretti, non ha facilitato il compito dei legislatori nazionali, d'altra parte, paesi come la Germania sono stati richiamati più volte per non aver tradotto in diritto domestico gli *standard* europei. L'assenza di chiarezza e di certezza, come spesso accade in campo giuridico, porta ad un'applicazione arbitraria della legge. Il governo tedesco, che in passato si era spesso dichiarato favorevole a legislazioni anti-riciclaggio meno restrittive prediligendo la protezione della sfera personale o delle libertà economiche¹⁶, ha adottato negli ultimi anni un approccio più propenso all'introduzione di nuove regole. Una delle maggiori novità introdotte riguarda l'obbligo di dotarsi di un registro di trasparenza¹⁷ che rende accessibile al pubblico informazioni sui beneficiari effettivi delle società con sede in Europa.

Il **mercato immobiliare** è un altro settore ad alto rischio in Germania, poiché viene usato per investire il denaro sporco precedentemente "pulito" tramite schemi finanziari, ossia nella cosiddetta fase di "integrazione" del processo di riciclaggio¹⁸. Il problema era stato sollevato già nel 2012 dal *Bundeskriminalamt*, l'ufficio di Polizia Federale Tedesco¹⁹, ma ha iniziato ad interessare il pubblico e la politica solo recentemente grazie al lavoro di ricercatori indipendenti, di fondazioni e associazioni non a scopo di lucro e di alcuni parlamentari²⁰. Il fattore decisivo è stato far capire alle persone che spesso la scarsità di abitazioni a prezzi accessibili, il caro affitti e il peggioramento delle condizioni degli immobili erano indirettamente legati al riciclaggio di denaro sporco. I cittadini hanno compreso che dietro gli affitti sempre più costosi vi erano politiche sciatte, che avevano permesso a dubbi investitori di acquisire una parte importante del mercato immobiliare di città come Berlino. Secondo un recente studio della Fondazione Rosa Luxemburg, infatti, una larga parte degli immobili a Berlino appartiene a società anonime, le quali nella maggior parte dei casi non hanno adempito agli obblighi di registrazione imposti dalla legge anti-riciclaggio²¹. I notai, che grazie al loro ruolo di tutela di acquirente e venditore, hanno accesso a molte informazioni riguardanti i soggetti coinvolti nella compravendita degli immobili, in passato, a causa di una lacuna legislativa, hanno di fatto omesso di segnalare le transazioni sospette.

Altri punti deboli del sistema tedesco sono l'**Unità di Informazione Finanziaria (FIU)**, la vigilanza sia degli istituti di credito sia degli operatori economici, e la difficoltà ad usare il reato di riciclaggio per perseguire i reati finanziari. La FIU è stata trasferita nel luglio 2017 dal *Bundeskriminalamt* sotto la competenza del Ministero federale delle Finanze, ma, nonostante l'aumento del personale e degli strumenti operativi, non riesce ad occuparsi adeguatamente delle migliaia di segnalazioni di transazioni sospette che le arrivano ogni anno²². Se da una parte è vero che nell'ambito delle segnalazioni la qualità sia più

¹⁶ Vedi il comunicato stampa della *Financial Transparency Coalition*, *German parliament votes to put the brakes on transparency*, 19 maggio 2017.

¹⁷ Sul tema, nel contesto europeo, v. S. Arcieri, F. Basile, *Antiriciclaggio e obblighi posti dall'Unione europea. L'Italia tra ritardi e inadempienze*, in questa rivista 11 novembre 2020.

¹⁸ FIU, *Jahresbericht 2019*, 2020, p. 34.

¹⁹ BKA, *Fachstudie - Geldwäsche im Immobiliensektor in Deutschland*, 25 ottobre 2012.

²⁰ Tra le pubblicazioni più rilevanti, vedi, l'interrogazione parlamentare dei *Bündnis 90/Die Grünen*, 31 maggio 2018; l'interrogazione parlamentare di *Die Linke*, agosto 2018; il rapporto di *Transparency International Deutschland e V.*, *Geldwäsche bei Immobilien in Deutschland*, 2018.

²¹ V. il dossier *Wem gehört die Stadt?*, Rosa Luxemburg Stiftung, novembre 2020.

²² V. *Problem-Behörde FIU: Geldwäsche-Meldungen bleiben lange liegen*, in BR24, 10 agosto 2020.

importante che la quantità, forti critiche sono state avanzate contro la FIU, per il suo ruolo nel recente scandalo legato a *Wirecard*²³, in cui la FIU sarebbe stata in grado di elaborare solamente 50 dei 1.000 rapporti ricevuti. Persino la procura di Osnabrück ha iniziato indagini a carico dell'organismo per sospetta ostruzione alla giustizia²⁴.

L'articolo 261 del **codice penale tedesco**, che disciplina il reato di riciclaggio, è stato, fin dalla sua entrata in vigore, duramente criticato da parte della dottrina penalistica per essere di difficile applicazione e di eccessiva arbitraria interpretazione²⁵. In particolare, la norma richiede che l'accusa non solo dimostri l'attività di riciclaggio ma anche da quale reato presupposto il denaro provenga. Questo onere probatorio inutilmente alto fa sì che molti dei processi iniziati per riciclaggio vengano chiusi poiché le procure preferiscono perseguire i reati presupposti. Negli ultimi anni, infatti, tra l'80% e il 90% dei processi iniziati da una segnalazione di transazione sospetta e di cui la FIU ha ricevuto un *feedback* dalle procure, sono stati conclusi per mancanza di prove. Ultimamente anche l'inchiesta aperta dalla procura di Francoforte sul coinvolgimento di *Deutsche Bank* nei *Panama Papers* è da considerarsi ufficialmente chiusa in Germania. A due anni dalle perquisizioni negli uffici della banca tedesca, i magistrati hanno infatti dichiarato di non aver prove sufficienti a procedere con l'accusa di riciclaggio.

4. Uno sguardo al futuro: tra speranza e disillusione.

A gennaio 2020 sono entrate in vigore in Germania importanti **riforme**, alcune tese proprio a rendere lo strumento del **registro di trasparenza** più efficace nella lotta e prevenzione del riciclaggio di denaro sporco. Attualmente il registro è accessibile al pubblico, e l'obbligo di registrazione è stato esteso anche alle società con sede all'estero che si sono assunte l'impegno di acquisire proprietà immobiliare in Germania. Ai sensi della nuova legge anti-riciclaggio sono inoltre obbligati a registrarsi coloro che gestiscono *trust* quando hanno rapporti commerciali con un *partner* che ha sede in Germania, o quando si sono assunte l'impegno di acquisire proprietà immobiliari in Germania. Tutte le persone giuridiche obbligate – ossia società a responsabilità limitata, società per azioni, associazioni riconosciute, fondazioni anche senza capacità giuridica, *trust* e altre persone giuridiche o associazioni comparabili – sono tenute ad adottare un ruolo attivo nel controllo dei dati forniti. È stato introdotto inoltre l'obbligo di indicare non solo il beneficiario effettivo e la sua nazionalità, ma anche informazioni riguardanti liquidazioni, fusioni *etc*²⁶. Purtroppo, come osservano alcuni voci critiche, rimangono alcune nella regolamentazione e anche nell'implementazione, tra cui la possibilità di registrare il

²³ V. T. Lecca, *Scandalo finanziario in Germania. L'Ue accusa: "Controllori tedeschi in conflitto d'interessi e influenzati da politica"*, in *Europa Today*, 7 novembre 2020.

²⁴ V.V.J. Diehl, A. Siemens, *Ermittler gehen gegen Zoll-Spezialeinheit vor*, in *Spiegel Panorama*, 14 luglio 2020.

²⁵ Per un approfondimento sul dibattito politico e penalistico sull'(in)efficacia dell'articolo 261 del codice penale tedesco, si veda V. Zoppei, *La disciplina anti-riciclaggio in Germania*, in *Cross*, 2, 3, 2016, pp. 63 ss.; ead., *Anti-Money Laundering Law: Socio-Legal Perspectives on the Effectiveness of German Practices*, Springer, 2017.

²⁶ Art. 21 della Legge anti-riciclaggio, *Gesetz über das Aufspüren von Gewinnen aus schweren Straftaten (Geldwäschegesetz - GwG) BGBl. I S. 1822*, da ultimo modificata a giugno 2020.

manager o il principale azionario qualora non fosse possibile identificare il beneficiario effettivo di un ente²⁷.

Il 3 dicembre 2020 sarebbe dovuta entrare in vigore anche la riforma del **reato di riciclaggio**, che doveva estendere l'applicazione della norma a tutti i proventi di reato, adottando il cosiddetto *all crimes approach*, perché scadevano i tempi di recepimento della direttiva europea del 2018²⁸, ma il *Bundestag* è in ritardo e ha rimandato [la riforma](#)²⁹ a febbraio 2021. Sarebbe stato auspicabile, invece, un adeguamento repentino del proprio diritto a quello europeo, non solo per evitare ritardi, ma soprattutto per correggere una norma che altrimenti sembra essere stata introdotta solo per il suo valore simbolico.

²⁷ Vedi per esempio lo studio della Rosa Luxemburg Stiftung, *Keine Transparenz trotz Transparenzregister. Ein Recherchebericht zu Anonymität im Berliner Immobilienmarkt*, maggio 2020.

²⁸ [Direttiva \(Ue\) 2018/843 del Parlamento Europeo e del Codel 30 maggio 2018](#) che modifica la direttiva (UE) 2015/849 relativa alla prevenzione dell'uso del sistema finanziario a fini di riciclaggio o finanziamento del terrorismo e che modifica le direttive 2009/138/CE e 2013/36/UE.

²⁹ Il testo del disegno di legge, non ancora approvato, è consultabile [a questo indirizzo](#).

Riflessione

— Le immunità “funzionali”, la procedura dell’*impeachment* e il caso Trump*

“Functional” immunities, the impeachment procedure and the Trump case

di Maria Rosaria Donnarumma

Abstract. L’attivazione dell’*impeachment* nei confronti di Donald Trump, comunque si concluda la procedura al Senato, è un caso unico nella storia statunitense, sia per la circostanza che un presidente è, per la prima volta, messo per ben due volte in stato di accusa nel corso del suo mandato, sia per la gravità del fatto all’origine della seconda procedura d’*impeachment*, quale l’assalto al Congresso, evento che apre una ferita profonda e difficilmente sanabile nella vita democratica del paese.

Prescindendo dal caso singolo, la previsione nelle carte costituzionali di procedure di *impeachment* o similari merita attenzione, sia per l’individuazione di una possibile connessione tra status giuridico del capo dello Stato e forma di governo, onde la distinzione dottrinale della responsabilità in “costituzionale”, “giuridica” o “politica”, sia per l’istituto delle immunità funzionali, di cui l’*impeachment* rappresenta l’eccezione nel caso di commissione di gravi reati.

Di qui l’interesse ad esaminare lo status giuridico del capo dello Stato in una forma di governo parlamentare monista, quale quella italiana, in un regime semi-présidentiel come quello francese, oltre che nel caso statunitense di repubblica presidenziale.

Di qui ancora l’accento posto sull’interpretazione stretta e rigorosa dell’atto “funzionale”, affinché, in uno Stato di diritto, l’immunità non si trasformi in privilegio, in deroga inaccettabile al principio di eguaglianza.

* Saggio messo a punto il 7 febbraio 2021.

Abstract. *The impeachment of Donald Trump, whichever way the final outcome of the vote in the Senate goes, is a unique case in US history, in that it is the first time that a President is being subjected twice to impeachment during his mandate, and also for the gravity of the facts at the origin of the second impeachment: the assault of Congress, an event which opens a deep wound, difficult to heal, in the democratic life of the country.*

Apart for the individual case in point, the provision in the US Constitution for impeachment, or similar procedures, deserves attention both for the identification of a possible connection between the legal status of the Head of State and the form of government, hence the doctrinal distinction between "constitutional", "legal" or "political" responsibility, and for the proviso of functional immunities, of which impeachment represents the exception in the case of serious criminal acts. Hence the interest in examining the legal status of the Head of State in a monist form of parliamentary government, such as the Italian one, in a semi-presidential regime such as the French one, in addition to the case of a presidential republic such as the one in the US.

Here again the emphasis placed on the strict and rigorous interpretation of the "functional" act, so that, in a State of law, immunity does not turn into a privilege, an unacceptable derogation from the principle of equality.

SOMMARIO: 1. Introduzione. – 2. I fatti all'origine dell'attivazione dell'*impeachment* del presidente Trump. Esame della procedura e degli illeciti imputabili. – 3. Sguardo di diritto comparato. La responsabilità del capo dello Stato per alto tradimento o attentato alla Costituzione in Italia. La mancanza ai doveri manifestamente incompatibile con l'esercizio del mandato presidenziale in Francia. – 4. Considerazioni conclusive. Il principio di eguaglianza e le immunità funzionali. Il difficile equilibrio.

SUMMARY: 1. Introduction. – 2. The facts behind president Trump's impeachment. Examination of the procedure and the attributable crimes. – 3. Comparative law: an outlook. The responsibility of the Head of State for high treason or attack on the Constitution in Italy. The breach of duties patently incompatible with the exercise of the presidential mandate in France. – 4. Concluding remarks. The principle of equality and functional immunities. The difficult balance.

1. Introduzione.

Il 13 gennaio 2021, una settimana dopo l'assalto al Congresso degli Stati Uniti, con un bilancio di cinque morti, la Camera dei rappresentanti ha votato, con 232 voti favorevoli (di cui 10 di eletti del partito repubblicano) contro 197 e 5 astensioni, l'*impeachment* di Donald Trump per "incitamento all'insurrezione".

Trattasi della seconda procedura per *impeachment* nei confronti del presidente americano¹, attivata pochi giorni prima della fine del mandato.

¹ Il primo *impeachment* nei confronti di Trump era stato votato dalla Camera dei rappresentanti il 18 dicembre 2019 per abuso di potere e ostruzione al Congresso. Si accusava Trump di avere esercitato pressioni sul presidente ucraino per la riapertura delle indagini nei confronti del figlio di Joe Biden, Hunter,

2. I fatti all'origine dell'attivazione dell'*impeachment* del presidente Trump. Esame della procedura e degli illeciti imputabili.

Il caso è unico nella storia statunitense, sia per la circostanza che un presidente è, per la prima volta, messo per ben due volte in stato di accusa nel corso del suo mandato, sia per la gravità del fatto all'origine della seconda procedura d'*impeachment*, quale l'assalto al Congresso, evento che apre una ferita profonda e difficilmente sanabile nella vita democratica del paese.

La presidenza Trump si è caratterizzata per un esercizio del potere spesso in dispregio dei principi di uno Stato di diritto, e culminata, al suo epilogo, nella narcisistica incapacità di accettare la sconfitta alle elezioni del 3 novembre 2020.

Dopo reiterati e parossistici tentativi per invalidare i risultati sulla base di accuse infondate di brogli elettorali, finanche con ingiunzione al vice-presidente, il repubblicano Mike Pence, di opporsi alla convalida, il 6 gennaio 2021, della vittoria del suo sfidante democratico Joe Biden, Trump convoca per tale data una manifestazione dei suoi sostenitori davanti alla Casa Bianca, nel corso della quale, con parole infuocate, incita una folla di facinorosi, da lui qualificati "patrioti", a non arrendersi e a rivendicare con ogni mezzo la vittoria a lui "rubata", usando lo *slogan* "stop the steal".

La Camera dei rappresentanti, a maggioranza democratica, prima di ricorrere all'*impeachment*, aveva, con risoluzione votata il 12 gennaio 2021, invitato il vice-presidente Mike Pence ad attivare il venticinquesimo emendamento della Costituzione, onde dichiarare Trump «unable to discharge the powers and duties of his office»², e ad assumere la presidenza. Di fronte al rifiuto di Mike Pence, la Camera ha votato il 13 gennaio, come detto, la messa in stato di accusa del presidente Trump.

Passiamo ora all'esame dettagliato della procedura d'*impeachment*, nonché dei precedenti tentativi di attivazione.

Ai sensi dell'articolo 2, sezione 4, della Costituzione degli Stati Uniti:

*«The President, Vice President and all civil officers of the United States, shall be removed from office on impeachment for, and conviction of, treason, bribery, or other high crimes and misdemeanors»*³.

Quindi non solo il presidente e il vice-presidente, ma anche gli alti⁴ funzionari, ivi compresi i giudici federali, nonché quelli della Corte suprema, possono essere soggetti a *impeachment*.

membro del consiglio di amministrazione di un'azienda ucraina durante il mandato del padre quale vice-presidente sotto l'amministrazione Obama. Il processo, iniziato al Senato il 16 gennaio 2020, si era concluso con l'assoluzione il 5 febbraio, stante il non raggiungimento della maggioranza dei due terzi.

² Il Presidente «non è in grado di esercitare i poteri e i doveri del suo ufficio».

³ «Il Presidente, il Vice presidente e tutti i funzionari civili degli Stati Uniti potranno essere rimossi dai loro uffici su accusa, e verdetto di colpevolezza, per tradimento, corruzione o altri gravi crimini e misfatti».

⁴ Solo gli "alti" funzionari sono tra i destinatari della norma, secondo una convenzione interpretativa.

Circa l'attivazione e il relativo processo l'articolo 1 precisa che: «*The House of Representatives [...] shall have the sole power of impeachment*»⁵ (sezione 2, sub 5), mentre «*The Senate shall have the sole power to try all impeachments*»⁶ (sezione 3, sub 6).

Passando all'esame degli illeciti imputabili, la Costituzione definisce all'articolo 3, sezione 3, il "tradimento":

«1. *Treason against the United States, shall consist only in levying war against them, or in adhering to their enemies, giving them aid and comfort. No person shall be convicted of treason unless on the testimony of two witnesses to the same overt act, or on confession in open court. 2. The Congress shall have power to declare the punishment of treason, but no attainder of treason shall work corruption of blood, or forfeiture except during the life of the person attainted*»⁷.

Alcuna definizione esiste invece in Costituzione per gli altri illeciti. Per quanto concerne la corruzione, secondo un'interpretazione consolidata, la fonte è rintracciabile nel *Bribery Act* del 1970⁸. Più problematico è circoscrivere gli «*other high crimes and misdemeanors*», non solo per la fluidità delle espressioni, anche ove il riferimento fosse al diritto penale comune, ma poiché la particolare categoria dei destinatari induce piuttosto a optare per la tesi di un'autonoma definizione degli illeciti previsti, in altri termini per l'individuazione di una specifica "responsabilità costituzionale".

Una tale tesi, sostenuta nell'intento di sottolineare il carattere del tutto eccezionale della procedura, sembra confermata dai lavori della Convenzione di Filadelfia del 1787⁹, che elaborò ed approvò la Costituzione degli Stati Uniti, nonché dalla prassi di applicazione.

Nel 1804 vi fu un tentativo di *impeachment* nei confronti di Samuel Chase¹⁰, giudice della Corte suprema e tra i primi firmatari, in qualità di rappresentante del Maryland, della Dichiarazione d'indipendenza degli Stati Uniti. Il processo si concluse con l'assoluzione del giudice da parte del Senato (1° marzo 1805), stante l'uso distorto della procedura per fini politici e violando il principio della separazione dei poteri.

⁵ «La Camera dei Rappresentanti [...] avrà in via esclusiva il potere di *impeachment*».

⁶ «Il Senato avrà in via esclusiva il potere di giudicare su tutti i casi di *impeachment*».

⁷ «1. Sarà considerato tradimento contro gli Stati Uniti soltanto l'aver mosso guerra contro di essi, o l'aver appoggiato nemici degli Stati Uniti, fornendo loro aiuto e sostegno. Nessuno potrà essere condannato per tradimento se non sulla base della testimonianza di due persone sul medesimo atto palese, o a seguito di confessione in una pubblica udienza. 2. Spetterà al Congresso stabilire la pena per tradimento, ma nessuna condanna per tradimento potrà comportare perdita di diritti ereditari per i discendenti o confisca di beni se non durante la vita del colpevole».

⁸ Cfr. M.J. Gerhardt, *The Federal Impeachment Process: A Constitutional and Historical Analysis*, University of Chicago Press, 2000.

⁹ Cfr. *The Federalist*, una raccolta di 85 articoli, scritti sotto lo pseudonimo di «Publius» (in onore del console romano Publius Valerius Publicola) da James Madison, Alexander Hamilton e John Jay, 1787-1788.

¹⁰ Cfr. W. Rehnquist, *Grand Inquests: The Historic impeachments of Justice Samuel Chase and President Andrew Johnson*, Harper Perennial, 1999.

Fino al caso Trump, due volte la Camera dei rappresentanti ha votato l'*impeachment* nei confronti di un presidente degli Stati Uniti, contro Andrew Johnson nel 1868 e contro Bill Clinton nel 1998¹¹, entrambi assolti dal Senato, mentre la procedura nei confronti di Richard Nixon, per lo scandalo Watergate¹², fu abbandonata a seguito delle dimissioni del presidente il 9 agosto 1974.

Merita soffermarsi sull'*impeachment* di Andrew Johnson, sia per il profilo della necessità o meno di un illecito penale, che per quello di un uso politico della procedura.

Andrew Johnson era stato eletto presidente il 15 aprile 1865 dopo l'assassinio di Abraham Lincoln, sotto il cui secondo mandato aveva ricoperto la carica di vicepresidente. La sua presidenza, che si sarebbe conclusa il 4 marzo 1869, è segnata dalle conseguenze della guerra di secessione.

Il partito repubblicano, maggioritario al Congresso ed ostile alla politica da lui condotta nei confronti degli Stati secessionisti, non solo riuscì a far votare nel 1867 il *Tenure of Office Act*¹³, che condizionava all'approvazione del Senato il potere del presidente di revocare i funzionari dell'esecutivo, ma tentò di attivare la procedura d'*impeachment*, respinta dalla Camera dei rappresentanti in assenza di un illecito penale, condizione necessaria secondo la tesi sostenuta dalla difesa di Johnson.

Nel 1868 Johnson procedé alla revoca del segretario alla difesa e il partito repubblicano lanciò nuovamente la procedura d'*impeachment* per violazione di una legge federale, procedura questa volta votata dalla Camera a larga maggioranza. Ma il Senato assolse Johnson, in quanto il dibattito aveva evidenziato che sotto il profilo giuridico si celava un conflitto essenzialmente politico.

Passando all'esame della procedura nei due rami del Congresso, per la messa in stato di accusa alla Camera è sufficiente la maggioranza semplice, mentre più complessa è la fase al Senato, quivi svolgendosi un vero processo, che necessita di adeguate garanzie, simili a quelle della procedura ordinaria.

Ai sensi dell'articolo 1, sezione 3, *sub* 6, della Costituzione, i senatori, prima di sedere come giudici, devono prestare giuramento o fare una dichiarazione solenne («*affirmation*»). Ove è il presidente degli Stati Uniti ad essere giudicato, la presidenza del Senato è assunta dal presidente della Corte suprema. Per la condanna è richiesta la maggioranza dei due terzi dei senatori presenti.

Ai sensi del successivo paragrafo 7, la condanna comporta la destituzione, nonché l'interdizione dall'esercizio di qualunque funzione onorifica, di fiducia o

¹¹ Bill Clinton era accusato di spergiuro, per aver negato sotto giuramento la sua relazione con Monica Lewinski, una stagista ventiduenne alla Casa Bianca.

¹² Così detto dal nome del complesso residenziale, *Watergate*, ospitante i locali del partito democratico a Washington, ove furono arrestati, il 17 giugno 1972, cinque persone con microspie. L'inchiesta, con il contributo di due giornalisti del *Washington Post* e del vice-direttore del FBI, portò a scoprire l'implicazione della Casa Bianca e dell'amministrazione Nixon.

¹³ Tale legge è stata dichiarata incostituzionale dalla Corte suprema perché in violazione del principio della separazione dei poteri: cfr. decisione *Myers v. United States*, 272 U.S. 52 del 25 ottobre 1926.

remunerata negli Stati Uniti. Il condannato sarà comunque responsabile e soggetto ad incriminazione, processo e condanna secondo il diritto comune.

La procedura dell'*impeachment*, nonostante il carattere eccezionale, più volte sottolineato anche dalla Corte suprema¹⁴, può prestarsi, come abbiamo ricordato, ad abusi. Ciò indusse un giurista, Raoul Berger¹⁵, a sostenere la tesi della sottoposizione della decisione del Senato al controllo di costituzionalità da parte della Corte suprema. La tesi fu oggetto di un acceso dibattito, finché la stessa Corte non risolse il problema con una decisione del 13 gennaio 1993¹⁶, pronunciandosi in senso negativo, stante la chiara lettera della Costituzione, che attribuisce al Senato «*the sole power to try all impeachments*», nonché il necessario rispetto del principio della separazione dei poteri.

3. Sguardo di diritto comparato. La responsabilità del capo dello Stato per alto tradimento o attentato alla Costituzione in Italia. La mancanza ai doveri manifestamente incompatibile con l'esercizio del mandato presidenziale in Francia.

In tema di diritto comparato, e stante la connessione, come meglio si evidenzierà nel corso dell'esposizione, tra *status* giuridico del capo dello Stato e regime politico, esaminiamo la normativa italiana, quale esempio di responsabilità presidenziale in una forma di governo parlamentare, e quella francese, quale esempio di responsabilità in un regime ibrido, c.d. semipresidenziale, mentre l'*impeachment* statunitense è legato alla forma di governo presidenziale

La responsabilità del presidente della Repubblica in Italia.

L'articolo 90 della Costituzione recita testualmente:

«Il Presidente della Repubblica non è responsabile degli atti compiuti nell'esercizio delle sue funzioni, tranne che per alto tradimento o per attentato alla Costituzione» (comma 1). «In tali casi è messo in stato di accusa dal Parlamento in seduta comune, a maggioranza assoluta dei suoi membri» (comma 2).

Competente per il giudizio è la Corte costituzionale (art. 134 cost.), che in tal caso siede in una formazione *ad hoc* (art. 135)¹⁷.

La normativa è integrata da due leggi costituzionali, la n. 1 dell'11 marzo 1953 e la n. 1 del 16 gennaio 1989, e da due leggi ordinarie di applicazione, la n. 20 del 25 gennaio 1962 e la n. 219 del 5 giugno 1989¹⁸.

¹⁴ Cfr. Supreme Court, *Bowsher v. Synar*, 478 U.S. 714 (1986); *Morrison v. Olson*, 487 U.S. 654 (1988).

¹⁵ Cfr. R. Berger, *Impeachment: The Constitutional Problems*, Harvard University Press, 1974.

¹⁶ Cfr. Supreme Court, *Nixon v. United States*, 506 U.S. 224 (1993).

¹⁷ Art. 135 Cost., ultimo comma: «Nei giudizi d'accusa contro il Presidente della Repubblica intervengono, oltre i giudici ordinari della Corte, sedici membri tratti a sorte da un elenco di cittadini aventi i requisiti per l'eleggibilità a senatore, che il Parlamento compila ogni nove anni mediante elezione con le stesse modalità stabilite per la nomina dei giudici ordinari».

¹⁸ Cfr. anche i regolamenti parlamentari, adottati dal Senato e dalla Camera dei deputati rispettivamente il 17 e il 18 febbraio 1971 e successive modifiche, nonché la delibera della Corte costituzionale del 27 novembre 1962 recante "Norme integrative per i giudizi di accusa davanti alla Corte costituzionale".

L'immunità funzionale del capo dello Stato¹⁹, sancita dall'articolo 90 della Costituzione salvo per i due crimini previsti, è strettamente connessa al regime parlamentare monista, quale quello italiano, nonché all'articolo 89, ai cui sensi «nessun atto del Presidente della Repubblica è valido se non è controfirmato dai ministri proponenti, che ne assumono la responsabilità» (comma 1)²⁰, e il cui secondo comma richiede, per gli atti aventi valore legislativo e gli altri atti indicati dalla legge, anche la controfirma del presidente del Consiglio dei ministri.

Circa la definizione dei crimini contemplati si sono confrontate due tesi, l'una individuandone la fonte nel codice penale comune²¹ o nel codice penale militare di pace²², alla luce anche del principio *nullum crimen sine lege*, l'altra sostenendone l'autonomia sul modello interpretativo prevalente per altre costituzioni, stante la particolarità della funzione presidenziale²³.

La seconda tesi ha prevalso, ma ciò ha dato adito ad ulteriori problemi, sia per la latitudine di apprezzamento lasciata al giudice costituzionale, sia per la difficoltà d'interpretazione dell'articolo 15 della legge costituzionale n. 1 del 1953, ai cui sensi «per i reati di attentato alla Costituzione e di alto tradimento commessi dal Presidente della Repubblica la Corte costituzionale, nel pronunciare sentenza di condanna, determina le sanzioni penali nei limiti del massimo di pena previsto dalle leggi vigenti al momento del fatto, nonché le sanzioni costituzionali, amministrative e civili adeguate al fatto». Di qui il quesito sull'individuazione dei parametri cui il giudice costituzionale deve attenersi nel determinare le sanzioni.

Seguendo la tesi dell'autonomia, si è cercato di definire l'"alto tradimento" come violazione intenzionale del giuramento di fedeltà alla Repubblica, quale, ad esempio, l'attentato all'integrità e all'indipendenza dello Stato, mentre l'"attentato alla Costituzione" riguarderebbe qualunque comportamento, commissivo od omissivo, diretto a sovvertire l'ordine costituzionale, quale un colpo di Stato, o a violare deliberatamente la Costituzione.

¹⁹ Sulla distinzione tra immunità per gli atti funzionali e responsabilità per gli atti extrafunzionali cfr. la sentenza della Corte costituzionale n. 154 del 2004 (*infra*, par. 4 del presente saggio).

²⁰ Essendo determinante per l'immunità il carattere funzionale dell'atto, l'irresponsabilità copre anche gli atti non proposti dai ministri, e che rientrano nella competenza non solo formale, ma sostanziale del presidente della Repubblica. Tale è, ad esempio, l'atto di concessione della grazia (art. 87, penultimo comma, Cost.), che la Corte costituzionale (cfr. sent. n. 200 del 2004) ha interpretato quale atto attribuito alla competenza esclusiva del capo dello Stato, rigettando la tesi dell'atto complesso (presidente della Repubblica e ministro della giustizia).

²¹ Cfr., in particolare, gli articoli 241 e seguenti, 283, 287 e 289 del codice penale.

²² Cfr., in particolare, l'articolo 77 del codice penale militare di pace.

²³ Le due tesi si confrontarono nel corso dei lavori dell'Assemblea costituente. Alla tesi dell'onorevole Giuseppe Bettioli che, nel proporre una più precisa definizione dei reati imputabili, ne sosteneva l'opportuno aggancio con fattispecie contemplate dal codice penale, si contrapponeva la tesi del Ruini e del Mortati, favorevoli a una formulazione elastica, stante il carattere particolare della responsabilità penale del capo dello Stato. Cfr. *Atti dell'Assemblea costituente*, seduta del 23 ottobre 1947.

Per quanto concerne la procedura, essa si svolge, come detto, in due fasi: a) la messa in stato di accusa da parte del Parlamento in seduta comune; b) il giudizio davanti alla Corte costituzionale.

Il *dossier* (rapporti, referti, denunce) deve essere presentato o inviato immediatamente al presidente della Camera dei deputati (nella qualità di presidente del Parlamento in seduta comune), che lo trasmette a sua volta al comitato formato dai componenti delle giunte di Senato e Camera, competenti per le autorizzazioni a procedere. Il comitato, che può anche promuovere delle indagini d'ufficio, nonché indagare su eventuali complici, ha gli stessi poteri di un giudice istruttore, ma non può disporre intercettazioni²⁴ o perquisizioni personali o domiciliari, né misure cautelari limitative della libertà personale se non dopo che la Corte costituzionale abbia sospeso dalla carica il capo dello Stato²⁵.

Il comitato esperisce le indagini nel termine massimo di cinque mesi, prorogabile solo una volta per un massimo di tre mesi, ove l'inchiesta sia particolarmente complessa. Al termine delle indagini il comitato può: a) dichiarare la propria incompetenza, ove ritenga che il reato esuli da quelli previsti dall'articolo 90; b) disporre l'archiviazione con ordinanza motivata, ove ravvisi la manifesta infondatezza; c) presentare la relazione al Parlamento in ogni altra ipotesi²⁶.

Il Parlamento in seduta comune, qualora decida, a maggioranza assoluta dei suoi membri e a scrutinio segreto, di mettere in stato di accusa il presidente della Repubblica, trasmette entro due giorni dalla delibera l'atto di accusa, in cui sono specificati gli addebiti e gli elementi di prova, al presidente della Corte costituzionale, che a sua volta lo notifica all'accusato entro due giorni dalla ricezione²⁷. Nel contempo il Parlamento elegge uno o più commissari per sostenere l'accusa davanti alla Corte costituzionale²⁸.

Inizia quindi il processo, regolato dalle norme del codice penale e del codice di procedura penale, in quanto applicabili e salvo disposizione contraria²⁹. Il collegio giudicante, come già detto in formazione speciale, deve in ogni caso essere costituito da almeno ventuno giudici, di cui la maggioranza rappresentata dai giudici aggregati³⁰.

La Corte può conoscere solo dei reati contenuti nell'atto di accusa e, per connessione, ove lo ritenga necessario, delle circostanze aggravanti di cui all'articolo 61, *sub* 2, del codice penale³¹. Ove dichiarati la connessione con un reato previsto dall'articolo

²⁴ Sul divieto delle intercettazioni telefoniche in generale, ivi comprese quelle indirette o casuali, in nome della tutela della riservatezza di cui gode il capo dello Stato nel suo ruolo di garante, cfr. l'importante sentenza della Corte costituzionale n. 1 del 2013, in cui il giudice esamina dettagliatamente il ruolo e le prerogative della funzione presidenziale nel sistema costituzionale italiano. Su tale sentenza v. anche *infra*, par. 4 del presente saggio.

²⁵ Cfr. legge n. 219 del 5 giugno 1989, artt. 5, 6, 7, 9.

²⁶ *Idem*, art. 8.

²⁷ Cfr. legge n. 20 del 25 gennaio 1962, art. 17.

²⁸ Cfr. legge costituzionale n. 1 dell'11 marzo 1953, art. 13.

²⁹ Cfr. legge n. 20 del 25 gennaio 1962, art. 34.

³⁰ *Idem*, art. 26.

³¹ Testualmente: «l'aver commesso il reato per eseguirne od occultarne un altro, ovvero per conseguire o assicurare a sé o ad altri il prodotto o il profitto o il prezzo ovvero la impunità di un altro reato».

90, ma non incluso nell'atto di accusa, il giudizio è sospeso fino alla conclusione della procedura davanti al Parlamento per il reato connesso³².

Alla fine del dibattito e delle votazioni (non sono ammesse astensioni dal voto) la Corte può assolvere il presidente (in caso di parità di voti prevale l'opinione più favorevole all'accusato) o pronunciare sentenza di condanna³³, applicando le sanzioni ai sensi del su citato articolo 15 della legge costituzionale n. 1 del 1953. La sentenza è pubblicata nella *Gazzetta Ufficiale*³⁴ ed è irrevocabile, salvo revisione ove ne sussistano le condizioni³⁵.

La procedura di cui all'articolo 90 della Costituzione è stata attivata, per il reato di attentato alla Costituzione, nei confronti di Francesco Cossiga nel 1991 e di Giorgio Napolitano nel 2014, ma in entrambi i casi è stata archiviata dal comitato parlamentare per manifesta infondatezza della notizia di reato, mentre per Giovanni Leone, sospettato di essere implicato nel caso *Lockheed*³⁶, le dimissioni del presidente, il 15 giugno 1978, ne hanno bloccato l'attivazione.

La responsabilità del presidente della Repubblica in Francia.

La storia costituzionale francese si caratterizza per il succedersi di regimi e carte costituzionali talora di brevissima durata, quanto meno fino al 4 settembre 1870 (III Repubblica), dalla cui data il regime repubblicano non subisce più interruzioni.

L'attuale Costituzione del 4 ottobre 1958 (V Repubblica)³⁷ prevedeva, nella formulazione originaria, all'articolo 67 l'istituzione di un'Alta Corte di giustizia, e all'articolo 68 la responsabilità del capo dello Stato per gli atti funzionali solo nel caso di alto tradimento, nonché il processo davanti all'Alta Corte di giustizia.

A seguito della lettura divergente del regime degli atti extrafunzionali da parte del Consiglio costituzionale³⁸ e della Corte di cassazione³⁹, l'allora presidente Jacques Chirac istituì⁴⁰ una commissione col compito di formulare una proposta sullo *status* giuridico del capo dello Stato. Il che portò alla revisione costituzionale del 2007⁴¹, che ha

³² Cfr. legge n. 20 del 25 gennaio 1962, art. 27.

³³ *Idem*, art. 28.

³⁴ *Ibidem*

³⁵ *Idem*, art. 29.

³⁶ Il caso concerneva un sistema di corruzione e tangenti organizzato dalla *Lockheed Corporation*, in occasione del negoziato con diversi paesi per la vendita di aerei.

³⁷ Che si caratterizza per un regime ibrido, c.d. "semipresidenziale". Cfr. M.R. Donnarumma, *Le régime semi-présidentiel. Une anomalie française*, in *Revue française de droit constitutionnel*, 2013, n. 93, pp. 37-66.

³⁸ Immunità assoluta di giurisdizione per tutti gli atti posti in essere durante l'esercizio del mandato presidenziale: cfr. *déc.* n. 98-408 DC del 22 gennaio 1999, *cons.* 16.

³⁹ Immunità temporanea per gli atti extrafunzionali e sospensione del termine di prescrizione: cfr. *arrêt Breisache, assemblée plénière*, del 10 ottobre 2001. In tale decisione la Corte di cassazione giustifica la non applicabilità dell'articolo 62 della Costituzione, secondo cui le pronunce del Consiglio costituzionale non possono essere impugnate ed obbligano tutti, ivi comprese le autorità giurisdizionali, in quanto nella decisione n. 98-408 DC del 22 gennaio 1999 il Consiglio aveva statuito solo sulla possibilità di deferire il capo dello Stato alla Corte penale internazionale per rispondere dei crimini di competenza di tale Corte.

⁴⁰ Cfr. *Décret* n. 2002-961 del 4 luglio 2002.

⁴¹ Cfr. *Loi constitutionnelle* n. 2007-238 del 23 febbraio 2007.

privilegiato una responsabilità “politica” del presidente della Repubblica, affidandone la destituzione al Parlamento riunito in Alta Corte, non più ad un’Alta Corte di giustizia⁴².

Ai sensi dell’attuale articolo 67⁴³ è prevista l’immunità funzionale del capo dello Stato, salvo nei casi di cui agli articoli 53-2 (giurisdizione della Corte penale internazionale) e 68, nonché un’immunità personale dalla giurisdizione durante l’esercizio del mandato⁴⁴.

Sull’immunità funzionale e sulla procedura di destituzione l’articolo 68 così recita:

«Le Président de la République ne peut être destitué qu'en cas de manquement à ses devoirs manifestement incompatible avec l'exercice de son mandat. La destitution est prononcée par le Parlement constitué en Haute Cour»⁴⁵ (alinéa 1).

Come è evidente, la formula adottata per definire i fatti imputabili per la destituzione è estremamente elastica, «*une coquille vide*» (“un guscio vuoto”) secondo la calzante espressione di Yanis Zoubeidi-Defert⁴⁶, che lascia alla *Haute Cour* una latitudine di giudizio eccessiva.

La procedura, disciplinata dall’articolo 68 (*alinéa* 2, 3 e 4) e da una legge organica di applicazione, adottata per giunta sette anni dopo la revisione costituzionale⁴⁷, è impostata, pur nella sua complessità, su un *iter* rapidissimo, stante la previsione in ogni tappa di termini brevi e perentori.

Essa si svolge, come di consueto, in due fasi: a) l’adozione da parte di ciascuna camera del Parlamento, a maggioranza di due terzi dei membri, della proposta di riunione dell’Alta Corte (art. 68 Cost. e artt. 1 a 4 legge organica); b) la procedura davanti

⁴² Secondo le indicazioni della commissione e del suo presidente, il professore Pierre Avril, che aveva sottolineato l’opportunità di evitare di confondere la logica giudiziaria e la logica politica.

⁴³ Art. 67: «*Le Président de la République n'est pas responsable des actes accomplis en cette qualité, sous réserve des dispositions des articles 53-2 et 68*» (*alinéa* 1). «*Il ne peut, durant son mandat et devant aucune juridiction ou autorité administrative française, être requis de témoigner non plus que faire l'objet d'une action, d'un acte d'information, d'instruction ou de poursuite. Tout délai de prescription ou de forclusion est suspendu*» (*alinéa* 2). «*Les instances et procédures auxquelles il est ainsi fait obstacle peuvent être reprises ou engagées contre lui à l'expiration d'un délai d'un mois suivant la cessation des fonctions*» (*alinéa* 3).

[«Il Presidente della Repubblica non è responsabile degli atti compiuti in tale veste, su riserva delle disposizioni di cui agli articoli 53-2 e 68» (*alinéa* 1). «Non può essergli chiesto di testimoniare, durante il mandato, di fronte ad alcuna giurisdizione o autorità amministrativa francese, né può essere oggetto di un’azione giudiziaria, di un’indagine, di un atto di istruzione o di citazione. Sono sospesi tutti i termini di prescrizione o di decadenza» (*alinéa* 2). «Le istanze e procedure cui viene fatto ostacolo possono essere riprese o avviate nei suoi confronti al termine di un mese dopo la cessazione del mandato» (*alinéa* 3)].

⁴⁴ Al riguardo citiamo il caso di presunti impieghi fittizi al comune di Parigi, per cui è stato possibile procedere nei confronti del presidente Jacques Chirac solo alla fine del suo mandato, come anche l’incriminazione di Nicolas Sarkozy per i casi *Woerth-Bettencourt* e *Bygmalion*, una volta terminato il mandato.

⁴⁵ «Il Presidente della Repubblica può essere destituito solo in caso di mancanza ai propri doveri manifestamente incompatibile con l’esercizio del suo mandato. La destituzione viene pronunciata dal Parlamento riunito in Alta Corte».

⁴⁶ Cfr. Y. Zoubeidi-Defert, *La responsabilité du chef de l'État: la révision constitutionnelle du 23 février 2007*, in *Pouvoirs*, 2007, n. 122.

⁴⁷ Cfr. *Loi organique* n. 2014-1392 del 24 novembre 2014.

all'Alta Corte, la cui decisione va anch'essa adottata a maggioranza di due terzi (art. 68 Cost. e artt. 5 a 7 legge organica).

La procedura inizia con una proposta di risoluzione motivata, firmata da almeno un decimo dei membri dell'Assemblea presso cui è depositata, e immediatamente comunicata al presidente della Repubblica e al primo ministro. Dopo il controllo di ricevibilità, essa è esaminata dalla commissione permanente in tema di leggi costituzionali, e quindi iscritta, quale che sia l'esito dell'esame, all'ordine del giorno dell'Assemblea entro un termine massimo di tredici giorni, per poi essere sottoposta a votazione entro quindici giorni. Se la proposta è adottata alla maggioranza qualificata richiesta, essa è immediatamente trasmessa all'altra Assemblea, ove segue lo stesso *iter*.

Se entrambe le Assemblee adottano la proposta, si apre la seconda fase davanti all'Alta Corte, presieduta dal presidente dell'Assemblea nazionale, che presiede altresì un *bureau ad hoc*, costituito per organizzare i lavori dell'Alta Corte. Per l'adempimento della sua missione l'Alta Corte si avvale di una commissione d'inchiesta, che deve presentare il suo rapporto entro quindici giorni, dopo avere ascoltato, su domanda, il capo dello Stato o un suo rappresentante. Inizia quindi il dibattito pubblico davanti all'Alta Corte, nel corso del quale, oltre i membri della stessa, ha diritto di parola solo il presidente della Repubblica o un suo rappresentante. L'Alta Corte deve adottare la sua decisione, sotto pena di essere disinvestita del caso, entro il termine perentorio di un mese, a scrutinio segreto. Ove l'Alta Corte si pronunci per la destituzione, la decisione è di effetto immediato. L'*interim*, fino a nuove elezioni, è assunto dal presidente del Senato (art. 7, *alinéa* 4, Cost.).

Da notare che nel sistema francese, caratterizzato dal c.d. *fait majoritaire*, cioè l'omogeneità tra maggioranza parlamentare e maggioranza che elegge il capo dello Stato, soprattutto dopo l'introduzione nel 2000⁴⁸ del quinquennato (non più settennato) per la carica presidenziale (quindi omogeneità di durata per le due istituzioni), il che ha notevolmente ridotto il rischio di una "*cohabitation*"⁴⁹, l'attivazione della procedura di destituzione, stante il ruolo decisivo del Parlamento in ogni sua fase, è estremamente improbabile.

4. Considerazioni conclusive. Il principio di eguaglianza e le immunità funzionali. Il difficile equilibrio.

Responsabilità "politica"⁵⁰, responsabilità "giuridica", responsabilità "costituzionale", sono queste, come abbiamo visto, le categorie dottrinali entro cui si

⁴⁸ Cfr. *Loi constitutionnelle* n. 2000-964 del 2 ottobre 2000.

⁴⁹ La V Repubblica ha conosciuto tre "*cohabitations*": dal 1986 al 1988 sotto Mitterand, presidente della Repubblica, e Chirac, primo ministro; dal 1993 al 1995 sotto Mitterand, presidente, e Balladur, primo ministro; dal 1997 al 2002 sotto Chirac, presidente, e Jospin, primo ministro.

⁵⁰ Da non confondere, ovviamente, una tale responsabilità, prevista e sanzionata nella Costituzione, con la "responsabilità politica diffusa", cui il capo dello Stato, come ogni politico, è esposto nel confronto critico con la società civile, e che trova la sua sanzione, in particolare, in occasione del voto alle elezioni politiche.

cerca di inquadrare la responsabilità del capo dello Stato, anche se talora la stessa fluttua tra l'una e l'altra qualificazione.

A titolo di esempio, rifacendoci alle esperienze costituzionali illustrate, alla luce della prassi applicativa potremmo qualificare la responsabilità di cui all'*impeachment* statunitense "costituzionale", ma non esente da oscillazioni tra responsabilità giuridica e politica; la responsabilità nel caso italiano come "giuridico-costituzionale"; quella sortente dalla riforma costituzionale francese del 2007 come "politica", secondo peraltro la dichiarata intenzione degli artefici della riforma di distinguere la logica politica dalla logica giudiziaria⁵¹.

Ben più difficile, in uno Stato di diritto, è giustificare e, quindi, conciliare, senza il rischio di scivolare nel "privilegio", il principio di eguaglianza con la previsione delle "immunità funzionali". Queste, come noto, possono essere immunità previste dal diritto pubblico interno o dal diritto pubblico internazionale. Si pensi per queste ultime, a titolo di esempio, alla categoria delle immunità diplomatiche.

Tornando al diritto interno e in particolare alle immunità penali o, più correttamente, alla non applicabilità eccezionale della legge penale, ricordiamo che il codice penale italiano, all'articolo 3, comma 1, recita testualmente:

«La legge penale italiana obbliga tutti coloro che, cittadini o stranieri, si trovano nel territorio dello Stato, salve le eccezioni stabilite dal diritto pubblico interno o dal diritto internazionale».

Come si concilia una tale previsione con il principio dell'uguaglianza degli individui di fronte alla legge, principio basilare di ogni Stato di diritto? La risposta sintetica è nella tutela delle funzioni "istituzionali", quindi non immunità "personale", ma solo immunità strettamente giustificata "da" e "nei limiti" della funzione espletata.

A tal fine vale richiamare le sentenze n. 154 del 2004 e n. 1 del 2013 della Corte costituzionale che, pure nel riferimento allo *status* giuridico del presidente della Repubblica italiana, in una forma di governo parlamentare monista, in cui il capo dello Stato è collocato dalla Costituzione al di fuori dei tradizionali poteri dello Stato⁵², offrono un quadro esauriente dell'istituto dell'"immunità funzionale" e della relativa interpretazione in una corretta visione di bilanciamento tra valori.

Nella sentenza n. 154 del 2004 la Corte era chiamata a pronunciarsi in sede di ricorso per conflitto di attribuzione fra poteri dello Stato, proposto dall'ex presidente Francesco Cossiga contro la Corte di cassazione, in relazione a due sentenze della stessa in merito ad alcune "esternazioni" diffamatorie del Cossiga durante l'espletamento del suo mandato.

⁵¹ Cfr. *supra* nota 42.

⁵² Il capo dello Stato svolge, come dice la Corte, un ruolo di moderazione e di stimolo per l'armonico funzionamento dei poteri, politici e di garanzia.

Contro la tesi del ricorrente, che sosteneva, tra l'altro, la esclusiva competenza del giudice costituzionale, e non dell'autorità giudiziaria ordinaria, a tracciare il confine tra atti funzionali e atti extrafunzionali, la Corte costituzionale non solo sostiene la competenza in prima istanza del giudice ordinario per l'accertamento dell'applicabilità o meno dell'articolo 90 della Costituzione⁵³, ma ribadisce, come peraltro sostenuto dalla Corte di cassazione, che:

«l'art. 90 della Costituzione sancisce la irresponsabilità del Presidente – salve le ipotesi estreme dell'alto tradimento e dell'attentato alla Costituzione – solo per gli "atti compiuti nell'esercizio delle sue funzioni". È dunque necessario tenere ferma» – prosegue la Corte – «la distinzione fra atti e dichiarazioni inerenti all'esercizio delle funzioni, e atti e dichiarazioni che, per non essere esplicitazione di tali funzioni, restano addebitabili, ove forieri di responsabilità, alla persona fisica del titolare della carica, che conserva la sua soggettività e la sua sfera di rapporti giuridici, senza confondersi con l'organo che *pro tempore* impersona»⁵⁴.

Nella sentenza n. 1 del 2013, in occasione di un conflitto di attribuzione sollevato dal presidente Giorgio Napolitano nei confronti del procuratore della Repubblica presso il tribunale ordinario di Palermo in tema di intercettazioni telefoniche casuali, la Corte precisa i limiti della deroga al principio di eguaglianza, alla luce di un'interpretazione sistematica del dettato costituzionale e del «necessario bilanciamento tra le esigenze di giustizia e gli interessi supremi delle istituzioni»⁵⁵:

«La natura derogatoria del principio di uguaglianza, propria delle norme che sanciscono le prerogative degli organi costituzionali, impone [...] una stretta interpretazione delle relative disposizioni. Sono pertanto escluse sia l'interpretazione estensiva che quella analogica, ma resta possibile ed anzi necessaria l'interpretazione sistematica, che consente una ricostruzione coerente dell'ordinamento costituzionale»⁵⁶.

In conclusione, per la comprensione ed interpretazione di un sistema, e la valutazione della sua coerenza rispetto a valori qualificanti, i principi, per quanto fondamentali, non vanno interpretati in senso assoluto ed isolatamente, bensì alla luce di un corretto bilanciamento tra valori che, non snaturando alcun principio né l'essenza del sistema, permetta il migliore ed armonico funzionamento dell'assetto costituzionale.

⁵³ La possibilità, quindi, di sollevare conflitto di attribuzione solo in caso di pretesa erronea applicazione della norma costituzionale da parte dell'autorità giudiziaria: cfr. sent. n. 154 del 2004, *considerato in diritto*, punto 5.

⁵⁴ *Idem*, punto 6.

⁵⁵ Cfr. sent. n. 1 del 2013, *considerato in diritto*, punto 13.

⁵⁶ *Idem*, punto 10.

Conversazione

Ancora su libero arbitrio, imputabilità e responsabilità penale – Ch. 3

Diritto penale e condizionamenti.

Conversazione con Carla Bagnoli, Mario De Caro e Pietro Pietrini

Again on free will, imputability and criminal responsibility – Ch. 3

Criminal law and conditioning.

Conversation with Carla Bagnoli, Mario De Caro e Pietro Pietrini

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

“Determinazione” o “condizionamento”? Qual è la differenza tra i due concetti, con riguardo all’agire dell’uomo?

Più in generale, abbiamo osservato in varie occasioni, su questa rivista, come i concetti penalistici di “coscienza e volontà” pongano problemi enormi rispetto ad alcune categorie di persone, come ad esempio coloro che fanno uso di droghe o i giovani in età evolutiva.

Quali prospettive evolutive si scorgono all’orizzonte e quali sono le possibili ricadute sul diritto penale nel prossimo futuro?

Pietro Pietrini

Sul fronte del diritto penale, ritengo che uno dei profili di maggiore interesse sia quello relativo a quanto una conoscenza più approfondita dei fattori che condizionano, o in alcuni casi addirittura determinano, il comportamento umano, possa rilevare poi ai fini del giudizio di responsabilità per il fatto di reato e dell'applicazione della pena, che, come abbiamo detto¹, non può avere solo una funzione punitiva, ma deve avere anche una funzione riabilitativa.

Occorre in questo senso chiedersi quale sia la via migliore per comprendere la criminogenesi e la criminodinamica del reato (che cosa ha generato quel fatto, se questo sia, ed eventualmente in quale misura, ascrivibile a una scelta consapevole e libera dell'individuo) e individuare, quindi, la strategia migliore per risarcire la società, da ogni punto di vista.

A mio avviso, la risposta a questi interrogativi è necessariamente legata alla comprensione del concetto di *"bad or mad"*: quanto più l'individuo è *mad*, cioè psichicamente compromesso, tanto più il nostro approccio al crimine che egli ha commesso dovrà essere modificato.

Peraltro, il confine che separa il comportamento "patologico" (*mad*) dalla mera condotta "criminale" (*bad*) può essere estremamente sfumato. Pensiamo ad esempio a un cleptomane e a un pedofilo: che cosa differenzia le due condizioni? Dal punto di vista del disvalore sociale dei comportamenti, la differenza è abbastanza ovvia; dal punto di vista scientifico, però, lo è molto meno. La risposta forse più innovativa che ho ricevuto da uno studente, quando ho rivolto questa domanda in aula, è stata che il pedofilo ha un dovere morale maggiore, rispetto al cleptomane, di cercare aiuto. Proprio in virtù del maggior disvalore sociale delle sue azioni. Capite quindi che si tratta di valutazioni estremamente soggettive.

C'è ancora molto da fare su questo punto; esistono molteplici situazioni differenti, che portano con sé diversi margini di libertà di azione per la persona, e tutte queste situazioni vanno studiate e comprese a fondo. Da un estremo c'è la condizione di colui che soffre, ad esempio, di *tic* nervosi, o di patologie come la sindrome di Tourette, a causa delle quali è in preda a comportamenti che sono sicuramente incontrollabili e del tutto automatici. È evidente che in tali casi non potremmo ritenere quella persona colpevole dei suoi comportamenti e punirla servirebbe solo ad aggravare la sua situazione.

All'estremo opposto c'è il comportamento che definiremmo "completamente libero", quello cioè posto in essere da una persona che non presenta alcuna alterazione cerebrale o patologia psichica. Eppure, anche in questo caso, a fronte della commissione di un fatto che costituisce reato, occorre verificare quali siano le condizioni concrete dell'azione: ad esempio, una condotta violenta può trovare origine in una interpretazione distorta di un certo dato della realtà da parte dell'agente. Solo attraverso la

¹ Si veda la seconda parte della conversazione con C. Bagnoli, M. De Caro, P. Pietrini, [Un diritto penale incoerente?](#) in questa rivista, 24 febbraio 2021.

comprensione di tutte le variabili in gioco sarà infatti possibile produrre giudizi ponderati in materia di imputabilità e colpevolezza penali.

Centocinquant'anni fa il paziente epilettico veniva considerato un indemoniato, e in alcuni paesi del mondo è ancora così. Oggi invece sappiamo che l'epilessia è legata al malfunzionamento di un gruppo specifico di neuroni. Ecco, questa è l'evoluzione che la scienza e le neuroscienze portano ai fini della comprensione dei comportamenti umani e delle cause a essi sottostanti.

Carla Bagnoli

Vorrei tornare su un paio di punti toccati dal Prof. Pietrini. Innanzitutto, non bisogna trascurare che *bad* e *mad* sono due concetti valutativi. I criteri atti a definire non solo la distinzione tra un criminale e un sociopatico (o una persona solo momentaneamente incapacitata a prendere decisioni consapevoli), ma anche gli ideali alla base del corretto funzionamento della mente, hanno carattere normativo. Si tratta di una precisazione che ha implicazioni importanti dal punto di vista filosofico: (p.e., quali intrecci vi sono tra fatti e valori?) ma credo debba essere fatta oggetto di riflessione anche da parte della scienza. Del resto, la scienza stessa impiega, più o meno consapevolmente, ideali normativi. Il carattere valutativo di certe definizioni è dunque un problema al quale occorre prestare attenzione, specialmente nell'ottica di un lavoro interdisciplinare. Un ambito in cui questo problema emerge in modo evidente è quello sperimentale. Se ci interroghiamo sull'epistemologia degli esperimenti tesi a dimostrare se e quanto siamo effettivamente capaci di esercitare un controllo sulle nostre azioni, dobbiamo necessariamente fare ricorso a concetti come "impulso", "deliberazione", "desiderio" oppure "istinto naturale". Esiste una letteratura filosofica rilevante su tutti questi concetti che può aiutare a chiarire qual è l'impatto degli esperimenti sul carattere determinato dell'esperienza soggettiva.

A mio avviso, l'intera questione della relazione tra libero arbitrio e imputabilità dovrebbe essere riletta alla luce della consapevolezza del fatto che (anche) la scienza contiene degli elementi valutativi e normativi, degli ideali normativi in ordine al "normale" funzionamento del cervello, delle emozioni, oppure ai criteri per ritenere che certe disfunzionalità sono "determinate". Si tratta di scelte normative, che non possono essere interamente dettata da statistiche – le quali sono costruite in maniera molto complessa, il che pone l'ulteriore problema della loro opacità e di come certi "dati" vengono in realtà "costruiti" e come *dovrebbero* essere utilizzati.

Un altro aspetto che mi preme mettere in luce riguarda i valori morali che dovrebbero guidare le scelte razionali: tali valori, a mio avviso, non sono assoluti, cioè sciolti da ogni contingenza, ma sono il frutto di tradizioni, culture, storici. In questo senso, non esiste un progresso lineare della storia, che al contrario procede per salti. Basta pensare alla discussione sulla pena di morte: la legislazione del Granducato di Toscana è migliore di quella attualmente in vigore in USA. Dare una giustificazione *oggettiva* dei valori e delle scelte razionali non significa ignorare che tali valori sono sorti all'interno di una certa dimensione storica.

D'altra parte, vorrei anche precisare che le norme costitutive hanno poco a che vedere con la morale in realtà, bensì si ricollegano all'idea che le norme servono a garantire una risposta all'incertezza e quindi, di fatto, riducono l'incertezza. Si tratta di una tesi sostenuta, ad esempio, da Jules Coleman a proposito del contratto, così come da Michael Bratman riguardo a diverse tipologie di scelta collettiva e da Scott Shapiro proprio a proposito del diritto.

Quando parliamo di norme costitutive, facciamo riferimento a un insieme di norme abbastanza generali da poter organizzare qualsiasi azione coordinata e cooperativa. Non si tratta di due concetti equivalenti: il coordinamento può rispondere a logiche strumentali, la cooperazione prevede invece una disposizione, se non all'altruismo vero e proprio, quantomeno a prendere in considerazione le intenzioni, i fini, e i bisogni dell'altro. Credo che sia importante stabilire un collegamento tra la nozione di progresso e queste due funzioni delle norme, di cooperazione e di coordinamento, su cui si è fondata la sopravvivenza stessa dell'essere umano, che è un essere finito e limitato, ma anche capace di educazione e di socializzazione. È plausibile sostenere che l'imputabilità è questione interna a pratiche sociali governate da norme di reciprocità, mutuo rispetto e riconoscimento. La pena è giustificabile, quando lo è, all'interno di pratiche sociali governate da tali norme.

Mario De Caro

Sono perfettamente d'accordo su quanto detto finora; aggiungo solo qualche ulteriore considerazione a partire dalle vostre domande.

Per quanto riguarda il rapporto tra determinazione e condizionamento, e in particolare quest'ultimo concetto, credo che qui la vera sfida sia quella lanciata dall'epifenomenismo. Se cioè dovessimo concludere che il nostro prendere coscienza di ciò che dovremmo fare non conta niente dal punto di vista causale, perché non siamo in alcun modo in grado di incidere sul corso degli eventi, ecco allora che non avrebbe più nessun senso parlare di libertà o di attribuzione di responsabilità per le azioni compiute.

I risultati delle ricerche condotte nel campo delle scienze cognitive, tuttavia, ci offrono un quadro diverso, che ci consente di uscire dalla logica dell'epifenomenismo. Un quadro, cioè, nel quale tutti noi siamo molto meno responsabili di quanto ci piacerebbe pensare e tuttavia, almeno in una certa misura, possiamo esserlo a tutti gli effetti.

Quanto poi alla valutazione circa la portata della responsabilità individuale, occorre tenere in considerazione i fattori attenuanti, così come le ragioni che ci esonerano del tutto da responsabilità (come nei casi in cui realizziamo un comportamento che apparentemente è un *actus reus* ma manca la *mens rea*). Conosciamo molti casi di questo tipo. Un ottimo esempio, che il Prof. Pietrini conosce molto bene, è un caso che si è verificato negli Stati Uniti d'America e che ha per protagonista un uomo, con una vita integerrima alle spalle, che a oltre 60 anni cominciò a mostrare comportamenti pedofiliaci. Fu arrestato e il giorno prima del processo si sentì malissimo, tanto da essere portato di corsa in ospedale. Lì i medici scoprirono che aveva un tumore al cervello. Rimosso il tumore, le sue tendenze pedofiliache

scomparvero, fino a quando, un paio d'anni dopo, il tumore si ripresentò, e con esso anche le tendenze pedofiliache.

Da esempi come questo, si capisce chiaramente – come ha osservato anche Giuseppe Sartori, che ha spesso collaborato con Pietro nell'attività peritale nell'ambito dei processi penali relativi a questo genere di vicende – che maggiore è l'atrocità del crimine, più forte è la nostra volontà di punirne l'autore, ma minore dovrebbe essere, invece, la nostra propensione a ragionare in chiave prettamente punitiva. Vale a dire: i crimini più orrendi spesso sono compiuti da persone che non sono nel pieno controllo di ciò che fanno.

Questo non significa, ovviamente, che non ci si debba preoccupare di proteggere la società da tali individui; occorre però modificare la base della filosofia della pena. Bisogna sì proteggere la società, ma non bisogna punire le persone che non erano in grado di controllare se stesse quando hanno compiuto delitti, per quanto quei delitti possano essere orribili. Piuttosto, dobbiamo cercare di curare quei soggetti o, quantomeno, dobbiamo sì proteggere la società confinando quelle persone, ma senza causare in loro inutili sofferenze.

In questo quadro, qual è la miglior definizione di pena? A mio avviso, è quella che ci hanno offerto Hart e Rawls, i quali propongono una visione che tiene insieme sia gli aspetti utilitaristici, sia quelli del retributivismo cosiddetto "negativo". Innanzitutto, la pena deve essere utile: occorre, cioè, vedere sempre un'utilità nella pena che intendiamo infliggere, soprattutto nella prospettiva del recupero sociale dell'individuo.

Ma non basta: in secondo luogo, una volta individuate le situazioni in cui la pena è effettivamente in grado di produrre un risultato utile, la applicazione della pena dovrà essere circoscritta ai soli autori di reati che effettivamente meritano la punizione.

C'è dunque un duplice controllo, secondo una forma di garantismo forte – condivisa, oltre che da Rawls e Hart, in parte anche da Bobbio – che rappresenta oggi, a mio parere, la concezione più adeguata della pena.

(Fine)

Riflessione

— Prevenire è meglio che punire

Prefazione

Prevention is better than punishing

Preface

di Fabio Basile

Testo della Prefazione al volume di Elena Mariani, [Prevenire è meglio che punire. Le misure di prevenzione personali tra accertamento della pericolosità e bilanciamenti di interessi](#), Giuffrè, 2021.

Il titolo della ponderosa e documentatissima monografia di Elena Mariani – *prevenire è meglio che punire* – costituisce indubbiamente un'affermazione, da Beccaria in poi¹, ampiamente condivisa, la quale, tuttavia, cela e presuppone una serie di quesiti, non sempre adeguatamente tematizzati nel dibattito scientifico e la cui risposta risulta, comunque, estremamente controversa: **quali** condotte antisociali prevenire? nei confronti di **quali** soggetti intraprendere l'attività di prevenzione? con **quali** modalità realizzare questa attività di prevenzione?

Non basta, d'altra parte, concordare sul fatto che *prevenire è meglio che punire* per attribuire automaticamente, e acriticamente, un riconoscimento di legittimità, costituzionale e convenzionale, oltre che una patente di efficacia ad un qualsivoglia sistema di prevenzione dei reati, a prescindere dalla specifica conformazione legislativa e, ancor più, dalla concreta applicazione giurisprudenziale di tale sistema.

¹ C. Beccaria, *Dei delitti e delle pene*, ed. a cura di G.D. Pisapia, Giuffrè, 1964, p. 127.

Elena Mariani cerca di rispondere ai predetti quesiti intraprendendo un impegnativo e serrato confronto tra «**ciò che è**» e «**ciò che potrebbe essere**» la prevenzione del reato. Nel suo percorso di ricerca l'Autrice guarda, allora, al passato delle misure di prevenzione personali, per evidenziarne errori e storture, ma guarda soprattutto al presente e al futuro di tali misure, spostando la ricerca fino alle frontiere del diritto penale: frontiere segnate, in quest'ambito, dall'intelligenza artificiale, dagli algoritmi predittivi, dalle tecniche di *risk assessment*, dalle acquisizioni della psichiatria e delle neuroscienze – categorie concettuali con le quali l'Autrice coraggiosamente, e con grande competenza, si cimenta per verificare in che misura dalle medesime possa essere tratta conferma alla validità dell'attuale sistema della prevenzione personale, o indicazioni per una oculata riforma dello stesso.

