

Luglio-Agosto 2020

dpu

DIRITTO PENALE
E UOMO

Criminal Law and Human Condition

FASCICOLO
7-8/2020

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

Carla Bagnoli, Giuditta Bassano, Alexander Bell, Giovanni Berlucchi, Alessandro Bernardi, Paolo Bernasconi, Giovanni Boniolo, Riccardo Borsari, Gabriella Bottini, Pietro Buffa, Antonella Calcaterra, Lucio Camaldo, Maurizio Catino, Cristina Cattaneo, Patrizia Catellani, Antonio Cerasa, Pierluigi Chiassoni, Paola Emilia Cicerone, Francesco Cingari, Mauro Croce, Claudio Dalpiaz, Paolo Della Sala, Gian Paolo Demuro, Giovanna Di Rosa, Giandomenico Dodaro, Tommaso A. Dragani, Giovanni Falsitta, Fabrizio Filice, Fabio Fiorentin, Novella Galantini, Paolo Garbolino, Loredana Garlati, Bruno Giordano, Ciro Grandi, Carl L. Hart, Marco Iacoboni, Marina Lalatta Costerbosa, Silvia Larizza, Carlo Longobardo, Alfio Maggiolini, Raffaello Magi, Letizia Mancini, Franco Martelli, Carlo Melzi d'Eril, Lorenzo Milazzo, Alberto Mittone, Daniele Negri, Paolo Oddi, Lorenzo Pasculli, Baldassarre Pastore, Chiara Perini, Luca Pistorelli, Federico Gustavo Pizzetti, Oreste Pollicino, Lucia Risicato, Alessandro Rudelli, Federica Russo, Luigi Santangelo, Amedeo Santosuosso, Cristina Saottini, Beatrice Secchi, Dario Sencar, Salvatore Staiano, Piergiorgio Strata, Mario Tantalo, Persio Tincani, Alfio Valsecchi, Giulio Enea Vigevani, Giovanni Ziccardi, Carlo Zocchetti

COMITATO DEI CONSULENTI

Carlo Calanchini, Nadia Francesca Cipriano, Antonino Cusimano, David Eagleman, Gabrio Forti, Maria Carla Gatto, Judy Illes, Maria Paola Mittica, Daniela Ovadia, Giulio Ponzanelli, Adrian Raine, Fabrizio Richard, Sara Rubinelli, Luca Salvaderi, Teresa Scantamburlo, Viola Schiaffonati, Alberto Sobrero, Rosa Spagnolo, Giuseppe Vallar, Giovanni Venditti, Anna Zappia, Philip G. Zimbardo

REDAZIONE

Anna Liscidini (coordinatrice), Giovanna Baer, Giulia Corbetta, Gianni Giacomelli, Irene Gittardi, Vasco Jann, 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 Serbelloni, 1 | 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

1 «BISOGNA ROMPERE IL MONOPOLIO DEL CARCERE»

*Intervista a Luciano Violante:
prevale una concezione per cui
gli impuri vanno esclusi dal
mondo. Non è col diritto penale
che si risolvono i problemi
sociali. Vanno ridotti al minimo
i reati puniti con la reclusione*

Nicola Mirenzi

Riflessione

24 CARCERE E PANDEMIA

*Tra la ricerca delle responsabilità
e l'urgente necessità di
apprendere*

Pietro Buffa

Riflessione

5 SICUREZZA SUL LAVORO E PANDEMIA

*Profili di rilevanza penale dei
fatti occorsi durante l'emergenza
Covid in ambito sanitario*

Susanna Arcieri

Riflessione

37 PRESUNTI COLPEVOLI

*Dalle statistiche alla cartella
clinica: indagine sugli errori
in sanità*

Tatiana Pipan

Riflessione

40 FRAMMENTI DI UN DISCORSO SULLA GIUSTIZIA MALATA

Luca Santa Maria

Riflessione

154 **NEUROFORENSICS: LA VALUTAZIONE DELLE IMPLICAZIONI GIURIDICHE DELLE NEUROTECNOLOGIE EMERGENTI**

Atti di un seminario

Redazione

Riflessione

161 **INGANNI MENTALI E CAUSALITÀ APPARENTE. LA TEORIA DI DANIEL WEGNER**

Susanna Arcieri

Riflessione

168 **UNO SGUARDO OLTRE IL NOSTRO ORDINAMENTO: IL CORPORATE MAN'SLAUGHTER AND CORPORATE HOMICIDE ACT 2007**

Vittoria Drosi

100 **COS'È IL «VIZIO DI MENTE»?**

*All'origine della non imputabilità
secondo l'aspirante legislatore
riformista*

Alessia Palumbo

Riflessione

136 **IMPUTABILITÀ DEL MINORE: EDUCAZIONE O RAPIDA FUORIUSCITA DAL PROCESSO PENALE?**

*Una breve analisi della recente
giurisprudenza in tema di
accertamento dell'imaturità
del minore autore di reato*

Paola Bonora

Riflessione

143 **IL METODO DELLA SCIENZA**

Jacob Bronowski

Riflessione

*Riflessione***211** “MAL COMUNE,
DISASTRO
PLANETARIO”

Brevi considerazioni sulla gestione della pandemia nella prospettiva di un medico

Paolo Jarre

*Conversazione***232** COVID-19, SOCIETÀ
E RESPONSABILITÀ

Spunti per un dialogo transdisciplinare

Michele Passione, Francesco Scopelliti,
Susanna Arcieri*Riflessione***219** CRIPTOVALUTE:
A CHE PUNTO SIAMO?

Funzionamento, trasparenza e rischi di riciclaggio

Alessandra Rea

*Riflessione***238** L'ITALIA ASSOLVE,
STRASBURGO
CONDANNA

La tragedia dei suicidi in carcere esige riforme a tutela delle persone affette da disagio psichico. Riflessioni in margine alla sentenza Cedu, sez. I, Citraro e Molino c. Italia del 4 giugno 2020

Fabio Fiorentin

*Storia***228** IL SIG. WU
(CASO N. 2)

Paolo Oddi

*Riflessione***252** LA DICHIARAZIONE
DEI DIRITTI SOCIALI

Georges Gurvitch

Conversazione

— «Bisogna rompere il monopolio del carcere»

Intervista a Luciano Violante: prevale una concezione per cui gli impuri vanno esclusi dal mondo. Non è col diritto penale che si risolvono i problemi sociali. Vanno ridotti al minimo i reati puniti con la reclusione

«The monopoly of prison must be broken»

Interview with Luciano Violante: a concept whereby the impure should be excluded from the world prevails. Social problems cannot be resolved by criminal law. Crimes punished with imprisonment should be kept to a minimum

di Nicola Mirenzi

Contributo originariamente apparso sulla Rivista [Huffpost](#), 11 maggio 2020

In carcere è stato chiuso una volta sola: «Studiavo ancora all'università e facevo l'assistente penitenziario, una forma di volontariato per i detenuti. Portai le uova per festeggiare il compleanno di un recluso. La frittata era il suo piatto preferito. Quando le guardie passarono per chiudere le celle, rimasi dentro per chiacchierare un altro po' con i tre detenuti. "Tanto poi ti fanno andare", mi dissero. Alla fine della sera bussai per uscire. La guardia mi rispose dallo spioncino: "Qui tutti vogliono uscire". Mi preoccupai e chiesi di parlare con il direttore. Mi rispose ancora: "Qui tutti vogliono parlare con il direttore". Non ci fu nulla da fare. Passai la notte dormendo seduto sul pavimento. La mattina dopo,

quando vennero per la battitura, mi beccai un ceffone. Dovevano essere tre in cella. Eravamo quattro. Credettero avessi fatto il furbo».

Da allora – erano gli anni sessanta – Luciano Violante non è stato mai imprigionato in un ruolo e basta. Ha fatto il giudice, il magistrato istruttore di processi sul terrorismo politico rosso e nero, ha messo in piedi l'inchiesta sul Golpe bianco di Edgardo Sogno, è stato professore di diritto penale e pubblico, parlamentare con il Partito comunista, il Pds, i Ds, presidente della commissione antimafia e poi della Camera dei deputati. «Il processo di liberazione dal carcere ha fatto negli ultimi anni molti passi in avanti. L'idea di abolirlo che sostiene Gherardo Colombo è un'utopia nobile. Però io ho come riferimento un'espressione di Marx: l'utopia realistica. Non credo che oggi ci si possa emancipare dal carcere in maniera assoluta, chiudendolo domani mattina. Però sono convinto che possiamo – anzi, dobbiamo – liberarci dal carcere in maniera relativa, rompendo il monopolio della pena carceraria. Limitando la galera al massimo, e solo ai casi in cui non è possibile fare altrimenti. Già oggi ci sono 53 mila persone che scontano la pena in prigione e 61 mila che la scontano fuori. Bisogna andare ancora più avanti, ancora più a fondo. Riformando l'intera concezione della pena, che è rimasta ferma al Settecento, quando nacquero le istituzioni totali».

In una di queste, Violante è nato: «I miei furono rinchiusi in un campo di concentramento in Etiopia. Mio padre era andato in Africa perché sotto il regime fascista era l'unico luogo in cui poteva vivere liberamente, pur essendo comunista. Quando arrivarono gli inglesi, chiusero tutti gli italiani lì dentro, sia che fossero fascisti, sia che fossero antifascisti. Passai in quel posto i primi tre anni della mia vita. Ma non ricordo niente. I miei non ne parlarono mai. Credo pensassero che chi non aveva vissuto quell'esperienza non poteva capire. Solo una volta mia madre, vedendomi tornare dal supermercato con un sacco di roba, mi disse: "Lo capisco, con tutta la fame che hai patito da piccolo"».

Ha qualcosa in comune con il nostro carcere?

In parte, l'idea che sei un nemico, che devi essere allontanato dalla comunità. Il carcere è il luogo attraverso cui ci liberiamo di chi ha rotto la relazione umana. Lo buttiamo via, senza preoccuparci di cosa gli avviene. Negli ultimi anni ha preso piede, non solo in Italia, una cultura politica che concepisce la società come un mondo da purificare. Dal quale gli impuri, le persone che commettono reati e i sospettati, vanno radiati, con il diritto penale e con il carcere. La purezza però è un fantasma che si sporca facilmente. Questo alimenta il sospetto e, intorno a esso, costruisce un apparato di repressione capillare. Un dispositivo autoritario pericoloso.

È su questo che si basa anche il nostro diritto?

Negli anni, è cresciuta una visione pervasiva del reato, secondo la quale ogni trasgressione deve essere punita penalmente. Interi pezzi di società, più alcuni settori delle istituzioni e del mondo politico, pensano che il diritto penale sia un mezzo per risolvere i problemi sociali. Per qualsiasi cosa non vada, si istituisce un reato. Credendo di ripulire la società, in realtà la si soffoca. Dando vita a un imperialismo giuridico. Questa volta, senza colpa dei magistrati.

Le carceri sono piene per questo?

Anche per questo. Oggi la questione centrale è riflettere sul senso della pena. A cosa deve servire nel Ventunesimo secolo? Noi siamo fermi a un'idea antica, secondo la quale chi rompe la fiducia della comunità merita di essere estromesso dalla società, spinto in un luogo ai margini, com'è il carcere.

A cosa dovrebbe servire, invece?

In una concezione moderna, la pena dovrebbe servire a ricostruire la relazione. Già nell'Antico testamento c'è un concetto che è stato sepolto sotto millenni di pratica dell'emarginazione del colpevole. La parola *tsedakah* viene tradotta con il termine giustizia, ma in realtà significa "ristabilire il rapporto". Riconciliare chi ha infranto le regole della comunità con la comunità stessa.

Il carcere non dovrebbe servire proprio a questo?

È amaro dirlo, però non è così: il carcere non educa a niente. Instaura solo un rapporto di soggezione tra il detenuto e il potere, sia quello pubblico, sia quello dei criminali che conservano un ruolo dentro. L'unico carcere che fa bene al detenuto, è il carcere che si libera di se stesso. È quello che riesce a offrire la possibilità di lavorare, di riprendere un ruolo nel mondo. Cosa che succede di rado.

Le è capitato di vederlo?

Una volta, nel carcere di Padova, stavo tenendo una lezione. Un detenuto si alzò e tirò fuori il suo modello 740. Mi disse: «Questa è la mia dignità. Lavoro, pago le tasse». Era un uomo con quattro ergastoli. Non aveva alcuna possibilità di uscire. Eppure, aveva ricostruito un rapporto con la comunità.

Allora il potere penale può funzionare?

Meno punisce, più funziona. Il potere penale lacera, non ricostruisce. È uno strumento di rottura sociale, non di ricomposizione. In tutte le sue fasi: dal processo, sino alla condanna. Per questo, deve essere usato con grande senso della misura.

Lei l'ha avuto?

Quando, da giudice, dovevo decidere la galera, mi domandavo: «Ma che significa dare cinque anni di carcere per un determinato reato?». Era un riferimento astratto, senza alcuna adesione alla realtà. Un conto sono cinque anni in un carcere vicino casa, un altro conto è passarli a centinaia di chilometri di distanza. Una cosa è finire in un istituto civile come quello di Opera, una cosa completamente diversa è essere sbattuti in una cella minuscola, insieme ad altre persone, in condizioni igieniche, sanitarie e psicologiche squallide.

Quando ha capito che era un problema?

Appena misi piede nel carcere. Ero ancora uno studente di giurisprudenza. Quello che studiavo sui libri era il diritto penale dei giorni di festa, dove si racconta la pena che redime ed edifica un uomo nuovo. Quello che vedevo era il diritto penale dei giorni feriali, dove vivevano un gran quantità di poveretti abbandonati in luoghi fatiscenti, la cui probabilità di ritornare salvi dentro l'umanità era calcolata nell'ordine del miracolo.

Perché allora mantenere in piedi il carcere?

Il carcere di quegli anni era abissalmente diverso da quello di oggi. La generazione di direttori penitenziari che si sono laureati dagli anni settanta in poi ha così tanto assorbito i principi di libertà della Costituzione da far compiere ai penitenziari progressi enormi. Eppure, ci sono ancora carceri in condizioni orrende. Che danneggiano, oltre i detenuti, gli uomini della polizia penitenziaria, i medici, gli operatori sociali.

Si può davvero togliere la libertà senza ledere la dignità?

Se anziché insistere sulla pena ci concentrassimo sul ripristino del legame con la società, credo di sì. Il detenuto non è una categoria dello spirito. È un essere umano, ha una storia singolare, unica. C'è chi è stato punito per furto, chi per gravi delitti mafiosi. Non si possono trattare entrambi allo stesso modo. Per il primo è necessario porre la questione del superamento del carcere, attraverso misure alternative. Per il secondo il carcere serve, per impedirgli di fare ancora del male, e per offrire un risarcimento alla società.

Da dove partirebbe la riforma di cui parla?

Da una restrizione radicale del concetto di reato, che riduca al minimo il numero di casi punibili con la detenzione.

Tipo quali?

Direi che il reato dovrebbe essere limitato ai soli in casi in cui si verifica una lesione di un bene che non è più recuperabile. La vita, per esempio.

Lei riesce a immaginare una discussione del genere in parlamento?

Questa non è una questione che possono porre solo i politici. È una svolta che deve partire dalla cultura, come tutte le grandi innovazioni dell'uomo. Le intelligenze del nostro tempo dovrebbero mobilitarsi per creare il sistema penale del Ventunesimo secolo. I giuristi ripensando la pena. Gli altri immaginando i modi con i quali è possibile ristabilire la relazione tra la comunità e chi l'ha ferita. Altrimenti, il potere penale continuerà a lacerare la comunità, imponendo la purezza dell'ordine dello stato sul disordine della vita.

Riflessione

— Sicurezza sul lavoro e pandemia

Profili di rilevanza penale dei fatti occorsi durante l'emergenza Covid in ambito sanitario

Workplace safety and pandemic

Criminal liability profiles in relation to events that occurred during the Covid emergency in health care

di Susanna Arcieri

Testo, rivisto e ampliato dall'Autrice, della relazione tenuta il 30 giugno 2020 nell'ambito ciclo di *webinar* dal titolo "[Coronavirus. Meriti da riconoscere, errori da evitare](#)", promossi dall'Associazione [Diritti in Movimento](#).

«Il mondo è un posto pericoloso,
non a causa di quelli che compiono azioni malvagie
ma per quelli che osservano senza fare nulla».

Albert Einstein

1. Si è detto e scritto molto, in queste settimane e in questi mesi, in merito agli errori e alle responsabilità connesse alla gestione della pandemia da SARS-CoV-2 in ambito sanitario. Numerose procure della Repubblica sono infatti oggi chiamate a indagare in merito ai moltissimi casi di morte e lesioni verificatesi tra i pazienti e tra i dipendenti di numerose strutture sanitarie e socio-sanitarie del nostro paese, specie con riguardo alle Residenze sanitarie assistite (RSA). Come sappiamo, si è trattato in alcuni

casi di vere e proprie tragedie umane, tanto che qualcuno ha parlato di «crimini di guerra commessi in tempo di pace»¹.

Non si vuole certo, men che meno in questa sede, incoraggiare qualsivoglia “caccia al colpevole”, né andare alla ricerca di facili capri espiatori: un atteggiamento, questo, che mi pare peraltro sia stato diffusamente adottato da alcuni, che, prima durante e dopo il *lockdown*², hanno mostrato di convogliare le propria – anche legittima – indignazione nei confronti di bersagli spesso solo simbolici (il *runner* che si allena da solo sulla spiaggia è l'esempio più emblematico).

Se indulgiare sulla caccia al colpevole, serve di per sé a poco, è invece importante provare a capire se e quali errori siano stati commessi, individuare la loro origine e valutare se si sarebbe potuto e dovuto fare qualcosa per evitarli. Specie nel contesto sanitario, dove si è concentrata la gran parte dei danni provocati dalla pandemia, è infatti fondamentale provare a comprendere, per usare le parole di alcuni familiari dei pazienti ricoverati presso le strutture sanitarie, «che cosa non ha funzionato»³.

In questo scenario, vorrei focalizzare l'attenzione su uno specifico profilo, attinente alla **responsabilità penale** dei soggetti responsabili delle strutture sanitarie **che discende dalla normativa prevista in materia di tutela della salute e della sicurezza sul lavoro (d.lgs. n. 81/2008, cd. “testo unico sicurezza”)**.

Stando alle informazioni oggi rese disponibili dai media, sembra infatti che questo profilo sia stato lasciato in qualche misura in secondo piano dagli inquirenti che hanno aperto fascicoli penali contestando ai direttori sanitari la commissione di reati previsti dal codice penale, primi fra tutti l'epidemia, le lesioni e l'omicidio colposi.

Prenderemo dunque le mosse, nel prosieguo del presente scritto, da un'analisi dei contenuti del testo unico sicurezza, attraverso una panoramica sintetica dei principali obblighi imposti al datore di lavoro per tutelare la salute e la sicurezza dei dipendenti – ma anche, più in generale, di tutti coloro che si trovino fisicamente presenti nei luoghi di lavoro –, nonché delle sanzioni penali previste in caso di inosservanza degli stessi.

Cercheremo quindi di calare questo complesso sistema di prescrizioni e sanzioni all'interno del contesto concreto delle strutture sanitarie e socio-sanitarie (e in particolare delle RSA) all'epoca dello scoppio dell'emergenza, secondo la situazione fotografata dagli inquirenti in occasione delle indagini da poco avviate, così come riportata dalle notizie di stampa.

Sarà così possibile mettere meglio a fuoco le singole (e, come vedremo, molteplici) carenze, irregolarità e omissioni, di gestione e organizzazione, interne alle strutture, che, tutte insieme, hanno dato origine al *mix* letale che è costato la vita a migliaia di persone.

¹ Così E. De Luca, nel corso del suo *intervento a Punto Esclamativo*, su *iloft*, 26 maggio 2020.

² V., ad es., G. Forti, *Coronavirus, la tentazione del capro espiatorio e le lezioni della storia*, ne *Il Sole 24 Ore*, 9 marzo 2020.

³ *Strage nelle Rsa: «Vogliamo sapere perché»*, in *MilanoSud*, anno XXIV, numero 5, maggio 2020, p. 3.

Circostanza, questa, che conduce direttamente al terzo e ultimo punto della presente riflessione, che, più che un punto, è in effetti una domanda: come è possibile che una disciplina tanto complessa, articolata, dettagliata, e all'apparenza esaustiva, quale è quella tracciata dal testo unico sicurezza, si sia rivelata, al momento della resa dei conti (quando cioè si è trattato di affrontare una vera e propria emergenza sanitaria) così profondamente inadeguata e inefficace a raggiungere il suo scopo, vale a dire proteggere l'incolumità fisica delle persone, lavoratori e non?

Proveremo allora, nelle battute finali del presente scritto, a suggerire qualche possibile risposta, sia a partire dalla presa d'atto di alcuni limiti – di impostazione, di struttura e di contenuto – della stessa normativa antinfortunistica, sia soprattutto, e più in generale, provando a mettere a fuoco quello che riteniamo essere *il vero problema*, che fa da sfondo a tutte le carenze e le criticità di cui si è detto: il problema cioè della totale assenza, nella nostra società sempre più tecnologica e avanguardista, di una reale cultura della salute e della sicurezza, dentro e fuori gli ambienti di lavoro. Valori la cui importanza è tanto accuratamente proclamata a parole quanto puntualmente negata nei fatti, allo scopo di fare spazio a beni, istanze e bisogni diversi. Ovviamente, tutti economici.

2. Che qualcosa effettivamente non abbia funzionato, **all'interno delle RSA italiane**, è sotto gli occhi di tutti. Non ho mai amato la matematica, ma una qualità indiscussa dei numeri è che tendono a parlare chiaro.

Secondo gli ultimi dati diffusi dall'Istituto Superiore di Sanità (ISS)⁴ – in collaborazione con il Garante nazionale dei diritti delle persone detenute o private della libertà personale – tra il primo giorno di febbraio e il 30 aprile scorso si sarebbero verificati in tutto 9.154 decessi tra i pazienti ricoverati all'interno delle RSA italiane, di cui più del 40% riconducibili al Covid-19⁵. Un dato peraltro indubbiamente parziale, posto che l'indagine si è basata sull'invio di questionari ai quali ha risposto meno della metà delle 3.292 RSA italiane contattate dall'ISS⁶.

Inoltre, sempre secondo l'ISS, nei primi due mesi dell'emergenza (tra il 19 febbraio e il 23 aprile), sarebbero stati registrati in tutto 19.665 casi di diagnosi di coronavirus tra gli operatori sanitari italiani, pari all'11,1% dei casi totali segnalati all'Istituto⁷. Due mesi dopo, il 20 giugno, il numero è salito a 29.174⁸. Si tratta, anche in questo caso, di un dato evidentemente indicativo, che tiene conto esclusivamente del numero dei lavoratori che sono risultati positivi al tampone, che, come pare di capire leggendo le testimonianze di

⁴ ISS, *Survey nazionale sul contagio COVID-19 nelle strutture residenziali e sociosanitarie. Report finale*, Aggiornamento 5 maggio 2020.

⁵ Sul totale dei soggetti deceduti, 680 erano risultati positivi al tampone e 3.092 avevano presentato sintomi simil-influenzali (41,2%).

⁶ I dati, infatti, si riferiscono a 1.356 strutture, ossia solo il 41% del totale delle RSA contattate (3.292) la maggior parte ubicate in Lombardia, Toscana, Veneto, Piemonte ed Emilia Romagna. La percentuale maggiore delle morti è stata registrata in Lombardia (41,4%), Piemonte (18,1%) e Veneto (12,4%).

⁷ Cfr. ISS, *Epidemia COVID-19. Aggiornamento nazionale. 23 aprile 2020 – ore 16:00*, p. 12.

⁸ V. l'infografica a cura di EpiCentro – ISS, *Sorveglianza integrata COVID-19 in Italia - aggiornamento 19 giugno 2020*, riportata in calce al presente scritto e disponibile [a questo link](#).

medici e sanitari⁹, spesso non veniva effettuati sugli operatori, specie nella prima fase del periodo emergenziale, anche a fronte di sintomi chiaramente riconducibili al virus.

Con riguardo alla mortalità degli ospiti delle RSA, inoltre disponibili anche dati più specifici per quanto riguarda l'area della Lombardia, la regione più colpita in assoluto dalla pandemia.

Secondo quanto si può leggere in un *dossier* redatto dall'Ats di Milano, riguardante l'evolversi della pandemia di Covid-19, in 162 residenze sanitarie per anziani delle province di Milano e di Lodi, tra il 20 febbraio e il 20 maggio avrebbero perso la vita, a causa del coronavirus, 1.273 ospiti delle RSA¹⁰.

Inoltre, in questi primi quattro mesi del 2020 vi sarebbero stati 2.574 morti in più – più del doppio – rispetto al totale delle morti registrate in quelle stesse RSA nello stesso periodo degli anni precedenti (2016-2019)^{11,12}.

Va peraltro notato che questo fenomeno incrementale parrebbe chiaramente legato non solo alla pandemia in sé e per sé, ma al contesto specifico delle RSA, posto che non risulta un analogo eccesso di mortalità tra gli anziani *non ricoverati* all'interno delle strutture assistenziali¹³.

Parliamo quindi di diverse centinaia di persone anziane, che hanno perso la vita sia a causa del virus, sia a causa di patologie diverse, spesso pregresse, e, che, però, pare non siano state curate adeguatamente a causa del caos generato dalla alla pandemia e in particolare dall'insufficienza del personale sanitario (nella sola zona del milanese, a fine aprile il 40% degli operatori delle RSA era infatti assente dal lavoro, con circa 3.500 dipendenti che hanno giustificato l'assenza con motivi legati al Covid)¹⁴.

Come già anticipato, le procure italiane hanno già aperto numerosi fascicoli, ipotizzando la commissione di delitti colposi – l'epidemia, l'omicidio le lesioni – talvolta

⁹ Cfr. ad esempio la testimonianza del dott. Edoardo Valli, deceduto con diagnosi di coronavirus, riportata nell'articolo di F. Peronaci, *Coronavirus, la morte del dottor Edoardo Valli e quel post su Fb: «Fanno il tampone a tutti, a Zingaretti, a Sileri, ma ai medici no*, ne *Il Corriere della Sera*, 20 aprile 2020.

