

— Diritto penale: un grande imbroglio?

Criminal law: a great deception?

di Luca Santa Maria

PRIMA PARTE

SEZIONE PRIMA Considerazioni generali

1.

Viviamo nella società meno violenta della storia umana
Il rischio di morire per omicidio doloso nella nostra società

Le società occidentali, soprattutto europee, e l'Italia in particolare, si vanno sempre più caratterizzando per *una progressiva decrescita dei delitti violenti* (non solo, in verità, perché il *trend* sembra riguardare quasi tutti i delitti tradizionalmente trattati col diritto penale), tant'è che si può dire, senza forzature eccessive, che la nostra società è la *società umana più pacificata* nella lunghissima storia di *homo sapiens sapiens*¹.

¹ S. Pinker, *Il declino della violenza. Perché quella che stiamo vivendo è probabilmente l'epoca più pacifica della storia*, Mondadori, 2013.

Il diritto penale è tuttora, nell'immaginario collettivo, la giusta pena per il più terribile dei delitti, l'omicidio, ma oggi l'omicidio – volontario – è un fatto sempre più raro².

In Italia il tasso annuo è di 0,56 vittime di omicidi dolosi su 100.000 abitanti ed è in costante netta decrescita da molti anni, è tra i più bassi al mondo³.

In numero assoluto gli omicidi volontari consumati di tipo mafioso, nel 2019, sono stati 9 in tutto⁴, contro i 19 del 2018, i quali, a loro volta, sono meno della metà di quelli – comunque non molti – del 2014 (43)⁵.

Se si va più indietro nel tempo, si vede che negli anni '90 erano molti molti di più, 1.067, più di 1/3 del totale⁶ e il numero è crollato fino ai 233 del periodo 2013-2017⁷ (quando sono stati solo il 9,1% del totale), per poi arrivare ai 19 del 2018.

Gli omicidi commessi nel cuore della famiglia naturale – che pure diminuiscono – tendono a superare di numero quelli commessi nel cuore di quell'altra famiglia, innaturale, che è la Mafia, o Cosa Nostra.

Anche se è necessario annotare che

«la serie storica degli omicidi per genere mostra come siano soprattutto gli omicidi di uomini a essere diminuiti in circa 25 anni (da 4,0 per 100.000 maschi nel 1992 a 0,8 nel 2016), mentre le vittime donne di omicidio sono rimaste complessivamente stabili (da 0,6 a 0,4 per 100.000 femmine)»⁸.

Il *trend*, pienamente confermato dai dati dei primi quattro mesi del 2019, vale anche per i tentati omicidi, le rapine, i furti, le lesioni dolose, le violenze sessuali e persino l'usura. Secondo i numeri di Antigone, al 31 marzo 2019, gli omicidi registravano una diminuzione del 12,2%, i tentati omicidi del 16,2%, le rapine del 20,9%, i furti del 15,1%, le lesioni dolose del 21,8%, le violenze sessuali addirittura del 32,1% e l'usura del 47%⁹.

Nel primo trimestre del 2020, i numeri sono calati ulteriormente¹⁰.

² In Italia il tasso annuo degli omicidi volontari è di 0.7 su 100.000 abitanti, in costante e netta decrescita da molti anni, ed è tra i più bassi al mondo: ad esempio, nell'anno 2016, la media europea era pari a 1,3 (cfr. Antigone, *Il carcere secondo la Costituzione. XV rapporto sulle condizioni di detenzione* – sezione "Meno omicidi", 2019). Sul tema, v. anche R. Bianchetti, *La paura del crimine. Un'indagine criminologica in tema di mass media e politica criminale ai tempi dell'insicurezza*, Giuffrè, Milano, 2018.

³ ISTAT, *Le vittime di omicidio. Anno 2018*, 5 marzo 2020.

⁴ Antigone, *Il carcere al tempo del coronavirus. XVI rapporto sulle condizioni di detenzione* – sezione "Reati", 2020, p. 50).

⁵ Si vedano i dati disponibili sul sito dell'ISTAT.

⁶ Antigone, *Il carcere secondo la Costituzione*, cit., sezione "Meno omicidi".

⁷ ISTAT, *Le vittime di omicidi*, 15 novembre 2018, p. 8.

⁸ ISTAT, *Omicidi di donne* (dati riferiti all'anno 2017).

⁹ Antigone *Il carcere secondo la Costituzione*, cit., sezione "Calano i reati ma le carceri sono sempre più piene".

¹⁰ Secondo i dati di Antigone, infatti, dal confronto tra i primi tre mesi del 2020 e lo stesso periodo dell'anno precedente, risulta una flessione relativa ai reati di omicidio volontario, (-35,7%, 54 contro 84), di rapina in abitazione (-20,4%), in banca (-40,7%), in uffici postali (-59,4%) e in pubblica via (-23%), di estorsione (-42,4%),

2.

Che l'uomo sia diventato "buono", che il "legno storto" si sia raddrizzato?

Che l'uomo sia diventato "buono", che il "legno storto" si sia raddrizzato, non è facile da credere; che il nostro lo abbia trovato il modo di convivere con la repressione della innata aggressività dell'Es, avendo ormai potentemente introiettato il Super Io dello Stato che punisce, cioè del diritto penale, è certamente possibile, ma c'è anche dell'altro.

È difficile credere che l'animale uomo sia stato definitivamente addomesticato; forse, semplicemente, quegli spiriti hanno assunto nuove forme.

La crudeltà aumenta invece che diminuire, solo prende altre forme?

Forse la società dello spettacolo e dell'informazione dei nuovi *social media* nella quale siamo sommersi è divenuta *la società dell'odio* in cui la soddisfazione narcisistica dell'io ottenuta con l'uso della *violenza comunicativa* sostituisce almeno in parte la violenza fisica?

«Ciò che prevale è l'inconsistenza, una *inconsistenza assassina*. È l'età dell'inconsistenza»¹¹?

Tutto accade abbastanza in fretta e il fenomeno merita d'essere studiato a fondo.

Un'altra forma di violenza – materiale e tangibile – prende intanto sempre più piede nella società, ed è la violenza, insidiosa e silenziosa, perché produce danno incommensurabili ma difficili da rilevare, prodotta dagli *spiriti animali del Capitalismo*, il vasto e sempre più esteso territorio del crimine delle classi dirigenti.

3.

Viviamo immersi nella società del rischio? Il rischio consentito di uccidere

Per dare un senso al numero di prima – il tasso di 0,5 su 100.000 degli omicidi volontari –, si pensi che le procedure di *risk assessment* codificate dalle Agenzie nazionali e sovranazionali preposte alla tutela dell'ambiente e della salute valutano come accettabile per gli esposti ad una certa sostanza cancerogena un rischio di morte di tumore pari a 1 su 100.000.

di furto con strappo (-34,7%), con destrezza (-31,9%), in abitazione (-32%) e di autovetture (- 29,1%) e di ricettazione (-31,1%). Cfr. Antigonè, *Il carcere al tempo del coronavirus*, cit., – sezione "Reati", p. 50).

¹¹ R. Calasso, *L'innominabile attuale*, Adelphi, 2017.

Vuol dire che, se il rischio è sotto l'1 su 100.000 – un caso di tumore incrementale correlato all'esposizione alla sostanza cancerogena rispetto alla frequenza di tumori di *background*, che cioè sono attesi indipendentemente dall'esposizione –, può non essere necessaria alcuna azione di prevenzione e di rimedio, e la ragione è che il costo non varrebbe il beneficio, *perché il rischio è socialmente accettabile*.

Quando il rischio riguarda i lavoratori, è generalmente accettato che la soglia del rischio sotto la quale non è prescritta azione preventiva possa essere anche ridotto anche a 1 su 10.000¹².

Il divieto di uccidere, nella *post* moderna società capitalista del rischio, non è più un divieto incondizionato, cioè assoluto.

Solo trent'anni fa sarebbe stato impensabile.

Il *risk assessment*, con le sue soglie di accettabilità statistica, è diritto: sta nel sistema (ad esempio nel testo unico sulla tutela del lavoro e nel codice dell'ambiente¹³ che disciplina, o cerca di farlo, il rischio consentito per attività d'impresa pericolose) e, quindi, in prima battuta almeno, si può argomentare che quelle soglie costituiscano *la soglia del rischio consentito*, al di là della quale dovrebbe aprirsi il territorio della *colpa* anche penalmente rilevante dell'evento morte.

Si parla, naturalmente, del rischio consentito di uccidere tramite l'esercizio della lecita attività d'impresa capitalista.

Nessuno sa quanti fatti di omicidio si consumano ogni giorno in questo amplissimo settore della vita sociale, ma dire che il numero è enormemente più alto di quelli, meglio noti, dell'omicidio volontario "tradizionale" non è certo un azzardo.

4.
0,5 su 100.000
contro la soglia del rischio consentito
di 1 su 100.000 (o 1 su 10.000)

¹² Per un approfondimento sul tema, si veda J.V. Rodricks, *The nature and purpose of risk assessment*; V. Jann, *Pericolo penalmente rilevante e tecniche di risk assessment*; S. Arcieri, *La codificazione della procedura di risk assessment*, tutti pubblicati in *questa rivista*, 31 luglio 2019.

¹³ L'analisi di rischio, infatti, è prevista dalla legislazione italiana in materia ambientale nell'ambito della disciplina volta a identificare e regolare le procedure e modalità per la messa in sicurezza, la bonifica e il ripristino dei siti contaminati; disciplina prevista, prima, dal D.M. n. 471/1999 e, successivamente, dal T.U. ambiente (d.lgs. 152/2006, allegato I, parte IV, titolo V).

A fronte della certa maggior frequenza dell'omicidio per rischio d'impresa consentito rispetto a quello per dolo, *il numero dei detenuti per il secondo è nettamente maggiore di quello dei detenuti per il primo*¹⁴.

Si coglie una frizione, quasi un'antinomia nel sistema. Un'antinomia – forse un *paradosso* – che dà da pensare e che deve avere un qualche senso, magari nascosto.

La “materia” del diritto penale quando incontra il “rischio” e la criminalità ad essa connessa, che è *criminalità dei potenti*, si frantuma e si sbriciola perché i vecchi concetti della vecchia dommatica non l'afferrano più.

Nella seconda parte proveremo ad analizzare i concetti – causa, pericolo e colpa – che dovrebbero essere gli strumenti coi quali il diritto penale difende la società del rischio *dal* rischio.

Pare abbastanza chiaro, però, che quelle obsolete regole d'imputazione non reggono l'urto della difficoltà ontologica ed epistemologica dei nuovi fatti criminosi che investono la società.

Il lavoro culturale su questi concetti, però, sembra essersi fermato e forse l'inerzia non è una scelta innocente.

Il diritto penale difende un certo *status quo* della società, *un certo tipo* di società, non *la* società.

5.

La violenza (e il delitto) decresce ma cresce il carcere Il paradosso del diritto penale contemporaneo

Se la “materia” nuova del rischio è sin troppo leggera, e il diritto penale troppo semplice, fatto per fatti semplici, o troppo asservito per catturare quei fatti nelle sue maglie, la “materia” tradizionale, quella fatta d'insostenibile pesantezza del diritto penale comune, non declina affatto.