Fil rouge di tutta l'opera, sapientemente individuato e inseguito dall'Autrice, dipanandolo da una intricata matassa di equivoci, semplificazioni e precomprensioni, risulta poi essere la nozione di **pericolosità sociale**, della quale, nel libro, emerge quanto essa sia in realtà complessa, articolata, controversa. Perché è la pericolosità sociale – della quale il legislatore fa spesso un uso disinvolto e poco consapevole, così di fatto consentendole di scalzare surrettiziamente da territori a lungo parsi inespugnabili la responsabilità penale – a segnare la cifra dell'intero sistema della prevenzione personale. È, pertanto, dalla definizione della pericolosità sociale, come pure dalle modalità del relativo accertamento, che dipende in concreto la possibilità di assicurare un accettabile equilibrio tra due istanze, entrambe ineludibili: la protezione "preventiva" della società da futuri reati; la protezione "garantistica" dei diritti dei destinatari della prevenzione.

Alla ricerca di conferme e smentite delle acquisizioni teoriche e delle elaborazioni dottrinali, Elena Mariani – proseguendo nel solco di un'autentica **scienza penale integrata**² – intraprende anche un'accuratissima indagine empirica sulla prassi del Tribunale di Milano su un arco temporale di sette anni, recuperando, analizzando, "schedando" centinaia di provvedimenti applicativi di misure personali: invero, se l'indagine empirica è importante in tutti i settori del diritto, in considerazione del ruolo che la prassi ormai svolge nell'influenzare l'evoluzione e la stabilizzazione dei concetti giuridici all'interno delle dinamiche della normogenesi, lo è in particolar modo proprio nel diritto della prevenzione, nel quale risulta decisiva l'attività di rielaborazione giurisprudenziale di alcuni concetti dai parametri elastici e dal contenuto indeterminato, primo fra tutti – ancora una volta – quello di "pericolosità sociale".

Ecco, quindi, che grazie a questo appassionato lavoro di recupero e rielaborazione critica di dati, informazioni, prassi, teorie dottrinarie, elaborazioni scientifiche, indagini empiriche, l'Autrice, lavorando con spatola e raschietto, rimuovendo incrostazioni, malaccorte rifiniture, imbellettamenti posticci, riesce a far emergere, nella sua complessità, il vero volto della prevenzione personale in Italia.

² 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».

E nel momento in cui l'Autrice, e con lei il lettore, può finalmente guardare in faccia il sistema vigente della prevenzione personale, riesce anche a evidenziarne le criticità e a formulare meditate e argomentate proposte di riforma che consentano il passaggio da un'**asfittica** prevenzione cripto-penalistica³ dai contenuti stigmatizzanti, afflittivi e vessatori, a vocazione criminogena⁴, ad una **illuminata** prevenzione risocializzante, imperniata su interventi positivi e effettivamente riduttivi dei comportamenti delinquenti, fondata su basi scientifiche e capace di dialogare con le scienze umane.

Quando gireremo l'ultima pagina di questo libro potremo, allora, ritornare – con rinnovata consapevolezza e un accresciuto patrimonio di conoscenze – al suo titolo dal quale siamo partiti, giacché, come ricordava il Maestro della Scuola milanese, «quel che si insegna dai tempi di Beccaria (*meglio prevenire che punire*) deve tradursi in mutamenti normativi e organizzativi – in una efficace **rete di controlli preventivi** – la cui presenza può neutralizzare all'origine (almeno in parte) la commissione dei fatti delittuosi, relegando così il diritto penale al suo ruolo naturale di **estremo** rimedio»⁵: il lavoro di Elena Mariani contiene, infatti, plurime, meditate indicazioni per intraprendere quei «mutamenti normativi e organizzativi» che vadano davvero nell'auspicata direzione del "*meglio prevenire*"!

³ F.C. Palazzo, *Per un ripensamento radicale del sistema di prevenzione ante delictum*, in *disCrimen*, 12 settembre 2018, p. 5.

⁴ F. Bricola, *Forme di tutela "ante delictum" e profili costituzionali della prevenzione*, in *Scritti di diritto penale*, vol. I, tomo II, Giuffrè, 1997, p. 913.

⁵ G. Marinucci, *Il sistema sanzionatorio tra collasso e prospettive di riforma*, in *Riv. It. Dir. Proc. Pen.*, 2000, p. 176.

Riflessione

— La giustizia penale ai tempi di Voltaire e il caso di Jean Calas

Criminal justice at the time of Voltaire and the case of Jean Calas

di Vincenzo Giglio

Abstract. Due secoli e mezzo fa Voltaire fu attratto dalla vicenda giudiziaria di un tale Jean Calas, anziano e pacifico commerciante, che, unitamente ai suoi familiari, fu processato, condannato e messo a morte come omicida del figlio.

Il filosofo si interessò del caso Calas, lo impose all'attenzione pubblica e promosse la sua revisione, ottenendo la riabilitazione del defunto.

Ne fece poi uno degli episodi cardine del suo notissimo Trattato sulla tolleranza, additandolo come esempio della giustizia che si allontana così tanto dall'uomo da non riuscire più a comprenderlo.

Abstract. Two and a half centuries ago Voltaire was attracted by the judicial affair of a certain Jean Calas, an elderly and peaceful merchant, who, together with his family, was tried, convicted and put to death as a murderer of his son.

The philosopher took an interest in the Calas case, imposed it on public attention and promoted its revision, obtaining the rehabilitation of the deceased.

He then made it one of the cornerstones of his well-known Treatise on Tolerance, pointing to it as an example of justice that strays so far from man that it is no longer able to understand it.

SOMMARIO: 1. Introduzione. – 2. La morte di Marc-Antoine Calas e la vicenda giudiziaria che ne seguì nel racconto di Voltaire. – 3. Brevi note sulla giustizia penale francese ai tempi di Voltaire. – 4. Il caso Calas alla luce delle regole procedurali dell'epoca. – 5. Alcuni possibili parallelismi tra la giustizia dei tempi di Voltaire e quella nostra.

SUMMARY: 1. Introduction. – 2. The death of Marc-Antoine Calas and the judicial affair that followed in Voltaire's story. – 3. Brief notes on French criminal justice at the time of Voltaire. – 4. The Calas case in light of the procedural rules of the time. – 5. Some possible parallels between the justice of Voltaire's time and ours.

1. Introduzione.

Nel 1763 François-Marie Arouet, assai più noto come Voltaire, pubblicò *Il Trattato sulla tolleranza (Traité sur la tolérance à l'occasion de la mort de Jean Calas)*¹, destinato a diventare una delle sue opere più famose.

Fu una specie di chiamata alle armi degli illuministi di ogni parte d'Europa perché opponessero lo scudo della tolleranza a ogni forma di dogmatismo e fanatismo.

Al tempo stesso, la formidabile capacità argomentativa di Voltaire e una sua certa domestichezza con il linguaggio del diritto e le procedure giudiziarie gli permisero di offrire ai lettori il ritratto vivido di alcuni casi nei quali l'assurda sommarietà della giustizia e la sua connessione a pregiudizi popolari assecondavano perfettamente gli scopi dimostrativi dello scritto.

La storia della morte di Marc-Antoine Calas e dell'incriminazione dei suoi familiari e di un suo amico è probabilmente l'episodio più emblematico tra quelli descritti nel Trattato e additati come simbolo imperituro di una giustizia che rinnega se stessa e il suo compito.

Proprio di essa si parlerà in questo scritto, dando inizialmente la parola allo stesso Voltaire così che i lettori possano apprezzare le sue formidabili armi descrittive, stilistiche, dialettiche e retoriche.

Seguiranno brevi note sulle caratteristiche della giustizia penale al tempo della tragica vicenda della famiglia Calas e una sintetica analisi del processo alla luce delle regole procedurali allora vigenti.

Si concluderà provando a tracciare qualche parallelo tra quella stagione e la nostra.

¹ Per chi volesse leggere il testo nella lingua originale, si segnala l'edizione Gallimard del 2017. Tra le molte traduzioni italiane dell'opera si menzionano quella della Feltrinelli del 2015 (traduzione e cura di Lorenzo Bianchi) e quella della Primiceri del 2020 (traduzione a cura di Silvia Grossi).

2. La morte di Marc-Antoine Calas e la vicenda giudiziaria che ne seguì nel racconto di Voltaire².

Capitolo I

«L'assassinio di Calas, commesso a Tolosa con la spada della giustizia il 9 marzo 1762, è uno degli avvenimenti più singolari che meritino l'attenzione dei nostri tempi e della posterità. Ci si dimentica presto di quella folla di morti caduti in innumerevoli battaglie, non solo perché è la fatalità inevitabile della guerra, ma perché quelli che muoiono per il destino delle armi avevano la possibilità di uccidere a loro volta i loro nemici, e non sono certo morti senza difendersi. Laddove il pericolo e il vantaggio sono alla pari, lo stupore cessa e anche la pietà stessa si affievolisce. Ma se un innocente padre di famiglia è abbandonato alle mani dell'errore, o della passione, o del fanatismo; se l'accusato non ha che la sua virtù come difesa; se gli arbitri della sua vita, sgozzandolo, non corrono altro rischio se non quello di aver fatto uno sbaglio; se essi possono commettere impunemente un omicidio con una sentenza, allora la protesta pubblica si alza, ognuno teme per se stesso, ci si rende conto che nessuno è al sicuro della propria vita davanti ad un tribunale eretto per vegliare sulla vita dei cittadini, e tutte le voci si riuniscono per chiedere vendetta.

Si trattava, in questo strano caso, di religione, di suicidio, di parricidio; si trattava di sapere se un padre e una madre avessero strangolato il loro figlio per piacere a Dio, se un fratello avesse strangolato suo fratello, se un amico avesse strangolato il suo amico, e se i giudici si dovessero rimproverare di aver fatto morire sulla ruota un padre innocente, o di aver risparmiato una madre, un fratello e un amico colpevoli.

Jean Calas, sessantotto anni, esercitava a Tolosa la professione di negoziante da più di quarant'anni, ed era ritenuto un buon padre da tutti quelli che hanno vissuto con lui.

Era protestante, come lo erano sua moglie e tutti i suoi figli, tranne uno che aveva abiurato l'eresia e a cui il padre passava una piccola pensione. Sembrava talmente lontano da quell'assurdo fanatismo che rompe tutti i legami della società, che acconsentì alla conversione del figlio Louis Calas, e da trent'anni teneva in casa una domestica fervente cattolica, la quale aveva cresciuto tutti i suoi figli.

Uno dei figli di Jean Calas, che si chiamava Marc-Antoine, era un uomo di lettere: era ritenuto un tipo inquieto, cupo e violento. Questo giovane, non riuscendo ad inserirsi né nel commercio, per cui non era adatto, né ad essere ammesso come avvocato, perché ci volevano dei certificati di cattolicità che non era riuscito ad ottenere, decise di porre fine alla sua vita, e lasciò trasparire questo suo disegno ad un suo amico; si rafforzò in questo proposito leggendo tutto quello che sia stato mai scritto sul suicidio. Infine un giorno, avendo perso il suo denaro al gioco, decise di mettere in pratica il suo proposito quel giorno stesso. Un amico di famiglia, e suo, che si chiamava Lavaisse³, un giovane di diciannove anni, noto per i suoi modi dolci e innocenti, figlio di un famoso avvocato di Tolosa, era arrivato il giorno prima da

² Questo paragrafo risulta dalla fusione dei capitoli I e XXV e dell'aggiunta successiva al *Trattato*, tutti riportati integralmente. Il testo è stato tratto dal sito <https://tolleranzaweb.altervista.org/>.

³ Il nome corretto era in realtà Alexandre-François-Gaubert Lavaysse. Nel 1761 suo padre David Lavaysse pubblicò *"Mémoire pour le sieur François-Alexandre-Gaubert Lavaysse, son troisième fils"*, ovvero la memoria difensiva redatta dal figlio che lo stesso Voltaire menziona più avanti nella narrazione della vicenda. L'editore francese Hachette ne ha pubblicato una riedizione nel 2016.

Bordeaux; caso volle che si fermasse a cena dai Calas. Il padre, la madre, Marc-Antoine il loro figlio maggiore, e Pierre loro secondogenito, mangiarono insieme. Dopo cena si ritirarono in un salottino; Marc-Antoine sparì; infine, quando il giovane Lavoisier volle partire, lui e Pierre Calas, una volta scesi, trovarono giù, vicino al magazzino, Marc-Antoine in camicia, appeso a una porta, e il suo vestito piegato sul banco; la sua camicia non era per nulla stropicciata; i suoi capelli erano ben pettinati; non c'era sul suo corpo alcuna ferita, alcun livido.

Omettiamo tutti i particolari relazionati dagli avvocati; non descriveremo il dolore e la disperazione del padre e della madre; le loro grida furono sentite dai vicini. Lavoisier e Pierre Calas, fuori di sé, corsero a cercare dei chirurghi e la giustizia.

Finché sbrigliavano questo compito, finché il padre e la madre erano tra le lacrime e i singhiozzi, il popolo di Tolosa si riunì intorno alla casa. Questo popolo è superstizioso e collerico; guarda come mostri i fratelli che non condividono la sua stessa religione.

Fu a Tolosa che si ringraziò solennemente Dio per la morte di Enrico III, e che si giurò di sgozzare il primo che accennasse a riconoscere il grande e buon Enrico IV. Ogni anno questa città festeggia ancora, con una processione e con fuochi d'artificio, il giorno in cui due secoli fa massacrò quattromila cittadini eretici. Invano sei decreti del Consiglio hanno proibito questa odiosa festa; i tolosani hanno continuato a celebrarla come i giochi floreali.

Qualche fanatico della plebaglia si mise a gridare che Jean Calas aveva impiccato suo figlio Marc-Antoine. Questo grido, ripetuto, divenne unanime in un attimo; altri aggiunsero che il morto avrebbe dovuto abiurare l'indomani; che la sua famiglia e il giovane Lavoisier l'avevano strangolato per odio contro la religione cattolica; un attimo dopo non c'erano più dubbi; tutta la città si persuase che fosse un precetto della religione protestante che un padre e una madre dovessero assassinare il loro figlio qualora si fosse voluto convertire.

Gli animi, una volta smossi, non si calmano più. Si ipotizzò che i protestanti della Linguadoca si fossero riuniti il giorno prima; che avessero scelto, a maggioranza di voti, un membro della setta come carnefice; che la scelta fosse caduta sul giovane Lavoisier; che questo giovane, in ventiquattr'ore, avesse ricevuto la notizia della sua elezione, e fosse arrivato a Bordeaux per aiutare Jean Calas, sua moglie e il loro figlio Pierre a strangolare un amico, un figlio, un fratello.

Messere David⁴, capitoul⁵ di Tolosa, eccitato da queste dicerie e desideroso di farsi valere con una pronta esecuzione, avviò una procedura contraria alle regole e alle ordinanze.

La famiglia Calas, la domestica cattolica, Lavoisier, furono messi ai ferri.

⁴ Si trattava di David de Boudrigue.

⁵ Già in epoca medievale i *Capitoul* (Capitoli) erano i componenti del consiglio municipale di Tolosa. La nomina alla carica avveniva per elezione ed erano eleggibili solo cittadini maschi, di almeno 25 anni d'età, sposati, cattolici, residenti a Tolosa ed esercenti una professione onorevole. I *Capitoul* avevano non solo funzioni amministrative ma anche militari e giudiziarie. Le loro prerogative giudiziarie furono ridotte nel XIV secolo a seguito dell'istituzione del parlamento di Tolosa. La rivoluzione francese determinò infine l'abolizione del *Capitoulat*.

Venne pubblicato un monitorio⁶ non meno scorretto della procedura. Si andò anche oltre: Marc-Antoine Calas era morto calvinista, e se aveva attentato alla sua stessa vita, avrebbe dovuto essere trascinato sul graticcio; fu invece seppellito in pompa magna nella chiesa di Saint-Étienne, nonostante il curato si fosse opposto a questa profanazione.

In Linguadoca ci sono quattro confraternite di penitenti: la bianca, la blu, la grigia e la nera. I confratelli indossano un lungo cappuccio e una maschera di stoffa con due buchi per lasciare libera la vista; essi hanno cercato di accorpare in loro il signor duca di Fitz-James, comandante della provincia, e lui li ha rifiutati. I confratelli bianchi celebrarono per Marc-Antoine una cerimonia solenne, come se fosse stato un martire. Mai nessuna chiesa celebrò la festa di un vero martire con più fasto; ma questo fasto fu terribile. Sopra un sontuoso catafalco era stato innalzato uno scheletro che veniva fatto muovere e che rappresentava Marc-Antoine Calas, con una palma in una mano, e nell'altra mano la penna con cui avrebbe dovuto firmare l'abiura, ma che di fatto sottoscriveva la condanna a morte di suo padre.

A quel punto, a quell'infelice che aveva attentato alla propria vita non mancava altro che la canonizzazione; tutto il popolo lo considerava santo; qualcuno lo invocava, altri andavano a pregare sulla sua tomba, altri gli chiedevano miracoli, altri raccontavano quelli che aveva fatto. Un monaco gli strappò qualche dente per avere delle reliquie indeperibili. Una devota un po' sorda disse che aveva udito il suono delle campane. Un prete apoplettico guarì dopo aver preso un emetico. Si stilarono dei verbali su questi prodigi. Chi scrive questa relazione possiede un documento che attesta che un giovane di Tolosa è diventato matto dopo aver pregato varie notti sulla tomba del nuovo santo senza ottenere il miracolo che implorava.

Alcuni magistrati erano della confraternita dei penitenti bianchi. Da quel momento, la morte di Jean Calas sembrò inevitabile.

Ciò che più di ogni altra cosa lo condusse al supplizio, fu l'avvicinarsi di quella festa singolare che i tolosani celebrano tutti gli anni in memoria di un massacro di quattromila ugonotti; nell'anno 1762 cadeva il centenario. In città si predisponavano i preparativi dell'avvenimento solenne: ciò contribuiva ad accendere ancor più la fervida immaginazione popolare; si diceva pubblicamente che il patibolo sul quale avrebbero pestato i Calas sarebbe stato il più grande ornamento della festa; si diceva che la Provvidenza portava essa stessa queste vittime per essere sacrificate alla nostra santa religione. Venti persone hanno sentito questi discorsi, e anche di più violenti. E questo avviene ai nostri giorni! E in un'epoca in cui la filosofia ha fatto così tanti progressi! E tutto questo avviene mentre cento accademie scrivono testi per ispirare la mansuetudine nei comportamenti! Sembra che il fanatismo, indignato dopo lo scarso successo sulla ragione, si abbatta su di essa con una rabbia ancor più grande.

Tredici giudici si riunirono tutti i giorni per terminare il processo. Non avevano e non potevano avere alcuna prova contro la famiglia; ma la religione ingannatrice fungeva da prova. Sei giudici insistettero a lungo per far condannare Jean Calas, suo figlio e Lavoisier sulla ruota, e la moglie di Jean Calas sul rogo. Altri sette, più moderati, volevano che almeno si facessero delle verifiche. I dibattimenti furono lunghi e ripetuti.

⁶ I monitori (*monitories*) erano documenti o discorsi pubblici il cui effetto era l'ingiunzione a presentarsi in tribunale per coloro che fossero a conoscenza di fatti rilevanti riguardo a una vicenda di interesse giudiziario.

Uno dei giudici, convinto dell'innocenza degli accusati e dell'impossibilità del crimine, parlò con foga in loro favore; oppose lo zelo dell'umanità allo zelo della severità; divenne l'avvocato pubblico dei Calas in tutte le case di Tolosa, ove le grida continue della religione offesa domandavano il sangue di questi poveretti. Un altro giudice, noto per la sua violenza, parlava in città con altrettanto impeto contro i Calas che il primo si affrettava a difendere. Infine lo scalpore fu così grande che furono costretti a ricusarsi l'un l'altro; si ritirarono in campagna. Ma, per una strana malasorte, il giudice favorevole ai Calas ebbe il ritegno di continuare nella sua ricusazione, mentre l'altro tornò a dar voce contro quelli che non doveva assolutamente giudicare; fu questa voce che decretò la condanna sulla ruota, poiché non si ebbero che otto voci contro cinque, dal momento che uno dei sei giudici contrari era infine passato, dopo molte constatazioni, al partito più severo.

Pare che quando si tratta di un parricidio e di consegnare un padre di famiglia al più atroce supplizio, il giudizio dovrebbe essere unanime, perché tutti dovrebbero cogliere l'evidenza delle prove di un crimine così inaudito: in un caso simile, il minimo dubbio deve bastare per far tremare un giudice che sta per firmare una sentenza di morte. La debolezza della nostra ragione e l'insufficienza delle nostre leggi si fanno sentire sempre; ma quale miglior occasione, per scoprirne la miseria, di quella in cui la maggioranza ottenuta per una sola voce fa condannare un cittadino alla ruota? Ad Atene erano necessarie cinque voci oltre la metà per osar pronunciare una sentenza di morte. Che cosa se ne deduce? Ciò che sappiamo ben invano: che i greci erano più saggi e più umani di noi.

Sembrava impossibile che Jean Calas, un anziano di sessantotto anni, che aveva da tanto tempo le gambe deboli e gonfie, avesse, da solo, strangolato e impiccato un figlio di ventott'anni, dotato di una forza fuori dell'ordinario; bisognava assolutamente che fosse stato aiutato in questa esecuzione da sua moglie, da suo figlio Pierre Calas, da Lavoisier, e dalla domestica. Non si erano lasciati un solo momento la sera di quella fatale vicenda. Ma anche questa supposizione era tanto assurda quanto l'altra: infatti, una domestica fervente cattolica come avrebbe potuto sopportare che degli ugonotti assassinassero un giovane da lei cresciuto, per punirlo di amare la religione di tale domestica? Come avrebbe fatto Lavoisier ad arrivare apposta da Bordeaux, per strangolare l'amico di cui ignorava il desiderio di convertirsi? Come avrebbe potuto una mamma amorevole mettere le mani sopra suo figlio? Come avrebbero potuto strangolare tutti insieme un giovane robusto quanto tutti loro messi insieme, senza una lotta lunga e violenta, senza delle grida orribili che avrebbero richiamato tutto il vicinato, senza colpi ripetuti, senza lividi, senza vestiti strappati.

Era evidente che, se era stato possibile commettere il parricidio, tutti gli accusati erano ugualmente colpevoli, perché non si erano lasciati un momento; era evidente che non lo erano; era evidente che il padre solo non poteva esserlo; e tuttavia la sentenza condannò solo questo padre a morire sulla ruota.

Le motivazioni della sentenza sono tanto inconcepibili quanto tutto il resto. I giudici che si erano decisi per il supplizio di Jean Calas convinsero gli altri che questo debole vecchio non avrebbe potuto resistere ai tormenti e che avrebbe confessato sotto i colpi dei carnefici il suo crimine e quello dei suoi complici. Rimasero allibiti quando questo vecchio, morendo sulla ruota, prese Dio a testimonia della sua innocenza, e lo scongiurò di perdonare i suoi giudici.

Furono costretti ad emettere una seconda sentenza, in contraddizione con la prima, per liberare il figlio Pierre, il giovane Lavoisier e la domestica; ma uno dei consiglieri avendo fatto loro notare che questa sentenza smentiva l'altra, che si condannavano

loro stessi, che tutti gli accusati erano sempre stati insieme nel tempo del supposto parricidio, che il rilascio dei sopravvissuti provava invincibilmente l'innocenza del padre di famiglia condannato, allora presero il partito di esiliare Pierre Calas suo figlio.

Questo esilio sembrava tanto illogico, tanto assurdo quanto tutto il resto: infatti Pierre Calas era o colpevole o innocente del parricidio; se era colpevole, bisognava condannarlo alla ruota come suo padre; se era innocente, non bisognava esiliarlo. Ma i giudici, spaventati dal supplizio del padre e dalla pietà commovente che aveva dimostrato morendo, si figurarono di salvare il loro onore facendo credere che graziavano il figlio, come se non fosse stata una nuova prevaricazione quella di graziarlo; e credettero che l'esilio di questo giovane povero e senza appoggio, essendo senza conseguenze, non era una grande ingiustizia, a confronto di quella che avevano avuto la sventura di commettere.

Cominciarono a minacciare Pierre Calas, nella sua cella, di trattarlo come suo padre se non avesse abiurato la sua fede. È ciò che questo giovane dichiara sotto giuramento.

Pierre Calas, uscendo dalla città, incontrò un abate convertitore che lo fece rientrare a Tolosa; lo chiusero in un convento di domenicani, e là lo costrinsero ad adempiere a tutte le funzioni del cattolicesimo; era in parte ciò che si voleva, era il prezzo del sangue di suo padre; e la religione, che si era creduto di vendicare, sembrava soddisfatta.

Le figlie vennero tolte alla madre e furono chiuse in un convento. Questa donna, quasi inzuppata del sangue del marito, che aveva tenuto tra le braccia il figlio maggiore morto, che aveva visto l'altro esiliato, privata delle sue figlie, spogliata di tutti i suoi averi, era sola al mondo, senza pane, senza speranza, e colpita a morte dall'eccesso delle sue disgrazie. Alcune persone, avendo esaminato minuziosamente tutte le circostanze di questa orribile vicenda, ne furono così colpite che insistettero perché la signora Calas, ritiratasi in solitudine, osasse venire a chiedere giustizia ai piedi del trono. Allora ella non poteva sostenersi, si stava spegnendo; e inoltre, essendo nata in Inghilterra, e trapiantata in una provincia francese in tenera età, il solo nome della città di Parigi la spaventava. Si immaginava che la capitale del regno dovesse essere ancora più barbara di quella della Linguadoca. Alla fine il dovere di vendicare la memoria di suo marito ebbe la meglio sulla sua debolezza. Sul punto di spirare, arrivò a Parigi. Fu sorpresa di trovarvi accogliimento, aiuto e lacrime. A Parigi la ragione ha la meglio sul fanatismo, per quanto grande possa essere, mentre in provincia il fanatismo ha quasi sempre la meglio sulla ragione.

M. de Beaumont, famoso avvocato del parlamento di Parigi, prese subito la sua difesa e redasse un parere consultivo che fu firmato da quindici avvocati. M. Loiseau, non meno eloquente, compose una memoria difensiva in favore della famiglia. M. Mariette, avvocato al Consiglio⁷, stese un ricorso giuridico che portò la persuasione in tutte le coscienze.

Questi tre generosi difensori della legge e dell'innocenza lasciarono alla vedova i profitti delle edizioni delle loro difese. Parigi e l'Europa intera si mossero a pietà e

⁷ Il riferimento va inteso al Consiglio privato di Stato (*Conseil d'État privé*). All'epoca dei fatti tale organo aveva tra l'altro la funzione di corte suprema di giustizia ed era presieduto dal re che tuttavia era solito farsi rappresentare dal Cancelliere, assieme al quale operava un corpo di giuristi specificamente addetti.

chiesero giustizia insieme a questa donna sventurata. La sentenza fu pronunciata da tutto il pubblico ben prima che potesse essere firmata dal Consiglio.

La pietà penetrò fino al ministero, nonostante il torrente continuo degli affari che spesso estromette la pietà, e nonostante la consuetudine a vedere dei disgraziati, che può indurire ancor più il cuore. Le figlie furono restituite alla madre. Furono viste tutte e tre, in gramaglie e bagnate di lacrime, far piangere i loro giudici.

Ciononostante questa famiglia ebbe ancora qualche nemico, perché si aveva a che fare con la religione. Diverse persone, che in Francia vengono chiamate devote, dissero a voce alta che era meglio lasciare sulla ruota un vecchio calvinista innocente che far ammettere a otto consiglieri della Linguadoca di essersi sbagliati: si fece uso perfino di questa espressione: "Ci sono più magistrati che Calas"; e così se ne concludeva che la famiglia Calas doveva essere sacrificata per l'onore della magistratura. Non si pensava che l'onore dei giudici consiste, come quello degli altri esseri umani, nel rimediare ai propri sbagli. In Francia non si crede che il papa, assistito dai suoi cardinali, sia infallibile: si potrebbe parimenti credere che non lo siano neanche otto giudici di Tolosa. Tutto il resto della gente di buon senso e disinteressate dicevano che la sentenza di Tolosa sarebbe stata cassata in tutta Europa, quand'anche delle particolari considerazioni impedissero che fosse cassata al Consiglio.

Questo era lo stato di questa stupefacente avventura, quand'essa fece nascere in alcune persone imparziali ma sensibili il disegno di presentare al pubblico delle riflessioni sulla tolleranza, sull'indulgenza, sulla commiserazione, che l'abate Houtteville, nella sua declamazione ampollosa ed errata su alcuni fatti, definisce 'dogma mostruoso', e che invece la ragione definisce 'appannaggio della natura'.

O i giudici di Tolosa, trascinati dal fanatismo della plebaglia, hanno messo sulla ruota un padre di famiglia innocente, cosa senza precedenti; o questo padre di famiglia e sua moglie hanno strangolato il loro figlio primogenito, aiutati in questo parricidio da un altro figlio e da un amico, cosa che non esiste in natura. Nell'uno o nell'altro caso, l'abuso della più santa religione ha prodotto un grande crimine. È dunque nell'interesse del genere umano esaminare se la religione debba essere caritatevole o barbara».

Capitolo XXV

«Apprendiamo che il 7 marzo 1763 tutto il Consiglio di Stato riunito a Versailles in presenza dei ministri di stato e sotto la presidenza del cancelliere, M. de Crosne, il relatore, espose il caso dei Calas con l'imparzialità di un giudice, la precisione di un uomo perfettamente istruito, l'eloquenza semplice e vera di un oratore e uomo di stato, la sola che sia appropriata in un'assemblea come quella. Una folla prodigiosa di persone di ogni rango aspettava la decisione del Consiglio nella galleria del castello. Presto fu comunicato al re che tutti i voti, nessuno escluso, avevano ordinato che il parlamento di Tolosa inviasse al consiglio gli atti processuali e le motivazioni della sentenza che aveva fatto morire Jean Calas sulla ruota. Sua Maestà approvò il giudizio del Consiglio.

C'è dunque un po' di umanità e giustizia presso gli esseri umani, e soprattutto presso il Consiglio di un re amato e degno di essere amato. Il caso di una sfortunata famiglia di comuni cittadini ha occupato Sua Maestà, i suoi ministri, il cancelliere e tutto il Consiglio, ed è stata discussa con una disamina tanto meticolosa quanto possono esserlo le più grandi questioni di pace e di guerra. L'amore per la giustizia, l'interesse

per il genere umano hanno ispirato tutti i giudici. Siano rese grazie a quel Dio clemente, il solo che ispira la giustizia e tutte le virtù!

Dichiariamo che non abbiamo mai conosciuto né quello sfortunato Calas che gli otto giudici di Tolosa condannarono a morte basandosi sui più deboli indizi, contrariamente agli ordini dei nostri re e contrariamente alle leggi di tutte le nazioni; né abbiamo mai conosciuto suo figlio Marc-Antoine, la cui morte insolita ha tratto in errore questi otto giudici; né la madre, tanto rispettabile quanto sventurata; né le sue figlie innocenti, che hanno fatto insieme a lei duecento leghe per venire a deporre ai piedi del trono la loro rovina e la loro virtù.

Questo Dio sa che noi non siamo stati animati che da uno spirito di giustizia, verità e pace quando noi abbiamo scritto quello che pensiamo della tolleranza, con l'occasione di Jean Calas che lo spirito di intolleranza ha fatto morire.

Noi non abbiamo inteso offendere gli otto giudici di Tolosa quando abbiamo detto che si sono sbagliati, come invece ha pensato tutto il Consiglio; al contrario, abbiamo aperto loro una via per giustificarsi davanti all'Europa intera. Questa via consiste nell'ammettere che degli indizi equivoci e le grida di una moltitudine delirante hanno avuto la meglio sulla loro giustizia; nel chiedere perdono alla vedova, e nel porre rimedio, per quanto possono, alla completa rovina di una famiglia innocente unendosi a coloro che la aiutano nel suo dolore. Hanno fatto morire il padre ingiustamente: sta a loro far da padre ai figli, ammesso che questi orfani vogliano ricevere da loro un piccolo segno di un pentimento assai giusto. Sarebbe bello che i giudici lo offerissero e la famiglia rifiutasse.

Spetta soprattutto a Messere David, capitoul di Tolosa, dare l'esempio di rimorso, in quanto primo persecutore dell'innocenza. Ha insultato un padre di famiglia che moriva sul patibolo. Questa crudeltà è davvero inaudita; ma poiché Dio perdona, gli uomini devono ugualmente perdonare a chi pone rimedio alle proprie ingiustizie.

Mi è stata scritta dalla Linguadoca questa lettera del 20 febbraio 1763.

"La vostra opera sulla tolleranza mi sembra piena di umanità e verità; ma temo che farà più male che bene alla famiglia Calas. Può irritare gli otto giudici che hanno sentenziato la ruota; chiederanno al parlamento che il vostro libro sia bruciato, e i fanatici (ce ne sono sempre) risponderanno con urla di rabbia alla voce della ragione, ecc."

Ecco la mia risposta:

"Gli otto giudici di Tolosa possono far bruciare il mio libro, se è buono; non c'è niente di più facile: sono state bruciate pure le Lettere provinciali, che valevano senza dubbio molto di più; ognuno può bruciare a casa sua i libri e i documenti che non gli piacciono.

La mia opera non può fare né bene né male ai Calas, che io non conosco affatto. Il Consiglio del re, imparziale e fermo, giudica seguendo le leggi, seguendo l'equità, basandosi sui documenti, le procedure, e non su uno scritto che non è per niente giuridico, e il cui scopo è assolutamente estraneo al caso in esame.

Per quanto si stampino in-folio a favore o contro gli otto giudici di Tolosa, e a favore o contro la tolleranza, né il Consiglio né alcun tribunale considererà questi libri come dei documenti del processo.

Questo scritto sulla tolleranza è una richiesta che l'umanità presenta molto umilmente al potere e alla prudenza. Semino un granello che potrà un giorno produrre una messe. Tutto dipende dal tempo, dalla bontà del re, dalla saggezza dei suoi ministri e dallo spirito della ragione che comincia a spargere ovunque la sua luce.

La natura dice a tutti gli esseri umani: "Io vi ho fatti nascere tutti deboli e ignoranti, per vegetare qualche istante sulla terra e per concimarla con i vostri cadaveri. Poiché siete deboli, aiutatevi; poiché siete ignoranti, illuminatevi e sostenetevi. Qualora foste tutti dello stesso parere, cosa che sicuramente non succederà mai, qualora non ci fosse che un solo uomo di parere contrario, gli dovrete perdonare: perché sono io che lo faccio pensare come lui pensa. Vi ho dato delle braccia per coltivare la terra e un piccolo barlume di ragione perché vi guidi; ho messo nei vostri cuori un germe di compassione per aiutarvi gli uni gli altri a sopportare la vita. Non soffocate quel germe, non corrompetelo, imparate che è divino, e non sostituite i miserabili furori della scuola alla voce della natura. Sono io sola che vi unisco ancora, vostro malgrado, con le vostre necessità reciproche, proprio nel bel mezzo delle vostre guerre crudeli intraprese con tanta leggerezza, teatro eterno delle colpe, del caso, e delle sventure.

Sono io sola che, in una nazione, fermo le conseguenze funeste della divisione interminabile tra la nobiltà e la magistratura, tra questi due corpi e quello del clero, tra il borghese stesso e il coltivatore. Ignorano tutti i limiti dei loro diritti; ma loro malgrado ascoltano tutti, alla fine, la mia voce che parla ai loro cuori. Io sola preservò l'equità nei tribunali, dove senza di me tutto sarebbe abbandonato all'indecisione e al capriccio, nel mezzo di un ammasso confuso di leggi fatte spesso a caso e per un bisogno passeggero, diverse tra loro da provincia a provincia, da città a città, e quasi ovunque in contraddizione tra loro nel medesimo luogo. Io sola posso ispirare la giustizia quando le leggi non ispirano che battibecchi. Colui che mi ascolta giudica sempre bene; e colui che non mira che a conciliare delle opinioni che si contraddicono è colui che sbaglia.

C'è un edificio immenso di cui ho posato le fondamenta con le mie mani: era solido e semplice, tutti gli uomini ci potevano entrare in sicurezza; hanno voluto aggiungervi gli ornamenti più bizzarri, volgari e inutili; l'edificio cade in rovina da tutte le parti; gli uomini ne prendono le pietre e se le tirano in testa; io grido loro: "Fermatevi, buttate via questi detriti funesti che sono opera vostra, e dimorate con me in pace nell'edificio indistruttibile che ho fatto io"».

Aggiunta successiva al Trattato

«Dopo il 7 marzo 1763, passarono altri due anni prima di arrivare al giudizio definitivo: è tanto facile al fanatismo strappare la vita all'innocenza, quanto è difficile alla ragione farle rendere giustizia. Toccò subire delle lungaggini inevitabili, necessariamente legate alle formalità. Meno queste formalità erano state osservate nella condanna di Calas, più dovevano essere rigorosamente osservate dal Consiglio di Stato. Un anno intero non bastò per obbligare il parlamento di Tolosa a far pervenire al Consiglio tutta la procedura, per esaminarla, per riferirla. M. de Crosne fu di nuovo incaricato di questo lavoro penoso. Un'assemblea di quasi ottanta giudici annullò la sentenza di Tolosa e ordinò la revisione totale del processo.

In quel periodo quasi tutti i tribunali del regno erano occupati da altri casi importanti. I gesuiti furono cacciati; la loro compagnia fu abolita in Francia: erano stati intolleranti e persecutori; furono a loro volta perseguitati.

La stravaganza dei biglietti per la confessione, di cui si suppose fossero gli autori segreti, e di cui erano pubblicamente i sostenitori, aveva già rinfocolato contro di loro l'odio della nazione. Una colossale bancarotta di uno dei loro missionari, bancarotta che si suppone in parte fraudolenta, completò la loro perdita. Queste semplici parole di 'missionari' e 'bancarottieri', così poco adatte ad essere unite insieme, portarono in tutti gli animi la sentenza della loro condanna. Infine le rovine di Port-Royal e le ossa di tanti uomini famosi insultati da loro nelle loro tombe, ed esumati all'inizio del secolo da degli ordini che i soli gesuiti avevano dettato, si levarono tutti contro il loro rispetto ormai agonizzante. Possiamo vedere la storia della loro proscrizione nell'eccellente libro intitolato Sulla distruzione dei gesuiti in Francia, opera imparziale, perché è di un filosofo, scritta con la finezza e l'eloquenza di Pascal, e soprattutto con una luce superiore che non è offuscata, come in Pascal, da pregiudizi che hanno talvolta sedotto dei grandi uomini.

Questo grande caso, sul quale qualche sostenitore dei gesuiti diceva che la religione era offesa, e nel quale la maggior parte la credeva vendicata, fece per molti mesi perdere di vista al pubblico il processo dei Calas; ma dopo che il re ebbe attribuito il processo per giudizio definitivo al tribunale che si chiama '*les requêtes de l'hôtel*', lo stesso pubblico, che ama passare da una scena all'altra, dimenticò i gesuiti, e i Calas occuparono tutta la sua attenzione.

Il tribunale delle *requêtes de l'hôtel* è una corte sovrana composta da consiglieri che giudicano i processi tra gli ufficiali e le cause inviate dal re. Non potevano scegliere un tribunale meglio informato sul caso: erano proprio gli stessi magistrati che avevano giudicato due volte i preliminari della revisione, e che conoscevano perfettamente il contenuto e le procedure. La vedova di Jean Calas, suo figlio, e il signor de Lavoisier furono rimessi in prigione; si fece venire dalla lontana Linguadoca quella vecchia domestica cattolica che non aveva mai lasciato un momento i suoi padroni e la sua padrona, nel periodo in cui si supponeva, contro ogni evidenza, che essi avessero strangolato il proprio figlio e fratello. Si deliberò, finalmente, sugli stessi documenti che avevano valso a Jean Calas la condanna alla ruota, e l'esilio a suo figlio Pierre.

Fu allora che uscì fuori un altro memoriale difensivo dell'eloquente M. de Beaumont, e un altro del giovane M. de Lavoisier, così ingiustamente coinvolto in questa procedura criminale dai giudici di Tolosa, che per colmo di contraddizione non l'avevano dichiarato assolto. Questo giovane compose lui stesso un memoriale che tutti giudicarono degno di comparire a fianco di quello di M. de Beaumont. Aveva il doppio vantaggio di parlare per sé stesso e per quella famiglia con cui aveva condiviso le catene. Stava solo a lui rompere le sue e uscire dal carcere di Tolosa, se solo avesse acconsentito a dire che aveva lasciato un momento i Calas nel periodo di tempo in cui si pretendeva che il padre e la madre avessero assassinato il loro figlio. Lo avevano minacciato di supplizzarlo; la domanda e la morte erano state presentate ai suoi occhi; una parola gli avrebbe potuto restituire la libertà: preferiva esporsi al supplizio che pronunciare quella parola che sarebbe stata una bugia. Egli espone tutti questi dettagli nel suo memoriale, con un candore tanto nobile, tanto semplice, tanto avulso da qualsiasi ostentazione, che toccò tutti i cuori che non voleva far altro che convincere, e che si fece ammirare senza aspirare alla fama.

Suo padre, celebre avvocato, non ebbe alcuna parte in quest'opera: egli si vide tutto d'un tratto eguagliato da suo figlio, il quale non aveva mai messo piede in tribunale.

Nel frattempo le persone di massimo prestigio si affollavano nella prigione di M.me Calas, dove era rinchiusa insieme alle sue figlie. Ci si commuoveva fino alle lacrime. L'umanità, la generosità offrivano loro aiuto. Quella che chiamiamo 'carità' non ne

offriva loro nessuno. La carità, che del resto è così spesso meschina e offensiva, è appannaggio dei devoti, e i devoti erano ancora contro i Calas.

Venne il giorno (9 marzo 1765) in cui l'innocenza trionfò pienamente. Quando M. de Baquencourt ebbe riportato tutta la procedura e ricostruito il caso fin nei minimi dettagli, tutti i giudici, a voce unanime, dichiararono la famiglia innocente, abusivamente e persecutoriamente giudicata dal parlamento di Tolosa. Essi riabilitarono la memoria del padre. Permisero alla famiglia di presentare ricorso a chi di dovere per rivalersi contro i loro giudici e ottenere il risarcimento delle spese, i danni e gli interessi che i magistrati di Tolosa avrebbero dovuto offrirsi di dare.

A Parigi fu una festa per tutti: ci si assembrava nelle pubbliche piazze, nei viali; si accorreva a vedere questa famiglia così sfortunata e così giustamente riabilitata; si battevano le mani quando si vedevano passare i giudici, li si colmava di benedizioni. Quello che rendeva questo spettacolo ancora più toccante, è che quel giorno, il 9 marzo, era il medesimo giorno in cui (tre anni prima) Calas era morto per il supplizio più crudele.

I giudici del tribunale avevano reso alla famiglia Calas una giustizia completa, e in questo non avevano fatto che il loro dovere. C'è un altro dovere, quello della benevolenza, più raramente adempiuto dai tribunali, che sembrano credersi fatti per essere solamente equi. I giudici del tribunale stabilirono che essi scrivessero a Sua Maestà per supplicarlo di rimediare con i suoi doni alla rovina della famiglia. La lettera fu scritta. Il re rispose facendo consegnare trentaseimila lire alla madre e ai figli; e di queste trentaseimila lire, ce n'erano tremila per quella domestica virtuosa che aveva costantemente difeso la verità difendendo i suoi padroni.

Con questa buona azione, come per tante altre, il re meritò il soprannome che l'amore della nazione gli ha dato. Possa questo esempio servire ad ispirare agli uomini la tolleranza, senza la quale il fanatismo desolerebbe la terra, o perlomeno la rattristerebbe sempre! Sappiamo che qui non si tratta che di una sola famiglia, e che la rabbia delle sette ne ha fatte morire migliaia; ma oggi che un'ombra di pace lascia riposare tutte le comunità cristiane, dopo secoli di carneficine, è in questo periodo di tranquillità che la sventura dei Calas deve fare un'impressione più grande, pressappoco come il tuono che irrompe nella serenità di una bella giornata. Questi casi sono rari, ma accadono, e sono effetto di quella cupa superstizione che porta gli animi deboli a imputare dei crimini a chiunque non la pensi come loro».

3. Brevi note sulla giustizia penale francese ai tempi di Voltaire⁸.

Il tempo di Voltaire fu quello che di seguito, a partire dalla Rivoluzione francese, sarebbe stato definito *Ancien Régime*, un'espressione sprezzante verso l'assolutismo instaurato dalle dinastie Valois e Borbone.

Nell'*Ancien Régime* la funzione giurisdizionale era una delle fondamentali e identitarie prerogative regie alla quale il sovrano, in qualità di *Grand justicier*, poteva

⁸ Sull'amministrazione della giustizia durante l'*Ancien Régime*, si rinvia a P. Alvazzi del Frate, *Appunti di storia degli ordinamenti giudiziari. Dall'assolutismo francese all'Italia repubblicana* Aracne, 2009, e alla bibliografia ivi indicata.

sovrintendere secondo tre diverse modalità: giustizia concessa (*justice concédée*) esercitata dai detentori di signorie fondiarie in virtù di una concessione regia perpetua, giustizia delegata (*justice déléguée*) esercitata sempre su delega regia, da organi pubblici (tra i quali spiccavano per importanza i tredici *Parlements* locali del Regno)⁹ e giustizia ritenuta (*justice retenue*), cioè l'insieme dei casi, di portata piuttosto limitata e per lo più riferiti a vicende di particolare importanza per gli interessi regi, nei quali il Sovrano amministrava personalmente la giustizia.

Questo assetto di fondo e la definizione dei confini tra i tre ambiti di giustizia subirono naturalmente numerosi adattamenti e modifiche che seguivano all'evoluzione dei rapporti di forza tra il sovrano, i signori fondiari e le istituzioni locali.

Allorché si verificarono i fatti che portarono alla condanna di Jean Calas la giustizia penale era regolata dall'*Ordonnance criminelle* del 1670¹⁰ che portò a compimento il disegno di classificazione sistematica delle regole del processo penale avviate con le *ordonnances* di Blois, del 1498, e di Villers-Cotterêts, del 1539¹¹.

La competenza per territorio apparteneva al giudice del luogo in cui era stato commesso il crimine per cui si procedeva¹².

Il procedimento, marcatamente inquisitorio, poteva essere attivato su denuncia di un qualsiasi cittadino o querela della persona offesa o anche d'ufficio¹³.

Si apriva quindi una fase istruttoria preliminare (*information*) alla quale seguiva quella definitiva ove si fosse ravvisato di dover procedere per reati punibili con pene afflittive o infamanti.

L'attività istruttoria, affidata al giudice inquisitore, si svolgeva in segreto e senza la presenza del difensore e consisteva essenzialmente nell'audizione dei testi a carico e a discarico e nell'interrogatorio dell'accusato.

Completata anche questa fase gli atti venivano trasmessi al collegio giudicante cui competeva interrogare l'imputato ed emettere il verdetto conclusivo.

Era lecita la tortura dell'accusato ove si procedesse per reati punibili con la morte e sempre che gli elementi di prova apparissero consistenti¹⁴.

⁹ Il *Parlement* di Tolosa era tra questi e fu il terzo ad essere istituito dopo quelli di Parigi e di Besançon.

¹⁰ Fu emessa dal Re Luigi XIV sotto l'egida del ministro della Giustizia Jean-Baptiste Colbert. Le ordinanze erano veri e propri atti legislativi di portata generale, tipici dell'*Ancien Régime*. Tra il 1667 e il 1681 il sovrano francese ne emise quattro allo scopo di codificare e unificare il diritto nazionale: l'*Ordonnance civile pour la réformation de la justice* (1667), la menzionata *Ordonnance criminelle* (1670), l'*Ordonnance du commerce* (1673) e l'*Ordonnance de la marine* (1681).

¹¹ E. Dezza, *Lezioni di storia del processo penale*, Pavia University Press, 2013.

¹² Art. 1 del Titolo I dell'*Ordonnance Criminelle*.

¹³ Artt. 1 e ss. del Titolo III dell'*Ordonnance Criminelle*.

¹⁴ Questa previsione era contenuta nell'art. 1 del Titolo XIX dell'*Ordonnance criminelle*. Il testo francese era così formulato: «S'il y a preuve considérable contre l'accusé d'un crime qui mérite peine de mort, et qui soit constant, tous juges pourront ordonner qu'il sera appliqué à la question, au cas que la preuve ne suit pas suffisante» che può essere così tradotto: «Se c'è una prova consistente a carico dell'accusato di un crimine

La tortura poteva essere praticata anche dopo la sentenza di condanna al fine di costringere il reo a confessare i nomi dei suoi eventuali complici¹⁵.

Quanto agli esiti possibili, l'assoluzione si intendeva sempre allo stato degli atti e non era quindi suscettibile di acquisire forza di giudicato. La condanna poteva essere appellata e la decisione sull'impugnazione era di competenza del Consiglio di Stato.

Meritano una particolare sottolineatura i criteri di valutazione degli elementi probatori e di commisurazione della pena, così come gli spazi e le modalità di intervento della difesa:

«Il sistema delle prove era estremamente arbitrario, completamente nelle mani del giudice istruttore: in generale, la testimonianza di due persone degne di fede o uno scritto preciso attribuibile all'accusato erano riconosciute come prove sufficienti per comminare una pena. In realtà, queste due condizioni si presentavano raramente: più spesso si avevano delle "semi-prove" di dubbio valore. La tortura era lecita, poiché una confessione valeva come prova praticamente certa in caso di crimini che potessero comportare la pena di morte e in presenza di prove "certe" di colpevolezza (anche molto discutibili, come tremori della voce durante l'interrogatorio). Il tribunale dava infine il suo giudizio: il condannato a pene corporali poteva fare appello alla corte sovrana della circoscrizione in cui era stato giudicato, ma questo secondo processo non faceva altro che studiare i documenti prodotti dal primo ed interrogare nuovamente l'accusato, il quale questa volta poteva avvalersi di un avvocato. Anche le pene erano totalmente arbitrarie e, nonostante l'esistenza di lunghe liste di crimini correlati alle relative pene, i giudici spesso non si sentivano in dovere di motivare le scelte. Durante l'*Ancien Régime* dunque, nell'ambito della giustizia penale, regnava l'indeterminatezza, l'imprecisione, l'arbitrarietà e la segretezza. Si era però imposta una consuetudine: così come avveniva per i processi civili, i famigliari dell'accusato potevano consultare un avvocato, un procuratore o anche un uomo di lettere non giurista e domandargli, dopo avergli esposto i fatti, di redigere un *factum* o una memoria (*mémoire*) che lo disculpasse. Questi *factums* venivano stampati in numerose copie e venduti in città, circolando così nei *salons* e nei *cafés*. In questo modo si formavano dei partiti opposti nella città: la potenza sovversiva di questi *factums* stava proprio nella loro capacità di rendere pubblico ciò che doveva rimanere segreto»¹⁶.

che merita la pena di morte, e che sia costante, ogni giudice potrà ordinare la sua sottoposizione alla questione [il termine derivava dall'espressione latina *quaestio per tormenta* e indicava pertanto un interrogatorio condotto infliggendo supplizi a chi lo subiva – NDA], nel caso in cui la prova non sia sufficiente». In calce al testo era riportata l'opinione di Monsieur Pussort, un consigliere di Stato che aveva partecipato ai lavori preparatori dell'*Ordonnance*, redatta in questi termini: «M. Pussort a répondu qu'il serait difficile de rendre la question (torture) uniforme dans tous les Parlements: la description qu'il en faudrait faire serait indécente dans une ordonnance» che può essere così tradotta: «Il Signor Pussort ha ravvisato che sarebbe difficile uniformare la questione in tutti i Parlements: la descrizione che dovrebbe essere fatta sarebbe indecente (inappropriata) in un'ordinanza». In effetti, è difficile dar torto al consigliere Pussort.

¹⁵ Art. 3 del Titolo XIX dell'*Ordonnance Criminelle*.

¹⁶ Il passo virgolettato è integralmente tratto da E. Pontieri, *Opinion publique e nozione di affaire nella Francia del XVIII: Voltaire difensore di Calas*, in *Diacronie, Studi di Storia Contemporanea*, n. 14, 2/2013, *Processo penale, politica, opinione pubblica (secoli XVIII-XX)*.

Lo stesso Voltaire aveva un'opinione assai netta sui canoni valutativi delle prove, in particolare quelle dichiarative¹⁷:

«Le parlement de Toulouse a un usage bien singulier dans les preuves par témoins. On admet ailleurs des demi-preuves, qui, au fond, ne sont que des doutes; car on sait qu'il n'y a point de demi-vérités; mais, à Toulouse, on admet des quarts et des huitièmes de preuves. On y peut regarder, par exemple, un oui-dire comme un quart, un autre oui-dire plus vague comme un huitième; de sorte que huit rumeurs qui ne sont qu'un écho d'un bruit mal fondé, peuvent devenir une preuve complete et c'est à peu près sur ce principe que Jean Calas fut condamné à la roue».

«Il parlamento di Tolosa segue una pratica molto curiosa nelle prove testimoniali. Altrove si ammettono mezze prove, che in fondo non sono che dubbi, perché si sa che sono mezze verità. Ma a Tolosa si ammettono i quarti e gli ottavi di prova. Si può considerare, per esempio, un sentito dire come un quarto di prova, un altro sentito dire più vago come un ottavo; di modo che otto dicerie, che non sono che un'eco di una diceria mal fondata, possono diventare una prova completa ed è all'incirca su questo principio che Jean Calas fu condannato alla ruota».

4. Il caso Calas alla luce delle regole procedurali dell'epoca.

Nessuno potrà mai affermare con certezza se Jean Calas, i suoi familiari e il Signor Lavaysse fossero colpevoli o innocenti della morte di Marc-Antoine Calas.

La capacità persuasiva di Voltaire e la natura stessa dei fatti narrati nel Trattato ci inducono a propendere per la seconda alternativa ma si tratta soltanto di una conclusione fondata su ciò che ci pare più convincente e logico, nulla di più.

L'esito definitivo del processo e la caratura di coloro che lo agevolarono, ben più elevata di quella dei magistrati, David de Boudrigue in testa, cui si deve il primo verdetto, spingono anch'essi nella stessa direzione ma, di nuovo, è una convinzione fondata su mere presunzioni: che il giudice ultimo a parlare abbia più ragione di quelli che l'hanno preceduto; che le persone immuni da fanatismi e più attrezzate intellettualmente sappiano avvicinarsi alla verità più di quelle guidate da passioni e pregiudizi o di scarse risorse personali. Può essere ma non è affatto certo.

D'altronde, ognuno sa che i processi non sono mai serviti a proclamare verità universali e assolute, avendo il ben più limitato compito di riconoscere e scegliere l'ipotesi più plausibile tra quelle affacciate nel giudizio.

Riconosciuto questo limite, del resto assai ovvio, appare di maggiore interesse verificare se la prima parte del giudizio a carico di Jean Calas e degli altri accusati sia stata davvero lo scempio procedurale proclamato da Voltaire.

L'avvio del procedimento – lo si è visto – fu determinato dalla suggestione di una folla in tumulto: qualcuno iniziò a urlare che il giovane era stato impiccato dal padre col

¹⁷ F. M. Arouet (Voltaire), *Commentaire sur le livre des Délits et de Peines*, Ibis, 1994, pp. 89-90.

concorso degli altri familiari, qualcun altro aggiunse che il misfatto era avvenuto per impedire un'abiura imminente, altri ancora fornirono ulteriori retroscena (la pretesa riunione dei protestanti della Linguadoca e la scelta del carnefice in persona del giovane Lavaysse).

Un *climax* inarrestabile che diede rapidamente vita a un'incrollabile convinzione di popolo.

Altrettanto rapido fu l'intervento di Messer David che, ponendosi in sintonia con gli umori popolari, iniziò la procedura e mise "ai ferri" tutti i Calas, Lavaysse e perfino la domestica cattolica.

Voltaire parlò di «una procedura contraria alle regole e alle ordinanze» ma non chiarì le ragioni di questa censura e non c'è da stupirsene.

In effetti, David de Boudrigue era un *capitoul* munito di funzioni giudiziarie, la competenza per territorio apparteneva alla magistratura di Tolosa e il procedimento d'accusa poteva essere iniziato d'ufficio.

Il magistrato fece quindi ciò che gli era consentito di fare e, quand'anche si fosse attivato perché «eccitato da queste dicerie», non stava certo operando fuori dei limiti consentiti, posto che la *vox populi* era comunemente considerata nell'ambito dello *ius commune europeo* come uno dei *preambula legitima inquisitionis*, cioè un elemento che legittimava il ricorso alla procedura inquisitoria¹⁸.

La stessa infondatezza formale caratterizza le ulteriori censure di natura procedurale mosse da Voltaire riguardo al monitorio emesso dopo l'apertura del procedimento, alla mancata astensione del giudice animato da furore colpevolista (dopo la sua ricusazione ad opera di altro giudice), all'appartenenza di più giudici alla confraternita dei penitenti bianchi, all'uso di scritti criteri di valutazione delle prove, all'adozione a maggioranza e non all'unanimità del verdetto di condanna, all'emissione di una seconda sentenza logicamente contrastante con la prima, alle minacce rivolte a Pierre Calas perché abiurasse la fede protestante, alle "misure preventive" personali e patrimoniali inflitta alla vedova e alle figlie di Jean Calas.

Come si è visto, l'indeterminatezza e l'arbitrarietà caratterizzavano ogni fase del procedimento penale e della sua successiva esecuzione, finendo paradossalmente per

¹⁸ E. Dezza, *Lezioni di storia del processo penale*, cit., pp. 26 e ss. Così l'Autore precisa i termini della questione: «Secondo una diffusa opinione dottrinale consolidatasi a partire dal XIII secolo, la pubblica fama svolgerebbe una precisa funzione accusatoria, come se fosse il popolo stesso a indicare il colpevole al giudice. In realtà, secondo Claro le cose si svolgono nella pratica in modo meno diretto: il giudice che procede all'inquisizione generale domanda ai testi se conoscano l'autore del reato; se i testi rispondono negativamente, li interroga genericamente e senza fare nomi se vi sia qualcuno indicato dalla pubblica voce come autore del reato; se dal detto dei testimoni risulta l'esistenza della pubblica fama nei confronti di qualcuno, solo allora il giudice passa all'inquisizione speciale».

diventarne una caratteristica sistematica che a sua volta propiziava una babele interpretativa¹⁹.

Nessuna delle critiche volteriane alla procedura seguita dalla magistratura di Tolosa appare pertanto fondata su argomenti irresistibili.

C'è poi un secondo ordine di censure nel resoconto di Voltaire, questa volta riferite agli eventi esterni coevi alla vicenda giudiziaria che potrebbero avere influito sulla condanna a morte di Jean Calas.

Rientrano certamente in questo ambito la sublimazione di Marc-Antoine Calas come martire a causa della sua conversione alla fede cattolica e la sfortunatissima concomitanza tra il procedimento e le celebrazioni cittadine per il centenario dal massacro degli ugonotti.

Furono entrambi eventi in grado di eccitare oltre misura gli animi dei più zelanti cattolici di Tolosa la cui spinta verso un verdetto di condanna era certamente avvertita dai giudici tanto che alcuni di loro, inizialmente dubbiosi, si schierarono col fronte colpevolista ma non si comprende, e Voltaire non è certo d'aiuto, come si sarebbero potuti tradurre in vizi giuridicamente rilevanti.

Del resto, che Voltaire avesse puntato su argomenti di principio assai più che su puntuali rilievi giuridici è confermato dalla seconda parte del suo racconto del caso Calas, cioè quella che descrive gli eventi successivi all'impugnazione della sentenza dei giudici del *Parlement* di Tolosa.

Sappiamo dunque che, dopo l'arrivo della vedova Calas a Parigi, Monsieur de Beaumont, avvocato di rango presso il *Parlement* parigino, elaborò un parere consultivo talmente convincente da essere firmato per adesione da quindici colleghi. Seguirono una memoria difensiva di Monsieur Loiseau e un ricorso giuridico di Monsieur Mariette, avvocato presso il Consiglio.

Mentre questa poderosa reazione difensiva si dipanava e veniva progressivamente diffusa attraverso la pubblicazione degli atti redatti dai suddetti avvocati,

«Parigi e l'Europa intera si mossero a pietà e chiesero giustizia insieme a questa donna sventurata. La sentenza fu pronunciata da tutto il pubblico ben prima che potesse essere firmata dal Consiglio».

In effetti, in sintonia con le aspettative, il 7 marzo 1763 il Consiglio di Stato emise (e il sovrano ratificò) un ordine rivolto al *Parlement* di Tolosa di trasmissione degli atti processuali e delle motivazioni della sentenza di condanna a morte di Jean Calas.

Ci vollero ancora due anni ma le cose seguirono il corso ormai tracciato.

¹⁹ Lo stesso Voltaire ne era perfettamente consapevole al punto da riconoscere nel citato *Commentaire sur le livre des délits et des peines* che «Il y a autant de jurisprudences que de villes».

Acquisiti gli atti, una sorta di adunanza plenaria del Consiglio annullò la sentenza di primo grado e diede il via libera alla revisione.

La rinomanza del caso indusse il re ad assegnarne la trattazione ad un diverso organo giudiziario, il tribunale delle *requêtes de l'hôtel*.

Un nuovo giudice (verosimilmente piuttosto sensibile alla mutata prospettiva impressa dal sovrano), un nuovo giudizio, nuove perorazioni difensive e finalmente, il 9 marzo 1765, un nuovo verdetto che proclamava l'innocenza di Jean Calas e restituiva l'onore perduto alla vittima e ai suoi familiari con il beneficio aggiuntivo di un lauto risarcimento dei danni subiti.

Voltaire accolse il *redde rationem* con il compiacimento di chi sa di avere contribuito a una buona causa ma la sua giustificazione tecnica di questa giustizia giusta non andò quasi mai oltre mere petizioni di principio o il richiamo all'equità delle regole reali.

L'unico elemento di novità indicato nel *Traité* fu il memoriale del giovane Lavaysse che rese pubbliche in tal modo le minacce usategli dai giudici di Tolosa per indurlo ad affermare falsamente che nel frangente della morte di Marc-Antoine Calas non era stato sempre in compagnia dei familiari della vittima il che avrebbe reso più sostenibile la tesi dell'omicidio.

Tuttavia, come si è visto, l'uso di tecniche intimidatorie nei confronti di un accusato non era affatto illecito nel processo penale francese di quei tempi e d'altro canto l'*Ordonnance criminelle* legittimava i giudici a provocare una confessione liberatoria, tanto più alla luce del valore decisivo che era attribuito a tale elemento di prova.

Voltaire ci chiede quindi di convincerci che l'esito del giudizio di revisione fu conforme a giustizia ma non adduce argomentazioni giuridicamente decisive che ci spieghino cosa renda giusto il secondo giudizio e sbagliato il primo.

Ci invita a considerare oscurantista la pressione popolare della comunità di Tolosa e salvifica quella della comunità parigina e europea ma, alle strette, utilizza come unico parametro discriminante la tolleranza delle genti evolute e l'intolleranza dei provinciali tolosani.

Si deve allora necessariamente concludere che ciò che Voltaire definisce giusto o ingiusto non dipende affatto dall'uso o dall'abuso delle regole procedurali vigenti ma dal valore preponderante che il filosofo attribuisce alla tolleranza nell'accezione da lui stesso chiarita nel *Traité*.

Sono conformi alla tolleranza la tutela della libertà morale dell'accusato, il giudizio aperto al dubbio, la valutazione critica degli elementi di prova, l'assenza di passioni personali e di pregiudizi negli inquisitori e nei giudici.

Sono invece sintomo di intolleranza la presunzione di colpevolezza, la priorità della ricerca degli elementi di conferma dell'accusa, la brutalità della pressione esercitabile sugli accusati, la vaghezza dei criteri valutativi, la facilità con cui si poteva pervenire alla pena capitale.

Sicché ciò che Voltaire contesta non è la violazione più o meno sistematica di regole del giudizio ma quella che a lui pare una distanza abissale tra il giudizio penale dei suoi tempi e gli esseri umani che ne subiscono gli effetti.

Contesta che quelle regole siano fatte non per gli uomini ma contro di essi e che producano l'ulteriore effetto di far smarrire la tolleranza (o, se si preferisce, la razionalità) ai giudici, vittime anch'essi di un sistema intrinsecamente irrazionale.

Se è questa la vera finalità del rilievo centrale che il filosofo intese dare alla vicenda di Jean Calas e dei suoi familiari, è allora il caso di riconoscere l'esattezza delle tesi che considerano l'operazione compiuta da Voltaire un capolavoro di (de)costruzione critica ma anche un eccellente esempio di architettura dell'indignazione sociale²⁰.

5. Alcuni possibili parallelismi tra la giustizia dei tempi di Voltaire e quella nostra.

Sono passati due secoli e mezzo dalla vicenda di Jean Calas e non ce ne siamo quasi accorti.

Oggi, come allora, la definizione di ciò che è penale nella costruzione legislativa e nella giurisprudenza sembra talvolta lontana dai parametri della tolleranza nell'accezione volteriana.

Se prendiamo in rassegna la miriade dei vizi propri dell'intolleranza denunciati dal filosofo francese riguardo alla conduzione di quel lontano caso giudiziario, siamo costretti ad ammettere che essi tendono in più di un caso a ripresentarsi tali e quali.