¹⁰ V. il documento *Monitoraggio flussi Covid RSA* dell'Ats Milano, aggiornato al 20 maggio 2020, presentato nell'articolo *RSA e Covid 19: in tre mesi, quasi 1.300 pazienti deceduti a Milano*, in *DPU – il blog*, 8 giugno 2020.

¹¹ Non è al momento possibile dire con esattezza quanti sono stati i morti positivi a Covid sul totale, ma si va dal 26% dei casi accertati al 59% di casi di sospetto Covid (V. L. Carra, S. Cima, *Ecco il rapporto sulle morti nelle RSA di Milano e provincia*, in *Scienza in rete*, 11 giugno 2020).

¹² Per un'analisi riguardo all'eccesso di mortalità registrato nella popolazione generale dall'Ats di Milano, all'interno dei 193 comuni di sua competenza, nel primo quadrimestre del 2020 rispetto allo stesso periodo degli anni precedenti (2016-2019), si veda il *report* pubblicato dalla stessa agenzia lo scorso 21 maggio, nel quale si fa riferimento a un incremento «del 55% al di sopra dei 70 anni e del 24% al di sotto» (v. Ats Milano, *Valutazione degli eccessi di mortalità nel corso dell'epidemia Covid-19 nella popolazione della Ats di Milano*, 21 maggio 2020).

¹³ Anche per quanto riguarda gli anziani rimasti a casa vi è stato un aumento significativo del numero di morti nel primo quadrimestre di quest'anno, aumento che però non ha raggiunto i tassi riscontrati dall'Ats nelle RSA (in particolare, si è passati da 44,4 a 73,3 per mille anziani non ricoverati, con un aumento di 1,5 volte rispetto agli anni precedenti); cfr. l'articolo di L. Carra, S. Cima, *Ecco il rapporto*, cit., 11 giugno 2020.

¹⁴ S. Bettoni, G. Santucci, *Coronavirus, 1.200 vittime solo nelle Rsa di Milano. Contagiato il 40% degli operatori*, ne *Il Corriere della sera*, 4 giugno 2020.

anche in forma aggravata dalla mancata osservanza, da parte dei responsabili delle strutture sanitarie, delle disposizioni di legge in materia di salute e sicurezza sul lavoro.

3. Quello che, tuttavia, forse non è stato sufficientemente posto in rilievo dagli organi di informazione e nei primi commenti relativi a queste vicende, è il fatto che quella stessa disciplina, contenuta nel **testo unico sicurezza, prevede già di per sé diverse ipotesi di reato**: lo stesso decreto, oltre a prevedere in capo agli imprenditori una serie di obblighi finalizzati a proteggere i lavoratori dai rischi presenti sul luogo di lavoro, dispone infatti al contempo che la mancata osservanza – per dolo o per colpa – di tali obblighi genera un'autonoma responsabilità penale.

Nel testo unico troviamo così una pluralità di fattispecie di reato di natura contravvenzionale, integrate dalla sola e semplice inosservanza della normativa antinfortunistica, quindi del tutto indipendentemente sia dall'esistenza di un effettivo danno arrecato alla salute (morte o lesioni), sia, quando il danno ci sia stato, dalla prova – spesso *diabolica* – dell'effettiva efficacia causale della violazione nella verifica dell'evento stesso. In altri termini, il sistema di sanzioni previsto dal testo unico fa sì che, per muovere un addebito di responsabilità penale al datore di lavoro, non occorre necessariamente che qualcuno all'interno della struttura sanitaria (dipendenti, ospiti o soggetti terzi)¹⁵ abbia effettivamente subito un danno alla propria salute a causa della condotta imprenditoriale negligente, essendo infatti del tutto sufficiente il semplice accertamento della violazione in sé e per sé.

Entriamo dunque più nel dettaglio di questo sistema di obblighi e sanzioni.

4. Il testo unico sicurezza rappresenta, per il contesto lavorativo, la prima fonte delle regole cd. cautelari, volte cioè a impedire e prevenire il verificarsi di infortuni e malattie sui luoghi di lavoro. L'insieme di obblighi descritti nel testo unico rappresenta, a sua volta, un'attuazione del principio generale stabilito dall'art. 2087 del codice civile, che come noto impone a ciascun imprenditore l'obbligo di «adottare nell'esercizio dell'impresa le misure che, secondo la particolarità del lavoro, l'esperienza e la tecnica, sono necessarie a tutelare l'integrità fisica e la personalità morale dei prestatori di lavoro».

Il dovere di adempiere alle prescrizioni contenute nel testo unico, nonché il compito di vigilare sulla corretta applicazione e sull'osservanza delle misure di sicurezza all'interno dell'impresa, grava sullo stesso datore di lavoro, a meno che egli non rilasci ad altri collaboratori apposita delega di funzioni¹⁶. D'altra parte, vi sono alcuni obblighi, tassativamente stabiliti dal decreto, che il datore di lavoro non può comunque delegare ad

¹⁵ Secondo la giurisprudenza, infatti, disciplina di cui al testo unico deve ritenersi volta a prevenire danni alla salute non solo dei lavoratori operanti alle dipendenze del datore di lavoro, ma anche di eventuali soggetti terzi (ad esempio, visitatori dei pazienti ricoverati, nel caso delle strutture sanitarie) che entrino in contatto con le fonti di rischio (Cass. pen., n. 13937/2017; Cass. pen., n. 18444/2015).

¹⁶ Con le forme previste dall'art. 16 del testo unico.

altri, e si tratta degli obblighi fondamentali, primo tra tutti l'obbligo di **valutazione dei rischi e di successiva elaborazione del Documento di Valutazione dei Rischi (DVR)**¹⁷.

Il testo unico impone infatti al datore di lavoro di procedere a una mappatura completa ed esaustiva di «tutti i rischi per la sicurezza e la salute dei lavoratori» (art. 28) esistenti sul luogo di lavoro, ivi compresi quelli connessi alla possibile insorgenza di malattie professionali, ossia specificamente correlate al singolo contesto lavorativo nel quale operano i dipendenti.

Dell'esito di tale mappatura, l'imprenditore dovrà quindi dare conto all'interno del DVR, un documento che, oltre a contenere la descrizione analitica di tutte le possibili criticità connesse all'attività lavorativa, dovrà altresì prevedere, per ciascun rischio individuato, le specifiche cautele e misure da attuare per fronteggiarlo e impedire che si verifichino danni alla salute e alla sicurezza. "Specifiche" va anche qui inteso in senso letterale, vale a dire *precise e dettagliate*, posto che l'imprenditore non potrà limitarsi a un'indicazione (appunto) meramente "generica" dei presidi da adottare¹⁸.

Tra le suddette misure protettive, assume primario rilievo ai nostri fini l'obbligo datoriale di fornire ai dipendenti idonei DPI (artt. 74-78), specie «quando i rischi non possono essere evitati o sufficientemente ridotti da misure tecniche di prevenzione, da mezzi di protezione collettiva, da misure, metodi o procedimenti di riorganizzazione del lavoro» (art. 75)¹⁹.

Con riguardo poi alla portata concreta dell'obbligo di valutazione, è chiaro che essa dovrà essere calata nel singolo contesto organizzativo del datore di lavoro²⁰. In particolare, anche in virtù del principio generale posto dall'art. 2087 c.c. già citato, l'obbligo dell'imprenditore deve essere riferito a tutti (e soli) i rischi che gli siano noti o che, almeno, siano da lui prevedibili in ragione della specifica attività lavorativa, nonché sulla base della comune esperienza e delle informazioni al momento disponibili.

Ciò peraltro non toglie che «non basta a giustificare la mancata previsione del pericolo nel documento di valutazione dei rischi, né che la sua realizzazione non si sia mai presentata nello svolgimento dell'attività concreta all'interno dell'impresa, né che esso non rientri nell'esperienza indiretta del datore di lavoro», posto che anche «l'evento "raro", in quanto non ignoto, è sempre prevedibile e come tale deve essere previsto, in quanto rischio specifico e concretamente valutabile»²¹.

¹⁷ Infatti, è stato chiarito in giurisprudenza che «anche nelle strutture più complesse, non sono delegabili le attività di valutazione dei rischi per la salute dei lavoratori ove essi si riconnettano a scelte di carattere generale di politica aziendale ovvero a carenze strutturali, rispetto alle quali nessuna capacità di intervento possa attribuirsi al delegato della sicurezza» (Cass. pen., n. 20309/2017).

¹⁸ La Cassazione, sul punto, ha infatti recentemente precisato che, nel DVR, il datore di lavoro «deve indicare in modo specifico i fattori di pericolo concretamente presenti all'interno dell'azienda, in relazione alla singola lavorazione o all'ambiente di lavoro e le misure precauzionali ed i dispositivi adottati per tutelare la salute e la sicurezza dei lavoratori» (Cass. pen., n. 6567/2020).

¹⁹ Del resto, anche la giurisprudenza di cassazione ha avuto modo di ribadire che «il datore di lavoro, fermi gli altri obblighi specifici, deve mettere a disposizione dei lavoratori mezzi personali di protezione appropriati ai rischi inerenti alle lavorazioni ed operazioni effettuate» (Cass. pen., n. 50306/2018).

²⁰ R. Merlini, *Responsabilità del datore di lavoro ai tempi del Coronavirus*, in *Cronache maceratesi*, 23 aprile 2020.

²¹ Così Cass. pen., n. 27186/2019; cfr. anche Cass. pen., n. 12257/2016 per cui il datore di lavoro è tenuto ad effettuare la valutazione dei rischi connessi alla sua azienda e alla sua attività proprio per scoprire e gestire

Nondimeno, è lo stesso testo unico a prescrivere al datore di lavoro i principi da seguire per l'individuazione dei singoli rischi che dovranno essere oggetto di valutazione.

5. In questa sede ci interessa in particolar modo il titolo X del decreto, composto da 21 articoli, e interamente dedicato alla valutazione del **rischio derivante da esposizione ad agenti biologici**, definiti, questi ultimi, come «qualsiasi microrganismo anche se geneticamente modificato, coltura cellulare ed endoparassita umano che potrebbe provocare infezioni, allergie o intossicazioni», ivi compresi dunque gli agenti virali (art. 267).

Già a questo punto è evidente che, del tutto indipendentemente dallo scoppio dell'emergenza Covid – che ha colto oggettivamente impreparate le istituzioni del nostro paese e dunque anche le strutture sanitarie – quello connesso all'esposizione ad agenti infettivi patogeni, e al relativo contagio sul luogo di lavoro è un rischio già da tempo contemplato dall'ordinamento la sua valutazione e la conseguente corretta gestione rappresenta(va)no un obbligo per il datore di lavoro *ben prima* della comparsa del nuovo coronavirus²². Il "rischio-Covid" – sul quale torneremo a breve, quando parleremo dell'obbligo di aggiornare la valutazione dei rischi – è infatti solo una delle possibili specificazioni della più ampia categoria del rischio biologico, già ampiamente previsto dalla normativa antinfortunistica.

Del resto, nel particolare contesto delle strutture socio-sanitarie, il fatto che tra i rischi che l'imprenditore ha l'obbligo di valutare rientri anche il rischio biologico non può stupire, posto che esso è probabilmente *il principale* rischio professionale presente in quei contesti, nei quali i continui contatti tra operatori e pazienti, oltre al flusso costante di persone in entrata e in uscita dai locali e dagli edifici, accresce enormemente i rischi di diffusione dell'agente patogeno e del relativo contagio, sia per i lavoratori, sia per tutti coloro che, per altre ragioni, si trovino all'interno della struttura (pazienti, familiari dei pazienti e altri soggetti terzi)²³.

Pertanto, il testo unico sancisce una serie di obblighi inderogabili per il datore di lavoro espressamente rivolti alla valutazione e alla gestione del rischio biologico, quali in particolare:

- l'obbligo di includere, nell'ambito della valutazione dei rischi, funzionale alla redazione del DVR, anche quella riguardante il rischio biologico;
- la messa in atto di misure tecniche, organizzative, procedurali e igieniche, atte a scongiurare tale rischio;
- l'obbligo di assicurare la corretta informazione, la formazione e l'addestramento dei lavoratori, nonché la loro sorveglianza sanitaria;

eventuali pericoli occulti o non immediatamente percepibili, e non può aspettare di scoprire tali pericoli con l'evento in danno di un dipendente (entrambe le pronunce sono citate da R. Guariniello, *La sicurezza sul lavoro al tempo del coronavirus*, Wolters Kluwer, 2020, p. 8).

²² Così D. Pomata, *Coronavirus: sulla responsabilità penale del datore di lavoro*, in *Puntotecnico*, 7 maggio 2020; in giurisprudenza, v. *ex multis*, Cass. pen., n. 38388/2012.

²³ Cass. pen., n. 13937/2017, cit.; Cass. pen., n. 18444/2015, cit.

- nel caso degli agenti biologici classificati dal decreto come i più pericolosi, in quanto capaci di «provocare malattie gravi in soggetti umani», specie laddove presentino anche «un elevato rischio di propagazione nella comunità» (art. 268, gruppi 3 e 4) il testo unico prevede anche l'istituzione, da parte del datore di lavoro, di un apposito registro degli esposti e degli eventi accidentali e un ulteriore registro relativo ai casi di malattia e di decesso.

Più nello specifico, il datore di lavoro è tenuto ad «adottare, in relazione ai rischi accertati, le misure protettive e preventive [...], adattandole alle particolarità delle situazioni lavorative», e dovrà in particolare integrare il DVR con l'indicazione espressa delle «fasi del procedimento lavorativo che comportano il rischio di esposizione ad agenti biologici», dei «metodi e [del]le procedure lavorative adottate, nonché le misure preventive e protettive applicate» (art. 271 n. 2 e 5).

Ancora: ai sensi dell'articolo successivo, il datore di lavoro ha anche l'obbligo di attuare «misure tecniche, organizzative e procedurali, per evitare ogni esposizione degli stessi ad agenti biologici», e in particolare deve:

- «limita[re] al minimo i lavoratori esposti, o potenzialmente esposti, al rischio di agenti biologici»;
- «progetta[re] adeguatamente i processi lavorativi, anche attraverso l'uso di dispositivi di sicurezza atti a proteggere dall'esposizione accidentale ad agenti biologici»;
- «adotta[re] misure collettive di protezione ovvero misure di protezione individuali qualora non sia possibile evitare altrimenti l'esposizione» (art. 272 n. 2).

Un obbligo, quest'ultimo, ribadito a più riprese anche dalla Cassazione, che ha infatti chiarito che «il datore di lavoro, fermi gli altri obblighi specifici, deve mettere a disposizione dei lavoratori mezzi personali di protezione appropriati ai rischi inerenti alle lavorazioni ed operazioni effettuate»²⁴.

Infine, vale la pena ricordare anche gli ulteriori obblighi previsti sia dall'art. 273, che prescrive al datore di lavoro di mettere a disposizione dei lavoratori indumenti protettivi o altri indumenti idonei, da riporre in posti separati dagli abiti civili, sia dall'art. 278, che impone di fornire ai lavoratori informazioni e istruzioni con riguardo, tra l'altro, alle precauzioni da prendere per evitare l'esposizione all'agente biologico (lett. b), sia, infine, dall'art. 279, in cui è stabilito che «qualora l'esito della valutazione del rischio ne rilevi la necessità i lavoratori esposti ad agenti biologici sono sottoposti alla sorveglianza sanitaria», comprensiva delle visite mediche periodiche, e da effettuarsi altresì obbligatoriamente a fronte di un'aspecifica richiesta del lavoratore (art. 41).

6. Oltre a elaborare il DVR, il datore di lavoro deve però anche garantire il suo **costante aggiornamento**, anche e soprattutto al palesarsi di nuovi rischi all'interno dell'ambiente di lavoro. In tal senso, peraltro, anche la giurisprudenza della cassazione ha

²⁴ Cfr., da ultimo, Cass. pen., n. 50306/2018.

più volte riconosciuto che «il DVR è uno strumento duttile, suscettibile di essere in ogni momento aggiornato per essere costantemente al passo con le esigenze di prevenzione che si ricavano dalla pratica giornaliera dell'attività lavorativa», con ciò arrivando a concludere che «integra la violazione dell'obbligo del datore di lavoro di elaborare un documento di valutazione dei rischi per la sicurezza e la salute durante il lavoro non soltanto l'omessa redazione del documento iniziale, ma anche il suo mancato, insufficiente o inadeguato aggiornamento od adeguamento»²⁵.

Così, all'art. 29 c. 3, il testo unico chiarisce che «la valutazione dei rischi deve essere immediatamente rielaborata» in occasione, tra l'altro, di «modifiche del processo produttivo o della organizzazione del lavoro significative ai fini della salute e sicurezza dei lavoratori».

Allo stesso modo, con specifico riferimento al rischio biologico, inoltre, il testo unico specifica che il datore di lavoro è in ogni caso tenuto a effettuare nuovamente la valutazione del suddetto rischio «in occasione di modifiche dell'attività lavorativa significative ai fini della sicurezza e della salute sul lavoro e, in ogni caso, trascorsi tre anni dall'ultima valutazione effettuata» (art. 271 c. 3).

Ora, è evidente che una delle prime conseguenze della pandemia è stata quella di provocare uno stravolgimento dell'organizzazione interna agli ospedali e alle strutture sanitarie, con una modifica dei turni di lavoro, una diversa distribuzione delle risorse, umane e materiali, e una significativa ristrutturazione degli spazi e degli ambienti, necessaria a creare il prima possibile i nuovi "reparti Covid".

Tutte queste considerazioni, condivise di recente anche a livello regionale²⁶, oltre che dall'Inail²⁷ e dal Ministero della Salute²⁸, si traducono immediatamente in un obbligo di rielaborazione del DVR per i datori di lavoro delle strutture sanitarie, i quali dovranno inserire, all'interno del medesimo documento, l'espressa indicazione del rischio-Covid nonché di tutte le misure di prevenzione e protezione adottate contro tale rischio²⁹.

²⁵ Cass. pen., n. 34893/2019; Cass. pen., n. 39283/2018; Cass. pen., n. 4706/2017.

²⁶ Ad esempio, la Regione Veneto ha recentemente osservato che, in relazione al rischio-Covid, «non si ritiene giustificato l'aggiornamento del Documento di Valutazione di Rischi [...], se non in ambienti di lavoro sanitario o socio-sanitario [...], o comunque qualora il rischio di infezione da SARS-CoV-2 sia un rischio di natura professionale, legato allo svolgimento dell'attività lavorativa, aggiuntivo e differente rispetto al rischio generico per la popolazione generale» (così l'allegato A alla Deliberazione della Giunta Regionale, n. 601 del 12 maggio 2020, p. 7).

²⁷ L'Inail ha infatti chiarito che, con specifico riferimento ai lavoratori dipendenti di qualsiasi «struttura sanitaria pubblica o privata», che, «ove l'episodio che ha determinato il contagio non sia percepito o non possa essere provato dal lavoratore, si può comunque presumere che lo stesso si sia verificato in considerazione delle mansioni/lavorazioni» (v. nota n. 3675 del 17 marzo 2020, pp. 1-2). Osservazione ribadita anche nella successiva circolare n. 13 del 3 aprile u.s. (ove si legge che, per «gli operatori sanitari esposti a un elevato rischio di contagio [...] vige [...] la presunzione semplice di origine professionale, considerata appunto la elevatissima probabilità che gli operatori sanitari vengano a contatto con il nuovo coronavirus» - p. 7).

²⁸ Con la circolare dello scorso 29 aprile, infine, anche il Ministero della Salute ha specificato che «sarà necessario adottare una serie di azioni che andranno a integrare il DVR, atte a prevenire il rischio di infezione da SARS-CoV-2 nei luoghi di lavoro, contribuendo altresì alla prevenzione della diffusione dell'epidemia» (p. 6).

²⁹ Sul punto si veda, ampiamente, R. Guariniello, *La sicurezza sul lavoro*, cit.

7. C'è poi un terzo passaggio che, almeno astrattamente, dovrebbe chiarire il reale spirito – anche sostanziale – della norma: il datore di lavoro è tenuto non solo a redigere un DVR esaustivo e ad assicurarne il costante aggiornamento, ma deve dare anche un'**efficace e concreta attuazione** al DVR stesso adottando in concreto le misure indicate nel documento per fronteggiare i vari rischi, il che si traduce, in una serie di obblighi aggiuntivi e ulteriori in capo al datore di lavoro. Del resto, è del tutto ovvio che, se alle parole non dovessero seguire anche i fatti, l'elaborazione del DVR assumerebbe un significato esclusivamente formale.

Tra i suddetti obblighi ulteriori vale la pena qui richiamarne brevemente alcuni (art. 18 del testo unico):

- l'obbligo di fornire ai lavoratori i necessari e idonei dispositivi di protezione individuale (lett. d);
- l'obbligo di prendere le misure appropriate affinché soltanto i lavoratori che hanno ricevuto adeguate istruzioni e specifico addestramento accedano alle zone che li espongono ad un rischio grave e specifico (lett. e);
- l'obbligo di richiedere l'osservanza da parte dei singoli lavoratori delle norme vigenti, nonché delle disposizioni aziendali in materia di sicurezza e di igiene del lavoro e di uso dei mezzi di protezione collettivi e dei dispositivi di protezione individuali messi a loro disposizione (lett. f);
- l'obbligo di adottare le misure per il controllo delle situazioni di rischio in caso di emergenza e dare istruzioni affinché i lavoratori, in caso di pericolo grave, immediato ed inevitabile, abbandonino il posto di lavoro o la zona pericolosa (lett. h);
- l'obbligo di informare il più presto possibile i lavoratori esposti al rischio di un pericolo grave e immediato circa il rischio stesso e le disposizioni prese o da prendere in materia di protezione (lett. i).

I lavoratori devono quindi essere informati dei rischi presenti nei luoghi di lavoro e adeguatamente formati per gestirli; devono poi essere messi loro a disposizione gli strumenti per proteggersi dai rischi e, addirittura, il datore di lavoro deve accertarsi che essi vengano effettivamente utilizzati dai dipendenti, eventualmente imponendo loro di agire in tal senso.

Di **quali strumenti e misure**, però, dovrà concretamente dotarsi il datore di lavoro? In altri termini, quale è il criterio atto a stabilire se una specifica misura è o meno adeguata a fronteggiare i rischi individuati?

A tal proposito, particolarmente illuminante – anche per quanto riguarda il rischio-Covid – è l'affermazione della Corte di cassazione in una pronuncia a sezioni unite del 2014, resa nel noto caso Thyssenkrupp, nella quale la Corte ha chiarito che l'eventuale inadeguatezza delle misure adottate deriva, tra l'altro, «dal continuo sviluppo delle conoscenze e delle tecnologie, che rende sovente inattuali le prescrizioni codificate. Per questo la normativa cautelare ha bisogno di essere integrata dal sapere scientifico e tecnologico che reca il vero nucleo attualizzato della disciplina prevenzionistica». Il che, a sua volta, impone al datore di lavoro, chiamato a scegliere le misure più idonee a contrastare uno specifico rischio, di avvalersi «proprio di figure istituzionali, [...], che del

sapere necessario sono istituzionalmente portatori», traendo le necessarie indicazioni «dalla legge, ma anche da atti di rango inferiore»³⁰.

Ecco allora che, con riferimento al rischio-Covid, le prescrizioni del testo unico dovranno essere necessariamente integrate con le numerose indicazioni ulteriori contenute nei numerosi D.P.C.M. recanti “misure urgenti in materia di contenimento e gestione dell’emergenza epidemiologica da COVID-19”, che, dall’8 marzo scorso in avanti, si sono susseguiti prevedendo, tra l’altro, precise raccomandazioni per tutti i datori di lavoro – e valevoli dunque, a maggior ragione, per i responsabili delle strutture sanitarie – in merito all’adozione di svariate misure igienico-sanitarie.

Inoltre, la giurisprudenza ha chiarito anche che, a fronte dell’alternativa tra più misure potenzialmente adottabili, il datore di lavoro dovrà in ogni caso prediligere quella che consente di «garantire il maggior livello di sicurezza possibile»³¹.

8. La violazione di una qualunque di queste prescrizioni, come già anticipato, espone il datore di lavoro a un’**autonoma responsabilità penale**, secondo quanto previsto dallo stesso testo unico, indipendentemente dalla circostanza che l’inosservanza abbia avuto o meno conseguenze dannose per la salute e la sicurezza dei lavoratori.

Infatti, l’art. 55 del decreto individua una serie di sanzioni – l’arresto o l’ammenda – di diversa gravità a seconda del tipo di violazione, applicabili, peraltro, indipendentemente dalla natura dolosa o colposa dell’inosservanza stessa. Così, ad esempio:

- l’omessa valutazione rischi e l’omessa predisposizione del DVR sono punite con l’arresto da tre a sei mesi o con l’ammenda da 3.071,27 a 7.862,37 euro. La pena detentiva è peraltro più gravosa (arresto da quattro a otto mesi) se la violazione è commessa, tra l’altro, «in aziende in cui si svolgono attività che espongono i lavoratori a rischi biologici» ritenuti più gravi, nel senso già sopra ricordato (agenti patogeni particolarmente aggressivi e suscettibili di ampia diffusione);
- l’adozione di un DVR carente (ad esempio perché privo dell’indicazione delle misure di prevenzione e di protezione) è punita con l’ammenda da euro 2.457,01 a euro 4.511,96;
- l’adozione di un DVR nel quale non siano valutati tutti i rischi professionali presenti in azienda o che non individui le mansioni che espongono i lavoratori a rischi specifici è punita con l’ammenda da euro 1.228,50 a euro 2.457,01;
- la mancata fornitura ai lavoratori dei dispositivi di protezione individuale necessari e idonei a contrastare i rischi è punita con l’arresto da due a quattro mesi o con l’ammenda da 1.842,75 a 7.371,03 euro.