Proprio quando i delitti hanno cominciato a decrescere, dai primi anni '90 del secolo passato ad oggi, *il numero dei detenuti in carcere in Italia è quasi raddoppiato*¹⁵ e il fatto che non si dia più un rapporto lineare tra pena e delitto è uno dei fatti sociali più inquietanti e incomprensibili del nostro tempo.

¹⁴ Secondo i [dati dell'ISTAT](#), alla fine del 2019 le carceri ospitavano ben 9.003 detenuti responsabili, o presunti tali, di omicidio volontario, a fronte di soli 200 soggetti con addebito di omicidio colposo.

¹⁵ Si vedano i dati riportati nella sezione statistica del DAP del Ministero della Giustizia (con riferimento ai quali si rinvia a V. Giglio, [La solitudine dei numeri ultimi](#), in *questa rivista*, 22 gennaio 2020).

Tra il 2015 e il 2017 il numero dei detenuti nelle carceri italiane è aumentato di oltre 5.000 unità sebbene, nello stesso arco temporale, il numero dei reati consumati denunciati sia stato inferiore di 250.000¹⁶.

Nel 2018 e nel 2019, il *trend* prosegue e non ci sono segnali che in futuro qualcosa possa cambiare.

Il *trend*, invece, pare ora negativo¹⁷ negli altri Paesi UE, dove il numero dei detenuti comincia a declinare, e se la violenza decresce quasi ovunque, in Italia più che in altri Paesi dell'UE, contrariamente a quanto ci aspettiamo, o meglio a quanto dovrebbe accadere, il numero dei detenuti in Italia, anziché diminuire, aumenta, *deve esserci una ragione*.

La crescita del diritto penale, con la decrescita della violenza, è un fatto eccezionale (che, ad esempio, Foucault non aveva previsto, come ha scritto Fassin)¹⁸, e non dovremmo quasi parlar d'altro, e invece non ne parliamo affatto.

I Giudici condannano sempre più e a pene sempre più severe ed il perché non è chiaro nemmeno a loro.

Altrove, il fenomeno è ancor più impressionante che da noi, ad esempio negli USA, la prima delle democrazie liberali del mondo, in cui l'incarcerazione di massa è il vero sport nazionale, inaugurato dalla presidenza Clinton e non arrestato dalla presidenza Obama.

In tanti – tra i molti Wacquant¹⁹ e Garland²⁰ – hanno colto la correlazione tra liberalismo divenuto liberismo onnipotente e deregolato, il declino della democrazia liberale di mercato incentrata sul *welfare*, e la crescita della incarcerazione di chi a quel liberismo non serve, gli scarti e i rifiuti della nuova società oligarchica globale.

Si fa un gran parlare di populismo, senza però indagare a fondo le radici del nuovo fenomeno sociale che avvelena il diritto penale.

6.

Il farmaco del diritto penale ha cominciato a creare la malattia che vorrebbe curare?

Il liberalismo contemporaneo è compatibile con *l'uso politico* del diritto penale come mezzo di addomesticamento violento della miseria e della marginalità sociale.

¹⁶ Antigone, *Il carcere secondo la Costituzione*, cit., sezione "Calano i reati ma le carceri sono sempre più piene".

¹⁷ *Ibidem*.

¹⁸ D. Fassin, *Punire. Una passione contemporanea*, Feltrinelli, 2018.

¹⁹ L. Wacquant, *Iperincarcerazione. Neoliberalismo e criminalizzazione della povertà negli Stati Uniti*, Ombre Corte, 2013.

²⁰ D. Garland, *La cultura del controllo*, Il Saggiatore, 2007.

Dirsi liberali, oggi, ha quindi un che di sospetto che prima non si vedeva.

La cultura giuridica tende a non occuparsi di questi temi perché è ancora immersa nel rassicurante positivismo formalista del XIX secolo; se vuole essere strumento di interpretazione realistica del rapporto tra diritto penale e società contemporanea, dovrebbe quindi ancora fare i conti con se stessa, e incontrare i problemi fondamentali del diritto – *la legge e la giustizia* – su cui la cultura filosofica dell'uomo riflette da sempre, almeno dai tempi dei Greci; problemi che, invece, pare aver dimenticato.

La legge ha bisogno della giustizia per essere diritto.

Il diritto penale della sola legge – che il positivismo formalista del XIX secolo ha identificato col diritto penale *tout court* – galleggia, come sempre è stato, nel vuoto, o meglio nel pieno dell'interesse del più forte.

Il fondamento del *ius puniendi* è progressivamente passato dall'una all'altra mano, dal Sovrano assoluto di ieri – che traeva la sua legittimità direttamente da Dio – al Popolo sovrano di oggi – che trarrebbe la sua sovranità dalla Costituzione (che è divenuta il libro sacro della nuova religione) –, ma la legge come comando e non come giustizia è *l'atto di puro arbitrio totalmente infondato e infondabile* che era prima.

Il metodo democratico – ridotto alla pallida e spesso impresentabile ombra che oggi ci si presenta – non garantisce, perché non può garantirla, *la razionalità e la giustizia* del contenuto della legge.

Qui sta un grande problema che non è più lecito nascondere.

7.

Il diritto penale legale galleggia nel vuoto

Non è nemmeno così vero che con l'illuminismo siamo passati dal Governo del Giudice al Governo della Legge, anche se proclamiamo il contrario con grande enfasi, come un dogma della nostra fede.

Ora come prima, però, il diritto penale – ossia che cosa è delitto e che cosa no – è quel che il Giudice fa della legge, manipolando il linguaggio di cui la legge è fatta, e creando con ogni sentenza il diritto penale realmente vigente.

Le parole della legge non hanno vita propria, se non al prezzo di finzioni che col passare del tempo paiono sempre più superstizioni, perché non è possibile che esse, le parole, abbiano da sole un "senso" oggettivo che s'imponga a chi debba usarle, ma richiedono sempre il lavoro di qualcuno che da esse estrae uno dei molteplici possibili "sensi" che esse recano.

Quando la legge rispecchia sempre meno l'immagine di uomo e di società (ma anche di natura), ogni giorno di più essa diventa formula vuota, volto arrogante della

pretesa di un linguaggio obsoleto di rinchiudere una complessità ontologica e deontologica sempre più inafferrabile e, allora, diventa ancor più evidente quel che è sempre stato, ma prima si poteva celare.

È fatale che cresca *il potere creativo del Giudice che crea diritto come più gli convenga* e che il diritto sfugga al controllo e diventi imprevedibile è il meno che possa accadere.

Nel diritto penale il pericolo è più forte che altrove, perché il potere supremo di esercitare come si vuole la violenza in forma legale, e quindi autorizzata, è una tentazione irresistibile.

Ma, alla fine, comanda sempre il più potente, che non è nemmeno il Giudice.

Forse è così da sempre, tant'è che Socrate, ne *La Repubblica*, non riesce davvero a confutare il sofista Trasimaco che gli dice che la giustizia e la legge sono una cosa sola e sono l'interesse del più forte.

La legge corre sempre questo pericolo, di essere solo lo strumento del potere del più forte.

Per questo il pensiero della giustizia deve diventare il sole intorno a cui ruotano i pianeti della legge, e non l'opposto, perché la pallida e insipida equivalenza di legge e giustizia che ormai è così diffusa e radicata che non se ne vede più la palese ipocrisia, facilmente fa il gioco dell'ingiustizia.

Se il diritto è (anche) l'oggetto della creazione del Giudice, bisogna allora – e forse è già tardi – affrontare l'emergenza della *questione morale* che avvelena l'apparato della... giustizia, e questo è un altro grave problema che, come quello di prima, non può più essere nascosto.

8.

La crisi morale del diritto penale vivente è ovunque, endemica e sistemica Il Giudice che corre nella corrente (dove vuole andare?)

Troveremo quindi ovunque nel nostro cammino dentro il diritto penale formule vuote e finzioni, che tali sono in modo così evidente che è impossibile che non ce ne si avveda,

Il diritto penale è diventato *il cimitero delle formule vuote*, le carcasse degli elefanti che un tempo significavano qualcosa ed ora non più.

La formula vuota della legge ha il pregio impagabile di poter essere riempita con qualunque contenuto più aggradi al Giudice che crea così il diritto penale che più gli conviene.

L'apparato della giustizia penale sta affondando in una crisi morale senza precedenti e ormai non pare esagerato temere che un numero incalcolabile di processi prenda una piega piuttosto che un'altra per ragioni più o meno confessabili, che poco o nulla hanno a che vedere col diritto.

Se è vero che, però, è difficile includere il degrado morale in un qualche discorso scientifico sul diritto penale, è anche vero che è impossibile oggi parlare di diritto penale senza parlare del degrado morale in cui esso ogni giorno si rivolta su se stesso come dentro una grande pozza di fango.

È tutta colpa nostra, perché abbiamo accettato senza fiatare l'assurdità delle correnti politiche in Magistratura, e quindi non possiamo lamentarci del fatto che i Giudici, dentro le correnti politiche, partoriscono diritti penali molteplici e – appunto – tutti politici.

Ammettere le correnti nella magistratura equivale ad ammettere che *il diritto penale non è uno, ma è molteplice*, almeno quanti sono i punti di vista delle correnti in cui è frazionato l'universo dei Giudici che il diritto penale applicano e quindi creano.

Non lo avevamo capito.

I sistemi Amara e Palamara potrebbero essere solo la parte emersa di un gigantesco *iceberg*.

Amici contro nemici, la categoria fondamentale del "politico", per Carl Schmitt²¹: questo sta diventando il diritto penale.

Allo stesso tempo, il problema del rapporto tra diritto penale e politica esiste ed incombe e non può essere rimosso come nel passato, quando si credeva che non esistesse, perché – così si pensava – l'uno, il diritto penale, neutralizzava l'altra, la politica, ma non era comunque vero.

PM e Giudici estranei a questi giochi – e ce ne sono molti – sanno benissimo di che cosa stia parlando.

9.

Il diritto penale sta diventando un grande e infame imbroglio

Viviamo il tempo in cui il diritto penale si consuma in un costante *paradosso punitivo* di dimensioni ciclopiche: il sistema, guardato nella sua generalità, sembra aver perso qualunque capacità interna di autocontrollo.

²¹ C. Schmitt, *Le categorie del 'politico'*. *Saggi di teoria politica*, a cura di G. Miglio, P. Schiera, Il Mulino, 1972.

L'esercizio che faremo è cercare di leggere e decrittare il diritto penale *a partire dal carcere*, da chi va in carcere e perché, e, con esercizio parallelo, proveremo a cogliere quel che accade nella società, per gettare una sonda per capire se *davvero* dai fatti per cui chi è detenuto è detenuto, derivano *ancora* i reali maggiori danni cui è esposta la società umana del XXI secolo.

Il lavoro, ad esempio, uccide assai più della mafia.

Per il diritto penale però non è vero.

I detenuti per omicidio colposo, nella società del rischio, sono, al 31 dicembre 2019, 200²² e, se si va col pensiero solo un momento al dramma sociale del lavoro che uccide migliaia di lavoratori, o alle migliaia di morti sulle strade, si coglie, come su un'istantanea, che cosa sia e che cosa non sia realmente il diritto penale (ne parleremo dopo).