Convinzioni che non si confrontano col dubbio, costruzione di modelli ideologici del buon cittadino e, per converso, configurazione in termini di divergenza di chiunque non

²⁰ E. Pontieri, *Opinion publique*, cit. Secondo l'Autore «Voltaire opera quel lavoro di decostruzione, o meglio di "construction critique", che sarà poi fondamentale nella futura definizione della forma affaire. Solo con queste solide basi documentarie, minuziosamente ricercate e portate alla conoscenza del pubblico, violando così il segreto in cui avvenivano i processi, Voltaire può cominciare a costruire una propria architettura di difesa, a partire dal "rovesciamento" (*retournement*) dell'accusa: se i giudici, guidati da fanatismo religioso e influenze dei poteri forti, hanno ingiustamente condannato a morte un innocente, allora sono loro a dover essere accusati di fronte al pubblico e allo Stato, mentre chi prima è stato definito da questi colpevole assume il ruolo di vittima. I ruoli si capovolgono: dallo scandalo si passa all'affaire, essendo questo una forma logicamente e cronologicamente seconda. Il caso Calas, inizialmente, ha la classica forma di uno scandalo: un omicidio a carattere religioso che, mettendo in crisi la società in cui avviene, porta all'unanime richiesta, da parte dell'opinione pubblica colpita, di una punizione rapida ed esemplare. Voltaire rovescia lo schema, inaugurando la forma *affaire* [...]. Ovviamente Voltaire non si limita semplicemente a riproporre le prove che dimostrerebbero l'errore dei giudici: per toccare il cuore delle persone, la storia di un commerciante protestante non è sufficiente. Bisogna superare le distanze di appartenenza religiosa, cittadina, familiare per infondere un sentimento di pietà negli ascoltatori; bisogna collegare il caso singolare, individuale, a temi più generali, capaci di chiamare in causa l'umanità intera di fronte a un'ingiustizia universale. Calas dunque diviene, negli scritti di Voltaire, la figura simbolo di un'umanità oltraggiata, che ha il dovere di mobilitarsi in nome della Ragione, diffusa tra tutti gli uomini e quindi universale per eccellenza». Opinioni analoghe sono espresse da S. Ferrando, D. Puccio-Den, A. Smaniotto (a cura di), in *Sociologia dell'indignazione. L'affaire: genesi e mutazioni di una forma politica*, Rosenberg & Sellier, 2018.

vi si adegui così da dilatare progressivamente il contenitore dei nemici sociali, vaghezza e conseguente arbitrarietà delle regole procedurali e dei criteri di valutazione del fatto, inquirenti e giudicanti sensibili agli umori popolari e disposti ad assecondarli per convenienze personali, accusati sottoposti a forti pressioni quando non anche vere e proprie intimidazioni, indagini preliminari unilaterali e giudizi che ne assecondano acriticamente i risultati, motivazioni apodittiche, rigorismo nella determinazione normativa e nell'applicazione concreta delle pene, proliferazione delle pene accessorie e delle misure preventive, tendenza ad infierire sui condannati nella fase esecutiva, assenza di adeguati rimedi per gli errori giudiziari e comunque forte resistenza finanche ad ammetterne l'esistenza: nessuna di queste condizioni può fortunatamente dirsi sistemica ma di ognuna di esse si può documentare l'avvenuta manifestazione nella concreta realtà giudiziaria.

Anche l'indignazione sociale è presente ora come allora e anche per questo aspetto il tempo non sembra essere passato ma con una enorme differenza: due secoli e mezzo fa tra i catalizzatori c'era Voltaire e il suo fine era di far sì che la tolleranza diventasse la misura nelle relazioni umane e tra il corpo sociale e le sue istituzioni rappresentative; oggi coloro che hanno i mezzi per provocare ondate di indignazione tendono principalmente all'obiettivo opposto dell'intolleranza.

Un puro spreco di tempo.

Riflessione

— Stati di negazione

*States of denial**di Michele Passione*

*Sul dolore non si sono mai sbagliati,
gli Antichi Maestri: quanto ne capivano bene la posizione umana;
come avviene mentre qualcun altro mangia o apre una finestra o se ne va a zonzo spensierato¹*

Il titolo e l'epigrafe di questo scritto sono tratti da un volume di vent'anni fa², pubblicato poco più tardi in Italia. Analizzando il tema grande del dolore e del diniego, l'Autore descrive i tanti diversi modi di *chiudere gli occhi, abbassare lo sguardo, far finta di niente, voltarsi dall'altra parte, alzare le spalle, mettere la testa sotto la sabbia*, rifiutandosi di *guardare in faccia la realtà della sofferenza nostra e altrui*.

Partendo da questa premessa, analizziamo qui due provvedimenti³, diversi e distanti tra loro, ma accomunati da una (così ci pare) incapacità di tener conto dell'altro da sé, dei suoi diritti e bisogni, facendo prevalere regole (errate) sui principi.

Nell'ordine.

1. Con la [sentenza n. 3780/2021](#) le Sezioni Unite hanno respinto il ricorso del ricorrente, all'epoca dei fatti magistrato di sorveglianza di Brescia, confermando il

¹ W.H. Auden, *Musée des Beaux Arts*.

² S. Cohen, *Stati di negazione. La rimozione del dolore nella società contemporanea*, Carocci, 2002.

³ Cass. Civ., SSUU, 9-15 febbraio 2021, n. 3780; Magistrato Sorveglianza Roma, ord. 8 febbraio 2021, n. 2382.

provvedimento disciplinare della censura emesso nei suoi confronti dalla Sezione disciplinare del CSM con sentenza n. 88/2020, depositata il 22 luglio 2020.

Stante quanto disposto nella sentenza citata, ai sensi dell'art. 52 del codice in materia di protezione dei dati personali, è omessa l'indicazione della generalità e degli altri dati identificativi dei soggetti coinvolti.

Il magistrato di sorveglianza, avendo ricevuto in data 4 maggio 2012 da una detenuta domiciliare istanza di autorizzazione ad allontanarsi dall'abitazione per sottoporsi ad un intervento di interruzione volontaria di gravidanza, programmato per il successivo 9 maggio, respingeva la richiesta con provvedimento, adottato il giorno prima, del seguente tenore: «non ravvisandosi i presupposti di cui all'art. 284, comma 3, c.p.p., richiamato dall'art.47 *ter* dell'Ordinamento penitenziario».

Come si legge in sentenza, «secondo il capo di incolpazione, tale motivazione sarebbe stata fondata su una interpretazione dell'art. 284, comma 3, c.p.p. intenzionalmente e palesemente in violazione di legge, strumentalizzata al fine di impedire all'istante di eseguire il programmato intervento che lo stesso riteneva non praticabile perché contrario ai suoi principi religiosi, così come reso palese dal successivo provvedimento del 22 maggio, adottato su nuova istanza della detenuta, con il quale il dott... rimetteva il fascicolo alla Presidente della Sezione con la seguente motivazione: [...] ritenendo questo magistrato di astenersi dall'emissione del richiesto provvedimento per ragioni di coscienza e ritenendo che il diritto all'obiezione di coscienza debba essere riconosciuto anche agli appartenenti all'ordine giudiziario (stante la particolare ristrettezza dei tempi non è possibile sollevare questione di legittimità costituzionale)»⁴.

Per questi fatti il magistrato è stato incolpato dell'illecito disciplinare di cui agli artt.1, comma 1, e 2, comma 1, lettere a) e g) del d.lgs. n. 109 del 2006.

A seguito dei fatti e delle decisioni assunte dal magistrato la parte interessata si vedeva costretta a rivolgersi a un difensore, a spostare la prenotazione dell'operazione al successivo 23 maggio (dunque in data assai prossima alla scadenza, indicata nel 2 giugno 2012, dei novanta giorni entro i quali poter praticare l'intervento), così determinandosi una violazione del suo diritto alla salute, costituzionalmente presidiato dall'art. 32 Cost.

Riqualficato l'illecito disciplinare per ciò che concerne l'addebito di cui al citato art. 2) ai sensi della lett. l (*id est* l'emissione di provvedimenti privi di motivazione, ovvero la cui motivazione consiste nella sola affermazione della sussistenza dei presupposti di legge senza indicazione degli elementi di fatto dai quali tale sussistenza risulti, quando la motivazione è richiesta dalla legge), la Sezione disciplinare riteneva che il provvedimento dell'8 maggio non facesse in effetti alcun riferimento a *deficit* probatori rispetto alla richiesta avanzata, a differenza di quanto poi dedotto dall'incolpato, che con esso si era limitato ad escludere apoditticamente che le documentate esigenze rientrassero tra quelle «indispensabili esigenze di vita» che la norma processuale evocata contempla a tal fine. Sul punto, le stesse SSUU evidenziano come in effetti esse concernano l'esercizio e la tutela dei diritti fondamentali della persona, «tra cui è compresa la libertà di scelta e di

⁴ P. 2 della sentenza citata.

autodeterminazione della donna di interrompere volontariamente la gravidanza al ricorrere delle condizioni previste dalla legge n. 194 del 1978 a tutela della sua salute anche psichica», trattandosi «di un diritto personalissimo, che non tollera limitazioni a causa dello stato di detenzione».

«Quanto all'adozione del secondo provvedimento (del 22 maggio), la Sezione disciplinare del CSM ha ritenuto che esso, pur se fondato su una impropria evocazione dell'obiezione di coscienza, valesse *almeno* [corsivo nostro] come richiesta di astensione implicitamente accolta dal capo dell'Ufficio; pertanto ne ha escluso la specifica rilevanza disciplinare»⁵.

Nei plurimi motivi dedotti a sua difesa, l'incolpato aveva tra l'altro sostenuto che a seguito del primo provvedimento adottato la parte avrebbe «perfettamente compreso le ragioni e il motivo di rigetto della sua richiesta», adeguandosi di conseguenza, avendo «poi provveduto ad assestare il tiro, documentando i presupposti della richiesta»⁶.

Al di là dell'impropria terminologia utilizzata (quasi si trattasse di una strategia processuale – anch'essa peraltro non riducibile a metodologia venatoria – piuttosto che della richiesta di esercizio di un diritto personalissimo), non si comprende la ragione per la quale, colmato il (riferito, ma inesistente) *deficit* probatorio il magistrato non abbia poi provveduto nei termini richiesti il 22 maggio, rimettendo il fascicolo alla Presidente della Sezione.

Prima di passare a questo secondo aspetto, che ci pare essere il più grave e significativo, occorre convenire con le Sezioni Unite, laddove evidenziano che la motivazione (sic!) del primo provvedimento, in ordine alla non ricorrenza dei presupposti di legge per l'allontanamento da casa, avrebbe potuto indurre l'istante a desistere dal suo sofferto proposito, e che comunque una cosa è ritenere in astratto l'assenza dei presupposti di legge (così come indicava il primo provvedimento reiettivo), altro è ritenere un'assenza in concreto della prova a sostegno dell'istanza presentata dalla detenuta.

Ancora, il massimo organo nomofilattico evidenzia come «la mancanza della motivazione assurge a illecito disciplinare non per le sue conseguenze processuali, ma in quanto lesiva di un valore fondamentale della giurisdizione, la cui legittimazione è strettamente connessa alla trasparenza delle decisioni e alla conoscibilità delle ragioni che hanno condotto il giudice ad assumere una determinata decisione. Attraverso la motivazione è possibile verificare se il giudice abbia applicato la legge in conformità all'obbligo esclusivo di soggezione ad essa, posto dall'art. 101, secondo comma, Cost.»⁷.

Si parva licet, l'assunto *de quo* assume ancor più valore nella temperie che la magistratura sta attraversando in questo momento.

Appare dunque opportuno il passaggio motivazionale con il quale, respingendo il motivo che contestava la qualifica di illegittimità del provvedimento emesso, la Sezioni

⁵ *Idem*, p. 5.

⁶ *Idem*, p. 7.

⁷ *Idem*, p. 11.

Unite confermano la censura per «un provvedimento assolutamente privo di motivazione, laddove la motivazione era richiesta dalla legge, così allontanandosi dal modello costituzionale di giudice e di giustizia»⁸.

In modo davvero convincente la Corte supera poi un articolato motivo di censura proposto in ordine all'asserita mancata indicazione dello specifico dovere violato dal magistrato, affermando che nel caso di specie il rinvio del ritenuto illecito di cui all'art. 2, comma 1, lett. a) all'art. 1 del citato decreto legislativo debba intendersi al «rispetto della dignità della persona nell'esercizio delle sue funzioni». Succinta, ma impeccabile, la motivazione addotta⁹ sulla necessaria compresenza dell'ingiusto danno provocato, in uno alla violazione del dovere, per la sussistenza dell'illecito. Più dettagliata, e nuovamente condivisibile, la motivazione addotta¹⁰ in ordine all'impossibilità di applicare ai fatti l'esimente di cui all'art. 3 *bis* del decreto legislativo, concernente i fatti di scarsa rilevanza, ostativi all'applicazione di sanzioni disciplinari quando l'offesa non sia apprezzabile in termini di gravità e non abbia comportato un'effettiva lesione dell'immagine pubblica del magistrato.

Molto meno convincente, «data la complessità delle questioni trattate e la particolarità del caso»¹¹, la compensazione delle spese.

Infine; pur non conoscendo la motivazione assunta nel dettaglio sul punto (il che impedisce una diffusa articolazione della critica), non possiamo però esimerci dal prender le distanze dalla decisione adottata dalla Sezione disciplinare del CSM, laddove ha escluso specifica rilevanza a riguardo del secondo provvedimento del magistrato il 22 maggio 2012, ritenendo che esso, «pur se fondato su una impropria evocazione dell'obiezione di coscienza, valga almeno come richiesta di astensione implicitamente accolta dal capo dell'Ufficio».

Non è davvero difficile comprendere come in realtà la seconda decisione assumesse carattere ben più grave della prima, e ciò per una serie di ragioni qui di seguito indicate.

In primo luogo, il provvedimento del 22 maggio rende assolutamente evidente quanto fosse pretestuoso il precedente rigetto, asseritamente appoggiato su un *deficit* probatorio, atteso che la documentazione (come detto, già soddisfatta con l'istanza primigenia) dell'intervento prenotato non ha affatto consentito l'accoglimento dell'istanza, a dimostrazione, appunto, di quanto fosse preconcepita la posizione ideologica del magistrato e quanto lesiva e incurante delle prerogative e dei diritti dell'interessata, ancor più meritevoli di apprezzamento, tenuto conto della limitazione della sua libertà personale.

In secondo luogo, risulta singolare adottare la censura disciplinare per un provvedimento definito grave ed abnorme (quello del 9 maggio), per l'apodittica esclusione dei presupposti di legge per la richiesta autorizzazione ad allontanarsi dal

⁸ *Idem*, p. 15.

⁹ *Idem*, p. 17.

¹⁰ *Idem*, pp. 18-20.

¹¹ *Idem*, p. 20.

domicilio, per poi decidere diversamente in presenza di un provvedimento come quello del 22 maggio, anch'esso totalmente inconferente rispetto ai presupposti di legge che potessero legittimarlo, tanto da doverne ricercare la *ratio* in un'implicita «richiesta di astensione».

Ed infatti, come si dirà meglio in questa rivista con altro contributo, così facendo la Sezione disciplinare del CSM ha impropriamente ritenuto sussistere l'ipotesi di cui all'art. 36, comma 1, lett. h), c.p.p., che prevede «l'obbligo di astenersi» per il giudice «se esistono altre gravi ragioni di convenienza», che ovviamente devono essere esplicitate espressamente e non riguardare solo l'interesse personale del magistrato.

La decisione sul punto, insomma, ci pare in aperto contrasto con la premessa, laddove si è affermato il dovere del magistrato di motivare oltre la mera sussistenza dei presupposti di legge (che in questo caso mancano del tutto) e di rispettare la dignità della persona.

Di più; la Sezione disciplinare ha del tutto trascurato di considerare come la prospettata evocazione di una possibile questione di legittimità costituzionale – che ovviamente abbisogna di un giudice che la sollevi – non consenta affatto di astenersi dal decidere. Così facendo, in aperto dispregio dell'art. 9 della l. n. 194/1978, che disciplina l'obiezione di coscienza, sollevata con preventiva dichiarazione, per il solo personale sanitario ed esercente le attività ausiliarie, si è consentito il mancato esercizio di un diritto e si è permesso ad un giudice di violare la legge, siccome in disaccordo con essa.

Sul punto, sia consentita un'ultima annotazione: trattandosi di ricorso proposto dall'interessato, è ovvio che la risposta delle SSUU sia stata presa nel perimetro del devoluto, e non potesse dunque spingersi anche a rivalutare disciplinarmente il provvedimento del 22 maggio; e tuttavia, è noto come la Corte non manchi di prendere posizione (a volte con *obiter dicta*, altre con vere e proprie argomentazioni motivazionali) quando ritiene di particolare interesse la questione sollevata, sebbene non necessaria la specifica statuizione sul punto¹².

2. Altra storia.

Con [l'ordinanza n. 2382/2021](#) il magistrato di sorveglianza di Roma ha disposto nei confronti di un detenuto, «ritenuto elemento di spicco dell'associazione mafiosa denominata Cosa Nostra», sottoposto al regime differenziato (da 24 anni), il trattenimento, ex art. 18 *ter* o.p., di un modulo per il testamento biologico inviatogli dalla famiglia per le sue disposizioni anticipate di trattamento, ex l. n. 219/2017.

¹² *Ex multis*, cfr. [Cass. pen., sez. IV, 20 aprile 2017, n. 28187](#), con nota di C. Cupelli, [La legge Gelli-Bianco e il primo vaglio della Cassazione: linee guida si ma con giudizio](#), in *Diritto penale contemporaneo*, n. 6/2017, pp. 280 ss. Come si evince dalla lettura della sentenza, nel caso di specie il giudice di legittimità aveva ritenuto «di ordine dirimente» le considerazioni svolte in ordine al primo motivo di ricorso, «che conducono all'annullamento della sentenza impugnata», salvo poi ritenere di non poter fare a meno (per le successive quindici pagine) «in vista delle rinnovate valutazioni demandate al Tribunale, di prendere in esame alcune ulteriori questioni problematiche agitate nel ricorso, alle quali il giudice dovrà prestare nuovamente attenzione» (p. 7).

Com'è noto, nei confronti dei detenuti al 41 *bis* o.p. vige la sottoposizione al visto di censura della corrispondenza, come previsto dal comma 2 *quater*, lett. e) della disposizione citata.

Al dunque, in disparte ogni altra valutazione sull'opportunità investigativa di ricorso allo strumento adottato rispetto a quello appena richiamato, non è dato comprendere come possa giustificarsi il trattenimento in entrata di un modulo dell'Associazione Luca Coscioni, in ragione del fatto che «a fronte dello spessore criminale» dell'interessato questi «potrebbe veicolare messaggi illeciti [...] attraverso eventuali interpolazioni del testo»¹³.

Di più; non si comprende come possa definirsi «efficienza dell'attività amministrativa» (comunque dichiarandola soccombente con le asserite «esigenze poste alla base della sicurezza interna ed esterna») la tutela (a tacer d'altro) della salute, della dignità e dell'autodeterminazione delle persone detenute, posto che «la dignità non si acquista per meriti, e non si perde per demeriti»¹⁴.

«Ogni persona», afferma più volte la legge n. 219, ha infatti diritto al rispetto a che nessun trattamento sanitario possa essere iniziato o proseguito se privo del consenso libero e informato dell'interessato, tranne che nei casi espressamente previsti dalla legge. Tra questi, non vi è il caso della detenzione. «Ogni struttura sanitaria pubblica o privata» (per il carcere, valgono sul punto le disposizioni di cui al DPCM del 2008)¹⁵ deve infatti garantire l'attuazione della legge.

Si tratta dunque di un provvedimento davvero incomprensibile, laddove adotta una sorta di censura preventiva, il trattenimento di un modulo in bianco per timore che venisse interpolato, senza peraltro tener conto che eventuali indicazioni criminose sarebbero sempre, ed appunto, sottoposte a censura prima dell'invio all'esterno.

3. Si è scelto di leggere insieme questi due diversi provvedimenti aderendo all'opinione di chi ha ritenuto che «il mondo dell'esperienza quotidiana sia un mondo morale, e faremmo meglio a studiarne le regole interne, le massime, le convenzioni e gli ideali, invece di distaccarcene alla ricerca di un punto d'osservazione universale e trascendente»¹⁶.

Con le parole del filosofo statunitense, «il critico deve emergere dalla Società, ma restandone lontano all'interno, moralmente coinvolto, e tuttavia in grado di delimitare il confine, di dire no», giacché «la protesta comune si limita spesso a un brontolio [...] il critico, invece, parla a voce alta, a dispetto dei poteri costituiti». Solo che, per evitare il rischio di

¹³ Cfr. le note di M. Brucale, *Al 41 bis è vietato anche scegliere come morire*, in *Il Riformista*, 23 febbraio 2021.

¹⁴ G. Silvestri, *La dignità umana dentro le mura del carcere (Intervento del Presidente Silvestri al Convegno "Il senso della pena. Ad un anno dalla sentenza Torregiani della CEDU". Roma, Carcere di Rebibbia, 28 maggio 2014)*.

¹⁵ Recante *Modalità e criteri per il trasferimento al Servizio sanitario nazionale delle funzioni sanitarie, dei rapporti di lavoro, delle risorse finanziarie e delle attrezzature e beni strumentali in materia di sanità penitenziaria*, 1 aprile 2008.

¹⁶ M. Walzer, *L'intellettuale militante. Critica sociale e impegno politico nel Novecento*, Il Mulino, 1991, pp. 9-10.

fare l'eroe, che contesta i potenti e gli indifferenti, o quello speculare e sotteso alla cultura liberale, che assorbe la critica sbattendola contro una parete di gomma, appare necessario e più efficace chiarire i valori che sono alla base del pensiero critico, ponendo attenzione agli interessi delle persone cui si rivolge.

Senza alcuna ambizione intellettuale, si è qui richiamato il pensiero di uno studioso che anni dopo è rientrato nella "caverna" sostenendo la tesi della "*supreme emergency*" che consent(irebbe) la tortura in condizione di necessità, pur essendosi sempre prefisso il compito di esercitare la pratica della critica più che lo svolgimento del suo messaggio teorico¹⁷.

Qui sta a cuore l'Uomo detenuto, in quanto Uomo; con tutti i suoi diritti, a prescindere dal reato commesso.

¹⁷ Sono molto grato a Stefania Amato, compagna di tante riflessioni sul tema della tortura, per avermi ricordato la tematica della *ticking bomb*, presa in considerazione, tra gli altri, anche da Michael Walzer. Si è scelto di richiamare il pensiero del filosofo americano per evidenziare il rischio costante di perdersi nella massa indistinta dei filosofi sdegnati o di diventare apologeti del *main stream*. Sul tema, per un rigoroso esame filosofico dell'argomento, cfr. D. Di Cesare, *Tortura*, Bollati Boringhieri, 2016.

Riflessione

— Non è una pena per donne

Tutela del diritto all'autodeterminazione per le donne sottoposte a privazione della libertà personale e obiezione di coscienza dei magistrati.

Considerazioni a margine della [sentenza della Cassazione S.U. 3780/21](#)

No Country for Women in Detention

Right to self-determination for women subjected to deprivation of liberty and conscientious objection by magistrates. An analysis of Cassazione S.U. 3780/21

di Sofia Ciuffoletti

Abstract. L'articolo commenta la decisione delle S.U. della Cassazione in tema di illeciti disciplinari dei magistrati, in particolare relativa al provvedimento con cui il magistrato di sorveglianza di Brescia rigettava senza motivazione l'istanza di una donna, detenuta domiciliare, di allontanarsi dal domicilio per recarsi nel presidio ospedaliero per eseguire il programmato intervento di interruzione di gravidanza. In particolare la decisione della Suprema Corte permette di riflettere sul diritto di accesso alla giustizia e alla difesa delle persone in esecuzione pena e, in particolare, del diritto di autodeterminazione e del diritto alla salute delle donne private della libertà personale. Infine, sarà analizzato il "diritto all'obiezione di coscienza" dei magistrati, così come asserito dallo stesso magistrato bresciano nel secondo provvedimento con cui si spoglia della causa, rimettendola alla Presidente di Sezione.

Abstract. The paper discusses the decision of the Italian Court of cassation on the subject of disciplinary sanctions of the judiciary, in particular on the decision of the Surveillance Judge of Brescia to reject (without legal reasoning) the application of a woman, subject to home detention, requesting the authorization to leave her home to undergo an intervention of termination of

pregnancy. In particular, the decision of the Court of cassation allows to discuss the right to justice and defence of persons serving sentences and, in particular, the right of self-determination and the right to health of women deprived of their liberty. Lastly, the judges' "right to conscientious objection", as claimed by the Surveillance judge of Brescia himself in the second decision in which he dismissed the case, will be critically analysed.

SOMMARIO: 1. Prologo. *Per aspera ad aspera*. – 2. Episodio I: il primo provvedimento. Dignità e autodeterminazione. – 2.1. Primo stasimo: la tutela del diritto di difesa in fase di esecuzione pena. – 3. Episodio II: il secondo provvedimento, ovvero come "assestare il tiro". – 3.1. Secondo stasimo: tra coscienza e prudenza. L'obiezione di coscienza del magistrato. – 4. Epilogo. «Il delitto è maschio, il peccato è femmina».

SUMMARY: 1. Prologue. *Per aspera ad aspera*. – 2. Episode I: the first decision. Dignity and self-determination. – 2.1. First stasimon: the protection of the right of defence during the execution of a sentence. – 3. Episode II: the second measure, or how to "make things right". – 3.1. Second stasimon: between conscience and caution. The judge's right to conscientious objection. – 4. Epilogue. «Crime is male, sin is female».

1. Prologo. *Per aspera ad aspera*.

La recente sentenza della Cassazione Penale, S.U., 9 febbraio 2021, n. 3780 porta alla luce una delle tante **inciviltà giuridiche** che le persone private della libertà personale quotidianamente vivono nel nostro paese. Dico "porta alla luce" perché una larghissima parte di questi casi di denegata – o mala – giustizia non escono dalle mura delle patrie galere o dei luoghi di esecuzione della pena.

Il contenzioso penitenziario in Italia, infatti, sconta problemi endemici nel godimento di un diritto primario – diritto che in fase di esecuzione penale diventa vitale – : l'accesso alla giustizia, alla difesa tecnica, lo stesso accesso ad un giudice¹. Si tratta, tuttavia, non soltanto di principi cardine della civiltà giuridica occidentale, del nostro ordinamento e del nostro patrimonio costituzionale, ma anche di uno dei diritti convenzionali su cui si regge l'intera architettura della Convenzione Europea dei Diritti Umani: il cosiddetto *right to a fair trial*, ovvero il diritto al giusto processo, di cui all'art. 6 della Convenzione.

Il caso in commento mostra in maniera semplice e drammatica le criticità del godimento del diritto di accesso alla giustizia in fase di esecuzione della pena.

Invero, la sentenza delle Sezioni Unite della Corte di cassazione si inserisce nella vicenda di un procedimento disciplinare nei confronti del magistrato di sorveglianza di Brescia il quale, adito da una persona ristretta in regime di detenzione domiciliare che

¹ Su questo, mi sia consentito il rimando al Libro Bianco del progetto EUPRETRIALRIGHTS, sull'accesso alla giustizia delle persone detenute, di cui l'Università degli Studi di Firenze è stata partner: [White Paper. Bringing Justice into Prison: for a Common European Approach](#). Sulla parte italiana, si veda il *Report* specifico sull'Italia, [accessibile qui](#).

chiedeva, con istanza urgente datata 4 maggio 2012, l'autorizzazione a recarsi presso il presidio ospedaliero per un intervento di interruzione volontaria di gravidanza programmato per il successivo 9 maggio 2012, respingeva l'istanza – in data 8 maggio 2012 – mediante la laconica formula «non ravvisandosi i presupposti di cui all'art. 284 comma 3 c.p.p., richiamato dall'art. 47 *ter* dell'Ordinamento penitenziario»².

In particolare, l'art. 284 c.p.p. al terzo comma prevede che il giudice possa autorizzare la persona imputata– o detenuta domiciliare – ad assentarsi dal luogo di arresti o detenzione domiciliare nel corso della giornata per «provvedere alle sue indispensabili esigenze di vita».

A seguito del rigetto dell'istanza, la signora, detenuta domiciliare, riproponeva l'istanza, stavolta non personalmente, ma a mezzo di un legale, dopo aver provveduto a spostare l'intervento dalla data del 9 maggio a quella del 23 maggio, data, quest'ultima, assai prossima alla scadenza – prevista per il 2 giugno successivo – dei 90 giorni entro i quali praticare legittimamente l'interruzione di gravidanza.

Il magistrato, nuovamente adito, si pronunciava il giorno prima della data prevista per eseguire l'intervento chirurgico, rimettendo il fascicolo alla presidente della Sezione con la seguente motivazione: «ritenendo questo magistrato di astenersi dall'emissione del richiesto provvedimento per ragioni di coscienza e ritenendo che il diritto all'obiezione di coscienza debba essere riconosciuto anche agli appartenenti all'ordine giudiziario – stante la particolare ristrettezza dei tempi non è possibile sollevare questione di legittimità costituzionale –»³.

Il magistrato di sorveglianza veniva incolpato dell'illecito disciplinare di cui agli artt. 1 comma 1 e 2 comma 1 lett. a) e g) del d.lgs. n. 109/2006⁴ e, con sentenza n. 88/2020, la Sezione disciplinare del Consiglio superiore della magistratura⁵ lo dichiarava responsabile degli illeciti di cui agli artt. 1 comma 1 e 2 comma 1 lett. a) e l) del d.lgs. suddetto, diversamente qualificando la condotta contestata, ossia asserendo che, violando i doveri di imparzialità, correttezza, equilibrio e rispetto della dignità della persona, il magistrato «avrebbe arrecato ingiusto danno all'istante, e avrebbe emesso un provvedimento privo di motivazione, ovvero la cui motivazione consiste nella sola affermazione della sussistenza dei presupposti di legge senza indicazione degli elementi di fatto dai quali tale sussistenza risulti, quando la motivazione è richiesta dalla legge»⁶.

La Sezione disciplinare, dunque, riqualeficava l'illecito come caso di mancata motivazione – dall'iniziale e più generica incolpazione di grave violazione di legge determinata da ignoranza o negligenza inescusabile – stante «l'abnormità dell'apodittica affermazione»⁷ con cui il magistrato non deduceva una deficienza probatoria sulle esigenze di vita poste a fondamento dell'istanza, ma affermava chiaramente che le ragioni addotte nella richiesta non rientravano tra le «indispensabili esigenze di vita» richiamate

² Cass. civ., S.U., 9 febbraio 2021, n. 3780, p. 2.

³ *Idem*, p. 3.

⁴ Recante la disciplina sugli illeciti disciplinari dei magistrati.

⁵ CSM, Sezione Disciplinare, 2020, n. 88.

⁶ Cass. civ., S.U., 9 febbraio 2021, n. 3780, p. 4.

⁷ *Ibidem*.

dalla norma, senza tuttavia motivare sugli elementi di fatto o di diritto che avrebbero sostenuto tale insussistenza.

D'altro lato, la Sezione disciplinare, per ciò che attiene al secondo provvedimento del 22 maggio 2012, ne esclude la rilevanza disciplinare, ritenendo che questo, «pur se fondato su una impropria evocazione dell'obiezione di coscienza, valga almeno come richiesta di astensione implicitamente accolta dal capo dell'Ufficio»⁸.

Contro tale decisione, il magistrato di sorveglianza adiva la Corte di cassazione che rigettava il ricorso, dichiarando compensate le spese di lite.

Questi i fatti, nella loro crudezza procedurale.

2. Episodio I: il primo provvedimento. Dignità e autodeterminazione.

L'analisi giuridica di questi fatti, della vicenda e della decodifica giuridica che ne è stata data è, invece, dolorosa.

In primo luogo, duole dover constatare l'arretratezza del nostro Ordinamento e dello Stato italiano, in tema di diritto all'autodeterminazione delle persone private della libertà personale, in particolare delle donne, in tema di decisioni legate al proprio corpo, ai propri diritti riproduttivi e alla propria salute psico-fisica⁹.

Andiamo per ordine. Mai è sembrata più vera l'affermazione di Alessandro Margara per cui la detenzione domiciliare è «alternativa, se si vuole, al carcere, ma non alla detenzione, perché si esegue in stato detentivo, con la previsione dell'evasione»¹⁰. E di quella particolare qualità di spossessamento del sé in atto nella detenzione stiamo, di fatto, ragionando.

L'istante, infatti, probabilmente considerando ormai acquisito il diritto delle donne di interrompere volontariamente una gravidanza nei termini e nei modi previsti da una – mai tanto contestata, ridotta, sminuita, dileggiata – legge dello Stato e supponendo tale diritto perfettamente coerente con la nozione di «indispensabile esigenza di vita», provvedeva ad introdurre personalmente, come previsto nell'ordinamento penitenziario, la richiesta di potersi allontanare dal luogo di detenzione domiciliare per poter godere del diritto di cui sopra. La richiesta, d'altra parte, è non solo semplice, ma anche urgente.

La signora documentava, dunque, il proprio stato di gravidanza e adduceva il motivo del programmato intervento di interruzione gravidica presso l'ospedale prescelto – dopo aver superato le forche caudine della obiezione di coscienza del personale medico

⁸ Cass. civ., S.U., 9 febbraio 2021, n. 3780, p. 5.

⁹ La medicalizzazione dell'aborto, operata con l. n. 194/1978, ha contribuito all'assunzione della prospettiva della tutela del diritto ad accedere all'interruzione volontaria della gravidanza (IVG) nell'alveo del diritto alla salute. Sul punto si rimanda a: A. Lorenzetti, *Le donne*, in P. Cendon, S. Rossi (a cura di), *I nuovi danni alla persona. I soggetti deboli*, volume I, Aracne editrice, 2013.

¹⁰ A. Margara, *Il carcere in Europa fra reinserimento ed esclusione, relazione al convegno dell'Associazione degli avvocati democratici europei (AED)*, Pisa, 29 febbraio 1 marzo 2008, pp. 2-20, come citato in M. Niro, M. Signorini, *Arresti domiciliari e detenzione domiciliare*, CEDAM, 2010, p. 130.

ivi operante... –, affermando la propria volontà di non portare avanti la gravidanza, immaginando di dover temere solo il consueto ritardo delle «pratiche invasive»¹¹ sul tavolo del magistrato di sorveglianza.

Incauta. Il giorno prima di un intervento, invero particolarmente gravido di significati per una persona incinta, la signora riceveva la notizia del rigetto dell'istanza, un vero capolavoro tautologico: il provvedimento è rigettato perché va rigettato – in quanto privo dei presupposti di legge –.

Già questo potrebbe bastare per far dubitare qualunque persona che insiste su questo miserando paese della storia delle lotte per l'acquisizione dei diritti delle donne, delle battaglie giuridiche, della nostra Costituzione, del sistema europeo e internazionale dei diritti umani – certo occorrerebbe evitare di leggere il nome della Convenzione Europea dei Diritti Umani nella sua versione francese, che testualmente recita: *Cour européenne des droits de l'homme*¹² [...], con buona pace di Olympe de Gouge –¹³.

Se il diritto all'autodeterminazione, nel senso della possibilità di scelta in ordine alla interruzione legittima e volontaria di gravidanza, e il diritto alla salute non assurgono a «indispensabile esigenza di vita», quando ne sembrerebbe il classico “caso di scuola”, ci si chiede se il diritto stesso esista, se abbia effettività in senso stretto, ossia se sia un diritto sottoponibile alla tutela secondaria, quella giurisdizionale.

D'altronde, le donne hanno forse ormai interiorizzato che la lotta per i propri diritti, anche quelli ormai dati per scontati, non è mai finita in Italia e anche l'istante adotta una nuova strategia. No, non è, come lei aveva immaginato, un caso semplice. È addirittura un *hard case* – chissà cosa ne penserebbe Dworkin –¹⁴: è dunque necessaria la difesa tecnica, con l'aggravio di tempo e di spese che ciò comporta.

2.1. *Primo stasimo: la tutela del diritto di difesa in fase di esecuzione pena.*

Su questo punto mi sia permesso di fare una digressione legata all'effettività del diritto di difesa.

In una materia come quella del contenzioso in fase di esecuzione della pena, infatti, la possibilità di invio di richieste, istanze e reclami personalmente – senza l'ausilio della difesa tecnica – è senz'altro un elemento che garantisce la speditezza dell'accesso al giudice e alla giustizia. Tuttavia ciò è probabilmente anche all'origine di quello che può

¹¹ Il riferimento è a I. Calvino, *Se una notte d'inverno un viaggiatore*, Mondadori, 1994, p. 5.

¹² La versione francese del nome della Corte viene spesso adottata, tramite traduzione letterale, anche in Italia: Corte Europea dei Diritti dell'Uomo. Occorre, qui, adottare l'ottica inglese che denomina la Corte alsaziana come *European Court of Human Rights*.

¹³ Il riferimento è al testo della filosofa e politica francese Olympe de Gouges la quale, nel 1791, redasse la *Déclaration des droits de la femme et de la citoyenne*, rivendicando per le donne i diritti affermati nella *Déclaration des droits de l'homme et du citoyen* del 1789 e segnando il primo «margine lessicale di genere» che rivendica la non universalità dei termini declinati al maschile. Esponente della fazione girondina, venne ghigliottinata il 2 novembre del 1793.

¹⁴ Il riferimento è al concetto di *hard case*, ossia di casi complessi, secondo due ordini di motivi: a) non esiste una norma; b) la norma esiste, ma offre una guida incompleta, ambigua o conflittuale. Cfr. sul punto R. Dworkin, *Taking Rights Seriously*, Duckworth, 1978, pp. 44-81.

apparire un sistema di “giurisprudenza dimidiata”, meno rigorosamente argomentata e che raramente verrà appellata – come dimostra anche il caso odierno: vale piuttosto la pena ripresentare la istanza, studiare nuove strategie, «assestare il tiro»¹⁵, come si esprime la difesa del magistrato di sorveglianza davanti alla Corte di Cassazione – e sottoposta così a quel controllo da parte della comunità degli interpreti che costituisce il cuore della fiducia nella tenuta di un sistema giuridico.

Credo che la magistratura di sorveglianza debba lottare e lavorare perché ciò non sia – dato che non è – e per reclamare l’alto compito che è anche quello di tutelare i diritti delle persone sottoposte all’esecuzione della pena, sulla base del principio, brillantemente compendiato da Mauro Palma, per cui «si va in carcere perché si è puniti, non per essere puniti»¹⁶.

Vale la pena ricordare il *landmark judgment* che ha consolidato, in sede europea, il diritto di accesso alla giustizia, la sentenza della Corte EDU *Airey v. Ireland* del 1973¹⁷ che sancisce il diritto al patrocinio a spese dello stato per la tutela dei propri diritti. In *Airey*, i giudici di Strasburgo contestano la difesa del governo irlandese, secondo cui la ricorrente - una signora che intendeva procedere al divorzio dal marito alcol dipendente a causa dei ripetuti maltrattamenti, ma non riusciva a farlo per gli alti costi della procedura - avrebbe potuto difendersi personalmente, dato che l’ordinamento irlandese contemplava tale possibilità. I giudici della Corte EDU, infatti, affermano che «la Corte non considera questa possibilità, di per sé, come conclusiva della questione. La Convenzione mira a garantire non diritti teorici o illusori, ma diritti concreti ed effettivi [...]. Occorre quindi verificare se la comparizione della signora Airey davanti alla *High Court*, senza l’assistenza di un avvocato, sarebbe stata efficace, nel senso che ella sarebbe stata in grado di presentare il proprio caso in modo adeguato e soddisfacente»¹⁸.

Va d’altronde notato che un conto è una procedura contenziosa di divorzio – vieppiù in un paese cattolico come l’Irlanda –, un altro è una richiesta di allontanarsi dal domicilio per recarsi in ospedale per un intervento sanitario: dovremmo allora forse domandarci se non sia il caso di garantire che la voce delle persone private della libertà personale conti e che i loro diritti siano «presi sul serio»¹⁹, come ricorda ancora Dworkin.

3. Episodio II: il secondo provvedimento, ovvero come “assestare il tiro”.

La signora, detenuta domiciliare, si rivolgeva ad un avvocato, dicevamo, che decodificava la situazione e tentava di porvi un rapido rimedio attraverso la riproposizione di nuova istanza, adeguatamente motivata e con documentazione allegata. Documentazione che, possiamo immaginare, consisteva nella riproposizione dei

¹⁵ Questa espressione è, infatti, usata dalla difesa del magistrato per dimostrare alla Suprema Corte che: «la decisione della Sezione disciplinare, inoltre, avrebbe errato nel ritenere il provvedimento adottato dal magistrato di Sorveglianza idoneo a “ingannare” la parte, senza considerare che la donna ha poi provveduto ad assestare il tiro, documentando i presupposti della richiesta».

¹⁶ M. Palma, *Relazione per il seminario EPALE Oltre il carcere*, Bari, 11-13 giugno 2018, [accessibile qui](#).

¹⁷ Corte EDU *Airey v. Ireland*, ricorso n. 6289, 9 ottobre 1973.

¹⁸ *Ibidem*.

¹⁹ Si tratta, infatti, del monito di Dworkin che funge da titolo all’opera citata: *Taking Rights Seriously*, nella versione italiana: R. Dworking, *I diritti presi sul serio*, Il Mulino, 1982.

certificati relativi allo stato di gravidanza e nell'attestazione relativa al nuovo appuntamento preso "in limine litis" per l'intervento sanitario.

Qui, credo, stia il punto più critico, svilente, tragico di tutta la situazione.

Sempre in data immediatamente precedente l'intervento – il giorno prima –, il medesimo magistrato di sorveglianza territorialmente competente – medesimo in base al principio del giudice naturale precostituito per legge –, adempie nella maniera più abnorme (e tardiva) all'onere di motivazione. Ossia disvela le ragioni della precedente decisione e della mancata motivazione del precedente provvedimento, affermando di non ritenere praticabile l'intervento perché contrario a suoi principi religiosi e ritenendo quindi «di astenersi dall'emissione del richiesto provvedimento per ragioni di coscienza e ritenendo che il diritto all'obiezione di coscienza debba essere riconosciuto anche agli appartenenti all'ordine giudiziario – stante la particolare ristrettezza dei tempi non è possibile sollevare questione di legittimità costituzionale –»²⁰.

Ora, se è vero che il magistrato utilizza il termine ritualmente proprio di «astenersi», non può dirsi che questa ipotesi, appalesatasi nelle «ragioni di coscienza» e nella rivendicazione del «diritto all'obiezione di coscienza» da riconoscersi anche agli appartenenti all'ordine giudiziario, sia ricompresa in quelle ragioni tassative o anche nelle «gravi ragioni di convenienza» di cui all'art. 36 del codice di rito²¹.

Dunque, appare chiaro come l'interpretazione dell'art. 284 c.c.p. sia stata «intenzionalmente e palesemente in violazione di legge, strumentalizzata al fine di impedire all'istante di eseguire il programmato intervento che lo stesso riteneva non praticabile perché contrario ai suoi principi religiosi, così come reso palese dal successivo provvedimento del 22 maggio, adottato su nuova istanza della detenuta, con il quale il Dott. [omissis] rimetteva il fascicolo alla presidente della Sezione»²².

²⁰ Cass. pen., S.U., 9 febbraio 2021, n. 3780, p. 3.

²¹ Per comodità si riporta il testo dell'art. 36 co. 1 c.p.p.: «1. Il giudice ha l'obbligo di astenersi: a) se ha interesse nel procedimento o se alcuna delle parti private o un difensore è debitore o creditore di lui, del coniuge o dei figli; b) se è tutore, curatore, procuratore o datore di lavoro di una delle parti private ovvero se il difensore, procuratore o curatore di una di dette parti è prossimo congiunto (307 c.p.) di lui o del coniuge; c) se ha dato consigli o manifestato il suo parere sull'oggetto del procedimento fuori dell'esercizio delle funzioni giudiziarie; d) se vi è inimicizia grave fra lui o un suo prossimo congiunto e una delle parti private; e) se alcuno dei prossimi congiunti di lui o del coniuge è offeso (90 c.p.p.) o danneggiato dal reato o parte privata; f) se un prossimo congiunto di lui o del coniuge svolge o ha svolto funzioni di pubblico ministero; g) se si trova in taluna delle situazioni di incompatibilità stabilite dagli articoli 34 e 35 e dalle leggi di ordinamento giudiziario; h) se esistono altre gravi ragioni di convenienza». In particolare, per ciò che concerne la lettera h) si tratta di una fattispecie aperta su cui si è pronunciata la Corte Costituzionale definendone la portata con la sentenza n. 113/2000 secondo cui le ragioni di convenienza di cui alla lettera h) devono essere valutate caso per caso: «il valore deontico del principio del giusto processo si esprime, in questo caso, sul piano interpretativo ed impedisce di attribuire alla locuzione "altre gravi ragioni di convenienza" un significato così ristretto [...]. La disposizione in oggetto pone una norma di chiusura a cui devono essere ricondotte tutte le ipotesi non ricadenti nelle precedenti lettere e nelle quali tuttavia l'imparzialità del giudice sia da ritenere compromessa [...] nella lettera h), la parola "convenienza" assume un valore prescrittivo tale da imporre l'osservanza di un obbligo giuridico che non riguarda soltanto situazioni private del giudice, ma include l'attività giurisdizionale che egli abbia svolto, legittimamente, in altri procedimenti» (punto 3 del Considerato in diritto).

²² Cass. pen., S.U., 9 febbraio 2021, n. 3780, p. 2. Si tratta della prima versione del capo di incolpazione, poi riformulato dalla Sezione disciplinare, come detto.

Questa ricostruzione, contenuta nell'originario capo di incolpazione, costituisce l'unico rilievo critico sul secondo provvedimento che si evince dalla lettura della sentenza di Cassazione. Tuttavia tale visione, da un lato coglie la portata del secondo provvedimento in relazione al primo, dall'altro non viene condotta alle estreme conseguenze dalla Sezione disciplinare la quale, riformulando la condotta come sopra descritto, aggiunge sì un elemento relevantissimo, come la mancanza di motivazione con il danno grave che ne deriva in termini di lesione della dignità e del diritto alla salute di cui all'art. 32 Cost. della detenzione domiciliare, ma relega in secondo piano la questione del reclamato diritto all'obiezione di coscienza del giudice.

La "truffa delle etichette", operata con il vago richiamo all'astensione dal magistrato di sorveglianza, viene insomma avallata dalla Sezione disciplinare e giocoforza dalla Cassazione, cui è devoluto unicamente il vaglio del primo provvedimento.

Eppure, ci saremmo forse aspettati un richiamo, all'interno di un *obiter dictum*, alla natura lesiva del diritto di accesso alla giustizia e al giudice di siffatta rivendicazione. Tocca notare, al contrario, come le spese del giudizio di Cassazione vengano compensate «data la complessità delle questioni trattate e la particolarità del caso», formula di stile che purtroppo, però, appare viepiù oltraggiosa del diritto di autodeterminazione delle donne, dei loro diritti riproduttivi nel contesto di una vicenda che, invero, non appare né complessa, né particolare.

3.1. Secondo stasimo: tra coscienza e prudenza. L'obiezione di coscienza del magistrato.

Occorre, allora, qui, ricordare come il divieto di *non liquet* sia alle origini della civiltà giuridica occidentale, per come iscritto nell'art. 4 del *Code Napoléon*, alla base della storia della codificazione europeo continentale: «Se un giudice ricuserà di giudicare sotto pretesto di silenzio, oscurità o difetto della legge, si potrà agire contro di lui come colpevole di denegata giustizia»²³. D'altronde, tale tradizione poggia sul mito della completezza dell'ordinamento giuridico e sulla prevenzione delle lacune. Qui la denegata giustizia consegue, al contrario, dalla espressa affermazione della mancata volontà di seguire la legge «per ragioni di coscienza».

I due provvedimenti, dunque, risultano avvinti da un medesimo "disegno", come affermato nella prima versione della incolpazione: *in primis* il magistrato tenta la strada del silenzio, non della legge, ma del giudice – con vaga allusione alla mancanza dei presupposti previsti dalla norma – «assestando il tiro», in fase di difesa nel procedimento disciplinare e lamentando il silenzio della ricorrente...che non avrebbe ottemperato all'onere probatorio nella prima istanza²⁴.

²³ L'art. 4 del *Code civil* francese, nella versione originale, enuncia che: «Le juge qui refusera de juger, sous prétexte du silence, de l'obscurité ou de l'insuffisance de la loi, pourra être poursuivi comme coupable de déni de justice».

²⁴ Cass. pen., S.U. cit., p. 6: «la difesa del ricorrente sostiene che il dott. [...] non avrebbe fatto altro che ribadire, all'atto pratico, l'esigenza delle indispensabili esigenze [sic] di vita deve essere corredata da idoneo supporto documentale che soltanto l'istante può fornire per il conseguente apprezzamento. La sentenza impugnata avrebbe dovuto considerare che la mancanza di prova a sostegno della istanza è compendiabile nella formula di rigetto per mancanza dei presupposti di cui all'art. 284, comma 3, cod. proc. pen. La decisione della Sezione disciplinare, inoltre, avrebbe errato nel ritenere il provvedimento adottato dal magistrato di sorveglianza idoneo

Il tentativo di addossare la propria responsabilità sulla carenza di allegazione della parte è inspiegabile. Non si comprende, infatti, cosa altro la istante avrebbe dovuto allegare, se non la propria volontà (che deve essere “solo” dichiarata), lo stato di gravidanza e la certificazione dell’appuntamento nel presidio ospedaliero che, se anche fosse stato mancante, avrebbe ben potuto essere richiesto dal giudicante e prontamente allegato. Qui pare di leggere, tra le righe, l’idea, che si assume largamente condivisa, che alla fine dei conti la scelta di una donna di abortire non sia davvero legittima e comunque necessiti di “ulteriori allegazioni”.

Successivamente, nuovamente sollecitato al compito dello *iurisdicere*, lo stesso magistrato cala la carta della vera ragione della precedente decisione: la propria coscienza che pare, invece, molto meno silenziosa. Non solo chiaramente rivendicando il fatto che il precedente provvedimento fosse volutamente sibillino, ma addirittura evocando la volontà di sollevare questione di legittimità costituzionale sulla possibilità di obiezione di coscienza dell’ordine giudiziario.

Non ricorda, forse, il magistrato che la Corte costituzionale si è pronunciata con giurisprudenza risalente, consolidata e particolarmente chiara sull’obiezione di coscienza della magistratura. In particolare, nella sentenza n. 196/1987, in un giudizio promosso dal giudice tutelare di Napoli che sollevava questione di legittimità costituzionale della legge 194/1978, nei limiti in cui non consente al giudice tutelare medesimo di esercitare obiezione di coscienza particolare in relazione al potere di autorizzare una minore a decidere l’interruzione della gravidanza.

Non pare un caso che la questione si ponga sempre nel quadro della vituperata legge n. 194/1978, una delle più ineffettive del nostro ordinamento²⁵.

La Corte in quella decisione, dopo aver tracciato la marcata disomogeneità tra l’azione del personale sanitario e la potestà autorizzatoria dell’autorità giudiziaria – «intervenedo egli, come si è chiarito, nella sola generica sfera della capacità – o incapacità – del soggetto, tal quale viene a verificarsi per altre consimili fattispecie»²⁶ e non nella procedura di riscontro dei parametri previsti dal legislatore per procedere all’interruzione gravidica –, escludendo dunque un profilo di illegittimità costituzionale relativo al parametro di cui all’art. 3 Cost., interviene a chiarire i termini della «denunciata contrapposizione, nella coscienza del remittente, dei suoi convincimenti interni *virtutis et vitorum* rispetto alla esistente doverosità di *satisfacere officio*»²⁷.

ad “ingannare” la parte, **senza considerare che la donna ha poi provveduto ad assestare il tiro**, documentando i presupposti della richiesta» [grassetto mio].

²⁵ Come, purtroppo, confermato dal Comitato Europeo dei Diritti Sociali, caso *Internation Parenthood Federation European Network (IPPF EN) v. Italy*, 10 settembre 2013, n. 87, [accessibile qui](#), il quale ha accertato la violazione dei diritti delle donne alla salute e all’accesso effettivo non discriminatorio all’IVG, a causa del crescente numero di medici e personale sanitario obiettori di coscienza. Per una riflessione del femminismo giuridico circa la bontà o meno della legge 194/1978 per le donne si rimanda altresì a T. Pitch, *Un diritto per due. La costruzione giuridica di genere, sesso e sessualità*, il Saggiatore, 1998. Sul punto vi sono anche alcuni autori che hanno parlato di un vero e proprio “sabotaggio” della legge. Tra questi: P. Veronesi, *Il corpo e la Costituzione. Concretezza dei «casi» e astrattezza della norma*, Giuffrè, 2007, p. 141 e M. Di Masi, *Obiezione di coscienza e interruzione volontaria di gravidanza: il Consiglio d’Europa ammonisce l’Italia*, in *Questione Giustizia*, 19 giugno 2014, [accessibile qui](#).

²⁶ Corte Cost., 25 maggio 1987, n. 196, punto 2 del Considerato in diritto.

²⁷ *Idem*, punto 3 del Considerato in diritto.

Su questo tema, la Corte, oltre a rinvenire un contenuto di doverosità intrinseca della giurisdizione, di cui all'art. 54 secondo comma Cost.²⁸, costruisce un'argomentazione a partire dalla interpretazione sistematica di due norme della Costituzione, che assurgono a indici rimarchevoli del contenuto della giurisdizione stessa. Da una parte, infatti, vi è l'art. 98 Cost. relativo alle possibili limitazioni alla libertà di associazione dei magistrati, dall'altra vi è l'art. 107 Cost., l'inaffidabilità garantita al magistrato «che come lo pone al riparo da qualsivoglia interferenza *ab externo*, così comporta – salvi i casi ex artt. 51 e 52 c.p.c. di sopravvenuto difetto nella neutralità propria del decidere – l'indeclinabile e primaria realizzazione della esigenza di giustizia, interesse d'ordine generale il cui rilievo costituzionale questa Corte ha ripetutamente riconosciuto»²⁹.

Infine, la Corte costituzionale si addentra sul tema della coscienza del giudice e giunge l'eco dell'analisi giusrealista del diritto – e della differenza tra coscienza giuridica formale e materiale di Alf Ross –³⁰. Nella decisione giudiziale, afferma la Corte, «si ricompongono [...] nella realtà oggettiva della pronuncia, e i suoi convincimenti e la norma obiettiva da applicare. È propria del giudice, invero, la valutazione, secondo il suo "prudente" apprezzamento: principio questo proceduralmente indicato, che lo induce a dover discernere – secondo una significazione già semantica della prudenza – *intra virtutes et vitia*»³¹.

Insomma, la decisione è la direttrice tra due forze: l'una è la coscienza del singolo individuo – la coscienza giuridica materiale, la chiama Ross –³², l'altra, quella propria dei giudici, è la coscienza giuridica formale, ossia l'obbedienza al diritto radicata nella mentalità del giudice come atteggiamento professionale e morale.

La Corte ci dice, insomma, che se il disaccordo tra queste due forze supera certi limiti, il giudice non può semplicemente "cavarsela" con un diniego di giustizia. Deve lavorare di più, attraverso una interpretazione costruttiva. Nel caso in esame, il magistrato avrebbe dovuto argomentare sulla non conformità della fattispecie concreta – richiesta di allontanamento dal domicilio per effettuare un intervento di interruzione gravida – con i presupposti di legge, ossia con le «indispensabili esigenze di vita». Ricordandosi, però, come si è dovuto ricordare il giudice tutelare nel caso posto di fronte alla Corte Costituzionale – nel lontano 1987... abbiamo sempre memoria troppo corta –, che al magistrato di sorveglianza non tocca decidere se la persona possa o meno sottoporsi a tale intervento³³.

Questa è una decisione personalissima, espressione di un diritto personalissimo, tutelata dal nostro ordinamento a seguito di una lotta antica, politica e pubblica. Una decisione che può essere vagliata, solo per la corrispondenza rispetto ai parametri di legge, unicamente dal personale sanitario. Il magistrato di sorveglianza si muove entro

²⁸ In particolare, il testo dell'art. 54 Cost. sancisce il dovere, per le persone a cui sono affidate funzioni pubbliche, «di adempierle con disciplina ed onore, prestando giuramento nei casi stabiliti dalla legge».

²⁹ Corte cost., 25 maggio 1987 n. 196, punto 3 del Considerato in diritto.

³⁰ A. Ross, *Diritto e Giustizia*, Einaudi, 2001, pp. 54 ss.; 131.

³¹ Corte cost., 25 maggio 1987 n. 196, punto 3 del Considerato in diritto.

³² A. Ross, *Diritto e Giustizia*, cit., p. 131.

³³ Corte cost., 25 maggio 1987 n. 196, nel punto 2 del Considerato in diritto lo afferma con grande chiarezza.

«circoscritti e non cospicui margini di intervento»³⁴ per vagliare la mera corrispondenza tra quanto deciso dalla persona e i requisiti previsti dal legislatore. Dicevamo, il magistrato di sorveglianza avrebbe dovuto lavorare di più per argomentare sul fatto che la tutela di un diritto personalissimo, che non tollera limitazioni a causa dello stato di detenzione e che incarna il concetto stesso di urgenza in senso giuridico e corporeo, come la decisione di interruzione di gravidanza di una donna, non rientri tra «le indispensabili esigenze di vita» che consentono a una persona, già ammessa alla misura alternativa della detenzione domiciliare, di allontanarsi temporaneamente dal domicilio.

Questo avrebbe provocato quel meccanismo che è alla base della tutela giurisdizionale: il controllo della decisione da parte della comunità degli interpreti. Il magistrato avrebbe, insomma, dovuto rendere sottoponibile il proprio provvedimento al vaglio del superiore grado di giudizio, il Tribunale di sorveglianza.

Possiamo certamente discutere dell'urgenza della decisione e possiamo anche ipotizzare che la soluzione dell'astensione sia la migliore – o meglio, sarebbe stata la migliore, se fosse stata presa immediatamente –.

Rispondo con le parole della Corte costituzionale, nella pronuncia sopra presentata: in casi estremi, per evitare “abnormi distorsioni”, alla strutturazione giudiziaria, infatti, «pure compete – nei casi di particolare difficoltà – la possibile adozione di adeguate misure organizzative»³⁵.

Insomma, l'astensione per puri motivi di coscienza non appare ammessa dall'Ordinamento che reca la tassonomia delle ipotesi di astensione all'interno dell'art. 36 c.p.p. Alla strutturazione giudiziaria, come dice la Corte – in un *obiter dictum* e con una sorta di invito... – residua solo la possibilità di non assegnare magistrati “obiettori” a ruoli che comportino l'esposizione al dilemma di coscienza. Qui la biologia ci viene pietosamente in aiuto: all'interno di un Tribunale di sorveglianza ciò potrebbe dire, infatti, non assegnare al magistrato di sorveglianza contrario a una legge dello stato, quella che garantisce il diritto di aborto per le donne, alle sezioni femminili. Un *escamotage*, però, che, se da una parte tutela le donne private della libertà personale – oltre a “far da palo” alle inadeguatezze di chi esercita una funzione giudicante –, temo contenga, dall'altra, non pochi rischi³⁶.

4. Epilogo. «Il delitto è maschio, il peccato è femmina»³⁷.

Un'ultima notazione: non è una pena per donne. Come dimostra il fatto che la tutela dei diritti connessi all'autodeterminazione e alla dignità, in particolare sul versante dell'affermazione dei diritti riproduttivi in carcere, era già stata al centro di una annosa riflessione che ha portato all'ammissione alla fecondazione artificiale di un detenuto

³⁴ *Ibidem*.

³⁵ *Ibidem*.

³⁶ *In primis* la fatale incrinatura di quel meccanismo, tipico dello *iurisdicere*, di ricomposizione «nella realtà oggettiva della pronuncia» dei «convincimenti personali» del/la giudice della «norma obiettiva da applicare» di cui parla la Corte costituzionale nella citata sent. 196/1987 e che è alla base “antropologica” del processo decisorio e argomentativo del/la giudice.

³⁷ Il riferimento è a F. Nietzsche, *La nascita della tragedia*, Einaudi, 2009, Cap. IX, p. 80.

(maschio) in regime di 41 *bis* o.p.³⁸ e che, ancor prima, aveva condotto per ben due volte il Ministero della Giustizia a rilasciare autorizzazione alla fecondazione artificiale per due detenuti (maschi), sempre in regime di 41 *bis* o.p., nel 2001 e nel 2002.

A dire il vero, la questione è anche all'origine della importantissima sentenza, *Dickson v. UK*³⁹, che afferma che il rifiuto da parte dell'amministrazione penitenziaria di consentire l'accesso all'inseminazione artificiale a una persona detenuta (nuovamente un uomo detenuto), viola l'art. 8 della Convenzione e in particolare il diritto alla vita privata e familiare del ricorrente, nozione che comprende il diritto al rispetto della decisione di diventare genitore. La persona detenuta, infatti, conserva intatti ed effettivi i diritti convenzionalmente riconosciuti, quando essi non siano assolutamente incompatibili con lo *status detentionis*. Ogni restrizione a tali diritti deve essere giustificata e non può essere basata unicamente sulla presunta offesa all'opinione pubblica⁴⁰ (tantomeno all'opinione privata, diremmo qua).

La questione centrale in *Dickson*, dunque, «era stabilire se fosse stato raggiunto un giusto equilibrio tra gli interessi pubblici e privati in competizione»⁴¹. La Corte EDU conclude che il sistema inglese non aveva garantito tale equilibrio, in particolare in considerazione del fatto che la questione appare, secondo la Corte EDU, «di vitale importanza per i ricorrenti»⁴². E qui giunge l'eco di quelle bistrattate esigenze di vita di cui all'art. 284 c.p.p. che, se affrontate in ottica convenzionale (e si ricorda che non è un vezzo, ma un obbligo giuridico cogente per il giudice ordinario interpretare in senso convenzionalmente orientato) avrebbero dovuto ricomprendere, senza tema di smentita, l'autorizzazione ad allontanarsi dal domicilio per sottoporsi all'intervento di interruzione di gravidanza.

Spiace davvero constatare che questo patrimonio giuridico e argomentativo legato al tema precipuo dell'autodeterminazione e della salute in relazione ai diritti riproduttivi delle persone private della libertà personale, tra cui rientra – tocca ricordarlo – la libertà negativa di non diventare madri⁴³ – mediante l'accesso a un aborto legale e sicuro –, non sia ancora entrato nell'**ideologia normativa** comune e nella **coscienza giuridica** della magistratura di sorveglianza italiana.

³⁸ Cass. pen., sez. I, 20 febbraio 2008, n. 7791.

³⁹ *Dickson v. UK*, ricorso n. 44362/04, 4/12/2007. La sentenza è all'origine dell'affermazione della preminenza della funzione di reinserimento sociale della pena nell'ambito del Consiglio d'Europa. Ci sia consentito di rinviare a: S. Ciuffoletti, *Spunti per una lettura dialogica dell'ergastolo ostativo in Italia*, in G. Brunelli, A. Pugiotto, P. Veronesi (a cura di), *Il fine e la fine della pena. Sull'ergastolo ostativo alla liberazione condizionale*, in *Forum di Quaderni Costituzionali Rassegna*, 4, 2020, pp. 84 ss.

⁴⁰ *Dickson v. UK*, cit., § 68.

⁴¹ *Idem*, § 71.

⁴² *Idem*, § 72 e 85.

⁴³ Come afferma L. Ferrajoli, in *Diritti fondamentali e bioetica. La questione dell'embrione*, in S. Rodotà, P. Zatti (a cura di), *Trattato di Biodiritto*, Vol. I, *Ambito e fonti del Biodiritto*, Giuffrè, 2010, p. 248, l'aborto è «ben prima che una *facultas agendi*, un'immunità, un *habeas corpus*, ossia la "libertà personale" sancita come inviolabile dall'art. 13 della nostra Costituzione, che è una libertà da "restrizioni", quali sono appunto la costrizione o la coercizione giuridica a divenire madre».

Bibliografia.

S. Ciuffoletti, *Spunti per una lettura dialogica dell'ergastolo ostativo in Italia*, in G. Brunelli, A. Pugiotto, P. Veronesi (a cura di), *Il fine e la fine della pena. Sull'ergastolo ostativo alla liberazione condizionale*, in *Forum di Quaderni Costituzionali Rassegna*, 4, 2020, pp. 84 ss.

R. Dworkin, *Taking Rights Seriously*, Duckworth, 1978.

European Prison Litigation Network, *White Paper, Bringin Justice into Prison: for a Common European Approach*, 2019.

L. Ferrajoli, *Diritti fondamentali e bioetica. La questione dell'embrione*, in S. Rodotà, P. Zatti (a cura di), *Trattato di Biodiritto, Vol. I, Ambito e fonti del Biodiritto*, Giuffrè, 2010, pp. 231 ss.

A. Lorenzetti, *Le donne*, in P. Cendon, S. Rossi (a cura di), *I nuovi danni alla persona, Vol. I, I soggetti deboli*, Aracne, 2013, pp. 509 ss.