Con riferimento poi all’obbligo di aggiornamento del DVR in presenza di rischi nuovi o di modifiche organizzative nell’attività lavorativa, lo stesso art. 55 sopra citato punisce

³⁰ Cass. pen., n. 38343/2014.

³¹ Cass. pen., n. 8160/2020 (nello stesso senso, v. anche Cass. pen., n. 4501/2016; Cass. pen., n. 4325/2016).

(con l'ammenda da 2.457,02 a 4.914,03 euro) anche il datore di lavoro che non provveda alla immediata rielaborazione del documento laddove di verificarsi una delle condizioni previste dal testo unico.

Infine, anche nel caso in cui, pur avendo provveduto a mappare corretta e in modo completo i rischi presenti e aver redatto il DVR in conformità alle prescrizioni, ciononostante il datore di lavoro non adotti, poi, in concreto le misure necessarie a scongiurare i rischi, questo potrà essere punito con la pena dell'arresto (da due a quattro mesi) o dell'ammenda (da 1.474,21 a 7.371,03 euro) a seconda del tipo di violazione³².

9. Dopo questa, pur sintetica, panoramica, possiamo ora **tornare alle domande iniziali**.

La prima domanda era questa: **che cosa non ha funzionato all'interno delle strutture sanitarie**, in particolare nelle RSA italiane, durante le fasi più critiche della pandemia? I contagi e le morti che si sono verificati potevano essere evitati?

È ovvio che le risposte definitive potranno arrivare solo all'esito delle indagini avviate nelle scorse settimane dalle varie procure; tuttavia, sulla base delle informazioni al momento disponibili, pare già possibile formulare qualche osservazione.

Infatti, secondo quanto riferito dalla stampa di queste settimane, peraltro ampiamente confermato anche dall'esperienza professionale diretta di chi scrive, sarebbero proprio gli obblighi del testo unico fin qui esaminati quelli maggiormente disattesi da parte dei responsabili delle RSA oggi al centro dell'attenzione degli inquirenti, i quali, già nel corso dei primi sopralluoghi, avrebbero rilevato una pluralità di irregolarità organizzative, amministrative e gestionali³³.

Tra le numerose notizie diffuse dai quotidiani e dai media, il pensiero corre, ad esempio, alle diverse denunce degli operatori sanitari, che hanno lamentato la mancata presenza e la mancata fornitura, da parte della direzione degli istituti, dei necessari dispositivi protettivi individuali (mascherine non adeguate al rischio-Covid, assenza di guanti, tute monouso, ecc.), il cui utilizzo sarebbe stato in alcuni casi addirittura vietato dai responsabili, al fine di non creare inutilmente "panico" tra gli ospiti delle strutture e le loro famiglie³⁴.

Allo stesso modo, sulla stampa si è fatto ampio riferimento anche alla mancata verifica delle condizioni di salute degli operatori sanitari in servizio, che sarebbero stati costretti a spostarsi di continuo da un reparto all'altro per sopperire alle carenze di

³² V. in particolare, le sanzioni previste dall'art. 55 c. 4, lettere c) e d), riferite alle prescrizioni di cui all'art. 18 esaminate al paragrafo precedente.

³³ Cfr. il comunicato n. 1713 pubblicato dal Ministero della Salute il 29 aprile scorso, dal titolo *(Case di Riposo). Carabinieri NAS: strutture per anziani al vaglio dei militari in tutto il Paese*.

³⁴ Si vedano, ad esempio, le informazioni contenute negli articoli di G. Santucci, *«Non usate le mascherine». E il virus entra al Don Gnocchi e Coronavirus, i medici contro i vertici del Trivulzio: «Noi lasciati da soli»*, entrambi ne *Il Corriere della sera*, rispettivamente il 20 marzo e il 17 aprile 2020.

organico, e che avrebbero così finito per diventare essi stessi potenziali veicoli di diffusione del virus tra i colleghi e tra i pazienti³⁵.

È stata poi denunciata la mancata separazione, all'interno delle RSA, dei pazienti Covid (o, comunque, con sintomi Covid-compatibili) dagli altri ospiti, spesso ricoverati insieme nelle stesse stanze³⁶, oltre al gravissimo ritardo nell'effettuazione dei tamponi, sia sui dipendenti sia sugli ospiti delle strutture; addirittura, si legge di provvedimenti disciplinari e licenziamenti da parte delle strutture sanitarie nei confronti dei dipendenti che hanno denunciato le predette irregolarità³⁷.

Ma non solo.

Secondo le informazioni oggi a disposizione, c'è ragione di pensare che, anche prima dello scoppio dell'emergenza, molto di quanto prescritto dalla normativa in materia di salute e sicurezza sui luoghi di lavoro non venisse, di fatto, osservato da molte delle strutture sanitarie oggi al centro delle indagini; strutture che, dunque, si sono trovate ad affrontare la pandemia molto più impreparate di quanto avrebbero potuto (e dovuto) essere.

Pare infatti che i Documenti di Valutazione dei Rischi adottati da alcune delle RSA coinvolte nelle inchieste fossero, già da tempo, gravemente carenti e incompleti, in quanto non prendevano in esame tutti i rischi disciplinati dal testo unico: tra le voci di rischio mancanti all'appello vi sarebbe stato, tra l'altro, proprio il rischio biologico³⁸.

Se tutto ciò fosse vero – e potranno dirlo solo i risultati delle indagini in corso – vorrebbe dire che, da ben prima dell'arrivo del virus, alcune RSA erano abituate a trattare e ad assistere i propri pazienti anziani, e dunque per loro natura tendenzialmente più fragili rispetto alla popolazione generale, senza rispettare le prescrizioni normative in materia di salute e sicurezza sul lavoro.

E, se tutto ciò fosse vero, vorrebbe altresì dire che, allo scoppio della pandemia, quelle stesse strutture non erano attrezzate a gestire *non solo* il rischio-Covid (all'epoca del tutto nuovo e sul quale tutt'ora le conoscenze sono limitate), quanto, molto più in generale, *qualunque pericolo* per la salute derivante dall'esposizione ad agenti biologici.

Insomma, se tutto ciò fosse vero, sarebbe non solo estremamente grave, ma anche – e soprattutto – francamente inaccettabile.

³⁵ Si vedano ad esempio, tra i molti, gli articoli *Coronavirus, l'ipotesi degli inquirenti: "Contagi nelle rsa perché non c'erano abbastanza tamponi"*, in *Genova* 24, 31 marzo 2020; C. Guasco, *Quell'ordine dato in ritardo: «Il Trivulzio è reparto Covid, separare i positivi dagli altri»*, ne *Il Messaggero*, 22 aprile 2020; F. Rigatelli, *Lo scienziato: "Pochi tamponi e in ritardo nelle Rsa, così è nata l'emergenza in Piemonte"*, ne *La Stampa*, 27 aprile 2020;

³⁶ C. Guasco, *«Al Trivulzio gli anziani non venivano separati»: così l'istituto è diventato focolaio*, ne *Il Messaggero*, 20 aprile 2020.

³⁷ M. Di Fazio, *Caro angelo, non mi servi più*, e G. Turano, *Licenziamento e altri guai per i lavoratori che hanno denunciato carenze nella gestione Covid*, entrambi ne *L'Espresso*, rispettivamente il 19 e il 9 giugno 2020.

³⁸ Si veda l'articolo di A. Massari, *Coronavirus, rischio-contagio: il Trivulzio aveva il protocollo sbagliato*, ne *Il Fatto Quotidiano*, 20 aprile 2020.

10. Veniamo infine alla seconda domanda che ci siamo posti all'inizio, che nasce direttamente dalla prima. **Per quale motivo**, nel momento in cui si è trattato di fronteggiare l'emergenza Covid, **il sistema normativo** espressamente deputato ad assicurare la protezione della salute e della sicurezza dei lavoratori **si è rivelato, soprattutto nel mondo sanitario, un tale fallimento?**

Eppure, quello delineato dal testo unico sicurezza sembrerebbe ad un primo sguardo un sistema completo, che prende in considerazione – e disciplina in maniera estremamente dettagliata – *ogni possibile scenario o fattore di rischio* suscettibile di tradursi in un danno alla salute e alla sicurezza, con riferimento a *qualsiasi contesto* lavorativo, indicando passo passo al datore di lavoro quale sia, di volta in volta, il comportamento “virtuoso” da tenere per abbassare al massimo i livelli di rischio e sanzionandolo (penalmente) per ogni singola inosservanza.

Qual è, allora, il problema? Ecco qualche ipotesi.

- «Il diavolo è nei dettagli», dice il proverbio. Il primo problema, verosimilmente, e proprio questo: l'eccesso di prescrizioni, e l'iper-regolamentazione che connota il testo unico, per un verso hanno finito col trasformare quest'ultimo in un sistema estremamente farraginoso e a tratti indecifrabile (quasi tutte le disposizioni rinviano ad altre norme, contenute in altri articoli o in una delle decine di allegati tecnici al decreto) e, per altro verso, hanno favorito la complessiva burocratizzazione dell'intera gestione del problema salute e sicurezza da parte degli imprenditori.
Il continuo proliferare di procedure, regole e regolette – nonostante le (vogliamo sperare) migliori intenzioni di coloro che le hanno pensate e formulate – ha cioè indotto, fin troppo spesso, i datori di lavoro a ritenere che *sia sufficiente*, per essere “a posto” con la disciplina antinfortunistica (e, forse, anche con la coscienza?), osservare una serie di obblighi quasi esclusivamente documentali, e dunque meramente formali, dei quali la disciplina relativa alla una azione del DVR rappresenta la consacrazione massima.
- A fronte di una eventuale verifica ispettiva, dunque, sarà sufficiente per l'imprenditore mostrare agli enti di controllo la documentazione prescritta dalla normativa, posto che i suddetti controlli aziendali in ordine sull'osservanza delle disposizioni del testo unico (nei rari casi in cui vengano effettuati), non si estendono all'accertamento del *reale funzionamento* interno alla struttura – come concretamente viene svolto il lavoro, come sono organizzati i vari reparti, quali dispositivi sono effettivamente utilizzati dai dipendenti, con quale frequenza e secondo quali modalità, ecc. – ma, appunto, si limitano a una verifica formale della regolarità dei documenti esibiti. Documenti che, quindi, il datore di lavoro si premurerà (anche se non sempre, come si è detto) di possedere, spesso conferendo appositi incarichi a una delle tante società di consulenza presenti sul mercato, perché provveda alla mappatura di tutti i rischi aziendali, a fronte di un corrispettivo il più possibile contenuto, a volte

addirittura irrisorio, secondo la logica imprenditoriale del massimo risparmio dei costi³⁹.

- D'altra parte, questo stato di cose non è suscettibile di essere modificato neppure per effetto delle plurime sanzioni penali poste a presidio dell'osservanza delle norme del testo unico, le quali risultano infatti del tutto prive di efficacia deterrente. Tutte le violazioni, infatti, danno luogo come detto a fattispecie meramente contravvenzionali, punite con pene sostanzialmente risibili, le quali, peraltro, il più delle volte non sono neppure applicate, posto che è sempre possibile per il datore di lavoro inadempiente ottenere l'estinzione del reato a fronte del pagamento di una piccola somma di denaro (pari, a seconda dei casi, a un terzo o a un quarto del massimo della pena previsto per la contravvenzione)⁴⁰. Non sorprende, dunque, che molti, troppi datori di lavoro finiscano col decidere, del tutto consapevolmente, di correre il rischio di incorrere in una o più sanzioni a fronte, però, di un notevole risparmio dei costi che, altrimenti, sarebbero costretti a sostenere per garantire effettivamente la tutela della salute e della sicurezza dei propri dipendenti.
- Vi è, insomma, a parere di chi scrive, un gravissimo problema culturale che, ancora oggi, influenza profondamente, e negativamente, l'intera logica imprenditoriale in materia di salute e sicurezza: una logica, cioè, che induce i datori di lavoro – salvo, naturalmente, alcune rare e preziose eccezioni – a privilegiare, sempre e comunque, le esigenze di produzione e di taglio dei costi sulle istanze di tutela dell'incolumità delle persone che a quel sistema produttivo contribuiscono con il proprio operato.
- Se questo è lo stato dell'arte, ecco allora che una possibile soluzione a breve termine (posto che un cambiamento di cultura, che è ciò che davvero occorrerebbe, richiede riflessioni e tempi lunghi che di certo non possiamo permetterci, men che meno in questo momento) potrebbe essere quella di rivedere complessivamente l'impianto attuale della normativa antinfortunistica, secondo alcune linee direttrici fondamentali: *i) eliminare* quanto più possibile la “**burocratizzazione**” delle procedure e delle prescrizioni, attraverso una riscrittura della maggior parte delle norme di legge; *ii) in questo senso, garantire che i controlli* sull'adeguatezza dell'attività di impresa alla disciplina antinfortunistica siano realmente svolti, con la necessaria frequenza e capillarità, e soprattutto riguardino i profili **sostanziali** dell'attività, secondo un criterio di verifica differenziato a seconda del tipo di impresa oggetto di controllo (ad esempio, nel caso delle RSA, sarà fondamentale accertare, tra l'altro, quali strumenti di protezione individuale e collettiva siano effettivamente forniti agli operatori, quali siano le procedure seguite nelle relazioni tra dipendenti e con i pazienti, come siano distribuite le risorse nei reparti, ecc.); *iii)*

³⁹ Un esempio in questo senso può essere tratto direttamente dalla documentazione pubblicata sul sito *web* della RSA Pio Albergo Trivulzio di Milano, tra la quale spicca una [lettera di incarico dell'agosto 2017](#) relativa all'elaborazione *ex novo* del DVR (contenete la «valutazione di tutti i rischi lavorativi») per una delle strutture facenti capo alla RSA; attività all'evidenza complessa, per la quale era stato tuttavia riconosciuto alla società di consulenza incaricata un compenso di poco più di 10.000 euro (10.183, per la precisione).

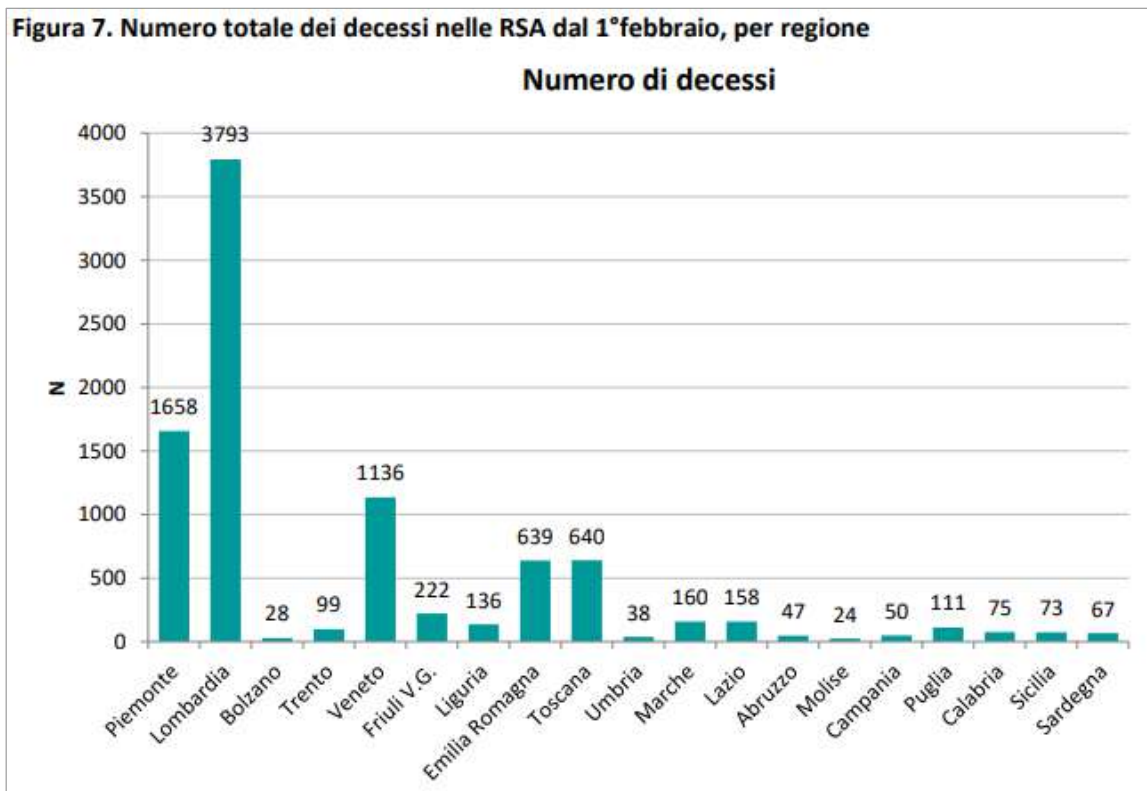
⁴⁰ Si tratta, come noto, dell'istituto della oblazione di cui agli artt. 162 e 162-bis c.p.

depenalizzare tutte le fattispecie di minore gravità, del tutto prive di efficacia deterrente, spostando il *focus* delle sanzioni sul solo terreno del diritto amministrativo; iv) limitare, per converso, la **rilevanza penale** alle sole **condotte** datoriali **realmente pericolose** per la salute dei lavoratori e dei soggetti presenti sul luogo di lavoro. In questo senso, il momento della valutazione del rischio dovrebbe tornare ad essere – o forse diventare, per la prima volta – il vero e proprio cuore pulsante dell'intera disciplina antinfortunistica, presidiato da un sistema di sanzioni che siano realmente dissuasive ed efficaci (delitti, e non più contravvenzioni, con un generale inasprimento delle pene previste per ciascuna inosservanza).

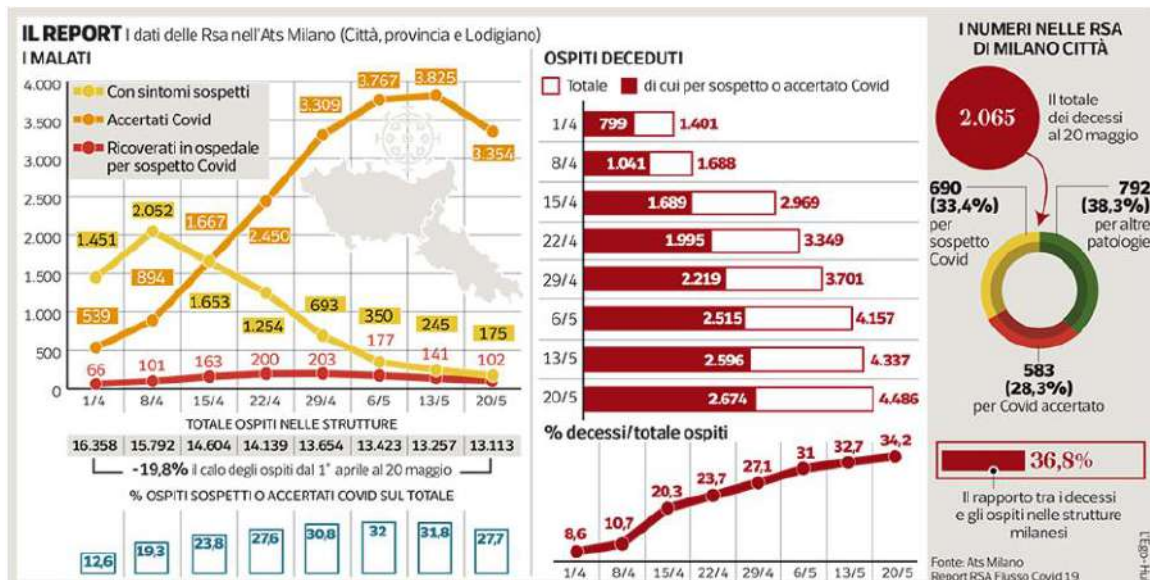
In questo modo, forse, sarà possibile invertire la pericolosissima tendenza alla quale stiamo assistendo oggi, di cui il testo unico sicurezza rappresenta una delle principali manifestazioni – e che peraltro sta alla base di alcune recenti proposte, altrettanto pericolose, che vorrebbero dotare i datori di lavoro, *anche in ambito sanitario*, di una sorta di “scudo penale” a fronte dei danni alla salute provocati a terzi dalle proprie violazioni⁴¹ –, che induce a guardare alla legge non più come un veicolo di cultura, che è ciò che dovrebbe essere, quanto piuttosto come un mero insieme di adempimenti formali, quasi notarili, peraltro fin troppo facilmente eludibili.

⁴¹ La proposta era stata in particolare avanzata da alcune correnti politiche in sede di conversione in legge (l. n. 27/2020) del decreto cd. “Cura Italia”, al fine di limitare la responsabilità penale (tra l'altro) di tutte le «strutture sanitarie e socio sanitarie pubbliche e private», «per tutti gli eventi avversi che si siano verificati o abbiano trovato causa durante l'emergenza epidemiologica COVID-19» di cui alla delibera del Consiglio dei ministri del 31 gennaio 2020.

Figura 1: tratta dal Survey dell'ISS del 5 maggio u.s.⁴², p. 9



Infografica pubblicata da *Il Corriere della sera*, 4 giugno 2020⁴³.



⁴² ISS, ISS, *Survey nazionale sul contagio COVID-19*, cit.

⁴³ Cfr. l'articolo *Rsa Milano, un decesso su tre per Covid*.

Tabella 1. Distribuzione dei decessi osservati e dei attesi e del rapporto osservati attesi (anni 2016-2019 vs 2020)⁴⁴

	1 gennaio-30 aprile	marzo	aprile	1 marzo-30 aprile
Reference (2016-2019)	2180	529	462	991
2020	4754	1504	2153	3657
Differenza	2574	975	1691	2666
Rapporto Osservati/Attesi	2,18	2,84	4,66	3,69
Differenza %	118%	184%	366%	269%

Tabella 6 - Distribuzione dei casi, deceduti e letalità in operatori sanitari⁴⁵

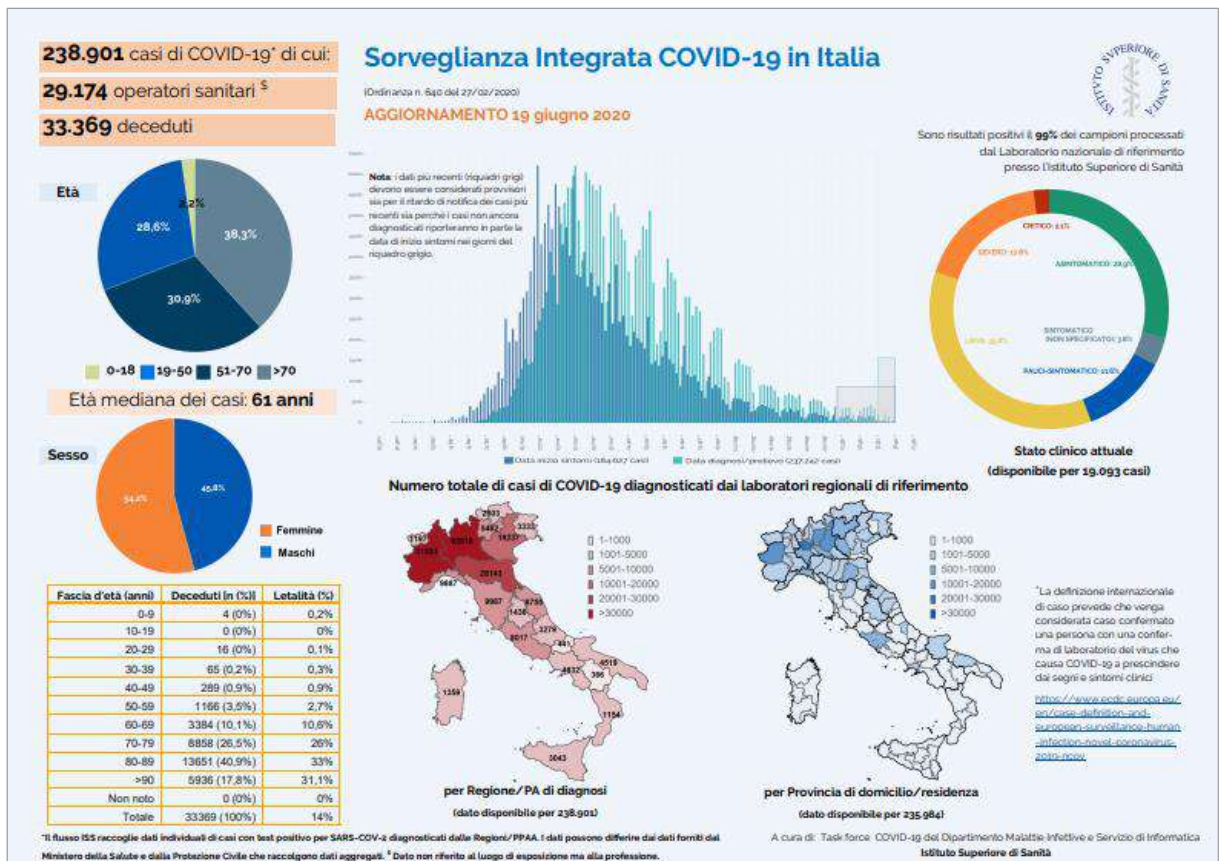
TABELLA 6. DISTRIBUZIONE DEI CASI, DECEDUTI E LETALITÀ IN OPERATORI SANITARI					
Classe d'età (anni)	Casi		Deceduti		Letalità (%)
	N	%	N	%	
18-29	1.965	10,0	0	0,0	0%
30-39	3.355	17,1	2	2,9	0,10%
40-49	5.537	28,2	4	5,8	0,10%
50-59	6.584	33,5	16	23,2	0,20%
60-69	2.085	10,6	34	49,3	1,60%
70-79	102	0,5	13	18,8	12,70%
Totale	19.628		69		0,40%

NOTA: LA TABELLA NON INCLUDE I CASI CON ETÀ NON NOTA

⁴⁴ V. Ats Milano, *Valutazione degli eccessi*, 11 giugno 2020, cit., p. 13. Come emerge dalla tabella, peraltro, l'incremento della mortalità non è stato regolare nel corso dei quattro mesi considerati: se a gennaio, infatti, si è registrata una crescita modesta dei casi di decesso rispetto agli anni precedenti, nei mesi successivi la situazione si è progressivamente aggravata, con 788 morti in più a marzo e ben 1.503 decessi in più ad aprile, con un incremento del 470% rispetto alla media.