Le chiamiamo "morti bianche" e certo sono molte di più di quel che le statistiche rivelano, anche perché, in Italia più che altrove, c'è un'economia "nera", sommersa, che nessuno ha reale interesse a far emergere.

Se, come vedremo, di fronte alla certezza che l'amianto causa la morte per un raro tumore che si chiama mesotelioma pleurico, il diritto penale non sa risolvere in un modo culturalmente accettabile il problema dell'imputazione dell'evento al reo, e quindi ora assolve e ora condanna (ma alla fine assolverà sempre!), vuol dire che il diritto penale maneggia concetti – causa, pericolo e colpa – vecchi e stantii.

I morti d'amianto, però, si contano ormai a decine di migliaia.

È una strage di fatto consentita.

Nel campo del diritto penale dell'ambiente il disastro è ancor peggiore: il diritto penale si dibatte in problemi nuovi che non conosce e non sa come risolvere, e quando applica le vecchie categorie sistematiche, crolla nel non senso.

Alla fine del 2019, in carcere c'erano 13.756 detenuti per furto, semplice ed aggravato, 990 detenuti per insolvenza fraudolenta, 2.012 per truffa e 399 per appropriazione indebita²³.

È facile che la somma del danno patrimoniale privato, causato da tutti loro, sia solo una frazione del danno patrimoniale pubblico causato dalla *elusione fiscale di pochi grandi gruppi multinazionali*²⁴, e l'elusione fiscale è una forma sofisticata assieme

²² Si vedano i dati disponibili [sul sito dell'ISTAT](#).

²³ Si vedano i [dati disponibili sul sito dell'ISTAT](#).

²⁴ Secondo la ricerca condotta dagli economisti Zucman, Torslov e Wier, varrebbe ben 627 miliardi di euro la base imponibile nascosta al fisco da poche grandi multinazionali di Paesi come Germania, Francia, Italia e altri, solo nel 2015 (T.R. Tørsløv, L. Wier, G. Zucman, *€600 Billion and Counting: Why High-Tax Countries Let Tax Havens Flourish*, 2017).

di furto, appropriazione indebita truffa e insolvenza fraudolenta aggravata dal danno procurato allo Stato, cioè a tutti.

Non c'è una buona risposta alla domanda «perché chi ruba al supermercato è un criminale, e il CEO di una grande società che, lavorando nelle pieghe del diritto societario, sottrae i ricavi della sua impresa e li dirotta in un Paese che gli garantisce di non pagare le tasse, è un benemerito della comunità?».

C'è un problema di cultura e la cultura è la fonte del diritto penale e non l'opposto²⁵.

La Società non è una, ma, come sapeva il Platone de *La Repubblica*, sono almeno due, la società dei ricchi e la società dei poveri, e il grande ateniese sapeva bene che *l'educazione alla cultura* è l'unica via per l'interiorizzazione reale e non superficiale delle leggi.

Ci sono poi *altri* fatti, che sono e non sono materia penale, che producono danni sistemici che mettono in discussione la sopravvivenza stessa dell'uomo così come l'abbiamo sempre inteso, del suo *habitat* naturale e della democrazia come forma più evoluta del vivere civile, e che il diritto penale, *in primis* il carcere, non vede perché non può e perché non vuole.

Non c'è nemmeno una buona risposta alla domanda «perché se chiedo alle grandi *corporation* la restituzione dei dati privatissimi della mia vita, che esse hanno accumulato per prevedere i miei futuri comportamenti economici politici e sociali, *mi si risponderà no*, ma il diniego non è né furto né appropriazione indebita»²⁶?

Siamo entrati nel Capitalismo della sorveglianza, ma il diritto penale ancora non lo sa²⁷.

Materia oscura, cioè materia di un diritto penale che non c'è, ma non è chiaro perché non ci sia, ovvero perché resti oscura.

Per quanto riguarda l'Italia, nel corso di quello stesso anno le multinazionali avrebbero trasferito circa 24 miliardi di dollari di profitti realizzati nel nostro paese in paradisi fiscali, europei e non; il che si sarebbe tradotto in un mancato gettito fiscale di 7,5 miliardi di dollari per le casse dello Stato, pari al 19% del totale derivante dall'imposta sulle imprese. I dati registrati negli anni successivi confermano il *trend* osservato nel 2015 (T.R. Tørsløv, L. Wier, G. Zucman, *40% of multinational profits are shifted to tax havens each year*, in missingprofits.world).

²⁵ F. Basile, *Immigrazione e 'reati culturalmente motivati'. Il diritto penale nelle società multiculturali*, Giuffrè, 2010, pp. 93 ss.

²⁶ Il riferimento è al Prof. David Carroll, docente della Parsons School of Design di New York che ha richiesto, alla società Cambridge Analytica di prendere visione e riappropriarsi dei propri dati personali utilizzati dalla stessa durante le elezioni presidenziali del 2016. A fronte del rifiuto, a nel 2018 Carroll ha avviato una causa contro la società (cfr. I. Lapowsky, *One Man's Obsessive Fight to Reclaim His Cambridge Analytica Data*, in *Wired*, 25 gennaio 2019).

²⁷ S. Zuboff, *Il capitalismo della sorveglianza. Il futuro dell'umanità nell'era dei nuovi poteri*, Luiss University Press, 2019.

Il diritto penale non risponde nemmeno a domande più urgenti e cruciali cui, invece, dovrebbe rispondere e bene.

10.

La tossicodipendenza è una malattia mentale?

Il grosso dei detenuti – ben 21.080, *più di 1 su 3* – sono detenuti per altri tipi di fatti, *per delitti legati alla droga*, sono per la grandissima parte, tossicodipendenti, spacciatori per necessità, piccola manovalanza di disperati²⁸, e i delitti per cui sono detenuti sono *mala quia prohibita* e non *mala in se*, come diremo a breve.

La materia penale è, per un terzo, fatta di questi uomini e di queste donne.

Il diritto penale infierisce soprattutto su di loro.

Se, come abbiamo accennato, qui proveremo a fare un'analisi critica dei concetti di causalità, pericolo e colpa, in altro lavoro proveremo ad analizzare, invece, la (in)consistenza dei concetti penalistici di imputabilità e di vizio di mente, totale e parziale, ma anche di dolo, ma già sin d'ora possiamo dire che questi concetti crollano là dove il diritto penale dovrebbe sciogliere il dilemma umano, oltre che scientifico, della *reale colpevolezza del tossicodipendente*.

La tossicodipendenza è un vizio di mente o no?

La giurisprudenza tetragona e immobile dice di no²⁹.

Perché?

C'è una sterminata letteratura neuroscientifica e non solo, sulla tossicodipendenza come malattia³⁰, come c'è un'altra sterminata letteratura psicologica e sociologica che invece nega che la tossicodipendenza sia una malattia, ma nessun Giudice pare interessato ad averne una adeguata cognizione.

Come può, allora, un Giudice decidere se il tossicodipendente è malato o no se ignora la scienza pertinente?

Come può decidere il Giudice se, durante una crisi d'astinenza, costui o costei erano "capaci d'intendere e di volere", visto che nessuno può dire di sapere che cosa

²⁸ Antigone, *Il carcere secondo la Costituzione*, cit. – sezione "Droghe e dipendenze".

²⁹ Tra le sentenze della Corte di cassazione che, più di recente, hanno affermato che «per escludere lo stato di imputabilità non è sufficiente la condizione generica di tossicodipendenza», si vedano ad esempio Cass. pen., n. 54068/2018; Cass. pen., n. 27575/2017.

³⁰ Cfr. N. Volkow, *Addiction Is a Disease of Free Will*, NIDA, 12 giugno 2015, tradotto e ripubblicato in questa rivista (*La dipendenza è una malattia del libero arbitrio*, 23 marzo 2020).

significati “intendere” e che cosa significhi effettivamente “volere”, vecchie parole di una metafisica obsoleta e moralistica?

Non è il Giudice il custode della scienza nel processo?

Forse la bella sentenza cosiddetta Cozzini vale sempre e solo per i processi d’amianto³¹?

11.

La mafia la droga e il potere del denaro

Droga vuol dire mafia.

Indubbiamente nelle carceri è ben rappresentata la criminalità mafiosa, 1 detenuto su 7 all’incirca³².

La mafia vive e vegeta *sul proibizionismo legale, a un tempo moralistico e illiberale* della droga (di alcune droghe perché altre sono permesse e incoraggiate), che è il prodotto di una scelta politica dello Stato che non vuole regolare quel mercato.

È quindi evidente che lo Stato, mantenendo in vita quel proibizionismo che uccide nelle carceri e fuori i tossicodipendenti, ostacolandone la cura, mantiene in vita la Mafia che su quel proibizionismo lucra.

La sopravvivenza della mafia, con l’immane capacità di produzione di ricchezza ch’essa immette nel circuito dell’economia cosiddetta legale, col traffico della droga, evidentemente, è garantita dallo Stato e vi dev’essere qualche ragione che conviene a molti, ma che non è facile da capire (alcool e tabacco uccidono assai più dell’oppio e della canapa).

È importante cogliere il problema dal giusto punto di vista.

Non è infatti la Mafia che avvelena l’economia sedicente legale, ma è l’economia capitalista sedicente legale che chiama i capitali della Mafia per poterli riciclare e moltiplicare i profitti.

Il riciclaggio, da cui probabilmente vengono oggi i maggiori profitti dei delitti di droga, però, è un fatto quasi depenalizzato nel diritto penale vivente, che è l’unico diritto penale che esista.

³¹ Cass. pen., sez. IV, 17.9.2010 (dep. 13.12.2010), n. 43786.

³² In carcere c’erano infatti – al 31 dicembre 2019 – 7.481 detenuti per associazione a delinquere di stampo mafioso, che significa circa 1 detenuto su 8, e 2.963 per associazione a delinquere semplice – insieme fanno 1 detenuto su 6 – (si vedano i dati riportati nella [sezione statistica del Ministero della Giustizia](#) e sul sito dell’ISTAT).

Il problema, così posto, rende evidente quanto sia stolta la dichiarata guerra alla mafia, che non aiuta il malato che incarcera – il tossicodipendente – e non vuole fare l'unica cosa razionale che si dovrebbe fare e cioè depenalizzare il mercato della droga.

Il diritto penale della droga regola è *mala quia prohibita* e non *mala in se*, ed è intimamente contraddittorio.

Uno dei tanti sintomi morbosi – certo non l'unico – del tracollo morale del sistema, allora, è l'ormai evidente separazione tra la lotta alla mafia e l'antimafia professionale e professionistica.

Qualcuno parla di mafia dell'antimafia³³.

L'art. 416 *bis* c.p., ormai, è un congegno linguistico buono per tutti gli usi – formula quasi vuota – ed è fatale che chi può lo usi come vuole (e così nascono le mafie silenziose e quelle trasparenti, che sono mafie senza mafia).

Quando Falcone e Borsellino istruirono il grande processo del 1985-1986 non ebbero alcun bisogno di *creare* il concorso esterno in associazione mafiosa, i loro tardivi epigoni sì.