F. Nietzsche, *La nascita della tragedia*, Einaudi, 2009.

M. Niro, M. Signorini, *Arresti domiciliari e detenzione domiciliare*, CEDAM, 2010.

T. Pitch, *Un diritto per due. La costruzione giuridica di genere, sesso e sessualità*, Il Saggiatore, 1998.

A. Pugiotto, *Obiezione di coscienza nel diritto costituzionale*, in *Dig. disc. pubbl.*, Utet, X, 1995.

P. Veronesi, *Il corpo e la Costituzione. Concretezza dei «casi» e astrattezza della norma*, Giuffrè, 2007.

A. Ross, *On Law and Justice*, Stevens and Sons, 1958.

E. Santoro, *Carcere e società liberale*, Giappichelli, 2004.

Riflessione

— Si fa presto a dire riforma

Riflessioni per una nuova cultura penitenziaria*

It is one thing to say reform

Reflections for a new penitentiary culture

di Camilla Cosentino, Susanna Colombo

Abstract. Il presente contributo, partendo dalla presa di coscienza dell'enorme divario che sussiste nel nostro Paese tra la cultura penitenziaria "di massa", dominante all'interno della società e quella d'élite, propria dei circuiti accademici, si propone di indagare alcuni ambiti nei quali tale gap si sta allargando a dismisura, al fine di proporre soluzioni che possano contribuire a colmarlo. Tali soluzioni hanno tutte come punto di partenza la conoscenza effettiva della realtà carceraria, ad ogni livello sociale, nella profonda convinzione che solo l'osservazione e la conoscenza del mondo penitenziario, delle dinamiche sottese e della loro complessità, costituisca il presupposto fondamentale per poter seriamente ripensare ad una riforma dell'ordinamento penitenziario che vada oltre alle pur apprezzabili dichiarazioni di intenti. Si ritiene che tale ambizioso progetto debba ripartire proprio dalle forze intellettuali di questo Paese le quali, uscendo dai loro recinti accademici, debbano farsi promotori nella società di tale rinascita culturale, piantando e coltivando quei semi che conducano al germogliare di una rinnovata visione della realtà penitenziaria.

Abstract. This contribution stems from the awareness that the gap between the penitentiary masscult, which is predominant in our society, and the high one, found within academia, is assuming huge proportions. On the basis of these considerations, the following article aims to

* Il presente contributo è stato pensato e progettato congiuntamente dalle due autrici: materialmente la dott.ssa Camilla Cosentino ha redatto i paragrafi 1 e 2 e 5, mentre la dott.ssa Susanna Colombo ha redatto i paragrafi 3 e 4.

investigate some areas in which this gap is widening disproportionately, with a view to proposing solutions that can help to stem it.

These solutions are based on the well-founded belief that only through an observation and fact-finding process of the prison system complexity and its dynamics, is it possible to determine the fundamental prerequisites for the concretization of a penitentiary system reform that succeeds in going beyond even appreciable declarations of intent.

Nowadays it is intensely believed that such an ambitious project should primarily involve academics of this country, which could potentially play a key-role in this cultural renaissance, leading to a new prison reality conception.

SOMMARIO: 1. Introduzione. – 2. La narrazione mediatica e politica del carcere. – 2.1. Ipersemplicazione e *slogan* quali strategie comunicative. – 2.2. Il fenomeno di occultamento della realtà. – 3. Quale formazione per una nuova cultura penitenziaria? – 4. Giustizia riparativa: un ponte per il futuro. – 5. Considerazioni conclusive.

SUMMARY: 1. Introduction. – 2. The political and media narrative of the prison environment. – 2.1. Oversemplication and slogan as communicative strategies. – 2.2. Reality concealment: a developing phenomenon. – 3. Which education for a new penitentiary culture? – 4. Restorative justice: a linking for the future. – 5. Closing remarks.

1. Introduzione.

In apertura di un illuminante saggio di ormai un decennio fa, *Il perdono responsabile. Perché il carcere non serve a nulla*, Gherardo Colombo rifletteva su come il vivere sociale e le relazioni interpersonali presuppongano l'affidamento reciproco tra individui, reso possibile dalla presenza di **regole** attraverso le quali ciascuno, in ogni circostanza, conosce quale comportamento può attendersi dagli altri e quale gli altri si aspettino da lui¹.

Il magistrato proseguiva ravvisando proprio nella **cultura** il fattore che influenza le regole dello stare insieme, al punto da diventarne spesso il contenuto². Tali regole infatti, costituendo una categoria peculiare rispetto alle leggi immutabili proprie delle cosiddette scienze esatte, sono variabili, in quanto create dagli esseri umani, liberi di riempirle di qualsiasi contenuto, in base alla loro cultura dominante³, ossia alla "visione collettiva del mondo".

Se dunque l'assunto di partenza è che la cultura influenzi le regole sociali, appare soluzione logicamente scontata che solo modificando la prima si possa incidere sostanzialmente sulle seconde, in senso tecnico sulle norme, dunque in definitiva sulla legge.

¹ G. Colombo, *Il perdono responsabile. Perché il carcere non serve a nulla*, Ponte alla Grazie, ristampa 2020, p. 22.

² *Ibidem*.

³ *Idem*, p. 23.

Riscontriamo quotidianamente istanze che richiedono al Governo in carica riforme, nuove leggi nei più disparati ambiti, ivi compreso quello penitenziario, le quali il più delle volte rimangono inascoltate, probabilmente perché si trascura che per ottenere un autentico cambiamento legislativo, ovvero una modifica delle regole che governano la convivenza sociale, occorre a monte una rivoluzione culturale, intesa come nuovo modo di intendere il mondo.

Come si costruisce dunque oggi la cultura?

Quali sono i fattori in grado di influenzarla?

Dal momento che la cultura non è riducibile alla dimensione biologica dell'uomo, costruttori di cultura sono l'ambiente e le sue diverse componenti nelle quali gli individui quotidianamente vivono, si relazionano e soprattutto apprendono. Nella società contemporanea, articolata e iperconnessa, accanto alle classiche istituzioni della scuola e della famiglia, veicoli di trasmissione di cultura per eccellenza, se ne accostano molti altri: la dimensione politica e i partiti digitali, a cui si collega oggi il dilagante fenomeno del populismo, i media (dai più tradizionali, quali le testate giornalistiche e la televisione, ai *social network*⁴, funzionanti oggi anche come «piattaforme di interpellanza»⁵), nonché i prodotti culturali in senso stretto propri dell'industria dello spettacolo, cinematografica o editoriale, solo per citare alcuni esempi.

L'interagire di tali costruttori all'interno della società dà vita a modelli culturali differenti, il più delle volte molto distanti tra di loro, come è ben visibile nell'antica contrapposizione tra la **cultura alta** e la cultura di massa⁶.

Uno degli ambiti in cui il *gap* tra la cultura alta e quella di massa ha assunto negli ultimi decenni una dimensione impressionante è proprio la disciplina penitenziaria, intesa quale concetto che sottintende il diverso modo di concepire e di rappresentarsi l'istituzione carceraria, la pena e i suoi corollari, dunque in definitiva il diverso modo di intendere la giustizia.

⁴ Interessante sul tema il XI Rapporto dell'Associazione Civita, *Millennials e cultura nell'era digitale. Consumi e progettualità culturale tra presente e futuro*, Marsilio editore, 2019.

⁵ Con questa espressione il magistrato francese Denis Salas definisce il funzionamento di alcune piattaforme *social* come Youtube, Facebook e Twitter nell'intervento tenuto in occasione del XXII Congresso Nazionale di Magistratura Democratica del 2 marzo 2019, accessibile [a questo indirizzo](#).

⁶ L'espressione "cultura di massa" è spesso usata per indicare la cultura prodotta dai mezzi di comunicazione di massa, la quale si differenzia dalla cultura alta, condivisa dalla classe *d'élite* della società, per alcune specifiche peculiarità: un alto grado di popolarità; contenuti superficiali, standardizzati ed effimeri; il divertimento come obiettivo prevalente; la commercializzazione. Sul punto si segnalano le riflessioni di Umberto Eco in *Apocalittici e integrati: Comunicazioni di massa e teorie della cultura di massa*, Bompiani, 2008, e quelle del critico culturale statunitense Dwight McDonald in *Masscult e Midcult*, editore Piano B, 2018. In quest'ultimo saggio Mc Donald, accanto alle categorie di *highcult* e *masscult*, ne introduce una terza: quella di *midcult*. Secondo l'autore la *midcult* costituisce un ibrido, prodotto dai rapporti che la cultura alta ha intrattenuto con la cultura di massa. Questa forma di cultura ha le stesse caratteristiche fondamentali di quella di massa (dunque la formula, le reazioni controllate, il rifiuto di qualsiasi *standard* qualitativo a favore della popolarità) ma di fatto le occulta. Se infatti nella cultura di massa l'intento – piacere al pubblico con ogni mezzo – è evidente, nella *midcult* la massa viene attirata fingendo di rispettare i canoni della cultura alta da una parte ma, dall'altra, annacquandoli e volgarizzandoli.

Invero, accanto ad una concezione del pianeta carcere “costituzionalmente orientata” che permea i dibattiti accademici ed è ancorata alle logiche della rieducazione, del reinserimento sociale, della dignità della persona, se ne contrappone un'altra, tipica del sentire comune, che fa di alcuni *slogan* – come si vedrà, vuoti – quali la «certezza della pena», la «logica securitaria», il «buttare le chiavi», solo per citarne alcuni, i suoi baluardi.

La prima concepisce il carcere come un'istituzione in cui tentare il recupero sociale di coloro che hanno commesso dei reati prima che un luogo di punizione, attribuisce alla pena una funzione riparatoria e rieducativa piuttosto che afflittiva, dà spazio a termini quale «giustizia riparativa», «perdono responsabile», «utilità e dignità della pena»; la seconda si caratterizza per una narrazione ipersemplicata del mondo penitenziario, nella quale il carcere diventa luogo punitivo e di segregazione, la pena viene concepita in chiave meramente retributiva, le uniche istanze sono quelle securitarie.

Facilmente percepibili sono le manifestazioni dei differenti approcci, *rectius* le diverse culture sottese.

Se tuttavia tracce del primo approccio sono rinvenibili – purtroppo – solo varcando la soglia dei recinti accademici, molto più pregnanti e facilmente individuabili sono le estrinsecazioni del secondo, le quali si manifestano ormai quotidianamente a diversi livelli sociali, anche i più impensabili, corrispondenti ai “luoghi” in cui il *gap* tra i due modelli culturali si divarica in modo esponenziale.

Proprio in questi spazi appare mai come in questo momento necessario che la cultura accademica si avventuri fuori dai suoi recinti, per piantare e coltivare i semi che facciano germogliare nella società una rinnovata visione del pianeta-carcere, per promuovere, per usare le parole del Prof. Fiandaca, una «pedagogica collettiva»⁷ che possa riorientare la cultura penitenziaria del nostro paese così colmando il divario tra i due modelli culturali.

I principali ambiti di intervento saranno debitamente analizzati nei paragrafi successivi e possono essere così riassunti: la narrazione mediatica e politica del pianeta carcere, all'interno del quale emerge, da una parte, un modello comunicativo fondato sull'ipersemplicazione e sul ricorso a *slogan* ad effetto e, dall'altra, il fenomeno di occultamento della realtà; la formazione (a tutti i livelli: dalla società complessivamente intesa, ai giuristi, agli operatori dell'esecuzione penale) e infine l'approccio al delicato problema della giustizia riparativa, dunque al rapporto tra le vittime e gli autori di reato.

2. La narrazione mediatica e politica del carcere.

2.1. Ipersemplicazione e slogan quali strategie comunicative.

⁷ Espressione utilizzata da G. Fiandaca, *Conoscere per poter meglio riformare*, in questa rivista, 10 febbraio 2021, p. 4.

La narrazione proposta alla società del mondo penitenziario e dei suoi corollari rappresenta indubbiamente l'ambito in cui il divario tra la cultura accademica e quella cd. comune si manifesta più prepotentemente.

È nel narrato del pianeta carcere offerto alla società che si svelano infatti i sintomi più esasperati dell'ormai dilagante fenomeno del populismo penale⁸.

Il ricorso quasi compulsivo a tale "strategia della paura" non è proprio della sola politica, come si è soliti pensare: anche la comunicazione mediatica, difatti, non può considerarsi esente da una costruzione e da una narrazione della realtà penitenziaria dal facile consenso, la quale contribuisce ad intercettare e a rafforzare lo stato morboso di insicurezza e di paura che domina nella società odierna, già esasperata, soprattutto nei ceti più svantaggiati ed emarginati, per la drammaticità delle contingenze storiche.

Tale narrazione è facilmente riconoscibile per alcune peculiarità.

Innanzitutto, per l'**ipersemplificazione** e l'**ipergeneralizzazione** di concetti i quali, per la loro complessità, richiederebbero ben altra trattazione.

Tale metodo riduce il mondo carcerario, le sue articolate dinamiche e le molteplici istanze che esso racchiude, ad unità, come se la complessa macchina dell'amministrazione penitenziaria possa essere ridotta al semplice "imprigionare i criminali".

La semplificazione e la generalizzazione della narrazione mediatica e politica sulla realtà penitenziaria sono veicolate da **slogan** quali la «certezza della pena», «più carcere, più sicurezza» o il ben più noto «che si buttino le chiavi», solo per citare i più significativi, di forte impatto emotivo, i quali, tuttavia, se adeguatamente indagati, rappresentano frasi fuorvianti e prive di sostanza. Queste modalità di narrazione hanno infatti come unico scopo quello di intercettare le pulsioni emotive di disagio e di paura della società, esasperarle ed enfatizzarle⁹, per poi fornire artificialmente illusorie rassicurazioni e aumentare dunque il consenso¹⁰, o perlomeno non alimentare il dissenso, come se il collocamento degli autori di reato in carcere possa essere sufficiente a risolvere problemi

⁸ Tale espressione è stata utilizzata per la prima volta tra altri da Denis Salas, *La volonté de punir. Essai sur le populisme pénal*, Hachette Littérature, 2005, riferendosi all'idea di un diritto penale strumentale al raggiungimento di obiettivi politici a carattere populistico.

⁹ Vasta la letteratura sul tema. Tra le tante degne di nota ricordiamo le riflessioni di G. Fiandaca, *Populismo politico e giudiziario*, in *Criminalia-Annuario di scienze penalistiche*, Edizioni ETS, 2013, pp. 86-121; D. Pulitanò, *Populismi e penale. Sulla attuale situazione spirituale della giustizia penale*, in *ivi*, pp. 122-144, il quale afferma: «Le politiche del diritto penale sono un potente strumento di autorappresentazione politica. La legislazione penale ben si presta a mettere in scena risposte rassicuranti ad emozioni e paure, alla paura del crimine, a bisogni di sicurezza e di pena (o di vendetta?)».

¹⁰ Interessanti sul tema le riflessioni di: L. Ferrajoli, *Il populismo penale nell'età dei populismi politici*, in *Questione Giustizia*, n. 1, 2019, il quale afferma: «il populismo, del resto, non conosce cittadini ma solo amici e nemici. Concepisce la giustizia penale come una guerra contro il male e l'insicurezza come emergenza quotidiana che richiede di essere rappresentata, drammatizzata e spettacolarizzata. Alimenta ed interpreta il desiderio di vendetta su capri espiatori. Configura l'irrogazione di pene come nuova e principale domanda sociale e perfino come risposta a gran parte dei problemi politici»; A.M. Salinas, *Stato di diritto, gioco democratico e populismo circa il legame tra populismo e politica*, in *Questione Giustizia*, n. 1, 2019.

irrisolti dalla notte dei tempi, concernenti i delicati equilibri tra istanze rieducative e punitive, tra garanzie dei diritti dei detenuti e sicurezza per la collettività.

Del resto, come affermato da Glauco Giostra in un'interessante riflessione sulla relazione tra la questione carceraria e il populismo penale:

«Questo “subconscio collettivo” di irrimediabile insicurezza costituisce un giacimento inesauribile di redditizie opportunità politiche. Gli stentorei manifesti programmatici imperniati sulla fermezza della repressione e sulla tolleranza zero si rivelano puntualmente un ottimo strumento di procacciamento di consensi. Tanto che ci si imbatte spesso in politicanti che tutto ignorano, tranne quanto sia remunerativa la retorica della sicurezza pubblica. Quasi ad ogni stagione meteorologica ne corrisponde una securitaria in cui viene agitato l'allarme di turno (pedofilia, stupefacenti, sequestri di persona, furti in appartamento, immigrazione clandestina, omicidio colposo stradale, ecc.). Il potere politico, non volendo, non potendo, non sapendo apprestare i rimedi socio-economici o culturali, mette mano (o promette di metter mano) alla fondina legislativa. E le “munizioni” sono sempre le stesse: più pene, più carcere, più reati, meno garanzie processuali, meno benefici penitenziari. Si tratta di un investimento a costo zero, a bassissimo rischio e ad alto rendimento in termini di elettorali»¹¹.

Si trascura che una simile narrazione dell'istituzione carceraria instaura nei fatti un inquietante circolo vizioso, rilanciando e rafforzando istanze punitive e grida di vendetta pubblica, già fin troppo alberganti nella società, nonché soddisfacendo esigenze di sicurezza del tutto illusorie.

A titolo esemplificativo, si pensi infatti alla semplificazione e generalizzazione veicolata dalle formule «più carcere, più sicurezza» o «certezza della pena». Il messaggio che sembrano veicolare simili *slogan* è che sia sufficiente collocare gli autori di reato in un istituto penitenziario al fine di garantire la sicurezza dei consociati, da una parte semplificando e, possiamo dire, quasi banalizzando un problema tanto complesso quale è la funzione della pena carceraria, dall'altra, generalizzando con concetti, appunto, generali e astratti, situazioni che andrebbero invece analizzate singolarmente nei loro profili particolari e concreti.

Il concetto di «certezza della pena» implica difatti un'idea di automatismo, per il quale ad ogni fatto criminoso deve, necessariamente, far seguito una determinata pena, nel momento in cui la rilevanza penale dell'evento sia stata accertata giudiziarmente¹².

È evidente come una simile concezione releghi il ruolo del giudice a quello di un automa che applica meccanicamente la pena¹³, senza adeguarla alla realtà del caso concreto, in contrasto dunque con il divieto di automatismo sanzionatorio e con il principio

¹¹ G. Giostra, *Questione carceraria, insicurezza e populismi penali*, in *Questione Giustizia*, n. 4, 2020.

¹² R. Achilli, *Certeza della pena, funzione rieducativa e recidiva: alcune riflessioni*, in *Ristretti Orizzonti*, 3 settembre 2019.

¹³ *Ibidem*.

di individualizzazione della pena, presupposto per conseguire il fine costituzionale della rieducazione del reo.

Oltretutto, formule di questo tenore, nel breve periodo, illudono la società di aver eliminato il crimine, quando, in realtà, non fanno altro che rafforzarlo, essendo ormai evidente come il carcere, inteso quale luogo di segregazione, rappresenti «una fabbrica per delinquenti o una scuola di perfezionamento dei malfattori»¹⁴ e come una pena, finalizzata esclusivamente alla retribuzione del male commesso con ulteriore male e non alla rieducazione, come impone invece la nostra Costituzione, causi più danni che benefici, i quali, inevitabilmente, nel lungo periodo, ricadranno ancora una volta sui consociati.

Piuttosto che con *slogan* fuorvianti, strumentali alle logiche populiste, bisognerebbe allora impostare la questione in modo diametralmente opposto, proponendo una nuova visione della pena, attraverso il veicolo della cultura, basata sull'assunto per cui se una strada per tentare di diminuire la recidiva è possibile, questa non può che passare attraverso i canoni della rieducazione e del reinserimento sociale, i quali necessariamente implicano una pena tutt'altro che certa, ma variabile in base alla situazione particolare e concreta che la singola vicenda criminosa richiede¹⁵.

2.2. Il fenomeno di occultamento della realtà.

Un'altra peculiarità tipica della narrazione politica e mediatica del mondo penitenziario è il **fenomeno di occultamento della realtà effettiva** a vantaggio della «realtà comunicativamente e strumentalmente costruita»¹⁶.

Se infatti la realtà penitenziaria viene distorta e travisata, per mezzo di modelli comunicativi basati sulla semplificazione e sul ricorso massiccio a *slogan*, fino a ridursi al modello della cella chiusa – e della chiave buttata via – il carcere diventa allora agli occhi dell'opinione pubblica il luogo del Male, il quale, a differenza di altre configurazioni di quest'ultimo (quali ad esempio la morte, la guerra, le malattie), ben visibili e riconoscibili, detiene, invece, una specifica caratteristica: viene occultato¹⁷.

¹⁴ Celebre espressione di F. Turati durante il discorso tenuto alla Camera dei Deputati il 18 marzo 1904.

¹⁵ La circostanza che la logica rieducativa e un modello di carcere aperto, responsabilizzante e rispettoso dei diritti, abbassi il livello di recidiva è stata oggetto di numerosi studi. Si segnala a titolo esemplificativo e non certo esaustivo il seguente contributo: D. Terlizze, *Persone dietro i numeri. Un'analisi del rapporto tra sistemi penitenziari e recidiva*, in *Questione Giustizia*, n. 3, 2018. L'autore, con G. Mastrobuoni, dal 2012 al 2014, ha misurato gli effetti sulla recidiva di un carcere "aperto" – quello di Bollate – dove il rapporto tra il dentro e il fuori è continuo e dove le attività di studio, lavoro, formazione preparano i detenuti alle misure alternative e poi alla libertà. I risultati della ricerca sono significativi e incontestabili, sul fronte della recidiva. Afferma infatti l'autore che «la sostituzione di un anno in un carcere "chiuso e duro" con un anno in un carcere "aperto e umano" riduce la recidiva di 6-10 punti percentuali (tra il 15 e il 25% della recidiva media dei detenuti sfollati a Bollate)».

¹⁶ G. Fiandaca, *Scarcerazione per motivi di salute, lotta alla mafia e opinione pubblica*, in *Sistema Penale*, 19 maggio 2020 p. 1.

¹⁷ L. Manconi, F. Graziani, *Per il tuo bene ti mozzero la testa. Contro il giustizialismo moralista*, Einaudi editore, 2020, p. 220.

In questo modo viene esorcizzata una duplice minaccia: il presunto attentato alla sicurezza dei consociati che le istituzioni penitenziarie, quali incubatori di crimine, evocano e la minaccia che dall'inconscio collettivo si proietta sul carcere per rimuoverlo e cancellare così i nostri fantasmi e le nostre paure, tra cui forse quella più grande di essere o poter essere noi stessi i reclusi e di poter essere puniti per un reato¹⁸.

Ecco allora che ben si comprende il desiderio dell'opinione pubblica che il carcere e le persone che lo popolano diventino invisibili¹⁹.

Tale desiderio è ben intercettato dai media e dalla politica, in particolare dalle istituzioni della Giustizia, motivo per cui il carcere diviene non più luogo tra i più vulnerabili e delicati a cui dedicare speciali cure, giuste risorse nonché politiche intelligenti ed innovative, bensì ambiente da occultare e oscurare²⁰. Il meccanismo è ben visibile in molteplici ambiti, due dei quali particolarmente degni di nota: la collocazione urbana delle nostre carceri e la strumentalizzazione riscontrabile nella comunicazione dei dati che riguardano il mondo penitenziario.

Per quanto concerne il primo aspetto, si pensi a come, tranne rarissime eccezioni quali San Vittore o Regina Coeli, la collocazione degli istituti penitenziari, avvenga sempre in periferia o comunque a notevole distanza della città: chiaro indice di tale processo collettivo di occultamento e rimozione della «cosa carceraria»²¹.

«In altre parole, la società e la mentalità collettiva tendono a spostare fuori dalle mura cittadine i luoghi della detenzione e proprio per allontanare da sé quel rimosso rappresentato dal carcere e da chi lo abita e, soprattutto, ciò di cui quegli abitanti sono simbolo»²².

Il secondo ambito nel quale è ben visibile il fenomeno di nascondimento della realtà è rappresentato dal massiccio ricorso alla strumentalizzazione dei dati che riguardano il mondo del carcere, dalla quale derivano sempre maggiori difficoltà a reperire informazioni certe.

Solo per riportare un esempio di tale strumentalizzazione mediatica e politica, basti pensare a quello che sta accadendo nelle carceri italiane a causa della pandemia da Covid-19. Chiunque abbia anche una sola approssimativa conoscenza dell'ambiente penitenziario è ben consapevole della drammatica situazione che il Covid-19 sta provocando al suo interno. Il carcere, infatti, in quanto luogo chiuso e promiscuo per eccellenza, nonché sovraffollato già ben prima dell'inizio della pandemia, si presta ad essere l'ambiente ideale per la circolazione del virus, in cui il distanziamento fisico è pura utopia.

¹⁸ *Ibidem*.

¹⁹ *Idem*, p. 223.

²⁰ L. Manconi, F. Graziani, *Per il tuo bene*, cit., p. 223.

²¹ *Idem*, p. 225.

²² *Ibidem*.

Eppure, abbiamo ascoltato tante narrazioni provenienti sia dalla stampa sia dalle Istituzioni, poi recepite dalla società, sostenere che il carcere in quanto ambiente chiuso sia sicuro e possa vantare uno *screening* pressoché totale, nonché comunicazioni fuorvianti circa i dati della popolazione carceraria, dello spazio a disposizione per ciascun detenuto e sul reale numero dei contagiati²³.

Per citare un altro esempio significativo, basti ricordare altresì quanto accaduto la scorsa primavera, a pochi mesi dall'inizio dell'emergenza pandemica, quando molti media hanno gridato allo scandalo – “urla” a cui sono seguite, di conseguenza, quelle di gran parte della popolazione – per le scarcerazioni per motivi di salute di ben 376 capi mafia sottoposti al regime del 41-*bis* o.p., salvo poi prendere atto che in realtà le scarcerazioni di questa categoria di detenuti sono state solo 3: tutti gli altri erano detenuti sottoposti al circuito detentivo di alta sicurezza, a cui si accede non in base alla pericolosità sociale come avviene, invece, nel caso del 41-*bis* o.p. ma per titolo di reato anche diverso da quelli di mafia, di cui ben 196 ancora in attesa di giudizio²⁴.

L'imperativo dunque sembra essere sempre lo stesso: occultare la realtà, costruirne una più rassicurante, in definitiva **non vedere**.

Esattamente l'opposto di quanto auspicava Piero Calamandrei nel testo dal celebre titolo *Bisogna aver visto*, alludendo proprio alla necessità di guardare, per poter meglio conoscere e, dunque, meglio riformare²⁵, la realtà penitenziaria nei suoi aspetti più drammatici e problematici.

Ecco allora che per ridurre lo iato tra ciò che il carcere è e ciò che di esso viene raccontato, per tentare di colmare il *gap* tra la cultura accademica e quella cd. comune, il primo passo potrebbe essere proprio questo: «non voltare il capo, osservare, fissare lo sguardo»²⁶ su quella realtà carceraria per troppo tempo occultata così da conoscerla e poter tentare di riformarla.

Il secondo passo dovrebbe essere quello di ripartire da un **sapere** non più deduttivo ma **induttivo** che abbia come punto di partenza non le norme e i principi generali e astratti, bensì i dati, i fatti, in definitiva la conoscenza del reale, attuando un'opera di **controinformazione** rispetto alla cultura penitenziaria dominante, così da costruire una **nuova mappatura culturale**²⁷.

²³ Sul punto si segnalano a titolo esemplificativo alcuni articoli quali: M. Travaglio, *Meglio dentro*, in *Il Fatto quotidiano*, 20 marzo 2020; P. Davigo, *Carceri, sciopero senza buonsenso*, in *ivi*, 7 gennaio 2021 con contestuale risposta di D. Aliprandi, *Caro Dottor Davigo sul sovraffollamento stia attento alle fake e guardi ai dati veri*, in *Il Dubbio*, 8 gennaio 2021. Sul tema si rimanda altresì alle [dichiarazioni rilasciate da Rita Bernardini ad Adnkronos](#) circa i numeri dei contagi e del sovraffollamento in carcere il 12 dicembre 2020.

²⁴ Sul punto si rimanda a: S. Anastasia, *I “boss” scarcerati non sono 376 ma 3: i veri numeri dello scoop*, in *Il Riformista*, 7 maggio 2020; G. Fiandaca, *Scarcerazione per motivi di salute*, cit.; L. Ferrarella, *Quelle scarcerazioni e la demagogia dei pm per attaccare i giudici*, in *Il Corriere della Sera*, 8 maggio 2020; S. Amato, [Sorvegliare, rivalutare, punire](#), in questa rivista, 21 maggio 2020.

²⁵ G. Fiandaca, *Conoscere per poter meglio riformare*, cit., p. 1. Il testo di Calamandrei è stato parimenti pubblicato in *questa rivista* ed è accessibile [cliccando qui](#).

²⁶ L. Manconi, F. Graziani, *Per il tuo bene*, cit., p. 226.

²⁷ Come auspicato da M. Donini [nel suo intervento](#) durante il webinar *Per un carcere più umano. Due direttori ci raccontano il carcere*, in *Sistema Penale*, 23 gennaio 2021.

Operazioni, quella del vedere e del conoscere sulla base del sapere induttivo, le quali si auspica possano essere avviate proprio dagli accademici, abbandonando la torre d'avorio di soli intenti riformistici e di principi astratti, per poi trasmettere quanto osservato e conosciuto alla società, attraverso la sinergia delle migliori forze intellettuali, associative e, si auspica, politiche.

3. Quale formazione per una nuova cultura penitenziaria?

Altro ambito in cui appare necessario intervenire per colmare il *gap* tra cultura penitenziaria accademica e comune è quello della formazione sulla materia penitenziaria e sull'esecuzione penale: operazione che si auspica possa coinvolgere non soltanto i **"profani" del diritto** ma anche gli stessi **operatori giuridici**, molti dei quali, purtroppo, sono coinvolti nel fenomeno sopra descritto del populismo penale²⁸, nonché coloro che a vario titolo hanno contatti abituali con il mondo carcerario (dagli operatori interni come, ad esempio, gli educatori a quelli esterni, come i volontari).

Partendo dalla possibile formazione dei "non addetti ai lavori", si ritiene di fondamentale importanza riuscire ad avvicinare i più giovani ai temi riguardanti il significato del carcere e la funzione della pena, soprattutto attraverso l'opera informativa e formativa della scuola, la quale potrebbe svolgere un compito prezioso ed insostituibile, tanto più efficace se istituzionalizzato, attraverso accordi tra Ministero della Giustizia e quello dell'Istruzione, dell'Università e della Ricerca.

Parallelamente, bisognerebbe prevedere una specifica preparazione degli insegnanti al riguardo, affinché possano promuovere momenti di riflessione con gli studenti per abbattere barriere e pregiudizi, tanto culturali quanto emotivi.

Si ritiene che solo così procedendo sia possibile permettere ai non esperti in materie giuridiche, fin dagli studenti più giovani, di superare l'immagine del detenuto, inteso unicamente come la personificazione del reato commesso e della condanna che deve scontare, riuscendo così a percepire che oltre quella condotta criminosa esiste sempre una Persona, con una vita personale e una storia.

In quest'opera di formazione anche il mondo accademico e le realtà associative dovrebbero mettere in campo tutte le loro migliori risorse, esercitando un'azione culturale di ampio respiro relegata non ai soliti circuiti accademici o di *élite*, ma coinvolgendo il più possibile la cittadinanza, attraverso adeguate campagne di promozione e di conoscenza, anche con l'utilizzo dei *social network*, con un linguaggio atecnico, apolitico, chiaro ed immediato.

²⁸ Sul punto si segnalano i seguenti contributi: S. Bonini, *Funzione "strumentale" e funzione "simbolica" del diritto penale, fra discorsività "critica" e discorsività "dialogica"*, in *La società punitiva. Populismo, diritto penale simbolico e ruolo del penalista*, in *Diritto penale contemporaneo*, 21 dicembre 2016, pp. 27-32; M. Donini, *Populismo penale e ruolo del giurista*, in *Sistema Penale*, 07 luglio 2020, pp. 2 ss.

Tuttavia, come si accennava, la scarsa conoscenza della materia penitenziaria e dell'esecuzione penale è una realtà che coinvolge anche gli stessi giuristi, spesso anche di alto livello, come capita più volte di constatare tra esponenti della Magistratura²⁹, la quale, tuttavia, per il ruolo che svolge, dovrebbe possederne ben altra consapevolezza.

La formazione del giurista su queste materie di cruciale importanza dovrebbe partire fin dall'Università, nel cui programma sarebbe apprezzabile fossero inseriti come obbligatori gli insegnamenti di Diritto penitenziario e di Diritto dell'esecuzione penale, conferendo loro il peso che i contenuti trattati indubbiamente meritano. Attualmente, invece, esse sono relegate a mere materie facoltative, probabilmente perché non considerate fondamentali per la formazione del giurista e per lo svolgimento delle future professioni legali, in veste sia di avvocati che di magistrati.

Sarebbe altresì auspicabile che si prevedessero corsi di alta formazione o multidisciplinari riguardanti la materia penitenziaria e quella dell'esecuzione penale, rivolti proprio agli operatori della giustizia e che a tali discipline venisse assegnato specifico rilievo nell'esame di abilitazione per l'esercizio della professione forense e nel concorso per magistrato ordinario.

Infine, caratterizzandosi il sistema dell'esecuzione penale dalla complessità, sia delle relazioni che in esso si stabiliscono, sia dei bisogni dei soggetti coinvolti, sia delle richieste sociali affidate, risulta necessario che anche tutte le figure operanti all'interno del carcere (educatori, volontari, funzionari giuridico-pedagogici, operatori penitenziari) acquisiscano una maggiore e più qualificata consapevolezza sul senso costituzionale delle pene, costituendo la guida dell'operare quotidiano.

Governarne l'equilibrio delle diverse istanze di cui l'ambiente carcerario deve farsi carico e della complessità dei soggetti e delle relazioni che si instaurano al suo interno, dovrebbe essere, dunque, l'obiettivo centrale dell'Amministrazione penitenziaria nella individuazione delle professionalità necessarie, nella costruzione dei relativi percorsi formativi e nello stabilire strumenti di valutazione e autocorrezione delle strategie formative messe in campo.

Tale ottica permetterebbe l'interazione positiva di coloro che operano stabilmente all'interno del carcere con altri due settori di professionalità esterne che intervengono, a diverso titolo, nel percorso dell'esecuzione penale: da una parte gli operatori professionali "esterni", quali insegnanti, personale sanitario e psicologi e, dall'altra, il mondo del volontariato, presente per scelta e non per obbligo professionale, ma costituente anch'esso una presenza continua che assorbe gran parte delle attività svolte da un cospicuo numero di detenuti.

²⁹ Per approfondimenti sul tema si rimanda alle seguenti riflessioni: G. Giangregorio, *Il ruolo e la funzione del giudice di sorveglianza nella pratica della sua azione*, in *ADIR – L'altro diritto*, 2008, pp. 2 ss.; *Monitoraggio in ordine all'attuazione della "Risoluzione in ordine a soluzioni organizzative e diffusione di buone prassi in materia di magistratura di sorveglianza"*, adottata dal Consiglio Superiore della Magistratura in data 24 luglio 2013, in *Diritto penale contemporaneo*, 23 gennaio 2014, pp.1 ss.; L. Cesaris, *Quel che resta della riforma penitenziaria*, in *Giurisprudenza Penale*, 2018, pp. 2 ss.

L'interazione necessaria tra queste diverse figure professionali, provenienti da ambiti formativi diversi, è la chiave necessaria per aprire la strada verso un'esecuzione penale che fornisca strumenti per garantire i diritti, che rispetti le differenze e che si coordini verso obiettivi unitari.

In tal senso, in un sistema che deve far leva sulla multidisciplinarietà dell'approccio nella costruzione di percorsi di ritorno consapevole alla vita sociale libera, si richiedono momenti formativi comuni, oggi di fatto quasi del tutto inesistenti³⁰, oltre che la valorizzazione delle diverse professionalità operanti all'interno dell'esecuzione penitenziaria e, soprattutto, un piano di formazione del personale utile e necessario per la diffusione dei principi guida in tema di esecuzione penale e di sostegno al cambiamento³¹.

La continuità della formazione si esprime nella necessità di prevedere interventi che non si limitino al momento dell'assunzione di servizio, ma che continuino in modo specifico a seconda del settore di intervento e della professione svolta durante tutto il periodo lavorativo dell'operatore, tenendo conto dei necessari aggiornamenti tecnici e soprattutto del rapido mutare del contesto dell'esecuzione penale³².

Per gli assistenti sociali e gli educatori, ad esempio, la richiesta di continuità formativa emerge dalla necessità di supportare, anche per mezzo di approcci metodologici innovativi, la costruzione di progetti di intervento collegati alle misure introdotte dalle modifiche normative recentemente intervenute³³, le quali richiedono una diversa e più forte interazione, anche a livello di formazione e di aggiornamento, con gli altri attori del sistema (la Magistratura di cognizione e di sorveglianza, gli altri operatori del sistema giustizia, i servizi sociali e sanitari del territorio, il privato sociale e il volontariato).

L'azione formativa, dunque, si deve fondare sull'adozione di modelli in grado di fornire agli operatori strumenti per adeguarsi a quegli aspetti che concretamente caratterizzano la vita professionale quotidiana dell'addetto, a vario titolo, all'esecuzione penale.

³⁰ Per un approfondimento sul tema, si rimanda a: *Operatori penitenziari e formazione – Tema per gli Stati Generali dell'Esecuzione Penale*, luglio 2015, accessibile [a questo indirizzo](#); *Toscana. Al via percorso formativo per il personale penitenziario*, in *Quotidiano sanità*, 10 maggio 2012; F. Barbieri, *Handle with care: il personale penitenziario e la sua formazione*, in *Ristretti Orizzonti*, 2001, pp. 2 ss.; M.L. Iavarone, *La professionalità educativa in ambito socio-sanitario tra formazione e qualità dell'intervento*, in P. Orefice, V. Sarracino (a cura di), *Nuove questioni di Pedagogia sociale*, Franco Angeli, 2002, p. 145; F. Scarpa, *Programma formativo per gli operatori sanitari del settore carcerario*, Regione Toscana 2012, Azienda Asl Empoli, Agenzia per la formazione, Empoli 2012; P. Valerio, M. Striano, S. Oliverio, *Nessuno escluso. Formazione, inclusione sociale e cittadinanza attiva*, Liguori, 2013; G. Sartarelli, [Riflessioni sulla formazione e sul ruolo dell'educatore penitenziario](#), in *Rassegna penitenziaria*, 1998; M. Brancucci, *La formazione umana in carcere: il ruolo chiave dell'educatore*, in *Rivista Formazione Lavoro Persona*, anno VI, n. 17, 2016, pp. 38-46.

³¹ R. Bezzi, *Il problema della vittimizzazione fa sì che la persona si allontani dalla responsabilità*, in *Ristretti Orizzonti*, marzo-aprile 2020, p. 5.

³² F. Rapanà, *Le parole più antipedagogiche usate per rieducare le persone detenute*, in *Ristretti Orizzonti*, marzo-aprile 2020, p. 43.

³³ Per approfondimenti sul tema si veda [Scheda sui rapporti tra amministrazione penitenziaria e magistratura di sorveglianza](#), luglio 2015.

In definitiva, ciò che si dovrebbe raggiungere è una nuova e maggiore consapevolezza dell'importanza e dell'incidenza della materia penitenziaria che coinvolga tutti i livelli sociali, dalla società intesa in senso ampio ai giuristi e agli operatori dell'esecuzione penale, non essendo ipotizzabile alcun cambiamento della cultura penitenziaria dominante, dunque nessuna riforma, senza un'adeguata e completa conoscenza.

4. Giustizia riparativa: un ponte per il futuro.

L'ultimo ambito, ma non certo per importanza, su cui è doveroso posare lo sguardo se si desidera realmente provare a cambiare il modo di intendere la realtà penitenziaria è quello della **giustizia riparativa**.

La giustizia riparativa rappresenta un paradigma di giustizia culturalmente e metodologicamente autonomo, contenutisticamente nuovo, spendibile in ogni stato e grado del procedimento penale e finalizzato a rinnovare alla radice l'approccio e la risposta al crimine.

Per questi motivi, la sua introduzione nell'ambito dell'esecuzione penale richiede, innanzitutto, da parte degli operatori della giustizia, un "cambiamento di sguardo", che permetta di cogliere appieno la sua portata innovativa.

In tale ottica, è necessario superare la convinzione che la vittima del reato riceva tanto più rispetto e risarcimento morale, quanto più afflittiva sia la pena per l'autore del reato.

L'obiettivo è riuscire a far capire quanto sia importante promuovere un'assunzione di responsabilità del colpevole per il crimine commesso che lo spinga a condotte materialmente e psicologicamente riparatorie nei confronti di chi ha subito il reato.

Il momento "riparativo" viene pertanto ritenuto essenziale anche in vista della restaurazione e ricostruzione del legame sociale interrotto con la commissione del fatto-reato e dunque nella prospettiva del reinserimento sociale del reo³⁴. In tal senso, si può tentare di sostituire, quando sia possibile, al muro di un carcere la proposta di un difficile cammino di rientro per chi, allontanatosi con la sua condotta dalla comunità, voglia e sappia intraprenderlo.

Giacinto Siciliano, nel suo libro *Di cuore e di coraggio*, proprio su questo tema, afferma:

«La strada del perdono non è affatto scontata, non è semplice e per questo molti detenuti non trovano mai il coraggio di chiederlo alle vittime, a coloro alle quali hanno arrecato dei danni. Ma questo non significa che sia una strada impossibile, che non

³⁴ P. Maggio, *Il carcere nell'esperienza di due direttori*, in *Sistema Penale*, 16 febbraio 2021, pp. 7-8.

abbia comunque la sua ragione di esistere, che possa essere una speranza e un modo per rinascere per tutti, per le vittime e per quelli che sono stati i carnefici»³⁵.

A ben vedere, dunque, la sfida aperta è ambiziosa e riguarda la possibilità di modificare radicalmente la cultura giuridica e civica di una società, il modo a cui questa sa rispondere ai reati e le modalità di considerare la dignità sia delle vittime che dei colpevoli.

In tal senso, dunque, accanto alla partecipazione attiva del reo e alla riparazione dell'offesa nella sua dimensione globale, è necessario che le stesse vittime conoscano davvero che cosa sia l'universo carcere e quali siano i percorsi riparativi che si possono mettere in atto. Il coinvolgimento delle vittime e della stessa comunità sociale ampiamente intesa, nel processo di riparazione, è essenziale anche per far maturare l'idea di una nuova "sicurezza" da non ricercare necessariamente nella repressione e nella "logica securitaria".

D'altro canto, la irrinunciabile esigenza di tutelare le vittime dai rischi di vittimizzazione secondaria³⁶ non deve generare un sentimento di "immunizzazione" delle persone offese, e quindi un loro allontanamento dai programmi di giustizia riparativa. Al contrario, con le necessarie cautele e garanzie, le vittime possono trovare proprio nei diversi programmi di giustizia riparativa un luogo per riconquistare la propria dignità, per ritrovare gli spazi di libertà e di vita che sono stati compromessi dal crimine e infine per diventare protagoniste attive e non mere destinatarie di un'azione che ripara.

Tra le modalità attuative del paradigma riparativo che vengono promosse in Italia, anche se in misura ancora ristretta, e che dovrebbero essere sperimentate con maggiore diffusione, vi sono ad esempio gli incontri tra vittime e autori di reati³⁷: si tratta di un

³⁵ G. Siciliano, *Di cuore e di coraggio*, Rizzoli, 2020, pp. 168-169.

³⁶ Generalmente si parla di "vittimizzazione secondaria" quando le vittime di crimini subiscono una seconda "vittimizzazione", ovvero una seconda aggressione da parte delle istituzioni che le rende di nuovo vittime. Questa seconda aggressione può essere operata dalle cosiddette "agenzie di controllo", cioè medici e sanitari, polizia, avvocati e magistratura, le quali possono non credere alla versione della vittima e accusarla di avere provocato l'aggressione. Troppo spesso succede che le vittime diventino tali una seconda volta per effetto dei metodi usati nei loro confronti dalle forze di polizia e degli appartenenti al sistema giudiziario. Come è naturale che sia, il rischio di vittimizzazione secondaria è tanto più elevato quanto più ci si trovi al cospetto di vittime particolarmente deboli, quali ad esempio i minori, i minorati mentali e/o fisici o le vittime dei reati sessuali. In via generale, è rischioso sottovalutare gli effetti della vittimizzazione secondaria in quanto, in alcuni casi, i suoi effetti possono essere addirittura più pregiudizievoli di quelli della vittimizzazione primaria e ciò in quanto, essendo prodotta dal contesto istituzionale stesso, viene a frustrare le aspettative di tutela e assistenza che la vittima di un reato legittimamente vanta nei confronti dello Stato, per antonomasia soggetto deputato a difenderla. Per approfondimenti sul tema si veda R. Mendicino, *La vittimizzazione secondaria*, in *Professione Formazione*, n. 3, settembre 2015; L. Magliaro, *La vittima del reato nel processo penale*, in *Questione Giustizia*, 2019, pp. 106-126.

³⁷ Si richiama sul punto il Progetto Sicomoro che Marcella Reni, presidente dell'Associazione *Prison Fellowship Italia Onlus*, propose di attuare nel carcere di Opera nel 2008. Era il primo carcere in cui questo progetto di giustizia riparativa che prevede l'incontro tra vittime e colpevoli si sarebbe svolto. Gli incontri del progetto furono complessivamente otto, ai quali presero parte sette detenuti dell'alta sicurezza scelti dagli educatori e dal direttore penitenziario, a quell'epoca Giacinto Siciliano. Tra le vittime di reato che parteciparono al progetto, si ricorda Mario Congiusta, diventato simbolo della lotta alla 'ndrangheta nella Locride, il quale aveva perso il figlio Gianluca coraggiosamente ribellatosi ad una richiesta di estorsione rivolta al suo futuro suocero.

momento di condivisione nel quale un gruppo ristretto di vittime (4 o 5 al massimo) esprime a un piccolo gruppo di autori di reato – diversi da coloro che hanno commesso i reati nei loro confronti – gli effetti dannosi o comunque negativi sulla loro esistenza e su quella dei familiari o sulla comunità di appartenenza derivanti dalla commissione di un reato. Le vittime possono così esprimere le sensazioni, le difficoltà, il disagio derivanti dall'esperienza di vittimizzazione e gli autori di reato possono prendere coscienza di tutti i profili di dannosità delle azioni delittuose.

In conclusione, la giustizia riparativa può fare molto nella promozione di una nuova cultura penitenziaria: essa consente di ripensare le logiche che caratterizzano l'esecuzione penale, superando la nozione tradizionale di trattamento, promuovendo da un lato l'idea di un soggetto che partecipa in modo attivo e responsabile alla costruzione del proprio progetto di reinserimento sociale e, dall'altro, l'idea che anche la vittima e la comunità devono essere protagonisti di tale percorso riparativo, avvicinandosi sempre più a tale realtà ed acquisendo una maggiore consapevolezza e apertura mentale nei confronti del mondo penitenziario, in modo da cambiare visione e abbattere le barriere del giudizio³⁸.

La società che offre un'opportunità ed una speranza alle persone che ha giustamente condannato si dà un'opportunità ed una speranza di diventare migliore. Perché, ricordando le parole di Siciliano, «è attraverso una visione diversa dell'uomo, anche di quello che ha sbagliato, che si può arrivare a perdonare»³⁹.

E ancora, sempre Siciliano ci ricorda che lo Stato forte:

«È quello che dà fiducia e ha il coraggio di investire nelle persone, lo Stato forte non è quello che dice sempre no, perché essere chiusi non stimola il cambiamento. Se non c'è cambiamento non ci sarà neppure testimonianza del cambiamento e la gente fuori avrà sempre paura e non avrà motivi per investire, per accogliere, per aiutare a sua volta a completare un percorso»⁴⁰.

L'assunzione di tale consapevolezza può essere il vero ponte per il futuro, al quale bisogna rivolgere lo sguardo con fiducia, senza paure e pregiudizi.

5. Considerazioni conclusive.

Gianluca era stato assassinato con un colpo di pistola alla testa il 24 maggio 2005 e da allora il padre aveva cercato giustizia per il figlio e per tutte le vittime innocenti della mafia. Negli incontri, vittime e colpevoli si confrontarono sui temi del delitto, della responsabilità, della confessione, del pentimento, del perdono, vi fu un momento dedicato alla restituzione per arrivare infine a quello della conciliazione. Come racconta Giacinto Siciliano nel suo libro, «[...] In quel percorso vidi la rigidità delle vittime sciogliersi, le vidi schiudere lentamente uno spiraglio nel proprio dolore, aprirsi al confronto e al dialogo, vidi avvicinarsi gli uni agli altri, nascere forme di solidarietà e di amicizia. Vidi persone rifiorire e rinascere». Si veda G. Siciliano, *Di cuore e di coraggio*, cit., pp. 199-207.

³⁸ M.P. Giuffrida, *La giustizia riparativa ci apre una prospettiva diversa*, in *Ristretti Orizzonti*, marzo-aprile 2020, p. 15.

³⁹ G. Siciliano, *Di cuore e di coraggio*, cit., p. 155.

⁴⁰ *Idem*, p. 45.

Ebbene, attraverso la disamina effettuata, seppure generica, dei luoghi in cui il divario tra le diverse culture penitenziarie che animano il nostro Paese si fa sempre più ampio, riteniamo abbia trovato riscontro quanto prospettato all'inizio di questa riflessione: non è in alcun modo pensabile alcuna riforma seria dell'ordinamento penitenziario del nostro Paese, che vada oltre ad una mera dichiarazione di buoni intenti, se non si agisce preliminarmente sul meccanismo della cultura carceraria, riorientandola e rinnovandola.

Si è mostrato infatti che in tutti gli ambiti analizzati, seppure differenti tra di loro, lo strumento indispensabile per tentare un "cambio di passo" e colmare il divario tra i due diversi modi di intendere il mondo penitenziario è sempre lo stesso: quello della vista e della conoscenza.

Preso allora atto che forse questa strada è percorribile, ci auguriamo ora che si trovi anche il coraggio di intraprenderla, da una parte abbandonando la torre d'avorio dei recinti accademici e avventurandosi nei luoghi descritti, dall'altra, cercando di trascinare più individui possibili in questa nuova rivoluzione culturale, così da poter dire finalmente «abbiamo visto».

Bibliografia.

R. Achilli, *Certezza della pena, funzione rieducativa e recidiva: alcune riflessioni*, in *Ristretti Orizzonti*, 3 settembre 2019

D. Aliprandi, *Caro Dottor Davigo sul sovraffollamento stia attento alle fake e guardi ai dati veri*, in *Il Dubbio*, 8 gennaio 2021

A. Amato, *Sorvegliare, rivalutare, punire*, in *questa rivista*, 21 maggio 2020.

S. Anastasia, *I "boss" scarcerati non sono 376 ma 3: i veri numeri dello scoop*, in *Il Riformista*, 7 maggio 2020

F. Barbieri, *Handle with care: il personale penitenziario e la sua formazione*, in *Ristretti Orizzonti*, 2001

R. Bernardini, [I numeri dei contagi e del sovraffollamento in carcere](#), in *Adnkronos*, 12 dicembre 2020

R. Bezzi, *Il problema della vittimizzazione fa sì che la persona si allontani dalla responsabilità*, in *Ristretti Orizzonti*, marzo-aprile 2020

S. Bonini, *Funzione "strumentale" e funzione "simbolica" del diritto penale, fra discorsività "critica" e discorsività "dialogica"*, in *La società punitiva. Populismo, diritto penale simbolico e ruolo del penalista*, in *Diritto penale contemporaneo*, 21 dicembre 2016, pp. 27-32

M. Brancucci, *La formazione umana in carcere: il ruolo chiave dell'educatore*, in *Rivista Formazione Lavoro Persona*, anno VI, n. 17, 2016

- L. Cesaris, *Quel che resta della riforma penitenziaria*, in *Giurisprudenza Penale*, 2018
- G. Colombo, *Il perdono responsabile. Perché il carcere non serve a nulla*, Ponte delle Grazie, 2020
- P. Davigo, *Carceri, sciopero senza buonsenso*, in *Il Fatto Quotidiano*, 7 gennaio 2021
- M. Donini, [Per un carcere più umano. Due direttori ci raccontano il carcere](#), in *Sistema Penale*, 23 gennaio 2021
- M. Donini, *Populismo penale e ruolo del giurista*, in *Sistema Penale*, 7 luglio 2020
- U. Eco, *Apocalittici e integrati: Comunicazioni di massa e teorie della cultura di massa*, Bompiani, Milano, 2008
- L. Ferrajoli, *Il populismo penale nell'età dei populismi politici*, in *Questione Giustizia*, n. 1, 2019
- L. Ferrarella, *Quelle scarcerazioni e la demagogia dei pm per attaccare i giudici*, in *Il Corriere della Sera*, 8 maggio 2020
- G. Fiandaca, [Conoscere per poter meglio riformare](#), in questa rivista, 10 febbraio 2021
- G. Fiandaca, *Scarcerazione per motivi di salute, lotta alla mafia e opinione pubblica*, in *Sistema Penale*, 19 maggio 2020
- G. Fiandaca, *Populismo politico e giudiziario*, in *Criminalia-Annuario di scienze penalistiche*, Edizioni ETS, 2013, pp. 86-121;
- G. Giangregorio, *Il ruolo e la funzione del giudice di sorveglianza nella pratica della sua azione*, in *ADIR – L'altro diritto*, 2008
- G. Giostra, *Questione carceraria, insicurezza e populismi penali*, in *Questione Giustizia*, n. 4, 2020.
- M.P. Giuffrida, *La giustizia riparativa ci apre una prospettiva diversa*, in *Ristretti Orizzonti*, marzo-aprile 2020
- M.L. Iavarone, *La professionalità educativa in ambito socio-sanitario tra formazione e qualità dell'intervento*, in P. Orefice, V. Sarracino (a cura di), *Nuove questioni di Pedagogia sociale*, Franco Angeli, 2002
- P. Maggio, *Il carcere nell'esperienza di due direttori*, in *Sistema Penale*, 16 febbraio 2021
- L. Magliaro, *La vittima del reato nel processo penale*, in *Questione Giustizia*, ottobre 2019

L. Manconi, F. Graziani, *Per il tuo bene ti mozzero la testa. Contro il giustizialismo moralista*, Einaudi Editore, 2020

D. McDonald, *Masscult e Midcult*, editore Piano B, 2018.

R. Mendicino, *La vittimizzazione secondaria*, in *Professione Formazione*, n. 3, settembre 2015

D. Pulitanò, *Populismi e penale. Sulla attuale situazione spirituale della giustizia penale*, in *Criminalia-Annuario di scienze penalistiche*, Edizioni ETS, 2013, pp. 122-144

F. Rapanà, *Le parole più antipedagogiche usate per rieducare le persone detenute*, in *Ristretti Orizzonti*, marzo-aprile 2020

D. Salas, [Intervento in occasione del XXII Congresso Nazionale di Magistratura Democratica](#), 2 marzo 2019

D. Salas, *La volontà de punir. Essai sur le populisme pénal*, Hachette Littérature, 2005

A.M. Salinas, *Stato di diritto, gioco democratico e populismo circa il legame tra populismo e politica* in *Questione Giustizia*, n. 1, 2019.

G. Sartarelli, *Riflessioni sulla formazione e sul ruolo dell'educatore penitenziario*, in *Rassegna penitenziaria*, 1998

F. Scarpa, *Programma formativo per gli operatori sanitari del settore carcerario*, Agenzia per la formazione, 2012

G. Siciliano, *Di cuore e di coraggio*, Rizzoli, 2020

D. Terlizze, *Persone dietro i numeri. Un'analisi del rapporto tra sistemi penitenziari e recidiva*, in *Questione Giustizia*, n. 3, 2018.

M. Travaglio, *Meglio dentro*, in *Il Fatto Quotidiano*, 20 marzo 2020

P. Valerio, M. Striano, S. Oliverio, *Nessuno escluso. Formazione, inclusione sociale e cittadinanza attiva*, Liguori, 2013

Associazione Civita, *Millennials e cultura nell'era digitale. Consumi e progettualità culturale tra presente e futuro*, Marsilio editore, 2019

Ministero della Giustizia, [Operatori penitenziari e formazione – Tema per gli Stati Generali dell'Esecuzione Penale](#), luglio 2015.

Ministero della Giustizia, [Scheda sui rapporti tra amministrazione penitenziaria e magistratura di sorveglianza](#), luglio 2015.

Risoluzione in ordine a soluzioni organizzative e diffusione di buone prassi in materia di magistratura di sorveglianza, adottata dal Consiglio Superiore della Magistratura in data 24 luglio 2013, in Diritto penale contemporaneo, 23 gennaio 2014.

Riflessione

— Accidenti plastici. Quando la plasticità distruttrice crea nuove identità formali

Plastic accidents. When destructive plasticity creates new formal identities

di Valeria Maggiore

Estratto dal volume [Ontologia dell'accidente. Saggio sulla plasticità distruttrice](#), di C. Malabou, pubblicato da Meltemi Editore, 2019

«Bisogna accettare di introdurre l'alea come categoria nella produzione degli eventi.
Qui ancora si avverte l'assenza di una teoria che permetta
di pensare i rapporti del caso e del pensiero»

M. Foucault, *L'ordine del discorso*

1. Catherine Malabou e la filosofia dell'accidente

«Nella maggior parte dei casi le vite seguono il loro corso come i fiumi»¹.

Con queste parole Catherine Malabou, una delle pensatrici più influenti del dibattito francese contemporaneo, allieva di Jacques Derrida e docente presso l'Université Paris-

¹ C. Malabou, *L'ontologie de l'accident. Essai sur la plasticité destructrice*, Éditions Léo Scheer, Paris 2009, p. 9.

Quest Nanterre e la Kingston University di Londra, apre il saggio *L'ontologie de l'accident* [*L'ontologia dell'accidente*] di cui qui proponiamo la prima traduzione in lingua italiana, inaugurando una nuova riflessione sulla forma vivente e sulle inevitabili trasformazioni che essa subisce nello scorrere del tempo.

Ogni configurazione corporea, sostiene difatti l'autrice, appare come il segno o la piega di una realizzazione continua, di un susseguirsi "logico" e graduale di stati che ci consentono di riaffermare noi stessi nel costante avvicinarsi delle circostanze esterne.

«Col tempo», afferma Malabou, «si diviene finalmente ciò che si è, non si diviene nient'altro che ciò che si è»² perché in una vita che segue il proprio corso ogni istante, ogni attimo rappresenta l'affermazione della personalità del soggetto, quasi la fissazione fisica e psicologica di un'identità che, in fondo, non è mai sconvolta dai piccoli ostacoli quotidiani.

Affascinata dagli enigmi del cambiamento, la filosofia ha tentato fin dai suoi esordi di dirimere la questione metafisica cui la pensatrice francese fa qui riferimento, la questione cioè relativa alla persistenza dell'identità originaria nel mutamento.

Quest'ultima trova forse la sua formulazione più antica nel *paradosso della nave di Teseo*³, la cui soluzione per secoli è stata rintracciata nello schema argomentativo basato sull'opposizione tra essenza (*εἶδος*) e parvenza (*εἶδωλον*), fra sostanza (*οἰκία*) e accidente (*συμβεβηχός*)⁴, schema esposto per la prima volta nel sistema filosofico di Parmenide, codificato da Aristotele e proposto incessantemente nella storia del pensiero. Una questione la cui razionalità si rintraccia ancora in maniera evidente nell'idealismo critico fichtiano, basato sul principio che la costruzione dell'identità personale sia possibile solo grazie all'opposizione di quest'ultima a qualcosa che è esterno a essa e alla conseguente riaffermazione del sé proprio tramite la contrapposizione.

Nella maggior parte dei casi, infatti, gli "accidenti della vita" non fanno che "confermare" il soggetto nel proprio essere e l'esistenza scorre tranquilla come l'acqua di un fiume il cui cammino è già stato tracciato dalla natura. Solo a pochi di noi il caso, il destino o la volontà divina, riserva ben altra sorte. Talvolta, scrive l'autrice, le vite «abbandonano il proprio letto senza alcun motivo geologico, senza che alcun tracciato sotterraneo consenta di spiegare tale inondazione o straripamento»⁵. Può aver luogo un

² *Ibidem*.

³ Si narra che la nave di legno sulla quale viaggiò il mitologico eroe greco Teseo riuscì a resistere al logorio del tempo grazie a un'accorta e costante opera di manutenzione e, soprattutto, grazie alla sostituzione delle parti dello scafo che avevano subito un maggiore deterioramento. La progressiva sostituzione delle assi, delle vele e dei remi danneggiati si traduce però in un enigma: inevitabilmente si arriva, infatti, a un momento in cui la nave, pur mantenendo ancora la sua forma, non può più vantare alcuna delle sue parti originarie. Gli antichi si chiesero quindi: si tratta ancora della stessa nave o abbiamo a che fare con un'imbarcazione del tutto nuova? L'**entità**-nave, che non ha subito variazioni **formali**, ma è stata modificata nella **sostanza**, è ancora la stessa entità? O è un'entità "simile" che somiglia alla prima ma non ha nulla a che fare con essa?

⁴ Il termine «accidente» deriva dal latino *accidente*, participio passato di *accidere* e significa letteralmente «ciò che cade addosso, ciò che sopraggiunge»; in ambito filosofico esso indica comunemente un evento imprevedibile o fortuito i cui esiti sono per lo più infausti e negativi.

⁵ C. Malabou, *L'ontologie de l'accident*, cit., p. 10.

evento che, come direbbe Michel Foucault, esula dall'**ordine del discorso**⁶, un trauma (sia esso un incidente d'auto, un lutto, una situazione particolarmente spiacevole o qualcosa che sembra apparentemente di poco conto) che ha un forte impatto sulla nostra vita e genera un'onda d'urto la cui portata sconvolge la nostra identità: il cammino dell'esistenza allora si biforca, subisce una brusca sterzata, un mutamento inevitabile e allo stesso tempo repentino che determina il sorgere di un nuovo individuo. Un'identità nuova sorta dalla lesione, «un'improvvisazione esistenziale assoluta»⁷ o, come sottolinea Malabou, «una forma nata dall'accidente, nata per accidente, una specie di accidente»⁸.

Se ha luogo un evento di tale portata, i tratti fisici e caratteriali che costituiscono la nostra individualità possono essere scissi, deformati e a volte del tutto riconfigurati, costringendoci a venire a patti con un'identità senza precedenti, che non rappresenta il previsto esito della nostra storia personale, ma la conseguenza di una sfortunata serie di circostanze.

La difficoltà maggiore in cui s'imbatte chi si propone di tracciare l'archeologia di tali catastrofi e che costituisce il punto di partenza delle riflessioni proposte da Catherine Malabou è per l'appunto chiarire se e come sia possibile parlare di un'«ontologia degli eventi fortuiti».

È possibile, infatti, una scienza dell'essere che superi il dualismo aristotelico fra sostanza e accidente e inauguri una nuova metafisica⁹? Possono il fortuito e l'imprevedibile farsi "sostanziali" e contribuire alla costruzione dell'essenza di un ente? O ancora, traducendo la questione in termini squisitamente psicanalitici, è possibile parlare di una "distruzione del sé" quando quest'ultimo sopravvive alla distruzione stessa, quando il sé esiste ancora, seppur sotto mentite spoglie? O la **trasformazione** cede il passo alla **sostituzione**? Come decifrare filosoficamente il cambiamento che "inghiotte" il soggetto nella sua stessa metamorfosi?

⁶ M. Foucault, *L'Ordre du discours*, Éditions Gallimard, Paris, 1971; trad. it. a cura di A. Fontana, *L'ordine del discorso. I meccanismi sociali di controllo e di esclusione della parola*, Torino, Einaudi, 1972, p. 8 ss.

⁷ C. Malabou, *L'ontologie de l'accident*, cit., p. 9.

⁸ *Ibidem*.

⁹ Nell'analisi del concetto di «accidente» svolta nel capitolo 30 del libro V della *Metafisica* (il Libro Δ, tradizionalmente definito il «primo dizionario filosofico della storia») Aristotele afferma che tale termine indica «ciò che appartiene a una cosa e può essere affermato con verità della cosa, ma non sempre né per lo più» (Aristotele, *Introduzione, traduzione e commento della Metafisica di Aristotele. Testo greco a fronte*; trad. it. a cura di G. Reale, Bompiani, Milano, libro V, 1025a 14-16, p. 263): l'accidente è un «attributo non necessario» del soggetto, qualcosa che si verifica senza poter essere ricondotto a una causa determinata, qualcosa che possiamo attribuire a una sostanza pur non essendo direttamente prodotto da essa, bensì da qualcosa di esterno. Al fine di chiarire tale concetto il filosofo di Stagira riporta tre esempi, sui quali soffermeremo brevemente la nostra attenzione. In primo luogo, è "accidentale" l'atto di trovare un tesoro sepolto mentre si scava una fossa per piantare un albero: si tratta, infatti, di un evento casuale poiché il ritrovamento di un tesoro non consegue sempre e necessariamente dall'atto di scavare una buca nel terreno. In secondo luogo, è "accidentale" che un musicista sia bianco: può accadere, ma non sempre, né per lo più. Infine, «è per accidente che uno giunge a Egina, se non è partito con l'intento di giungere in tal luogo, ma se vi è giunto perché spinto dalla tempesta, o preso dai pirati» (ivi, 1025a 26-28): in questo caso l'intenzione originaria del viaggiatore è costretta a mutare per l'intervento di una causa estranea, a dimostrazione che l'accidente segna uno "scarto" nell'intenzione del soggetto. Aristotele nega quindi risolutamente la possibilità di fare scienza di tali accidenti poiché non si può individuare un nesso causale fra questi ultimi e la sostanza: egli riconosce che esiste una causa per tali eventi, ma che si tratta di una causa indeterminata e indeterminabile.