⁴⁵ ISS, *Epidemia COVID-19. Aggiornamento nazionale*, cit., p. 13.

Infografica a cura di EpiCentro – ISS⁴⁶



⁴⁶ EpiCentro – ISS, *Sorveglianza integrata COVID-19 in Italia*, cit.

Riflessione

— Carcere e pandemia

Tra la ricerca delle responsabilità e l'urgente necessità di apprendere

Prison and Pandemic

Between search for responsibilities and urgent need to learn

di Pietro Buffa

Abstract. L'Autore prende spunto dall'emergenza venutasi a creare all'interno del sistema penitenziario lombardo, in ragione del diffondersi del virus COVID-19, per riflettere sull'efficacia di un approccio interpretativo del fenomeno tendente all'esclusiva ricerca delle responsabilità. Le conclusioni prospettate pongono in evidenza come tale approccio, oltre che ingiusto per la concatenazione di una moltitudine di attori che in tempi e luoghi diversi possono aver contribuito anche in buona fede, alle decisioni poi rivelatesi inefficienti o sbagliate, non consenta di apprendere dall'esperienza condotta.

Abstract. The Author takes inspiration from the emergency that has arisen inside of lombardian penitentiary system, due to the spread of the virus Covid 19, to reflect on the efficacy of an interpretative approach of the phenomenon just looking for responsibilities. The results proposed, highlight how this approach, as well as unfair for a chain of events that in different times and places may have helped even in good faith based on inefficient or wrong decisions, does not allow to learn from the experience

Molti anni addietro, saggi maestri mi insegnarono a demolire i titoli delle ricerche che mi potevano essere assegnate laddove mi pungesse la convinzione che non rispecchiassero esattamente il vero nucleo della questione che si intendeva trattare.

Ora, è evidente che i confini della verità dipendono da molte variabili quali il punto di vista, le esperienze soggettive, i dati a disposizione, le idealità che muovono il proprio agire, gli interessi in gioco.

Come ci ha magistralmente illustrato Akira Kurosawa in *Rashomon*¹, la verità può essere poliedrica e, quindi, mi sia concesso di demolire, anche in questa circostanza, il compito che mi viene assegnato a partire dall'insistente riferimento all'errore e alla responsabilità che sono indubbiamente componenti importanti della narrazione della pandemia da COVID-19 ma che, a mio modesto avviso, non possono rappresentare adeguatamente la complessità del fenomeno e soprattutto indirizzarci correttamente verso le prospettive future.

In questi mesi di paura, sofferenza ed isolamento, spesso abbiamo sentito dire che **nulla alla fine sarà come prima**. Non ne sono affatto convinto. Le categorie dell'errore e della responsabilità rimandano al modo di pensare che caratterizzava il nostro mondo molto prima che un virus ci facesse piombare attoniti in tutto quello che abbiamo vissuto nell'ultimo periodo e che vivremo chissà ancora per quanto.

Confinato da solo in una casa per molti giorni a causa della malattia, il televisore, oltre che i libri e la scrittura, sono stati gli strumenti di sopravvivenza. Ebbene, nelle prime settimane nessuno dei commentatori, dei divulgatori e degli esperti che si avvicendavano dietro a quello schermo si preoccupava della responsabilità di questo o di quell'attore.

Nelle prime settimane vi era solamente la conta dei morti e lo sforzo di far fronte concettualmente ed emotivamente ad una patologia ignota. In quei momenti sarà capitato a molti di interrogare un medico e sentirsi dire che non vi era una cura per i sintomi che si percepivano. A me è capitato e, di fronte ad un sorriso disarmante e alla negazione di una cura, nessuno si è scagliato contro il proprio interlocutore accusandolo di incompetenza o addossandogli delle responsabilità. Era il tempo della retorica dell'eroismo. Con il passare del tempo abbiamo iniziato ad apprendere che coesistevano modi diversi di affrontare l'epidemia e che questa non si espandeva in modo uniforme sul territorio. Vi erano risultati differenti e, soprattutto, l'infezione si concentrava in alcune Regioni, peraltro le più ricche e produttive del Paese, da sempre le **prime della classe**.

Ad un certo punto, quando la curva del contagio ha iniziato un lento cambio di rotta, quasi in modo inversamente proporzionale, sono iniziate e poi cresciute le polemiche, le accuse, le rivelazioni e quindi la ricerca di responsabilità e colpevoli.

La retorica politica e la grancassa mediatica sono tornate, esattamente come prima della pandemia, ad esigere i suoi riti sacrificali, tanto da indurre il pensiero che quello fosse il primo indizio che la situazione, seppur ancora drammatica, stesse volgendo al miglioramento e che oggi mi porta a chiedermi se effettivamente questa esperienza ci farà cambiare. Non credo. Fra sei mesi chi si sarà dovuto piangere i morti continuerà a

¹ Il film, premiato con un Leone d'oro ed un Oscar, uscì nel 1950 ed è ispirato da un racconto scritto nel 1915 da Ryunosuke Akutagawa, intitolato *Yabu no naka* (nel bosco). Racconta dell'egoismo e dell'ipocrisia umana e si pone come una parabola sul relativismo e sulle varie sfaccettature della verità.

farlo, mentre la stragrande maggioranza degli altri tornerà al telegiornale delle 20 per capire chi sono i nemici e gli amici, a chi conviene di più associarsi e a chi no.

Ora, sia ben chiaro, e a scanso di equivoci, che non voglio con questo dire che in situazioni di emergenza si debba garantire l'irresponsabilità degli atti e delle decisioni e neppure voglio negare che gli errori ci possono essere stati. Più semplicemente sono molto più stimolato dall'opportunità di portare l'attenzione su alcuni aspetti che un approccio colpevolizzante può determinare, a partire dalla considerazione che la ricerca di un colpevole rischia di diventare la rassicurante individuazione di un capro espiatorio che deresponsabilizza tutti ma, allo stesso tempo, inibisce l'approfondimento dei fenomeni sui quali la pandemia ha impattato, rispetto ai quali la responsabilità è ben più diffusa e generalizzata, generando così l'emergenza che stiamo vivendo e che potremmo vivere anche in futuro.

In quelle prime settimane spesso si è anche sentito paragonare la pandemia ad una **guerra**. I morti, il coprifuoco, i militari per le strade, i camion pieni di bare, la lontananza dagli affetti erano tutte immagini che si sono prestate a rinforzare l'immagine bellica, ma l'idea di evocare la guerra implica immediatamente la necessità di un nemico che, in questo caso, non è solo un virus, ma anche questo o quel decisore rispetto a questa o quella decisione, questa o quella valutazione adottata in una condizione di emergenza e con dati scarsi, questo o quel paese che diventa nemico o alleato in ragione della strategia che propone o degli ostacoli che pone. Così come non credo che alla fine nulla sarà più come prima, parimenti non credo che quello che stiamo affrontando possa essere paragonato neppure lontanamente ad una guerra.

C'è stata un'epoca storica dove le guerre vere e le rivoluzioni cruente obbligavano al cambiamento vero nelle *élite*, nelle organizzazioni, nel pensiero. Oggi non c'è la guerra ma solo gli effetti della nostra stupidità, ignoranza, disumanità. Tra sei mesi le priorità torneranno quelle di sempre e la necessità della "certezza della pena" continuerà a trionfare.

Ma allora, se non è una guerra, che senso dare al rischio, alle paure, a tutto quanto stiamo vivendo? A mio modo di vedere, dentro come fuori dal carcere, quello a cui stiamo assistendo altro non è che toccar con mano, grazie ad un virus, quanto fragile sia la nostra democrazia, le nostre istituzioni, la nostra società, le nostre fruste ideologie, noi stessi.

Per decenni le istituzioni non hanno coltivato la meritocrazia, sono diventate ingombranti per creare e gestire il consenso, la politica ha smesso di diventare guida ed è diventata inseguitrice di consenso, le idealità non sono state coltivate adeguatamente diventando vuoti *slogan* da convegni di quart'ordine. Si sono persi per strada senso istituzionale, equilibrio, linguaggio adeguato, schemi di riferimento teorici, metodologici, politici, dove le opzioni fondamentali non sono più considerate o di destra o di sinistra ma come date in natura. È questo ciò che ci sta attaccando oggi, non solo un virus di cui non si sanno neppure le dimensioni reali.

Nel frattempo il carcere, come gli ospizi, sono luoghi ove la strategia esterna del distanziamento non potrà essere mai applicata perché la nostra modernità democratica, via via, li ha già distanziati dalla società stessa e li affolla di scarti sociali frutto dell'incapacità di prendersi cura veramente dei problemi essenziali. Contenitori di disagio

affrontato con l'allontanamento oggi saliti all'onore delle cronache per gli effetti che il virus ha avuto nelle R.S.A. e che potenzialmente poteva generare anche negli istituti di pena.

Allora vale la pena riflettere sul fatto che quello che abbiamo definito impreparazione ed irresponsabilità, probabilmente, è l'onda lunga del nostro modo di vivere collettivo e che, quindi, la responsabilità non può essere addossata solamente al decisore ultimo di questo o quell'aspetto emergenziale, quanto alla nostra capacità collettiva di orientare l'azione, dapprima culturalmente e successivamente politicamente, tra gli interessi in campo.

Detto questo torniamo al fatto che non possiamo correre il rischio di farci distrarre dal desiderio di chiudere la partita con la ricerca mediatica e giudiziaria di responsabilità individuali. Una volta trovate, con molta probabilità, questo ci placerebbe, ci rassicurerebbe al punto da far venir meno quello che, viceversa, è indispensabile, ovvero il percorrere con occhi curiosi un approccio diverso che prenda in considerazione i legami, le relazioni le emozioni che tutti noi abbiamo vissuto e posto in essere sino a determinare le decisioni adottate.

Non possiamo, non dobbiamo, per l'ennesima volta, cercare di ridurre la nostra inquietudine di fronte al patibolo di qualcun altro. Perderemmo un'occasione fondamentale per apprendere e per dare un senso alle morti e alle sofferenze patite. Tra queste non solo quelle di coloro che oggi soffrono per un lutto o di quelli che hanno temuto di morire o anche solo di quelli che hanno patito il virus nelle sue forme lievi ma anche di quelli che, per mestiere, si sono trovati di fronte alla linea dell'azione a curare, decidere, programmare, intervenire, assumendosi, più o meno consapevolmente, responsabilità dalle conseguenze incerte.

Bene, partiamo da questo e veniamo quindi al carcere e ai fotogrammi dell'emergenza, almeno quelli che porto negli occhi.

Credo che ognuno di noi si ricordi il momento preciso in cui ha percepito, umanamente e professionalmente, che l'esistenza del virus fosse un evento che ci interessava direttamente e non la notizia di una delle tante sciagure che imperversano in qualche parte, più o meno vasta, del pianeta, ma ad una distanza tale da non impensierire in nostro ordinato, anche se insoddisfacente e frustrante, procedere.

Per quanto mi riguarda questo momento è coinciso con una pausa pranzo che spezzava una giornata di formazione che conducevo a Bologna il 21 febbraio. Subito dopo aver ordinato, una telefonata interrompeva una serena chiacchierata tra commensali. La mia vicina di tavolo, un bravo medico che da sempre lavora nel carcere di Piacenza, iniziò ad interloquire con fare sempre più preoccupato sino a concludere la telefonata. Di fronte al mio sguardo interrogante mi comunicava che uno dei medici del carcere di Piacenza era stato isolato in quanto venuto a contatto, nel suo ambulatorio esterno, con un cittadino risultato infetto. Lì ho capito che stava iniziando un'esperienza nuova che, da quello che si vedeva in Cina per il tramite della televisione, poteva avere dei risvolti sconosciuti ma sicuramente gravi.

I miei ricordi mi portarono indietro di qualche anno, quando dovemmo affrontare un'altra epidemia influenzale, quella da H1N1. Mi tornarono alla mente le paure vissute in

ragione del timore di un contagio che pareva inarrestabile e il gran lavoro fatto per fare fronte all'emergenza. L'infezione, in quel caso, si indebolì molto velocemente e tutto fu superato senza particolari danni. Nel ricordare quelle settimane mi trafisse un pensiero.

In quell'occasione non avevo pensato di fermare su carta i ragionamenti e i passaggi concreti del nostro lavoro, i rischi corsi e i risultati ottenuti. In altre parole mi sentii colpevole di non aver tratto nulla quell'esperienza. All'epoca ci eravamo accontentati del fatto che quel virus avesse deciso di rallentare la sua marcia sino a fermarsi, lasciandoci indenni.

Questa volta non sarebbe stato così. Nel viaggio di ritorno verso Milano decisi che questa volta avrei tenuto un diario di questa nuova epidemia per poter riflettere e per lasciare traccia con lo stesso spirito di *Bernard Rieux*, il medico protagonista della *Peste* di Camus, ovvero di un cronista che non avrebbe nessun titolo per farlo se non il fatto che il caso e il ruolo lo hanno portato a raccogliere testimonianze, punti di vista, fatti concreti, sfumate emozioni e se la forza delle cose non lo avesse immischiato nei fatti che racconta e che si propone di attingersi quando si renderà opportuno².

Il secondo fotogramma inquadra i volti di tutti i direttori e i comandanti degli istituti di pena lombardi convocati a tambur battente nel tardo pomeriggio di sabato 22 febbraio presso il Provveditorato di Milano per fare il punto sulle prime azioni da intraprendere. Ma più che i visi fu il distratto chiacchiericcio che mi impose un brusco richiamo e la precisazione che, a mio modo di vedere, era necessario prendere atto che quello di cui si stava discutendo era il prologo di una faccenda che aveva ottime probabilità di finire davvero male. Nessuno di loro ricordava l'H1N1 e, di colpo, fu il silenzio e in quei volti iniziò un viraggio verso lo sgomento. Alcuni di loro, a mesi di distanza, hanno dato atto che quello fu un momento decisivo per iniziare ad affrontare con maggiore consapevolezza l'emergenza.

Fu per molti, ma ancora non per tutti, il momento dell'assunzione di responsabilità di un evento grave e sconosciuto.

Il terzo fotogramma ha a che fare con il momento in cui in ufficio le persone hanno preso seriamente in considerazione la necessità di indossare una mascherina che è coinciso con la notizia che alcuni di noi erano in ospedale avendo sviluppato una polmonite da COVID-19.

Fino a quel momento lo si faceva in modo imbarazzato ed indolente in ragione della sua innaturalità.

Ho riportato questa carrellata di immagini e sensazioni per far comprendere che prima di parlare di responsabilità occorrerebbe riflettere, ad esempio, sui tempi e sulle modalità di reazione ad eventi di questa natura. Di fronte all'ignoto nessuno è pronto. La quotidianità ci abitua a risposte standardizzate e misurate in modo da mantenere un equilibrio tra i vari interessi che legano i rapporti e la vita di ognuno di noi. In un dato momento, viceversa, ti devi confrontare con un evento di cui intuisce progressivamente la

² A. Camus, *La peste*, Bompiani, 2005, pp. 7-8.

gravità e il tuo cervello fa fatica a portare fino alle estreme conseguenze le reazioni che dovresti adottare. Non perché sei un dissennato, ma perché il tuo cervello è imbrigliato tra il tuo ordinario modo di essere e l'onere di dover adottare misure che appaiono draconiane e inaccettabili ai più.

Per dirla in termini psicologici, le nostre forze cerebrali, emotive ed organizzative si trovano a muoversi nelle tre zone descritte nella ormai classica figura che segue.

L'affacciarsi del COVID-19 ci ha proiettati repentinamente da uno stato di routinario **comfort** ad uno di **panico** emergenziale e prima di rientrare in uno scenario di **apprendimento** funzionale ad affrontare adeguatamente l'emergenza sono intervenute varie variabili tutte legate alla percezione individuale, alla propria capacità di reggere emotivamente, al rapporto con la propria e le altrui organizzazioni.

Tutto questo implica del tempo che non è congelato, esso procede e con lui procede l'infezione con tutto quello ad essa connessa.



Figura 1 – fonte: www.researchgate.net

La vischiosità che si crea, in ragione delle spinte e delle contropinte che si generano lungo il *continuum* che va dal *comfort* al panico, e che prende le forme di una spola tra il desiderio tranquillizzante di non turbare oltre un certo limite la rassicurante quotidianità e la paura di dover affrontare un fenomeno ignoto, di cui si percepiscono sempre più i tratti della gravità e dell'emergenza, porta via del tempo e può far prendere decisioni frammentarie, parziali, contraddittorie ed errate, in assenza di un pregresso modello di analisi ed intervento e in un contesto ove l'informazione ridonda notizie di varia natura ed orientamento.

Quando gli stessi esperti sanitari non sono così concordi rispetto a cosa ci si deve aspettare ed è più opportuno fare, non ci si può aspettare che insicurezza ed incertezza.

L'unica cosa certa è che ci vuole del tempo per stabilizzare questo pendolo dell'insicurezza e per collocarsi nella zona mediana dell'apprendimento, che è l'unica via per affrontare adeguatamente un fenomeno di questa portata. La ricerca affannosa di una qualche forma di responsabilità non tiene conto, anzi ostacola il processo di apprendimento utile per costruire un reale programma di prevenzione e di acquisire la *forma mentis* più adatta per fare fronte alle insidie che una pandemia virale può generare nella sua evoluzione.

L'argomento è noto ed è stato sviluppato, tra gli altri, da Catino, che ha sottolineato la necessità di passare da un approccio proprio della *blame culture* finalizzato a registrare le inadempienze ad un approccio funzionale teso alla ricerca delle criticità di funzionamento più che alle responsabilità del *trigger*, ovvero dell'ultimo elemento umano o fattore procedurale od organizzativo che gioca il ruolo di elemento scatenante rispetto ad un processo che ha visto, mano a mano, venir meno tutta una serie di barriere di protezione³.

Peraltro la cultura della colpa e il conseguente modo di analizzare gli incidenti rendono difficile lo stesso accertamento degli errori perché comportano negli incolpati la tendenza a celare l'errore stesso.

La comminazione di sanzioni individuali nei confronti dei responsabili individuati non riduce le condizioni di rischio, perché non riduce, né tantomeno elimina, le criticità organizzative che rimangono offuscate dalla ricerca delle responsabilità individuali⁴.

L'approccio auspicato da Catino sarebbe quindi l'unico in grado di fornire indicazioni correttive utili per una *institutional design* migliorativa. Non è un caso che dopo qualche settimana si è compreso che non era affatto sufficiente emanare direttive dettagliate, anche se frutto di contributi di esperti. L'episodio che più di tutti ci ha convinto di questo è stato in occasione del trasferimento di quattordici detenuti COVID positivi da Lecco al "covidario" di Milano. Una traduzione effettuata con la diretta partecipazione di un gruppo di medici, tra i quali gli esperti di *Medici senza Frontiere*, svoltasi e terminata

³ M. Catino, (a cura di), *Da Chernobyl a Linate: incidenti tecnologici o errori organizzativi?*, Paravia Bruno Mondadori, Milano, 2006, pp. 181-182. Dello stesso autore, v. anche [Errori e disastri nei sistemi complessi](#), in questa rivista, 5 febbraio 2020.

⁴ M. Catino, *Da Chernobyl a Linate*, cit., p. 209.

senza rischi particolari e la massima attenzione da parte di tutto il personale coinvolto, salvo che...

Appena i detenuti sono scesi dal pullman a Milano e condotti attraverso un percorso a loro dedicato in modo da evitare, anche solo per caso, di incrociare altre persone, nel cortile di accesso, ove rimaneva parcheggiato il pullman, un ispettore vi faceva salire un detenuto lavorante per fare una prima sanificazione, terminata la quale lo stesso veniva fatto rientrare nella propria sezione di appartenenza. Premesso che da questo non sono discese conseguenze, è stato palese a tutti che una leggerezza di questo genere poteva concretizzarsi in un contagio non solo del lavorante ma, a cascata, anche dei suoi compagni di cella e in prospettiva di altri detenuti assegnati nella sua sezione.

È un episodio che ha fatto comprendere l'indispensabile necessità di superare la ricerca della colpa per procedere, viceversa, ad un'azione formativa diffusa e continua, coinvolgendo i sanitari e gli esperti dei *Medici senza Frontiere* per evidenziare quei margini di inconsapevole impreparazione che possono risultare fatali.

Nonostante questo, all'esterno, la cultura della colpa e la sua ricerca la fa da padrona e posso assicurarvi di aver visto, in questi mesi, colleghi che, di fronte all'incertezza prolungata del momento e al montare della richiesta di fare luce sulle eventuali responsabilità, sono giunti al punto di verbalizzare il loro terrore di fare un errore e perdere il lavoro con il risultato di perdere la lucidità e bloccare pericolosamente tutto.

Tutto questo in un frangente che, viceversa, richiederebbe capacità di adattamento, innovazione e flessibilità e non solo perché in questo modo si possono modificare le prassi ordinarie in ragione delle cautele ritenute più necessarie, ma anche perché in questi mesi ci è capitato di vedere le strutture perdere contemporaneamente interi gruppi di operatori perché infettatisi o perché venuti in contatto con persone positive interrompendo così linee di comando e sistemi decisionali.

In Lombardia ci sono state giornate in cui le assenze hanno quasi superato le 450 unità su un totale di 4.096 effettivamente operanti⁵.

In queste condizioni di liquefazione emotiva ed organizzativa gli eventuali errori di valutazione o anche solo la crescita dei contagi possono considerarsi, fino in fondo, responsabilità sanzionabili? Dipende, ovviamente, ma certamente mediaticamente non si va tanto per il sottile e si supera qualunque umana e ragionevole considerazione per **sbattere il mostro in prima pagina**, sia esso una persona o una organizzazione, addirittura predicando scenari del tutto ipotetici e frutto di narrazioni più che di proiezioni fondate, poi si vedrà. Altro giro altra notizia. D'altra parte il carcere ha tutte le mostruose caratteristiche necessarie per attirare le attenzioni di chi voglia creare sensazione senza tener conto, ad esempio, che predire la deflagrazione inevitabile di una epidemia mortale accostandola agli inflazionati temi dell'inefficienza e dell'ottusità penitenziaria diventa di per sé un pericolosissimo vettore di panico in tutti coloro che dentro quelle mura vivono e lavorano⁶.

⁵ Fonte, Ufficio del Personale – Provveditorato Regionale dell'Amministrazione Penitenziaria per la Lombardia.

⁶ Tra gli altri si segnala l'articolo di S. Mesa Paniagua, [Coronavirus, occhi puntati sulle carceri. L'urlo di detenuti e agenti a San Vittore: futuri focolai](#), su *Milanotoday*, 16 aprile 2020 e l'intervento di A. Di Giacomo titolato

Possiamo definire questo un comportamento irresponsabile oppure lo inseriamo d'ufficio nel diritto di cronaca? Senza contare che quando si rende necessario spostare l'attenzione da qualche altro problema spinoso il carcere diventa utile elemento di distrazione di massa.

Tornando a noi e alla necessità di affrontare i problemi che via via si scoprivano affrontandoli. In quei momenti sono venute in mente burocratiche circolari relative ai piani di emergenza da adottarsi in caso di emergenze così generiche ed astratte da diventare, immediatamente, il solito vuoto adempimento. Nessuno dei piani di emergenza stilati negli anni precedenti prevedeva qualcosa in caso di pandemia, anzi non prevedeva neppure una possibile pandemia e, comunque, anche rispetto agli incidenti ordinari, nessuno vi fa immediatamente ricorso e affronta le questioni secondo la propria pregressa esperienza, le prassi più comuni ed il buon senso che, ovviamente, sappiamo essere una qualità dotata di alti profili di soggettività.

Affrontare le emergenze in questo modo ricorda molto la differenza tra la scienza e l'alchimia e gli effetti della seconda sono ben noti per non intravedersi una responsabilità di fondo, così in fondo da non essere neppure più percettibile. A chi infatti dare la colpa di tale impreparazione? Perché non siamo stati preparati a gestire le nostre emozioni sotto stress? Perché non siamo stati spinti a leggere quello che la storia ha consegnato alla memoria? È impressionante oggi scoprire che nel 1918, negli Stati Uniti, il carcere di San Quintino affrontò l'**influenza "spagnola"** e qualcuno elaborò e trascrisse alcune conoscenze che sarebbero state utilissime già nei primi giorni dell'epidemia da COVID-19⁷.

Esiste una responsabilità per la nostra ignoranza che determina smarrimento di fronte a ciò che consideriamo ignoto ma che, in realtà e a ben vedere, ignoto non è? A ben vedere tale ignoranza contribuisce a generare smarrimento ed indecisione e, nel frattempo, il virus approfitta delle nostre debolezze per correre, moltiplicarsi, rinforzarsi.

Per continuare la ricerca di fattori giuridicamente irrilevanti ma sostanzialmente importanti posso evidenziare che, almeno in questi tre mesi, i tratti caratteriali e il modo di affrontare la relazione umana e professionale, positivi o negativi che fossero, sono stati fondamentali per creare od ostacolare quel clima necessario per creare comprensione e collaborazione tra istituzioni ed enti diversi.

Forse pochi sanno che l'Organizzazione Mondiale della Sanità ha assunto l'esperienza condotta nel "covidario" di San Vittore come *benchmark* per la realizzazione delle sue linee guida per la prevenzione e controllo dell'infezione da COVID-19 nelle carceri a livello globale⁸. Posso testimoniare che le scelte operate e la gestione di quel reparto, servente anche gli altri istituti, tanto che grazie alla sua operatività si è riusciti a chiudere i

[Coronavirus. Intervento del segretario generale del Sindacato di Polizia Penitenziaria](#), in *Lecco Notizie*, 29 febbraio 2020.

⁷ L.L. Stanley, *Influenza at San Quentin Prison*, Public Health Rep, 1919.

⁸ W.H.O., *Experience of health professionals, police staff and prisoners in Italy informs WHO COVID-19 guidelines for prisons*, News 5/2020.

due focolai accessi a Lecco e a Voghera, sono state un esempio di condivisione, comprensione, aiuto, entusiasmo e rispetto tra le varie componenti.