12. La farsa che diventa tragedia o la tragedia che è farsa

Talvolta il diritto penale del carcere, che è il vero ed unico diritto penale che meriti d'essere oggetto di studio scientifico, rivela le sembianze del tragicomico, della tragedia che non si sa più come distinguere dalla farsa.

C'è solo farsa – o una ben strana tragedia – nel fatto che, sempre alla fine dello scorso anno, *i detenuti per delitti contro il sentimento religioso e la pietà dei defunti fossero 1.070*³⁴, più del quintuplo dei detenuti per omicidio colposo e quasi il doppio della somma degli omicidi e degli autori di lesioni colpose.

Il diritto penale rispetta più il morto già morto del vivo che è stato ucciso o ferito per colpa?

Pare grave ma non troppo serio anche il fatto che, a fine 2019, il numero dei detenuti per *arbitraria invasione d'azienda* – ma che cos'hanno fatto, hanno provato a fare la rivoluzione proletaria contro il capitalismo e non ce ne siamo accorti? – fosse 312, e i detenuti contro la personalità dello Stato, ben 151, cosicché insieme queste due

³³ P. Melati, *La notte della civetta*, Zolfo editore, 2020.

³⁴ Si vedano i dati disponibili [sul sito dell'ISTAT](#).

classi di criminali rivoluzionari o golpisti *superano i detenuti per omicidio e lesioni colpose*³⁵.

Come pare singolare che i venditori di sostanze alimentari non genuine fossero 2 – e un poco spiace per loro perché debbono essere stati ben sfortunati, almeno come gli 11 (!) detenuti per frode nell'esercizio del commercio³⁶!

Così come desta curiosità che 331 persone stessero in carcere per *ingiuria e diffamazione* (suppongo non a mezzo stampa), e sono più di coloro che sono reclusi per omicidio colposo³⁷; che cosa possono aver detto di così grave in una società come la nostra che è ormai fondata sull'odio della violenza comunicativa?

E appare non meno curioso che 6 (?!), di questi tempi, si trovassero in carcere per *pubblicazione e spettacoli osceni*³⁸ e chissà che cos'hanno fatto nella società in cui la pornografia è largamente accettata e sfruttata in ogni dove per profitto, liberamente accessibile a chiunque di qualunque età e ovunque si trovi (la curiosità su che cosa abbiano mai fatto quei 6, solletica e non poco)?

Ci sono anche 3.205 rei di *danneggiamento a cose, animali e terreni*³⁹, e anche qui non è così intuitivo quali gravissimi fatti debbono aver commesso costoro, che sono così tanti di più degli omicidi per colpa e dei rei di lesioni colpose.

Il diritto penale, però, è l'ultima *ratio* della difesa dei valori primordiali della società, o no?

Il diritto penale del carcere è una strana creatura sociale, che dà letteralmente i numeri.

13.

**I numeri più interessanti, però,
sono quelli che non ci sono**

Spesso le statistiche del carcere – ignobilmente scarse e disinformate – non contengono nemmeno talune classi reato, tant'è ovvio a tutti che esse *non debbono* essere riempite.

Si fanno anche processi penali per quegli altri fatti, di quell'altra grande categoria dei delitti dei potenti, ma se, alla resa dei conti, *nessuno o quasi nessuno entra in carcere*, debbono esserci ragioni profonde.

Il diritto penale è la *magna charta* del criminale?

³⁵ *Ibidem.*

³⁶ *Ibidem.*

³⁷ *Ibidem.*

³⁸ *Ibidem.*

³⁹ *Ibidem.*

I grandi e solenni principi di garanzia, *in primis* il *nullum crimen sine lege* in tutte le sue colte e raffinate declinazioni, funzionano a senso unico, per taluni – i più –, sono solo carta straccia, per altri – i meno – sono bastioni di una fortezza imprendibile su cui vanno a sbattere più o meno giustificate pretese punitive.

Le garanzie, solennemente proclamate, sono studiate nella cultura penalistica però come l'astronomo aristotelico studiava il cielo delle stelle fisse, *dandole per scontate*, come se quei principi non dovessero essere costantemente verificati nella storia, nel loro reale mobile volto, e così non si vede che cosa siano diventate in realtà, *chi e quanto esse garantiscano e che cosa garantiscano davvero*.

Le garanzie del diritto penale liberale sono bellissime e quel che hanno di bello è che, se fossero coerentemente applicate a tutti, garantirebbero a tutti l'impunità, ma poiché questo esito è impossibile, le garanzie si vendono al mercato come un tempo le indulgenze.

Non si vede cioè che le garanzie hanno un prezzo, più paghi più crescono le *chances* di cavartela; meno paghi, più la macchina feroce del diritto penale ti stritolerà.

Chi non capisca perché questo accade e creda che per rimediare all'ingiustizia che trionfa basti qualche *slogan* di "giustizialismo" a buon mercato – più carcere per tutti – non ha capito, né forse vuol capire, *la reale natura del diritto penale*, e quindi non ha capito, né forse può capire, che *l'incarcerazione del potente non sarà mai possibile*.

Giustizialismo e garantismo sono le facce della stessa medaglia, che è l'eterna lotta non per il diritto ma per la punizione e per l'impunità, il cui esito varia da caso a caso, da momento a momento, da Giudice a Giudice.

Il principio stesso dell'eguaglianza di tutti davanti alla legge penale è falso, ma è difficile che – oggi almeno – lo scienziato del diritto penale decida di studiare una materia così difficile e pericolosa che non dà dividendi di carriera e di prestigio.

14.

La reale natura del diritto penale

Il sistema del diritto penale, la sua natura profonda, impedisce che il potente vada in carcere.

Il diritto penale non si è fatto da solo, l'hanno fatto i potenti per asservire i deboli.

Il destino della maggior parte dei processi ai potenti è quindi segnato sin dall'inizio.

Ci sarà sempre qualcuno che saprà mettere il granello di sabbia nell'ingranaggio del processo contro il potente per fermare le macchine, e *si sa che quel qualcuno sta annidato nello stesso apparato della giustizia penale*, perché il potente potrebbe non

incontrare alcun ostacolo – nel lungo corso del processo – ad asservire qualche PM o qualche Giudice per arrivare al risultato che gli conviene.

Se il Giudice crea diritto, gli è spesso ancor più facile creare il fatto.

Nella onnipervasiva incertezza del mondo, che con la scienza è fatalmente aumentata invece che diminuire, è facilissimo trovare qui, in questo processo, qualche dubbio ragionevole che invece non pare ragionevole là, in un altro processo.

Il set delle prove non è mai esaustivo e le spiegazioni possibili sono sempre plurime e anche tra loro contraddittorie, sotto determinate dalle stesse prove, sicché al Giudice non è mai preclusa la possibilità di scegliere, tra le molte possibili costruzioni processuali del fatto, quella che più convenga e motivare *ex post* non è mai così difficile.

Il problema, soprattutto nei grandi processi, è l'opacità del processo della decisione.

Le cronache danno ampia conferma che mai il timore è certamente infondato.

La corruzione giudiziaria – quella manifesta, che talvolta è scoperta, e quella non manifesta, perché sta nelle cose, naturale prodotto della negoziazione sociale tra centri di potere, reciproco e silenzioso scambio di favori dietro la porta di tanti Giudici che ricevono ogni giorno così tanti Avvocati – è ormai endemica.

Se miracolosamente, il processo penale al potente sopravvive alle mine e agli atti di sabotaggio che lo fanno affossare nell'interno, *non cambia nulla*, l'esito è sempre alla fine quello che deve essere.

Perché allora è il diritto penale che appare impotente.

Il vecchio diritto penale non ce la fa proprio a correre alla stessa velocità a cui corre la trasformazione perenne della criminalità del grande Capitale e il grande Capitale conosce benissimo le scorciatoie per giungere là dove vuole giungere, all'impunità.

Il diritto penale allora diventa davvero un grande imbroglio.

La sfida, forse impossibile, è fare di questo diritto penale, quello vero, l'oggetto di un nuovo tipo di studio scientifico.

SEZIONE SECONDA

Il carcere

1.

Chi sono i 60.000 e più uomini e donne detenuti fino a ieri nelle nostre carceri?

Chi sono i più di 61.000 uomini e donne *colpevoli* che, fino all'inizio di quest'anno, erano detenuti nelle nostre carceri?

Il silenzio, sol che si scavi un po', è imbarazzante.

Al 31 dicembre 2019, dei 60.769 uomini che stavano nelle nostre carceri, 1.054 erano analfabeti, cui si debbono aggiungere 882 detenuti privi di titolo di studio, 6.393 che avevano la licenza di scuola elementare, quasi 20.000 quella di scuola media inferiore, 714 che avevano il diploma di scuola professionale, mentre i diplomati di scuola media superiore erano quasi 5.000 e i laureati 705⁴⁰.

Questi numeri riguardano solo 34.101 detenuti degli oltre 60.700 presenti alla fine del 2019, perché il Ministero della Giustizia ammette di *non saper nulla* del titolo di studio delle altre 26.668 persone⁴¹ – più del 40% del totale degli uomini e delle donne che sono detenute nelle carceri – e questo già di per sé non è encomiabile (sintomo ulteriore che i detenuti hanno perduto più di qualcosa dello *status* di persona).

Per poter azzardare una conclusione sulla popolazione generale dei detenuti, ipotizziamo – e l'ipotesi è forse fin troppo conservativa – che la distribuzione per titolo di studio per la materia umana oscura dei 26.668 sia sovrapponibile, cioè sia eguale, a quella degli altri 34.101.

Concludiamo allora che circa 16.000 detenuti, cioè più di *un detenuto su 4*, o è *analfabeta*, o *non ha titolo di studio*, o *ha la licenza elementare*.

Se a queste persone aggiungiamo coloro che hanno conseguito la licenza di scuola media inferiore e null'altro di più – e quindi non hanno ultimato il *curriculum* scolastico che sarebbe obbligatorio per legge –, *l'insieme così creato copre quasi 4/5 del totale dei detenuti in carcere*.

È probabile che 4/5 dei detenuti non sappiano nemmeno come scrivere la loro domandina.

Non è difficile concludere, allora, che la stragrande maggioranza dei detenuti in carcere ha sofferto innanzitutto la malattia sociale dell'ignoranza, figlia legittima della miseria.

Che cosa è quindi il diritto penale oggi (ma anche ieri e l'altro ieri)?

Il diritto penale vivente è quasi per intero *un masso di insostenibile pesantezza* che grava sugli strati più deboli delle classi sociali più disagiate, gli *outsiders*, coloro che il diritto penale etichetta come criminali.

Il masso pesa sempre di più.

⁴⁰ Si vedano i dati riportati nella sezione statistica del Ministero della Giustizia.

⁴¹ *Ibidem*.

Tra il 2014 e il 2019 il numero dei detenuti analfabeti è quasi raddoppiato⁴².

2.

Come spiegare la correlazione evidente tra analfabetismo e carcere?

Se il diritto all'istruzione, sancito per tutti dalla Costituzione, non fosse solo scritto sulla carta e fosse reale pratica sociale, *il carcere si svuoterebbe?*

Il pezzo di carta, il titolo di studio, serve eccome, e infatti la percentuale dei laureati nella popolazione generale italiana sfiora il 20%⁴³, mentre nella popolazione carceraria è poco superiore al 5%⁴⁴.