La riflessione condotta da Malabou sul problema della costruzione e della decostruzione dell'identità individuale offre quindi una prospettiva originale sul modo in cui la filosofia occidentale ha tradizionalmente inteso il rapporto fra la forma e l'accidente, fra l'essere e l'accadere. Da questo punto di vista, il breve saggio *L'ontologia dell'accidente* può essere definito come l'epilogo di una lunga introduzione al tema della variazione plastica, *leit motiv* dell'intera narrazione della pensatrice francese ed espressione chiave per comprendere l'intimo nesso fra ontologia ed estetica, fra la scienza dell'essere e quella dell'apparire.

2. La plasticità positiva fra dare e ricevere forma.

Sebbene l'espressione *πλαστική τέχνη* sia di origine greca, il termine "plasticità" da essa derivato fa il suo ingresso nella lingua francese solo nel 1795. L'età è pressappoco la stessa anche per il termine tedesco *Plastizität* che, come segnala il celebre dizionario Brockhaus, è intrinsecamente legato al concetto di forma e, non a caso, compare all'epoca di Johann Wolfgang von Goethe, il padre della morfologia moderna, che contribuì con i suoi scritti morfologici a estenderne l'utilizzo ben al di là della sua regione di origine¹⁰.

Il paese natale della plasticità è, infatti, il dominio dell'arte: con tale termine si indica tradizionalmente l'arte di plasmare e di manipolare una sostanza duttile (sia essa cera, argilla, cartapesta, ecc.) allo scopo di realizzare modelli tridimensionali preparatori a un'opera d'arte o come attività artistica fine a se stessa.

E, in effetti, l'Estetica filosofica si è interessata al concetto di plasticità perlopiù facendo riferimento a tale definizione, fulcro di un testo cardine della riflessione settecentesca, la *Plastik [Plastica]* di Johann Gottfried Herder¹¹. "Plastici" sono però anche detti, in ambito fisico-chimico, quei materiali che, solidi allo stato finale, in determinate fasi della loro fabbricazione si rivelano invece abbastanza duttili da poter essere forgiati sfruttando l'effetto della temperatura o della pressione (come il PVC, la gomma, il laminato o il polivinile). In ambito medico, infine, il termine assume ancora un altro significato, indicando la ricostruzione chirurgica dei tessuti umani, eseguita per motivi terapeutici o puramente estetici.

Nelle sue *Mythologies [Mitologie]* il saggista francese Roland Barthes, riferimento filosofico di Catherine Malabou, analizza la parola "plastica" nel tentativo di comprendere l'intimo nesso che connette fra loro tutti gli aspetti della plasticità sopra elencati e afferma che, più che una sostanza, la plastica rappresenta «l'idea stessa della sua trasformazione infinita; essa è, come il suo nome comune indica, l'ubiquità resa visibile; è [...] traccia del movimento. [...] È, insomma, uno spettacolo da decifrare: lo spettacolo dei suoi risultati»¹².

¹⁰ Per una sintetica analisi del significato etimologico del termine **plasticità** e della sua importanza per l'articolazione del pensiero filosofico della nostra autrice cfr. C. Malabou, *Ouverture: Le Voeu de plasticité*, in Ead. (a cura di), *Plasticité*, Éditions Leo Scheer, Paris 2000, pp. 5-25.

¹¹ J.G. Herder, *Plastik: Einige Wahrnehmungen über Form und Gestalt aus Pygmalions bildendem Traume*, Riga 1778; trad. it. a cura di D. Di Maio, S. Tedesco, *Plastica*, Aesthetica Edizioni, Palermo 2010.

¹² R. Barthes, *La plastique*, in Id., *Mythologies*, Paris, Éditions du Seuil 1957, p. 160. Cfr. anche G. Didi-Huberman che nell'articolo *La Matière Inquiete. (Plasticité, Viscosité, Etrangeté)*, in "Lignes", n. 1, 2000, p. 210 puntualizza il legame fra l'arte e le materie plastiche affermando che «quando noi parliamo di "arti plastiche", supponiamo implicitamente, etimologicamente, che le arti visuali non esistano senza questa plasticità che la materia offre

Tale citazione si rivela interessante ai nostri fini perché focalizza l'attenzione non sul materiale in sé, quanto piuttosto sulla **qualità dell'essere plastico**, la sua **versatilità**, in francese la sua *souplesse*.

La portata filosofica del termine è però forse espressa con chiarezza ancora maggiore da Friedrich Nietzsche che in un passaggio della seconda delle sue *Considerazioni inattuali* definisce la forza plastica come «quella forza di crescere a modo proprio su se stessi, di **trasformare e incorporare cose passate ed estranee, di sanare ferite, di sostituire parti perdute, di riplasmare in sé forme spezzate**»¹³.

Nell'opera intitolata *Que faire de notre cerveau?* [*Cosa fare del nostro cervello?*], pubblicata da Malabou pochi anni prima del saggio da noi qui analizzato e della quale quest'ultimo rappresenta l'ideale continuazione, la pensatrice francese sembra porsi sulla scia del filosofo tedesco. Con un'argomentazione particolarmente stringente, afferma infatti che la plasticità **contraddice esplicitamente la rigidità**. Ne è l'esatto contrario.

Precisamente, e correttamente, designa «[...] la capacità di adattarsi, l'attitudine all'evoluzione. Infatti, in base alla sua etimologia – dal greco *πλάσσειν*, modellare – il termine “plasticità” ha due significati fondamentali: esso descrive allo stesso tempo la capacità di **ricevere una forma** (per esempio l'argilla e la creta sono dette “plastiche” poiché possono essere forgiate secondo l'estro dell'artista) e la capacità di **dare una forma** (come per le arti plastiche e la chirurgia plastica)¹⁴.

Lo storico dell'arte e filosofo francese Georges Didi-Huberman suggerisce a tal proposito che perché si possa avere una forma, in altri termini «perché in generale un'individuazione possa aver luogo, è necessario che una materia possa offrire tale sottile qualità di non essere né troppo secca né troppo liquida, né troppo dura né troppo molle»¹⁵. In questo «paradosso della consistenza»¹⁶, è definito “plastico” tutto ciò che è in grado di subire l'azione di modellamento e, allo stesso tempo, di costituire il motore di tale azione, in un gioco costante fra creazione di novità formali e annientamento delle configurazioni esistenti¹⁷ che renda ragione della capacità di un essere vivente di negoziare con la propria distruzione.

Riferendosi esplicitamente alla plasticità cerebrale, ma portando avanti un discorso che può facilmente essere esteso a ogni ambito della trattazione biologica, Malabou precisa che la plasticità cui tale definizione fa riferimento può essere ulteriormente articolata in tre livelli, distinti ma strettamente interconnessi. Il primo è

all'azione delle forme. “Arti plastiche”, vuol dire plasticità del materiale: ciò significa che la materia non resiste alle forme, che essa è duttile, malleabile, modellabile, curvabile a proprio piacimento. In breve, che essa si offre umilmente alla possibilità di essere aperta, messa in opera, messa in forma».

¹³ F. Nietzsche, *Vom Nutzen und Nachtheil der Historie für das Leben*, 1874; trad. it. a cura di S. Giametta, *Sull'utilità e il danno della storia per la vita. Considerazioni inattuali, II*, in Id., *La nascita della tragedia. Considerazioni inattuali*, I-III. Volume III, tomo I delle Opere di Friedrich Nietzsche, Adelphi, Milano 1972, p. 265.

¹⁴ C. Malabou, *Que faire de notre cerveau?*, Éditions Bayard, Paris 2004; trad. it. a cura di E. Lattavo, *Cosa fare del nostro cervello?*, Armando Editore, Roma 2007, p. 13 (traduzione modificata). Cfr. anche Ead., *La plasticité au soir de l'écriture. Dialectique, Destruction, Déconstruction*, Éditions Leo Scheer, Paris 2005, pp. 25-26.

¹⁵ G. Didi-Huberman, *La Matière Inquiete. (Plasticité, Viscosité, Étrangeté)*, cit., p. 213.

¹⁶ *Ibidem*.

¹⁷ C. Malabou, *La plasticité au soir de l'écriture*, cit., p. 57.

rappresentato dalla cosiddetta **plasticità di sviluppo**, la capacità del nostro cervello di ricevere forma tramite il determinismo genetico e di dare forma a se stesso grazie alla creazione di sempre nuove connessioni sinaptiche, nesi generati dal costante rapporto dell'individuo con la realtà che lo circonda. In secondo luogo, la plasticità può essere definita come una **capacità di modulazione** perché le connessioni sinaptiche sopra menzionate si auto-organizzano nel corso dell'esistenza, modificandosi sulla base delle esperienze vissute dal soggetto¹⁸. Infine, la plasticità può anche essere **riparatrice** (Malabou parla a tal proposito di «plasticità *post* lesionale»), termine con il quale si indica la capacità che si manifesta in tutti quei casi in cui il cervello è in grado di riparare se stesso dopo una lesione di lieve entità.

In tutti e tre i livelli citati abbiamo a che fare con una plasticità **positiva**, che rende ragione del «normale scorrere del fiume della vita» e che ben si armonizza con la tradizionale concezione metafisica della sostanza, substrato che permane inalterato ed è in grado di resistere agli accidenti e di elaborarli.

Che cosa accade però in tutti quei casi in cui la plasticità riparatrice fallisce, in tutti quei casi in cui la vita irrompe con prepotenza e un incidente/accidente arresta la storia dell'individuo per dare inizio a un nuovo corso degli eventi? Possiamo ancora parlare di plasticità nei casi in cui il "fortuito" apre uno squarcio vitale nella nostra esistenza e dà origine a una nuova identità? Che cosa accade quando il fiume è costretto a cambiare di colpo direzione?

3. La potenza distruttrice ed esplosiva della plasticità.

Già nel saggio *Cosa fare del nostro cervello?* Malabou aveva sottolineato la necessità di accostare al concetto **positivo** di plasticità anche un significato **negativo**, demandando a un secondo momento l'approfondimento di tale nozione. È proprio da questa esigenza che, a nostro parere, prende le mosse *L'ontologia dell'incidente*.

«Quest'inclinazione esistenziale e biologica progressiva, che non fa che trasformare il soggetto in se stesso», afferma la pensatrice francese, «non dovrebbe farci dimenticare il potere della deflagrazione plastica di tale identità, potere che trova rifugio sotto la sua apparente levigatezza, come una riserva di dinamite nascosta»¹⁹: un potenziale distruttivo ed esplosivo che è testimoniato dal fatto che, in francese, la dizione *plasticité* (etimologicamente connessa al termine *plasticité*) indica una «bomba plastica», una sostanza a base di nitroglicerina e nitrocellulosa capace di suscitare violente detonazioni, generando la rottura della forma e il suo disfacimento nell'informe.

¹⁸ Nel XX secolo si è scoperto che le cellule neuronali non sono fra loro contigue e che la loro comunicazione avviene per mezzo di una fessura – detta appunto «sinapsi» o «giunzione sinaptica» (dal verbo greco συνάπτειν, traducibile letteralmente in italiano come "connettere") – che consente la comunicazione delle cellule del tessuto nervoso tra loro e con le altre cellule (sensoriali, muscolari, ecc.).

¹⁹ C. Malabou, *L'ontologie de l'accident*, cit., p. 9.

«La forma improvvisamente deviante, deviata, di queste vite è la plasticità esplosiva»²⁰. Una plasticità che non nasce dall'equilibrio fra dare e ricevere forma, ma che agisce come un «atto di terrorismo», un evento improvviso e senza senso che sconvolge la nostra vita disorganizzandola.

Quest'ultima è per noi particolarmente difficile da comprendere e da accettare perché, scrive Malabou, è imprevedibile ma «virtualmente presente [...] in ognuno di noi, suscettibile di manifestarsi, di prendere corpo o di attualizzarsi in qualunque momento»²¹. E tuttavia si tratta pur sempre di una qualche forma di plasticità poiché, stravolgendo la narrazione della nostra stessa identità, essa "configura", dà forma al reale: «Una faccia spaccata è ancora un volto, un moncone è pur sempre una forma, una psiche traumatizzata resta una psiche. La distruzione si avvale delle sue cesoie da scultore»²².

Il significato del termine plasticità è quindi ulteriormente ampliato dalla nostra autrice e, accanto ai tre livelli di significazione indicati nel precedente paragrafo, necessita dell'articolazione di un quarto livello che potremmo definire come **plasticità negativa** o **distruttiva**, una plasticità deflagrante e improvvisa che annienta la forma esistente e che non ha nulla a che fare con la gradualità dello sviluppo psicosomatico che contraddistingue la sua declinazione positiva. Per la precisione essa rappresenta la negazione della prima e della seconda forma di plasticità positiva perché crea uno iato fra ciò che si era e ciò che si è; inoltre, come abbiamo già accennato, rappresenta altresì la negazione della terza forma di plasticità (quella riparatrice) perché presuppone un trauma talmente grande da non potere essere metabolizzato, da non poter essere riparato e integrato nella nostra identità, un trauma che, di conseguenza, insinua l'alterità in noi stessi. Così facendo l'accidente si fa evento della nostra stessa distruzione e dà origine a una strana creatura, «un mostro», scrive Malabou, «del quale nessuna anomalia genetica permette di spiegare l'apparizione. Un essere nuovo viene al mondo una seconda volta, nato da un solco profondo aperto nella sua biografia»²³: è il trionfo dell'epigenesi e **del fantastico**.

Ricordiamo che Malabou aveva affrontato il tema del "fantastico" nell'opera *Le Change Heidegger. Du Fantastique en Philosophie [Il cambiamento Heidegger. Sul fantastico in filosofia]*²⁴, opera fortemente influenzata dalle riflessioni dello scrittore francese Roger Caillois e, in particolare, da un saggio pubblicato da quest'ultimo nel 1965 e intitolato *Au cœur du fantastique [Nel cuore del fantastico]*²⁵. Tale influenza si nota anche ne *L'ontologia dell'accidente* laddove Malabou definisce ciò che si genera dalla lesione come il «totalmente altro» che dimora sempre estraneo all'altro.

²⁰ «Non dimentichiamo che il "plastico" – da cui derivano le espressioni "attentato al plastico", "mettere del plastico" – è una sostanza esplosiva a base di nitroglicerina e di nitrocellulosa in grado di provocare violente detonazioni. Ciò sottolinea il fatto che il concetto di plasticità si trova tra due estremi: da un lato la figura sensibile che riguarda la forma che assume (la scultura o gli oggetti di plastica), dall'altro, la distruzione di ogni forma (l'esplosione)» (Ead., *Cosa fare del nostro cervello?*, cit., p. 14).

²¹ Ead., *L'ontologie de l'accident*, cit., p. 12.

²² Ivi, p. 11.

²³ Ivi, pp. 9-10.

²⁴ Ead., *Le Change Heidegger. Du Fantastique en Philosophie*, Edition Léo Scheer, Paris 2004.

²⁵ R. Caillois, *Au coeur du fantastique*, Éditions Gallimard, Paris 1965; trad. it. a cura di L. Guarino, *Nel cuore del fantastico*, Feltrinelli, Milano 1984.

Per chiarire l'importanza di tale riferimento teorico, è bene innanzitutto puntualizzare che, nel suo saggio, Caillois dà una definizione del fantastico distante da quella del senso comune: "fantastico" non è semplicemente ciò che si allontana dalla riproduzione fotografica del reale, il «soprannaturale meraviglioso» o il «totalmente altro dell'immaginario condiviso» che si rivela impenetrabile alla comprensione (streghe, draghi, folletti e ogni genere di creatura che può trovare spazio nei libri di fiabe); il fantastico è invece inteso dal pensatore francese come l'irriducibile estraneità che sorge in maniera subitanea, incrinando una regolarità che sembra essere ordinata e ben stabilita²⁶. Si tratta di qualcosa di «estraneo nel medesimo» e che proprio per il suo essere ancorato alla realtà quotidiana suscita in noi un sentimento d'insolita inquietudine.

Per marcare tale differenza Caillois distingue, infatti, due tipologie letterarie in cui domina la "fantasia". Da un lato troviamo la **fiaba**, il «fantastico per partito preso», cioè l'invenzione deliberata di un mondo che si affianca a quello reale e in cui vigono leggi diverse da quelle quotidiane. Si tratta del fantastico «eletto a norma» che diventa principio d'ordine di una realtà parallela²⁷. In tale contesto, avverte il pensatore francese, non ha alcun senso parlare di "insolito" perché l'eccezionale costituisce la regola, è presente ovunque. Il fantastico che suscita in noi maggiore riflessione è, invece, quello che emerge «per sussulti» e che si qualifica come quotidiano: non scaturisce cioè da elementi esterni alla vita di tutti i giorni, ma muove da una contraddizione insita nella nostra stessa esistenza e proprio per questo si rivela sublime (nell'accezione kantiana del termine) poiché allo stesso tempo ci emoziona e ci spaventa.

E quest'ultimo modo di intendere il "fantastico" a essere oggetto d'interesse da parte di Malabou: quel totalmente altro che ci modifica dall'interno e che Sigmund Freud, altro riferimento filosofico forte della nostra autrice, aveva denominato in un saggio del 1919 il **perturbante** o l'**inquietante estraneità**²⁸.

«Il perturbante», scrive lo psicanalista, «è quella sorta di spaventoso [*jene Art des Schreckhaften*] che risale a quanto ci è noto da lungo tempo, a ciò che ci è familiare»²⁹.

²⁶ Cfr. *ivi*, p. 152 in cui l'autore definisce il fantastico come la «rottura dell'ordine riconosciuto, l'irruzione dell'inammissibile all'interno dell'inalterabile legalità quotidiana e non sostituzione totale dell'universo reale con un universo esclusivamente prodigioso».

²⁷ Nel saggio intitolato *Obliques*, Caillois chiarisce tale concetto: «il racconto fiabesco si svolge in un mondo in cui l'incanto va da sé ed in cui la magia costituisce la regola. In esso il soprannaturale non è spaventoso, né sconvolgente, costituendo anzi la sostanza stessa del suo universo, della sua legge, della sua atmosfera. [...] Al contrario, nel Fantastico il soprannaturale appare come una vera e propria frattura nella coerenza universale» (R. Caillois, *Obliques*, Éditions Gallimard, Paris 1981, p. 221). Nel saggio *De la féerie à la science fiction*, Caillois è forse ancora più preciso e definisce il fantastico come «ciò che non può accadere e tuttavia si produce, in un punto e in un istante precisi, nel cuore di un universo perfettamente sondato e dal quale si credeva bandito per sempre il mistero. Tutto appare come ogni giorno: tranquillo, banale, senza nulla d'insolito, ed ecco che lentamente si insinua o all'improvviso irrompe l'inammissibile». Cfr. R. Caillois, *De la féerie à la science fiction*, in *Id.* (a cura di), *Fantastique. Soixante récits de terreur*, Club Français du livre, Paris 1958, ora in *Id.*, *Anthologie du fantastique*, Éditions Gallimard, Paris 1966; trad. it. di P. Repetti, *Dalla fiaba alla fantascienza*, Theoria, Roma-Napoli 1985, p. 53.

²⁸ S. Freud, *Das Unheimliche*, in "Imago. Zeitschrift für Anwendung der Psychoanalyse auf die Geisteswissenschaften", vol. 5 (5-6), 1919, pp. 297-324; trad. it. a cura di S. Daniele, *Il perturbante*, in *Id.*, *Opere di Sigmund Freud. Vol. 9 – Opere 1917-1923. L'io e l'Es e altri scritti*, Bollati Boringhieri, Torino 1971, pp. 81-118.

²⁹ *Ivi*, p. 82. Come Freud stesso afferma nel suo scritto, l'aggettivo tedesco *unheimliche* non ha un corrispondente nella lingua italiana; risulta pertanto particolarmente interessante quanto il padre della psicanalisi afferma relativamente ai legami etimologici del termine con altre comuni parole del lessico

«Das Unheimliche» è, difatti, un aggettivo tedesco che Freud utilizza, sostantivandolo, per esprimere in ambito estetico una particolare sfaccettatura del più generico sentimento di paura, il timore misto allo sgomento che si genera in noi quando una cosa, un evento o una persona è avvertito allo stesso tempo come familiare ed estraneo.

Seguendo come un filo tali riferimenti teorici si comprende perché la plasticità distruttrice si qualifichi allo stesso tempo come “fantastica” e “perturbante”: una forma di plasticità che non è mai stata trattata in maniera coerente dal pensiero filosofico, che è stata scorta dalla letteratura fantastica ma mai ricondotta nell’analisi del reale, che è stata oggetto d’interesse dei critici letterari ma poco considerata dalla psicoanalisi e dalla scienza.

4. Articolazione dell’opera.

L’ontologia dell’accidente non può quindi essere considerata un’introduzione al pensiero della nostra autrice, né una sintesi teorica: il breve saggio qui tradotto può invece essere definito una «meditazione esplorativa» sul tema della plasticità distruttrice, una tappa fondamentale del percorso più ampio di revisione delle tradizionali categorie metafisiche.

Di particolare importanza si rivela a tal proposito il primo capitolo, in cui Malabou si sofferma sul concetto di metamorfosi, in un dialogo costante con la mitologia greca e con alcune celebri opere letterarie. Le «bizzarrie»³⁰ narrate dal poeta latino Publio Ovidio Nasone ci consentono, infatti, di mettere in luce i limiti della concezione tradizionale della metamorfosi in quanto, osserva l’autrice, nell’immaginario occidentale essa raramente è stata presentata come «una reale e totale deviazione dell’essere»³¹.

Tale considerazione conduce, ad esempio, a un’intrigante rilettura del mito di Dafne, la ninfa che, per sfuggire alle braccia del dio Apollo, chiese e ottenne dalla dea della terra Gea di esser trasformata in un albero di alloro: nel mito qui citato si realizza solo apparentemente una «totale deviazione dell’essere» perché la metamorfosi è circoscritta al piano “fisiologico” e conduce a una giustapposizione fra il sé originario della ninfa (psicologicamente integro) e la sua nuova identità di albero (alterata nella materia e nella forma)³².

tedesco. «La parola tedesca *unheimlich* [perturbante]», afferma infatti Freud, «è evidentemente l’antitesi di *heimlich* [confortevole, tranquillo, da *Heim*, casa], *heimisch* (patrio, nativo), e quindi familiare, abituale, ed è ovvio dedurre che se qualcosa suscita spavento è proprio perché non è noto e familiare» (*ibidem*). Per tentare di trasmettere al lettore di lingua italiana il sentimento di paura ed estraneità intimamente legato al termine tedesco il critico letterario d’impostazione freudiana Francesco Orlando ha preferito usare nelle sue opere la traduzione **il sinistro** (cfr. ad esempio F. Orlando, *Illuminismo e retorica freudiana*, Einaudi, Torino 1982). Più di recente è, infine, stata proposta la traduzione **spaesamento** (si veda il saggio di G. Berto, *Freud, Heidegger. Lo spaesamento*, Bompiani, Milano 1999).

³⁰ C. Malabou, *L’ontologie de l’accident*, cit., p. 15.

³¹ *Ivi*, p. 15.

³² P. Ovidio Nasone, *Metamorphoseon. Libri XV*; trad. it. a cura di N. Scivoletto, *Metamorfosi*, in *Id.*, *Opere di Publio Ovidio Nasone*, vol. III, UTET, Torino 2000.

Il paradosso dell'«essere se stessi in un corpo differente» è ancora più evidente nelle vicende del povero Gregor Samsa, protagonista della celebre *Die Verwandlung* [*Le Metamorfosi*] di Franz Kafka che subisce una sorte ben peggiore di Dafne e si sveglia una mattina nel corpo di un gigantesco insetto³³.

La scissione cartesiana fra mente e corpo e qui portata alle estreme conseguenze eppure, anche in questo caso, abbiamo a che fare solo con una modificazione esteriore e non con un cambiamento “di natura” dell’essere: Gregor è condannato a rimanere se stesso sotto la dura corazza d’insetto, «ha una voce non bestiale, una voce umana, una voce da scrittore»³⁴, parla, riconosce i propri familiari, racconta la sua vicenda. In entrambi gli esempi la forma esteriore è considerata come qualcosa di indipendente e di slegato dall’essenza del soggetto, «come una pelle, un vestito, un ornamento che possiamo sempre toglierci di dosso senza che l’essenziale sia alterato»³⁵.

I casi clinici descritti da Malabou nell’opera *Les nouveaux: blessés. De Freud a la neurologie: penser les traumatismes contemporains* [*I nuovi feriti. Da Freud alla neurologia. pensare i traumatismi contemporanei*]³⁶ ci parlano, invece, di metamorfosi diverse, più “invasive”: raccontano la storia (finora taciuta dalla riflessione filosofica) di vite distrutte dal dolore, della solitudine di chi soffre di depressione, dell’isolamento affettivo dei malati d’Alzheimer, di persone che nonostante tutto **sopravvivono** alla distruzione della loro identità e che ci impongono di pensare una mutazione diversa, che coinvolga «tanto la forma quanto l’essere, una forma nuova che sia letteralmente forma d’essere»³⁷.

I capitoli successivi possono essere considerati una proposta per «avviare tale ripensamento» e prendono le mosse dall’analisi di quelle opere (letterarie e filosofiche) in cui è possibile rintracciare, seppur in maniera poco chiara e poco cosciente, una prima trattazione del potere esplosivo della plasticità. In particolare, i capitoli tre, quattro e cinque portano avanti un serrato confronto con alcuni esempi letterari, testi che, secondo l’autrice, testimoniano la dicotomia fra la graduale e impercettibile progressione verso la morte che contraddistingue la normale vecchiaia e la trasformazione plastica dovuta a un invecchiamento improvviso e subitaneo del soggetto (tanto a livello fisico quanto intellettuale).

³³ F. Kafka, *Die Verwandlung*, in “Die Weissen Blätter. Eine Monatsschrift”, 1915, n. 10 (ottobre), pp. 1177-1230; trad. it. a cura di R. Paoli, *Le metamorfosi*, in Id., *Franz Kafka. Racconti*, ed. a cura di E. Pocar, Mondadori, Milano 1970, pp. 155-220.

³⁴ C. Malabou, *L’ontologie de l’accident*, cit., p. 22.

³⁵ Ivi, p. 23.

³⁶ Ead., *Les nouveaux blessés. De Freud à la neurologie: penser les traumatismes contemporains*, Éditions Bayard, Jeunesse, Paris 2007. In quest’opera la pensatrice francese evidenzia i limiti della teoria psicoanalitica e le difficoltà che essa incontra nell’affrontare in modo adeguato i nuovi tipi di traumatismo (i traumi di guerra, l’Alzheimer, il disagio psicologico di chi è sopravvissuto a un attacco terroristico, ecc.). Secondo Malabou c’è qualcosa di nuovo in tali traumi che rende necessario un ripensamento filosofico: «La malattia di Alzheimer, come tante altre patologie, non è solamente un’affezione neurodegenerativa», scrive l’autrice, «ma anche un **attentato della psiche**, poiché essa colpisce l’identità del soggetto e sconvolge in particolare la sua economia affettiva. È possibile allora che tali malattie abbiano finalmente portato alla luce un tipo di lesione affettiva che la psicoanalisi non ha mai preso in considerazione? È possibile che si manifestino, **a posteriori**, nuove sofferenze? Che la psicopatologia si confronti con la presenza, inaudita fino ad allora nella sua giurisdizione, di nuovi feriti?» (ivi, p. 12).

³⁷ Ead., *L’ontologie de l’accident*, cit., p. 23.

La scrittrice francese Marguerite Duras è la testimonianza vivente di tale trasformazione: nelle sue opere si descrive «come una “giovane vecchia”, una donna invecchiata troppo presto per accidente, sottomessa alla plasticità distruttrice»³⁸. A soli diciotto anni l'alcol ha trasformato la giovane e graziosa romanziera in una donna dal volto ruvido e magro, incarnazione perfetta e fulminea di quel divenir irricognoscibili a causa della vecchiaia che Marcel Proust aveva descritto in un passo della sua *A la recherche du temps perdu* [Alla ricerca del tempo perduto]³⁹.

Il riferimento a Thomas Mann consente infine a Malabou di cogliere la trasformazione nel suo esempio estremo, la morte inattesa e imprevedibile di uno degli esponenti di spicco della famiglia Buddenbrook, il senatore Thomas, che va incontro al suo destino in maniera del tutto sconvolgente e muore sul ciglio di una strada a causa di semplice (e apparentemente curabile) mal di denti⁴⁰.

I capitoli due e sei tentano, invece, di portare avanti un confronto filosofico, intessendo un dialogo a distanza rispettivamente con le letture proposte da Antonio Damasio e Gilles Deleuze del concetto spinoziano di *conatus* (capitolo due) e con la nozione di **diniego** messa in luce da Freud in alcuni scritti degli anni Venti (capitolo sei). Lo scopo è, ancora una volta, evidenziare il modo in cui i principi cardine della plasticità distruttrice siano stati anticipati da tali pensatori che, a parere di Malabou, non hanno però saputo coglierne la portata rivoluzionaria.

Secondo la nostra autrice, Baruch Spinoza ha infatti avuto un duplice merito: egli ha attribuito un senso nuovo al concetto di forma (inteso nel libro III dell'*Etica* come l'identità indissolubile dell'anima e del corpo), e ha indicato con il termine *conatus* la tendenza di ogni essere vivente a perseverare nel proprio essere e a rispondere in maniera adeguata alle circostanze esteriori⁴¹.

Spinoza aveva inoltre ben chiaro il ruolo giocato in tale processo dalle emozioni e dagli affetti e la neurobiologia odierna, di cui Damasio è illustre rappresentante, mostra la correttezza di tale intuizione: la ragione non può svilupparsi correttamente se non è supportata dagli affetti e la plasticità distruttrice erompe proprio quando la componente

³⁸ Ivi, p. 55.

³⁹ M. Proust, *A la recherche du temps perdu*, Éditions Gallimard, Paris 1954, t. III; trad. it. a cura di G. Raboni, *Alia ricerca del tempo perduto. Vol. IV – Il tempo ritrovato*, Arnoldo Mondadori Editore, Milano 1994.

⁴⁰ Cfr. T. Mann, *Buddenbrooks. Verfall einer Familie*, S. Fischer Verlag, Berlin 1901; trad. fr. a cura di G. Bianquis, *Le Buddenbrook*, Fayard, Paris 1965; trad. it. a cura di S. Bortoli, *I Buddenbrook. Decadenza di una famiglia*, in Id., *Thomas Mann. Romanzi. Vol. I: I Buddenbrook – Altezza Reale*, a cura di L. Crescenzi, H. Detering, Arnoldo Mondadori Editore, Milano 2007.

⁴¹ Cfr. B. Spinoza, *Ethica. Ordine Geometrico demonstrata*, 1677; trad. it. a cura di A. Sangiacomo, *Etica dimostrata secondo l'ordine geometrico*, in Id., *Tutte le opere. Testo latino e nederlandese a fronte*, Bompiani, Milano, 2010. Come Damasio, infatti, evidenzia nella sua rilettura del capolavoro spinoziano, il ruolo del *conatus* «è precisamente quello di assicurare tale unità, di incarnarla nel senso proprio del termine» (C. Malabou, *L'ontologie de l'accident*, cit., p. 31) poiché esso indica la capacità del cervello di perseverare nel proprio essere, di sopravvivere a un trauma fornendo la risposta più adeguata alle affezioni e agli appetiti del corpo. Cfr. a tal proposito A. Damasio, *Looking for Spinoza. Joy, Sorrow and the Feeling of the Brain*, Harcourt, Orlando 2003; trad. it. a cura di I. Blum, *Alla ricerca di Spinoza. Emozioni, sentimenti e cervello*, Adelphi, Milano, 2003 e Id., *The Feeling of What Happens: Body and Emotion in the Making of Consciousness*, Harcourt, Orlando 1999; trad. it. a cura di S. Frediani, *Emozione e coscienza*, Adelphi, Milano, 2000.

emotiva è compromessa a causa di traumi psicologici o lesioni cerebrali, dimostrazione del fatto che «il corpo può morire senza essere morto»⁴². Deleuze aggiunge un altro tassello a tale costruzione teorica, rilevando che la capacità di essere affetti non permane mai inalterata e può addirittura essere inibita, convertendosi nel suo contraltare, l'incapacità totale di provare emozioni (come accade, ad esempio, a chi e sotto choc o a chi soffre di gravi patologie mentali).

Secondo il filosofo francese, ciò testimonia l'«elasticità del *conatus*», termine che Malabou rigetta per la sua imprecisione: il cervello non è **elastico**, sostiene l'autrice, poiché tale aggettivo indica la proprietà che caratterizza i materiali capaci di ritornare alla propria forma iniziale dopo aver subito una deformazione; il cervello è invece **plastico** perché è in grado di resistere anche a una «mutazione distruttrice che non consiste nella trasformazione del corpo in un cadavere, ma nella trasformazione del corpo in un altro corpo all'interno dello stesso corpo»⁴³, una trasformazione che segue un grave trauma e che rende il soggetto incapace di percepire e di comunicare il proprio sentire.

Nell'ultimo capitolo Malabou approda, infine, al problema della **dicibilità** del trauma e si confronta con il tema della **predicazione** degli eventi traumatici. Freud aveva, infatti, intravisto il «lato oscuro» della plasticità analizzando il fenomeno del **diniego** [*Verneinung*], il meccanismo di difesa che spinge il soggetto a rinnegare un evento doloroso, ad allontanarlo da sé, a non interiorizzarlo e metabolizzarlo.

Quando si verifica tale diniego, l'evento accidentale, qualunque sia la sua portata, si qualifica come il momento in cui il soggetto dice «no» alla sua stessa vita, «no» al graduale declino dell'esistenza, «no» alla progressiva e naturale trasformazione del sé attuata dalla plasticità positiva. «Puoi dire no?», si chiede l'autrice. «No a tutto? Rinunciare alla vita? Sì, ciò mi è possibile. Ne consegue che la libertà consiste nella possibilità di dire sì o no. La negazione assoluta è perciò affermativa per principio»⁴⁴ perché, potremmo aggiungere, nel momento in cui contesta il normale scorrere degli eventi essa configura una nuova identità. Negando qualcosa del mio passato, sono io stesso ad affermare un nuovo me.

Freud coglie correttamente l'articolarsi di tale meccanismo, ma lo percepisce come una modalità positiva dell'esistenza, un rifiuto che serve al soggetto per ricominciare a vivere, offrendogli nuove prospettive. Per il padre della psicanalisi «rifiutare di ammettere le proprie resistenze» significa allora «credere che tutto sia ancora possibile»⁴⁵. La plasticità distruttrice, avverte invece Malabou, vieta di scorgere ogni **altra possibilità**: non è connessa al sottaciuto desiderio di trasformare ciò che ha avuto luogo e ci ha intimamente toccati. «Non corrisponde ad alcuna strategia tattica inconscia di apertura, di rifiuto di ciò che è in nome di ciò che potrebbe o avrebbe potuto essere»⁴⁶; è, invece, il diniego che accompagna alcune malattie, come ad esempio l'anosognosia, la patologia cerebrale che affligge chi non riconosce di esser malato.

⁴² Ivi, p. 36.

⁴³ *Ibidem* [modificato].

⁴⁴ Ivi, p. 71.

⁴⁵ Ivi, p. 83.

⁴⁶ *Ibidem*.

Non è una scelta inconscia, ma qualcosa che, ancora una volta, semplicemente accade. Gli scrittori e i filosofi qui citati, pur avendo intravisto le potenzialità della plasticità distruttrice, non hanno quindi, a detta della nostra autrice, saputo pienamente svilupparle: non si sono accorti cioè che nel vivere quotidiano ci troviamo dinanzi «a un principio sistemico chiave: il legame fra formazione e trasformazione. **Tutto ciò che forma trasforma**», in «un circuito ricorsivo ininterrotto» della forma⁴⁷ che coinvolge tanto il nostro essere quanto il nostro apparire e non sempre ha luogo in maniera positiva. Solo prendendo coscienza di tale principio possiamo veramente comprendere perché l'essere vivente è una struttura dinamica, allo stesso tempo preorganizzata e inedita, in grado di integrare libertà e vincolo formale, caso e necessità. Solo assumendoci il rischio di percorrere un nuovo cammino, di ripensare alcuni concetti chiave della metafisica occidentale possiamo comprendere perché, secondo Malabou, «la storia dell'essere forse consiste essa stessa solo di una serie di accidenti che sfigurano pericolosamente, in ogni epoca e senza speranza di ritorno, il significato dell'essere»⁴⁸.

⁴⁷ E. Morin, *La méthode. Tome I – La nature de la nature*, Éditions du Seuil, Paris 1977; trad. it. A cura di G. Bocchi (Parte prima) e A. Serra (Parte seconda e terza), *Il metodo. 1. La natura della natura*, Raffaello Cortina Editore, Milano 2001, p. 131.

⁴⁸ C. Malabou, *L'ontologie de l'accident*, cit., p. 84.

— La giustizia minorile: un sistema davvero incentrato sulla persona

Interazioni tra misure penali ed *extra*-penali¹

The juvenile justice system: a truly person-centred system

Interactions between criminal and extra-criminal measures

di Raffaele Bianchetti

Abstract. Il sistema di giustizia minorile è un sistema peculiare, complesso e fortemente caratterizzato dalla specializzazione dei suoi operatori che pone il soggetto in età evolutiva al centro di ogni ragionamento e che utilizza gli "strumenti" di cui dispone secondo intenti che sono più di prevenzione, tutela e trattamento della persona che di contrasto, limitazione e repressione dei suoi comportamenti devianti e/o criminali. Tra questi strumenti ve ne sono alcuni, impiegati nell'ambito dei procedimenti civili (detti anche amministrativi), che costituiscono una preziosa risorsa per i minorenni in difficoltà, anche quando si tratta di autori e/o vittime di condotte devianti o criminali.

Abstract. The juvenile justice system is a peculiar system, complex and strongly characterized by the specialization of its operators, which places the subject in evolutionary age at the centre of any reasoning and which uses the "tools" at its disposal according to intentions that are more of prevention, protection and treatment of the person than of contrast, limitation and repression of his/her deviant and/or criminal behaviour. Among these tools, there are some, used in civil (also called administrative) proceedings, which are a valuable resource for minors in difficulty, even when they are perpetrators and/or victims of deviant or criminal behaviour.

SOMMARIO: 1. I modelli di giustizia penale, le scienze dell'uomo e gli spazi applicativi della criminologia. – 2. Il sistema di giustizia minorile: una giurisdizione specializzata, promiscua, che opera nel preminente interesse del minore. – 3. Le misure rieducative per i minorenni: presupposti applicativi, distinzione tipologica,

¹ Il presente contributo, ampiamente rivisto e rielaborato, prende spunto dall'intervento effettuato, come relatore, all'evento organizzato e promosso dall'Ordine degli Avvocati di Milano e dalla Scuola forense di Milano in data 14 dicembre 2020 dal titolo «*Minori a rischio: interventi civili e penali della giurisdizione specializzata. La tutela dei minori davanti al tribunale per i minorenni*».

caratteristiche contenutistiche e di durata. – 3.1. Le misure rieducative in relazione al procedimento penale. – 3.2. Le misure rieducative in relazione ai procedimenti civili. – 3.3. Le misure rieducative per le vittime di reato. – 4. Alcune considerazioni conclusive, seppure parziali e provvisorie. – 4.1. Prima considerazione: sull'efficacia dei procedimenti amministrativi. – 4.2. Seconda considerazione: sulla rilevanza numerica dei procedimenti amministrativi. – 4.3. Terza considerazione: sulla legittima natura dei procedimenti amministrativi.

SUMMARY: 1. Criminal justice models, human sciences and the applicative spaces of criminology. – 2. The juvenile justice system: a specialized jurisdiction, promiscuous, operating in the pre-eminent interest of the minor. – 3. Re-educational measures for juveniles: application prerequisites, typological distinction, characteristics of content and duration. – 3.1. Re-educational measures in relation to criminal proceedings. – 3.2. Re-educational measures in relation to civil proceedings. – 3.3. Re-educational measures for crime victims. – 4. Some concluding considerations, albeit partial and provisional. – 4.1. First consideration: on the effectiveness of administrative procedures. – 4.2. Second consideration: on the numerical relevance of administrative procedures. – 4.3. Third consideration: on the legitimate nature of administrative proceedings.

1. I modelli di giustizia penale, le scienze dell'uomo e gli spazi applicativi della criminologia.

Tra i diversi e possibili modelli di giustizia penale ve ne sono alcuni che pongono al centro del proprio discorso la persona, ossia l'essere umano in divenire collocato all'interno di dinamiche relazionali e contesti situazionali, e circondato da sistemi e agenzie di controllo sociale (formali e informali) che ne condizionano, più o meno incisivamente, il comportamento².

Siffatti modelli ricorrono, più di altri, al contributo delle scienze dell'uomo (quali la medicina, la psichiatria, la psicologia, la pedagogia, la sociologia e le discipline neuroscientifiche) al fine di comprendere e, quindi, valutare compiutamente – secondo i fini perseguiti – quale possa essere la “risposta” istituzionale più adatta al caso concreto.

Purtroppo, però, il nostro attuale sistema penale ordinario (quello per gli adulti, per intenderci) esclude tutto questo e concede uno spazio marginale alla persona, poiché è un sistema incentrato quasi esclusivamente sul fatto antigiuridico commesso. Solo nel corso dell'esecuzione penale, e quindi nella fase esecutiva della pena, la persona torna ad avere qualche spazio maggiore, soprattutto alla luce di quanto previsto e disposto dall'odierno ordinamento penitenziario.

Invece, il sistema (penale) minorile riserva al soggetto, e quindi alla persona in età evolutiva, largo spazio ed ampia attenzione, facendo ampio ricorso, nel suo “funzionamento”, all'apporto conoscitivo delle scienze dell'uomo. Tra queste scienze vi è, naturalmente, la criminologia che, oltre ad essere una scienza complessa, empirica ed

² Per una panoramica sui diversi modelli di giustizia v., tra tanti, E. Opocher, voce «Giustizia (filosofia del diritto)», in *Enciclopedia del Diritto*, Vol. XIX, Giuffrè, 1970, pp. 557 ss.; S. Ciappi, A. Coluccia, *Giustizia criminale. Retribuzione, riabilitazione, e riparazione: modelli e strategie di intervento penale a confronto*, FrancoAngeli, 1997; J. Rawls, *Justice as Fairness: A Restatement*, Harvard University Press, 2001; F. Mantovani, *Diritto Penale. Parte generale*, Cedam, 2017, in partic. pp. XXIII-LIV e pp. 23 ss.; G. Mannozi, G.A. Lodigiani, *La giustizia riparativa. Formanti, parole e metodi*, Giappichelli, 2017.

eziologica³, è anche applicativa, poiché viene impiegata, nei limiti consentiti dall'ordinamento giuridico – limiti, purtroppo, piuttosto ristretti⁴ – per intervenire operativamente sui fenomeni criminosi e sugli individui (adulti o minori degli anni diciotto) che con la giustizia, in specie penale, hanno a che fare.

In particolare, è la cosiddetta criminologia clinica – o, per meglio dire, applicata⁵ – che si rivela essere scienza utile al nostro attuale sistema di giustizia penale, imperniato più che altro su modelli retributivi e riabilitativi, perché essa, attraverso lo specialista in criminologia – inteso questo tanto come studioso quanto come operatore munito di peculiari conoscenze ed esperienze professionali⁶ –, interviene in maniera concreta su alcune questioni che il sistema, così come attualmente concepito, pone rispetto al singolo soggetto sottoposto a procedimento giudiziario⁷.

Tra gli ambiti operativi della criminologia applicata rientrano, sicuramente, quello dell'esecuzione penale dei soggetti adulti – come si è detto pocanzi – e quello della giustizia minorile che, nell'attualità, pare essere il più promettente e gratificante⁸.

Del resto, come è risaputo, il sistema di giustizia minorile è un sistema che si differenzia molto da quello ordinario, ossia da quello riservato agli adulti, perché esso pone realmente al centro del proprio discorso il soggetto in età evolutiva, le sue fragilità e le sue risorse, declinando su di esse l'applicazione dei propri speciali istituti giuridici

³ V. in proposito, tra molti, A. Ceretti, *L'orizzonte artificiale. Problemi epistemologici della criminologia*, Cedam, 1992, pp. 36 ss.; G. Forti, *L'immane concretezza. Metamorfosi del crimine e del controllo penale*, Raffaello Cortina Editore, 2000, pp. 191 ss.; G. Ponti, I. Merzagora Betsos, *Compendio di criminologia*, Raffaello Cortina Editore, 2008, pp. 10 ss.

⁴ Siamo lontani, infatti, dagli spazi riservati all'applicazione del sapere criminologico previsti dalla Scuola Positiva del diritto penale. Infatti, come si è detto, laddove in un sistema di giustizia penale impera il paradigma della oggettività, e non vi è spazio per quello della soggettività, la criminologia e le altre scienze dell'uomo sono poste a margine di quel sistema, perché tutto si incentra, quasi esclusivamente, sul fatto reato commesso. Per approfondimenti cfr. ampiamente, in proposito, E. Ferri, *Principi di diritto criminale. Delinquente e delitto nella scienza, nella legislazione e nella giurisprudenza*, UTET, 1928; F. Gramatica, *Principi di difesa sociale*, Cedam, 1961; M. Ancel, *La défense sociale nouvelle: un mouvement de politique criminelle humaniste*, Cujas, 1981; A. Ceretti, *L'orizzonte artificiale*, cit.; E. Calvanese, G. Ponti, *Criminologia clinica e pericia criminológica na Itália*, in *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, 28, 1999, pp. 39 ss.

⁵ Si preferisce usare la dizione "applicata" piuttosto che "clinica" per varie ragioni, tra cui il fatto che l'aggettivazione "clinica" porta a considerare l'atto criminoso come una sorta di malattia che, come tale, può e deve essere curata a livello sanitario.

⁶ Le conoscenze dello specialista in criminologia derivano, oltre che dalla sua specifica preparazione criminologica eventualmente maturata all'interno delle Scuole di specializzazione (oggi, in Italia, non più esistenti), dalle sue ulteriori competenze giuridiche, sociologiche, pedagogiche, psicologiche o psichiatriche acquisite con gli studi universitari, e dalla sua esperienza maturata sul campo, vale a dire nei contatti con i singoli autori o vittime di reato, nella diretta conoscenza della realtà criminale, giudiziaria, penitenziaria e trattamentale.

⁷ Al riguardo, per approfondimenti, v. ampiamente G.B. Traverso (a cura di), *Criminologia e psichiatria forense. Momenti di riflessione dottrinale ed applicativa*, Giuffrè, 1987, in partic. Cap. I; I. Merzagora Betsos, *Il colloquio criminologico. Il momento diagnostico e valutativo in criminologia clinica*, Unicopli, 1987; C. Serra (a cura di), *Nuove proposte di criminologia applicata*, Giuffrè, 2005; A. Balloni, R. Bisi, R. Sette, *Criminologia applicata*, Cedam, 2009.

⁸ Nel sistema di giustizia minorile, infatti, lo specialista in criminologia, oltre a svolgere attività peritali e consulenziali, può esercitare come operatore all'interno di alcune strutture (istituti penali minorili, comunità educative o terapeutiche) o di alcuni servizi della giustizia, oppure ancora può compiere attività giudiziaria, su nomina del Consiglio superiore della magistratura, come giudice onorario presso il tribunale per i minorenni o come consigliere onorario presso le sezioni per i minorenni della corte di appello.

con una libertà operativa ed un'attenzione all'essere umano in divenire che, a dire il vero, il sistema di giustizia penale ordinario, per varie ragioni, poco contempla e poco tollera⁹.

Pertanto, con l'auspicio di poter assistere nel prossimo futuro ad una maggiore attenzione, nell'ambito del sistema penale per gli adulti, agli aspetti inerenti alla persona, intesa questa nel suo complesso ed articolato funzionamento bio-psico-sociale, è intenzione di chi scrive analizzare nel dettaglio alcuni elementi del sistema di giustizia minorile, al fine di rendere evidente, nel caso ce ne fosse ancora bisogno, quanto esso sia ormai un laboratorio "accreditato", ossia un sistema sicuramente sempre perfezionabile, ma già ben funzionante, da cui trarre ispirazione per possibili ed auspicabili interventi di riforma del sistema ordinario¹⁰.

2. Il sistema di giustizia minorile: una giurisdizione specializzata, promiscua, che opera nel preminente interesse del minore.

Come è noto, il sistema di giustizia minorile è un sistema peculiare, complesso e fortemente caratterizzato dalla specializzazione dei suoi operatori (magistrati, avvocati, operatori di polizia giudiziaria, operatori dei servizi sociali) nel quale, ovviamente, non ci si può avventurare ed improvvisare¹¹. Ma, soprattutto, è noto che esso è un sistema "tarato" sul principio del preminente interesse del minore¹².

Infatti, il sistema di giustizia minorile pone il soggetto in età evolutiva al centro di ogni ragionamento ed utilizza gli "strumenti" di cui può disporre secondo intenti che sono più di prevenzione, tutela e trattamento della persona, che di contrasto, limitazione e repressione dei suoi comportamenti devianti e/o criminali¹³.

⁹ La scarsa attenzione del sistema di giustizia penale ordinario per la persona costituisce un profilo oggettivo di particolare riflessione nell'ambito del programma scientifico e culturale di DPU. Nell'intento di superare tale criticità, infatti, la Rivista non solo promuove, sostiene e pratica l'incontro costruttivo, scientificamente fondato, tra il diritto penale e le discipline *extra*-giuridiche, ma tenta anche di "aprire" il mondo della legge penale, ora chiuso asfitticamente su se stesso, al mondo, in rapidissima trasformazione, dell'uomo nella sua dimensione sociale, al fine di favorire la pratica auto-riflessiva e il cambiamento del diritto penale "ordinario".

¹⁰ Cfr., al riguardo, E. Mariani, *Crisi del sistema sanzionatorio e prospettive evolutive. Un'analisi criminologica dalla giustizia penale minorile a quella ordinaria*, Maggioli, 2014.

¹¹ Tale concetto viene ampiamente sviluppato, tra l'altro, all'interno del seguente volume: E. Zappalà (a cura di), *La giurisdizione specializzata nella giustizia minorile*, Giappichelli, 2015. Inoltre, sull'argomento, sia consentito rinviare a R. Bianchetti, *La specializzazione degli organi giudiziari minorili* (commento all'art. 2 d.P.R. 22 settembre 1988, n. 448), in G.F. Basini, C. Bonilini, M. Confortini (a cura di), *Codice di famiglia, minori e soggetti deboli*, Tomo II, UTET, 2014, pp. 4883 ss.

¹² Il *best interest of the child* rappresenta il principio informatore di tutta la normativa a tutela del fanciullo, garantendo che in tutte le decisioni che lo riguardano il giudice debba tenere in considerazione il preminente interesse del minore. Ogni pronuncia giurisdizionale, pertanto, è finalizzata a promuovere il benessere psicofisico del soggetto in età evolutiva e a privilegiare l'assetto di interessi più favorevole a una sua crescita e maturazione equilibrata e sana. Tutti gli strumenti, quindi, devono informarsi al suddetto principio, sancito in maniera formale in tutte le convenzioni e dichiarazioni dedicate al fanciullo. V., ad esempio, la *Convenzione di New York sui diritti del fanciullo*, il cui art. 3, par. 1, disciplina il rilievo del preminente interesse del minore nelle decisioni che lo riguardano; l'art. 24, par. 2, della *Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea* che dichiara: «in tutti gli atti relativi ai bambini [...] l'interesse superiore del bambino deve essere considerato preminente».

¹³ Per approfondimenti v., tra molti, A. Pè, A. Ruggiu (a cura di), *Il giusto processo e la protezione del minore*, FrancoAngeli, 2011, in partic. le parti II e IV del volume.

Inoltre, esso è un sistema in grado di farsi carico dei minorenni a trecentosessanta gradi, giacché la funzione del giudice minorile implica una competenza “promiscua” – vale a dire svolta contestualmente in materia civile e penale – che garantisce, nell’esercizio di ogni singola attribuzione, la completezza dell’intervento nell’interesse del minore: interesse che non può essere parcellizzato, ma che deve essere considerato “a tutto campo”, tanto nelle declinazioni “a tutela” quanto in quelle “educative/rieducative”¹⁴.

Il tribunale per i minorenni, istituito nel nostro Paese con il r.d.l. 20 luglio 1934, n. 1404, si pone pertanto come organo giurisdizionale specializzato, caratterizzato da competenza “promiscua” e da composizione mista, in quanto prevede, accanto ai giudici ordinari, la presenza – numericamente di molto superiore – dei giudici onorari¹⁵, esperti in alcune discipline (come, ad esempio, in psichiatria, psicologia, criminologia e pedagogia) che concorrono a qualificarne lo specifico profilo in tutti gli ambiti di intervento: quello penale, quello civile e quello denominato “amministrativo”.

Quanto alla competenza penale, il tribunale per i minorenni si occupa di tutti i reati commessi dai minori imputabili – cioè da coloro che hanno un’età compresa tra i quattordici ed i diciotto anni – e dispone, oltre che di un codice di rito speciale (il d.P.R. 22 settembre 1988, n. 448 e succ. modif.), anche di istituti giuridici *ad hoc*, che possono essere applicati solo nei loro confronti (ad esempio il perdono giudiziale, ai sensi dell’art. 169 c.p., e la sospensione del processo e messa alla prova, ai sensi degli artt. 28 e 29 d.P.R. 448/1988 e dell’art. 27 d.lgs. 272/1989)¹⁶.

Il tribunale per i minorenni, inoltre, ha competenze civili che si estrinsecano, in estrema sintesi, nella protezione del minore in svariati ambiti: si pensi, ad esempio, alla regolamentazione della responsabilità genitoriale, all’affidamento familiare o all’adozione nazionale ed internazionale del minorenne¹⁷.

¹⁴ Al riguardo, v. art. 2 d.lgs. 28 luglio 1989, n. 272, in tema di «Assegnazione degli affari», là dove si prevede che «nei tribunali per i minorenni l’assegnazione degli affari è disposta in modo da favorire la diretta esperienza di ciascun giudice nelle diverse attribuzioni della funzione giudiziaria minorile».

¹⁵ Al momento, secondo i dati del Consiglio Superiore della Magistratura, i giudici onorari minorili presso i tribunali per i minorenni sono 729 e i consiglieri onorari minorili presso le sezioni specializzate di corte d’appello sono 369, tenuto conto che ogni tribunale può nominare fino a tre magistrati onorari per ogni magistrato ordinario e ogni corte d’appello fino a due per ogni magistrato ordinario (v., ad esempio, l’art. 1, co. 1, della circolare del CSM del 12 luglio 2018 relativa ai criteri per la nomina e conferma dei giudici onorari minorili per il triennio 2020-2022).

¹⁶ Si rammenta che l’istituto della «sospensione del procedimento con messa alla prova dell’imputato» maggiorenni (ex artt. 168 *bis* ss. c.p.) è stato introdotto nel nostro ordinamento giuridico dalla l. 28 aprile 2014, n. 67, ma esso si differenzia dalla sospensione del processo e messa alla prova per i minorenni. Per approfondimenti v., tra molti, E. Mariani, *La sospensione del processo con messa alla prova: finalità, presupposti, contenuti ed esito (commento agli artt. 28 e 29 d.P.R. 22 settembre 1988, n. 448)*, in G.F. Basini, C. Bonilini, M. Confortini (a cura di), *Codice di famiglia, minori*, cit., pp. 4961 ss.; M. Miedico, *Sospensione del processo e messa alla prova anche per i maggiorenni*, in *Diritto penale contemporaneo*, 14 aprile 2014; R. Bartoli, *La “novità” della sospensione del procedimento come messa alla prova*, in *ivi*, 9 dicembre 2015; C. Cesari, *Sospensione del processo con messa alla prova*, in *Enciclopedia del diritto*, Vol. IX, Giuffrè, 2016, pp. 1005 ss.

¹⁷ V., ad esempio, quanto previsto dagli artt. 330, 333, 336 c.c. e dagli artt. 2, 6 e 7 della l. 4 maggio 1983, n. 184.

Infine, come si è detto, il tribunale per i minorenni ha delle competenze denominate amministrative, che si concretizzano, di fatto, nell'impiego delle cosiddette "misure rieducative" destinate ai minorenni i quali, come dice la legge, diano «manifeste prove di irregolarità della condotta e del carattere»¹⁸.

Proprio all'illustrazione di queste misure dedicheremo, quindi, le pagine seguenti.

3. Le misure rieducative per i minorenni: presupposti applicativi, distinzione tipologica, caratteristiche contenutistiche e di durata.

Innanzitutto, va detto che le misure rieducative rappresentano una peculiarità del sistema di giustizia minorile e, per certi aspetti, una grande risorsa perché esse, nel tempo, si sono rivelate strumenti di prevenzione speciale efficaci dinanzi alla messa in atto, da parte dei minorenni, di condotte a rischio (non necessariamente costituenti reato) per sé o per gli altri.

Infatti, le misure rieducative – come a breve avremo modo di esaminare – non sono determinate necessariamente dall'occorrenza di un fatto reato, ma da una preoccupazione complessiva per le condotte e gli stili di vita assunti dal minorenne che – per ragioni che possono essere riconducibili in genere a carenze educative, sofferenze psichiche, traumatismi infantili non superati – esprime agiti fortemente disfunzionali per sé e per gli altri, dando chiara manifestazione dell'esistenza di un disagio e/o di gravi criticità evolutive¹⁹.

Ora, uno degli aspetti più interessanti di queste misure – che si inscrivono all'interno di un procedimento "civile rafforzato" (o amministrativo) di volontaria giurisdizione [perché sono procedimenti *a*) svolti con la partecipazione del pubblico ministero e *b*) che possono comportare, a volte, alcune limitazioni della libertà personale]²⁰ – è lo svolgimento di un'attività istruttoria "allargata ed integrata", che viene generalmente gestita da un giudice onorario con competenze specialistiche e che viene effettuata con il coinvolgimento, oltre che del minore direttamente interessato, dei servizi del territorio e degli esercenti la responsabilità genitoriale. Un'istruttoria finalizzata, più che altro, a far emergere le eventuali aree di criticità e di problematicità del minore e a definire, con lo stesso, le prospettive di intervento socio-educativo o psico-terapeutico più adeguate.

Il monitoraggio e la gestione nel tempo di queste misure consentono poi al giudice onorario di cogliere, con rapidità, i "bisogni" del ragazzo e di intravedere, se vi sono, i segni predittivi delle trasformazioni in atto: questo al fine di modificare o di far cessare le misure rieducative applicate o, come si vedrà in seguito, di agevolare lo sviluppo di programmi di trattamento anche nell'ambito di eventuali vicende civili o penali.

¹⁸ Art. 25, co. 1, r.d.l. 20 luglio 1934, n. 1404 e succ. modif.

¹⁹ A questi aspetti, che di fatto incidono sull'evoluzione della personalità del minorenne, fa riferimento oggi la seconda parte dell'art. 25, co. 1, r.d.l. 20 luglio 1934, n. 1404 e succ. modif., ove si riferisce all'irregolarità del «carattere».

²⁰ Cfr., in proposito, A. Vaccaro, *Il civile rafforzato*, in *Minorigiustizia*, 1, 2008, pp. 81 ss.

Ciò detto, entrando nel dettaglio dell'analisi, esaminiamo, seppure brevemente, quelle che sono le misure rieducative in questione²¹, andando ad osservare quanto contenuto nella Parte III del r.d.l. 20 luglio 1934, n. 1404 e, precisamente, gli artt. 25 e ss. del suddetto testo di legge così come più volte modificato²².

Principiamo, quindi, dall'art. 25 r.d.l. 1404/1934, disciplinante le misure applicabili, nel quale si prevede che quando un minore di anni diciotto dia manifeste prove di irregolarità della condotta o del carattere, ossia metta in atto condotte sintomo di un grave disagio o di profonde criticità evolutive, il procuratore della Repubblica, l'ufficio di servizio sociale minorile, i genitori, il tutore, o gli organismi di educazione, di protezione e di assistenza dell'infanzia e dell'adolescenza, possano riferire i fatti al tribunale per i minorenni, il quale, a mezzo di uno dei suoi componenti all'uopo designato dal presidente, compie approfondite indagini sulla personalità del minore²³.

Prende così avvio – se opportuno sulla base degli esiti di un'indagine psico-sociale previamente richiesta – l'attività istruttoria "allargata ed integrata" di cui si è detto pocanzi, che si avvale anzitutto della collaborazione dei servizi sociali e, nel caso, dei servizi specialistici del territorio. Tale attività è condotta da un giudice delegato – nella prassi quasi sempre un giudice onorario – il quale, mediante la celebrazione di alcune udienze, raccoglie le informazioni necessarie dal minore, dagli esercenti la responsabilità genitoriale, dall'eventuale tutore o curatore, dagli operatori dei servizi coinvolti e, ove eventualmente presente, dall'avvocato che assiste il minore²⁴.

All'esito, acquisito il parere del pubblico ministero, il tribunale delibera in camera di consiglio e dispone o l'archiviazione del procedimento o, con decreto motivato, l'avvio di un programma psico-socio-educativo nell'ambito di una delle seguenti misure:

²¹ Si precisa, per i non esperti del settore, che le misure rieducative sono chiamate, nella prassi, anche "misure amministrative" o, più in generale, "misure civili rafforzate", poiché disposte nell'ambito di un procedimento civile.

²² Il r.d.l. 20 luglio 1934, n. 1404, relativo all'istituzione e funzionamento del tribunale per i minorenni, è stato aggiornato 12 volte, l'ultima delle quali nel corso del 2020 (v. l. 29 luglio 2020, n. 107, che ha disposto, con l'art. 8, co. 1, l'introduzione dell'art. 6 *bis*). Ad ogni modo, per quel che qui interessa, le modifiche più significative della Parte III del testo di legge sono due: 1) quelle apportate dalla l. 25 luglio 1956, n. 888, che hanno ampliato il rispetto delle garanzie relative al giusto procedimento e la gamma degli interventi educativi esperibili nei confronti dei minorenni, intesi questi come soggetti attivi nell'ambito del proprio percorso di crescita e della propria conquista all'autonomia esistenziale; 2) quelle derivanti dal d.P.R. 24 luglio 1977, n. 616, che ha sancito il trasferimento della competenza per l'esecuzione dei provvedimenti civili e amministrativi del tribunale per i minorenni dai servizi dell'allora Ministero di Grazia e Giustizia alle regioni e agli enti locali.

²³ Il raggio di azione della normativa, circa i comportamenti irregolari del minore, va individuato nell'ambito di tutte quelle situazioni di disagio, disadattamento e devianza del minore che rappresentano un serio ostacolo al pieno sviluppo del processo evolutivo del soggetto, pregiudicandone il diritto a vedere tutelati i bisogni centrali per la formazione della sua personalità. A titolo esemplificativo, sulla base di un'analisi casistico-giurisprudenziale, si riportano – non per ordine di prevalenza numerica – alcune problematiche alquanto ricorrenti: abuso di sostanze alcoliche, stupefacenti e psicotrope; disturbi alimentari, del comportamento e della sfera sessuale; forme di addittività da gioco d'azzardo (dal *social gaming* al *gambling*) e da internet; ritiro sociale; abbandono scolastico; fughe da casa; agiti auto-etero aggressivi; atti di prevaricazione verso coetanei; conflitti in ambito familiare; frequentazione costante di gruppi devianti e/o trasgressivi; esercizio della prostituzione.

²⁴ Dal testo di legge si desume che l'assistenza legale non è obbligatoria, ma solo consentita.

- 1) l'affidamento del minore al servizio sociale minorile;
- 2) il collocamento del minore in un'ideale struttura, che potrebbe essere, a seconda delle necessità, anche una comunità educativa o una comunità terapeutica²⁵.

Nel caso in cui venga disposta la prima misura prevista dall'art. 25, co. 1, n. 1 r.d.l. 1404/1934 (vale a dire l'affidamento del minore al servizio sociale minorile), nel decreto dovranno essere indicate, secondo quanto previsto dall'art. 27 dello stesso testo di legge, le prescrizioni che il minore dovrà seguire – che potranno riguardare, a seconda dei casi, la sua istruzione, la preparazione professionale il lavoro, l'utilizzazione del tempo libero, nonché eventuali terapie – oltre alle linee direttive dell'assistenza alle quali egli dovrà essere sottoposto.

Nel caso in cui venga disposto anche l'allontanamento del minore dalla abitazione familiare, il provvedimento dovrà indicare il luogo in cui il minore dovrà vivere e la persona o l'ente che si dovrà prenderà cura del suo mantenimento, della sua salute psico-fisica e della sua educazione.

Le prescrizioni e le direttive incluse nel programma psico-socio-educativo saranno condivise con tutte le persone indicate nel provvedimento e, soprattutto, con il minore, a cui saranno spiegati i motivi di tale decisione²⁶.

I servizi incaricati e, in particolare, l'ente affidatario dovranno controllare la condotta del minore e lo dovranno aiutare nel superare le difficoltà via via riscontrate, mettendosi all'uopo anche in relazione con la sua famiglia e con le altre figure di riferimento che operano nell'ambito dei suoi ambienti di vita.

L'ente affidatario, ma anche gli altri servizi socio-sanitari coinvolti nel procedimento, saranno tenuti a riferire al giudice delegato, con una certa periodicità, in merito all'andamento della misura e a fornire notizie dettagliate:

- 1) sul comportamento del minore, delle persone che con lui interagiscono nell'ambito del progetto e di quelle che si sono prese cura di lui;
- 2) sull'osservanza o meno delle prescrizioni stabilite e delle direttive impartite;
- 3) su quant'altro interessi l'evoluzione del soggetto "affidato".

I servizi potranno avanzare altresì, se del caso, proposte di modifica delle prescrizioni, di trasformazione della misura oppure di cessazione della stessa²⁷.