A contrario non credo che sia un caso se, almeno sino al momento in cui stiamo scrivendo, i focolai che si sono registrati in alcuni istituti si sono accesi in un contesto caratterizzato da quadro relazionale problematico tra enti e persone. Abbiamo visto forme di pensiero narcisistico che hanno sfiorato il delirio di onnipotenza al punto da far ritenere di poter far fronte al dilagare del virus secondo linee di azione autonome, così come abbiamo dovuto fare i conti con convincimenti ideologici refrattari a ragionamenti di estrema praticità.

Tutte queste prese di posizione hanno avuto una qualche forma d'impatto con quanto si stava cercando di porre in essere ma che tipo di responsabilità può essere presa in considerazione in questi casi? Forse quella di chi, da tempo immemore, ha creduto che nella selezione del personale pubblico l'elemento delle attitudini umane fosse e sia influente e, viceversa, fosse e sia bastevole svolgere una buona prova di diritto per poter governare sistemi complessi come quelli penitenziari interconnessi con sistemi altrettanto complessi come quelli sanitari e giudiziari.

Abbiamo già detto della tendenza a paragonare la pandemia ad una guerra. In realtà nulla di nuovo, se ci pensiamo bene, spesso nelle narrazioni sociali e politiche questa è una metafora che va per la maggiore. È efficace, divide i buoni dai cattivi, permette di individuare le vittime separandole dai carnefici, incute sufficiente terrore e richiama la necessità di interventi emergenziali, prevede il conflitto e quindi dei vinti e dei vincitori. Il carcere, anzi ciò che si narra del carcere, non sfugge a questo vezzo.

Utilizzare la categoria della guerra anche in ambito penale e penitenziario non sfugge alla trappola della creazione di un nemico. Non possiamo dimenticare che nelle fasi iniziali dell'epidemia, in particolare, subito dopo le prime disposizioni che bloccavano i colloqui visivi con i familiari, il sistema penitenziario è stato pesantemente scosso da gravi rivolte con vittime umane e ingenti danni. Rimane tutto da chiarire il senso di trenta episodi di rivolta di una cruenta d'altri tempi che si sono accese e si sono spente in due giorni con precisione e con obiettivi comuni e poi il nulla. Subito soccorsero le ipotesi legate alle misure restrittive impartite in ragione della pandemia o alla pressione del sovraffollamento. A distanza di tre mesi mi paiono ipotesi deboli. Due giorni di furia e poi il silenzio. Eppure le restrizioni durano ormai da settimane e le sofferenze si sono cumulate, sicuramente non sono diminuite.

Certo è che già durante le rivolte e nelle settimane successive, fuori più che dentro, si è insistentemente chiesto un indulto. Non spetta a me commentare il tempismo o la ragionevolezza della richiesta se non evidenziare che per ridurre i rischi in carcere di una infezione di questa natura non basta solo la scarcerazione di mille, cinquemila o anche diecimila persone. Mi interessa piuttosto sottolineare che appena questo è stato paventato il Ministro della Giustizia si è trovato incastrato da destra come a sinistra. Per mesi, sin dal suo incarico, egli ha fatto della "certezza della pena" la sua bandiera. Ora la destra lo ha messo alla prova ponendo il veto ad ogni possibile forma di scarcerazione cercando, in tal modo, di sfidarlo ad una contraddizione che lo avrebbe visto soccombere politicamente. Allo stesso modo la sinistra che, intuendone le mosse, lo ha invece spinto

ad assumere una responsabilità enorme relativamente alla salute di migliaia di persone chiedendo viceversa misure deflative dell'affollamento.

Nel mezzo ci sta il fatto che in realtà per molti comuni cittadini, probabilmente per la loro maggioranza, quelle non sono persone, sono da sempre nemici e, nelle guerre, i nemici si sacrificano. D'altra parte anche gli strumenti ordinari che l'Ordinamento penitenziario prevede per attivare le misure alternative che potrebbero deflazionare la perenne calca detentiva, in realtà, non sono più attagliate per quelle persone. Essi sono senza fissa dimora, senza identità, stranieri, tossici fastidiosi. Se ad essi, in tempo di pace, non vengono accordate detenzioni domiciliari o semilibertà o affidamenti in prova non è perché, o non è solo perché, i magistrati usano essere rigidi ma perché quelle norme implicano una affidabilità che quei nemici di sempre non hanno. E perché oggi dovrebbero averla acquisita? La guerra ha i suoi costi.

Apparentemente in modo paradossale, tuttavia, i numeri dei detenuti sono scesi. Certo, soprattutto perché ne sono entrati di meno. Fuori c'è stato, purtroppo, altro da fare. Occorreva controllare, distanziare, trasportare bare in giro per l'Italia, aiutare gli ospedali e le farmacie a ricevere ossigeno, plasma, materiali. Fuori erano cambiate le priorità.

Rimane il fatto che la morsa della politica ha, di fatto, contenuto le misure per ridurre le presenze pensate per consentire un distanziamento sufficiente a far fronte al rischio di accendere vasti focolai d'infezione. E nel mentre tutto questo avveniva il virus faceva ingresso in carcere, con celle raramente singole, più spesso almeno doppie se non triple, sino a celloni con dieci persone tutte insieme. Indubbiamente le strategie di distanziamento e di isolamento si sono infrante di fronte a tali alveari umani. L'asintomaticità della patologia ha giocato contro e questo ha rappresentato il *leitmotiv* di appelli, sollecitazioni, proteste di varia natura contro il sistema penitenziario. In altri Paesi si sono adottate decise azioni di sfollamento come nell'Iran dell'Ayatollah Ali Khamenei ove sono temporaneamente scarcerate 70.000 persone⁹ mentre in Europa le misure adottate non si sono così differenziate focalizzandosi, almeno nelle prime fasi, sul **cinturamento** del perimetro penitenziario, bloccando gli ingressi dei visitatori, limitando o vietando trasferimenti di detenuti da un istituto all'altro, scarcerando aliquote limitate di detenuti o in prossimità del fine pena o già in misura alternativa o, in alcuni casi, posticipando l'ingresso di persone prossime all'esecuzione della pena in carcere¹⁰.

Sta di fatto che in Italia i detenuti sono passati, nel periodo intercorrente tra il 29 febbraio al 30 maggio¹¹, da 61.230 a 53.904, rispetto ad una capienza regolamentare fissata in 50.472 posti, mentre in Lombardia le presenze sono passate da 8.720 a 7.277, ancora pochi per garantire il distanziamento sociale nelle celle, considerato che la capienza regolamentare degli istituti lombardi è fissata in 6.199 posti su un totale di 4.322 celle, *conditio sine qua non* per limitare al massimo la promiscuità ed il rischio di contagio di fatto, quindi, accettandolo. Di chi è la responsabilità? Del Governo, del Parlamento, del Ministro della Giustizia, dei magistrati, dei direttori degli istituti o piuttosto della secolare

⁹ G.L. Gatta, *Carcere e coronavirus: che fare?*, in *Sistema penale*, 12 marzo 2020.

¹⁰ Regione Toscana - Agenzia Regionale Sanità, *Emergenza coronavirus nelle carceri: a confronto le misure straordinarie adottate dai paesi europei: i provvedimenti per salvaguardare la salute dei detenuti europei*, in www.ars.toscana.it, 4 aprile 2020.

¹¹ Dati ufficiali pubblicati su www.giustizia.it.

incapacità di risolvere la perenne **questione carceraria** che, tradotta in altri termini, significa una diffusa delega al carcere della gestione delle classi pericolose e fastidiose in assenza di politiche sociali ed economiche adeguate?

Una delega, tuttavia, tenuta strettamente sotto controllo se solo vogliamo considerare che a Milano, nel pieno della pandemia, la strategia faticosamente posta in essere, frutto di valutazioni sui dati e sulle dinamiche penitenziarie, sulle idee, intuizioni ed incontri importanti, quali gli esperti di epidemie di *Medici senza Frontiere*, gli infettivologi milanesi di San Vittore e della Regione Lombardia, è stata oggetto di letture profondamente mediate dalle ideologie dei lettori del momento che hanno surclassato il suo processo logico.

È significativo che Antigone¹² classifichi l'intervento posto in essere negli istituti lombardi come un vero e proprio **modello Lombardia** contrapponendolo a quello piemontese e riconoscendo che il primo avrebbe dato, almeno sino ad ora, risultati migliori. La questione è che se il primo si è fondato sulla **gestione interna** dell'infezione, almeno sino alla necessità di un ricovero esterno a causa di possibili complicanze respiratorie e polmonari, il secondo, definito il **modello Piemonte**, ha un approccio diametralmente opposto che si configura come una **gestione esterna** e si fonda sul presupposto che tutti i soggetti positivi al virus vengano segnalati all'autorità giudiziaria come incompatibili con il regime detentivo, in quanto a rischio di imprevedibili crisi respiratorie non trattabili in carcere. A prescindere dalle loro effettive condizioni di salute, anche se asintomatici o paucisintomatici, si chiede una collocazione fuori dall'istituto.

È evidente che le opzioni si collocano su presupposti ed effetti opposti, pur essendo entrambi legittimati dal fatto che il Dipartimento dell'Amministrazione Penitenziaria, nelle sue direttive, non ha potuto scegliere centralmente una linea strategica univoca se non rispetto alla necessità di garantire la quarantena nei confronti degli arrestati condotti in carcere. Per il resto, ovvero rispetto all'approccio da tenere nei confronti delle persone sintomatiche e positive al virus, per effetto della regionalizzazione della Sanità penitenziaria e della sua ulteriore parcellizzazione locale ed aziendalistica, le direttive centrali hanno dovuto tenere aperte tutte le strade non potendo comprimere l'autonomia di ogni presidio sanitario. Il risultato è che ognuno è andato per la propria strada badando bene di andare di conserva con le indicazioni sanitarie anche in modo da tutelarsi a posteriori rispetto ad eventuali rivendicazioni rispetto ai contagi.

Rimane il fatto che la pandemia ha ulteriormente esacerbato ciò che Miravalle, nel suo contributo, ha definito il «nodo problematico» di tutta l'emergenza coronavirus in carcere¹³, ovvero i rapporti con la sanità penitenziaria affidata alle Regioni e alle aziende sanitarie locali. Anche per l'Autore citato quello tra amministrazione penitenziaria e sanitaria è un rapporto burrascoso e la pandemia lo ha evidenziato facendo deflagrare i problemi. Anche di questo siamo certi che non si possano trovare a ritroso responsabilità?

In questo scenario decidere di gestire i sospetti contagiati e i positivi senza complicazioni, all'interno piuttosto che all'esterno, ha stimolato i più sopra citati lettori

¹² M. Miravalle, *Le iniziative dell'amministrazione penitenziaria*, in *Antigone, Il carcere al tempo del coronavirus – XVI Rapporto di Antigone sulle condizioni di detenzione*, 2020, p. 110.

¹³ *Ibidem*.

ideologici. Quello che si è potuto notare è che l'attenzione di alcuni, più che rispetto ai percorsi ideativi e ai processi logici utilizzati per proporre un modello d'intervento e sulle conseguenze che questi potevano avere rispetto alla cura delle persone, si è piuttosto posata su quanto questo poteva, anche involontariamente, danneggiare i propri interessi partigiani. Sin qui poco male se non fosse che essere destinatario di tale attenzioni non può lasciare tranquilli ed indifferenti nel senso che, nel caso in cui la scelta operata, a posteriori, si rivelasse nei fatti perdente rispetto allo svilupparsi dei focolai, tutti avrebbero buon gioco ad affermare «**noi lo avevamo detto**». Qualcuno riesce ad immaginare questo cosa significa quando si devono adottare decisioni con dati incerti a disposizioni e con rischi notevoli di errori? Come si può biasimare colui il quale decide di non agire e di farsi portare dalla corrente maggioritaria del momento, proprio in un momento che, viceversa, dovrebbe comportare la massima vitalità e propensione a prendere iniziative innovative?

Chi riesce a quantificare gli effetti negativi di tali interferenze e soprattutto chi riesce a definire la loro responsabilità nelle indecisioni che questo può comportare? Inutile dire che rimango pessimista sul punto.

La ricerca del responsabile ultimo, unico e formale, rimane la via più comoda ed è testimoniato dalle indagini penali e dagli approfondimenti giornalistici spesso intrisi di sensazionalismo e scandalismo. Le vittime sono esaltate nel tentativo di creare il solito fronte dei vincitori, di quelli che, *dopo*, possono dire cosa si sarebbe dovuto fare e che si stupiscono, scandalizzati e veementi, del fatto che di fronte al crescere dell'epidemia non siano state adottate le ovvie misure che il buon senso, prima della scienza, avrebbero consigliato.

L'ovvietà, ovviamente, è quella a posteriori, in un Paese dove l'ovvio non ha quasi mai fatto il paio con principi e pratiche di seria previsione e programmazione ma troppo spesso con concetti e comportamenti di opportunismo, partigianeria, campanilismo, interesse, approssimazione.

Come non condannare chi non metteva a disposizione le mascherine chirurgiche agli operatori e ai detenuti, ma allora come non condannare chi, a monte, ha preferito, apparentemente non a torto, seguire le leggi del mercato e del buon andamento della spesa pubblica e fornirsi da sempre in Cina che offriva i prezzi migliori, salvo poi capire che un virus può bloccare fabbriche, dogane, porti ed aeroporti e quindi anche gli strumenti che ci possono aiutare ad affrontarlo?

A furia di porsi tutte queste domande ci sorge un dubbio che vi voglio estendere. Forse che il vero virus, quello che determinato tante morti, angosce e sofferenze, non sia quello conosciuto come SARS – COVID19, bensì l'insieme di tutti e dei nostri modi di vivere e pensare?

In tal caso, se è vero che alla fine delle guerre la storia la scrivono i vincitori, facciamo che questa volta, almeno per questa volta, la storia la scrivano le esperienze di tutti perché se non impariamo da questa dobbiamo riflettere che quel 19 alla fine di quella sigla sta a significare che certamente, in un futuro più o meno prossimo, ci sarà un 20, un 21, un 22 e lì non potremo cavarcela evocando **cigni neri** o responsabilità penali, civili e morali **solamente** di qualcun altro.

Riflessione

— Presunti Colpevoli

Dalle statistiche alla cartella clinica: indagine sugli errori in sanità

Alleged offenders

From statistics to medical records: investigation of errors in healthcare

di Tatiana Pipan

Estratto dell'introduzione del volume di Tatiana Pipan, [Presunti Colpevoli. Dalle statistiche alla cartella clinica: indagine sugli errori in sanità](#). Edizioni Guerini e Associati, 2014, pp. 8 ss..

[...] In ambito sanitario [...] abbiamo individuato gli oggetti che ci hanno permesso di parlare di rischio non da una prospettiva sociologica legata a dinamiche economiche, politiche e storico-sociali messa in luce da autori quali Beck (1986), Luhmann (1991) e Giddens (1990; 1999). La prospettiva scelta permette di problematizzare la medicina quale pratica tecnoscientifica mediante lo studio delle attività quotidiane che la costruiscono come «azione dotata di senso» (Bruni 2008b). In particolare ciò che interessa studiare sono gli incidenti (eventi avversi) intesi come *boundary events* (Star e Greisemer 1989) in quanto producono delle vere e proprie rotture al tessuto di significati, pratiche e visioni del processo di cura che richiede uno sforzo collettivo e coordinato di riflessione e di risposta. L'incidente rappresenta infatti un fallimento visibile dell'attività nella rete delle cure che mette in dubbio la validità della configurazione esistente.

Il lavoro del gruppo di ricerca RiSORsa¹ si fonda sulla prospettiva elaborata da Hilgartner (1992) – un esponente della corrente dell'ANT – il quale afferma che per parlare

¹ Il gruppo RiSORsa (Ricerca Sociale Organizzazione e Rischi in Sanità) – da me coordinato – è un gruppo interdisciplinare che conduce ricerche e formazione nei contesti organizzativi del mondo della sanità e opera

di rischi in generale ci vogliono almeno tre elementi concettuali ossia un oggetto che 'rappresenta' il rischio in quanto possibile fonte di pericolo, un danno putativo e un collegamento che stabilisca una qualche forma di causazione tra oggetto e danno. Abbiamo individuato due oggetti di rischio specifici per la sanità e, in particolare, i numeri sugli eventi avversi – in quanto oggetto di controversie nel *network* della sanità – e la cartella clinica che insieme ad altri artefatti può generare errori nelle pratiche quotidiane dei professionisti.

Questi oggetti se da un lato permettono di annodare la rete delle cure dall'altro possono anche contenere, veicolare e generare essi stessi gli eventi avversi. Così la cartella clinica (medica e infermieristica), la checklist e la scheda di soccorso sono diventati oggetto di studio in specifici contesti organizzativi della sanità nei quali si è osservata l'azione congiunta e locale di saperi, pratiche e tecnologie. Il rischio è innanzitutto incardinato (*embodied*) in oggetti che devono essere individuati, ma è anche un dispositivo discorsivo al quale partecipano numerose organizzazioni e ha un significato politico di responsabilità e di colpa nella gestione dell'esistenza dei cittadini. Accrescere la conoscenza per cercare di annodare i nodi della rete sul rischio clinico è stato l'obiettivo del lavoro di ricerca contenuto in questo libro [...].

La domanda dalla quale si è partiti verteva sui dati del fenomeno degli eventi avversi che i media enfatizzano a seconda del momento storico e spesso anche a seconda del ministro e del governo in carica che si dimostra più o meno sensibile alla questione. Il primo oggetto di ricerca individuato è la questione dei numeri degli eventi avversi in sanità, oggetti non condivisi che circolano in mondi sociali diversi con finalità e obiettivi differenti che producono controversie nella rete della sanità [...].

Sui numeri degli eventi avversi. I numeri sugli errori medici sono costruiti dalle organizzazioni che li pubblicano avendo scelto di rappresentare entità diverse (sinistri, segnalazioni di presunti errori da parte dei cittadini, eventi sentinella), tra di loro non comparabili, che portano i media a quantificare il volume degli errori in modo fallace in nome della **notiziabilità** (Battistelli 2006). A una più attenta analisi invece, basata sull'assunto che l'errore medico è una storia che racchiude in sé punti di vista diversi, si è giunti alla conclusione che tale storia andrebbe indagata nelle sue molteplici connessioni, negli interstizi e nei saperi di confine, per poterla disambiguare e tradurre in numeri e semmai in statistiche.

Ma la rete relativa alla gestione del rischio clinico è una rete intricata (un «gomitolo confuso» recita il titolo del *report* 2014 dell'ANIA), connessa tanto alla gestione assicurativa quanto alla tutela legale dei cittadini, e pertanto coinvolge la giurisprudenza e l'operato della magistratura – attori che producono i propri artefatti testuali che possono diventare anch'essi nuovi oggetti di rischio. La rete è composta da un insieme di entità eterogenee dove aspetti tecnici e sociali sono inestricabilmente connessi (Hilgartner 1992; Law 1987).

all'interno del Dipartimento di Scienze sociali ed economiche (DiSSE) dell'Università Sapienza di Roma (<http://www.diss.uniroma1.it>). In questa occasione si è avvalso della collaborazione della prof. Alessandra Talamo e del dottore di ricerca Barbara Mellini, esperte nello studio e nella progettazione di nuove tecnologie nei contesti organizzativi del Dipartimento di Psicologia dei processi di sviluppo e socializzazione della Sapienza.

Per ridurre gli errori e gli incidenti sono necessari sforzi congiunti nel controllare le reti di oggetti di rischio molteplici e costruire alternative in particolare in relazione al processo di categorizzazione degli eventi avversi.

A partire da queste considerazioni, ci si pone alcune domande quali ad esempio: i dati sugli errori medici sono semplicemente 'raccolti' sul campo o costruiti da molteplici attori? Quali sono gli artefatti per raccogliere, nominare, etichettare e ordinare questi dati? Come vengono standardizzate e stabilizzate le informazioni da parte delle organizzazioni che le costruiscono?

Riflessione

— Frammenti di un discorso sulla giustizia malata

*Fragments of a speech on a sick justice**di Luca Santa Maria*

Credo che ci troviamo nel mezzo di una crisi della giustizia penale che non ha precedenti. Nessuno Stato, o meglio nessuna società umana, può permettersi il lusso di non avere più fiducia nella Giustizia Penale e nei suoi Giudici, pena lo sfaldamento della società stessa. Sta però accadendo proprio questo e proprio sotto i nostri occhi. La cultura del diritto penale pare però non aver compreso la drammaticità della situazione. Troppi di coloro che dovrebbero parlare tacciono. C'è chi spera che la riforma del CSM sia il farmaco che guarirà il male e chi crede che il problema dei problemi sia la prescrizione dei reati.

Io non lo credo. Io temo che i problemi della giustizia penale siano profondi e così gravi che anche farne una buona e coraggiosa diagnosi sia difficile.

Le considerazioni che seguono sono poco più che libere associazioni di idee, frammenti appunto, di un discorso tutto da costruire ancora, e questo stile così poco ortodosso e pieno di limiti – del resto, ognuno di noi pensa e scrive come gli è possibile e non può fare altrimenti – è dovuto al fatto che ho voluto provare a dire la mia su molti, forse troppi temi, e la paura di lasciare nel non detto qualcosa che invece sento l'urgenza di dire, perché potrebbe essere importante, ha prevalso sulle necessità dell'ordine e della chiarezza sistematica degli argomenti e forse anche sulla necessità dell'umiltà e della piena coscienza dei propri limiti (che, però, assicuro il lettore, non manca a chi scrive).

In quel che ho scritto ci sono moltissime opinioni personali di cui ho cercato di dar conto nel modo più chiaro che mi era possibile, e naturalmente so che, in questo modo, mi sono giocato la possibilità che il mio discorso o il mio frammento di discorso possa meritare d'essere considerato "scientifico".

Dubito, però, che i canoni del discorso “scientifico” siano adatti a cogliere la gravità del momento, ma soprattutto temo che la loro osservanza troppo scrupolosa, con la consueta finzione di neutralità che produce buona coscienza, faccia correre il rischio di rendere invisibili e intrattabili i problemi più difficili, che però sono anche gli unici che meritino di essere trattati.

Se debbo indicare, in sintesi, il problema che, per me, li include tutti, non esito a dire che *il problema più grave di tutti è l'ingiustizia del diritto penale* e tutto il resto, o molto del resto, segue da questo fondamentale punto.

Il lettore troverà qualche passo che è già contenuto in un altro scritto¹ ma, oltre al fatto che *repetita iuvant*, ho pensato che le cose già dette possano essere ripetute se servono ad agevolare quella ampiezza e completezza cui il mio discorso immodestamente aspira.

L'unico auspicio è che qualcuno – qui o altrove non conta – provi a prendersi i rischi che il tempo di crisi impone e dica la sua con tutta la spregiudicatezza che è necessaria, anche se così facendo dovesse gettare a mare tutto quel che io ho scritto, giudicandolo insufficiente, errato, pericoloso e soprattutto non nuovo, il che è assolutamente vero.

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 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 705².

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 persone³ – 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).

¹ L. Santa Maria, *Diritto penale: un grande imbroglio? – prima parte*, in questa rivista, 17 giugno 2020.

² Si vedano i dati riportati nella sezione statistica del Ministero della Giustizia.

³ *Ibidem*.

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 *cursus* 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.

Tra il 2014 e il 2019 il numero dei detenuti analfabeti è quasi raddoppiato⁴.

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%⁵, mentre nella popolazione carceraria è poco superiore al 5%⁶.

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

⁴ *Ibidem*.

⁵ Cfr. la sezione relativa all'Italia del *report* dell'Ocse, *Education at a Glance 2019. OECD Indicators*, 2019.

⁶ Si vedano i dati riportati nella sezione statistica del Ministero della Giustizia.

Che rapporto c'è tra colpevolezza e cultura o almeno istruzione?

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.

È così perché deve essere così.

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.

3.

Che cosa hanno fatto queste persone?

Che cos'hanno fatto queste persone, quei 60.000 e più uomini (che oggi sono solo pochi di meno)?

Al 31 dicembre 2019, 21.080 di loro – più del 35% del totale – si trovavano lì per violazione delle leggi sulla droga – e più di 16.000 di loro – vale a dire un quarto dell'intera popolazione carceraria italiana – erano tossicodipendenti⁷.

In questo senso, l'Italia detiene un *record*, almeno in Europa, visto che – come scrive il giornalista Biondani su *L'Espresso* – in Germania la percentuale scende al 12,6, in Francia al 18,6, in Spagna al 19⁸.

16.000 tossicodipendenti.

Il dato potrebbe essere sottostimato.

⁷ Antigone, *Il carcere secondo la Costituzione. XV rapporto sulle condizioni di detenzione, 2019* – sezione "Droghe e dipendenze". Cfr. anche i dati raccolti nella *Relazione annuale al Parlamento sul fenomeno delle tossicodipendenze in Italia anno 2019 (dati 2018)*, i quali indicano che, al 31 dicembre 2018, i detenuti per violazione delle leggi sugli stupefacenti erano 21.007, pari al 35,3% della popolazione carceraria italiana; nella stessa Relazione si legge che 16.669 detenuti, ossia il 27,9% della popolazione carceraria, erano tossicodipendenti e proprio nel 2018 la percentuale ha registrato un incremento rispetto agli anni precedenti.

⁸ P. Biondani, *Molto rumore (quasi) per nulla*, ne *L'Espresso*, 16 febbraio 2020.

Perché stanno in carcere?

Il problema della droga nel diritto penale è un *problema centrale* e dobbiamo occuparcene un po' più a fondo del consueto e così facendo scopriremo che in questo nostro sistema penale fallisce la ragione, prima ancora della morale.

Qui sta (una parte almeno di) un *imbroglio sociale* che il diritto penale asseconda.

4. Il diritto penale della droga è il diritto penale della miseria umana Pesci piccoli nella rete

Lo Stato riesce per lo più solo a catturare piccoli spacciatori socialmente marginali.