Il titolo di studio diminuisce il rischio di finire in carcere?

Perché?

Lascio volentieri la domanda ai penalisti scientifici.

È così perché deve essere così, questa è l'unica risposta.

La laurea, anzi la... laura – come diceva Totò a Peppino – forse sarebbe d'ostacolo all'ingresso nel carcere, ma non perché, di per sé, il titolo di studio sia un ostacolo alla commissione di crimini. Tutt'altro.

In una società in cui tutti godessero del diritto all'istruzione, *una società in cui la cultura avesse davvero un valore*, e magari le disuguaglianze fossero meno manifeste agli occhi di tutti (soprattutto dei diseguali), in una società più giusta, ma soprattutto capace davvero di coltivare *l'idea che l'uomo conta più della società*, perché la società non esiste, è una finzione, e l'uomo sì, il carcere come istituzione forse sparirebbe, *perché esso è nato e vive per i miserabili che non protestano o le cui proteste si perdono nel vento*.

Non per questo, però, sparirebbe il crimine, che non è affatto prerogativa dei soli miserabili.

Saremmo obbligati, forse, a pensare a qualcosa di meglio del carcere per proteggere la società.

Aprire gli occhi e guardare dove stanno i danni maggiori per la maggior parte degli uomini e donne della società.

⁴² *Ibidem*.

⁴³ Cfr. la sezione relative all'Italia del *report* dell'Ocse, *Education at a Glance 2019. OECD Indicators*, 2019.

⁴⁴ Si vedano i dati riportati nella sezione statistica del Ministero della Giustizia.

Il catalogo dei fatti della parte speciale andrebbe ripensato dalle fondamenta e forse, allora, cominceremo a pensare che la centralità del carcere nel sistema delle regole fondamentali del vivere comune non sia poi così necessaria come ci vien fatto credere.

3.

Il carcere è una pena corporale e il dolore che infligge è incommensurabile

Il problema del carcere è *il più grave dei problemi di etica pubblica delle società contemporanee* ma noi, i penalisti per primi, lo rimuoviamo sistematicamente dal nostro orizzonte di pensiero.

Il penalista studia la pena come idea e non come fatto, quindi studia l'idea dopo averla sapientemente e opportunamente svuotata del suo imbarazzante fatto, cioè del suo reale significato.

Il buon penalista liberale raramente si sporca le mani.

Il carcere è davvero un progresso rispetto a prima, quando non c'era il carcere, ma il supplizio?

Se è vero che col tempo abbiamo provato crescente vergogna del piacere avvertito quando, fino ad un paio di secoli fa, la pena era anche spettacolarizzazione della crudeltà e della violenza inflitta al corpo del reo, che il sovrano voleva per dichiarare pubblicamente il proprio potere assoluto, non è invece vero che la violenza della pena sia cessata o diminuita ora che è il potere sovrano dello Stato la infligge col carcere, apparentemente maneggiando la Legge, sedicente espressione della volontà del Popolo che sarebbe oggi il sovrano.

La pena stessa ha cambiato forma, non sostanza.

Il carcere, *cupo isolamento dell'uomo estraniato e sradicato dal suo mondo umano*, produce uno stato in cui il cervello della persona umana – che è per definizione cervello sociale⁴⁵, cervello che vive nell'interazione soggettiva, *l'io si costituisce nella relazione con l'Altro*, come la filosofia prima della scienza aveva ben compreso – *non può vivere senza un dolore interiore forse maggiore di quello che, con le pene corporali di prima, è inflitto al suo corpo.*

⁴⁵ M. Gazzaniga, *Il cervello sociale. Alla scoperta dei circuiti della mente*, Giunti, 1994; M. Ammaniti, V. Gallese, *La nascita dell'intersoggettività. Lo sviluppo de sé tra psicodinamica e neurobiologia*, Cortina, 2014.

Il carcere è tortura sistematica del cervello⁴⁶ ma il cervello è pur sempre corpo, materia, perché siamo solo materia, anche se materia che pensa – come scriveva Leopardi citando Spinoza – e che “sente”.

Il carcere quindi è pena corporale.

4. Il sovraffollamento delle carceri e l'ipocrisia collettiva

L'Europa ha umiliato il nostro diritto penale perché la sua principale istituzione, il carcere, è stata giudicata inumana e crudele.

Mi riferisco ovviamente alla sentenza CEDU “Torreggiani”.

Sotto accusa è l'eccesso di detenuti rispetto alla capienza disponibile nelle carceri – il tasso di affollamento, che è il rapporto tra popolazione effettiva e popolazione ospitabile nelle carceri, era arrivato a superare il 150% –, ma, formulata in questi termini, l'accusa aveva ed ha il sapore di eufemismo, di burocratico politicamente corretto che serve a nascondere il *vero scandalo*.

Parliamo solo di sovraffollamento delle carceri e disquisiamo di spazio vitale per il detenuto, quasi che possa esistere davvero uno spazio realmente vitale per un uomo intrappolato in una gabbia.

Ci stiamo comunque incamminando, con la progressiva crescita del numero dei detenuti degli ultimi due anni, verso la medesima situazione di allora, dei tempi della sentenza Torreggiani.

Torniamo a guardare ai numeri del carcere. Quantomeno, a quelli che avevamo prima di questi mesi di emergenza sanitaria, dai quali decidiamo di prescindere⁴⁷.

Al 29 febbraio 2020, subito prima dello scoppio dell'emergenza, il totale dei detenuti era 61.230, a fronte di una capienza regolamentare di 47.231 posti⁴⁸.

Il rapporto tra le due grandezze – che si calcola come il rapporto debito PIL, così importante per il patto di stabilità europeo – era 1,29.

Troppo per il rispetto del patto di stabilità della buona coscienza collettiva?

⁴⁶ R. Umbach, A. Raine, N. Leonard, *Cognitive Decline as a Result of Incarceration and the Effects of a CBT/MT Intervention: A Cluster-Randomized Controlled Trial*. *Criminal Justice and Behavior*, in *Criminal Justice and Behavior*, 45, 1, 2017, pp. 1 ss.

⁴⁷ Infatti, secondo quanto riportato nei bollettini del Garante nazionale dei diritti dei detenuti, anche in virtù dei provvedimenti emanati e delle scarcerazioni disposte durante l'emergenza sanitaria il numero di detenuti attualmente presenti nelle nostre carceri si è ridotto a 52.520 persone (dato aggiornato al 5 giugno u.s., [bollettino n. 35](#)).

⁴⁸ Si vedano i dati riportati nella sezione statistica del Ministero della Giustizia.

La minaccia di un'altra umiliazione europea grava sull'intero sistema penale.

5.

Si corre ai ripari, si fa per dire Esercizi di architettura minimalista

La prima sezione penale della Corte Suprema di Cassazione, dopo una scrupolosa ponderazione compiuta nella camera di consiglio del 21 febbraio 2020, rimette un ricorso alle Sezioni Unite perché chiariscano se lo spazio minimo disponibile per ciascun detenuto, che dovrebbe essere il confine tra umanità e disumanità, violenza legale e tortura illegale

«debba essere calcolato al netto della superficie occupata da mobili e strutture tendenzialmente fisse ovvero includendo gli arredi necessari allo svolgimento delle attività quotidiane della vita; se assuma rilievo, in particolare, nella determinazione dello spazio minimo disponibile, quello occupato dal letto o dai letti nelle camere a più posti, indipendentemente dalla struttura del letto "a castello" o "singola", ovvero se debba essere detratto, per il suo maggiore ingombro e minore fruibilità, solo il letto a castello; se, infine, nel caso di accertata violazione dello spazio minimo disponibile (3 mq), secondo il corretto criterio di calcolo, da determinarsi al lordo o al netto dei mobili, possa comunque escludersi la violazione dell'art. 3 della Cedu nel concorso di altre condizioni, come individuate dalla stessa Corte EDU (breve durata della detenzione, sufficiente libertà di movimento al di fuori della cella con lo svolgimento di adeguate attività, dignitose condizioni carcerarie) ovvero se tali fattori compensativi incidano solo quando lo spazio pro capite sia compreso tra i 3 e i 4 mq»⁴⁹.

Non parrebbe che l'oggetto della interessante disquisizione di architettura minimalista sia, come invece è, la vita – e la morte – di decine di migliaia di uomini e donne.

I penalisti dovrebbero dare un'occhiata al recente libro fotografico sulle carceri italiane di Valerio Bispuri⁵⁰, e poi interrogare se stessi su che cosa hanno sentito dentro quando hanno visto le condizioni in cui cercano di vivere uomini e donne come noi.

Si dice che basterebbe costruire nuove carceri e il problema sarebbe d'incanto risolto, e l'ipocrisia sale a vette altissime.

Sfugge che difendere il carcere, e anzi volerne di più, e poi ancora di più, significa *difendere una società profondamente iniqua*, che ha prodotto il carcere come mezzo di oppressione dei più deboli perché così conviene ai più forti.

Il problema non è qualche centimetro quadrato in più o in meno.

⁴⁹ Cass., Sez. I, ord. 11 maggio 2020, n. 14260, su cui v. V. Giglio, *"Chi ha qualcosa da dire si faccia avanti e taccia"*, in *DPU – il blog*, 6 aprile 2020, [pubblicata in Giurisprudenza penale](#), 21 maggio 2020.

⁵⁰ V. Bispuri, *Prigionieri*, Contrasto, 2019; v. anche S. Arcieri, V. Bispuri, *Dal Sud America all'Italia: le fotografie degli "invisibili"*, in *questa rivista*, 27 maggio 2020.

6. Il carcere è anche pena di morte

Il tasso di mortalità per suicidio in carcere è in media di 11,4 su 10.000⁵¹, che equivale a un tasso di 114 su 100.000.

Il rischio di suicidio in carcere rispetto all'attesa di suicidi generale nella società, cioè fuori dal carcere – che è di circa 0,6 su 10.000⁵² – aumenta di circa 18 volte⁵³.

I dati del Ministero della Giustizia non collimano perfettamente con quelli di Antigone, ma la sostanza non cambia.

L'aumento di rischio di suicidio in carcere è *undici volte più alto*, quindi, del tasso di omicidi volontari che, come accennato prima, non raggiunge l'1 su 100.000, e *undici volte più alto* della soglia del rischio di morire per tumore causato da esposizione a sostanze cancerogene immesse dall'impresa nell'ambiente (rischio che pure, lo si ripete, è considerato socialmente accettabile).

Il suicidio in carcere è per certo *un rischio giuridicamente non consentito, che però viene iniquamente consentito*.

Il carcere è un assassino sociale più pericoloso degli assassini umani in libertà!

Sperare di poter spiegare gli abnormi tassi di suicidio in carcere solo con il sovraffollamento non basta, è troppo poco per dar conto della scelta tragica di porre fine alla propria vita, ma neppure di questo "troppo poco" è detto abbastanza.

La correlazione statistica tra carcere e suicidio però c'è e potrebbe bastare.