A tale riguardo, l'art. 29 r.d.l. 1404/1934 stabilisce infatti che le prescrizioni stabilite a norma dell'art. 27 possano essere modificate in ogni tempo e che è sempre facoltà del tribunale trasformare la misura disposta in un'altra, più idonea ai fini della rieducazione e del progressivo reinserimento del minore nella vita sociale.

²⁵ La misura del collocamento in una "casa di rieducazione" o in un "istituto medico-psico-pedagogico", prevista dall'art. 25, co. 1, n. 2 r.d.l. 1404/1934, ha subito negli anni una metamorfosi, tanto che oggi, essendo stati chiusi le case di rieducazione e gli istituti suddetti, vengono impiegate le strutture comunitarie degli enti locali o del privato sociale.

²⁶ Così come avviene nel procedimento penale, anche nei procedimenti civili i provvedimenti del tribunale vengono spiegati, nel limite del possibile, al minore con parole semplici e messaggi fruibili dal destinatario poiché tale attività, oltre che doverosa, è sensata dal punto di vista pedagogico e (ri)educativo.

²⁷ Come di norma, il decreto del tribunale per i minorenni potrà essere reclamato in corte d'appello.

Tale reinserimento, per i minori assoggettati alla misura del collocamento in idonea struttura (ai sensi del citato art. 25, co. 1, n. 2), potrà essere effettuato anche mediante la cosiddetta “licenza di esperimento” (quindi con un periodo di prova in totale “libertà”)²⁸, anche se egli, nel frattempo, resterà comunque affidato al servizio sociale.

Anche la cessazione delle misure rieducative potrà essere ordinata in ogni tempo, allorché il tribunale verifichi:

- 1) che il minore appaia interamente riadattato;
- 2) che le condizioni fisiche o psichiche dello stesso siano tali da rendere inadatta e, quindi, inopportuna ogni tipo di misura.

Ad ogni modo, la cessazione della misura sarà ordinata dal tribunale per i minorenni al compimento del ventesimo anno di età del ragazzo, così come stabilito dall’art. 29, co. 2, r.d.l. 1404/1934²⁹.

Va rilevato, invero, che a seguito della novella introdotta con la l. 8 marzo 1975, n. 39, che ha abbassato il limite della maggiore età precedentemente vigente (da ventuno a diciotto), la misura rieducativa in favore del minorenne termina necessariamente al compimento del diciottesimo anno di età, a meno che il diretto interessato, prima di tale data, avanzi richiesta scritta di essere ancora seguito e sostenuto dai servizi e dal tribunale, potendo continuare ad usufruire fino ai ventuno anni dei «diritti previdenziali, assistenziali e pensionistici» già riconosciuti dalla normativa minorile, in linea con quanto disposto dall’art. 23 della l. 39/1975 testé citata.

Si tratta, in estrema sintesi, di una richiesta di attivazione del cosiddetto “proseguo” amministrativo, istituito rientrando anch’esso nei procedimenti di volontaria giurisdizione, a cui il tribunale per i minorenni – dopo aver acquisito il parere del pubblico ministero, effettuate le dovute valutazioni e verificata l’effettiva disponibilità dei servizi – potrà dare seguito con l’emissione di un nuovo decreto che stabilirà, appunto, il mantenimento dell’affido sulla base di un programma ampiamente condiviso e in grado di dare continuità agli interventi psico-socio-educativi e di cura già avviati in passato³⁰.

²⁸ Il concetto di licenza esperimento si ispira a quanto previsto per gli internati con la licenza finale di esperimento di cui agli artt. 52 e 53 l. 26 luglio 1975, n. 354 e succ. modif.

²⁹ Come si è visto, il testo di legge non indica un limite al di sotto del quale le misure rieducative non possano essere applicate, ma stabilisce unicamente la cessazione delle stesse al compimento del ventesimo anno di età. Ad ogni modo è raro riscontrare l’applicazione di queste misure a ragazze o a ragazzi preadolescenti.

³⁰ Il presupposto del proseguo amministrativo è rappresentato dalla pregressa applicazione di una misura rieducativa sulla base di un provvedimento emesso dal tribunale per i minorenni, ma la prassi applicativa – quanto meno presso l’Ufficio giudiziario di Milano – è quella di riconoscere la possibilità di accesso a tale istituto anche ai minori prima sottoposti a tutela o affidati ai sensi della l. 4 maggio 1983, n. 184. In tal caso, la richiesta di proseguo amministrativo viene avanzata dal minore direttamente interessato tramite il servizio sociale di riferimento o la struttura ove egli risulta collocato; la richiesta, che perviene alla procura della Repubblica presso il tribunale per i minorenni, viene poi inoltrata al tribunale per i minorenni affinché provveda in proposito. Di conseguenza, il proseguo amministrativo può essere applicato anche ai minori stranieri non accompagnati secondo una lettura integrata tra quanto disposto dall’art. 13, co. 2, l. 7 aprile 2017, n. 47, e quanto previsto e disciplinato dagli artt. 25 e ss. del r.d.l. 1404/1934. Per approfondimenti v., al riguardo, C. Cascone, *Audizione su contrasto al bullismo e misure rieducative dei minori in Commissione Giustizia alla Camera dei Deputati*, 24 settembre 2019.

Quest'ultimo provvedimento, come si è detto, produrrà i suoi effetti sino a quando verrà dichiarata, sempre dall'organo che ha emesso il decreto, la sua cessazione: quindi, potenzialmente, fino al compimento del ventunesimo anno di età del diretto interessato³¹.

3.1. Le misure rieducative in relazione al procedimento penale.

Proseguendo con l'analisi degli articoli di legge, vediamo che l'art. 26 del r.d.l. 1404/1934 contempla alcune altre ipotesi di applicazione delle misure rieducative in questione qualora il minore sia sottoposto a procedimento penale.

Infatti, le suddette misure (l'affido all'ente o il collocamento in idonea struttura):

a) possono essere promosse dal pubblico ministero, se è in corso un procedimento penale a carico del minore, quando lo stesso:

1) non può essere o non è assoggettato a misura cautelare personale;
2) è stato prosciolto per difetto di capacità di intendere e di volere (perché infraquattordicenne, o immaturo, o affetto da vizio totale di mente), senza però che sia stata applicata una misura di sicurezza detentiva;

b) devono essere valutate dal tribunale, per l'eventuale applicazione, quando sono stati concessi nei confronti dell'imputato minorenni:

3) il perdono giudiziale (ai sensi dell'art. 169 c.p.); oppure

4) la sospensione condizionale della pena (ai sensi degli artt. 163 e ss. c.p.).

Queste ipotesi applicative rendono immediatamente evidente un primo spazio di interazione tra misure penali ed *extra*-penali all'interno del sistema di giustizia minorile e, quindi, tra strumenti aventi natura e finalità diverse, di cui tutti gli operatori – nell'alveo dei compiti, ruoli e funzioni svolti nei diversi ambiti – possono "avvalersi" per perseguire lo scopo unico e condiviso: tutelare, educare e sostenere il soggetto in età evolutiva.

Non è insolito, almeno per ciò che concerne la prassi di alcuni tribunali, che procedimenti penali e procedimenti amministrativi nei confronti dello stesso minore vengano avviati a breve distanza l'uno dall'altro, anche quando siano stati commessi reati di notevole gravità (ad esempio, omicidi, lesioni aggravate, risse, violenze sessuali, spaccio di sostanze stupefacenti).

Di solito, i due procedimenti giudiziari, pur venendo avviati in tempi ravvicinati (il penale con lo svolgimento delle sue attività di indagine e con gli accertamenti sulla personalità del minore, ai sensi dell'art. 9 d.P.R. 448/1988, e l'amministrativo con le sue attività istruttorie allargate ed integrate), si sviluppano secondo tempistiche diverse,

³¹ In continuità con tali previsioni, l'art. 30 r.d.l. 1404/1934 prevede che i soggetti «già rieducati» che non possono essere adeguatamente assistiti dalla propria famiglia, da altre persone o da istituti idonei a ciò destinati devono essere collocati all'interno di appositi servizi residenziali, che dovranno organizzarsi in modo tale da favorire in via principale l'inserimento lavorativo del minore/giovane adulto. Per favorire sempre l'integrazione sociale di tali soggetti, le autorità di pubblica sicurezza hanno dei limiti nell'indicare, fra i precedenti personali, l'avvenuta applicazione di misure rieducative, soprattutto quando queste sono state dichiarate cessate (v. l'art. 29 r.d.l. 1404/1934).

mettendo però a disposizione reciproca informazioni, indicazioni ed opportunità “trattamentali” utili al minore e agli operatori attivi nell’ambito di entrambi i procedimenti.

Vi sono situazioni – tipicamente quelle di minori processati “a piede libero” – nelle quali il procedimento amministrativo è più celere nella sua progressione e giunge prima a definizione (perché il progetto psico-socio-educativo viene più velocemente “confezionato”, o perché il decreto del tribunale risulta essere più tempestivo, o perché la misura rieducativa è immediatamente applicata, etc.), mentre il procedimento penale necessita di maggiore tempo per essere portato alla celebrazione dell’udienza preliminare (dove, di fatto, viene definito il maggior numero di procedimenti penali a carico di imputati minorenni).

In tal caso l’acquisizione in visione degli atti del procedimento amministrativo fornisce importanti ragguagli sulla personalità del minorenne e sul processo maturativo ed auto-regolativo, andando così ad arricchire gli elementi oggettivi e concreti su cui avanzare, in sede penale, eventuali proposte o richieste (quali l’avvio di un progetto di messa alla prova o l’applicazione del beneficio del perdono giudiziale) e fondare le decisioni del collegio giudicante.

Vi sono, d’altra parte, situazioni nelle quali avviene esattamente l’inverso, con il procedimento amministrativo che si “accoda” al procedimento penale, traendo da quest’ultimo le indicazioni fondamentali su cui fondare il proprio progetto psico-socio-educativo. Sono i casi nei quali ci si rende conto della necessità che il minore, a conclusione della propria vicenda penale, sia ulteriormente seguito dai servizi sociali e sanitari, perché egli risulta ancora fragile, vulnerabile e poco autonomo sul piano esistenziale.

Pensiamo, per citare alcune situazioni che si riscontrano nella prassi, a quelle in cui il minore viene prosciolto perché infraquattordicenne, oppure a quelle in cui il soggetto viene dichiarato non imputabile ai sensi dell’art. 98 c.p., oppure ancora a quelle in cui viene concesso il perdono giudiziale. Ma pensiamo, soprattutto – come l’evidenza empirica dimostra – alle situazioni nelle quali la messa alla prova si conclude positivamente, e quindi estingue il reato, ma il ragazzo o la ragazza necessita ancora, per sua stessa ammissione e richiesta, di essere seguito/a, aiutato/a e sostenuto/a nel suo percorso maturativo (ci si riferisce, emblematicamente, a situazioni riguardanti minori stranieri non accompagnati, a ragazzi e ragazze che hanno preso le distanze dalle organizzazioni criminali di appartenenza oppure ancora dalle proprie famiglie maltrattanti).

3.2. Le misure rieducative in relazione ai procedimenti civili.

L’analisi della normativa inerente alle misure rieducative per i minorenni rivela poi ulteriori ambiti applicativi delle misure in parola ed altri spazi di interazione tra procedimenti e strumenti *extra*-penali.

L’ultimo comma dell’art. 26 del r.d.l. 1404/1934, infatti, prevede che la misura di cui all’art. 25 possa altresì essere disposta quando il minore si trovi nella condizione

prevista dall'art. 333 c.c., vale a dire quando è stata rilevata l'esistenza di una condotta per lui pregiudizievole da parte di uno o di entrambi i genitori³².

Ebbene, questo è un esempio tipico di interazione tra strumenti di intervento *extra*-penali che agiscono su livelli diversi, a dimostrazione ancora del fatto che:

- 1) il sistema di giustizia minorile non funziona per compartimenti stagni ma, al contrario, per compartimenti "comunicanti";
- 2) il sistema di giustizia minorile non è rigido, ma elastico, flessibile ed adattabile – pur sempre nei limiti di legge consentiti – perché incentrato sul preminente interesse del minore e, quindi, su un concetto complesso e integrato di essere umano in divenire all'interno della società.

Di conseguenza, operare in quest'ambito implica necessariamente molta preparazione ed un'ampia competenza perché, per ben agire, occorre comprendere a fondo il funzionamento dell'intero sistema di giustizia minorile, anche per impiegare al meglio ed in modo efficace l'"armamentario" che l'ordinamento giuridico mette effettivamente a disposizione.

3.3. Le misure rieducative per le vittime di reato.

Da ultimo, i procedimenti amministrativi possono essere attivati anche nei confronti di alcune vittime di reato, come quelle indicate all'art. 25 *bis* r.d.l. 1404/1934³³, e segnatamente in due casi:

- 1) quando si abbia notizia che un minore degli anni diciotto esercita la prostituzione;
- 2) quando un minore degli anni diciotto straniero, privo di assistenza in Italia, sia vittima di uno dei delitti di cui agli articoli 600 *bis* (prostituzione minorile), 600 *ter* (pornografia minorile) e 601, co. 2 (tratta di persone) del codice penale.

³² Per completezza si riporta di seguito il testo dell'art. 333 c.c. in tema di «*Condotta del genitore pregiudizievole ai figli*»: «Quando la condotta di uno o di entrambi i genitori non è tale da dare luogo alla pronuncia di decadenza prevista dall'articolo 330, ma appare comunque pregiudizievole al figlio, il giudice, secondo le circostanze, può adottare i provvedimenti convenienti e può anche disporre l'allontanamento di lui dalla residenza familiare ovvero l'allontanamento del genitore o convivente che maltratta o abusa del minore. Tali provvedimenti sono revocabili in qualsiasi momento».

³³ Si rammenta che è stata la l. 3 agosto 1998, n. 269 (*Norme contro lo sfruttamento della prostituzione, della pornografia, del turismo sessuale in danno di minori, quali nuove forme di riduzione in schiavitù*), che ha disposto, con l'art. 2, co. 2, l'introduzione dell'art. 25 *bis*, intitolato «Minori che esercitano la prostituzione o vittime di reati a carattere sessuale». Tale norma, di fatto, ha carattere prevalente sulla più generale ipotesi dell'art. 25 r.d.l. 1404/1934 in quanto sottrae alla discrezionalità l'intervento nei confronti del minore nelle ipotesi considerate, stabilendo un dovere funzionale di denuncia e un obbligo di adozione di provvedimenti utili al caso di specie. Di fatto, la norma impone al pubblico ufficiale o all'incaricato di pubblico servizio che abbia notizia dell'esercizio della prostituzione da parte di un minore, l'obbligo di darne immediato avviso alla procura della Repubblica presso il tribunale per i minorenni che, a sua volta, attiverà il tribunale che, in casi di urgenza, potrà procedere anche di ufficio. Tale prevalenza sussiste anche per i minori stranieri privi di assistenza in Italia che risultino essere vittima di alcuni specifici reati.

Nel primo caso la notizia viene trasmessa alla procura della Repubblica presso il tribunale per i minorenni, che promuove i procedimenti per la tutela del minore e propone eventualmente la nomina di un curatore³⁴; il tribunale, a sua volta, adotta i provvedimenti utili all'assistenza, al recupero e al reinserimento del minore, provvedendo d'ufficio in casi di urgenza.

Nel secondo caso, il tribunale per i minorenni adotta sempre in via di urgenza le misure testé citate e, prima di confermare i provvedimenti adottati nell'interesse del minore, prende gli opportuni accordi con le autorità dello Stato di origine o di appartenenza.

Ora, senza addentrarsi nei dettagli di questa disposizione, quel che è importante rilevare è il fatto che le misure rieducative a tutela del minore di cui stiamo parlando possono essere attivate anche nei confronti delle vittime di reato e questo, oltre a dimostrare per l'ennesima volta come il sistema di giustizia minorile viaggi contemporaneamente lungo i binari del penale, del civile e dell'amministrativo, conferma come e quanto questo sistema – profondamente diverso da quello ordinario di giustizia – si occupi essenzialmente della persona (cioè del soggetto in età evolutiva), più che del fatto reato commesso, attivandosi persino nei confronti di chi è vittima di reato.

Non è così infrequente, infatti, che si venga a sapere che un imputato minore o un soggetto sottoposto a misure rieducative per la messa in atto di comportamenti a rischio o devianti, sia stato, a sua volta, vittima di reato o di più reati e che, per questi motivi, debbano impiegarsi in contemporanea strumenti diversi con finalità diverse. Pensiamo, ad esempio, sempre sulla base della osservazione empirica, ad alcuni casi che giungono all'attenzione del tribunale a) per agiti auto o etero aggressivi da parte di minori all'interno delle mura domestiche, oppure b) per denunce da parte dei genitori nei confronti del proprio figlio per atti di violenza sessuale perpetrati nei confronti del fratello o della sorella, oppure ancora c) per maltrattamenti in famiglia, dove il figlio con i propri comportamenti "tiene in scacco" i genitori. Casi, per certi versi emblematici, di violenza filio-parentale (*parental abuse*), fenomeno ancora poco conosciuto ed indagato nel nostro Paese³⁵, che si concretizza, di fatto, quando gli agiti aggressivi, violenti, prevaricatori e predatori vengono commessi da figli (naturali o adottivi) a danno di altri componenti del nucleo familiare.

Ebbene, in alcuni casi come questi, quando si inizia a fare luce in sede di istruttoria sulla reale situazione socio-familiare del minore, ci si rende conto – sempre più spesso – che i fatti commessi dal minore, quelli per cui è stato aperto un procedimento amministrativo o un procedimento penale, non sono altro che reati-sintomo di un disagio sottostante, di abusi a sua volta subiti o di maltrattamenti visti e vissuti nel corso degli anni da parte del ragazzo all'interno del proprio nucleo familiare.

³⁴ Sul punto, per approfondimenti, v., tra molti, G.O. Cesaro, *Il curatore speciale e la protezione dei best interests of the child: la tecnica del bilanciamento*, in *Famiglia e diritto*, 8-9, 2020, pp. 871 ss.

³⁵ Tra i principali volumi presenti in Italia si ricorda quello di M. Coletti, F. Di Lernia, R. Pereira (a cura di), *Tra segreto e vergogna. La violenza filio-parentale*, Bordeaux Ed., 2019. Si segnala che presso il Tribunale per i minorenni di Milano è attualmente in corso un'indagine criminologica su questo fenomeno.

Di conseguenza, chi intende ben operare in tale settore è, per forza di cose, chiamato a prestare attenzione, oltre agli atti processuali, alla persona e ad ascoltare e a cogliere ciò che essa esprime con le proprie parole, i propri gesti, i propri atteggiamenti e i propri comportamenti. Del resto, la conoscenza del fenomeno è fondamentale per la sua gestione o per il suo trattamento, e la piena conoscenza degli strumenti di cui si può disporre e di come essi possono essere impiegati è un'inestimabile risorsa per poter fornire, con sensatezza e responsabilità (sociale, più che giuridica), risposte adulte adeguate ed effettivamente efficaci ai bisogni del minore.

4. Alcune considerazioni conclusive, seppure parziali e provvisorie.

Alla luce di quanto emerso, e del fatto che, come si è visto, i procedimenti amministrativi rappresentano una sorta di "cerniera" tra il penale e il civile nell'ambito di un sistema di giustizia incentrato sulla persona – un sistema, si ribadisce, che intende assicurare con tutti gli strumenti di cui dispone la continuità degli interventi per il preminente interesse del minore –, tre – almeno – sono le considerazioni conclusive che possono essere formulate, sebbene queste siano naturalmente e inevitabilmente parziali e provvisorie.

4.1. Prima considerazione: sull'efficacia dei procedimenti amministrativi.

I procedimenti amministrativi, da soli o congiunti ai procedimenti penali, non possono che considerarsi, dopo quanto abbiamo analizzato, quali:

- 1) efficaci "finestre" sullo stile di vita del minore, sul suo modo di relazionarsi con gli altri, sulle sue risorse e sulle sue fragilità, anche di natura familiare;
- 2) efficaci strumenti di intervento educativo e preventivo.

4.2. Seconda considerazione: sulla rilevanza numerica dei procedimenti amministrativi.

I procedimenti amministrativi e le misure rieducative all'interno del sistema di giustizia minorile non sono così sporadici come si potrebbe pensare.

Infatti, benché solo alcuni uffici giudiziari minorili del nostro Paese impieghino tali procedimenti ed applichino tali misure, essi generano una mole di "affari" non indifferente³⁶.

³⁶ Secondo i dati Istat disponibili, ricavabili dalle statistiche giudiziarie civili, il numero di procedimenti amministrativi minorili in Italia, nell'ultimo decennio, ha raggiunto valori massimi assoluti che si aggirano attorno alle 2.100 unità (come procedimenti "sopravvenuti") e alle 3.900 unità (come procedimenti "pendenti"). Tra gli studi statistici più rilevanti e approfonditi in proposito si segnala quello della Fondazione Zancan (a cura di), *Giovani irregolari tra marginalità e devianza*, in *Quaderni della difesa civica*, 6, 2010. Ad ogni modo, nel corso degli anni si è assistito ad una graduale desuetudine nell'applicazione delle misure rieducative, soprattutto in alcune aree del territorio nazionale (C. Cascone, *Audizione su contrasto al bullismo e misure rieducative*, cit.), sicché non sono molti gli uffici giudiziari minorili che oggi le impiegano. Tra questi uffici, oltre al Tribunale per i minorenni di Milano, vi sono, per quanto è noto allo scrivente, i Tribunali di Napoli, Firenze, Bologna, Brescia, Roma, Palermo e Catanzaro.

Ad esempio, presso il Tribunale per i minorenni di Milano, il numero di procedimenti aperti ogni anno è superiore alle 600 unità³⁷.

Nel dettaglio, 643 nel 2018, 813 nel 2019 e 686 nel 2020 (v. Tabella 1)³⁸.

Tabella 1: Procedimenti amministrativi aperti (2018-2020)

| ANNO (1 gennaio-31 dicembre) | TOTALE |
|---------------------------------|--------|
| 2018 | 643 |
| 2019 | 813 |
| 2020 | 686 |

Fonte: Cancelleria civile del Tribunale per i minorenni di Milano

Di questi, circa l'80% viene aperto su segnalazione dei servizi. Il rimanente 20% è suddiviso tra a) procedimenti aperti su richiesta dei genitori, spesso per il tramite di un avvocato e b) procedimenti aperti su richiesta del PM.

A questi numeri, che già sono elevati, vanno sommati poi quelli relativi ai fascicoli, e quindi ai procedimenti, già aperti negli anni precedenti che, ad eccezione di quelli che vengono chiusi per archiviazione o per cessazione, sono la maggior parte: ossia alcune migliaia³⁹.

4.3. Terza considerazione: sulla legittima natura dei procedimenti amministrativi.

Come abbiamo visto più volte, nel corso della presente disamina, i procedimenti amministrativi e, soprattutto, le misure da essi contemplate, hanno una spiccata carica ri-educativa.

Di conseguenza, eventuali dubbi o perplessità sulla loro natura, finalità o legittimità costituzionale possono ritenersi ampiamente superati.

Non a caso, tutte le questioni di legittimità costituzionale sino ad ora sollevate sono state superate, in quanto è stato ribadito, in più occasioni, il loro significato protettivo e il loro scopo propriamente educativo⁴⁰.

³⁷ I dati sono stati gentilmente forniti dalla Cancelleria civile del Tribunale per i minorenni di Milano.

³⁸ L'incremento numerico del 2019 è dovuto al fatto che dal 2018, vale a dire da quando si sono prodotti gli effetti dell'art. 13, co. 2, l. 47/2017 concernente «Disposizioni in materia di misure di protezione dei minori stranieri non accompagnati» (cosiddetta Legge Zampa), il tribunale per i minorenni è divenuto competente per quanto riguarda i procedimenti amministrativi nei loro confronti, soprattutto per quel che concerne la loro gestione e tutela sino al compimento del ventunesimo anno di età (v., *supra*, nota 30).

³⁹ A titolo indicativo: nel 2018 sono stati esauriti 739 procedimenti civili, nel 2019 591 e nel 2020 724. Trattasi, ovviamente, di procedimenti che possono essere stati avviati anche negli anni precedenti a quelli sopra indicati. Quanto al volume dei procedimenti "attivi", ossia in carico ai giudici del Tribunale per i minorenni di Milano, questi sono al momento 1.961 (dati aggiornati al 4 febbraio 2021).

⁴⁰ Lo stesso Procuratore della Repubblica presso il Tribunale per i minorenni di Milano ha di recente ricordato che: «La legittimità costituzionale delle misure amministrative si fonda [...] sul valore del loro contenuto educativo e sul principio secondo cui la difesa sociale si attua principalmente attraverso

Inoltre, queste misure non possono e non devono essere intese come strumenti di difesa sociale⁴¹, ma come forme di ausilio finalizzato a fornire un aiuto ai minorenni, quali soggetti fragili, per il superamento di situazioni soggettive di criticità, di disadattamento e di rischio che rendono tali individui autori e/o vittime di condotte devianti o criminali⁴².

In definitiva, tali misure costituiscono una risorsa ed un'opportunità⁴³.

Tra i tanti istituti che il sistema ordinario potrebbe mutuare dal sistema minorile – qualora davvero vi fosse una reale intenzione di creare un sistema per gli adulti che riporti al centro del discorso la persona e si riveli, così, più mite e, probabilmente, anche più efficace⁴⁴ – si potrebbe pensare anche ad un adattamento di queste misure rieducative ai soggetti di maggiore età, per garantire, o perlomeno favorire, un'adequata ed integrata convivenza sociale degli stessi⁴⁵.

Bibliografia.

l'integrazione dei soggetti che, per diverse cause, sono estraniati dalla società» (C. Cascone, *Audizione su contrasto al bullismo e misure rieducative*, cit.).

⁴¹ Le misure rieducative amministrative per i minorenni non possono in alcun modo essere equiparate alle misure di sicurezza disposte in ragione della ritenuta pericolosità sociale di un soggetto, essendone del tutto differenti le finalità, l'ambito di applicazione, la procedura esecutiva e la disciplina normativa (v. E. Palermo Fabris, *La prevenzione precedente e successiva ad un reato nel sistema minorile: le misure di sicurezza e le misure amministrative*, in *Minorigiustizia*, 1, 2013, pp. 36 ss.). Con la stessa determinazione, deve riconoscersi che le misure rieducative minorili non sono assimilabili né formalmente né sostanzialmente alle misure di prevenzione personali, indirizzate queste ultime a limitare le prerogative di alcuni soggetti in considerazione del pericolo che può derivare dall'assenza di vincoli e controlli. Si ricordi che la Corte di Cassazione, Sez. I, il 9 maggio 1974 (CED126907), ha ravvisato che fra le misure di prevenzione e le misure rieducative sussiste un rapporto di specialità, con la conseguenza che le seconde sono legittimamente applicabili ai minorenni in quanto misure che oltre alla funzione preventiva svolgono e perseguono quella (ri)educativa. In tema di misure di prevenzione per i minorenni v., per approfondimenti, E. Mariani, *Prevenire è meglio che punire. Le misure di prevenzioni personali tra accertamento della pericolosità e bilanciamento di interessi*, Giuffrè, 2021, pp. 137 ss.; sul tema delle misure prevenzione in generale v., quanto all'inquadramento storico e sistematico, F. Basile, *Manuale delle misure di prevenzione. Profili sostanziali*, Giappichelli, 2020, pp. 1-28, quanto alle questioni di legittimità costituzionale, G. Grasso, *Le misure di prevenzione personali e patrimoniali nel sistema costituzionale*, in *Sistema Penale*, 14 febbraio 2020.

⁴² A tale proposito v. anche quanto emerso dal documento della *Commissione per l'infanzia e l'adolescenza a conclusione dell'indagine conoscitiva su bullismo e cyberbullismo*, approvato nella seduta del 29 ottobre 2019, nonché i testi di alcune audizioni, tra cui quella della dott.ssa Maria Carla Gatto, Presidente del Tribunale per i minorenni di Milano (seduta n. 13 del 4 aprile 2019).

⁴³ A tale proposito v. E. Buccoliero, *Il Tribunale che educa. I progetti rieducativi dei ragazzi in difficoltà nel corso dei procedimenti amministrativi*, in *Minorigiustizia*, 3, 2012, pp. 313 ss.

⁴⁴ Su questi aspetti v., ampiamente, G. Zagrebelsky, *Il diritto mite*, Einaudi, 1992; nonché le riflessioni dello stesso Autore sul ruolo della giustizia nel diritto in *Id.*, *Diritto allo specchio*, Einaudi, 2018.

⁴⁵ V., ad esempio, L. Cavana, *Pedagogia della devianza e controllo sociale*, in *Minorigiustizia*, 1, 2010, pp. 14 ss.

M. Ancel, *La défense sociale nouvelle: un mouvement de politique criminelle humaniste*, Cujas, 1981.

A. Balloni, R. Bisi, R. Sette, *Criminologia applicata*, Cedam, 2009.

R. Bartoli, La "novità" della sospensione del procedimento come messa alla prova, in *Diritto penale contemporaneo*, 9 dicembre 2015.

F. Basile, *Manuale delle misure di prevenzione. Profili sostanziali*, Giappichelli, 2020.

R. Bianchetti, *La specializzazione degli organi giudiziari minorili* (commento all'art. 2 d.P.R. 22 settembre 1988, n. 448), in G.F. Basini, C. Bonilini, M. Confortini (a cura di), *Codice di famiglia, minori e soggetti deboli*, Tomo II, UTET, 2014, pp. 4883 ss.

E. Buccoliero, *Il Tribunale che educa. I progetti rieducativi dei ragazzi in difficoltà nel corso dei procedimenti amministrativi*, in *Minorigiustizia*, 3, 2012, pp. 313 ss.

E. Calvanese, G. Ponti, *Criminologia clínica e pericia criminológica na Itália*, in *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, 28, 1999, pp. 39 ss.

C. Cascone, Audizione su contrasto al bullismo e misure rieducative dei minori in Commissione Giustizia alla Camera dei Deputati, 24 settembre 2019.

L. Cavana, *Pedagogia della devianza e controllo sociale*, in *Minorigiustizia*, 1, 2010, pp. 14 ss.

A. Ceretti, *L'orizzonte artificiale. Problemi epistemologici della criminologia*, Cedam, 1992.

C. Cesari, *Sospensione del processo con messa alla prova*, in *Enciclopedia del diritto*, Vol. IX, Giuffrè, 2016, pp. 1005 ss.

G.O. Cesaro, *Il curatore speciale e la protezione dei best interests of the child: la tecnica del bilanciamento*, in *Famiglia e diritto*, 8-9, 2020, pp. 871 ss.

S. Ciappi, A. Coluccia, *Giustizia criminale. Retribuzione, riabilitazione, e riparazione: modelli e strategie di intervento penale a confronto*, FrancoAngeli, 1997.

Circolare del CSM del 12 luglio 2018 relativa ai criteri per la nomina e conferma dei giudici onorari minorili per il triennio 2020-2022).

M. Coletti, F. Di Lernia, R. Pereira (a cura di), *Tra segreto e vergogna. La violenza filio-parentale*, Bordeaux Ed., 2019.

Documento della Commissione per l'infanzia e l'adolescenza a conclusione dell'indagine conoscitiva su bullismo e cyberbullismo, approvato nella seduta del 29 ottobre 2019.

E. Ferri, *Principi di diritto criminale. Delinquente e delitto nella scienza, nella legislazione e nella giurisprudenza*, UTET, 1928.

Fondazione Zancan (a cura di), *Giovani irregolari tra marginalità e devianza*, in *Quaderni della difesa civica*, 6, 2010.

G. Forti, *L'immane concretezza. Metamorfosi del crimine e del controllo penale*, Raffaello Cortina Editore, 2000.

F. Gramatica, *Principi di difesa sociale*, Cedam, 1961.

G. Grasso, *Le misure di prevenzione personali e patrimoniali nel sistema costituzionale*, in *Sistema Penale*, 14 febbraio 2020.

G. Mannozi, G.A. Lodigiani, *La giustizia riparativa. Formanti, parole e metodi*, Giappichelli, 2017.

F. Mantovani, *Diritto Penale. Parte generale*, Cedam, 2017.

E. Mariani, *La sospensione del processo con messa alla prova: finalità, presupposti, contenuti ed esito (commento agli artt. 28 e 29 d.P.R. 22 settembre 1988, n. 448)*, in G.F. Basini, C. Bonilini, M. Confortini (a cura di), *Codice di famiglia, minori*, cit., pp. 4961 ss.

E. Mariani, *Crisi del sistema sanzionatorio e prospettive evolutive. Un'analisi criminologica dalla giustizia penale minorile a quella ordinaria*, Maggioli, 2014.

E. Mariani, *Prevenire è meglio che punire. Le misure di prevenzioni personali tra accertamento della pericolosità e bilanciamento di interessi*, Giuffrè, 2021, pp. 137 ss.

I. Merzagora Betsos, *Il colloquio criminologico. Il momento diagnostico e valutativo in criminologia clinica*, Unicopli, 1987.

M. Miedico, *Sospensione del processo e messa alla prova anche per i maggiorenni*, in *Diritto penale contemporaneo*, 14 aprile 2014.

E. Opocher, voce «*Giustizia (filosofia del diritto)*», in *Enciclopedia del Diritto*, Vol. XIX, Giuffrè, 1970, pp. 557 ss.

E. Palermo Fabris, *La prevenzione precedente e successiva ad un reato nel sistema minorile: le misure di sicurezza e le misure amministrative*, in *Minorigiustizia*, 1, 2013, pp. 36 ss.

A. Pè, A. Ruggiu (a cura di), *Il giusto processo e la protezione del minore*, FrancoAngeli, 2011

G. Ponti, I. Merzagora Betsos, *Compendio di criminologia*, Raffaello Cortina Editore, 2008.

J. Rawls, *Justice as Fairness: A Restatement*, Harvard University Press, 2001.

C. Serra (a cura di), *Nuove proposte di criminologia applicata*, Giuffrè, 2005.

G.B. Traverso (a cura di), *Criminologia e psichiatria forense. Momenti di riflessione dottrinale ed applicativa*, Giuffrè, 1987.

A. Vaccaro, *Il civile rafforzato*, in *Minorigiustizia*, 1, 2008, pp. 81 ss.

G. Zagrebelsky, *Diritto allo specchio*, Einaudi, 2018.

G. Zagrebelsky, *Il diritto mite*, Einaudi, 1992.

E. Zappalà (a cura di), *La giurisdizione specializzata nella giustizia minorile*, Giappichelli, 2015.

Conversazione

— Abusi fiscali e *white collar crimes*.

Perché la rete non cattura i pesci grossi – Ch. 1

Lezioni dai *FinCEN Files*: chi ha paura dei grandi evasori?
Conversazione con Maurizio Franzini

Tax abuse and white collar crimes. Why the net doesn't catch big fishes – Ch. 1

Lessons from the FinCEN Files: who's afraid of big dodgers? Conversation with Maurizio Franzini

di Elisa Padoan

Abstract. Con l'aiuto degli economisti protagonisti delle nostre conversazioni, continuiamo a ragionare sulla **diseguale distribuzione della ricchezza in Italia e nel mondo**, sui cosiddetti "crimini dei colletti bianchi" e sulle **storture** che si riscontrano **nell'applicazione pratica della giustizia**. Dopo una prima panoramica dei principali temi e problemi, offerta da Giovanna Marcolongo, ricercatrice del Centro CLEAN – Crime: Law and Economic Analysis – dell'Università Bocconi di Milano¹, la nostra indagine prosegue con l'intervista a **Maurizio Franzini, Professore ordinario di Politica Economica** presso l'Università **La Sapienza di Roma**, direttore del "Menabò di Etica e Economia", già Presidente

¹ E. Padoan, G. Marcolongo, *Soldi sporchi. Intervista a Giovanna Marcolongo – pt. 1*, in questa rivista, 9 dicembre 2020.

dell'Istat (2018-2019), nonché autore di diversi libri sulle disuguaglianze e sulla distribuzione della ricchezza.

Abstract. *With the help of the economists protagonists of our conversations, we continue to reason about the **unequal distribution of wealth in Italy and around the world**, about the so-called "white-collar crimes" and about the **distortions found in the practical application of justice**. After a first overview of the main issues and problems, offered by Giovanna Marcolongo, researcher at the CLEAN Center – Crime: Law and Economic Analysis – at the Bocconi University of Milan, our investigation continues with an interview with **Maurizio Franzini, Full Professor of Politics Economics at the University of Rome La Sapienza**, director of the "Menabò di Etica e Economia", former President of Istat (2018-2019), and author of several books on inequalities and the distribution of wealth.*

All'atto pratico, come abbiamo più volte messo in luce su questa rivista², la giustizia tende a essere rigida, letterale, severa quando si tratta di "pesci piccoli" e di criminalità spicciola, mostrandosi al contrario malleabile e piena di scappatoie per i grandi ricchi; che siano ricchi che non vogliono pagare le tasse oppure personaggi che si sono arricchiti con attività criminali vere e proprie.

L'intento di queste nostre riflessioni non è naturalmente quello di stigmatizzare la ricchezza in sé, ma di mettere in evidenza i modi, più o meno leciti, attraverso i quali viene movimentato il denaro per sfuggire alle regole di tracciabilità e trasparenza che gli ordinamenti evoluti come il nostro si sono dati, capire quali sono le conseguenze di tutto questo e che tipo di risposte è possibile mettere in campo per arrivare a una giustizia reale e sostanziale.

Tali considerazioni hanno rappresentato il punto di partenza del confronto con **Maurizio Franzini**, Professore ordinario di Politica Economica presso l'Università La Sapienza di Roma e direttore del "[Menabò di Etica e Economia](#)". Autore di diversi libri sulle disuguaglianze e sulla distribuzione della ricchezza³, Franzini ha anche svolto, tra il 2018 e il 2019, le funzioni di Presidente dell'Istat.

Intervistare il professor Franzini è stato un privilegio: una persona di grande esperienza e competenza che parla chiaro e va dritta al punto, senza tanti giri di parole e senza timore di affrontare questioni scomode.

Partiamo dall'attualità per chiedere al nostro ospite che idea si è fatto dello scandalo dei **FinCEN Files**⁴ portato recentemente alla luce dal Consorzio internazionale dei

² Sul tema, si vedano i numerosi ai contributi pubblicati all'interno del Cantiere "Diritto penale ed economia".

³ Tra i quali: *Disuguaglianze inaccettabili* (Laterza, 2013), *Dobbiamo Preoccuparci dei ricchi?* (con E. Granaglia e M. Raitano, Il Mulino, 2014); *Il mercato rende diseguali? La distribuzione dei redditi in Italia* (cura del volume con M. Raitano, Il Mulino, 2018); *Un Manifesto contro le disuguaglianze* (con il gruppo AGIRE, Laterza, 2018).

⁴ Per ulteriori informazioni sulla vicenda, si vedano: E. Padoan, G. Marcolongo, *Soldi sporchi*, cit.; 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, tutti pubblicati in questa rivista.

giornalisti investigativi ([ICIJ](#)), grazie all'analisi di documenti riservati del Tesoro americano riferiti agli anni 2000-2017 e ottenuti da [BuzzFeed News](#).

400 giornalisti di 88 nazioni hanno portato allo scoperto oltre 2000 miliardi di dollari spostati con operazioni sospette da una parte all'altra del pianeta tramite le principali banche sulla scena globale – banche che si sono limitate a trasmettere delle segnalazioni (SAR – *Suspicious Activity Report*) all'agenzia USA [FinCEN](#) – senza l'intervento delle autorità preposte a vigilare.

L'inchiesta, dopo quella famosissima dei *Panama Papers* del 2016, anch'essa realizzata dall'ICIJ⁵, apre così un nuovo squarcio sul **riciclaggio di denaro sporco indirizzato verso società offshore**, con singole storie che coinvolgono, tra gli altri, trasferimenti di denaro ad opera di narcotrafficanti, terroristi, mafiosi, evasori fiscali.

«Di episodi di questa natura – ci ha detto Franzini – ne abbiamo avuti anche in passato, ma questo colpisce in modo particolare per la vastità del fenomeno e per il numero di banche coinvolte».

Si riscontrano in tale situazione **due ordini di problemi**: il primo è che le banche che hanno sospetti si limitano a inviare il rapporto e poi continuano tranquillamente le loro attività a supporto di personaggi dubbi quando non manifestamente criminali; il secondo è che spesso queste segnalazioni non danno poi luogo a una significativa attività di intervento. È evidente che si tratta di un sistema nel complesso inefficiente.

«Tra l'altro – osserva ancora Franzini – dobbiamo considerare che **il responsabile di banca** che si trova davanti a un criminale e deve firmare per delle operazioni **espone se stesso a un rischio enorme**, il che rappresenta un forte disincentivo a effettuare le segnalazioni. Anche per questo motivo, non si può delegare solo alle banche un'attività di controllo in cui esse hanno dei grandi interessi in gioco e i singoli individui corrono dei rischi».

Lo scandalo *FinCEN Files*, secondo Franzini, ha avuto tuttavia il "merito" di **mettere in moto l'attività legislativa**, tanto che:

«Gli Stati Uniti hanno recentemente approvato una legge⁶ che, se applicata, permetterà di interrompere la formazione di società di comodo, ossia il veicolo attraverso il quale i proventi di attività illecite di vario genere si possono spostare da un paese all'altro fingendo che si tratti di denaro pulito. Quindi c'è da sperare che scandali di questo genere siano di aiuto per dare un minimo di risoluzione alla questione».

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.

⁵ Per una sintesi della vicenda si veda, tra i molti articoli pubblicati, *IPanama Papers, spiegati*, in *Il Post*, 4 aprile 2016.

⁶ Si tratta del *Corporate Transparency Act* (S. 1978 e H.R. 2513) pubblicato in *questa rivista* con nota di S. Arcieri, [L'esperienza insegna: passi avanti \(anche\) negli USA verso la trasparenza societaria ai fini della lotta al riciclaggio internazionale](#), 13 gennaio 2021.

È importante però chiedersi a cosa sia riconducibile **l'incapacità del dipartimento USA FinCEN** – e il discorso potrebbe estendersi anche ad analoghi enti negli altri Paesi – **di intervenire** nei casi portati alla luce dallo scandalo: si tratta di scarsa volontà oppure di una sorta di paralisi legata all'ingente mole di informazioni ricevute, da processare con personale e fondi inadeguati⁷?

Franzini sottolinea che, in ogni caso, tutto dipende da come il sistema è stato disegnato "a monte" e in questo caso specifico si potrebbe forse pensare che il sistema **è stato disegnato in modo tale da non poter funzionare**: se l'agenzia FinCEN non ha sufficienti risorse per essere efficace nel suo ruolo di controllo, significa che non sono stati stanziati fondi adeguati al compito da svolgere.

È una questione di scelte, di priorità.

Se oggi non si può fare granché, è perché ieri si è deciso di non investire su tali attività:

«Quando FinCEN si difende evidenziando le proprie limitate risorse – sottolinea Franzini – probabilmente dice qualcosa di vero, ma allora bisogna chiedersi: perché è stato investito così poco in questa agenzia? La risposta è una sola: si è data poca importanza al fenomeno. La novità legislativa rappresenta ora un piccolo passo in avanti, ma occorre molto altro; soprattutto è indispensabile puntare sulla cooperazione internazionale».

La sostanziale impunità evidenziata dalla vicenda in commento porta a chiedersi – e la domanda rischia di essere puramente retorica – se **esistono di fatto, nel sistema economico-finanziario, due sistemi di giustizia diversi**: uno più indulgente, quasi cieco, dedicato ai ricchi, e l'altro, molto più rigido, rivolto alle persone "comuni", che tende ad accanirsi sugli strati più poveri della popolazione⁸.

Per Franzini questa disparità può essere frutto di "cattive intenzioni", ma anche di una interpretazione errata di che cosa succede se si interviene a frenare certi meccanismi finanziari internazionali:

«Quello che intendo dire è che rispetto a certi reati finanziari si ha un atteggiamento morbido non solo e non soltanto a causa dei rapporti di potere, ma anche perché **si ha paura di interferire con quei meccanismi che poi generano danni all'economia e al funzionamento dei mercati**. Questa idea è profondamente sbagliata e bisogna combatterla poiché abita anche nelle menti di chi non ha interesse al proliferare dei comportamenti criminali, che poi in ogni caso vanno a danneggiare l'economia, non certo ad aiutarla».

Dal momento che l'accumulazione di ricchezze illecite aggrava le disuguaglianze sociali ed economiche, è vitale combattere la cd. **"criminalità dei colletti bianchi"**; una battaglia che, secondo Franzini, va portata avanti facendo leva sulla tendenza degli individui a ragionare in termini di **costi/benefici personali**.

⁷ Si veda, sul punto, l'articolo relativo all'intervista *Soldi sporchi. Intervista a Giovanna Marcolongo – pt. 1*, in questa rivista, 9 dicembre 2020.

⁸ Cfr. S. Arcieri, R. Bianchetti, «Abbiamo due sistemi», cit.

«Come si fa, in concreto, a modificare la percezione dei benefici di certe azioni da parte di coloro che le mettono in atto? La risposta è soprattutto **la certezza dell'applicazione della sanzione adeguata**».

Questa affermazione sottende due passaggi altrettanto importanti: in primo luogo, l'individuazione di una sanzione commisurata alla gravità che l'ordinamento riconosce a una determinata attività criminosa; in seconda battuta, l'applicazione certa della pena stabilita, il che ci riporta al tema delle "scappatoie" citato all'inizio, ossia alla possibilità di sfuggire alla concreta applicazione delle norme grazie al denaro e alle relazioni di potere.

(...continua)

Fonte storica

— Per l'intelligenza occorre una gabbia grande

*The technical selection of the judges**di Bruno Meneghello (a cura di Susanna Arcieri)**Originariamente pubblicato sulla rivista G.O. Informazioni, 3, 10, ottobre 1975, p. 8.*

Algernon era un povero topo cavia come tanti altri, fino al giorno in cui i medici del laboratorio dove lavorava suo malgrado, con l'iniezione di sostanze chimiche, lo fecero diventare di una intelligenza sbalorditiva, di gran lunga superiore alla media degli altri suoi congeneri. La storia di Algernon appartiene alla fantascienza, ma nei laboratori reali dove si indaga sui fenomeni della vita e del comportamento **si è scoperto come effettivamente sia possibile potenziare l'intelligenza**. Il professor Rosenzweig neuropsicologo dell'università di Berkeley (California) lo ha sperimentato su topi fratelli, aventi all'incirca la stessa intelligenza genetica. Durante lo svezzamento gli animali sono stati sistemati in tre tipi di ambienti diversi: normale, arricchito, impoverito. Nell'ambiente normale i topi vivevano insieme in una gabbia di media grandezza, con acqua e nutrimento in permanenza. Nell'ambiente arricchito la gabbia era più grande, ed i topi avevano a disposizione ogni sorta di oggetti con i quali giocare. Nell'ambiente impoverito infine un topo viveva da solo in una piccola gabbia dalle pareti schermate perché non potesse vedere cosa accadeva nelle gabbie vicine.

Dopo un mese i topi sono stati sottoposti a prove di percorso nel laberinto e a prove di «discriminazione» visiva. I topi allevati nell'ambiente arricchito sono stati più svelti, e hanno appreso più rapidamente, a dimostrazione dell'influenza ambientale sullo sviluppo dell'intelligenza. Alla fine della prova tutti gli animali sono

stati uccisi per esaminare anatomicamente il loro cervello. Nei topi «arricchiti», la corteccia cerebrale, sede delle attività intellettive superiori, era del 6 per cento superiore a quella dei topi impoveriti, ed il sistema dei neuroni era divenuto molto più complesso (i neuroni sono le unità fondamentali del sistema nervoso, collegati gli uni agli altri con prolungamenti lungo i quali viaggiano le comunicazioni, con una velocità variabile tra i 60 e i 130 metri al secondo).

La rete nervosa nei topi arricchiti aveva quindi acquistato una maggiore complessità: **gli animali, in una parola, erano diventati più «intelligenti»**. La grande scoperta fatta nel laboratorio è stata la capacità di riproduzione dei neuroni, mentre fino a qualche tempo fa si riteneva che il cervello fosse praticamente immutabile.

La conclusione – dopo una complessa serie di esperimenti – è che l'intelligenza è frutto di due influenze: genetica la prima, e ambientale la seconda. Ma non bastano una buona eredità ed un ambiente culturale ricco per lo sviluppo intellettuale. Occorre anche la partecipazione degli individui. Un altro esperimento di Berkeley lo dimostra chiaramente. In una gabbia «arricchita» contenente una dozzina di topi sono state sistemate tre piccole gabbie contenenti un topo ciascuna. Questi topi solitari, chiamati topi osservatori, potevano così vedere, capire, sentire i topi della grande gabbia e partecipare da spettatori ai loro giochi. Dopo trenta giorni trascorsi in queste condizioni i topi della grande gabbia sono stati messi a confronto con quelli delle gabbie piccole, e si sono mostrati molto più svelti e «logici» nella prova del labirinto.

Anche l'esame della corteccia cervicale ha rivelato un consistente sviluppo – come era da prevedere – mentre la corteccia dei topi osservatori non aveva registrato alcun mutamento. Si è così scoperto che **il contatto diretto con gli oggetti è necessario per stimolare lo sviluppo dell'intelligenza** (e così i metodi educativi che propongono di imparare senza sforzo sono un'illusione: non si diventa pianisti assistendo a concerti, come non si diventa chirurghi guardando le trasmissioni mediche alla televisione).

L'idea che l'intelligenza sia, come la meteorologia, variabile di giorno in giorno non è nuova. Già nel 1780 l'anatomista italiano Michele Gaetano Malacarne aveva asserito che le modificazioni del cervello erano il risultato dell'acquisizione di una esperienza. A queste conclusioni era giunto dopo aver esaminato due cani, due pappagalli, due cardellini e due merli, ciascuna coppia proveniente dalla stessa covata. Malacarne addestrò un animale di ciascuna coppia, in seguito sezionò gli animali ed esaminò il loro cervello constatando che negli animali addestrati il cervelletto aveva sviluppato molte più circonvoluzioni. È il rapporto scientifico più antico che si conosca e, curiosamente, rassomiglia in più di un punto alle ricerche condotte nell'università di Berkeley.

Il topo però non è il soggetto ideale per le ricerche sullo sviluppo intellettuale. Infatti è l'unico animale il cui cervello sia in continua evoluzione. Anche da vecchio il topo non conosce il periodo senile, e muore in piena forma intellettuale.

L'uomo invece sarebbe un eccellente soggetto da esperimenti, perché il suo cervello raggiunge la maturazione verso i 15 anni, e dopo corre verso il naufragio. A 25 anni perde 10 mila neuroni al giorno, e a 40 anni più di 100 mila. Ma siccome possiede alla nascita più di 10 miliardi di neuroni, al momento della morte non è che il cranio sia svuotato come una noce di cocco.

Poche prove sono state compiute sull'uomo per verificare la capacità e la «plasticità» dei neuroni – e quindi la vitalità intellettuale. Alcune persone sono state munite di lenti prismatiche, che invertivano la destra con la sinistra. I primi otto giorni sono stati penosi, con vomiti frequenti per il senso di squilibrio provocato dal capovolto senso dell'orientamento. Ma a partire dal 21 giorno i soggetti si erano abituati, grazie appunto al «recupero» dei neuroni. Infine una osservazione è venuta a sostenere i dati sperimentali. Si è constatato che gli indiani canadesi Cree percepivano le linee oblique meglio degli abitanti di Chicago. La ragione era perché i Cree, nati in un universo di tende coniche, erano da lunghi anni abituati a percepire le linee oblique, scarse invece tra gli abitanti di Chicago, immersi nelle verticali e orizzontali dei grattacieli.

Tutte le osservazioni e gli esperimenti hanno condotto a due considerazioni: il cervello non è costituito, come si è creduto finora, di zone con funzioni rigide (area visuale, olfattiva, ecc.) ma comprende invece un insieme di rette nervose che si compenetrano e possono all'occasione collaborare l'una con l'altra. Determinante può essere l'influenza dell'ambiente, che può esaltare o annullare addirittura il patrimonio genetico intellettuale. **Questo, per l'uomo, costituisce evidentemente un pericolo, poiché il «lavaggio del cervello» non ha altro scopo che quello di sostituire al pensiero personale il contenuto di una ideologia.**

Riflessione

— Liste di attesa per l'esecuzione delle misure di sicurezza detentive: analisi e possibili soluzioni

The waiting list for the execution of detention security measures: analysis and possible solutions

di Pietro Pellegrini

Abstract. L'applicazione delle leggi n. 9/2012 e n. 81/2014 ha portato alla chiusura degli Ospedali Psichiatrici Giudiziari, sostituiti dal sistema di welfare, del quale fanno parte i Dipartimenti di Salute Mentale al cui interno operano le Residenze per l'Esecuzione delle Misure di Sicurezza. Un cambiamento molto significativo che non ha solo cambiato i luoghi ma i percorsi e la stessa concezione della misura di sicurezza detentiva, che richiede nuove prassi ed un diverso e più avanzato punto d'incontro tra giustizia e psichiatria. Questo anche nella soluzione di problemi, quali ad esempio la "lista di attesa" per l'esecuzione delle misure di sicurezza detentive, che non possono essere affrontati senza una precisa definizione della loro entità, ma soprattutto senza un'analisi accurata del loro determinarsi e quindi dell'appropriatezza delle stesse con particolare riferimento a quelle provvisorie, e senza una riflessione complessiva sul funzionamento delle REMS e dell'intero sistema socio-sanitario. L'analisi delle liste di attesa permette di valutare l'entità del problema nelle diverse regioni e consente di indicare possibili soluzioni operative nella logica di assicurare il diritto alla salute a prescindere dallo stato giuridico della persona e nell'attesa che il legislatore dia coerenza alla legge, affrontando il tema dell'imputabilità e delle misure di sicurezza.

Abstract. The application of laws n. 9/2012 and n. 81/2014 led to the closure of the Judicial Psychiatric Hospitals, replaced by the welfare system, which includes the Mental Health Departments within which the Residences for the Execution of Security Measures (REMS) operate. A very significant change that modified places, paths and the very concept of the security measure that requires new practices and a different and more advanced meeting point between justice and

psychiatry. This also in the solution of problems, such as the waiting list for the execution of detention security measures, which cannot be addressed without a precise definition of its entity but above all without an accurate analysis of its determination and of appropriateness of security measures. This with particular reference to the provisional ones, rethinking on the functioning of REMS and of the entire system. The analysis of the waiting lists makes it possible to evaluate the extent of the problem in the various regions and allows to indicate possible operational solutions in the logic of ensuring the right to health regardless of the legal status of the person and waiting for the legislator to give coherence to the law, addressing the issue of imputability and security measures.

SOMMARIO: 1. Introduzione. – 2. Lista di attesa per le misure di sicurezza detentiva. – 3. I dati delle liste di attesa. – 4. Proposte per ridurre la lunghezza delle liste di attesa. – 5. Conclusioni.

SUMMARY: 1. Introduction. – 2. Waiting list for the execution of detention security measures. – 3. Data from waiting lists. – 4. Proposals to reduce the length of waiting lists. – 5. Conclusions.

1. Introduzione.

Le leggi n. 9/2012 e n. 81/2014 hanno determinato la chiusura degli Ospedali Psichiatrici Giudiziari (OPG) facendo emergere, al contempo, la necessità di una nuova cultura operativa che richiede un nuovo punto d'incontro tra giustizia e psichiatria. Infatti, pur nella diversità e molteplicità dei due relativi mandati, della giustizia e della scienza psichiatrica (che, come noto, riguardano la cura, la rieducazione, il controllo sociale, la sicurezza e la prevenzione), essi non possono essere frammentati, ma devono essere, al contrario, portati avanti in modo sinergico, multimodale e coordinato da parte di ciascun "attore" coinvolto: magistratura, Dipartimento dell'Amministrazione Penitenziaria (DAP), Ufficio per l'Esecuzione Penale Esterna (UEPE), Forze dell'Ordine e Servizio Sanitario e Sociale.

Questo tenendo conto del fatto che il rapporto di ciascuna istituzione con la persona autrice di reato richiede lo sviluppo di relazioni fondate non tanto sulla possibile imposizione di provvedimenti giudiziari o sanitari quanto sulla necessità di promuovere la massima collaborazione e responsabilizzazione della persona. Ancor più quando la misura di sicurezza, in particolare la libertà vigilata – oggi prevalentemente applicata ai pazienti psichiatrici autori di reato –, deve essere "riempita" di contenuti che caratterizzano il percorso di cura e trattamento. Lo stesso vale per i percorsi da attuarsi nelle Residenze per l'Esecuzione delle Misure di Sicurezza (REMS).

Infatti, in ambito sanitario, nell'intento di assicurare al cittadino il diritto alla salute, ogni attività deve basarsi sul consenso informato, sulla partecipazione e sulla responsabilizzazione della persona coinvolta nel processo terapeutico, anche se si tratta di persona sottoposta a Trattamento Sanitario Obbligatorio (TSO) o a misura di sicurezza.

Al contempo, va precisato che né i Dipartimenti di Salute Mentale né le REMS sono chiamati ad assolvere una funzione di controllo della persona a loro affidata dall'Autorità giudiziaria ma ne hanno "solo" la responsabilità in termini di cura.

Peraltro, l'evoluzione normativa avvenuta in questi anni ha reso via via più residuali le misure di sicurezza detentive e la libertà vigilata, alla luce di quanto disposto dalla legge n. 81/2014, ha avuto priorità e prevalenza applicativa.

Non solo: con l'approvazione della suddetta legge, il legislatore ha altresì previsto che, ai fini dell'applicazione delle misure di sicurezza detentive, non possano essere prese in considerazione «le condizioni di vita individuale, familiare e sociale del reo» (art. 133 c.p. co. 2, n. 4), indicando con ciò, seppure indirettamente, che i servizi pubblici nel loro insieme debbano operare al fine di rimuovere tutte quelle condizioni personali, familiari e sociali che, insieme alla mancanza di programmi dei DSM, incidono nel protrarre *sine die* la permanenza dei pazienti in OPG (i c.d. "ergastoli bianchi").

Di conseguenza, la misura di sicurezza personale non detentiva della libertà vigilata è divenuta la regola: sulla base dei dati forniti dalla regione Emilia Romagna¹ (in assenza di dati riferiti all'intero territorio nazionale), si stima che il rapporto tra il numero di persone in regime di libertà vigilata e misure di sicurezza detentive sia di dieci a uno, anche se – e questa è una nota dolente che deve fare riflettere – il 65-70% delle persone sottoposte a questa misura sono comunque "ospitate" delle residenze psichiatriche².

Questo nuovo scenario legislativo e culturale apre quindi un orizzonte completamente nuovo per quel che concerne il trattamento del paziente psichiatrico autore di reato, poiché la libertà vigilata dovrebbe realizzarsi più che altro nell'ambito della rete dei servizi dei DSM e non in strutture chiuse, anche se di tipo comunitario.

Infatti, in questi anni, non solo è cambiato il luogo di esecuzione delle misure di sicurezza detentive, ma anche la loro natura e finalità, rendendo centrale la cura³ rispetto alla privazione della libertà e alla custodia⁴. Il superamento degli Ospedali Psichiatrici, compresi quelli Giudiziari, ha così creato un contesto di riferimento diverso, nel quale la comunità sociale – e non la comunità terapeutica – diviene elemento essenziale per gli stessi pazienti inseriti all'interno dei propri processi di cura e trattamento.

Si tratta di uno scenario nel quale, come si è detto, occorre adottare un approccio ampio ed integrato, nel quale ciascuna istituzione, consapevole del proprio mandato (e quindi delle condizioni per realizzarlo e dei relativi limiti), assume un compito preciso, senza deleghe improprie.

¹ P. Pellegrini, G. Paulillo, V. Giannattasio, M. Mozzani, *Pratiche "no restraint" per i pazienti autori di reato*, in *Sestante*, 6, 2018, pp. 45 ss.

² Stimando in circa 4.500 le persone ospiti di Residenze raggiunte da misure giudiziarie, esse occupano il 15% dei posti con un impegno di spesa sanitaria pari a circa 200 milioni di euro l'anno.

³ La sentenza n. 253/2003 della Corte Costituzionale, in riferimento alle misure di sicurezza, afferma che esse rispondono contemporaneamente ad entrambe le finalità, collegate e non scindibili di assicurare cure adeguate e contenere la pericolosità sociale, ed aggiunge che «le esigenze di tutela della collettività non potrebbero mai giustificare misure tali da recare danno anziché vantaggio, alla salute del paziente».

⁴ A questo proposito va constatato come diverse REMS abbiano ereditato approcci di controllo propri degli OPG, ma non sempre in linea con le esigenze della cura e della tutela dei diritti dei pazienti.

Per un verso, infatti, la cura sanitaria – diversamente dal settore della giustizia –, non può contenere al proprio interno elementi di controllo o di prevenzione della commissione di altri reati; può invece concorrere al raggiungimento di una migliore condizione di salute fisica e mentale da parte del soggetto e, nel farlo, la psichiatria attuale segue criteri tecnico-scientifici orientati all’appropriatezza, alla modulazione dell’intensità di cura, all’efficacia ed efficienza, alla creazione del “*value*” (ritorno in termini di salute individuale e benessere sociale dell’investimento effettuato). La “nuova” centralità della cura e del reinserimento sociale dei pazienti con disturbi mentali autori di reato, imputabili e non, si manifesta all’interno di un sistema unitario, che va dalle attività in istituto di pena fino alla permanenza presso l’abitazione. Questo rende evidente come le precedenti logiche binarie, fondate su norme rigide ed automatismi (incompatibilità della misura di sicurezza detentiva con il carcere) debbano essere sostituite da criteri condivisi, da flessibilità, dalla capacità di creare percorsi con/per la persona coinvolgendo il suo contesto di riferimento (“intervento bifocale”)⁵.

Per altro verso, la possibilità di attuare percorsi di cura interamente territoriali in applicazione della misura di sicurezza non detentiva della libertà vigilata non passa attraverso la sola analisi della condizione clinica, ma richiede altresì un insieme interventi abilitativi, familiari e sociali. Infatti, l’insieme delle cure offerte dal Dipartimento di Salute Mentale non è in grado di far fronte alle esigenze di controllo sociale e custodia di persone non imputabili riconosciute socialmente pericolose. Occorre, quindi, un’azione congiunta di psichiatria, servizi sociali, UEPE, Forze dell’Ordine e Magistratura: una sorta di “doppio patto” (per la cura e la sicurezza) con la persona. Non più un modello dicotomico (uno per i sani e l’altro per i malati di mente) ma un modello multimodale “a matrice”⁶ dove s’incrociano, a più livelli, bisogni di cura (diritto alla salute) e di rieducazione/riabilitazione, necessità di controllo, custodia per prevenire nuovi reati (diritto alla sicurezza), ed esigenze giudiziarie (diritto alla giustizia). Sapendo che in relazione alla legge, nel rispetto della persona, le pene possono essere imposte anche in modo coercitivo mentre non è così con la cura. A tal fine, occorre promuovere una cultura dei diritti/doveri, predisporre strumenti nuovi (es. *budget* di salute)⁷ e, soprattutto, è necessaria una maggiore conoscenza reciproca tra giustizia e psichiatria.

2. Lista di attesa per le misure di sicurezza detentiva.

In questo quadro, la presenza di una lista di attesa per l’esecuzione delle misure di sicurezza detentive sta diventando un punto critico nelle relazioni tra giustizia e sanità. Da una parte il DAP chiede alla psichiatria “posti” per effettuare collocazioni immediate al fine di dare immediata esecuzione a sentenze di proscioglimento per infermità mentale e

⁵ Del resto, nell’ottica di una personalizzazione delle cure e delle misure giudiziarie si era già espressa la Corte Costituzionale con la citata sentenza n. 253 del 18 luglio 2003 con la quale aveva stabilito l’illegittimità dell’art. 222 c.p. nella parte in cui contemplava l’automatismo tra l’accertamento della pericolosità sociale da vizio di mente e l’internamento in Ospedale Psichiatrico Giudiziario.

⁶ Il “modello a matrice” permette di far interagire due dimensioni, quella sanitaria quella e giudiziaria, collocate una sul piano orizzontale e l’altra su quello verticale, costruendo uno schema nel quale si realizzano i punti d’incontro.

⁷ Il *budget* di salute è uno strumento per l’integrazione sociosanitaria e con un approccio capacitante permette di intervenire nelle aree della formazione-lavoro, abitare, socialità e relazioni.

applicazione della misura di sicurezza. Una prassi, quella di avere un posto dove mettere i malati di mente, in linea con il codice penale del 1930 e con la legge 36 del 1904, piuttosto che con la 180/1978 e la legge 81/2014. Occorre infatti tenere conto che la chiusura degli OPG, che erano nell'orbita penitenziaria e, di solito, in prossimità dell'istituto penitenziario, ha "spostato" le competenze in ambito sanitario, escludendo la gestione delle REMS dalle competenze del DAP per collocarle in ambito sanitario.

A tal proposito, di recente, il Tribunale di Tivoli⁸ ha posto all'attenzione della Corte Costituzionale – che, al momento, non si è ancora espressa – la questione di legittimità costituzionale degli artt. 206 e 222 c.p. e dell'art. 3 *ter* del d.l. n. 211/2011⁹, in relazione agli artt. 27 e 110 Cost. nella parte in cui, attribuendo l'esecuzione del ricovero provvisorio presso una REMS alle regioni ed agli organi amministrativi da esse coordinati e vigilati, escludono la competenza del Ministro della Giustizia in relazione all'esecuzione della detta misura, nonché nella parte in cui ne consentono l'adozione con atti amministrativi di disposizioni generali in materia di misure di sicurezza, in violazione della riserva di legge in materia, rispetto a quanto previsto dagli artt. 2, 3, 25, 32 e 110 Cost.