Pesci piccoli, insomma.

La stragrande maggioranza di quei 21.080 erano in carcere per detenzione e spaccio, non per associazione a delinquere, mafiosa o meno.

Il diritto penale affolla le carceri, creando la fauna umana che muore nelle carceri, e l'impresa, oltre che disdicevole, è anche stolta, perché le organizzazioni criminali rapidamente rimpiazzano la manovalanza che è finita in carcere con altra giovane carne da macello raccolta nei centri e nelle suburbie e nelle gomorre delle città⁹.

I detenuti in carcere infatti tornano in libertà e, naturalmente, tornano a fare quel che facevano prima di entrare nel carcere e sul mercato del lavoro della droga si creerà una tragica concorrenza di disperati.

L'età media dello spacciatore diminuisce sempre più¹⁰.

Questo diritto penale che incarcera i piccoli spacciatori tossicodipendenti è un diritto penale giusto, cioè conforme ad una morale, e se sì di *quale* morale si tratta?

⁹ Uno studio di Transcrime ha riscontrato che le organizzazioni criminali in Italia guadagnano annualmente tra 1,1, e 1,8 miliardi di euro grazie all'eroina, mentre il mercato della cocaina vale tra 1,3 e 1,9 miliardi di euro (cfr. Transcrime, *Dai mercati illeciti all'economia legale: il portafoglio della criminalità organizzata in Europa*, 2017, pp. 66 e 67).

I dati raccolti da ISTAT indicano che nel 2016 la spesa relativa al consumo di sostanze stupefacenti era pari a 15,3 miliardi di euro (sono stati stimati acquisti pari 4,4 miliardi di *cannabis*, 6,5 miliardi di cocaina, 2,5 miliardi di eroina e 1,9 di altri stupefacenti); cfr. la *Relazione annuale al Parlamento sul fenomeno delle tossicodipendenze*, 2019.

¹⁰ A. Giunti, *Colla, coca, eroina: in Italia l'emergenza droga comincia a 8 anni*, ne *La Repubblica*, 24 settembre 2018.

La perdente “guerra alla droga” che il diritto penale ha dichiarato è il manifesto dell’ipocrisia collettiva: tutti sanno che la guerra alla droga è un fallimento in ogni Paese che l’abbia dichiarata.

Il costo di una politica sociale fallimentare – il consumo di droga cresce e non decresce in regime di proibizionismo – anzi *necessariamente* fallimentare – l’uomo consuma droghe varie dalla notte dei tempi e lo farà presumibilmente per sempre, perché, come scrisse Freud, che consumava cocaina¹¹, il peso dell’esistenza è quasi insopportabile e si fa quel che si può per renderla sopportabile – *grava per intero sulla platea dei disperati sociali che finiscono in carcere*.

È noto da tempo che negli USA il 90% dei detenuti in carcere per droga sono afroamericani¹², ma la maggior parte dei consumatori ha la pelle bianca; da noi la questione non è solo razziale – certo, è *anche* razziale, perché un buon numero di detenuti tossicodipendenti è di pelle non bianca – ma è certo *questione sociale*.

Il tossicodipendente è imputabile o no?

La risposta – difficilissima – deve venire dalla scienza, dalla miglior scienza disponibile, ma il diritto penale, qui come altrove, guarda con ingiustificato sospetto la scienza, e il risultato è *l’incarcerazione di massa di coloro che sono etichettati come tossicodipendenti* senza che nessuno o quasi nessuno si faccia carico del problema di che cosa esattamente significhi per la scienza questa parola.

La risposta che alla domanda dà oggi il diritto penale *non è scientifica, ma politica*, e non si tratta di una politica di cui andar fieri, tant’è che non se ne parla molto: lo scopo sociale dell’eliminazione della droga implica *l’assunzione di una gravosissima responsabilità sociale che tutto è fuorché conforme alla morale*.

Basterebbe forse che un Giudice, un solo Giudice dichiarasse la non imputabilità del tossicodipendente per aprire un vasto dibattito sul diritto penale della droga che aiuterebbe l’intera Società.

I pesci grossi comunque stanno fuori, quasi tutti e quasi sempre.

5.

Il diritto penale della droga è illiberale

Lo studio scientifico della storia della droga nelle società umane rivela che non c’è mai stata società che in misura maggiore o minore non tollerasse l’uso massivo di droghe, per fini di piacere, religiosi, medici o terapeutici.

¹¹ S. Freud, *Sulla cocaina*, Newton Compton Editori, 2011.

¹² J. Austin, J. Irwin, *It's About Time*, Wardsworth, 2001.

Gettare luce su questa storia è altamente istruttivo perché significa gettar luce sui mutevoli assetti del rapporto tra individuo e ordine sociale, e misurare i gradi della effettiva libertà dell'uno rispetto alle istanze ordinatrici e repressive dell'altro.

Il consumo e la vendita di droga non sono *mala in se* ma *mala quia prohibita* e il *quia prohibita* non ha una risposta univoca e tranquillizzante nel mondo.

La Cultura dominante e gli interessi economici immensi, non la necessità della tutela della salute, segnano il complesso e sfaccettato *discrimen* tra droghe legali (tabacco, vino, alcool, ma anche barbiturici e psicofarmaci) e droghe illegali.

La scienza ha rinunciato da tempo a stabilire una linea di confine netta.

Siamo immersi nella società del rischio, perché tutto e nulla è rischioso, e ormai sappiamo, dopo secoli di secolarizzazione e disincanto, che la linea di confine tra rischio accettato e rischio non accettato è una linea dettata o meglio costruita dalla cultura, che per sua natura è mobile.

Alcool e tabacco mietono molte più vittime delle droghe, anche di quelle pesanti¹³.

Il diritto penale sedicente liberale punisce *abitudini e stili di vita solo perché non conformi alla cultura dominante* e soprattutto agli interessi economici che rendono quella cultura, appunto, dominante, mentre tutela o tollera altri stili di vita, molto più pericolosi per la salute, solo perché essi, invece, sono conformi alla cultura dominante e soprattutto agli interessi economici che rendono quella cultura, appunto, dominante.

Viviamo, allora, in uno Stato etico che, come noto, è l'opposto dello Stato liberale, che a sua volta non è l'equivalente di uno Stato democratico?

Uno Stato etico, però, che fa difetto proprio di... etica, perché, sbattendo in carcere il tossicodipendente, di certo non lo aiuta e spesso ne agevola il suicidio, cioè la scomparsa sociale, che alla fine dà sollievo alla coscienza di tutti.

¹³ Cfr. A. Peacock et al., *Global statistics on alcohol, tobacco and illicit drug use: 2017 status report*, in *Addiction*, 113(10), 2018, pp. 1905 ss., secondo cui (v., in particolare, la tabella 5 a p. 1918), nell'anno 2015, i tassi di mortalità attribuibili al fumo di tabacco e da consumo di alcol sono risultati più elevati (rispettivamente 110,7 e 33,0 decessi per 100.000 persone) di quelli dovuti al consumo di sostanze illegali – anfetamine, cannabis, cocaina, estasi, oppioidi, nuove sostanze psicoattive (6,9 decessi per 100.000 persone). A questi, si aggiungono i dati recentemente diffusi dall'OMS, dai quali emerge che circa la metà dei consumatori di tabacco è destinata a morire prematuramente (OMS, *Report on the global tobacco epidemic*, 2019, anche se un'indagine precedente, e meno pessimistica, del Ministero della Salute aveva stimato che, di 1.000 maschi adulti che fumano, uno morirà di morte violenta, 6 di incidente stradale e (solo) 250 saranno uccisi dal tabacco per patologie ad esso correlate (cfr. Ministero del Lavoro, della Salute e delle Politiche Sociali. *I danni derivati dal consumo di sigarette*, 5 febbraio 2009).

6. La guerra alla mafia

Alla fine del 2019, in carcere c'erano 7.481 detenuti per associazione a delinquere di stampo mafioso¹⁴ che significa circa *1 detenuto su 8*, e 2.963 per associazione a delinquere semplice¹⁵, e insieme fanno *1 detenuto su 6*.

Dire mafia è dire anche traffico di droga.

La politica repressiva della droga è nata in America, nella prima parte del XX secolo, alimentata da un vento puritano tipico di quella cultura e poi, come accade per quasi tutto, la medesima politica è arrivata in Europa col medesimo vento.

Il proibizionismo dell'alcool dell'America degli anni '20 ha creato Al Capone.

Finito il proibizionismo in America – nel 1932 – i grandi *boss* che la giustizia penale non aveva saputo catturare cambiarono *business*, e si gettarono sulle altre droghe che divennero progressivamente illegali (oppio e i suoi derivati, morfina ed eroina, cocaina, canapa e i suoi derivati).

In Italia, la Mafia siciliana è divenuta davvero potente quando, a partire dagli anni '70, Palermo si è sostituita a Marsiglia come centro per la raffinazione dell'oppio che arrivava ancora dall'Oriente e per la conseguente produzione di eroina.

Il *business* della droga proibita – l'eroina è un derivato dell'oppio che viene dai fiori di papavero, che è droga conosciuta e pacificamente consumata dalla notte dei tempi in quasi tutte le società umane – produceva profitti immensi, e la Mafia, da buona impresa capitalista, si è impossessata del mercato; con una buona politica di *marketing* ha inventato un mercato che non c'era, ha promosso il consumo di quel che voleva che fosse consumato, ha creato tra i giovani il tipo umano del *junky*, anch'esso importato dall'America, e ha comprato quel di cui aveva necessità per ergersi a Contro-Stato e garantirsi l'impunità.

Lo Stato, con colpevole ritardo, negli anni '80 e '90 – con il maxiprocesso, forse il processo penale più importante della storia d'Italia – ha colpito in modo forse decisivo quella Mafia, ma i suoi uomini migliori, impegnati in quella guerra, dovettero combattere allora anche con lo Stato, che faceva guerra più a loro che alla Mafia, e versarono il loro sangue.

La storia di questo periodo – che è storia del nostro diritto penale – deve ancora essere raccontata.

¹⁴ Si vedano i dati riportati nella sezione statistica del Ministero della Giustizia.

¹⁵ Si vedano i dati disponibili sul sito dell'ISTAT.

7. La Mafia è ancora il Contro-Stato? La Mafia ha vinto o perso?

La Mafia è ancora il Contro-Stato? La Mafia ha vinto o perso?

La materia è oggetto di discussioni più o meno aspre.

In numero assoluto gli omicidi volontari consumati di tipo mafioso, nel 2019, sono stati 9 in tutto¹⁶, contro i 19 del 2018, i quali, a loro volta, sono meno della metà di quelli – comunque non molti – del 2014 (43)¹⁷.

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 totale¹⁸ e il numero è crollato fino ai 233 del periodo 2013-2017¹⁹ (quando sono stati solo il 9,1% del totale), per poi arrivare ai 19 del 2018.

Le statistiche non danno conto di un significativo incremento di altre tipologie delittuose nelle regioni tradizionali in cui la Mafia governava.

Questi sono fatti.

Si può ragionevolmente convenire sul fatto che la Mafia è cambiata, non è più quella di prima, ma non è affatto necessario concludere che la Mafia non esista più. Piuttosto, si può dire solo, forse, ch'essa ormai riesce a far a meno della... mafia, del metodo mafioso.

L'esercizio dell'impresa del traffico della droga e il riciclaggio dei profitti nell'economia sedicente legale richiedono sempre meno l'uso della violenza.

Falcone ha scritto, a ragione, che il Mafioso è razionale²⁰, l'incarnazione di *homo oeconomicus*, che impiega la violenza solo quando è necessaria per raggiungere il suo fine, che è il profitto.

È necessario un ampio e approfondito studio storico sociale per capire evoluzione e involuzione della Mafia negli ultimi trent'anni perché le sentenze dei Giudici non sono né storia né sociologia, se non storia e sociologia del diritto penale.

La guerra alla droga, però, come accennato, non è vinta e non lo sarà mai.

¹⁶ Antigone, *Il carcere al tempo del coronavirus. XVI rapporto sulle condizioni di detenzione* – sezione "Reati", 2020, p. 50).

¹⁷ Si vedano i dati disponibili sul sito dell'ISTAT.

¹⁸ Antigone, *Il carcere secondo la Costituzione*, cit., sezione "Meno omicidi".

¹⁹ ISTAT, *Le vittime di omicidi*, 15 novembre 2018, p. 8.

²⁰ G. Falcone, M. Padovani, *Cose di Cosa Nostra*, Rizzoli, 1991.

8. Il diritto penale della droga deve essere fondato finalmente su basi scientifiche

Il diritto (penale e non penale) della droga deve essere finalmente fondato sulle *reali oggettive evidenze della scienza* e non su pregiudizi culturali, *fiction* e aneddotica.

La *Food and Drug Administration* negli USA ha autorizzato l'uso terapeutico dell'Adderall, farmaco il cui principio attivo è pressoché identico a quello delle metanfetamine²¹.

Io non ne avevo la più pallida idea.

L'ho imparato leggendo le pagine di un libro di uno dei massimi neuroscienziati contemporanei che ha dedicato la vita allo studio scientifico della droga²², e sa di che cosa parla, perché è afroamericano, nato nel ghetto nero di Miami, e ha visto morire nelle carceri dove erano detenuti per droga, i suoi più stretti famigliari ed amici.

Carl Hart racconta la storia di vite devastate di troppi esseri umani detenuti nelle carceri, e tra queste anche quella di suo figlio, che egli non sa come strappare al destino che la Società ha scritto per lui, ma lo stesso – *mutatis mutandis* – vale per noi, qui in Italia, dove migliaia di giovani vite spariscono dietro le sbarre.

Quando Hart, da neuroscienziato – insegna alla Columbia University – espone i risultati delle sue ricerche e racconta l'evidenza di come gli effetti negativi delle droghe, anche quelle pesanti, sono stati sistematicamente sovradimensionati, per alimentare *un vero delirio collettivo di paura*, e, viceversa, sono del tutto trascurati gli effetti benefici di quelle sostanze, che infatti da sempre l'uomo consuma, ci dà, almeno, materia per riflettere.

Ci sono molti intransigenti proibizionisti delle droghe che sono anche buoni consumatori di alcool e tabacco, ma anche di caffè e tè, e ignorano che anch'esse sono droghe, cioè sostanze psicoattive, che condizionano e modificano il funzionamento del cervello.

Alcool e tabacco fanno meno male di oppio, cocaina e canapa indiana?

Davvero qualcuno lo crede?

Su quali basi?

Siamo disposti, però, a provare almeno a cambiare idea?

²¹ Cfr. *FDA Listing of Authorized Generics as of April 1, 2020*.

²² C. Hart, *A caro prezzo. La droga, le verità scientifiche e i pregiudizi sociali*, Neri Pozza, 2018.

Se non accade, se nessuno è disposto a usare la ragione scientifica, deve esserci qualche... ragione, che difficilmente sarà una buona ragione.

9.

La guerra alla droga si può vincere perché forse è inutile combatterla

Il proibizionismo è – come diceva Falcone della Mafia – il prodotto di una cultura sociale creata dall'uomo, ha una storia e un giorno finirà.

Io ho imparato – con viva sorpresa perché non lo avevo mai sentito dire – che, nei primi del XX secolo, la multinazionale Bayer, ancora dominante sul mercato, ha fatto profitti immensi lanciando sul mercato due prodotti: uno era l'aspirina, e l'altro l'eroina²³.

La prima formula della Coca-Cola era a base di coca, e anche oggi sono usate come aromatizzanti foglie di coca²⁴.

Le grandi multinazionali – dopo l'avvento del proibizionismo – hanno cominciato a fare concorrenza... alla Mafia, sintetizzando e immettendo nel mercato moltissime sostanze psicoattive, barbiturici, antidepressivi, ansiolitici, che sono droghe e hanno pesantissimi effetti tossici (tra cui, almeno per alcuni, la dipendenza).

L'ideologia dominante, però, ci fa credere che la droga accettata come farmaco non sia droga.

La morale forse, come sapeva Montaigne, è solo l'insieme dei *mores*, cioè delle abitudini che ci sono familiari, e immorale è solo l'insieme dei *mores* che non ci sono familiari.

È vero.

Però i *mores* cambiano.

Altrove, in Paesi civili a occhio e croce non meno del nostro, la produzione e il commercio di *cannabis*, e non solo di *cannabis*, è depenalizzato o in via di depenalizzazione e gli esperimenti sociali di liberalizzazione regolata di molte droghe si diffondono ovunque.

In Italia, no.

Il vento antiproibizionista spira quasi ovunque ma si sente assai poco in Italia, dove come sempre si parla troppo, spesso si grida, e si discute molto meno.

²³ G.L. Gessa, *Cocaina*, Soveria Mannelli 2008.

²⁴ Cfr. *Coke's Original Recipe Reportedly Found: Was It More, Or Less, Healthy? And Was There Really Cocaine In It?*, in HuffPost, 15 febbraio 2011.

10. Tra lotta alla mafia e antimafia che non sono più necessariamente la stessa cosa

La retorica della mafia e dell'antimafia, però, è ancora una potente narrazione di successo.

Non si riduce l'uso e abuso di metafore ad effetto che sui *media* fanno sempre... effetto: basta dire che le cosche o i *clan* sono in agguato e pronte a rialzarsi per essere attraversati da un brivido di paura.

Talvolta si sfiora la paranoia.

Qualcuno vagheggia che la Mafia e la N'drangheta si accingano a "cannibalizzare" l'industria delle grandi *corporation* farmaceutiche per mettere le mani sul *business* del vaccino contro il Covid-19, e francamente pare troppo.

Se nelle carceri scoppiano rivolte durante l'epidemia di Covid-19 è ovvio, e non richiede prove, che ad organizzarle siano stati i *boss* e i *clan* della mafia, e l'idea che la ragione delle rivolte sia l'umana paura di morire come topi nelle stive delle navi, aggravata dal divieto di colloqui coi familiari e quindi dalla conseguente disperazione della solitudine, non è venuta in mente quasi a nessuno.

Sciascia forse sbagliò quando alla fine degli anni '80 scrisse dei «professionisti dell'antimafia»²⁵ riferendosi implicitamente a Falcone, ma la sorella di Falcone forse non è così lontana dal vero quando, intervistata da *Il Fatto Quotidiano*, tiene a distinguere nettamente tra antimafia e lotta alla mafia²⁶.

I tempi sono cambiati, però, e non solo perché è cambiata la Mafia.

Giovanni Falcone, in *Cose di cosa nostra*, scriveva:

«uno dei miei colleghi romani, nel 1980, va a trovare Frank Coppola e lo provoca: "Signor Coppola che cosa è la mafia?" Il vecchio che non è nato ieri ci pensa su e poi ribatte: "Signor Giudice, tre magistrati vorrebbero oggi diventare Procuratore della Repubblica. Uno è intelligentissimo, il secondo gode dell'appoggio dei partiti, il terzo è un cretino, ma proprio lui otterrà il posto. Questa è la mafia..."»²⁷.

Il vecchio mafioso, e forse nemmeno Falcone, si sarebbe aspettato che oggi nessun magistrato può diventare Procuratore della Repubblica, senza l'appoggio dei partiti, ovvero delle correnti, in cui si è divisa la stessa magistratura, e quindi la definizione di mafia del vecchio mafioso deve essere adeguata ai tempi.

²⁵ Dal titolo dell'articolo pubblicato da Leonardo Sciascia su *Il Corriere della Sera*, 10 Gennaio 1987.

²⁶ G. Pipitone, *Giovanni Falcone, la sorella Maria nell'anniversario di Capaci: "Antimafia e lotta alla mafia oggi sono purtroppo concetti diversi. Mio fratello? Un uomo che ha provato tanto dolore"*, ne *Il Fatto Quotidiano*, 23 maggio 2020.

²⁷ G. Falcone, M. Padovani, *Cose di Cosa Nostra*, cit.

Qualche analogia con la situazione italiana attuale si può trovare facilmente. A quanto pare, senza l'appoggio dei partiti, ovvero delle correnti, in cui si è divisa la stessa magistratura, diventare Procuratore della Repubblica è oggi quasi impossibile.

La mafia è entrata nell'apparato del diritto penale dello Stato e questo è il vero grande problema che deve essere affrontato con un coraggio morale e intellettuale di cui ancora non si vede traccia.

Il primo passo è denunciare l'antimafia, che non è lotta alla mafia.

Il secondo è finalmente aprire uno spazio di discussione pubblica sul proibizionismo penale delle droghe.

Il Giudice che voglia davvero la fine della Mafia dovrebbe essere in prima linea nel volere la fine o l'attenuazione del proibizionismo irrazionale e privo di base scientifica in cui è immerso il diritto penale della droga.

Tra proibizionismo e liberalizzazione ci sono molte possibili vie intermedie, ad esempio una *razionale regolamentazione*, così come accade per alcool e tabacco.

11.

Il Giudice che deve combattere la mafia ha interesse a creare compulsivamente sempre più diritto penale da dedicare all'antimafia

L'art. 416 *bis* c.p. fu un mezzo insostituibile della giusta guerra che fu ma, ormai, nelle mani di alcuni dei tardi epigoni di Falcone e Borsellino (e dei tanti altri eroi di allora), è diventato un congegno linguistico potenzialmente buono per tutti gli usi – formula quasi vuota – ed è fatale che chi può lo usi come vuole.

La linea di confine tra i due delitti associativi – artt. 416 *bis* e 416 c.p. – è sempre meno netta, almeno come sempre meno netta è la linea di confine tra mero concorso ai sensi dell'art. 110 c.p. e associazionismo criminale vario.

La combinazione disposta tra art. 110 e art. 416 *bis* c.p. ha prodotto, *cioè ha creato*, col cosiddetto concorso esterno, altro diritto penale d'incerta qualità e fluida immaterialità, utile *anche* per dilatare *ad infinitum* il potere discrezionale di PM e Giudici in carriera.

Quando Falcone e Borsellino istruirono il grande processo del 1985-1986 la Mafia c'era di sicuro, ma quei grandi Giudici non ebbero alcun bisogno di creare il concorso esterno in associazione mafiosa.

Sono poi nate mafie nuove, silenziose, trasparenti e liquide.

Bisogna stare attenti a evitare che il diritto penale della mafia divenga un alibi e un'arma di distrazione di massa.

Parlare di giustizia sociale, ormai, è fuori moda, e certo è più facile far finta che il ritardo del mezzogiorno d'Italia sia solo colpa della Mafia piuttosto che l'esito infausto di politiche economiche e sociali errate cui non si sa più come por rimedio.

Il diritto penale, però, non può pesare sempre e per sempre su chi già subisce il peso dei massimi svantaggi sociali rispetto a tutti.

12. Le trattative, vere e meno vere, tra Stato e Mafia

Poiché la materia prima da trattare col diritto penale della Mafia che fu è sempre meno, è anche fatale che le indagini dei PM – il cui *status* sociale e professionale è collegato all'antimafia – cominciassero a scavare nei misteri della storia d'Italia.

Hanno trovato la cosiddetta "Trattativa Stato Mafia"²⁸.

Che quella trattativa davvero vi fu è e resterà sempre materia controversa e controvertibile.

Parlare di quell'oscuro passato forse è utile, forse anche doveroso – l'assunto implicito dell'accusa è che la cosiddetta seconda Repubblica sia nata su quella trattativa e, quindi, sia nata con l'avallo della Mafia e sul sangue degli innocenti, e, non c'è che dire, si tratta di una argomentazione molto impegnativa –.

Parlare di quel passato, oggettivamente, produce però l'effetto di far calare il silenzio su un'altra possibile, e soprattutto ancora attuale, trattativa tra Stato e Mafia.

La droga è un *business* che conviene anche all'economia sedicente legale, al Capitale bancario e finanziario che a sua volta fa profitti immensi con quello stesso *business*.

Falcone ha iniziato a combattere davvero la Mafia entrando, da ospite indesiderato, nelle Banche della Sicilia e poi cominciò a seguire il denaro ovunque gli indizi lo portassero.

Quanti sono i detenuti in carcere per il riciclaggio dei profitti immani della Mafia?

Pochi, anzi pochissimi.

²⁸ Sul tema, si veda l'ebook di V. Giglio, *La trattativa Stato-Mafia*, in questa rivista, 8 aprile 2020.

Falcone quando fu ucciso lavorava seguendo il filo del denaro della Mafia che lo portava fino alle isole beate dei Paradisi Fiscali, ma, come noto, il legislatore italiano ha eliminato, nel 2016, la norma che sanciva la presunzione fiscale (relativa) di ineducibilità fiscale a fini penali dei pagamenti di società residenti in Italia a società residenti in quei luoghi²⁹.

L'abrogazione di quella norma, passata sotto silenzio, favorisce oggettivamente, tra l'altro – cioè tra gli altri numerosi reati –, il riciclaggio di denaro proveniente dal mercato dei Paradisi Artificiali della droga, ma nessuno ha alzato la voce per denunciare l'anomalia di quella scelta dello Stato.

Forse l'illiberale criminalizzazione della droga su cui la Mafia continua a vivere è la vera trattativa, *il vero tacito accordo tra Stato e Mafia* che dev'essere portata alla luce, ma che nessuno – e chissà perché – ha interesse a portare alla luce?

Quanti PM oggi fanno l'immensa fatica che fece Falcone (e gli altri componenti del *team* antimafia creato a Palermo dal Giudice Caponnetto)?

Il Procuratore Capo di Milano ha detto più volte che combattere la criminalità organizzata non si può, senza combattere la facilità con cui il denaro, che è il profitto di quella criminalità, resta così facile da far sparire³⁰.

13. Sugli stranieri in carcere e sui reati per cui si trovano là

Il diritto penale costruisce i "suoi" criminali secondo gusti e inclinazioni del momento e lo straniero, per di più irregolare, è un candidato perfetto per sfogare su di esso la paura che diventa rabbia e odio e che deve essere deviata laddove più conviene a chi ha il potere di farlo.

Più o meno due detenuti in carcere su tre delle nostre carceri – a fine 2019, *il* 33,7% secondo Antigone³¹ – sono stranieri, spesso irregolari, contro una media europea del 20%, che scende al 18% se si esclude il Lussemburgo³².