7. Perché il diritto penale non punisce la morte nel carcere?

L'aumento del rischio di suicidio in carcere dovrebbe essere *evento penalmente rilevante* (agevolazione al suicidio almeno colposa? Disastro? Strage?).

Una strage quasi sempre di deboli e spesso di (presunti) innocenti.

Nessun PM però ha deciso ancora di avviare un'azione penale a carico di chi è al vertice di codesta istituzione, il carcere, fino ai più alti livelli di responsabilità

⁵¹ Antigone, *Il carcere secondo la Costituzione*, cit., sezione "Suicidi ed eventi critici".

⁵² *Ibidem*.

⁵³ *Idem*, sezione "La pena ed il corpo" (dati riferiti al 2015).

governativa, cioè di chi pacificamente avrebbe, ai sensi dell'art. 40 capoverso c.p., l'obbligo giuridico di impedire questa silenziosa strage.

Perché nessuno ha il coraggio di lanciare per davvero un sasso in quello stagno?

La vita e la morte in carcere, oltre che socialmente e moralmente imbarazzanti, non fanno nemmeno spettacolo, e quindi non se ne parla, o meglio, non se ne deve parlare.

La causazione della morte nel carcere non è un fatto scriminato, o almeno non dovrebbe esserlo, perché quale possa essere la scriminante non è per nulla chiaro.

8.

La degradazione dell'uomo ovvero La morte simbolica che il carcere infligge a tutti il carcere

Il Ministero della Giustizia, nelle statistiche relative agli «eventi critici» in carcere, definisce l'evento critico «mettere a rischio la propria vita o altrui incolumità e più in generale la sicurezza all'interno degli istituti penitenziari»⁵⁴ ma, contraddittoriamente, sotto quella voce registra solo i suicidi, che non sono i soli eventi critici possibili, insieme ai decessi per cause naturali, che invece non sarebbero eventi critici.

Nulla sappiamo dei tentati suicidi e ancor meno sappiamo degli atti di autolesionismo che si verificano ogni giorno nelle carceri, così come non ci vien detto se e quante "morti per cause naturali" sono davvero state l'effetto di cause naturali e quante di queste cause naturali sarebbero state evitabili con adeguate cure, disponibili gratuitamente fuori dal carcere, ma in carcere garantite poco e male.

I detenuti, dopo che il diritto penale ha marchiato sulla loro pelle *lo stigma della colpa*, evidentemente, sono divenuti meno che persone, degradate a qualcosa d'altro.

Interessa poco o nulla sapere che cosa è loro accaduto, che ne è stato della loro vita o della loro morte.

Questa è la vera disumanità del carcere, ecosistema sociale progettato *per* essere disumano, storicamente voluto dalle classi dominanti, per la bassa gestione della identità degradata del detenuto, appartenente alla classe dei dominati, *come tale colpevole*, e non emendabile, malgrado la consueta apparentemente opposta retorica della rieducazione e della riabilitazione.

Sull'umanità degradata si può infierire con un certo margine di garanzia di impunità, anzi di invisibilità.

Carcere e morte, reale o solo simbolica, sono strettamente avvinti l'uno all'altra.

⁵⁴ Si vedano i dati riportati nella sezione statistica del Ministero della Giustizia.

Nihil novi sub sole, ancora.

9.

Il folle (che diventa) reo e il reo (che diventa) folle

La retorica non sempre innocente del diritto penale liberale dice che la pena è *solo* la privazione della libertà personale, che deve durare un tempo che sia proporzionato rigorosamente alla colpa del reo per il delitto commesso.

Nessuno ha ancora inventato la bilancia per pesare su un piatto la colpa e sull'altro piatto il dolore della violenza inflitta con la pena.

Chi sa quanto pesa un giorno di carcere? O un secondo, o un'ora, o una vita?

Tutti però sono abbastanza sapienti da credere di sapere almeno quanto pesi la colpa, e invece spiegare che cosa sia la colpa è un affare di straordinaria complessità.

Il mito della proporzione tra delitto e pena è solo un mito.

Nessuno possiede la bilancia con cui misurare il dolore inflitto all'uomo con la pena, così come nessuno può misurare il dolore inflitto all'uomo col delitto.

Il dolore è incommensurabile, non si misura a chili e non dipende nemmeno dal tempo che si passa in carcere né, necessariamente, dallo spazio che vi si occupa.

Tra i detenuti ci sono altissime percentuali di malattie psichiatriche⁵⁵ che sono malattie del cervello, cioè del corpo.

Come potrebbe non esser così?

Forse è vero che esiste – come sostiene la psicoanalisi – il reo folle⁵⁶, cioè colui che è gravato dalla colpa e commette il delitto per espiare la colpa che non è la colpa

⁵⁵ Secondo i dati diffusi dalla Simspe, Società italiana di medicina e sanità penitenziaria, in occasione del XX Congresso nazionale Agorà Penitenziaria del 3 e 4 ottobre 2019 fa Milano, il 50% delle persone detenute in carcere presenta una malattia o un disturbo mentale. Nel rapporto del Comitato nazionale per la bioetica, intitolato *"Salute mentale e assistenza psichiatrica in carcere"*, del 22 maggio 2019, si legge inoltre (a p. 10) che: «osservando le tipologie di disturbo prevalenti sul totale dei detenuti e delle detenute arruolati, al primo posto troviamo la dipendenza da sostanze psicoattive (23,6), disturbi nevrotici e reazioni di adattamento (17,3%), disturbi alcol correlati (5,6%), disturbi affettivi psicotici (2,7%), disturbi della personalità e del comportamento (1,6%), disturbi depressivi non psicotici (0,9%), disturbi mentali organici senili e presenili (0,7%), disturbi da spettro schizofrenico (0,6%)».

⁵⁶ M. Iannucci, G. Brandi, *Il reo folle e le modifiche dell'ordinamento penitenziario*, in *Diritto penale contemporaneo*, 19 febbraio 2018; M. Setaro, *La costituzione del folle-reo. La storia di Natale B. nel manicomio criminale di Aversa (1885-1905)*, febbraio 2015.

del delitto⁵⁷, e in qualche modo “pretende” la pena, e non è chiaro a nessuno se sia bene accontentarlo o no.

Di certo però esistono moltissimi rei o presunti tali che diventano folli perché restare sani di mente in carcere non è facile. Anzi.

Quale che sia la risposta al dilemma – se il folle diventi reo o il reo diventi folle – si porrebbe *un gigantesco problema di imputabilità e/o punibilità*, ma il problema è troppo grande per essere anche solo pensato e quindi è rimosso.

Al fondo c'è tuttora la potenza della grande narrazione del peccato e della colpa e lo stigma che ne deriva.

10. Perché le carceri sono il luogo orrendo che sono? La colpa e il libero arbitrio

Chi muore in carcere – o è diventato folle – in fondo se l'è voluto e se l'è meritato!

Doveva pensarci prima e non delinquere!

Poteva, però, l'uomo o la donna – molti più uomini che donne invero stanno in carcere e sarebbe interessante capire perché sia così – agire diversamente da come agì, e cioè, non fare quel che ha fatto?

Alla base di tutto, vera architrave del sistema penale, c'è il libero arbitrio, una comoda invenzione umana, del tutto screditata agli occhi della ragione, ma durissima a morire.

Se si scava nel tempo dell'umana cultura, si scopre che la fondazione della colpa nel cattivo esercizio del libero arbitrio è parte di una complessa antichissima teodicea che, preso atto della inestirpabilità del male nel mondo, si è impegnata a sgravare Dio dalla relativa responsabilità.

Il colpevole, l'uomo, col peccato originale, la violazione del tabù alimentare commessa nell'Eden (così l'impareggiabile ironia di Cordero)⁵⁸, è stato gravato da allora del peso di una colpa immane, che potrà essere riscattata solo da un intervento soprannaturale, nientedimeno che la venuta in terra del figlio di Dio.

Il marchio del peccato però durerà per sempre, o comunque ancora per molto, fino a quando almeno non ci sarà il tempo del Giudizio.

⁵⁷ S. Freud, *I delinquenti per senso di colpa*, in *Alcuni tipi di carattere tratti dal lavoro psicoanalitico*, 1916.

⁵⁸ F. Cordero, *Morbo italico*, Laterza, 2013, p. 102.

Allora ciascuno avrà il suo e sarà giusto così.

L'Inferno per chi non si sia redento, è eterno e, come sapeva Tommaso d'Aquino, e come scrisse anche Nietzsche⁵⁹, la massima beatitudine concessa in Paradiso è la contemplazione della sofferenza eterna dei dannati.

Il libero arbitrio non c'è nella cultura greca, e nel XVI secolo entra in crisi anche nel mondo cristiano.

Tra Lutero, che nel XVI secolo, rifiuta il libero arbitrio, ed Erasmo che, per quietismo conformista lo accetta e si piega alla Chiesa, difendendo il libero arbitrio, *il vero negatore del sistema*, il vero rivoluzionario sincero che non teme la verità, è Lutero.

Chi cancella il libero arbitrio – e Cordero lo dice di Lutero⁶⁰ – è a un passo dalla negazione totale di tutto il sistema della religione della morale e Lutero si ferma appena prima dell'abisso mentre Erasmo si chiude gli occhi per quieto vivere.

Lutero scopre il fondo oscuro della tragedia dell'uomo, l'inevitabile peccaminosità dell'uomo, di ogni uomo, e il relativismo non innocente di qualunque separazione convenzionale tra bene e male; Erasmo la vela.

Cordero lo ha scritto con la sua lucida e tagliente intelligenza⁶¹.

Il diritto penale ha preso i concetti di fondo dell'imputabilità e della colpevolezza pari pari dalla teologia.

Il sistema, però, non sta in piedi.

11.

Nessuno è libero di non diventare quel che è

Il penalista scrive «normale autonomia»⁶² ma si tratta della stessa cosa, solo detta peggio e in modo ambiguo.

Siamo tutti liberi, si dice, e dobbiamo tutti rispondere delle conseguenze delle nostre azioni, ma la nota, apparentemente ottimista ed emancipatrice, suona stonata, perché è ovvio che *non siamo tutti egualmente liberi*, ammesso e non concesso che abbia senso dire di qualcuno che è libero.

⁵⁹ F. Nietzsche, *La Genealogia della morale, Saggio primo. «Buono e malvagio», «Buono e cattivo»*, tr. it. in *Opere*, Adelphi, 1986.

⁶⁰ F. Cordero, *Il sistema negato. Lutero contro Erasmo*, De Donato, 1969.

⁶¹ *Ibidem*.

⁶² Già Manzini, nel suo *Trattato*, scriveva che «fondamento dell'imputabilità è soltanto la coscienza che il soggetto ha del proprio atto e la normale autonomia volitiva di lui» (V. Manzini, *Trattato di diritto penale italiano*, UTET, 1981, p. 729).

C'è chi nasce colpevole, la natura e l'ambiente l'hanno fatto così, e non può farci granché, così come non ha gran merito ma forse solo fortuna chi, sempre per natura od ambiente, nasca innocente perché incapace di male.

O tutti forse nasciamo colpevoli o forse tutti nasciamo innocenti, perché la natura non conosce colpe (né meriti).