Pur in attesa del pronunciamento della Corte Costituzionale, non pare tuttavia pensabile un ritorno al passato, che determini il passaggio delle REMS sotto il governo del DAP e che costituirebbe premessa per il realizzarsi di tanti "mini-OPG": al contrario, come hanno auspicato il Consiglio Superiore della Magistratura¹⁰ e il Comitato Nazionale per la Bioetica¹¹, si spera che dalla sentenza della Consulta derivi un rinnovato slancio verso nuove e più avanzate forme di collaborazione tra il DAP e il settore della sanità.

Per non tornare a strutture come gli OPG occorre anzitutto rispettare gli elementi che caratterizzano il nuovo impianto di cura, ossia:

- il principio di territorialità, vale a dire il riferimento regionale;
- il "numero chiuso" nelle REMS, nel senso che, per preservare la loro funzione terapeutica e sicurezza, la dotazione di posti non può essere "forzata", aprendo la strada ad ammissioni in sovrannumero;
- la visione incentrata su responsabilità, libertà e assenza di coercizione.

Per farlo, occorre innovare le prassi che ispirano i rapporti tra giustizia e psichiatria e che, in molti ambiti, sono ancora quelle in vigore in OPG. È quindi necessario lo sviluppo di una cultura operativa, nella quale diritto alla salute e alla giustizia siano sempre tutelati, attraverso il dialogo costante tra i due settori.

3. I dati delle liste di attesa.

⁸ Tribunale Ordinario di Tivoli, Sezione GIP-GUP, Ordinanza del 11 maggio 2020, pubblicata in *Questione Giustizia*, 2 giugno 2020.

⁹ Convertito con modificazioni dalla l. n. 9/2012, come modificato dall'art. 1 comma 1 lett. a) d.l. n. 52/2014, convertito con modificazioni dalla l. n. 81/2014.

¹⁰ Risoluzione Fasc. 37/PP/2016, *Disposizioni urgenti in materia di superamento degli Ospedali psichiatrici giudiziari (OPG) e di istituzione delle Residenze per l'esecuzione delle misure di sicurezza (REMS), di cui alla legge n. 81 del 2014. Questioni interpretative e problemi applicativi*, 19 aprile 2017, scaricabile dal sito di *La società della ragione*, [a questo link](#).

¹¹ Comitato Nazionale di Bioetica, *La cura delle persone con malattie mentali: alcuni problemi di bioetica*, 21 settembre 2017.

Nella relazione al parlamento 2020, il Garante Nazionale dei diritti delle persone private della libertà¹², sulla base dei dati del DAP all'11 febbraio 2020, segnala 714 persone in attesa di ricovero in REMS (un dato che, tuttavia, dovrebbe essere verificato, in quanto in via informale sono state rilevate alcune incongruenze).

Pur con questa premessa, al fine di evitare ogni drammatizzazione e l'adozione di misure emergenziali, ma per giungere con metodo a soluzioni razionali ed appropriate, è utile un'analisi approfondita.

Come si evince dalla Tabella 1 sotto riportata, la media nazionale di soggetti in lista di attesa è pari a 1,2 persone ogni 100mila abitanti (con una forbice compresa tra 0,21 e 4,4 persone).

Mettendo in relazione il numero dei posti all'interno delle REMS con l'entità della lista, non è dato osservare un rapporto proporzionale tra la carenza di posti e il numero di persone in lista di attesa a livello regionale. Al contrario, risulta che sono le regioni con più alta dotazione di posti REMS ad avere le liste di attesa più lunghe.

Tab.1: Dotazione posti REMS ed entità delle lista di attesa

| REMS | Numero posti REMS | Posti per 100mila ab. | Lista di attesa ristretti | Lista di attesa totale | Lista attesa n. per 100 mila ab. |
|-----------------------|-------------------|-----------------------|---------------------------|------------------------|----------------------------------|
| Abruzzo Molise | 20 | 1,5 | 2 | 21 | 1,3 |
| Basilicata | 10 | 1,7 | 1 | 6 | 1 |
| Calabria | 20 | 1,0 | 2 | 81 | 4,4 |
| Campania | 88 | 1,5 | 13 | 122 | 2,1 |
| Emilia Romagna | 24 | 0,54 | 2 | 27 | 0,61 |
| Friuli Venezia Giulia | 8 | 0,8 | 2 | 9 | 0,7 |
| Lazio | 91 | 1,55 | 25 | 81 | 1,4 |
| Liguria | 20 | 1,3 | 2 | 26 | 1,8 |
| Lombardia | 120 | 1,1 | 7 | 51 | 0,5 |
| Marche | 20 | 1,3 | 1 | 7 | 0,46 |
| Piemonte | 38 | 0,8 | 5 | 34 | 0,79 |
| Puglia | 38 | 0,95 | 1 | 38 | 0,9 |
| Sardegna | 16 | 0,9 | 0 | 11 | 0,67 |
| Sicilia | 60 | 1,2 | 9 | 125 | 2,6 |
| Toscana Umbria | 39 | 0,85 | 2 | 57 | 1,2 |
| Veneto | 40 | 0,8 | 1 | 10 | 0,21 |
| Trentino Alto Adige | 10 | 0,93 | 1 | 5 | 0,56 |
| Totale | 662 | 1,07 | 76 | 714 | 1,2 |

Fonte: Dati Garante Nazionale 2020 (v. nota 12, p. 240).

L'elaborazione dei dati delle singole regioni rileva come in sei di esse – Calabria, Campania, Sicilia, Lazio, Lombardia e Toscana– si concentri il 72,8% della lista di attesa nazionale, mentre nelle rimanenti si distribuisca il restante 27,2% (Tabella 2).

¹² Cfr. p. 240 della *Relazione al Parlamento 2020* del Garante Nazionale dei diritti delle persone private della libertà, giugno 2020 ([Parte 1](#) e [Parte 2](#)).

Tab. 2: Entità della lista attesa per regioni

| | | |
|--|--|------------------------|
| Lista di attesa superiore a 51 persone | Calabria, Campania, Sicilia, Lazio, Lombardia, Toscana | 520 – 72,8% del totale |
| Lista di attesa da 15 a 50 persone | Piemonte, Puglia, Abruzzo, Molise, Emilia Romagna, Liguria, | 146 – 20,4% del totale |
| Lista di attesa da 0 a 14 persone | Marche, Basilicata, Veneto, Friuli Venezia Giulia, Sardegna, Trentino Alto Adige | 48 – 6,8% del totale |

Fonte: elaborazione dati Garante Nazionale 2020 (v. nota 12)

In Calabria, Sicilia, Campania, Lazio, il tasso di persone in lista è superiore alla media nazionale, fino ad oltre 3 volte in Calabria. La lista di attesa, rispetto alla popolazione residente, evidenzia percentuali critiche (superiori a 2 per 100mila abitanti) in Calabria, Sicilia e Campania. Inoltre, Calabria, Sicilia, Lazio e Campania contano complessivamente 409 persone in lista di attesa (pari al 57% del totale) e 49 persone ristrette su 76 (pari al 64,5%). In Toscana la lista di attesa è in linea con la media nazionale, mentre in Lombardia il tasso è pari a 0,5 persone per 100mila abitanti, dunque al di sotto della media nazionale.

Nelle rimanenti regioni il problema delle liste è limitato ed in sei regioni l'entità è molto modesta, pari al 6,5%.

Se si correla la lista di attesa con il numero di posti disponibili nelle REMS delle singole regioni si evidenzia quanto riportato in Tabella n. 3.

Tab. 3: Gruppi di regioni in base alla lista attesa e turnover nelle REMS

| | Posti REMS % REMS/Tot REMS | N. Dimissioni % dimessi/ Tot dimissioni | N. transitati % Transitati/Tot transitati |
|--|-------------------------------|--|--|
| Gruppo A Regioni con lista di attesa > 51 | 347 (52,4%) | 323 (43,4%) | 463 (37,4%) |
| Gruppo B Regioni con lista di attesa < a 50 | 314 (47,6%) | 420 (56,6%) | 773 (62,6%) |
| Differenze fra A e B | + 33 posti (+ 4,8%) | - 97 dimiss. (- 13,2%) | - 310 trans. (- 25,2%) |

Fonte: elaborazione dati riportati da Evelin Tavormina (v. nota 13)

Le sei regioni la cui lista di attesa conta un numero superiore a 51 persone (Gruppo A) hanno nel complesso una dotazione di posti REMS di 347 (pari al 52,3% del totale) e, secondo i dati riportati da Evelin Tavormina¹³, dalla data della loro apertura fino a giugno 2018, dalle suddette REMS sono state dimesse 323 persone, pari al 43,4% del totale (743). Inoltre, nelle medesime regioni sono transitati 463 pazienti su 1236 totali (pari al 37,4%). Se paragonato con le regioni con lista di attesa inferiore a 50 persone (Gruppo B), si rileva che quelle con la lista di attesa più alta (Gruppo A) hanno un *turnover* significativamente inferiore (-13,2%, per quanto riguarda le persone dimesse, e -25,2% con riferimento al numero di dimissioni).

Dai dati diffusi dal Garante Nazionale risulta che la degenza media nelle REMS dal 2017 al 2019 è passata da 312 a 358 giorni, con un aumento di 46 giorni (cioè del 14,6%) in due anni¹⁴.

¹³ E. Tavormina, *Il quadro nazionale delle REMS*, in F. Corleone (a cura di), *Il muro dell'imputabilità. Dopo la chiusura degli OPG, una scelta radicale*, Fondazione Michelucci Press, 2019, p. 41.

¹⁴ *Relazione al Parlamento 2020*, cit., p. 237.

Le regioni dotate di un numero di posti all'interno delle REMS inferiore alla media nazionale (1,07 posti per 100mila abitanti), ossia Calabria, Emilia Romagna, Friuli, Piemonte, Puglia, Sardegna, Toscana-Umbria, Veneto e Trentino, contano in totale 238 persone in lista di attesa, pari al 33,3% del totale. Nelle medesime regioni, le persone con misure di sicurezza detentiva ristrette in carcere sono 16, pari al 21% del totale nazionale delle persone ristrette con le medesime misure. Di contro, alle regioni con un numero di posti REMS superiore alla media nazionale, nel *range* compreso tra 1,07 e 1,7 posti per 100mila abitanti, sono riconducibili il 66,7% del totale nazionale delle persone in lista di attesa e il 74,6% dei soggetti ristretti in istituto di pena.

In sostanza, i dati sembrano indicare come non vi sia correlazione fra un minore numero di posti REMS ed una maggiore lunghezza della lista di attesa, facendo ipotizzare che siano altri i fattori rilevanti – come stili operativi, funzionamento dei servizi sanitari e della giustizia, tasso di criminalità dei territori – nella determinazione del maggiore o minore numero delle persone in lista.

Significativo è, infine, lo stato giuridico delle persone ospiti delle REMS. Dai dati del Garante Nazionale al 31 gennaio 2020, lo stato giuridico delle 616 persone presenti nelle REMS è quello riportato in Tabella n 4.

Tab. 4: Stato giuridico¹⁵ delle perone ospitate nelle REMS

| | |
|-------------------------------------|-----|
| Misure definitive ex art. 222 c.p. | 257 |
| Misure definitive ex art. 219 c.p. | 90 |
| Misure provvisorie ex art. 206 c.p. | 253 |
| Misure ex art. 212 c.p. | 16 |

Fonte: Dati Garante Nazionale 2020 (v. nota 12, p. 238)

Quindi, sul totale dei presenti in REMS, i soggetti sottoposti a misure definitive (ex art. 222 c.p.) sono 347, pari al 56,3%. Di questi, 90 sono destinatari di una misura ex art. 219 c.p. (il 14,6% del totale). Per quanto riguarda le misure provvisorie, queste interessano complessivamente il 41,1% degli ospiti delle REMS. Ne consegue che, se le REMS fossero dedicate ai soli destinatari di una misura definitiva, i posti attualmente disponibili sarebbero ampiamente sufficienti.

Per quanto riguarda l'andamento temporale, secondo l'elaborazione dei dati forniti dal DAP e dal Garante Nazionale, l'andamento delle misure di sicurezza detentiva non eseguite a partire dal 1 aprile 2015, data dell'apertura ufficiale delle REMS, è riportato nella Tabella n. 5.

Tab. 5: Lista di attesa

| Data rilevazione | Personae in lista di attesa |
|------------------|-----------------------------|
| 1 aprile 2015 | 0 |
| 14 dicembre 2015 | 96 |

¹⁵ Art. 222 c.p.: ricovero in un ospedale psichiatrico giudiziario; art. 219 c.p.: assegnazione a una casa di cura e di custodia; art. 206 c.p.: applicazione provvisoria misure di sicurezza; art. 212 c.p.: casi di sospensione o di trasformazione di misure di sicurezza.

| | |
|------------------|-----|
| 31 dicembre 2016 | 265 |
| 28 novembre 2017 | 457 |
| 9 gennaio 2019 | 667 |
| 31 gennaio 2020 | 714 |

Fonte: Elaborazione dati DAP e Garante Nazionale 2020 (v. nota 12, p. 240)

Sebbene il dato necessiti di una verifica che ne accerti, ad esempio, la regolare tenuta delle liste e il loro corretto aggiornamento, dalla tabella emerge un *trend* in crescita e l'analisi riferita al periodo 2015-2020 mostra che circa 145 misure risultano non eseguite ogni anno. A febbraio 2020, i destinatari di una misura di sicurezza detentiva ristretti in carcere erano 63, pari allo 0,11% del totale dei reclusi negli istituti di pena¹⁶.

A fronte di questi dati, per rispondere alla domanda di esecuzione delle misure di sicurezza detentiva, prima di programmare un aumento dei posti nelle REMS occorre procedere ad una valutazione della distribuzione territoriale delle persone in lista di attesa, con particolare attenzione a quelle ristrette in Istituti di Pena, e capire le possibilità di risposta dei singoli sistemi regionali.

4. Proposte per ridurre la lunghezza delle liste di attesa.

Alla luce di quanto emerso dall'analisi dei dati, le proposte per prevenire e ridurre le liste di attesa potrebbero essere le seguenti:

1) Sviluppare l'**azione preventiva** da parte di tutti i soggetti, dando evidenza, nelle relazioni peritali e dei DSM, oltre che nei dispositivi dei magistrati, del fatto che sono stati esperiti tutti i passaggi previsti dalla legge n. 81/2014 e che sono state affrontate con adeguati interventi sociali le problematiche individuali sottese alle condizioni di cui all'art. 133 c.p. secondo comma, punto 4 («condizioni di vita individuale, familiare e sociale del reo»); rendere obbligatorio, inserendolo nel quesito peritale, il rapporto dei periti con DSM al fine di recepirne le posizioni; facilitare, infine, le collaborazioni tra psichiatria e giustizia, per la definizione di criteri di priorità, gestione e monitoraggio dell'applicazione della legge n. 81/2014 mediante l'istituzione di un Osservatorio Nazionale e di Cruscotti Regionali, come di seguito specificato.

2) Indicare, nei singoli dispositivi giudiziari, la **scadenza della misura di sicurezza**, prevedendone sempre la durata massima (anche nel caso della libertà vigilata). Del resto, come si legge nell'art. 1 *quater* della l. n. 81/2014, «Le misure di sicurezza detentive provvisorie o definitive, compreso il ricovero in REMS, non possono durare oltre il tempo stabilito per la pena detentiva prevista per il reato commesso, avuto riguardo alla previsione edittale massima».

3) Nell'evenienza di **misure di sicurezza detentive non eseguite per mancanza di posti REMS**, non possono essere considerati adeguati né la deroga al numero chiuso né

¹⁶ Nelle carceri italiane al 31 dicembre 2020, su 53.364 detenuti, 8.655 persone (16,2%) erano in attesa del primo giudizio e 8.155 (15,2%) condannati non definitivi (cfr. i dati pubblicati dal [Ministero della Giustizia](#)).

la forzatura del principio di territorialità. Il DSM competente per territorio dovrebbe prendere in carico la persona e presentare al magistrato che procede un programma di cura alternativo al ricovero in REMS, mentre UEPE, Servizi Sociali e Forze dell'Ordine dovrebbero provvedere in parallelo, per le proprie competenze, ad assicurare interventi nell'ambito del sostegno al reddito, all'accesso alla formazione, al lavoro e all'alloggio, nonché i necessari controlli funzionali alle esigenze della pubblica sicurezza. Qualora risulti che la persona può essere adeguatamente curata in modo alternativo alla REMS e si accerti l'assenza di reiterazione di reati, il magistrato potrebbe ritenere soddisfatte le condizioni previste dalla legge n. 81/2014 e revocare dunque la misura di sicurezza detentiva. Pertanto, il nominativo di quella persona andrebbe espunto dalla lista di attesa, in quanto apparirebbe improprio (oltre che contro la legge) disporre l'ingresso in REMS di una persona già ben assistita ai sensi della legge n. 81/2014.

4) **Favorire il più possibile le dimissioni dalle REMS**, previa elaborazione di un Programma Terapeutico Riabilitativo Individuale (PTRI)¹⁷, promosso dai DSM di concerto con il giudice che ha emesso il provvedimento e con pronuncia in tempi brevi dalla data della proposta. A tal fine occorrerebbe attivare, oltre ai DSM, tutte le istituzioni preposte (Comuni, Sindaci, UEPE, Prefetture, Ambasciate), specie quando l'ostacolo alla dimissione sia costituito da problemi di tipo legale, ovvero connessi alla cittadinanza, al reddito, alla disponibilità di un alloggio o al lavoro. In tale prospettiva, si potrebbe valutare l'opportunità di provvedere a uno stanziamento straordinario di fondi per attivare *budget* di salute a sostegno del PTRI. Sarebbe bene, inoltre, valutare anche le condizioni per disporre un eventuale rimpatrio del soggetto straniero. Infine, particolare attenzione dovrebbe essere prestata sia ai giovani di età inferiore ai 30 anni destinatari di programmi specifici, specie se autori di reati lievi, sia nel favorire le dimissioni delle donne ospiti delle REMS (circa il 10% del totale).

5) **Superare l'istituto della licenza finale di esperimento** che, se della durata di 6 mesi, blocca per l'intero periodo il posto in REMS. La misura andrebbe abolita *in toto*, in favore della libertà vigilata o, in subordine, occorrerebbe ridurne la durata ad un massimo di 30 gg. La licenza finale di esperimento è un provvedimento previsto dall'articolo 53 della legge sull'ordinamento penitenziario (l. 26 luglio 1975, n. 354), ha una durata (massima) di sei mesi e può essere concessa nel periodo immediatamente precedente la scadenza fissata per il riesame di pericolosità. Si tratta di una prassi alla quale veniva attribuita una certa valenza trattamentale, in quanto funzionale a permettere al soggetto di confrontarsi con un contesto esterno (comunitario o sul territorio), nella prospettiva della successiva trasformazione o revoca della misura di sicurezza detentiva. D'altra parte, l'attuale funzionamento dell'istituto, il quale prevede in ogni caso che, decorsi i sei mesi della licenza, il paziente debba necessariamente rientrare nella struttura (sia pure per breve tempo), tiene di fatto "bloccato", per un lasso di tempo considerevole, un posto all'interno della REMS.

¹⁷ Il PTRI deve essere formulato a cura del Centro di Salute Mentale entro 45 giorni dalla presa in cura del paziente ed in particolare dall'ingresso in REMS. Si tratta di un piano condiviso con la persona che prevede interventi di tipo medico, psicologico e sociale. Per approfondimenti sulle "buone pratiche" nei percorsi giudiziari si rimanda a P. Pellegrini, *REMS e oltre. Consegne e nuovi mandati*, in *SOS Sanità*, 13/2019.

6) Nello spirito della legge n. 81/2014, lavorare per **evitare il ricorso alle misure di sicurezza detentive per i soggetti cd. "semimputabili" ex art. 89 c.p.** (ossia coloro che, al momento del fatto, erano solo parzialmente capaci di intendere e di volere e il cui ingresso nelle REMS è previsto dall'art. 219 c.p.) e **dimettere quelli attualmente presenti** (il 14,6% del totale degli ospiti)¹⁸. Infatti, nel caso della persona semimputabile, appare in contrasto con lo spirito della legge il principio per cui la misura di sicurezza detentiva debba essere applicata al termine dell'espiazione della pena in carcere, laddove vi sia ampio modo di ricorrere a misure meno afflittive, come la libertà vigilata, parimenti efficaci.

7) Ridurre l'applicazione delle **misure di sicurezza detentive provvisorie** (ex art. 206 c.p.) che spesso non favoriscono i percorsi di diagnosi e cura e che, come abbiamo visto, rappresentano circa il 40% delle collocazioni in REMS. In tal senso, occorre rinforzare i DSM mediante la sperimentazione di Strutture per la diagnosi e la *recovery*.

8) **Valutare come altamente impropria l'accoglienza all'interno delle REMS delle persone affette da psicopatia.** Per questi soggetti, infatti, occorre piuttosto definire programmi specifici all'interno delle Articolazioni per la tutela della salute mentale (ATSM) negli istituti di pena, o all'esterno di esse. Lo stesso vale per i *sex offender* e per le persone con problemi connessi all'abuso di sostanze. Per tutte queste categorie di individui occorrerebbe altresì individuare apposite strutture sperimentali per diagnosi e *recovery*, e specifici modelli d'intervento a fini di prevenzione.

9) Aumentare **l'offerta di cura dei dipartimenti di salute mentale** mediante investimenti aggiuntivi¹⁹. A questo proposito potrebbe essere molto utile una riflessione comune sugli strumenti e le caratteristiche strutturali e funzionali dei DSM, delle Residenze e delle REMS²⁰, alla luce della pandemia da Covid 19 ma anche della sicurezza e del rispetto dei diritti e delle condizioni essenziali per assicurare l'accesso alle cure.

10) Evitare il ricovero presso i **Servizi Psichiatrici di Diagnosi e Cura (SPDC) per mere ragioni giudiziarie.** In assenza di posti all'interno delle REMS, in alcune regioni si è diffusa la prassi di collocare i pazienti in ambito ospedaliero, in particolare negli SPDC. Il ricovero è appropriato se limitato alla fase acuta della terapia, ma non deve assolutamente protrarsi in ragione di sole considerazioni di natura giudiziaria. Infatti, la dotazione dei DSM²¹ dovrebbe essere utilizzata secondo criteri di appropriatezza e per intensità di cura

¹⁸ *Relazione al Parlamento 2020*, cit., p. 238.

¹⁹ La proposta di aumentare il numero di posti nelle REMS, facendo riferimento al numero dei ricoverati in OPG del 2011, significherebbe creare 560 nuovi posti, mediante l'istituzione di nuove 28 REMS da 20 posti ciascuna con un investimento di 140 milioni di euro, e una spesa di gestione di circa 72 milioni di euro l'anno. Occorre tenere presente che realizzare tale proposta comporterebbe, oltre a un esborso economico considerevole, anche un notevole investimento in termini di tempo. Attualmente per la gestione delle REMS alle regioni vengono assegnati circa 55 milioni/anno. Si tenga conto che l'applicazione della legge 81/2014 ha comportato un crescente impegno dei DSM sia per interventi residenziali sia per quelli territoriali e al fine di far fronte a questi impegni e favorire lo sviluppo dei programmi con *budget* di salute l'investimento annuo aggiuntivo dovrebbe essere di almeno 70 milioni di euro.

²⁰ Disciplinata dal Decreto del Ministero della Salute 1 ottobre 2012.

²¹ Secondo il *Rapporto sulla Salute Mentale 2017*, in Italia esistono 1.481 Centri di Salute Mentale, 908 strutture semiresidenziali e 2.346 strutture residenziali. I Servizi Psichiatrici di Diagnosi e Cura (SPDC) attivi sono 318, con 3.981 posti letto per ricoveri ordinari e 338 posti letto per ricoveri in *day hospital*. Esistono poi 22 case di cura private accreditate, che offrono 1.155 posti letto per degenza ordinaria e 16 posti letto per *day hospital*.

(in particolare per la gestione di situazioni di emergenza-urgenza) e, pertanto, un utilizzo improprio del SPDC ne snaturerebbe gravemente la funzione.

5. Conclusioni.

Per affrontare il problema della lunghezza delle lista di attesa per l'esecuzione delle misure di sicurezza detentive occorre prima di tutto definirne in modo preciso l'entità, per procedere poi all'analisi dei singoli dati regionali, adottando infine le misure idonee a risolverlo. Come si è visto dai dati disponibili, allo stato attuale il problema è concentrato per circa il 72,8% in sei regioni ed è particolarmente critico per quanto riguarda la Calabria, la Campania, il Lazio e la Sicilia.

Una volta chiarita la portata del problema, a livello nazionale e regionale, occorrerà ragionare sui possibili nuovi strumenti da mettere in campo – quali ad esempio l'**Osservatorio Nazionale** e i **Cruscotti/Tavoli regionali** – nei quali far lavorare insieme rappresentanti della giustizia e della sanità al fine di fissare criteri di priorità²², gestire al meglio le liste e risolvere insieme le questioni più critiche, innovando al contempo le prassi del DAP, che dovrebbero rappresentare il riferimento centrale per le singole regioni.

In particolare, occorrerà rinforzare i DSM per rendere più efficace il procedimento di presa in cura, realizzare PTRI con *budget* di salute e favorire la crescita della *competence* professionale di tutti i soggetti coinvolti (magistrati, avvocati, periti, psichiatri, forze dell'ordine), promuovendo altresì la partecipazione al processo da parte degli Enti locali, dei Sindaci, dei Prefetti e dell'intera società civile.

Si tratta di ripensare la struttura e il funzionamento delle Articolazioni per la Tutela della Salute Mentale (ATSM) negli Istituti di Pena²³, le quali vanno considerate parti del sistema nel contesto del trattamento delle persone affette da disturbi mentali nell'ambito di un progetto che affronti il complesso tema della salute mentale negli Istituti di Pena. Al momento non è possibile l'immediato trasferimento del prosciolto in REMS, per il quale è sempre necessario il consenso del paziente per la sottoposizione alla cura. Le ATSM potrebbero quindi rappresentare le sedi, almeno in via transitoria, presso le quali

In totale, il numero di posti letto in degenza ordinaria è di 10,1 ogni 100.000 abitanti maggiorenni, mentre i posti letto di *day hospital* sono 0,6 ogni 100.000 abitanti. Nel 2017, gli utenti assistiti presso CSM sono stati 786.612 (155,2 per 10.000 abitanti adulti), quelli seguiti in strutture semiresidenziali 27.600 e i pazienti in cura presso strutture residenziali sono stati 32.515. I pazienti dimessi dalle strutture ospedaliere con diagnosi di disturbo mentale sono stati invece 171.345 (91,2% in regime ordinario e 8,8% in *day hospital*).

²² In particolare, si ritiene che le liste di attesa dovrebbero essere riviste distinguendo: a) i soggetti per i quali è possibile la cancellazione dalle stesse (deceduti; soggetti che sono già entrati in REMS; destinatari di misure revocate o per le quali sono spirati i termini; soggetti detenuti per altra causa, e pertanto non suscettibili di inserimento in lista); b) i soggetti per i quali la misura di sicurezza detentiva, pur ancora attiva, è revocabile in quanto già assistiti in altri contesti; c) i soggetti che effettivamente idonei a fare ingresso all'interno delle REMS. Per questi ultimi, occorrerà fissare criteri di priorità, quali ad esempio la gravità della patologia, il livello di bisogno di cura, la tipologia di reato commesso, le necessità di sicurezza/controllo, l'attuale collocazione (con particolare attenzione alle persone detenute).

²³ Al 15 aprile 2020, a livello nazionale le ATSM contavano: 29 sezioni maschili con 234 detenuti e 5 sezioni femminili con 21 detenute cui si aggiungono 9 sezione per disabili, con 5 presenze. La dotazione di posti e la qualità dell'attività in queste articolazioni sono elementi per la definizione dei percorsi di diagnosi e cura delle persone autrici di reato (cfr. *Relazione al Parlamento 2020*, cit., pag. 216).

organizzare l'esecuzione della misura di sicurezza detentiva. Si tratterebbe di un primo intervento, di durata limitata (ad un massimo di 3-6 mesi, ad esempio), ma sufficiente per consentire l'attivazione del Percorso Terapeutico Riabilitativo Individuale (PTRI) da parte del DSM.

Pare inoltre del tutto inappropriato il ricorso al ricovero presso le REMS di soggetti affetti da psicopatologia e/o da consumo problematico di sostanze, nonché la prassi, diffusa in alcune regioni, di utilizzare i SPDC ospedalieri per l'esecuzione in via esclusiva di misure giudiziarie, in quanto ciò rischia di non essere utile alla persona e al contempo può compromettere gravemente la funzione dei medesimi SPDC, quali servizi di emergenza-urgenza, per tutti i cittadini.

In attesa di una revisione normativa complessiva che dia coerenza all'intera materia, come proposto dalla Società della Ragione²⁴, tre punti sono di particolare rilevanza:

a) abilitare le **ATSM all'esecuzione delle misure di sicurezza detentive** previa presa in carico del paziente da parte del DSM e previa predisposizione del PTRI, dando quindi un tempo tecnico (3-6 mesi) per la sua attivazione. Dall'immediata collocazione in OPG del passato si dovrebbe passare ora all'immediata presa in cura del DSM;

b) operare un'attenta valutazione in ordine alla possibilità di **declinare diversamente le misure di sicurezza detentive**, in analogia ad esempio con quanto previsto dalla legge 67/2014 che disciplina l'istituto della c.d. detenzione domiciliare, e dunque senza dover necessariamente ricorrere al ricovero presso le REMS. Nello stesso solco, tra le misure non detentive potrebbe essere valorizzato il ricorso a istituti come la messa alla prova o i lavori socialmente utili;

c) **dare effettiva applicazione all'art. 211 c.p.**, il quale prevede che «se la misura di sicurezza deve essere eseguita nei confronti dell'autore di un delitto consumato o tentato commesso con violenza contro le persone ovvero con l'uso di armi e vi sia concreto pericolo che il soggetto commetta nuovamente uno dei delitti indicati il giudice può ordinare il ricovero in una casa di cura o in altro luogo di cura comunque adeguato alla situazione o alla patologia della persona». Attraverso una stretta collaborazione tra magistratura e psichiatria è possibile individuare una soluzione che rappresenti un ragionevole bilanciamento tra l'esigenza di scongiurare il pericolo di commissione di nuovi reati e la necessità di tutela della salute del soggetto.

²⁴ Il manifesto è pubblicato a questo [link](#).

Articolo

— Dalla pericolosità “per se e per gli altri” alla valutazione della “pericolosità sociale”

Concetti controversi in psichiatria clinica e forense

From harm “to oneself and others” to “social dangerousness”

A controversial assessment both in clinical and forensic psychiatry

di Mario Mantero, Silvia Cardazzi

Abstract. Abbiamo focalizzato l'attenzione sulla percezione di pericolosità generata dal paziente psichiatrico nella corrente cultura clinica e medico legale italiana per sollevare spunti di riflessione sul concetto di pericolosità sociale, termine controverso e vago, stigmatizzante e antiquato, eppure di viva attualità. Abbiamo anche commentato possibilità e limiti della valutazione della pericolosità sociale.

Abstract. We have focused our attention on the perception of social danger connected to the psychiatric patient as perceived by the law and by psychiatry in Italy. We have tried to capture the current general feeling for this controversial concept which is both obsolete and, at same time, vividly current. We also considered the assessment of social dangerousness in the forensic practice and the technical strong points as well as the limitations of such an evaluation.

SOMMARIO: 1. Premessa. – 2. La “pericolosità” del paziente psichiatrico e la posizione dei curanti. – 3. Il concetto di pericolosità sociale nella pratica psichiatrico forense. – 4. La valutazione della pericolosità sociale.

SUMMARY: 1. Foreword. – 2. The “dangerousness” of the psychiatric patient and the position of the caregivers. – 3. The concept of social dangerousness in psychiatric forensic practice. – 4. The assessment of social dangerousness.

1. Premessa.

Questo articolo vuole offrire alcuni spunti di riflessione sull’abuso del termine “pericolosità sociale” nella pratica clinica (e non solo), sulle contraddizioni rispetto alla natura del concetto stesso e sulla sua applicabilità nella valutazione peritale psichiatrico forense.

Si cercherà, quindi, di trattare in modo empirico il concetto di pericolosità sociale in correlazione all’esistenza di un disturbo mentale in grado di rientrare nell’ambito dell’infermità (di cui agli artt. 88, 89 e 90 c.p.), vale a dire nell’area delle anomalie comportamentali correlate a gravi infermità che abbiano determinato agiti aggressivi di natura fisica, sessuale o psicologica.

In realtà, il tema del reo pericoloso socialmente è molto più ampio e sfaccettato nelle sue declinazioni psicosociali. Pensiamo, ad esempio, alla pericolosità connessa a certi crimini informatici che possono essere commessi da persone disturbate ma non necessariamente incapaci e a comportamenti anti-normativi che esprimono un disagio sociale profondo ma che non sono inquadrabili come infermità.

Non ci poniamo quindi, in questa sede, l’obiettivo ultimo di rivedere in termini storici l’evoluzione del concetto stesso di pericolosità sociale poiché una tale analisi, pur molto interessante, andrebbe oltre i nostri scopi immediati.

Ci limiteremo, piuttosto, a riflettere sul concetto di pericolosità sociale in psichiatria forense, il quale, come è noto, meriterebbe oggi una revisione profonda e sostanziale per varie ragioni.

Innanzitutto perché, malgrado il prevalere in anni recenti di un più attento approccio trattamentale, il contenimento della pericolosità sociale del reo infermo di mente risente ancora di eccessi custodialistici. Ad esempio, consideriamo il rischio di nuove forme di alienazione intramuraria, come quelle che possono avvenire nelle odierne strutture residenziali e comunitarie, dopo l’avvenuta chiusura degli ospedali psichiatrici giudiziari del 2015. Il rischio, comunque presente, è quello di creare nuovi “automatismi”, meno evidenti ma comunque dannosi alle persone che, in continuazione con quanto avveniva in passato, possano portare al trattamento intramurario anche quando questo non è necessario oppure possano determinare l’estensione eccessiva della durata della misura di sicurezza applicata, finendo col ledere il diritto alla salute del reo.

Del resto, la tendenza ad utilizzare la psichiatria come emuntorio rispetto alle esigenze di funzionamento della società industriale è da tempo nota ed è connaturata con questo ordine sociale, poiché soddisfa la nostra percezione di sicurezza. Nemmeno il mondo giuridico, da a tutto ciò, può essere immune.

2. La “pericolosità” del paziente psichiatrico e la posizione dei curanti.

Il termine “pericolosità” porta lo psichiatra a confrontarsi con un concetto giuridico e non clinico.

Da molto tempo, infatti, questo termine è stato allontanato dal linguaggio tecnico della psichiatria che lo impiegava invece abitualmente negli anni lontani in cui prevaleva un atteggiamento custodialistico nella cura.

Erano i tempi in cui lo psichiatra usava formule come «pericoloso per sé e per gli altri», come si leggeva nei certificati di ricovero obbligatorio³.

Questa desueta terminologia, però, è talmente radicata che persiste ancora, impropriamente, nel linguaggio comune.

La moderna psichiatria italiana, quella successiva al 1978, anno della radicale trasformazione dovuta alle leggi 180 e 833 del 1978², non ha sensibilizzato neppure i clinici sul tema della pericolosità. Anzi, a dire il vero, questo termine è stato ostracizzato.

Dalla fine degli anni Settanta, la coazione al ricovero viene amministrata attraverso lo strumento del Trattamento Sanitario Obbligatorio (TSO), istituito permeato dalla preoccupazione di non ledere i diritti del malato attraverso la regolamentazione e limitazione del potere di ricovero obbligatorio in mano allo psichiatra, e le istanze custodialiste del controllo sociale sono state in parte superate. Infatti, sono state privilegiate le cure ambulatoriali sul “territorio”, attraverso rete di presidi atti a creare una psichiatria sociale e di comunità al servizio del malato.

In anni più recenti si sta assistendo ad una lenta ma costante ripresa dei concetti “antichi”, armati di una nuova preoccupazione garantista da cui traspare il graduale recupero di una sensibilità verso la pericolosità (sociale) del paziente psichiatrico.

Il mutamento non è avvenuto per un intervento legislativo ma per fattori culturali e di sensibilità sociale e giuridica. Come conseguenza, l'atmosfera di lavoro nei servizi psichiatrici è via via cambiata.

Pietra miliare del cambiamento è stata una sentenza della Cassazione che, nel 2008, ha introdotto nella *routine* dello psichiatra clinico nuovi concetti di provenienza giuridica³.

Primo fra tutti vi è il concetto di “posizione di garanzia”, che esprime una posizione di centralità e di responsabilità professionale dello psichiatra e del servizio di cura sui comportamenti del proprio paziente.

³ L. 14 febbraio 1904, n. 36, recante *Disposizioni sui manicomi e sugli alienati. Custodia e cura degli alienati* (pubblicata nella gazzetta ufficiale n. 43 del 22 febbraio 1904).

² L. 13 maggio 1978, n. 180, recante *Accertamenti e trattamenti sanitari volontari e obbligatori*, le cui disposizioni degli artt. 1, 2, 3, 4, 5, 6, 7, 8, e 9 sono rimaste operative fino all'entrata in vigore della legge istitutiva del servizio sanitario nazionale (l. 23 dicembre 1978, n. 833)

³ Cass. pen., sez. IV, 14 novembre 2007 – 11 marzo 2008, n. 10795.

Ciò ha rafforzato il "senso" di responsabilità dello psichiatra sulla necessità di concretamente prevenire comportamenti violenti da parte del paziente psichiatrico, pena ipotetica il poter essere individuati come correi del paziente stesso per non avere garantito le cure idonee e i provvedimenti terapeutici che avrebbero potuto impedire il reato.

All'atteggiamento "anti psichiatrico" degli anni '70 in cui si voleva limitare i poteri coercitivi dello psichiatra si è quindi sostituito un atteggiamento garantistico che di fatto ha superato alcuni aspetti della rivoluzionaria legge 180/1978 e ha mutato la psichiatria terapeutica in una psichiatria giuridica con l'"obbligo di protezione" del paziente, aumentando il carico di ansia per le possibili ricadute sulla responsabilità professionale percepita dallo psichiatra.

Così affermano Ariatti, Casoria e Versari⁴ riferendosi all'omicidio oggetto della sentenza sopra citata:

«... posizione di garanzia a tutela del paziente, non solo per la salute soggettiva, ma finalizzata anche ad evitare eventi quali quello in concreto verificatosi, cioè l'atto omicidiario nei confronti dell'operatore»⁵.

E queste le parole riportate in sentenza:

«...vano sarebbe però trovare nella legge 180 una norma che confermi che [...] la tutela sanitaria obbligatoria prevista [...] sarebbe preordinata esclusivamente alla tutela del malato e non anche dei terzi. E' vero che lo scopo primario delle cure psichiatriche è quello di eliminare o contenere la sofferenza psichica del paziente; ma quando la situazione di questi sia idonea a degenerare – anche con atti di auto o etero aggressività – il trattamento obbligatorio presso strutture ospedaliere è diretto ad evitare tutte le conseguenze negative che la sofferenza psichica cagiona. È del resto illusorio separare le conseguenze personali... da quelle verso terzi; la manifestazione di violenza ed aggressività non reca danno solo al terzo aggredito ma anche all'aggressore»⁶.

Dalla necessità di difendersi dalle conseguenze e dagli incidenti nel proprio operato non può che uscire indirettamente rafforzata l'attenzione e la sensibilità verso la potenziale "pericolosità" di un malato di mente, sia sotto il profilo della autolesività sia sotto quello della potenziale "dannosità" a terzi.

D'altra parte, allo psichiatra clinico non viene mai chiesto direttamente di valutare la pericolosità del paziente, poiché esso si trova in una posizione terapeutica: egli subisce la pericolosità del paziente ma non è chiamato a esprimersi sul tema.

Oltre a questo, lo psichiatra clinico non ha facile accesso ai trascorsi giudiziari del paziente: la ricostruzione della storia anamnestica dei pazienti in carico ai servizi è spesso incompleta, non è sempre oggetto di attenzione specifica e indagatrice, e gli operatori non

⁴ R. Ariatti, M. Casoria, M. Versari, *La responsabilità degli operatori della salute mentale nella psichiatria di comunità*, relazione inedita presentata al Convegno tenutosi a Milano, ASST Grande Ospedale Metropolitano Niguarda, il 18 novembre 2016.

⁵ V. *supra*, nota 3.

⁶ *Ibidem*.

hanno a disposizione dati certi da cui trarre informazioni rilevanti dato che le informazioni personali e sanitarie sono coperte dalla *privacy*.

3. Il concetto di pericolosità sociale nella pratica psichiatrico forense.

Diversa la situazione professionale dello psichiatra durante l'attività forense nella quale egli in qualità di consulente del giudice o delle parti processuali deve esprimersi in punto di pericolosità sociale.

Dopo la commissione di un reato e durante la perizia psichiatrica, il giudice, se lo riterrà opportuno, integrerà i quesiti rituali sull'imputabilità al momento dei fatti con una richiesta di approfondimento sulla presenza o meno della pericolosità sociale legata al vizio di mente eventualmente diagnosticato.

La valutazione della pericolosità sociale in psichiatria forense esprime un giudizio di probabilità che il reo, ritenuto infermo di mente e incapace all'esito di una perizia in tema di imputabilità, compia in futuro nuovi reati correlati al disturbo di cui è portatore e, per la competenza che gli spetta, lo psichiatra si pronuncia limitatamente alla pericolosità direttamente discendente dalla riscontrata incapacità di intendere e di volere.

Non si valuta quindi la generica tendenza antisociale ma lo studio di quei fattori incidenti sulla prognosi della malattia o meglio su quella componente di malattia che è direttamente causale rispetto al reato compiuto e alla possibilità di commissione di nuovi reati.

Il perito pertanto sarà chiamato a valutare la componente psichiatrica del comportamento del reo e ad esprimersi sulla probabilità che una nuova espressione di malattia o una possibile recidiva del disturbo psichiatrico rendano prevedibile la commissione di nuovi reati determinati da una condizione psicopatologica. Il tipico caso si verifica quando il reato assume nella lettura psichiatrica un valore di sintomo, ad esempio quando un paziente persecutorio aggredisce sulla base di un proprio delirio il presunto persecutore o quando un paziente schizofrenico aggredisce un passante sulla base delle proprie allucinazioni imperative.

In questi casi l'equazione garanzia di cura uguale prevenzione di nuovi reati trova una corrispondenza importante e il dibattito sulla imputabilità e anche sulla conseguente pericolosità sociale diviene relativamente lineare.

Anche in questo caso però rimarrà il dilemma, in realtà irrisolvibile, tra la possibilità che si sia trattato di un gesto isolato e invece la possibilità che vi sia una tendenza a reiterare nuovi reati per una intrinseca vocazione del periziando. Di nuovo la presenza anamnesticamente di un precedente reato rende il giudizio di pericolosità sociale più concreto e più sostanziata la richiesta di un programma di cure ed eventualmente di custodia per contenere il rischio di recidive ulteriori.

Decisamente più controverso è il caso in cui ci si trovi di fronte a disturbi mentali meno pervasivi ma complicati dalla presenza di più diagnosi, magari afferenti ai disturbi della personalità. Riteniamo sia opinione diffusa tra gli addetti ai lavori che la nosografia

sul tema dei disturbi della personalità sia forse la meno esaustiva e convincente dell'intero attuale impianto diagnostico della psichiatria.

Questa vacuità in fase diagnostica rende spesso più controverso l'accertamento sull'imputabilità nelle persone diagnosticate in quest'area psicopatologica.

La valutazione poi delle cause in grado di perturbare grandemente la capacità di intendere e di volere senza però escluderla del tutto deve confrontarsi anche con la sempre più diffusa tendenza all'abuso di sostanze psicotrope che complica e rende più grave, di fatto, il quadro clinico del periziando.

Infatti, la percentuale di pazienti che utilizzano sostanze illecite appare sempre più elevata nelle diagnosi di ricovero nei reparti di cura psichiatriche e le Aziende Sanitarie operano, in questi casi, con numero crescente di strutture accreditate per il lavoro sui pazienti con "doppia diagnosi"⁷ che necessitano di programmi di cura specifici.

Parte del lavoro del perito sarà delineare uno specifico programma di cura per questi casi complessi dove la concomitante presenza di disturbi da abuso di sostanze ("doppia diagnosi") aggrava sensibilmente la prognosi clinica e incrementa la pericolosità sociale dell'infermo.

4. La valutazione della pericolosità sociale.

La letteratura più classica e citata in ambito psichiatrico forense riconosce indicatori interni ed esterni della pericolosità sociale, dato che l'origine dei disturbi psichiatrici è bio-psico-sociale e quindi fattori di natura intrinseca e di contesto ambientale si intrecciano anche nel determinare insorgenza e ricaduta dei disturbi comportamentali.

Secondo Fornari sarebbero **indicatori interni di pericolosità sociale** i seguenti criteri:

- «- presenza e persistenza di una sintomatologia psicotica florida e riccamente partecipata a livello emotivo, alla luce della quale il reato assume "valore di malattia";
- assente consapevolezza di malattia (*insight*);
- non accettazione delle terapie prescritte; mancata o inadeguata risposta a quelle praticate (purché adeguate sotto il profilo qualitativo e del *range* terapeutico ed effettivamente somministrate);
- presenza di segni di disorganizzazione cognitiva e di impoverimento ideo-affettivo e psico-motorio (sensibile compromissione delle abilità sociali e delle risorse premorbose) che impediscano un compenso in tempi ragionevoli»⁸.

Sarebbero invece **indicatori esterni** che possono influire sulla pericolosità sociale

- «- Le caratteristiche dell'ambiente familiare e sociale di appartenenza (accettazione, conglobamento, rifiuto, indifferenza);

⁷ E. Giampieri, A. Alamia, G.L. Galimberti, B. Tinghino, M. Resentini, M. Clerici, "Doppia diagnosi" e consumo di risorse sanitarie nel DSM. L'esperienza di Monza e Brianza, in *Journal of Psychopathology*, Vol. 19, 2013, pp. 199-207.

⁸ U. Fornari, *Trattato di Psichiatria forense*, UTET, 2005, p. 127.

- esistenza e adeguatezza dei Servizi psichiatrici di zona, disponibilità e capacità di formulare progetti terapeutici da parte degli stessi;
- possibilità di (re)inserimento lavorativo o di soluzioni alternative;
- tipo, livello e grado di accettazione del rientro del soggetto nell'ambiente in cui viveva prima del fatto-reato;
- opportunità alternative di sistemazione logistica»⁹.

Si noti come gli indicatori esterni abbiano un'importanza almeno pari a quelli di tipo interno poiché esprimono una valutazione attenta del contesto, della cura e dell'adattamento sociale del reo.

In questo senso è fondamentale, e recentemente è stato ribadito anche attraverso una circolare dal Tribunale di Milano¹⁰, che il consulente del tribunale interagisca con i servizi preposti alla cura per confrontarsi sugli aspetti clinico terapeutici e valutare il programma terapeutico e riabilitativo da attuarsi. Ciò allo scopo di personalizzare il più possibile le esigenze di contenimento della pericolosità sociale e coniugarle con le possibilità di recupero e di cura.

A questo proposito, Tardiff propone una valutazione della pericolosità sociale ancora più sintetica ma molto interessante e frequentemente citata in materia di recidiva di comportamenti violenti, attraverso questi criteri:

- «- presenza di una psicosi florida, cioè caratterizzata da deliri o allucinazioni, o di un grave disturbo di personalità [...];
- storia clinica precedente caratterizzata da altri episodi di violenza agita; abuso di sostanze [...];
- assenza di una terapia farmacologica neurolettica, o la non risposta soddisfacente ad essa [...];
- bassa adesione alle terapie da parte del paziente, con tendenza a sottrarsi al trattamento [...];
- contesto familiare e sociale di riferimento sfavorevole, soprattutto per ciò che si riferisce a situazioni di isolamento relazionale»¹¹.

Per Tardiff assume importanza, a nostro avviso in modo molto opportuno, la presenza di "violenza agita" nella storia personale del soggetto da valutare.

Non possiamo dimenticare due omicidi tristemente collegati ad infermità di mente nell'autore di reato: il primo avvenuto nel 2007 in una comunità terapeutica emiliana, in cui un ospite affetto da una grave psicosi persecutoria accoltellò a morte un operatore durante una ripresa del disturbo¹². Più recentemente, in Lombardia nel 2017, l'ospite di una residenza protetta, anch'egli affetto da una sindrome persecutoria, uccise un'operatrice della struttura¹³. In entrambi i casi, nel passato remoto dei due omicidi, poi

⁹ *Idem*, p. 128.

¹⁰ Si veda l'art. 9 del Protocollo operativo in tema di misure di sicurezza psichiatriche per il Distretto di Milano, 12 settembre 2019.

¹¹ J. Tardiff, P.M. Marzuk, A.C. Leon, *Violence by patients admitted to a private psychiatric hospital*, in *American Journal Psychiatry*, 154, 1997, pp. 89-92.

¹² Sul caso, v. Cass. pen., sez. IV, 14 novembre 2007 – 11 marzo 2008, n. 10795.

¹³ Cfr. l'articolo *Omicidio di Nadia Pulvirenti, rinvio a giudizio per gli imputati*, in *Brescia News*, 28 febbraio 2020.

ritenuti totalmente incapaci e socialmente pericolosi, era presente un crimine di sangue per cui erano già stati ritenuti non imputabili e socialmente pericolosi.

Vi sono poi veri e propri strumenti armati di ambizioni tecniche che consentono la formulazione di un punteggio che indica il rischio di recidiva nella violenza. Uno di questi, che utilizza una serie più articolata e integrata di possibili indicatori del rischio di violenza (si noti che non si parla di pericolosità sociale in senso giuridico, ma di comportamento violento) è l'HCR-20¹⁴ che si pone come obiettivo quello di individuare dei *markers* di rischio nel passato di vita del paziente, negli elementi clinici e nell'adattamento futuro. Si tratta di uno strumento complesso e non ancora validato su un campione italiano.

Comunque, data la natura giuridica e non clinica del concetto di pericolosità sociale, il suo accertamento non dovrà fondarsi in modo preminente sugli strumenti tecnici di valutazione dell'aggressività/violenza o sui test in generale, e dovrà invece privilegiare come fondamento valutativo l'unicità del caso e la sua complessità, nonché gli aspetti specifici della situazione in esame come, ad esempio, la gravità del reato, la modalità della sua esecuzione e l'atteggiamento tenuto dal periziando durante le indagini, il dibattito e la perizia.

A tutti gli effetti, comunque, gli strumenti tecnici oggi a disposizione non sono sufficienti per poter giungere ad una valutazione esaustiva della pericolosità sociale in quanto alcuni possibili *markers* di rischio di violenza, quali l'impulsività, il discontrollo e la rabbia non si traducono sempre in indici di pericolosità sociale e non sono univocamente presenti. In altre parole, non sempre pericolosità sociale e violenza impulsiva o rabbiosa sono sinonimi.

Gli strumenti che tentano di quantificare un rischio di recidiva del paziente psichiatrico in comportamenti antisociali, forniscono sicuramente spunti di riflessione fecondi, ma d'altra parte, nessuna ipotetica certezza o garanzia di una previsione attendibile in grado di soddisfare realmente le aspettative del sistema della giustizia è al momento esistente.

Prevale, generalmente, da parte sia del perito sia degli operatori del sistema giudiziario, un atteggiamento cauto e prudente teso innanzitutto a scongiurare il rischio di commissione di nuovi reati, se necessario con l'applicazione di una misura di sicurezza.

D'altra parte, vi è grande attenzione a non travalicare nell'ambito dell'antico custodialismo.

In questo senso si sono compiuti rilevanti passi in avanti nel nostro sistema giudiziario, poiché negli ultimi decenni si è via via consolidata un'attenzione sempre più

¹⁴ K.S. Douglas, S.D. Hart, C.D. Webster, H. Belfrage, L.S. Guy, C.M. Wilson, *Historical-Clinical-Risk Management-20, Version 3 (HCR-20V3): Development and Overview*, in *International Journal of Forensic Mental Health*, 13, 2014, pp. 93-108. L'HCR-20 è un tentativo di stimare la probabilità che pazienti con malattia mentale possano ripetere comportamenti violenti oltre a quello che ne ha determinato la cura/detenzione al fine di promuovere i necessari trattamenti individuali e le strategie preventive. È composto da 3 sottoscale rispettivamente per 10 fattori storici, 5 fattori clinici e 5 fattori di gestione del rischio. Viene generato un punteggio che potrebbe essere indicativo per un *cut-off* anche se non ancora univoco.

sensibile a scongiurare il rischio degli automatismi del passato nella perpetuazione della misura di sicurezza.

Sono ormai superati i tempi remoti in cui un paziente psicotico in preda alla propria sintomatologia, reo magari di aver gettato oggetti dalla finestra del proprio appartamento, finiva negli Ospedali Psichiatrici Giudiziari (OPG), con tempistica di permanenza talvolta indeterminata, per il rinnovarsi "automatico" del giudizio di pericolosità.

L'essere reo affetto da psicosi poteva quindi risolversi nell'applicazione di una misura di sicurezza intramuraria ben più prolungata ed afflittiva di qualsiasi altra previsione di pena erogabile al reo non infermo, capace al momento dei fatti.

Oggi, nel valutare la necessaria misura di sicurezza per il reo incapace si applica una gradazione sempre più attenta anche al grado di restrizione della libertà individuale necessario al contenimento della pericolosità sociale.

Si è anche sempre più consolidato il concetto di percorso riabilitativo e risocializzante per cui alla misura di sicurezza più restrittiva fanno seguito, nel programma di cure e trattamento, misure meno limitanti la libertà personale, fino ad arrivare in molti casi al trattamento extramurario.

Questa attività è ribadita ed esplicitamente richiesta al perito dal "Protocollo operativo in tema di misure di sicurezza psichiatriche per il Distretto di Milano, 12 settembre 2019, art 9, Tribunale di Milano".

Vi si legge:

«... il perito/consulente e di Servizi territoriali afferenti al DSMD operano in termini di fattiva collaborazione ai fini della individuazione di un idoneo Percorso Terapeutico Riabilitativo Individuale (PTRI)».

Il perito nel sistema penale diviene quindi, anche e soprattutto nell'accertamento della pericolosità sociale, sempre più un agente di *liaison* tra il sistema della giustizia penale e il sistema sanitario, e questo suo ruolo di collegamento si traduce in una collaborazione con i servizi di cura e trattamento sempre più esplicita, auspicabile e invocata dallo stesso sistema della giustizia.

Bibliografia.

R. Ariatti, M. Casoria, M. Versari, *La responsabilità degli operatori della salute mentale nella psichiatria di comunità*, relazione inedita presentata al Convegno tenutosi a Milano, ASST Grande Ospedale Metropolitano Niguarda, il 18 novembre 2016.

K.S. Douglas, S.D. Hart, C.D. Webster, H. Belfrage, L.S. Guy, C.M. Wilson, *Historical-Clinical Risk Management-20, Version 3 (HCR-20V3): Development and Overview*, in *International Journal of Forensic Mental Health*, 13, 2014, pp. 93 ss.

E. Giampieri, A. Alamia, G.L. Galimberti, B. Tinghino, M. Resentini, M. Clerici, *"Doppia diagnosi" e consumo di risorse sanitarie nel DSM. L'esperienza di Monza e Brianza*, in *Journal of Psychopathology*, Vol. 19, 2013, pp. 199 ss.

U. Fornari, *Trattato di Psichiatria Forense*, UTET, 2015.

J. Tardiff, P.M. Marzuk, A.C. Leon, *Violence by patients admitted to a private psychiatric hospital*, in *American Journal Psychiatry*, 154, 1997, pp. 89 ss.

Conversazione

— **Lingua del diritto e linguaggi di genere – Ch. 4**

Prospettive transdisciplinari

The language of law in the society of images – Ch. 4

Transdisciplinary perspectives

di Alessandro Rudelli, Emanuela Abbatecola e Angela Condello

Emanuela ha posto una questione che ha a che fare con il potere e tu Angela hai fatto un passaggio nel quale richiami Judith Butler¹ e quindi tutto il suo lavoro sulla struttura psichica del potere, ma anche sul trans-genere, sul fare e disfare il genere.

A proposito di questo: ho sentito male o tu hai fatto un cenno al transdisciplinare?

Una prospettiva di lavoro e di studio transdisciplinare ha a che fare con un pensiero del femminile, del *transgender*, della destrutturazione delle formulazioni di potere?

O sono fantasie?

¹ Si veda il capitolo 2 della presente conversazione ([“Il diritto come metalinguaggio”](#)), con particolare riferimento alla nota n. 3.

Angela Condello

Non sono fantasie.

Io sono fissata con le parole: diciamo che la radice *trans* è quella della trasgressione, dell'andare oltre, dell'oltrepassamento; che è allo stesso tempo un riconoscimento che c'è un muro, perché se io scavalco quel muro e non ci vado a sbattere contro vuol dire che mi sono accorta che il muro c'è.

Come quando le generazioni degli anni Sessanta hanno reagito contro le norme della generazione precedente mettendosi la minigonna e ascoltando i cantautori: hanno riconosciuto l'esistenza della civiltà piccolo borghese e volevano oltrepassarla. E via dicendo.

Dal punto di vista psicoanalitico siamo molto aiutati nel significare la parola "trasgressione" perché, lo diceva Bataille² ma lo dice molto bene anche Freud, in qualche modo ogni atto di trasgressione è un atto con cui si riconosce il tabù e lo si conferma.

E nel confermarlo però in qualche modo lo si risignifica.

È comunque un atto ribelle, perché altrimenti resti dentro quel confine e non lo trasgredisci nella *trans-gressione*.

Non a caso ho utilizzato *trans-* e non *inter-*disciplinare, perché ultimamente sto riflettendo parecchio, anche con altri, sul fatto che *inter* sminuisca l'obiettivo di questo tipo di operazioni attraverso le discipline perché di fatto è un po' un'ibridazione, un esercizio di stile: andare a colonizzare, il diritto e la letteratura, il diritto e il cinema. Parlo del mio campo in particolare.

Se invece uno lo prende dal punto di vista dell'operazione di trasgressione è qualcosa che in realtà riguarda anche il linguaggio perché, come afferma Gadamer in "Verità e metodo"³, ogni volta che si interpreta si compie un atto ribelle perché si fissa nuovamente il senso di quell'oggetto.

Nella tradizione ermeneutica l'interpretazione è fondamentale: un termine che fino ad allora era stato usato in un certo modo, all'interno del suo contesto, dice una cosa che è importante anche nel nostro discorso.

Cioè usare avvocata, anche proprio sul piano inconscio come diceva giustamente Emanuela, e quindi anche sociale e quindi anche nell'immaginario, contribuisce a compiere

² G. Bataille: «Non posso considerare libero un essere che dentro di sé non nutra il desiderio di sciogliere i legami del linguaggio», tratto da: M. Galletti, *Tradurre Bataille: la lingua del Collegio*, in "Il Collegio di Sociologia", Bollati Boringhieri, 1991, p. XXIX.

³ H. G. Gadamer, *Verità e metodo*, Bompiani, 2000; pubblicato per la prima volta nel 1960, rappresenta un lavoro centrale nel panorama filosofico del Novecento, come recupero antiscientista dell'estetica, della storiografia e del dialogo interpersonale quali veicoli di verità.

quell'atto che è una trasgressione rispetto ad un uso neutralizzato e affermato, a una normalità.

Questo comportamento apparentemente patologico, usando un termine foucaultiano⁴, in realtà innesta il farmaco nuovo nella società attraverso una trasgressione nell'utilizzo di quel termine.

È una specie di esercizio critico nelle nostre pratiche linguistiche usare "avvocata" invece che "avvocato".

Quindi è un gesto profondamente politico, e non solo populisticamente o per apparenza; in realtà è anche un gesto teorico.

L'esercizio transdisciplinare può essere visto come qualcosa che attraverso la fuoriuscita dal confine contamina i saperi e li risignifica, anche se le nostre discipline, la sociologia e il diritto, sono contigue essendo tutte e due tendenzialmente scienze sociali.

Quindi *trans* non è a caso, è andare a una ricerca, nel nostro caso con un dialogo, con altre tipologie di trasgressioni, con altre forme o con altre azioni; **andare alla ricerca del senso del proprio lavoro attraverso il lavoro altrui**, che mi sembra anche il senso del vostro Cantiere dei Linguaggi di DPU: tante pratiche diverse.

Alessandro Rudelli

Sì, cercando di non avere predeterminato la destinazione.

Il senso del *trans* è questo.

Probabilmente invece una prospettiva di lavoro, ma anche di pensiero e di modo di stare al mondo interdisciplinare è più legata a una funzione tecnica.

Probabilmente **il pensiero del *trans* è un pensiero all'interno del quale non sono fissati dei blocchi di significatività indiscutibili: tutte le cose sono dei grovigli, degli intrecci che devono essere sciolti.**

Angela Condello

D'altra parte *trans* a differenza di *inter* implica un dinamismo.

Inter è una proposizione, uno stato di luogo.

⁴ Si richiamano gli importantissimi lavori di Michel Foucault nello studio degli "anormali", delle istituzioni disciplinari e dei dispositivi di assoggettamento.

Alessandro Rudelli

È proprio una posizione, un modo di stare al mondo in maniera interrogativa.

Volevo chiedervi delle indicazioni di letture, film, suggerimenti di siti per poter andare avanti nei discorsi che avete cominciato a fare.

Emanuela Abbatecola

Rispetto ai temi che abbiamo solo toccato, cioè il tema del sessismo, un libro che trovo molto stimolante è quello di Chiara Volpato, *Psicologia del maschilismo*⁵ in cui la psicosociologia si occupa delle differenze tra le varie forme del sessismo, tra cui il sessismo benevolo, cioè quelle forme più insidiose perché apparentemente accoglienti non inferiorizzanti.

Penso a tutti quei modi protettivi di dire: «Cara, tesoro».

Le donne sono meravigliose se però rimangono al loro posto.

Anche un breve trattato sul sessismo ordinario, un po' più giornalistico meno accademico però molto interessante, di Brigitte Gresy: *La discriminazione delle donne oggi*⁶.

E poi *Le Parole tossiche*⁷ di Graziella Priulla, perché c'è tutto: le parole creano la realtà, plasmano il pensiero, però possono anche fare male.

Ci sono le parole d'odio, le parolacce, gli insulti e nel sessismo interessantissimo è ragionare anche su quali parolacce si usano.

Angela Condello

Io in realtà ho un consiglio su una serie che non ha particolarmente a che fare col linguaggio: si chiama *"Unorthodox"*⁸ ed è una miniserie che parla di un'ebrea ultraortodossa a Williamsburg che trasgredisce alla sua religione.

⁵ C. Volpato, *Psicologia del maschilismo*, Laterza, 2013; testo nel quale l'Autrice analizza i meccanismi che regolano il potere maschile e la subordinazione femminile nel mondo del lavoro, della politica e dei media.

⁶ B. Gresy, *Breve trattato sul sessismo ordinario. La discriminazione delle donne oggi*, Castelveccchi, 2010; testo nel quale l'Autrice francese svela la delegittimazione del femminile portata avanti alle piccole cose quotidiane: parole, gesti, accondiscendenze, atteggiamenti paternalistici malcelati.

⁷ G. Priulla, *Parole tossiche. Cronache di ordinario sessismo*, Settenove, 2014; testo nel quale l'Autrice analizza le parole di una cultura sessista, omofoba e razzista che si celano in ogni ambito della vita sociale pubblica e privata.

⁸ *"Unorthodox"* è una miniserie televisiva tedesca e statunitense, resa disponibile su Netflix dal marzo 2020, basata sull'autobiografia di Deborah Feldman, ex ebrea ortodossa che ha rifiutato le sue radici chassidiche.

Secondo me è una storia molto bella perché si incrociano bene molte forme di normatività: quella linguistica, quella del costume, quella della religione eccetera ed è la storia di **una grande trasgressione che porta ad individuarla come soggetto, come umano.**

È una cosa meno accademica, meno tecnica, ma molto appassionante

Emanuela Abbatecola

È interessante anche *"Pose"*⁹ che racconta questo gruppo di *transgender* nell'America degli anni Ottanta, perché si vede che anche nel mondo cosiddetto "LGBT"¹⁰ prevalgono le gerarchie, le gerarchie degli uomini sulle donne, del bianco sul nero, del *cisgender* sul *trans*, per cui le donne *transgender* di colore sono allontanate.

[...continua]

⁹ *"Pose"* è una serie televisiva statunitense, resa disponibile su Netflix dal 2019, nella quale è rappresentata la *Ball Culture*, che identifica un sottoinsieme della cultura LGBT newyorkese caratterizzata dalla partecipazione a competizioni con 'balli' secondo categorie stabilite per emulare molteplici identità di genere.

¹⁰ L'acronimo LGBT indica collettivamente la comunità Lesbica, *Gay*, Bisessuale e *Transgender*, sempre più spesso esteso con l'aggiunta della Q di *queer* e col segno finale + (LGBTQ+) che intende aprire all'infinita proliferazione di altre forme della sessualità e del genere.