Questo dato non si spiega col fatto che in Italia ci siano più stranieri che altrove perché, come dovrebbe essere noto (ma non lo è), è vero l'opposto, né con il fatto che gli stranieri commettono più reati e soprattutto più reati gravi.

²⁹ L'abrogazione dell'istituto è avvenuta a opera della legge 28 dicembre 2015, n. 208 (legge di stabilità 2016).

³⁰ Si veda, ad esempio, l'intervento del dott. Francesco Greco al convegno *Corruzione, la via breve delle mafie*, svoltosi il 6 febbraio 2019 a Milano: «la corruzione [...] ha una grande madre che si chiama evasione fiscale. Chiediamoci [...] perché i governi preferiscono andare avanti a condoni, magari tagliando pensioni e quant'altro fanno le leggi [...] per contrastare la mafia, oggi ne fanno tante contro la corruzione, ma io non ricordo una legge seria [...] che contrasti l'evasione fiscale».

³¹ Antigone, *Il carcere al tempo del coronavirus*, cit., – sezione "Stranieri", p. 19.

³² Antigone, *Il carcere secondo la Costituzione*, cit. – sezione "Numeri della popolazione detenuta".

L'Italia è più terra di transito della migrazione che di permanenza.

Perché, allora, tanti stranieri abitano le nostre carceri?

Il diritto dell'immigrazione è mal scritto, farraginoso, aperto come il vaso di Pandora ai venti del populismo di oggi e, alla fine, soprattutto, terribilmente iniquo.

Si legga il bellissimo volume a cura di Umberto Curi, *Vergogna ed esclusione*, che analizza come il linguaggio costruisca chi è persona e chi lo è meno, il "richiedente asilo" è più persona del "migrante economico" e non è chiaro perché³³.

Oggi il richiedente asilo è quasi sparito perché la legge lo ha fatto sparire.

Il carcere diventa la discarica in cui smaltire rifiuti umani.

L'integrazione dello straniero non è l'obiettivo di civiltà che il diritto penale dà prova di voler perseguire, perché la sua anima repressiva lo porta nella direzione opposta.

Il problema è molto profondo, riguarda la nostra stessa cultura giuridica che ormai si è isterilita nel tecnicismo misterico delle sue formule e non indaga più l'unico vero grande problema del diritto penale di ogni tempo che è la giustizia.

14.

C'è sempre un reato-pretesto La resistenza

Per mandare in carcere un migrante ci vuol qualcosa di cui accusarlo e – non necessariamente, però – poi condannarlo (difatti quasi il 40% degli stranieri in carcere non è stato condannato e lo vedremo tra un attimo).

Lo stesso più o meno vale per gli altri miserabili che stanno in carcere.

Basta spesso abbastanza poco perché allo straniero sia affibbiata l'etichetta di criminale: un *reato-pretesto*, come ad esempio la resistenza a pubblico ufficiale, si trova quasi sempre perché, di fronte ad un arresto che si sente ingiusto, perché non si è colpevoli di nulla, è naturale resistere.

Dalle statistiche risulta che, al 31 dicembre 2019, i detenuti nelle carceri per reati di violenza, resistenza, oltraggio a pubblico ufficiale erano 7.870³⁴.

Poco meno del 13% del totale!

³³ U. Curi, *Vergogna ed esclusione. L'Europa di fronte alla sfida dell'emigrazione*, Castelveccchi editore, 2017.

³⁴ Si vedano i dati riportati nella sezione statistica del Ministero della Giustizia.

Debbono essere non pochi gli stranieri detenuti con questa etichetta e non so dire quanti siano in carcere senza ancora essere nemmeno stati condannati, almeno in primo grado.

La parola “resistenza” è non poco suggestiva.

I 7.870 “resistenti” fanno da contraltare ai 472 “sfortunati” che abitano le carceri per essere stati accusati, e talvolta anche condannati, per omissione d’atti d’ufficio e altri delitti dei pubblici ufficiali contro la pubblica amministrazione³⁵, categoria ampia che comprende la corruzione, la concussione, l’abuso d’ufficio aggravato, ecc.

Gli stranieri “resistono” e vanno in carcere per questo; gli altri, corruttori e corrotti, concussori o induttori indebiti, trafficanti di influenze, non ne hanno bisogno, perché al proliferare di etichette, cioè di apparenti nuovi reati, che nascono sempre più oscuri ed enigmatici anche per il cattivo uso della lingua italiana (la prosa dell’art. 346 *bis* è un vero rompicapo linguistico) non corrisponde quasi mai un efficiente *enforcement* dell’apparato, e chi dice che è colpa della prescrizione sbaglia.

Nasce un diritto penale senza carcere che non è più chiaro che cosa sia e a chi serva, se serve davvero a qualcosa o a qualcuno.

15.

L’inquietante strabismo del diritto penale del carcere I conti non tornano!

Il sistema penale del carcere è palesemente squilibrato.

Sospetto che anche i 7.680 detenuti per violenza privata e minaccia siano un po’ troppi³⁶: se vi fosse estorsione o rapina, la violenza privata sarebbe assorbita nel delitto più grave, e, d’altra parte, la minaccia da sola non è nemmeno punibile con il carcere ma solo con la pena pecuniaria.

Una violenza privata senza estorsione o senza rapina però regge a fatica il peso di un fatto delittuoso che sia così frequente da giustificare più del 10% dei detenuti in carcere.

Tantomeno una minaccia.

Probabilmente ci sono molte minacce aggravate a norma dell’art. 339 c.p. che, nella sua sinistra elaborazione, evoca solo amenità di diritto di polizia.

I detenuti per resistenza sono dieci volte di più dei detenuti per istigazione, sfruttamento e favoreggiamento della prostituzione, che sono solo 646³⁷: o sono troppi

³⁵ *Ibidem.*

³⁶ *Ibidem.*

³⁷ Si vedano i dati disponibili sul sito dell’ISTAT.

i primi o troppo pochi i secondi, o tutt'e due sono eccessivi, sebbene in direzioni opposte.

Per uno sfruttatore della prostituzione – ne tratteniamo in carcere altri 646 che non paiono troppi... – ci sono quasi 12 resistenti a pubblico ufficiale, e poco meno di violenti privati o minacciosi aggravati³⁸.

Non è irragionevole quindi credere che, tra questa torma umana detenuta per queste accuse, gli stranieri siano almeno tanti quanti sono gli altri, i non stranieri, che però debbono essere miserabili almeno quanto loro.

Confronto mele con pere?

È vero, ma io parlo di frutta in genere e mele e pere sono *frutti del nostro giardino del diritto penale*.

Va ancora bene allo straniero, perché *l'etichetta di terrorista è sempre in agguato*, latente nell'inconscio penalistico e pronta ad accendersi ed esplodere in faccia a qualche miserabile.

La casella dei delitti di terrorismo nelle statistiche dei detenuti però dice 0³⁹.

Non ci sono molti aspiranti terroristi che viaggino sui barconi nel Mediterraneo, e se ne può capire la ragione, perché lo straniero che abbia aspirazioni suicide e terroristiche entra in Italia di nascosto e non sbarca nei nostri porti per essere subito schedato e trasferito in qualche "campo di concentramento".

Nell'immaginario collettivo, però, straniero e potenziale terrorista sono tutt'uno.

Non so esattamente che cosa facciano i PM dedicati all'antiterrorismo. Il terrorismo in Italia è stato solo quello delle Brigate rosse e quello stragista di marca fascista.

Erano tutti italiani, non migranti.

16.

Il diritto penale criminogeno C'è chi terrorista forse non è ma tale diventa

È noto il caso del terrorista Anis Amri, responsabile degli attentati ai mercatini di Natale di Berlino del 2016, arrivato coi barconi in Italia e detenuto in varie carceri italiane – Catania, Enna, Sciacca e Agrigento.

³⁸ Si vedano i dati riportati nella sezione statistica del Ministero della Giustizia.

³⁹ *Ibidem*.

Anis Amri si è radicalizzato in carcere ma in carcere forse non meritava di finire e ci è finito con la colpa di aver partecipato alla rivolta del 2011 nel centro di identificazione – li chiamano così i *lager* post moderni – di Lampedusa.

Avrei fatto lo stesso (non gli attentati, almeno credo, ma la rivolta sì).

I reati per i quali sono detenute persone straniere sono, in generale, nella stragrande maggioranza dei casi, reati di bassa gravità, quelli che non dovrebbero creare grande “allarme sociale”.

Allarme sociale, però, non è parola cui corrisponda un contenuto neutro e oggettivo, sebbene la cultura penalistica contemporanea ancora creda che il diritto penale difenda i beni giuridici e nessuno sa bene che cosa siano.

L’allarme sociale – cioè la paura, che è il criterio di selezione dei beni giuridici da tutelare e quelli da non tutelare – è costantemente costruito e decostruito da chi vi ha interesse per le finalità più varie che coincidono sempre con l’interesse di qualcuno.

I nessi, spesso perversi, tra paura e crimine debbono essere costantemente indagati⁴⁰.

I sedicenti decreti sicurezza – che i liberali non hanno ancora demolito per paura di doverne pagare qualche prezzo elettorale, o semplicemente per paura di perdere un po’ di popolarità, segno che sono liberali solo quando conviene, ma sono populistici quanto gli altri – non alleviano alcuna reale paura, semmai la inducono, e probabilmente sono anche criminogeni.

Non basta dire “populismo giudiziario” se poi non si provi almeno a chiarire le cause del fenomeno e a pensare ai possibili rimedi.

17.

Gli stranieri non commettono i delitti più gravi

Il numero degli stranieri in carcere – mediamente un terzo del totale, come detto – sale a due terzi se si considerano le pene più lievi, mentre scende a un ventesimo del totale per pene superiori a 20 anni di reclusione⁴¹.

⁴⁰ V. sul tema, R. Bianchetti, *La paura del crimine. Un’indagine criminologica in tema di mass media e politica criminale ai tempi dell’insicurezza*, Giuffrè, 2018.

⁴¹ L. Bagnoli, F. Floris, *Immigrazione oltre i luoghi comuni. Venti bufale smontate un pezzo alla volta. Per cominciare a parlarne sul serio*, Osservatorio sui Diritti Umani, 2019.

In generale, quindi, gli stranieri – l'8,5% della popolazione residente⁴² – che sono detenuti in carcere per reati gravi, sono un ventesimo, cioè il 5%, della popolazione carceraria⁴³, e sono quindi proporzionalmente meno dei detenuti italiani.

Il 37,4% degli stranieri detenuti non esclusivamente per resistenza a pubblico ufficiale, sono in carcere per violazione della legge sugli stupefacenti, ma solo poco più dell'1% è detenuto anche per associazione mafiosa⁴⁴, sintomo evidente che lo Stato come sempre imprigiona soprattutto piccola manovalanza criminale composta di disperati, che vengono incarcerati di più se sono *anche* stranieri.

Gli stranieri hanno però minore accesso degli italiani a misure alternative alla detenzione e cautelari come i domiciliari⁴⁵ e quindi vanno in carcere più degli italiani, ma perché debba essere così non è chiaro a nessuno.

Sono loro i "cattivi"?

Si verificano effetti perversi.

Nel 2017, in Italia, gli stranieri erano l'8,3% della popolazione totale ma, dato interessante, quasi il 20% degli omicidi volontari commessi in Italia hanno avuto come *vittima* uomini e donne stranieri⁴⁶.

Uno straniero rischia la propria vita due volte e mezzo più di un italiano⁴⁷ e allora si capisce quali siano gli effetti collaterali del nuovo "allarme sociale".

Io non lo sapevo.

18.

Che cos'è davvero la presunzione di non colpevolezza?

Sono 18.864 i detenuti che, al 31 dicembre 2019, erano in carcere anche se contro di loro non è stata pronunciata alcuna sentenza definitiva di condanna⁴⁸ e quindi, Costituzione alla mano, *erano detenuti non colpevoli*.

9.721 – più del 50% – erano in attesa di primo giudizio, cioè non sono stati condannati nemmeno in primo grado⁴⁹.

⁴² V. il report ISTAT, *Noi Italia. 100 statistiche per capire il Paese in cui viviamo*, 2019, sezione "stranieri".

⁴³ L. Bagnoli, F. Floris, *Immigrazione oltre i luoghi comuni*, cit.

⁴⁴ Antigone, *Il carcere secondo la Costituzione*, cit., sezione "Calano i reati ma le carceri sono sempre più piene".

⁴⁵ *Idem*, sezione "Alcuni stereotipi infondati sulla detenzione degli stranieri".

⁴⁶ *idem*, sezione "Meno omicidi".

⁴⁷ *Ibidem*.

⁴⁸ *Idem*, sezione "In carcere da presunti innocenti".

⁴⁹ Si vedano i dati riportati nella sezione statistica del Ministero della Giustizia.

Nel 2017 erano 19.815, su un totale di 57.608 detenuti⁵⁰, quindi più di un terzo, cioè più del 33% del totale dei detenuti

Anche qui, l'Italia detiene il *record* europeo, poiché la media europea dei detenuti senza condanna definitiva, nel 2017, era del 23%, cioè quasi 10 punti percentuali di meno⁵¹ rispetto alla situazione del nostro Paese.

Di questa folla di presunti non colpevoli, cioè di detenuti senza condanna definitiva, circa il 38% era costituito da stranieri e una rilevante quota di questi non ha subito nemmeno una condanna in primo grado⁵².

Gli altri non erano stranieri, ma, come detto prima, raramente lo Stato ha dato loro la possibilità di completare il corso degli studi che pure la Legge dello Stato dice, Costituzione alla mano, di assicurare a tutti.

L'Italia ha pagato dal 1992 al 2015 circa 600 milioni di euro per risarcire le ingiuste detenzioni cautelari⁵³ e questo dato getta una luce sinistra, visto che – si può ragionevolmente credere – non tutti coloro che furono ingiustamente detenuti hanno avuto accesso ad una difesa legale che abbia spiegato loro che avevano il diritto di chiedere il risarcimento del danno subito.

Lo Stato, infatti, malgrado la Costituzione proclami anche questo, non garantisce affatto a tutti l'eguale diritto alla difesa.

C'è chi è difeso adeguatamente, e quindi è presunto innocente, e chi no, ed è quindi presunto colpevole.

E' tempo di una qualche riforma.

19.

Custodia cautelare o carcerazione preventiva?

La pratica sociale del politicamente corretto è la forma del diritto

Un tempo, quando io ho iniziato a fare l'avvocato, la custodia cautelare si chiamava *carcerazione preventiva*, e almeno il diritto penale era più sincero e non aveva bisogno di eufemismi.

La custodia cautelare è troppe volte solo un'anticipazione della pena inflitta senza bisogno che si accerti la responsabilità di chi la subisce.

Gravi indizi, pericolo di fuga, pericolo di reiterazione del reato?

⁵⁰ Cfr. Ministero della giustizia - Dipartimento dell'amministrazione penitenziaria, *Relazione sulla performance 2017*, p. 8.

⁵¹ Antigone, *Il carcere secondo la Costituzione*, cit., sezione "L'Europa incarcera di meno, l'Italia di più".

⁵² *Idem*, sezione "In carcere da presunti innocenti".

⁵³ *Idem*, sezione "L'Europa incarcera di meno, l'Italia di più".

Sono per lo più pretesti.

È risibile pensare che l'indagato che si sa indagato, con l'apparato repressivo alle sue calcagna, sia talmente pericoloso – e stolto – da voler commettere altri reati, salvo il caso – che vale per il piccolo spacciatore – in cui commettere nuovi reati sia l'unico mezzo per tirare avanti in qualche modo.

In quel caso, allora, *la pericolosità sociale dell'indagato è un problema sociale* che nessun diritto penale può sperare di poter risolvere e che nessuno Stato che coltivi la giustizia come fine della convivenza umana dovrebbe delegare al diritto penale.

La gravità degli indizi spesso fa difetto, ma quasi altrettanto spesso il Giudice accetta di credere che quegli indizi ci siano, così da non dover essere accusato di voler ammazzare un'indagine ancora in fasce.

Pericolo di fuga?

Al tempo della vigilanza onnipervasiva, da cui nessuno è... immune, il pensiero che il reo possa fuggire da chi lo sta inseguendo è francamente un pensiero ingenuo.

Francesco ha detto così ai penalisti del mondo e non so come si possa dir meglio:

«Sulle condizioni della carcerazione, i carcerati senza condanna e i condannati senza giudizio. - Queste non sono favole: *voi lo sapete bene*. La carcerazione preventiva – quando in forma abusiva procura un anticipo della pena, previa alla condanna, o come misura che si applica di fronte al sospetto più o meno fondato di un delitto commesso – *costituisce un'altra forma contemporanea di pena illecita occulta*, al di là di una patina di legalità»⁵⁴.

20.

Talvolta le esigenze cautelari ci sarebbero anche...

Spesso le persone in carcere in attesa di giudizio, proprio perché sono povere, non solo non hanno una difesa almeno media, ma non hanno nemmeno un domicilio, e quindi il Giudice – che forse infliggerebbe loro solo l'arresto domiciliare in via cautelare, perché, alla fine, quelle persone non sono così pericolose – crede di non poter far altro che infliggere loro il carcere, che pure reputa inadeguato per eccesso.

Anatole France scriveva che il divieto di dormire sotto i ponti non è la stessa cosa per il povero e il ricco, ed aveva molte ragioni⁵⁵.

In casi come questi – e sono migliaia – pare evidente che *la colpa è solo la miseria*, ma appare ancor più chiaro che, agli occhi del Giudice, la tutela della società – o quel che il Giudice crede o vuol credere che sia la tutela della società – vale più della

⁵⁴ Papa Francesco, *Discorso alla Delegazione dell'Associazione Internazionale di Diritto Penale*, 23 ottobre 2014.

⁵⁵ A. France, *Il giglio rosso*, 1894 (tr. it. 1979).

tutela dell'umanità, soprattutto quando l'umanità è materia di scarto che nessuno difende.

La società diventa un feticcio, un falso idolo, il surrogato di un concetto trascendente, Dio o altro, cui non si crede più, e l'affermazione che il diritto penale provvede alla sua difesa, alla fine, non è nulla più che una forma di superstizione.

Non esiste la Società, esistono molti possibili modi di organizzare la convivenza umana e nessuno è politicamente neutro e innocente come la cultura penalistica in voga ancora vuol credere.

Dire che il diritto penale difende i diritti – anzi, nel lessico penalistico, i beni giuridici – forse è vero – sebbene nessuno possa dire d'averlo provato – ma è certo che lo Stato, proprio col diritto penale, distrugge anche diritti – e beni giuridici – e nemmeno la ragione di codesta crudeltà è ormai chiara ad alcuno.

La doppia lama del diritto penale è anche la doppia coscienza del diritto penale.

Gli avvocati non scioperano quasi mai per loro e nemmeno i magistrati sfilano con la Costituzione in mano per proclamare i diritti dei più deboli.

Perché?

C'è bisogno di una risposta.

21.

Il giudice ha le mani legate? ...si slegli le mani, allora

Non è vero però che il Giudice – che constati che il presunto innocente non ha nemmeno un domicilio – non avrebbe alternative diverse dal carcere.

Il Giudice potrebbe rimettere in libertà la persona se la presunzione di non colpevolezza valesse qualcosa, *se fosse vero che l'uomo vale più della società*, come il liberalismo insegna.

O potrebbe almeno guardarlo negli occhi e provare a comprendere chi sia la persona che ha davanti.

Lo scandalo meno visibile, ma non meno grave, del caso Cucchi (almeno come si percepisce nella *fiction*)⁵⁶, è l'immagine del Giudice che decide la convalida della custodia cautelare in carcere – provvedimento con cui *inconsapevolmente* il Giudice manda a morire l'indagato – senza alzare gli occhi sulla persona che ha davanti.

⁵⁶ A. Cremonini, *Sulla mia pelle*, 2018.

Il problema è proprio quell'avverbio, *inconsapevolmente*.

Evidentemente troppo intento a dare qualche fugace occhiata alle carte del fascicolo, il Giudice non poteva o non voleva vedere il volto tumefatto dalle botte subite dell'indagato.

Tra i detenuti non condannati in via definitiva alligna buona parte del numero dei suicidi. Nel 2018, su 67 suicidi registrati da Ristretti Orizzonti⁵⁷ (61 secondo il Ministero della Giustizia)⁵⁸, 22, cioè circa un terzo erano detenuti in attesa del primo giudizio, e 11, cioè un sesto, avevano proposto appello contro la condanna in primo grado⁵⁹, il che significa che *quasi il 50% dei suicidi erano detenuti in carcere sebbene (presunti) innocenti*.

La lentezza dei processi è il male della giustizia italiana?

In questi casi, o in molti di questi casi, il processo è così veloce che, in un certo senso, *finisce col carcere*, e talvolta con la morte del reo innocente, *prima che sia iniziato* o comunque prima che la condanna al carcere sia stata pronunciata.

22.

I condannati, questi presunti colpevoli spesso innocenti e comunque non difesi o mal difesi

I detenuti condannati in via definitiva?

Uno degli ultimi rapporti di Antigone svela quel che tutti sanno e cioè come funziona la fabbrica delle condanne quando la materia prima è materia di scarto, rifiuti umani o quasi⁶⁰.

Nel 25% dei casi, il difensore d'ufficio ha 5 minuti di tempo per consultare il fascicolo processuale e imbastire, si fa per dire, una difesa⁶¹.

Nell'altro 75%, avrebbe forse un giorno o una notte, ma non si saprà mai se il difensore, chiamato la sera prima dal poliziotto con la notizia che ha un nuovo cliente, abbia dato almeno un'occhiata al fascicolo.

E questo vale per il 100% dei casi.

⁵⁷ Antigone, *Il carcere secondo la Costituzione*, cit., sezione "La pena ed il corpo".

⁵⁸ Si vedano i dati riportati nella sezione statistica del Ministero della Giustizia.

⁵⁹ Antigone, *Il carcere secondo la Costituzione*, cit., sezione "La pena ed il corpo".

⁶⁰ Antigone, *Il carcere secondo la Costituzione*, cit.

⁶¹ P. Biondani, *Molto rumore*, cit., p. 23.

Il sistema penale, in meno di tre mesi, è in grado di produrre 7.975 condanne definitive per furto e 5.781 condanne definitive per reati connessi alla droga, ma solo 24 condanne per reati fiscali, 8 per corruzione, 3 per peculato e zero per concussione⁶².

La metà dei processi termina in meno di tre anni.

Il processo stesso è certamente – come si dice – una pena in sé, ma un conto è scontare la pena del processo da libero, un altro è scontare la pena del processo già in carcere.

La nostra cultura penalistica è più preoccupata del primo caso che del secondo e, quindi, difende coi denti la prescrizione dicendo ch'essa è farmaco contro la pena del tempo del processo che corre troppo lento.

I penalisti di maggior peso spesso sono avvocati e non difendono quasi mai i deboli e questo spiega l'interesse del ceto professionale al tema della prescrizione.

Quale è, invece, il farmaco che serve a rallentare la spaventosa velocità con cui il processo penale ingoia le sue vittime prima del processo, quando non sono difese da nessuno e nessuno parla di loro?

Tutti gli avvocati dovrebbero essere obbligati per legge a dedicare un giorno alla settimana alla difesa d'ufficio dei più deboli, ma è difficile che gli organi corporativi dell'avvocatura accetteranno mai di far propria tale battaglia.

23.

L'identikit della persona umana detenuta nel carcere ormai si fa chiaro

L'identikit della persona umana detenuta nel carcere ormai si fa chiaro.

Analfabeta o quasi, preferibilmente straniero, ma può andar bene anche se italiano, purché di bassa o bassissima estrazione sociale, invischiato in fatti di droga tossicodipendente ma preferibilmente solo un manovale, ultimo anello della catena criminale fondata sulla droga che esiste perché lo Stato così vuole, tendenzialmente ancora in attesa di giudizio definitivo che ora tarda sempre più ora arriva velocissimo, e, perché no, anche malato di mente, o almeno affetto da seri disturbi, e che lo fosse già prima o lo sia diventato solo dopo ormai fa poca differenza.

Sono colpevoli?

Dipende.

⁶² *Ibidem.*

Il concetto di colpevolezza su cui si fonda il diritto penale è sempre stato, oltre che naturalisticamente controvertibile e sempre più controverso – il libero arbitrio, questo grande e difficile concetto di matrice religiosa da sempre irriso dalla ragione filosofica –, anche strumento sin troppo plastico e deformabile secondo le convenienze sociali di chi decide chi è “libero” e chi no, come di chi decide che cosa è “sicurezza” e che cosa no e, quindi, che cosa è “crimine” e che cosa no.

È sempre stato così.

Chi è colpevole e chi no dipende *dall'immagine di uomo* che sta alla base del diritto penale, che a sua volta dipende *dall'idea culturalmente preesistente al diritto penale di chi è, o meglio può essere, delinquente e chi no*, e l'immagine d'uomo su cui il diritto penale si fonda è ancora l'immagine d'uomo del Codice Penale Rocco, entrato in vigore nell'anno **IX** dell'era fascista.

Un'immagine che non può non coincidere con l'*identikit* di cui sopra.

Questo argomento, *chi è l'uomo per il diritto penale oggi*, è quasi spaventoso nella sua difficoltà – epistemologia, psicologia e sociologia fanno una matassa difficile da districare che non è per questo meno urgente provare a districare – ma far finta di nulla, cioè far finta che il problema non esista, è troppo comodo.

Il diritto penale non è fatto per prendere nelle reti il pesce grosso.

24.

Tutti colpevoli oltre il ragionevole dubbio?

Ogni processo, anche per il fatto più ovvio e apparentemente semplice, può diventare complesso, talmente “difficile” da far fiorire dubbi da ogni parte, se così si vuole, ma solo pochi possono permettersi la difesa che s'impegni a coltivare l'arte del dubbio, una difesa che faccia “difficile” il processo altrimenti “facile”.

Per i più il processo è sin troppo “facile”, e al Giudice non saltano agli occhi nemmeno i dubbi più evidenti.