Probabilmente siamo solo automi capaci di pensare in prima persona.

Erasmus e Lutero dibattevano nel XVI secolo, ora siamo nel XXI secolo, il secolo delle neuroscienze, e forse è tempo di guardare all'uomo con qualche consapevolezza in più.

A screditare il libero arbitrio basterebbe Darwin.

O Spinoza⁶³.

Il pregiudizio, però, è durissimo a morire.

12.

Diventeremo finalmente onesti abbastanza per smascherare il grande imbroglio?

Il diritto penale preferisce non misurarsi con l'essere umano così come egli è, che è divenuto ciò che è per sua natura e per le esperienze di vita patite in un mondo in cui, come tutti noi, è stato gettato e non ha scelto di abitare.

Il diritto penale costruisce *un feticcio al posto dell'uomo*, dicendogli come dev'essere anche se non può, e gli dice che *merita* d'essere quel che è diventato, anche se non è vero, non può essere vero.

Solo chi ha il potere decide *chi* deve essere punito e *perché*.

La verità tutt'altro che facile da accettare è che *tu non sei mai punito perché sei colpevole, ma sei colpevole perché devi essere punito*, e devi essere punito per ragioni che forse resteranno oscure e che hanno a che vedere con gli interessi e col piacere di chi il diritto penale ha costruito e maneggia.

La responsabilità – declinata prudentemente nella debole parola dell'imputabilità del diritto penale – allora è solo un espediente convenzionale per fondare, su una qualche apparente ragionevolezza, *la necessità della punizione*, ma quale sia il fondamento di questa necessità resta ancora non detto.

⁶³ Il quale nel 1677 scrisse che «gli uomini s'ingannano nel ritenersi liberi, e questa opinione consiste solo in questo, che essi sono consapevoli delle loro azioni ma sono ignari delle cause da cui sono determinati. Questa è dunque la loro idea della libertà, dal momento che non conoscono alcuna causa delle loro azioni» (B. Spinoza, *Etica*, Bompiani, 2017, p. 185).

Da sempre s'impiega la parola "giustizia" per coprire l'infamia della violenza freddamente e intenzionalmente inflitta con la pena.

Il diritto penale, come ogni teologia e in particolare ogni teodicea, quando dovesse accettare che l'arbitrio non è libero e quindi nessuna colpevolezza è davvero fondata, franerebbe su se stesso?

Forse non è necessario punire, ma i più temono che, se non si punisse più, ci attenderebbe l'apocalisse sociale, l'inferno in terra.

Che sia così è però tutto da provare.

Sparita la foglia di fico, finalmente, vedremo le cose come sono e non come ci piacerebbe che fossero e l'iniezione di onestà intellettuale smaschererà il grande imbroglio e farà bene a tutti?

La società non punitiva sarà invece forse migliore della società punitiva, perché libererà da se stessa lo spirito più alto e nobile dell'uomo?

La Società deve pur essere difesa, però.

13.

Colpevole o pericoloso? Sono la stessa cosa?

Il processo di secolarizzazione del diritto penale ha mutato le forme, ma non il contenuto.

Morto Dio, abbiamo idolatrato la Società e la sua sicurezza, ma dire Società è solo dar fiato alla bocca – che cosa è la Società? – e la parola "sicurezza" è tutt'altro che innocente, ma questi problemi non vengono più nemmeno visti, e il fondo del diritto penale è rimasto oscuro e torbido come sempre.

La pena è necessaria e quel dolore – la pena deve essere afflittiva sebbene sfugga la ragione della necessità – deve però avere l'esatta misura di quel che serva per *l'utile della Società*, che è sempre dipinta buona e innocente, non ha mai colpe e nemmeno corresponsabilità o, se le ha, si fa finta di no.

Noi tutti, quando parliamo di diritto penale, accettiamo la mistificazione della nostra innocenza, o almeno della nostra corresponsabilità per il male degli altri.

Trasformiamo la somma ingiustizia nel suo contrario e così ci sentiamo bene.

La pena è preventiva?

I tassi di recidiva falsificano *popperianamente* l'ipotesi special-preventiva della pena, ma neppure la prevenzione generale è empiricamente corroborata.

Il penalista lo sa ma crede che non sia importante saperlo, che nulla comunque debba cambiare.

Il diritto penale resta allora appeso nel vuoto primigenio da cui ha preso vita, l'avventura oscura e ingiustificata della colpa della caduta e della redenzione, l'illuminismo non ha illuminato granché, e l'ideologia dell'utile, cioè della pericolosità come fondamento della pena, quella che suona «si punisce *ne peccetur* e non *quia peccatum*», è solo una debole vernice sulla superficie.

14.

L'uomo è punito perché è pericoloso o è pericoloso perché è punito?

La prova della pericolosità dell'uomo è rimessa dal diritto penale alla prognosi personale del Giudice che *non sa nulla o quasi dell'uomo e della sua natura* perché nemmeno conosce nel profondo se stesso.

Se, alla fine, il Giudice, come ciascuno di noi, vive nella insuperabile ignoranza intorno a chi egli sia davvero, si deve ammettere ch'egli non sa *perché* condanna o assolve, tantomeno allora potrà mai capire *perché* l'altro da sé ha commesso il fatto che gli si attribuisce e di cui lo si vuol tenere responsabile.

Il passaggio paradigmatico dalla colpa al pericolo non è affatto semplice.

Ci vorrebbe quantomeno un paradigma empiricamente evoluto di pericolosità dell'uomo.

Si dice: «Giudice, tu devi solo accertare che il fatto sia sussumibile nella norma», come se fosse davvero così facile, e non fosse invece vero che il Giudice ha quasi sempre il potere sovrumano di decidere in un modo o nel modo opposto, perché quasi nulla nel diritto penale e nei deboli strumenti di conoscenza umana del mondo lo necessita ad andare verso una parte o l'altra.

Il diritto penale liberale del "fatto" è una fola, perché in natura non esistono fatti che si commettano da soli ma solo uomini e donne che agiscono od omettono di agire causando conseguenze, e *ogni fatto è diverso perché ogni uomo ogni donna sono diversi*.

Il diritto penale del fatto è illiberale e inumano perché prescinde dall'uomo.

15.

Sei pericoloso perché sei colpevole,

e sei colpevole perché sei pericoloso, e basta

Nell'orizzonte della colpa, il colpevole è sempre anche pericoloso o sempre di lui si può dir questo; se lo ha fatto una volta potrà farlo ancora, o comunque si potrà sempre dire così, e si potrà anche dire l'opposto, e con questo tutto diventa facile, *qualunque cosa può essere detta e disdetta*, ma la nuova ideologia così è già liquidata, perché mostra il nulla di cui è fatta.

Sei pericoloso perché sei colpevole, e sei colpevole perché sei pericoloso, e basta.

La retorica della colpevolezza come limite del potere punitivo votato alla prevenzione è ipocrisia, almeno quanto quella, di matrice liberal-illuminista, dell'utilità del carcere, *perché è vero l'opposto*, la colpevolezza dilata *ad libitum* la legittimità del potere punitivo, esattamente come fa anche la pericolosità.

La cornice edittale della norma è, di regola, volutamente amplissima, e ampliabile a piacere coi giochi delle attenuanti e aggravanti, e non c'è stato modo, malgrado coraggiosi tentativi di intelligenti penalisti, di asservire a regole di ragione *il processo oscuro della commisurazione della pena in concreto – rectius dell'inflizione deliberata di violenza – a quell'uomo o a quella donna*.

Dentro la forbice edittale, il Giudice è sovrano e non la Legge.

Colpevolezza e pericolosità sono le solite formule vuote.

16.

Distinguere tra violenza legale, accettabile, e violenza illegale, inaccettabile, si può davvero?

L'imputabilità e la colpevolezza sono gli espedienti convenzionali che marchiano l'uomo degradandolo a qualcosa meno di un uomo.

Io sono il buono e tu il cattivo.

Non c'è maggior piacere per l'essere umano che poter pensare questo pensiero.

Il processo penale è un piano inclinato, man mano che l'uomo ci si inoltra perde pezzi di umanità, ed è così perché così deve essere.

Il diritto penale punisce la colpa dell'uomo, e crede di far bene, e quindi marchia l'uomo con lo stigma della colpa, ma se la colpa significa che tu, criminale, *ti meriti il male che ti accade*, da qui, tollerare che il male meritato possa essere *tutto* il male possibile, se possibile, il passo è inumanamente breve.

Se sei marchiato, tutto è lecito *contro* di te, nulla si farà davvero per te, a tuo favore.

Se il sistema in cui sei sommerso dice che il colpevole merita il male che gli si infligge non c'è ragione, poi, di credere davvero che quel sistema voglia misurare col bilancino il male, tutto il male, che al colpevole si potrà infliggere.

La rieducazione è un imbroglio (un altro) che serve solo a lasciare le cose come stanno.

17.

Il diritto penale è un dispositivo che produce solo male e non solo per il reo

Il piacere della condanna e il piacere dell'inflizione della pena marchiano anche chi ha il potere di fare l'una cosa e l'altra.

Papa Francesco ha il meraviglioso coraggio di scrivere che alla base della tortura e di altre misure e pene crudeli e inumane e degradanti «c'è sempre quella radice: *la capacità umana di crudeltà*. Quella è una passione, una vera passione»⁶⁴.

Di tortura nel carcere c'è molto di più di quanto la nostra delicata sensibilità voglia accettare.

La tortura e in genere la violenza nel carcere trovano terreno fertile, però, non solo tra i sadici – o non solo per questo –, ma perché la cultura del carcere, come quella di ogni istituzione totale, non può e soprattutto non deve essere incompatibile con la violenza.

La crudeltà è parte integrante della stessa cultura che a parole la condanna.

La cultura della colpa e della punizione è crudele.

Si dice che la pena è afflittiva e la misura di sicurezza o la misura di prevenzione no, ma è come camminare sul ghiaccio e si scivola ad ogni passo (anche se a farsi male è sempre qualcun altro).

Il diritto penale, la sua "materia", cresce a dismisura e non è chiaro a nessuno perché.

18.

Quanto è facile fare il male senza doversi sentire in colpa

⁶⁴ Papa Francesco, *Discorso alla Delegazione dell'Associazione Internazionale di Diritto Penale*, 23 ottobre 2014.

Il male spesso è banale, per farlo avvampare può bastare una divisa che simboleggi l'autorità e la legalità, perché l'autorità strumentalizzi la legalità e produca violenza gratuita.

DPU ha già dato la parola agli psicologi sociali che, come Milgram Browning, Zimbardo e Bandura, hanno trovato evidenza scientifica di come, a date condizioni, in date situazioni sociali, facilmente l'uomo, quasi qualunque uomo, possa diventare Caino⁶⁵.

Il carcere è una di queste situazioni.

Tutti conoscono l'esperimento sociale condotto dal prof. Zimbardo in uno scantinato dell'università di Stanford, quando giovani volontari, scelti per la loro normalità psicologica, furono divisi in guardie e detenuti e lasciati liberi di interagire gli uni con gli altri.