Riflessione

— Le vittime vulnerabili hanno sempre diritto al patrocinio a spese dello Stato

Nota a [Corte cost., sent. 11 gennaio 2021, n. 1](#), Pres. Coraggio,
Red. Coraggio

Vulnerable victims are always entitled to legal aid

*Note to Constitutional Court, judgment of 11 January 2021, n. 1, Pres. Coraggio, Red.
Coraggio*

di Enrica Valente Sardina

Abstract. Il contributo intende analizzare alcuni aspetti di rilievo della sentenza della Corte costituzionale n. 1/2021. La pronuncia, che ha avuto ad oggetto il giudizio di legittimità costituzionale dell'art. 76 comma 4-ter d.P.R. 30 maggio 2002 n. 115, è occasione di riflessione circa il tema – tanto delicato, quanto attuale – della tutela della persona offesa da reati attinenti all'autodeterminazione personale e sessuale. La Consulta ha ritenuto non soltanto legittime, ma anzi doverose, quelle garanzie che, da più fronti, vengono incontro alle istanze connesse alla loro condizione di particolare vulnerabilità, tra le quali il diritto al patrocinio a spese dello Stato, anche in assenza delle condizioni richieste dalla disciplina generale.

Abstract. *The contribution aims to analyze some important aspects of the Constitutional Court's sentence n. 1/2021. The ruling, which concerned the judgment on the constitutional legitimacy of art. 76 comma 4-ter of d.P.R. n. 115 of 30 May 2002, is an opportunity to reflect on the issue – as delicate as it is topical – of the protection of the person offended by crimes relating to personal and sexual self-determination. The Council considered not only legitimate, but indeed necessary, those guarantees which, on several fronts, meet the requests connected with their condition of particular vulnerability, including the right to legal aid, even in the absence of the required conditions from the general discipline.*

SOMMARIO: 1. Premessa. – 2. La genesi della vicenda. – 3. Il “diritto vivente”. – 4. La *ratio* della norma oggetto di scrutinio. – 5. L’evoluzione dell’art. 76 comma 4-ter t.u.s.g. – 6. Considerazioni conclusive.

SUMMARY: 1. Preamble. – 2. The genesis of the case. – 3. The “living law”. – 4. The *ratio* of the rule under scrutiny. – 5. The evolution of art. 76 par. 4-ter t.u.s.g. – 6. Concluding remarks.

1. Premessa.

La prima sentenza dell’anno giudiziario della Corte costituzionale, presieduta dal Dott. Giancarlo Coraggio, affronta il delicato tema del **patrocinio a spese dello Stato**, concesso **in deroga alla valutazione dei limiti reddituali** imposti dalla normativa di settore, quando il richiedente sia **vittima di reati particolarmente “odiosi”**.

Tale importante pronuncia consente di svolgere alcune riflessioni circa la *ratio* che deve essere riconosciuta alla norma dell’**art. 76 comma 4-ter d.P.R. 30 maggio 2002 n. 115** («Testo unico delle disposizioni legislative e regolamentari in materia di spese di giustizia»)¹.

La lettera della norma² – come da ultimo modificata ex art. 2 co. 3 d.l. 14 agosto 2013, n. 93, convertito in l. 15 ottobre 2013, n. 119 – esime dalla dichiarazione reddituale l’istante, che sia stato vittima dei reati di cui agli articoli 572, 583-*bis*, 609-*bis*, 609-*quater*, 609-*octies* e 612-*bis*, nonché, ove commessi in danno di minori, dai reati di cui agli articoli 600, 600-*bis*, 600-*ter*, 600-*quinquies*, 601, 602, 609-*quinquies* e 609-*undecies* del codice penale.

¹ Sul tema, G. Bellucci, *Il patrocinio a spese dello Stato. Presupposti, casi, liquidazione del compenso e atti successivi*, Giappichelli, 2019; E. Antonuccio, R. Aragona, L. Degl’Innocenti, *Il patrocinio a spese dello Stato nel processo penale. Aspetti teorici e profili pratici*, Dike Giuridica, 2012.

² V. Art. 76 comma 4-ter d.P.R. n. 115/2002: «la persona offesa dai reati di cui agli articoli 572, 583-*bis*, 609-*bis*, 609-*quater*, 609-*octies* e 612-*bis*, nonché, ove commessi in danno di minori, dai reati di cui agli articoli 600, 600-*bis*, 600-*ter*, 600-*quinquies*, 601, 602, 609-*quinquies* e 609-*undecies* del codice penale, può essere ammessa al patrocinio anche in deroga ai limiti di reddito previsti dal presente decreto».

Tale disposizione si inserisce in un **corpus di regole** – indipendentemente dalla loro collocazione sistematica – **volte ad ampliare la protezione e facilitare l'accesso alla giustizia delle vittime vulnerabili**, oggetto di reati che intaccano profondamente l'autodeterminazione personale e sessuale.

La Consulta ha difatti confermato che è legittimo ed anzi ragionevole che questi soggetti **possano essere ammessi al patrocinio a spese dello Stato, a prescindere dalle condizioni economiche in cui versano**, che ben potrebbero non rientrare nei limiti prescritti ex art. 76 commi 1-4 d.P.R. 115/02³.

2. La genesi della vicenda.

La vicenda trae origine dall'ordinanza del 13 dicembre 2019, con la quale il Giudice per le indagini preliminari del Tribunale di Tivoli ha adito la Corte costituzionale, lamentando un **contrasto tra il comma 4-ter dell'art. 76 d.P.R. 115/2002 e i principi contenuti negli artt. 3 e 24 comma 3 della Costituzione**⁴.

In particolare, nell'ambito del procedimento portato al cospetto del giudice *a quo*, relativo ad un'ipotesi di violenza sessuale, la persona offesa aveva fatto richiesta di ammissione al c.d. gratuito patrocinio, trascurando di allegare la dichiarazione reddituale e patrimoniale che, normalmente, ne è presupposto⁵.

Alla domanda di integrazione, sollecitata da parte del GIP, **la difesa rilevava la assoluta superfluità** e anzi non necessarietà **di tale attestazione**, posto che la **vittima rientrava nella categoria dell'elenco di soggetti esentati dalla prova della non abbienza**, ai sensi del disposto dell'art. 76 co. 4-ter d.P.R. 115/2002⁶.

Tanto premesso, il giudice di prime cure ha ritenuto che **un simile automatismo** – così come interpretato dalla recente giurisprudenza di legittimità – nella concessione del beneficio, **svincolato da qualsiasi valutazione in ordine alla sostanza economica effettiva dell'istante**, fosse **gravemente violativo di più di una norma costituzionale**.

³ La legge richiede, ai fini dell'ammissione al gratuito patrocinio, l'accertamento della titolarità di una soglia di reddito imponibile risultante dall'ultima dichiarazione, che non superi i 10.766,33 euro; il calcolo deve tenere conto degli eventuali ulteriori redditi conseguiti da altri membri della famiglia nel medesimo periodo di tempo, salvo che siano in causa diritti della personalità, o che gli interessi dell'istante siano in conflitto con quelli degli altri familiari conviventi. Devono considerarsi, ancora, i «redditi che per legge sono esenti dall'imposta sul reddito delle persone fisiche (IRPEF) o che sono soggetti a ritenuta alla fonte a titolo d'imposta, ovvero ad imposta sostitutiva».

⁴ Cfr. ord., 13 dicembre 2019 n. 48, in *G.U. n. 22, prima serie speciale – Corte costituzionale 2020*.

⁵ V. art. 79, comma 1, lettera c) d.P.R. 115/02.

⁶ Dall'ordinanza si legge che, a parere del difensore, «il giudice difetta di qualsiasi discrezionalità in merito alla concessione del beneficio invocato dall'istante in rapporto alle condizioni reddituali, mentre rimane riservato al giudice l'accertamento che il procedimento riguardi effettivamente la violazione di una delle fattispecie previste nella disposizione e che l'istante sia effettivamente vittima del reato (e non semplice danneggiato dal reato)».

In primo luogo, il rimettente evocava **la violazione del principio di eguaglianza** di cui all'art. 3 Cost., posto che una siffatta automatica concessione della gratuità delle spese legali, elargita a tutti coloro che assumano la veste di vittima rientrando in quel corposo catalogo di reati (certamente "odiosi"), **equiparerebbe** fra loro «**situazioni del tutto eterogenee sotto il profilo economico**»⁷.

In secondo luogo, il Giudice per le indagini preliminari ha fatto riferimento al **terzo comma dell'art. 24 Cost.**, asserendo che proprio l'eventuale concessione di un sussidio economico come quello previsto dalla normativa di settore, nei confronti di persone offese anche «di eccezionali capacità economiche»⁸, **minerebbe la salvaguardia della spesa pubblica in materia di giustizia**, che pure deve trovare attenzione nell'ottica di effettività e di equilibrio delle scelte del legislatore.

3. Il "diritto vivente".

Prima di soffermarsi sulla decisione della Corte costituzionale, occorre brevemente ricordare che il giudice rimettente, nel motivare la necessità di adire la Consulta, ha fatto riferimento al recente orientamento della **giurisprudenza di Cassazione** che sembra dare **risposta univoca all'interpretazione della norma**.

Si richiamano, infatti, due pronunce di legittimità, rispettivamente **in tema di "stalking"**⁹ e **di maltrattamenti in famiglia**¹⁰, le cui fattispecie incriminatrici rientrano nell'elenco dettato dall'art. 76 comma 4-ter d.P.R. 115/2002.

La Suprema Corte, ferma nel ritenere sempre fruibile il patrocinio a spese dello Stato da parte delle vittime dei reati menzionati nella norma *de qua*, ha inteso **mettere in evidenza la finalità** della stessa che appare volta esclusivamente a **facilitare l'accesso alla giustizia di certe parti lese, non coinvolgendo** in alcun modo – nonostante la collocazione testuale potrebbe fare pensare l'opposto – **questioni di tipo economico-patrimoniale**.

Ciò posto, data l'esistenza di un indirizzo interpretativo assolutamente consolidato, per il GIP di Tivoli non sembrava esserci altra possibilità che la formulazione di una questione di legittimità costituzionale. La Consulta ha difatti ritenuto **ammissibili le questioni addotte** – al contrario di quanto prospettato dall'Avvocatura di Stato in sede di giudizio – poiché **basate su un "diritto vivente" che avrebbe senz'altro richiesto al giudice a**

⁷ Cfr. § 1 della sentenza in commento.

⁸ *Ibidem*.

⁹ V., Cass. pen., sez. IV, 20 marzo 2017 n. 13497, Pres. Bianchi, in *Cass. pen.*, 2017, p. 2844 ss., che offre spunti ermeneutici interessanti sulla norma del d.P.R. 115/02, specificando come l'automatismo nella concessione del beneficio in tema di spese di giustizia non debba, al contrario, estendersi alla parte danneggiata che si costituisca parte civile nel processo penale giacché, come noto, potrebbe non coincidere con la vittima del reato; in secondo luogo, la S.C. si interroga se la considerazione che la norma reciti che la persona offesa «può essere ammessa al patrocinio anche in deroga ai limiti di reddito previsti», conceda al giudice un eventuale potere di diniego, arrivando ad affermare, al contrario, che la facoltà di richiedere il gratuito patrocinio è riservata alla persona offesa che può comunque stabilire di non fruirne, precludendo in caso contrario spazi di scelta del giudicante sul punto.

¹⁰ Cfr. Cass. pen., sez. IV, 23 novembre 2018, n. 52822, Pres. Izzo, in *DirittoeGiustizia.it*, 26 novembre 2018.

quo «di uniformarvisi o di rendere un provvedimento difforme e di segno negativo, verosimilmente destinato all'annullamento o alla riforma»¹¹.

Pertanto, in punto di non manifesta inammissibilità, pare di interesse il rilievo che la Corte costituzionale svolge circa la **naturale sorte di alcune pronunce di merito** che tentino di discostarsi dalla prevalente giurisprudenza di legittimità, **pure in assenza**, nel nostro ordinamento, della teoria **dello stare decisis**, di matrice prettamente anglosassone.

La prassi, difatti, suggerisce l'opposto, inducendo a considerare quale **unica via utile** per i giudici di prime cure la **doglianza alla Consulta**¹².

4. La *ratio* della norma oggetto di scrutinio.

Tanto chiarito in punto di ammissibilità, **la Corte costituzionale ha dichiarato infondata la questione, sia in riferimento all'art. 3, che all'art. 24 co. 3 della Costituzione.**

Il Giudice delle leggi si è, dapprima, ampiamente soffermato sulla **ratio sottesa alla norma censurata**, nel senso della non irragionevolezza della stessa che, al contrario, perseguirebbe una finalità **precisa e diversa da quella che il d.P.R. 115/02, in sé considerato, potrebbe far desumere.**

A questo proposito, la Corte ha ricordato che la disposizione ha fatto ingresso nell'ordinamento con d.l. 23 febbraio 2009, n. 11, convertito, con modificazioni, nella legge n. 38/2009. Ebbene, proprio tale normativa, come si vedrà, si inserisce nell'ambito di una **"legislazione d'emergenza", volta a tutelare talune categorie di vittime** – specialmente donne e minorenni – **esposte ad episodi di violenza domestica e sessuale.**

Letto in questa ottica, l'obiettivo che la gratuità delle spese di giustizia si pone è quello di **rendere più agevole e automatico l'accesso alla tutela giurisdizionale**, a fronte di reati che pongono le **vittime** (si pensi, ad esempio, ad ipotesi di violenza sessuale o di maltrattamenti reiterati da parte del coniuge) **in una condizione di forte insicurezza e vulnerabilità.**

Tali sentimenti fungono da **deterrente rispetto alle richieste di aiuto** – già esigue – e, di conseguenza, è agevole pensare che **ogni onere ulteriore possa scoraggiare l'emersione dell'illecito**, facilitandone evidentemente la reiterazione.

A supporto della propria argomentazione, la Consulta ha peraltro ricordato che **altre deroghe ai limiti reddituali e patrimoniali**, rispetto all'erogazione del beneficio, sono presenti anche altrove nell'ordinamento, laddove, **nel pieno rispetto dell'art. 3 Cost.**, il legislatore ne ha considerato la ragionevolezza, con l'obiettivo di perseguire ulteriori

¹¹ Cfr. § 4 della sentenza; nei medesimi termini v. Corte cost. 4 ottobre 2016, n. 240, in *giuricost.it*; sul tema, v. L. Salvato, *Profili del «diritto vivente» nella giurisprudenza costituzionale*, in *cortecostituzionale.it*, 2015.

¹² Sul tema, *ex plurimis*, v. Corte cost., 21 novembre 1997, n. 350; Corte cost., 5 luglio 1995, n. 296; Corte cost., 24 luglio 1996, n. 307, tutte in *giuricost.it*.

principi della Carta costituzionale. È quanto avviene, ad esempio, nell'ambito «del procedimento di espulsione dello straniero»¹³.

Ancora, nell'ordinanza del giudice di Tivoli si era sostenuta l'**irragionevolezza della presunzione assoluta che sorreggerebbe il beneficio a spese dello Stato** (posto che, si è detto, non sembrerebbe ammesso alcun vaglio discrezionale dell'organo giudicante).

In particolare, il giudice di merito ha argomentato ricordando che, nel nostro ordinamento, **una presunzione è legittima solo qualora – sulla base di «dati di esperienza generalizzati»¹⁴ – risponda all'*id quod plerumque accidit*.**

Ciò premesso, a parere del GIP, tale accertamento empirico difficilmente sarebbe possibile nel caso in esame, posto che **all'interno del corposo catalogo** – dettato dall'art. 76 comma 4-ter d.P.R. 115/02 – **ben vi potrebbero rientrare vittime di reato dallo status economico molto eterogeneo**. Di conseguenza, veniva detto,

«l'irragionevolezza di una presunzione assoluta si coglie tutte le volte in cui sia possibile formulare ipotesi di accadimenti reali contrari alla generalizzazione posta a base della presunzione stessa»¹⁵.

Orbene, in merito a tale ultimo assunto, la Consulta, nel concordare con la imprescindibile rispondenza delle valutazioni empiriche e/o dei dati scientifici ai fini dell'ammissibilità di presunzioni assolute, ha peraltro osservato che la verifica del dato, nel caso in esame, **non deve affatto concernere lo status economico-patrimoniale, quanto piuttosto l'effettiva «vulnerabilità delle persone offese dai reati presi in considerazione dal censurato comma 4-ter»¹⁶**, aspetto che appare drammaticamente e indiscutibilmente confermato dall'esperienza giurisprudenziale, dalla cronaca giudiziaria, nonché dai numerosi studi vittimologici e criminologici.

Infine, seppur sinteticamente, quanto alla seconda doglianza sollevata dal giudice di merito, **la Corte si è espressa nel senso di escludere la sussistenza di una preclusione rivolta al legislatore**, e *tout court* imposta dal parametro costituzionale di cui all'**art. 24 comma 3**. Si ritiene pertanto **ragionevole integrare la normativa di settore**, aggiungendo tutele, anche di tipo economico, **per categorie eterogenee di soggetti** e in luogo di parametri specificamente dettati dallo *status* reddituale, posto che queste ultime non solo non tolgono garanzie già esistenti, ma perseguono ulteriori fini ugualmente garantiti in Costituzione.

¹³ Cfr. § 6 della sentenza; così anche Corte cost, ord. 29 dicembre 2004, n. 439, in *giuricost.it*.

¹⁴ *Idem*, § 7.

¹⁵ *Ibidem*; v., *mutatis mutandis*, Corte cost., 23 ottobre 2019, n. 253, in *cortecostituzionale.it*.

¹⁶ *Ibidem*.

5. L'evoluzione dell'art. 76 comma 4-ter t.u.s.g.

La sentenza in commento appare di particolare interesse e rilevanza per la linearità degli **snodi motivazionali che ben chiariscono la *ratio* effettiva della norma** censurata dal giudice *a quo*.

A completamento degli spunti offerti dalla pronuncia, può essere utile per il lettore ripercorrere brevemente le **principali tappe evolutive della disposizione**, introdotta, come anticipato, dalla Legge di conversione 23 aprile 2009 n. 38, rubricata «Misure urgenti in materia di sicurezza pubblica e di contrasto alla violenza sessuale, nonché in tema di atti persecutori».

La disposizione originaria concedeva il gratuito patrocinio alle persone offese dei reati di cui agli articoli 609-*bis*, 609-*quater* e 609-*octies* del codice penale. È però interessante notare come **la rapida evoluzione della norma abbia consentito di estendere il beneficio ad un numero molto più considerevole di vittime**.

In particolare, **un primo aggiornamento** del comma 4-*ter* si è reso possibile grazie all'emanazione della **legge 1° ottobre 2012 n. 172** che, come noto, ha ratificato la Convenzione di Lanzarote.

Va ricordato come tale ratifica, da parte del nostro legislatore, abbia permesso di accrescere il *corpus* di **regole volte al contrasto di forme gravissime di criminalità** che, intaccando profondamente la libertà personale e sessuale – in particolare di minorenni – **incidono**, in maniera spesso irreversibile, **sullo stato psico-fisico e sociale delle vittime**.

Proprio **a tale fine si sono rese necessarie modifiche eterogenee, tanto al codice penale** (che ha visto l'introduzione di nuove fattispecie delittuose in materia di libertà sessuale e di minori, nonché l'aggravamento della disciplina di numerosi reati), **quanto al codice di rito** (si pensi, solo a titolo esemplificativo, alle modifiche apportate a presupposti e modalità di svolgimento dell'incidente probatorio, quando ciò sia necessario nell'ambito di un procedimento che coinvolga simili categorie delittuose). **Nelle more di queste riforme**, non meno importante è stata **la novella introdotta con l'art. 9 della legge in commento all'art. 76 comma 4-*ter* del t.u. sulle spese di giustizia**¹⁷.

Seguendo il medesimo filone, un'ultima revisione alla norma *de qua*, è stata introdotta dal d.l. n. 93/2013, convertito nella **legge n. 119/2013** recante «Disposizioni urgenti in materia di sicurezza e per il contrasto della violenza di genere, nonché in tema di protezione civile e di commissariamento delle province».

Tra i traguardi raggiunti da quest'ultimo approdo legislativo – che ha nuovamente integrato la legislazione d'emergenza, nell'ottica di rallentare gli episodi di reato, perpetrati

¹⁷ Per approfondire, v. *Temì dell'attività Parlamentare - Legge 172/2012 - Ratifica della Convenzione di Lanzarote*, in www.parlamento.it; S. Martelli, *Le convenzioni di Lanzarote e Istanbul: un quadro d'insieme*, in L. Luparia (a cura di), *Lo Statuto o statuto europeo delle vittime di reato. Modelli di tutela tra diritto dell'Unione e buone pratiche nazionali*, Cedam, 2016.

tra le mura domestiche o contro il *partner* – ci si limita, in questa sede, a ricordare l'aumento di obblighi informativi da parte della polizia giudiziaria nei confronti della vittima, nonché, proprio in questo ambito, la **possibilità di adire alla giustizia rapidamente e gratuitamente**¹⁸.

6. Considerazioni conclusive.

Il Giudice delle leggi, in punto di decisione di costituzionalità, ha certamente dato conto del filo conduttore comune che lega i suindicati interventi di riforma.

Tale sentenza va pertanto ad inserirsi in un sistema – ancora non completo – di **provvedimenti legislativi e indirizzi giurisprudenziali volti a dare risposta concreta alle istanze di garanzia e vicinanza alle vittime più vulnerabili**, oggetto di reati che abbiano intaccato la loro autodeterminazione personale e sessuale¹⁹.

Simili istanze richiedono questi ed ulteriori spazi di tutela all'interno dell'ordinamento, la cui *ratio* comune, indipendentemente dalla loro collocazione sistematica, deve essere quella di garantire una **maggiore emersione di questi illeciti, anche attraverso l'incoraggiamento alla denuncia**.

Ciò posto, il disposto della norma in discussione non solo si ritiene «del tutto ragionevole e frutto di un non arbitrario esercizio della propria discrezionalità da parte del legislatore»²⁰, ma anzi espressione di una **maggiore sensibilità culturale e giuridica sul tema**, che può fungere da monito ad ulteriori ripensamenti in senso più garantista.

Bibliografia.

E. Antonuccio, R. Aragona, L. Degl'Innocenti, *Il patrocinio a spese dello Stato nel processo penale. Aspetti teorici e profili pratici*, Dike Giuridica, 2012.

G. Bellucci, *Il patrocinio a spese dello Stato. Presupposti, casi, liquidazione del compenso e atti successivi*, Giappichelli, 2019.

S. Martelli, *Le convenzioni di Lanzarote e Istanbul: un quadro d'insieme*, in L. Luparia (a cura di), *Lo Statuto o statuto europeo delle vittime di reato. Modelli di tutela tra diritto dell'Unione e buone pratiche nazionali*, Cedam, 2016.

¹⁸ Si rimanda al commento di E. Rizzato, *L. 119/13, le novità in materia di contrasto al c.d. femminicidio*, in *questioneigiustizia.it*, 28 ottobre 2013.

¹⁹ Per approfondire, V. Santoro, *La tutela della vulnerabilità. Riflessioni penalistiche e buone prassi per emersione e prevenzione dei reati. Riduzione del danno e tutela delle vittime nel processo penale.*, 18 dicembre 2019, in *unicost.eu*.

²⁰ Cfr. § 5 della sentenza.

E. Rizzato, *L. 119/13, le novità in materia di contrasto al c.d. femminicidio*, in *questionegiustizia.it.*, 28 ottobre 2013.

L. Salvato, *Profili del «diritto vivente» nella giurisprudenza costituzionale*, in *cortecostituzionale.it.*, 2015.

V. Santoro, *La tutela della vulnerabilità. Riflessioni penalistiche e buone prassi per emersione e prevenzione dei reati. Riduzione del danno e tutela delle vittime nel processo penale*, in *unicost.eu.*, 18 dicembre 2019.

Temi dell'attività Parlamentare, *Legge 172/2012 - Ratifica della Convenzione di Lanzarote*, in *www.parlamento.it.*

— E la nave (non) va...

And the ship does (not) go...

di Luca Santa Maria

1. Nel 1494 Sebastian Brant pubblicò un volumetto di versi allegorici intitolato *La nave dei folli*. In esso si trova una [celebre incisione di Albrecht Dürer](#). La Giustizia vi è raffigurata come una donna bendata. Dietro, un folle, riconoscibile per il berretto a sonagli, le stringe il nodo della benda.

2. Le cronache giudiziarie di questi ultimi tempi riportano d'attualità il tema di quell'incisione. C'è qualcuno che da dietro le spalle leghi la benda che chiude gli occhi alla Giustizia? Chi benda gli occhi alla Giustizia è veramente un pazzo? Oppure no, la Giustizia è al collasso per tante difficili e profonde ragioni?

3. Il discorso sulla crisi della giustizia nella contemporaneità è tra i più ardui che si possano fare, anche perché siamo tutti parte del quadro, e tutto accade sotto i nostri occhi. Non abbiamo ancora la distanza necessaria per analizzarla come si converrebbe. In mancanza di studi scientifici sull'argomento, dobbiamo procedere a tentoni, quasi per via aneddotica e facendo leva sull'intuizione e sui frammenti della cronaca. Metodo assai poco scientifico, si dirà, e a ragione. L'alternativa, però, è il silenzio e forse è peggio. Vale quindi la pena di provarci in attesa che altri, assai meglio di me, lo facciano con strumenti più rigorosi e dati certi e consolidati.

4. Parlare di diritto penale significa sempre parlare del grande e controverso tema del rapporto del diritto stesso col potere. Il diritto penale è il mezzo attraverso il quale chi detiene il potere nello Stato lo esercita contro chi invece quel potere lo deve subire. Il diritto penale "liberale" è tale perché imbriglia la tendenziale onnipotenza dello Stato con un nucleo di diritti inalienabili che dovrebbero garantire il cittadino, la sua libertà. Il diritto penale liberale è stata una grande conquista di civiltà di cui giustamente l'occidente va fiero. Le garanzie, però, non valgono per tutti allo stesso modo. C'è chi se le può permettere, fino ad abusarne, e chi no. Le garanzie hanno un prezzo di mercato.

5. Diritto penale liberale non fa rima con diritto penale democratico.

6. Che cosa è, però, il potere? Il discorso sul potere non è mai semplice. Il potere è di chi comanda nello "stato di eccezione"? O il potere è di chi è in grado di costruire laddove lo voglia lo "stato di eccezione"? Chi comanda davvero nel nostro tempo? Lo Stato? Nel nostro tempo l'Impresa e il Mercato sono diventati il surrogato quasi metafisico di Dio e del Mondo e paiono avere un potere talmente grande da poter fare a meno della minaccia e dell'uso della violenza. Cioè della Legge. E quindi dello Stato. C'è chi vede profilarsi il tramonto dello stesso Stato di diritto.

7. C'è chi sta sopra la legge, pochi, e chi sotto, molti. Sintomo della crisi del diritto penale è a un tempo la sua degenerazione populista – repressione sempre più massiva del più debole per assecondare e placare le paure collettive – e la sua degenerazione elitaria o oligarchica – ritiro della repressione, con creazione di bolle di impunità, "stati di eccezione", laddove, invece, c'è il potere, cioè il più forte.

8. Facce della stessa medaglia. Carcerazione di massa e diritto penale "simbolico".

9. Il fulcro del diritto penale "liberale" è il culto della fattispecie formale. Il fatto da punire è solo quello che sta nei confini della fattispecie formale scritta nella legge. Si dice che nel diritto penale la forma è sostanza appunto perché il vincolo dell'osservanza della forma **frena** l'abuso dello Stato, incanalando la violenza del potere in mondi di razionalità appunto formale che lo Stato stesso è tenuto ad accettare.

10. Il diritto penale liberale però è in crisi.

11. La capacità del diritto di fungere da **freno** del potere "politico" appariva giustificata dalla fede del ceto intellettuale dei giuristi nei secoli nella "autonomia" del diritto; il diritto evolve come un grande fiume che scorre dentro canali di ragione, vincolando il mondo della vita e della lotta degli interessi al proprio lento corso. Ora il Paradiso pare perduto. Perché?

12. Il diritto penale non è mai stato un edificio fatto di mattoni solidi. Fatti duri come pietre e parole chiare anch'esse scolpite nella pietra. La cultura giuridica, però, ha recalcitrato finché ha potuto ad ammettere quel che, nella cultura del nostro tempo, è divenuto invece del tutto ovvio. La visione del diritto penale come incarnato nella Legge scritta nei Codici è in crisi. La Legge come Testo è sempre stato il nostro grande feticcio. La nostra è la civiltà del Libro. Il Testo però si è sbriciolato in una moltitudine di interpretazioni e quindi in una moltitudine di testi possibili.

13. Il linguaggio è divenuto l'oggetto principale della filosofia, ma, stranamente, non del diritto. Che esista una corrispondenza tra parola e oggetto è indimostrabile e quindi non vero. Il linguaggio è sempre vago. Di ogni parola, se voglio, faccio l'uso che mi pare. O meglio ne faccio l'uso che le convenzioni dominanti impongono e che variano di continuo.

14. Nessun Testo e quindi nessuna Legge nasce con un suo significato che un Giudice non debba far altro che trovare. Crederlo è come credere alla magia e agli stregoni, alle parole che parlano da sole.

15. Il ceto dei giuristi prima monopolizzava le regole dell'uso delle parole del diritto. Ora non è più in grado di farlo. Il diritto penale, ormai, si è esteso molto oltre i limiti della cultura del giurista. Compaiono nelle leggi sempre più parole nuove. Le regole dell'uso di quelle vecchie sono in continuo cambiamento indipendentemente dalla volontà dei giuristi.

16. Il diritto poi si fonda su un "realismo ingenuo". C'è e ci deve essere un mondo "esterno" ad ogni osservatore, il Giudice, in cui le cose stanno in un certo, unico modo, e questo modo deve essere conoscibile con ragionevole certezza da chiunque più o meno allo stesso modo. Sappiamo ormai che non è così.

17. I fatti sono spiegabili in molti, fin troppi, modi, e quindi non sono quasi mai davvero spiegabili, forse perché non esiste – o se esiste non è conoscibile – un mondo esterno oggettivo all'osservatore. Viviamo l'intera vita nel buio del nostro cervello che produce incessantemente modelli di mondo condizionati da strutture cerebrali di cui sappiamo poco o nulla ancora. Sappiamo che il cervello funziona per euristiche e distorsioni sistematiche (molti dicono di aver letto [Kahneman](#) e gli esperimenti che provano l'esistenza di *heuristic* e *bias* cognitivi). Il problema è che la coscienza, l'io narratore di cui parla [Gazzaniga](#) (grande neuroscienziato un po' meno noto) ci inganna di continuo perché di continuo racconta storie, confabula, convincendoci che abbiamo ragione noi e gli altri torto.

18. Datemi un set di evidenze, *rectius* prove, e io, come molti, vi apparecchio plurime possibili spiegazioni quasi tutte più o meno plausibili. E scelgo l'una o l'altra, così come mi conviene o semplicemente come conviene al mio cervello i cui meccanismi profondi mi sono ignoti.

19. Il giudice, nella vaghezza insostenibile di espressioni come "oltre ogni ragionevole dubbio", costruisce, volta per volta, lo *standard* della prova necessaria per condannare e assolvere. Ora l'asticella è così in alto da essere inarrivabile ora è così in basso da poter essere scavalcata con fin troppa facilità. Così nascono e muoiono delitti.

20. In breve. La filosofia del XX secolo ha abbattuto ogni credenza ingenua sulla oggettività del linguaggio e della conoscenza, finendo col mettere in discussione ogni cosa, anche la razionalità della base empirica della scienza.

21. Si dirà «questa è filosofia! Il diritto è altra cosa!» ma non è vero. Il diritto penale vive dentro una filosofia, solo che la filosofia in cui vive, il senso comune, è una nave che affonda di fronte alla ragione scientifica e la ragione scientifica è a sua volta un mare in tempesta.

22. Come può la cultura giuridica far finta che nulla sia accaduto nella storia del pensiero umano? Continuiamo a fingere che il diritto sia un'isola felice, l'unica rimasta, in un mare in perenne tempesta. Ma non può essere vero.

23. Come può oggi un giurista, Giudice o Dotto che sia, aprire un libro e dire all'uditorio: «questo è il diritto penale»? Il cosiddetto diritto vivente vive sempre più fuori dai manuali, dai commentari, dalle monografie, dagli articoli dei giuristi.

24. La crisi del diritto è quindi innanzitutto il prodotto di una crisi scettica che ha attraversato e attraversa la nostra epoca in cui ogni dogmatismo è stato eroso e non può più essere creduto come prima.

25. Che la Legge sia in crisi e che il Diritto sia il flusso tendenzialmente caotico delle sentenze dei Giudici, lo dice la giurisprudenza della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo. L'art. 7 CEDU esprime **molto più** che la fusione degli orizzonti tra *civil law* e *common law*, come pure è vero, ed è di epocale importanza.

26. **L'ondivaga variegata e mutevole giurisprudenza CEDU è l'onesto segnale della crisi del diritto penale nel suo nucleo garantistico più importante.**

27. Il principio di legalità fondato sulla fattispecie formale non è più il perno su cui ruota l'universo del diritto.

28. La crisi del diritto è innanzitutto **crisi della certezza o prevedibilità del diritto.**

29. Nemmeno la Corte di Strasburgo può risolvere i problemi che fa venire alla luce. Il diritto deve essere prevedibile ma il vincolo al precedente, lo *stare decisis*, non può essere troppo stretto. Il diritto scorre come tutte le cose, non è mai eguale a se stesso, muta come mutano tutti i fatti cui deve applicarsi, l'uno diverso dall'altro, e quindi come tutte le cose sopraggiunge in qualche modo sempre imprevisto e imprevedibile.

30. Lo studio scientifico della casistica giudiziaria è l'unico metodo per descrivere il diritto. Impresa improba che richiederebbe un vero salto di paradigma culturale. Attenzione, però. Il modo consueto di studiare la giurisprudenza – l'estrazione delle massime di Cassazione che astraggono il diritto dal fatto e lo riducono a formula stereotipa – è troppo poco ed è fuorviante. Leva dalla sentenza quel che in essa conta davvero, e cioè come il Giudice ha costruito il diritto a partire dal fatto e come ha costruito il fatto a partire dal diritto. Un circolo ben noto alla filosofia del diritto germanica di stampo ermeneutico ma assai poco da noi.

32. Ogni razionalizzazione sistematica del materiale giurisprudenziale secondo i modi consueti della dogmatica comune si rivelerà debole e illusoria. E soprattutto inutile e ripetitiva. Una teoria di formule vuote.

33. La Corte di Strasburgo, che guarda l'abissalità dei problemi che la cultura giuridica avrebbe di fronte, recupera concetti antichissimi come quello di "essenza" riferita al reato, che tanto assomiglia all'idea di Platone. L'essenza del reato è il prodotto della complessa ricostruzione che il Giudice ne fa, e che, dunque, è sempre sospesa tra il precedente da rispettare e la irriducibile novità del caso da decidere? L'essenza del reato, però, sta nel fatto prima che nel diritto. Qui sta il mistero del diritto che aspira a generalizzare il non generalizzabile.

34. La fattispecie formale, rimedio illusorio, è sempre più un letto di Procuste. Si adatta a tutto perché non si adatta a niente. Tutto può essere fatto divenire possibile. Il trionfo del nichilismo. Siamo nei guai. C'è poco da dire.

35. Alla crisi scettica del diritto si giustappone la crisi della *polis* di cui il diritto dovrebbe essere la spina dorsale. La democrazia rappresentativa liberale è sempre più uno scheletro cui sentiamo di dover essere fedeli senza crederci più troppo. Il diritto, così, diventa vulnerabile e sempre più permeabile dal politico, che è sempre più la volontà del più forte espressa e imposta fuori dall'arena democratica.

36. Il potere economico sembra manifestare una crescente arroganza anche verso il potere politico che pretendeva, nello Stato liberale, spazi di autonomia, garantiti proprio dal diritto. Il politico allora, smarrita la propria ragion d'essere nel tempo della caduta di ogni possibile condivisa visione del mondo, regredisce e si polarizza sulla dialettica brutale amico-nemico che è definita dall'economia e dai rapporti di potere che essa sancisce.

37. L'autonomia del diritto va in crisi. Il diritto allora, già indebolito, si piega come un giunco o una canna al vento. Non c'è più tempo per il diritto che conosciamo e per la lentezza dei suoi procedimenti riflessivi, nei quali, quindi, quasi nessuno pare porre più troppa fiducia. Il diritto non frena più il rutilante procedere del mondo.

38. Chi usi la parola "garantismo" oggi si riferisce, sebbene non lo ammetta, ad una **pretesa di sostanziale impunità** dell'interesse economico e politico che "l'amico" più potente incarna e rivendica. La parola "giustizialismo" assume un significato speculare, perché con essa pare che ormai si intenda la **pretesa di sostanziale punizione** degli interessi economici e politici che "il nemico" incarna.

39. Avete mai sentito che un Giudice che condanni sia comunque un "garantista" e un giudice che assolva un "giustizialista"?

40. Nessuno può impedire allora che la sostanza brutale degli interessi emerga definitivamente dalla forma giuridica e la plasmi come più conviene. Prima c'è il fine da raggiungere ad ogni costo e poi la scelta del mezzo. Che il mezzo rispetti o no la forma della legge è questione di maggiore o minore **abilità retorica** di chi produce il discorso. Di chi ha il potere di dettare le regole della produzione del discorso.

41. Il Giudice. Il Dotto invece conta sempre meno e conterà sempre meno se non saprà cambiare i suoi metodi di lavoro. La Dottrina italiana non perdona alla CEDU d'averla svalutata e così tende a svalutare o a criticare la sua giurisprudenza.

42. L'interpretazione, l'antica arte del Giurista, è però diventata poco più che un modo elegante di far tornare i conti così come debbono tornare. Quasi un virtuosismo fine a se stesso, in fondo, perché i giuochi sono fatti altrove e in altro modo.

43. Prima accennavo ai due volti del diritto penale contemporaneo, il populismo e l'elitismo. La punizione di massa di chi non può permettersi di evitarla e l'impunità dei pochi che possono permettersela. Il diritto di difesa è inviolabile ma ha un prezzo e quindi quel diritto non è distribuito tra tutti in modo eguale. C'è chi può pagare il diritto – e talvolta abusarne rinviando la resa dei conti del processo quanto vuole – e chi no. Chi veda nell'eccessiva durata dei processi, e quindi nella prescrizione, il più grave dei problemi del diritto contemporaneo si dimentica che il più grave dei problemi è che il processo produca sentenze davvero vere e giuste. La lentezza della macchina giova a tutti, perché a tutti va bene quando invece la macchina va troppo forte.

44. Alla materia di insostenibile pesantezza della rapida **crescente repressione del debole** si oppone la materia oscura della altrettanto insostenibile lenta leggerezza della **crescente impunità del forte**.

45. In *medias res* sta il Giudice, ogni giorno più o meno irresistibilmente tentato dal potere che ha capito di avere tra le mani e che può giocare sul tavolo degli interessi anche per il proprio interesse.

46. Morale, o meglio immorale? Il folle col berretto a sonagli che lega la benda alla Giustizia forse non può essere sempre e del tutto rimosso dal quadro della giustizia. La giustizia è umana, spesso troppo umana.

47. Il diritto allora non esiste, esistono solo i Giudici? È più facile pensare che a non esistere sia la caricatura un po' troppo semplificata di diritto cui ormai ci siamo abituati. Il Giudice soggetto alla legge piuttosto che la legge oggetto del lavoro del Giudice. L'un piano senza l'altro sta nel vuoto. Ma come essi s'intreccino, che cosa valga di più, è un mistero.

48. La cultura positivista estrema, che in Italia tanto seguito ha avuto, credeva di aver risolto tutti i problemi, con la sacralizzazione autoreferenziale dell'ordinamento come sistema, e invece tutti i problemi sono sul tavolo.

49. Abbiamo separato Morale e Diritto e crediamo che sia un bene che sia così, una sacrosanta conquista di civiltà giuridica.

50. Abbiamo espunto la Giustizia – cioè la Morale – dal Diritto, perché credevamo di aver scoperto che il diritto può essere certo e oggettivo e la Giustizia non può che essere incerta e soggettiva. Solo il Diritto allora, poteva essere fatto oggetto di scienza, e la scienza è divenuta terreno per le alchimie dogmatiche di pochi dotti. La Giustizia è sparita dai *radar* del discorso giuridico perché di essa nessuno crede di poter fare una Scienza.

51. Il Diritto è diventato allora, nell'uso comune della parola, l'apparente sinonimo di Giustizia. In questo modo, non parlando più di Giustizia, si rimuove l'ingiustizia dal discorso, lasciandola però nel mondo dei fatti della vita, nel diritto vivente. Ma ora che non è più credibile che il diritto sia certo e oggettivo, perché tra fatto e valore non c'è quella differenza che la cultura che ha preceduto la nostra credeva doverci essere – provate a dire "rischio", cioè "pericolo", senza l'aggettivo valoriale "accettabile" e se siete onesti capirete che non avete detto nulla perché tutto è "rischio" – non paghiamo un prezzo insopportabilmente alto se decidiamo di non parlar più di Giustizia del e nel Diritto?

52. **La radicale assenza di fondamento, il nichilismo, del diritto non può più essere rimossa perché, come accennato, le colonne linguistiche e gnoseologiche sono troppo gracili per tenere su l'edificio.** Siamo nella notte.

53. La Costituzione è un deposito di valori la cui sintesi dovrebbe dar corpo alla nostra idea di Giustizia, ma se siamo onesti con noi stessi, dobbiamo riconoscere che la Costituzione non basta.

54. Il Giudice della Consulta ha un grande potere, ma lo esercita poco. Teme – o almeno così dice – d’invadere il campo del Legislatore. In verità spesso teme la critica e si adegua. Il Giudice Costituzionale, però, è anche Legislatore. Anzi, è il Giudice del Legislatore. È un dato di fatto però che egli incida sul *corpus* del diritto penale con prudenza estrema ma non è per nulla detto che questa prudenza sia un bene anche oggi. Un Giudice timoroso.

55. Sfortunatamente anche la Costituzione è fatta di parole da cui chi può trae quel che chi vuol cavarne fuori. Volta per volta, allora, il Giudice Costituzionale decide il limite del proprio potere. Discrezionalmente. La Costituzione è quel che il Giudice Costituzionale vuole che sia. Basta inganni. Che cosa dice la Costituzione a proposito dell’eutanasia o del suicidio assistito? Si possono tessere argomenti apparentemente lucidi e incisivi, in realtà deboli e timorosi, e anche il loro opposto.

56. La Giustizia esiste e forse non è male che anch’essa abbia molte possibili facce. Discuterne apertamente si può e si deve, senza nascondersi necessariamente dietro la Costituzione.

57. Che cosa significa davvero che il diritto penale ha la funzione di integrare la Società con l’alleviare le paure collettive? La Società è integrata? È davvero il delitto il fattore che la disgrega?

58. Paura di che cosa? L’uomo convive con la paura per tutta la vita perché è destinato alla morte, cioè all’annichilimento. Viene dal nulla e al nulla è destinato. Il delitto crea paura (e al contempo oscura fascinazione). Ma i delitti che creano paura decrescono e il diritto penale invece cresce. Perché? È giusto?

59. Se chi vi ha interesse non soffiasse ogni giorno sulle ceneri delle paure primitive della gente, **il diritto penale, quello vecchio, rischierebbe l’estinzione o una fortissima riduzione di rilevanza sociale.**

60. Cambia la società ma non il diritto penale. I delitti tradizionali declinano. L’omicidio volontario è divenuto un misterioso e per fortuna sempre più raro affare psicologico che si consuma per lo più tra le mura di casa, e il diritto penale nei meandri oscuri della psicologia delle relazioni umane pare del tutto inutile. Quasi tutti i delitti diminuiscono. I furti d’auto e negli appartamenti ormai sono parte della *routine* sociale. Tutti sanno che resteranno impuniti. Nemmeno la mafia è più quella di una volta, non uccide più, e se la mafia d’una volta non c’è – per fortuna e gran merito di chi l’ha combattuta – c’è la tentazione di inventarla o almeno ingigantirla, facendo magari passare per mafia quel che ai tempi della mafia sarebbe stata criminalità comune di periferia urbana. Se non ci fossero più i piccoli spacciatori – magari perché qualche testa assennata deciderà che non è il caso di criminalizzare la vendita di *cannabis* che metà del mondo sta legalizzando – o torme di stranieri irregolari cui s’imputa qualcosa purchessia, le carceri si svuoterebbero e l’apparato della giustizia penale perderebbe buona parte del suo lavoro.

61. Il diritto penale deve controllare e punire la politica che viola la legge penale? Problema quasi insolubile. Può la politica violare la legge penale? Dipende. Da che? Da chi è più potente. Si troverà sempre un PM disposto a costruire un abuso d’ufficio o un traffico

d'influenze *ad hoc* e un Politico che protesterà per l'invasione di campo. Ma nessuno sa dire chi abbia ragione e chi torto perché il confine del campo da gioco e le regole del gioco sono diventate liquide e indeterminate.

62. Il diritto penale vivente in Italia è aggressivo contro il potere della piccola e media politica, ma assai meno contro il grande potere dell'economia e della finanza.

63. La criminalità di questo potere, il Capitalismo, e della sua casta di Intoccabili, è ogni giorno più invadente e sofisticata e se non fa paura, e nemmeno rabbia, non è perché non sia dannosa, né spaventosa, ma solo perché chi ha il potere fa in modo di renderla invisibile agli occhi.

64. L'evasione e l'elusione fiscale non generano paura. Perché? Rubano risorse che potrebbero migliorare la vita o anche salvare la vita di moltitudini di uomini e di donne, e invece prendono il sole nei paradisi fiscali.

65. Il sistema finanziario globale è probabilmente inquinato dal delitto, da ogni genere di delitto, anche i più turpi, ma nessuno se ne spaventa quanto invece si spaventa se il debole commette uno dei delitti turpi il cui profitto è invece garantito a chi non è debole.

66. Il riciclaggio quando è sistemico sfugge alla rete del diritto penale vivente e quindi non esiste ed è uno scandalo. *Pecunia non olet*. Anche il diritto penale si tura il naso.

67. Il mercato finanziario è manipolato mille volte al giorno da criminali che impiegano l'intelligenza artificiale per produrre artefatti rialzi e ribassi di borsa, per lucrare profitto senza creare valore per la società. La deriva finanziaria del Capitalismo può causare danni incalcolabili a un numero incalcolabile di persone come è già accaduto nella storia recente senza che sia nemmeno più certo quale valore la finanziarizzazione dell'economia aggiunga alla società. Di certo però l'allarme sociale non c'è, almeno quanto c'è quando ci vien raccontato di un rapinatore di strada o di uno straniero piccolo spacciatore.

68. Puniamo il danneggiamento (doloso), magari lo sfregio della nostra auto, molto meno di quanto puniamo l'inquinamento dei beni comuni, aria acqua e terra. Centinaia di disastri ambientali attendono di essere bonificati o almeno messi in condizione di non nuocere più alla salute e all'ambiente. Chi inquina paga? No, mai.

69. Perché nessuno si scandalizza – e tantomeno si spaventa – delle stragi impunte da amianto? I morti ammazzati dall'amianto sono decine di migliaia ma li trattiamo come un effetto collaterale inevitabile del Capitalismo. La vita umana è sacra un giorno sì e l'altro no?

70. La prova del pagamento di una "tangente" per un atto contrario ai doveri d'ufficio non è la prova di una corruzione internazionale, perché ci vuole la prova dell'accordo corruttivo, che non si sa che cosa sia, perché nelle corruzioni internazionali che si rispettino gli accordi sono trame complessissime di soggetti che spesso sono portatori di interessi divergenti, e così si depenalizza la corruzione internazionale, delitto odioso ma profittevole.

71. Si punisce, invece, la piccola e media corruzione, e in quei casi basta molto meno della prova dell'accordo corruttivo. Ai tempi di Mani Pulite bastava la delazione. L'elettrodomestico sociale della spazzacorrotti funziona quando si vuole che funzioni, magari perché conviene al gioco politico di qualcuno.

72. Per la grande corruzione ci vuole la legge sulla *lobby*, così avremo finalmente depenalizzato la pressione costante che il grande Capitale sa esercitare sulla Politica. Stolti cantori cantano che la legge sulla *lobby* sarà la vittoria della democrazia e non sanno la differenza tra democrazia e plutocrazia. *No money no lobby e no party!* Evviva!

73. Il Codice Penale fascista del 1930, pur con tutte le schizofreniche mutazioni che ha subito nel tempo, ha molte meno possibilità di catturare l'idra del Capitalismo che delinque di quelle che abbia mai avuto Willy il coyote con *Beep Beep*. Chi può credere che sia un caso? Non fu pensato per questo.

74. I fatti potenzialmente dannosi della grande Impresa di cui si vedono gli effetti ovunque sono spesso molto incerti, difficili da decifrare e ricostruire. Quando si tratti di correlare quegli effetti alle cause e quelle cause a condotte umane, essi sfuggono e le deboli parole della Legge del Codice, fatte per fatti molto più semplici, mostrano onesta impotenza.

75. Il Codice penale è stato pensato e fatto per criminalizzare la classe subordinata di allora e funziona allora stesso modo ora. È giusto?

76. È del tutto evidente che per vigilare sulle malefatte della classe dominante di oggi – qualora fosse mai possibile – ci vorrebbe **un diritto del tutto nuovo e strutturato per governare società iper complesse**. Se nessuno, però, ci ha ancora pensato, non è senza ragione. L'ideologia, o la deliberata mancanza di dibattito sull'ideologia che spiega le scelte criminali e le non scelte criminali, ha da tempo soffocato ogni pensiero critico.

77. Il diritto penale, per abbozzare una sintesi, è immerso in una crisi del suo linguaggio, che è una parte della crisi generale del linguaggio come specchio del mondo; il significato delle parole muta col mutare delle convenzioni d'uso che dipendono a loro volta da variabili che sono troppo complesse per la cultura del giurista che difatti non prova ad approfondirle; il diritto soffre di inadeguatezza epistemica delle sue regole probatorie e così, in un mondo di fatti che diventano irriducibilmente incerti o certi sol che lo si voglia, lo *standard* della prova coincide con l'arbitrio del Giudice. Ma il diritto soffre soprattutto di vuoto di valori morali per la morte di ogni morale sociale, favorita dal trionfo positivista che ha portato come ineluttabile effetto collaterale la crescita del nichilismo, cioè la morte se non di Dio almeno della Giustizia. La crisi accade in un tempo in cui i rapporti di potere dell'economia stanno appropriandosi dello spazio finora occupato bene o male dalla dialettica politica, cioè dalla democrazia che è anch'essa in crisi e in via di superamento progressivo, sostituita da una plutocrazia sempre più arrogante.

78. Una tempesta perfetta.

79. Un clima di avvilita insensatezza avvolge allora tutto e tutti. È il terreno su cui cresce il peggio. Lo stato di degrado della giustizia in Italia è devastante. Il Giudice **ha perso**

il senso del suo alto ufficio – dire il giusto e l’ingiusto – proprio nel momento in cui ha guadagnato la consapevolezza del suo enorme potere.

80. Si è creata una ragnatela di traffici e influenze corrotte e corruttrici dello spirito stesso della giurisdizione che si stende a macchia d’olio, almeno laddove la giurisdizione penale tocca interessi sensibili e potenti. Avvocati, PM, Giudici. Amici contro nemici. Cordate di potere che si aiutano a vicenda. Intente a combattere la loro guerra per occupare sempre nuovi spazi di potere e non la guerra del giusto contro l’ingiusto.

81. **La ragnatela corruttrice dello spirito sociale, prima ancora che del corpo sociale, è stata creata o almeno favorita da chi ne aveva interesse.** La corruzione diretta e conclamata o indiretta e subdola sotto forma di traffici d’influenze, di *do ut des*, che stanno al di qua o al di là della soglia del penalmente rilevante, a seconda di come li si vuol guardare, è diventata parte integrante ovunque dell’apparato giudiziario, ma tutti fanno finta di nulla perché **alcuni hanno interesse a che le cose funzionino, o meglio non funzionino così.**

82. Siamo nell’era di Palamara, che è il prodotto evolutivamente più adatto a prosperare nell’ambiente socioculturale che domina ovunque. Il problema però è l’ambiente e non l’animale che vi è nato e vi ha prosperato. Ora che il bubbone è esploso però non accade granché. Si attende che passi la tempesta. L’apparato giudiziario mostra paura e così rivela il sospetto della propria connivenza generalizzata col degrado del Sistema; forse nessuno o quasi nessuno è innocente e allora si sceglie la comoda via del capro espiatorio piuttosto che quella di una profonda autocritica riflessiva.

83. Il sistema Palamara per forza di cose ha avuto ed ha pesanti ricadute sull’esercizio quotidiano della giurisdizione penale. Che tu sia un PM, un Giudice o un avvocato, se vuoi far carriera devi sottometterti alle regole del gioco. Le regole del gioco le fa chi ha il potere di farle. Chi non ci sta ne paga un prezzo altissimo. Ci sono PM e Giudici che sono stati esiliati senza colpa se non quella di aver detto «no». Troppo pochi.

84. I segni della corruzione almeno morale sistemica sono ovunque. Le cronache raccontano di Procure della Repubblica asservite agli interessi di imprese che hanno il potere e la volontà di asservirle. Procure intere, non singoli PM, sono al soldo di chi può pagarle. Sono disegni e trame oggettivamente eversivi.

85. Spesso non si deve arrivare sino alla corruzione. Basta fare un favore e creare così l’aspettativa che sia ricambiato. Ovvio che del favore del Giudice beneficino i potenti, ad esempio i pochi avvocati che monopolizzano nei processi la difesa del grande Capitale, perché loro possono ricambiare il favore ricevuto molto più e meglio di altri. Talvolta la *suasion* è melliflua e non chiede nulla in cambio. «Io sono il potere e tu?».

86. Sentenze a dir poco strane, che sollevano inquietanti interrogativi, si trovano ovunque ormai. Soprattutto le giurisdizioni superiori, Cassazione civile, Consiglio di Stato e Cassazione penale, paiono inquinate o almeno inquinabili. Oggi si usa distinguere tra giudici “avvicinabili” –molti, probabilmente – e giudici “non avvicinabili” – che forse sono assai meno. Nessuno sente dentro lo scandalo e l’indignazione che dovrebbe, però, alla sola idea che un Giudice sia “avvicinabile”. Perché un avvocato deve parlare ad un Giudice prima di un processo? Datemi una buona ragione e tacerò.

87. Non c'è più processo penale di qualche pubblica rilevanza sul quale non si allunghino ombre e sospetti che magari sono infondati, ma che nessuno si preoccupa di dissipare. Se il diritto è sempre in perenne squilibrio tra certezza e incertezza, entrambe coesenziali al diritto e al suo inafferrabile mistero, l'imprevedibilità voluta, quella dell'eccezione deliberata alla regola, un'eccezione *ad personam*, è sempre più frequente.

88. Il senso dell'[intervista a Palamara](#) – che purtroppo è doveroso leggere anche se la faziosità e la vendetta sono patenti in ogni pagina – si riassume a pagina 92 del libro quando l'ex potentissimo tra i potenti spiega che un Procuratore della Repubblica con due Aggiunti in gamba, un PG che sappia il fatto suo, una sponda nei servizi e un paio di giornalisti amici, conta più del Parlamento e del Governo. È vero! Se il PM lo vuole, può. Se il Giudice asseconda il PM, **il diritto lo fanno loro**.

89. Non vuol dire che ogni Procura è un Potere illimitato e arbitrario. Vuol dire che ogni Procura **può** diventare tale. Che cosa vuol dire che la Procura di Roma vale due ministeri e quella di Milano uno e mezzo? Perché è così, se è così? Non è evidente che la favola dell'autonomia del Giudice soggetto solo alla Legge è ormai la favola di un Potere che se vuole può fare della legge l'oggetto che vuole, in un tempo in cui tutti i Poteri dello Stato e lo Stato stesso si sgretolano in continue e sanguinose guerre di bande? Invocate ancora Montesquieu, aristocratico tutt'altro che liberale?

90. Il Giudice non è né migliore né peggiore di chiunque altro, ha solo più potere di quasi tutti gli altri. Il Giudice si muove nella direzione che più conviene alla sua moralità o immoralità personale e la morale personale è quella che è plasmata dalla **morale collettiva che non c'è più**, sconfitta dall'egoismo narcisista legittimato dall'ideologia dell'economia sopra ogni cosa, che dà un prezzo ad ogni cosa, anche al diritto.

91. Che il sistema possiede gli anticorpi per neutralizzare la patologia da cui è affetto è stato detto fin troppe volte per essere qualcosa più che una storiella. Chi ha interesse e vuole che il sistema resti qual è se non il potere stesso e chi lo incarna in modo visibile o invisibile e ne tira i fili?

92. Qualcuno spera che basti cambiare le regole elettorali dei componenti del CSM o incidere sulla superficie di quel fenomeno grottesco che sono le correnti nella magistratura, perché tutto o quasi s'aggiusti.

93. Il male è molto più profondo. Non se ne parla quanto si dovrebbe, però.

94. Proliferano indagini di Giudici su Giudici in ogni parte d'Italia. Il traffico tra Roma e Perugia deve essere assai intasato. Tra Milano e Brescia forse lo stesso. Un Presidente di Tribunale loda l'imparzialità di un Tribunale contro i tentativi di intimidazione dei PM mentre il Procuratore capo loda i PM per aver resistito all'intimidazione del cliente che il Tribunale ha giudicato. Emerge dal nulla un sistema corruttivo apparentemente ad amplissimo raggio d'azione, al cui centro sta un oscuro avvocato siciliano. Amara. Non pare che si voglia andare a fondo. Perché? Perché nessuno vuole che venga fuori davvero tutto? C'è chi teme che se venisse fuori tutto crollerebbe tutto: sarebbe l'Apocalisse e l'avvento dell'Anticristo? *Oportet ut scandala eveniant*. Se chi ne ha il potere non avrà il

coraggio di far emergere tutto quel che c'è di marcio, qualunque sia il prezzo da pagare, la giustizia stessa marcirà, o il marcio si estenderà a quel che di sano ancora rimane.

95. Solo se il vecchio morirà con tutto il necessario fragore, il nuovo potrà nascere.

96. L'unico antidoto all'immoralità, cioè alla corruzione, è la cultura.

97. La cultura muore ovunque. Muore anche la cultura giuridica. Sono ormai una rarità i libri meritano d'esser letti, perché l'unico libro che meriterebbe davvero d'esser letto sarebbe quello che osasse andar sotto la superficie comoda dei luoghi comuni e guardare in faccia la giustizia penale nella sua tragica infernale contraddizione. Antigone e le Eumenidi contano più di cinque insegnamenti giuridici. Un corso sull'enigmatico motto *Nomos Basileus* formerebbe giudici PM e avvocati certamente migliori.

98. Le facoltà giuridiche delle Università devono tornare a produrre più cultura e smetterla di rimasticare e ruminare il già mangiato e metabolizzato che non serve più. Se il diritto, l'unico che esista, è il diritto vivente, allora bisogna studiare il diritto dentro l'ambiente filosofico sociale economico e scientifico in cui esso è immerso e dove si forma e deforma. Qui ed ora, non là e l'altro ieri.

99. Oggi invece il diritto si studia come se le norme vivessero di vita propria dentro un vuoto pneumatico. Il futuro Giurista è riempito di norme e di commi, articolati e combinati disposti ma è incapace di capire l'uomo e il mondo. **Lo studente di diritto, futuro Giudice PM o avvocato che sia, dovrebbe pretendere un insegnamento multidisciplinare tra scienza, filosofia, letteratura e morale sull'uomo.**

100. Il più grande filosofo vivente, Cacciari, [ha detto a DPU](#) che in ogni facoltà universitaria dovrebbe essere imposto come insegnamento preliminare l'insegnamento intorno a che cosa è l'uomo, cioè che cosa è il cervello, ovvero che cosa può il cervello dell'uomo.

101. Non è accettabile che un Giudice possa giudicare senza saper nulla o quasi di sé, di che cosa è il suo cervello, di come funziona e di come e quando non funziona. Questo è il punto di partenza

102. L'immagine scientifica dell'uomo dice senza più equivoci possibili che nessuno è libero perché nessuno può essere diverso da quel che è, per il DNA che ricevuto e l'ambiente sociale in cui è stato gettato.

103. Che la morte del libero arbitrio possa significare anche la morte della responsabilità, cioè della colpa, dovrebbe essere pensiero che sconvolge le notti del penalista, togliendogli il sonno. Se non ci fosse la colpa, la retribuzione perderebbe d'ogni senso e il diritto penale diventerebbe qualcosa d'altro

104. Condanniamo innocenti come se fossero colpevoli?

105. La colpa è certo anche un costrutto sociale che riflette storicamente l'iniquità della società e la credenza sul libero arbitrio pare creata apposta per legittimare lo *status quo*, naturalizzandolo. I colpevoli infatti sono sempre i soliti noti, così come sono sempre

gli stessi noti sono gli innocenti, etichettati come tali dalle ideologie dominanti nella società.

106. Un nuovo tipo di Giurista deve poter nascere. Un Giurista culturalmente attrezzato per far fronte alla conoscenza dell'incerto, avvezzo all'uso del linguaggio e alle sue trappole, elementare conoscitore della psicologia umana scientifica e quindi della propria, capace di fronteggiare le debolezze emotive e cognitive altrui come le proprie, non del tutto ignorante di filosofia della scienza, ferrato nello studio dell'etica ma anche delle complesse sofisticatezze tecniche e scientifiche della società contemporanea.

107. Un giurista davvero colto forse sarà più giusto o meno insensibile all'ingiusto e più impermeabile alla corruzione.

108. Un nuovo Codice Penale?

109. Prima una **vera drastica depenalizzazione**. Il diritto penale deve tornare ad essere quel che i liberali dicevano di volere ma mai hanno davvero voluto. Un nucleo ridotto all'essenziale. Un decalogo fondamentale adeguato alla società del XXI secolo. Nella storia è accaduto l'opposto di quel che predicano i liberali.

110. L'avvento della Legge scritta come comando dello Stato, prima assoluto, poi liberale poi democratico, ha sempre coinciso con la estensione del diritto penale ramificata come una rete sull'intera società. Allo stesso tempo la medesima ideologia partoriva gli slogan liberali dell'ultima *ratio*. Il diritto penale intanto cresce e cresce sempre più. Come è stata possibile una tale contraddizione? La storia è più complessa della vulgata degli slogan garantisti

111. Il **diritto penale del carcere deve arretrare e cominciare la sua estinzione**. Il carcere è parte costitutiva del vecchio che deve morire. Inutile e crudele strumento di tortura, nasce nel XVIII secolo, ma affonda la sua legittimità nel cristianesimo medievale, soprattutto nel neo aristotelismo di Tommaso, in una teologia cioè che pretende per la salvezza dell'uomo l'espiazione col dolore della colpa per aver liberamente voluto il peccato pur potendo volere di non commetterlo.

112. Delitto e peccato sono più intrecciati di quanto si voglia credere. Quando pensi di averli districati, si riannodano. L'utilitarismo – che avrebbe spezzato il binomio peccato-delitto laicizzando il secondo – è stata filosofia debole e ha prodotto Beccaria ma anche il *panopticon* di Bentham.

113. Kant è tuttora infinitamente più influente di Beccaria per la comprensione dell'anima profonda del diritto penale. Lo prova il fatto che i penalisti non vogliono nemmeno sentir parlare di implausibilità scientifica del libero arbitrio, nel quale quindi continuano a voler vedere il fondamento della colpevolezza da retribuire.

114. La pena preventiva però non serve a nulla o quantomeno nessuno ha potuto provare che serva a granché. I tassi di recidiva lo dicono senza ombra di dubbio. Ci sono nature umane nate o divenute pericolose, ma sono assai meno di quel che si voglia credere quelle che non sarebbe possibile reintegrare nella società.

115. Il diritto penale è insostituibile mezzo di pedagogia sociale, così come postula la retorica della prevenzione generale?

116. Non è vero che *homo sapiens* apprenda ad esser migliore con l'uso del bastone, l'unica cultura che il diritto penale incarna. *Homo sapiens* apprende con la cultura e la profondità dell'indagine su di sé e sul mondo fuori di sé.

117. Un nuovo diritto, non sacro ma laico, capace di costruire nuove culture di morale sociale con mezzi articolati e differenziati.

118. Il terreno di coltura di una nuova società, migliore di questa, passa da qui.

119. Siamo in un nuovo tempo di passaggio. L'era illuministico-borghese è al tramonto. Siamo tutti in una nuova *Nave dei folli*. Se non si fa qualcosa davvero, la nave affonderà.

120. Uno Stato moderno non può rinunciare ad un razionale e incisivo sistema di controllo che ponga limiti ai delitti del Capitalismo. Che il Capitalismo commetta abusi e che cosa debba intendersi per abusi, naturalmente, è questione opinabile, attiene alla sfera del giusto e dell'ingiusto. C'è chi sarà d'accordo e chi no. Ragione in più per parlarne.

121. L'impresa svolge una fondamentale funzione nella società. Non abbiamo alternative al Capitalismo. Non vuol dire che il Capitalismo sia eterno. Passerà come passa ogni cosa. Però ora non si vedono alternative migliori.

122. Se e dove vada posto il limite dello sfruttamento delle risorse umane economiche e naturali per finalità di profitto privato da parte del Capitalismo, è il problema più importante del Capitalismo stesso.

123. Un Capitalismo davvero moderno dovrebbe pretendere per primo la rigenerazione del sistema, e non accettare di trasformare anche la giustizia in merce di scambio nel Mercato globale. Altrimenti quello stesso Capitalismo potrebbe non essere più in grado, forse più velocemente di quanto ci si possa aspettare, di governare la Società.

124. Sarà il caos che a un certo punto travolgerà ogni cosa. E invece ci vuole un nuovo ordine. Un nuovo diritto.



DIRITTO PENALE
E UOMO

Criminal Law and Human Condition

www.dirittopenaleuomo.org

redazione@dirittopenaleuomo.org