L'esperimento fu interrotto per il pericolo che sfociasse in tragedia, cioè in atti di violenza e umiliazioni gratuiti inflitti dalle guardie, così ben calate nel ruolo, sui detenuti che, a loro volta, non mostravano segni di ribellione quasi che si fossero persuasi di meritare quel che accadeva loro.

L'esperimento è realtà quotidiana nelle carceri.

Si può vedere l'intervista a Zimbardo su DPU⁶⁶.

Chi abbia esperienza di carcere sa di che cosa si parla.

Raccomando la lettura di un pregevole saggio di Pietro Buffa⁶⁷, uno che sa di che cosa parla.

19. Tutti siamo Caino

Forse non tutti conoscono l'esperimento di Milgram che vi si cimentò per provare a dar risposta alla domanda perché, durante il tempo del nazifascismo, tanti

⁶⁵ S. Milgram, *Obedience to Authority: An Experimental View*, Tavistock Publications, 1974; *Id.*, *Behavioral Study of Obedience*, in *Journal of Abnormal and Social Psychology*, 1963, 67, pp. 371 ss.; C. Browning, *Ordinary Men: Reserve Police Battalion 101 and the Final Solution in Poland*, HarperCollins, 1992; C. Haney, W. Banks, P.G. Zimbardo, *A study of prisoners and guards in a simulated prison*, in *Naval Research Review*, 1973, 30, pp. 1 ss.; P.G. Zimbardo, *L'effetto Lucifero. Cattivi si diventa?* Cortina, 2008; A. Bandura, *Moral Disengagement in the Perpetration of Inhumanities*, in *Personality and Social Psychology Review*, 3, 3, 1999, pp. 193 ss.

⁶⁶ V. S. Arcieri, G. Baer, M. Vizzardi, P.G. Zimbardo, *Intervista a Philip G. Zimbardo – pt. 1*, in questa rivista, 25 settembre 2019, e i successivi capitoli da 2 a 5.

⁶⁷ P. Buffa, *La galera e i confini dei vostri cervelli*, Itaca, 2019.

uomini, le cui biografie erano apparentemente pulite e la loro psiche apparentemente normale, si trasformarono in feroci assassini.

Milgram era incuriosito dalla definizione del male come banale, così come l'aveva raccontato Hannah Arendt che scrutava a Gerusalemme la assurda normalità dell'imputato Adolf Eichmann.

Milgram volle capire di più e scoprì con stupore, nel set del suo esperimento, che uomini del tutto normali erano disposti a premere pulsanti credendo di scaricare energia elettrica e un buon numero pareva capace di non fermarsi fino alle soglie della letalità contro un malcapitato qualsiasi, solo perché lo sperimentatore che si presentava loro con il camice bianco dello scienziato e con le buone ragioni dell'esperimento scientifico, lo chiedeva con la fermezza sufficiente che compete alla legittima autorità.

Sempre per scavare lo stesso imbarazzante terreno – *perché è così facile fare il male? e soprattutto perché è così facile fare il male quando si sta dalla parte del potere legittimo?* – Browning aveva raccontato la straordinaria e spaventosa storia del Battaglione 101 – composto da operai, commercianti, impiegati, pensionati irreprensibili padri e nonni di famiglia – che dalle retrovie dell'esercito tedesco che avanzava verso l'est dell'Europa sterminavano a migliaia gli ebrei ogni giorno con ordinaria facilità⁶⁸.

Sapevano che il sistema li autorizzava anche solo per fatti concludenti e il sistema era circondato dall'aura sacrale della legalità almeno formale, e tanto bastava per sollevarli dal peso della responsabilità di dover pensare realmente, o forse di "sentire" più che di pensare, all'orrore che causavano.

Quel che si può fare si fa e conta poco quanto sia male il male che si fa, *almeno se ci persuadiamo che stiamo ubbidendo a un'autorità sedicente legale*, immersi in un sistema di credenze formalmente legali che rendono tollerabile, anzi *morale*, fare quel male.

Essere giusti dentro un sistema ingiusto è terribilmente difficile.

20.

**Il carcere è l'espressione dell'eterno fascista che giace latente
in tutte le società umane, nella nostra in particolare**

Siamo quasi tutti così.

⁶⁸ C.R. Browning, *Uomini comuni*, Einaudi, 1995.

C'è qualche eroe, qualcuno che non si piega e dice di no, ma pare che sia una mosca bianca e soprattutto pare che nessuno di noi possa davvero onestamente dire di sé che «*io certo non lo avrei fatto*».

Il nazifascismo non è stato solo un incidente di percorso nella storia di civiltà dell'occidente, almeno così pensava Bauman⁶⁹.

C'è un filo di continuità – un lato oscuro incancellabile – che passa sotto la coscienza collettiva.

Le nostre buone società liberali hanno inflitto sofferenze inimmaginabili durante l'epopea di conquista del colonialismo, quando il colonizzato, per poter essere colonizzato, *doveva essere degradato ad un rango di non uomo*, e certo, si diceva, quel selvaggio non meritava di dirsi uomo, come invece siamo noi, i colonizzatori.

Il celebre dibattito tra i due uomini di Chiesa, Sepúlveda e De Las Casas a proposito dell'umanità degli Indios d'America⁷⁰ dice molto di chi siamo, ma ancor più eloquente è il fatto che gli Stati Uniti d'America sono nati come società liberale fondata costituzionalmente sulla schiavitù quando il traffico d'uomini dall'Africa all'America arricchiva le prime imprese capitaliste in Europa.

Le tragedie di questi giorni dimostrano che il razzismo è nel nostro DNA culturale e sociale.

La deumanizzazione di colui che doveva cedere al nostro potere è un tratto caratteristico della cosiddetta civilizzazione occidentale e si pratica ancor oggi, ad esempio verso lo straniero che è appunto uno straniero, un migrante, e quindi non esattamente un uomo, ma qualcosa di meno.

Cuore di tenebra, appunto, con le parole di Joseph Conrad.

Qualche filosofo (mi viene in mente Losurdo e recentemente Zhock)⁷¹ ha intrapreso la strada della critica della cosiddetta ragion liberale, smascherandone i tanti tratti di irragionevolezza e di crudeltà nascosta.

21.

La tortura è tutt'altro che incompatibile con il carcere, cioè con la pena del diritto penale liberale

Il giocattolo perverso, allora, facilmente prende la mano e sfugge al controllo e sperare di farlo funzionare secondo le attese è solo illusione.

⁶⁹ Z. Bauman, *Modernità e olocausto*, Bologna 1989.

⁷⁰ B. de Las Casas, J.G. de Sepúlveda, *La controversia sugli indios*, a cura di S. di Liso, Edizioni di pagina, 2006.

⁷¹ D. Losurdo, *Controstoria del liberalismo*, Laterza, 2005; A. Zhok, *Critica della ragione liberale. Una filosofia della storia corrente*, Meltemi, 2020.

La tortura nel carcere è la parte sommersa di un grande *iceberg* che non si vuol vedere perché non si può vedere senza mettere realmente in discussione la punta emersa dell'*iceberg*, cioè le fatue giustificazioni del carcere.

Forse è per questo che è stato così difficile – in Italia più che altrove – avere una legge che punisse la tortura. Questa legge, partorita tra mille difficoltà e osceni compromessi, rientra sicuramente tra le peggiori leggi possibili.

La tortura è ben lungi quindi dall'essere stata sradicata dal carcere e dalla sua inevitabile pratica di umiliazione, sebbene la cifra oscura delle violenze, la parte sommersa dell'*iceberg*, sia difficile da stimare.

Chi non volle la legge contro la tortura si sente meglio quando può far male al debole, e se gli si dice che il debole è colpevole, allora si acquieta pure nella sua buona coscienza e non ha altro da dire.

22.

Che cosa è, poi, tortura?

Il carcere è quindi il terreno dove *la tortura, o comunque gli atti quotidiani di ordinaria umiliazione e degradazione*, dai più gravi a quelli apparentemente meno gravi, crescono *proprio perché la ratio dell'istituzione è la violenza che è destinata ad un'umanità che è stata già degradata dallo stigma della colpa e, quindi, agli occhi di tutti merita quella violenza*.

L'interruttore che l'accende e la spegne, per sua immanente ragion d'essere, deve restare sempre acceso e, almeno *de facto*, non deve essere *troppo* regolato e controllato, altrimenti l'istituzione non funzionerebbe come deve e chi deve controllarla ne perderebbe il controllo.

Qualunque umiliazione dell'uomo, qualunque degradazione dell'uomo a qualcosa meno, è tortura anche se il torturatore non alzi nemmeno un dito sul torturato.

Spesso non c'è bisogno di violenza fisica, basta quella psicologica, la degradazione endemica quasi naturale nella sua ovvietà.

Il punto 6 dell'art. 1 dell'ordinamento penitenziario dice che il detenuto ha il diritto di essere chiamato col suo nome e, quindi, non deve essere raro che così prima non fosse, e che ancora oggi spesso così non sia, se un'evidenza così elementare richiede di essere sottolineata dalla legge.

In carcere rischi innanzitutto di perdere il nome, poi anche il corpo, o meglio il cervello, cioè tutto.

Se sei là dentro e chiedi qualcosa, devi compilare *la domandina* e in questo diminutivo sta tutto il valore che l'istituzione attribuisce a quel che chiedi anche se quel che chiedi è solo poter esercitare un diritto che dovrebbe esserti garantito.

Nessun diritto ti è davvero garantito se sei là dentro, al più chi può ti concederà, per patetica benevolenza, quel che vorrà concederti, e l'umiliazione si aggraverà ancora invece che ridursi.

Lascio quindi volentieri agli Stati Generali del diritto penale coltivare l'illusione di poter *umanizzare veramente* il carcere.

23.

Brevissimo riepilogo

La falsa e crudele opinione della meritevolezza della pena

Prima di umanizzare il carcere si deve umanizzare il diritto e questo sarà possibile solo quando il diritto non sarà più fondato sulla colpevolezza e sulla *falsa e crudele opinione della meritevolezza della violenza* della pena.

La *favola del libero arbitrio*, declinata con la salsa culturalmente mediocre dell'imputabilità e della colpevolezza del nostro buon vecchio codice penale, è quindi solo un arcaico residuo del passato che è ora di metterci alle spalle.

Essa è pesantemente radicata nella nostra cultura, ma non per questo è più vera.

Ogni uomo è un uomo, sempre, e nessun uomo può esser ridotto a qualcosa meno, mai, qualunque cosa abbia fatto e chiunque egli sia, cioè qualunque sia la sua natura.

Nessuno può giudicare nessuno, a meno che sia così onesto da saper riconoscere prima di tutto il male che è in lui e che, alla fine, non è mai davvero né più né meno del male che si può trovare in qualunque altro uomo.

La violenza infatti è sempre violenza e più si scava, più si deve ammettere che non c'è una violenza buona e una violenza cattiva.

Se quel che deve rilevare è il danno, e il diritto deve aver il compito di prevenirlo, è alla criminalità dei cosiddetti colletti bianchi che si deve guardare, perché è da lì che la Società ha più da temere.

Riorientare la cultura del diritto penale – dalla criminalità comune a quella meno comune – è uno dei compiti di DPU.

Il carcere non serve a nessuno, però, se non a rendere peggiore la società in cui siamo immersi.