Che si sia condannati solo se la prova d'accusa è *Beyond A Reasonable Doubt* (nei tempi in cui è di moda l'abuso dell'acronimo, si dice BARD) *non è mai vero*, il Giudice decide sempre in condizione di maggiore o minore incertezza epistemica e il grado dell'incertezza dipende dalla esaustività dell'evidenza probatoria che non è mai... esaustiva.

Pensare equivale a dubitare.

Se, alla fine, dopo aver pensato e quindi dubitato, supero i dubbi che avevo, e condanno, non posso certo dire, poi, che i dubbi che ho superato erano *non ragionevoli*, altrimenti sarebbe come dire che io sono irragionevole per aver avuto quei dubbi.

Se, invece, non dubito perché qualunque dubbio mi pare da subito irragionevole, spesso vuol dire semplicemente che in qualche modo ho voluto *non pensare*, o non pensare abbastanza, per non dover far la fatica di affrontare i dubbi.

BARD è espressione equivoca: il Giudice di *common law* non spiega alla giuria che cosa significhi BARD perché sa che nessuna definizione sarebbe una buona definizione.

È naturale, allora, che anche da noi, quasi mai il Giudice, quando condanna, spieghi perché la prova d'accusa sia vera oltre il ragionevole dubbio.

Se i condannati ricorressero sistematicamente per Cassazione, adducendo la violazione di legge dell'art. 533 c.p.p. che comanderebbe al Giudice di assolvere se l'imputato non è colpevole al di là di ogni ragionevole dubbio, *l'intera macchina giudiziaria si bloccherebbe di colpo*.

Nessun avvocato d'ufficio però si dà così tanto da fare e così non esiste – anche perché non può esistere – una giurisprudenza e una dottrina scientifica sullo *standard* di giudizio nel processo penale.

Strano ma vero.

L'art. 533 c.p.p. è quindi anche norma un po' ipocrita – è nata al tempo in cui i vertici politici facevano di tutto per difendersi dai processi penale dal diritto penale ai tempi delle leggi *ad personam* – e, in effetti, BARD può essere un orpello utile per il Giudice che voglia assolvere.

Tra fatti e opinioni c'è la differenza che corre tra opinioni più o meno corroborate dall'evidenza disponibile, che, come accennato, non è mai completa.

Lo spazio del libero convincimento è sterminato.

Nei processi dei deboli, l'evidenza acquisita nel processo è qualitativamente e quantitativamente inferiore a quella che avvocati ben pagati possono portare nel processo celebrato contro il potente, e anche questo è un gran problema.

Il processo accusatorio – che grava la parte, cioè la difesa, di oneri probatori che, come tutte le cose di questo mondo, hanno un prezzo che non tutti possono pagare – è davvero un processo che promuove la giustizia?

Tutti sanno che il processo accusatorio vale per chi se lo può permettere.

25.

**Che il diritto penale e il diritto processuale penale siano razionali
non è quindi così ovvio**

La ragione della sentenza – si dice – sta nella motivazione, il luogo in cui il Giudice dà le ragioni del *duo libero* – e irrazionale – convincimento.

La motivazione, che è solo razionalizzazione a posteriori di una decisione sempre inevitabilmente irrazionale, non basta, bisogna pensare di più e meglio a come iniettare vera razionalità nel processo decisionale del Giudice.

La retorica di BARD serve anche a occultare il fatto che, nelle università e nelle scuole di specializzazione e formazione di avvocati, PM e giudici, *non si insegna più la logica del probabile*, cioè la logica dell'incerto, che sola aiuterebbe a iniettare vera razionalità nel processo penale.

La logica del probabile è difficile e contro intuitiva e se non viene insegnata né nelle Università nelle varie Scuole di formazione e specializzazione, non è un caso.

La logica del probabile – che è per definizione *logica dell'incerto* – non sarebbe compatibile con la falsa epistemologia del processo penale, con le sue irragionevoli pretese di certezza, che, però, non può non essere quel che è, cioè solo falsa illusione.

Il Giudice che condanni, cioè deliberatamente e freddamente infligga dolore a un suo simile, *deve poter credere* che tutti credano che la prova della colpevolezza del reo sia talmente certa che qualunque Giudice al suo posto avrebbe deciso allo stesso modo.

Non è quasi mai vero.

Il problema è allora se il diritto penale, con tutto il suo carico di spaventosa crudeltà reggerebbe davvero sotto il peso di una vera razionalità, che, come noto, è tale perché *accetta l'incertezza* del mondo e non la rimuove.

Quanti Giudici sono disposti a scrivere una sentenza di condanna al carcere, che la loro è solo un'opinione più o meno incerta, e che l'imputato potrebbe anche essere innocente?

La logica del probabile era assai più coltivata dai grandi giuristi medievali italiani: l'avvento del libero convincimento ha avvizzito una pianta che dava frutti di grande interesse.

Si legga, tra l'altro, il volume del filosofo e storico James Franklin, *The science of the conjecture*, o il libro del filosofo della scienza Larry Laudan⁶³.

⁶³ L. Laudan, *Scienza e relativismo. Controversie chiave in filosofia della scienza*, Armando, 1997.

Lo *standard* della “certezza morale” era più serio di BARD.

26.

Quale è lo scopo del processo penale?

I giuristi discutono di verità e verità processuale come se davvero dovessero essere cose diverse ma, facendo spesso difetto le basi filosofiche per un discorso così difficile, finiscono con il lasciare nel non detto *che cosa sia d'altro dalla verità*, la verità processuale.

La verità processuale è quella che il Giudice dice con la sentenza?

Tutto qui?

La verità processuale deve essere... vera, o basta che il Giudice abbia risolto, in qualche modo, il conflitto tra le parti, e che la verità sia *pragmatica*, cioè utile compromesso?

Utile a chi, però?

Il processo è l'arena agonistica in cui il giusto è l'opinione di chi è più bravo a sostenerla?

O la verità non esiste, come dicono gli scettici, perché il Giudice è l'unica misura del vero e del falso?

È in gioco il non banale problema dello scopo stesso del processo.

Il libero convincimento del Giudice è il fortilizio imprevedibile dell'arbitrio della decisione e all'ombra di quell'ultimo sole si possono consumare giustizie e ingiustizie d'ogni tipo.

Il gigante del pensiero giuridico che fu Satta, riferì l'opinione di un altro grande, Carnelutti⁶⁴, secondo cui ogni sentenza di proscioglimento è, in qualche modo, la confessione di un errore giudiziario.

Ai tempi di Satta e Carnelutti i processi penali ai potenti erano, però, una esigua minoranza.

Il giudizio è fatto più d'emozione che di ragione⁶⁵.

La psicologia della decisione è una disciplina scientifica in progresso – oggi si avvale anche degli straordinari strumenti di *brain imaging* delle neuroscienze – e

⁶⁴ S. Satta, *Il mistero del processo*, Adelphi, 1994.

⁶⁵ A. Forza, G. Menegon, R. Rumiati, *Il giudice emotivo*, Il Mulino, 2017.

aiuterebbe molto i Giudici a decidere meglio, ma – come la logica del probabile – essa non è materia usuale di studio nelle Università e negli altri luoghi di formazione del futuro Giudice, ma anche del futuro PM e del futuro Avvocato.

Il nostro apparato cerebrale della conoscenza – la tanto decantata ragione – è in realtà affetta da molteplici vizi sistematici, detti *bias*, uno dei quali ad esempio, il *bias* della conferma, ci porta naturalmente a non dar retta a chi ci propone argomenti che vanno in direzione opposta ai nostri pregiudizi, oggi si dice alle nostre precomprensioni dei fatti⁶⁶.

Se voglio condannare troverò sempre poco persuasivi gli argomenti per assolvere, ma il problema è capire perché voglio condannare.

La psicologia della decisione – che dà il peso necessario all'emozione che sta alla base di ogni decisione – dovrebbe essere materia obbligatoria nelle Facoltà di Legge, se vogliamo che il Giudice sia migliore di quel che è diventato.

Vale però la domanda di prima.

Più so di non sapere più farò fatica a condannare: meglio non sapere di non sapere, allora?

27.

Il diritto penale è uno, nessuno o centomila?

Il diritto penale è davvero uno o no?

La Società non è una, ma, come sapeva il Platone de *La Repubblica* – molti secoli prima di Marx – sono almeno due, la società dei ricchi e la società dei poveri.

Così c'è il diritto penale dei ricchi e quello dei poveri.

Chi parli di diritto penale – o di giustizia penale che non è la stessa cosa – dovrebbe sempre spiegare a *quali dei due* si riferisce.

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 indebita⁶⁷.

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*

⁶⁶ Per approfondimenti sul tema dei *bias* cognitivi e in particolare sull'analisi dei principali errori di ragionamento e delle relative cause, si veda in particolare A. Tversky, D. Kahneman, *Judgment under Uncertainty: Heuristics and Biases*, in *Science*, Vol. 85, 1974, pp. 1124 ss.

⁶⁷ Si vedano i dati disponibili sul sito dell'ISTAT.

*pochi grandi gruppi multinazionali*⁶⁸, e l'elusione fiscale è una forma sofisticata assieme di furto, appropriazione indebita truffa e insolvenza fraudolenta aggravata dal danno procurato allo Stato, cioè a tutti.

Si chiama elusione proprio perché non la si vuol chiamare evasione e quindi il fatto non è punibile.

Dal 2015 l'elusione fiscale non può essere più reato⁶⁹.

Della eliminazione della presunzione di ineducibilità a fini penali del pagamento a società residente nei Paradisi Fiscali, o Paesi a fiscalità privilegiata o dotati di un diritto commerciale più facile da eludere, si è già detto.

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

La dottrina e la giurisprudenza dottamente disquisiscono se l'atto di distrazione patrimoniale commesso dal *manager* ai danni della società che amministra sia o no appropriazione indebita, e, sulla base di un'encomiabile interpretazione del principio di stretta legalità nella declinazione di principio di tipicità, propendono per il no.

Se sei un *manager*, rubare conviene.

Il fatto di distrazione sarà penalmente rilevante – forse – se e solo se la società derubata cadrà in stato d'insolvenza, ma se si va a vedere il numero dei detenuti in carcere per bancarotta fraudolenta, si concluderà che il rischio penale è assolutamente accettabile per chi voglia correrlo.

Servirebbe ricominciare a studiare – come ormai non si fa quasi più – la criminologia dei cosiddetti colletti bianchi, così come essa si presenta nella moderna società capitalista del XXI secolo.

Ma se è vero che il diritto penale del carcere si sa che cosa sia, il diritto penale del non carcere è un oggetto oscuro: *diritto penale simbolico*?

Che cosa vuol dire?

⁶⁸ 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).

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*).

⁶⁹ Il riferimento è alla nota riforma operata dal D.lgs. 218/2015, sulla cui trattazione si rinvia a A. Bell, G. Falsitta, A. Valsecchi, *La linea di confine fra elusione fiscale e reati tributari*, in questa rivista, 17 luglio 2019

Che cosa sono, a che cosa servono i processi che si sa già da subito che non finiranno con la condanna al carcere?

A chi giova iniziare – con gran clamore di media – un processo, con avvisi di garanzia più che eccellenti, se il processo non arriverà mai in fondo perché spesso, in fondo, anche il PM teme la possibile falsificazione processuale dell'accusa e quindi non è così frustrato se dopo qualche tempo la sua indagine – che lo ha portato alla ribalta – finisce nel dimenticatoio?

Giova a molti.

Il processo, cioè la sentenza, diventa un rischio e spesso è preferibile non correrlo: viva la prescrizione, allora!

28.

Il falso dibattito sulla prescrizione

È di moda dire che il problema della giustizia è la lentezza dei processi, e, quindi, la prescrizione, fatale, si divora i processi facendo morire i reati.

Non s'indaga, però, sulle ragioni per cui tanti processi muoiono di eutanasia.

La chiave di lettura della doppiezza del diritto penale aiuta a capire.

È più facile, emotivamente e razionalmente, condannare un debole che un potente.

Quando si vuole, il treno della giustizia e dell'ingiustizia corre ad altissima velocità, *segno che può farlo*, ma, quando non si vuole, il treno è un trenino locale che si ferma il tempo che si vuole (i termini processuali diventano ad ogni stazione, anche la più inutile e remota, *segno inequivoco che così si vuole che sia*).

Il treno del processo, quando corre lento, lo fa perché *tutti gli attori del triangolo del processo*, imputato PM e Giudice, vogliono o *almeno tollerano* che così sia.

Ogni Giudice, come ogni PM e ogni avvocato, sa che il tempo passa e sa quanto il reato per cui si procede sia prossimo alla stazione finale della prescrizione, e, *se anche solo uno di loro decide o chiede che si decida che il treno acceleri, il treno accelera*.

È raro che un PM chieda con la dovuta insistenza la rapida fissazione di un'udienza.

Qualunque Presidente di Tribunale o di Corte d'Appello sa che, se solo lo volesse, potrebbe aggiustare la macchina della giustizia nella sua casa per farla marciare come si converrebbe.

Però non sempre lo fa.

Che gli avvocati scioperino per difendere la prescrizione è naturale, fanno – facciamo – il loro – nostro – mestiere, il più antico del mondo (o almeno il secondo più antico del mondo), perché una prescrizione sudata e alla fine raggiunta, di rinvio in rinvio, vale moneta sonante, non quanto un proscioglimento nel merito, ma quasi.

Il mio maestro – Federico Stella – soleva dire che il rinvio è la prova dell'esistenza di Dio.

Il problema della giustizia penale però non è la prescrizione ma è l'ingiustizia del diritto penale.

Dio non si presenta sempre allo stesso modo nei processi penali.

Quando l'imputato è almeno un poco potente e lo sono i suoi avvocati, il processo diventa opaco, i veri processi che producono la decisione diventano oscuri, *negoziati fuori e non dentro il processo*, e così può accadere che i tempi tra un'udienza e l'altra si dilatino quanto lo vogliano le fitte agende degli avvocati che difendono l'imputato.

Il giudice, spesso (non sempre, sia chiaro), china il capo e lascia che il tempo faccia quel che deve.

Col debole no, spesso il diritto penale mostra il lato arcigno e duro, quello che non si piega.

I processi penali *possono* durare un tempo definito e calcolabile, e se è necessario che siano fissate più udienze – perché una non basta – l'una udienza dovrà succedere all'altra senza soluzione di continuità.

Si può fare qui ed ora, basta volerlo davvero.

29.

Il diritto penale del lavoro esiste davvero? La tragedia diventa farsa

I familiari delle vittime dell'amianto Eternit non sanno ancora – dopo che la Cassazione ha dichiarato la morte del disastro sanitario per prescrizione – se i loro cari sono morti per qualche causa imputabile a qualcuno oppure no⁷⁰.

Come gli addetti ai lavori sanno – ma gli altri no – la Cassazione dichiarò la prescrizione di quel sedicente disastro sanitario solo perché sancì che il *dies a quo* della

⁷⁰ Cass. pen., sez. I, 19 novembre 2014 (dep. 23 febbraio 2015), n. 7941.

prescrizione coincideva con la chiusura dello stabilimento Eternit, avvenuta nel 1986, prima che i PM iniziassero a indagare.

Il fatto che chi chiuse l'impianto dimenticò di bonificarlo, non impedendo così che le fibre di amianto continuassero a svolazzare per l'aere adducendo infiniti lutti ancora agli sfortunati che le respirarono, fu considerato irrilevante.

Pare che morirono a migliaia, come mosche.

La sentenza Eternit fu un compromesso politico e non una soluzione giuridicamente necessitata (chi può credere che un PM, come Guariniello e il suo team, i Giudici del Tribunale e della Corte d'Appello che condannarono gli imputati, non conoscessero l'abc della catalogazione dei reati e le regole del *dies a quo* della prescrizione del disastro cosiddetto sanitario?).

Muiono d'amianto ancora ovunque, ma il diritto penale – nelle centinaia di processi penali che sono stati apparecchiati – mostra il volto più imbarazzante, *l'incertezza di una nuova ordalia*, perché non possiede il *know how* necessario per decidere se e quali datori di lavoro – tra i molti che si succedettero nella carica nel lungo tempo dell'esposizione lavorativa ad amianto – siano responsabili penalmente dell'evento.

Arturo Rocco, quando scriveva l'art. 40 del codice penale – il rapporto di causalità – non aveva la benché minima idea di come funzionasse l'epidemiologia – ovvero la statistica – e non gli si poteva far torto di questa ignoranza, perché allora l'epidemiologia non era ancora nata.

Il Giudice penale però tuttora non sa quasi nulla di scienze e di filosofia, ovvero di metodologia delle scienze empiriche.

Il problema è che il diritto penale – come accennato – non è fatto per linguaggi deboli e sofisticati come sono i linguaggi della probabilità e dell'incerto e quando ci capita dentro, affonda.

Talvolta il problema è più evidente.

Che il lavoro uccide deve essere vero, ma il diritto penale ancora non l'ha accettato fino in fondo, visti i ridicoli numeri dei detenuti in carcere per omicidio e lesioni colpose.

Il rischio è materia complessa, a un tempo fragile e impenetrabile: è richiesta una complessa e sfaccettata cultura interdisciplinare per capirci qualcosa.

È solo una farsa combattere perché il datore di lavoro risponda per dolo (almeno eventuale) della morte del lavoratore – come si è dottamente disquisito e poi elegantemente negato dalla Cassazione nel processo Thyssen⁷¹ – quando è evidente

⁷¹ Cass. pen., SS.UU, 18 settembre 2014 (ud. 24 aprile 2014), n. 38343.

che l'imputato condannato non risponde nemmeno per colpa dell'omicidio commesso, e difatti i condannati in via definitiva di quel processo sono a piede libero.

Le infinite norme del Testo Unico Sicurezza – ridicolmente sanzionate come reati contravvenzionali – agevolano nel datore di lavoro l'idea che la salute e la sicurezza sul luogo di lavoro siano solo una matassa burocratica da sbrogliare in qualche modo col minor possibile costo economico.

Nessuno controlla se e come il datore di lavoro abbia adempiuto il dovere indelegabile di redigere il Documento di Valutazione dei Rischi sul luogo di lavoro, e il datore di lavoro, che lo sa, serenamente... delega l'impiccio a una qualche società di consulenza che spesso lavora solo col taglia e incolla perché di mestiere produce DVR come in una catena di montaggio.

Con il decreto 231 del 2001 vale lo stesso.

Il più delle volte, il rischio che il datore di lavoro ha giudicato accettabile, perché gli conviene, è *tout court* il rischio accettato e imposto a tutti, primi i lavoratori.

Quando poi c'è il processo, i nodi vengono al pettine e il Giudice, che non sa come sbrogliare la matassa, è tentato dalle soluzioni più comode e semplici, ma non sempre tagliare il nodo di Gordio è facile e semplice come pare.

La causalità della *condicio sine qua non*, con l'assurdità del suo corollario, l'equivalenza delle condizioni, impedisce di fare l'unica cosa che spesso si deve fare e cioè pesare le cause, perché esporre ad amianto un lavoratore non è la stessa cosa se l'esposizione è alta, altissima, bassa o bassissima.

Il pericolo non è il rischio e l'epidemiologia, scienza ignota al penalista, è solo un tassello del complessissimo *puzzle*.

La colpa è un fantasma perché l'unica colpa, che è il rischio non accettabile, richiede ponderazioni tra interessi in conflitto e il vecchio concetto medievale, e prima ancora romanistico, dell'*homo eiusdem professionis et condicionis* funziona male applicato al datore di lavoro della moderna impresa capitalista.

Il risarcimento del danno al lavoratore, quando c'è, può essere inferiore alla parcella dell'avvocato che il datore di lavoro ha liquidato per farsi difendere.

Difficile che così si affermi una vera cultura della persona umana, ma, in fondo, a chi interessa?

30.
**Il rovescio del diritto penale dell'ambiente
Tragedie che diventano farse**

Nessuno può dire davvero d'aver capito che cosa stia succedendo a Taranto con l'ex Ilva ma un allibratore onesto non potrebbe accettare scommesse su quel che succederà, perché nessuno può saperlo né prevederlo.

Eternit fa temere il peggio (o il meglio, a seconda dei punti di vista).

Che anche su questo processo – come si è letto sulla stampa – si siano allungate ombre inquietanti non deve sorprendere.

Le numerose indagini in corso debbono approdare presto ad una decisione, *qualunque essa sia*, perché forse non è successo nulla, o invece è successo tutto e l'incertezza non è tollerabile, altrimenti resterà il sospetto che il sistema voglia auto-protegersi.

Il sistema, però, è talmente mal congegnato che pare fatto apposta per essere accomodato secondo l'interesse che di volta in volta è più potente degli altri.

È una farsa far finta di voler combattere la criminalità ambientale con le leggi penali del 2015 che sono state scritte da mani che non hanno consuetudine con la lingua italiana e hanno prodotto un cospicuo mucchio di parole alla moda (ecosistema, biodiversità, ecc.), quando tutti sanno o dovrebbero sapere che il diritto amministrativo dell'ambiente, in vigore da più di vent'anni, *non ha portato a casa forse nemmeno una bonifica o una messa in sicurezza delle migliaia di siti inquinati censiti come SIN cioè "Siti di Interesse Nazionale", tanto inquinati ed estesi da interessare più di una Regione.*

Che senso ha processare qualcuno per disastro ambientale se poi già si sa che non bonificherà mai il disastro vero o presunto?

In Italia – forse non tutti lo sanno – le soglie del rischio accettabile che debbono essere l'obiettivo della bonifica e della messa in sicurezza di un sito inquinato sono decise dallo stesso inquinatore, che prepara un'analisi del rischio *ad hoc*, su cui vigila una Conferenza dei Servizi, ove siedono il Ministero dell'Ambiente (per i SIN) e solo i pubblici amministratori del Comune, Provincia, Arpa, Asl e Regione (per i SIG cioè i Siti di Interesse Regionale).

Così recita il Testo Unico sull'Ambiente.

Le concentrazioni soglia di rischio (CSR) sono il rischio accettabile – cioè quel che la dogmatica chiama "pericolo" o "colpa" – ma che cosa sia il rischio accettabile è deciso da chi quel rischio ha creato e ha interesse a rendere più basso possibile.

Chi ha il potere nelle Conferenze dei Servizi?

Salvo precarie e isolate eccezioni, vige la legge del più potente, che non è la derelitta pubblica amministrazione, ed è così perché deve essere così, dato che è la stessa legge ad aver voluto così.

Non sempre è così, ma proprio questo è il problema: la giustizia ambientale si fa ogni giorno in modo diverso, da caso a caso, e magari nello stesso caso ora è indulgente e tollerante – e non fa nulla – ora diventa intransigente e intollerante – e fa troppo, per non essere accusata di far nulla.

Sono problemi per la dommatica giuridica, o no?

31. Chi inquina paga?

I processi civili intentati dal Ministero dell'Ambiente per ottenere il risarcimento del danno ambientale si contano sulle dita di due mani o forse di una mano sola.

Quando il disastro è davvero terribile – o tale pare – e non sia possibile o paia difficile ottenere lo scudo penale (e civile) per via giudiziaria o extra giudiziaria, almeno *in extremis* come nel caso Eternit, scatta la corsa allo "scudo" penale per via legislativa (Ilva *docet*).

Scudo contro che cosa?

Se sei innocente da che cosa vuoi essere scudato? Se sei colpevole perché devi essere scudato?

Non basta che il diritto penale nel suo insieme sia già un grande e comodo scudo?

La crescente domanda di scudo penale – quando non è manifestamente faziosa – cela la crescente sfiducia nella giustizia del diritto penale, e questo è il vero, grande problema.

32. ...O la farsa diventa tragedia Quando il diritto penale è grottesco prima che ingiusto

Il diritto penale, appena lo si guardi dalla parte del carcere, pare una macchina fuori controllo.

Al 31 dicembre 2019, in carcere c'erano 3.205 rei di *danneggiamento a cose, animali e terreni*⁷², 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.

Dovrebbe indignare che in carcere ci siano così tanti danneggiatori di cose, animali e terreni e così pochi – nessuno? – colpevole d'inquinamento di aria terra e acqua di tutti.

C'è solo farsa – o una ben strana tragedia – nel fatto però che, sempre alla fine dello scorso anno, *i detenuti per delitti contro il sentimento religioso e la pietà dei defunti fossero 1.070*⁷³, 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 e difende allora 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 classi di criminali rivoluzionari o golpisti *superano i detenuti per omicidio e lesioni colpose*⁷⁴.

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 commercio⁷⁵!

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 colposo⁷⁶; 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*⁷⁷ 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)?

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.

⁷² *Ibidem.*

⁷³ Si vedano i dati disponibili sul sito dell'ISTAT.

⁷⁴ *Ibidem.*

⁷⁵ *Ibidem.*

⁷⁶ *Ibidem.*

⁷⁷ *Ibidem.*

Una strana creatura sociale, che dà letteralmente i numeri.

Perché?

33.

Riflettere di nuovo sulle cose prime del diritto penale

Dobbiamo tornare a riflettere sulle cose prime e *in primis* sulla storia del nostro diritto penale per capire le ragioni vere a causa delle quali siamo caduti così in basso.

Il passaggio dal diritto penale comune del medioevo al diritto penale illuminista e liberale doveva essere il passaggio da un diritto penale "negoziato" tra le parti, quindi imprevedibile, a un diritto penale oggettivo unico ed eguale per tutti fondato sulla inesorabile sovranità della legge.

Il Capitalista ha bisogno di un diritto prevedibile e calcolabile e allora, quando il Capitalismo ha cominciato a comandare nella società, la certezza del diritto è diventata un valore.

Il governo della legge – e il Giudice bocca della legge – però era una pia illusione, o meglio era *l'argomento ideologico* con cui la borghesia capitalista voleva liquidare l'assetto socio-politico feudale, frammentato in una miriade di poteri e fonti del diritto tra loro concorrenti.

Beccaria era un filosofo politico e non un giurista.

A questo secolare sistema che aveva prodotto il diritto comune radicato nella secolare tradizione romanistica, è succeduto un assetto socio-politico tutto nuovo – fondato su rapporti economici di produzione diversi – che si è riconosciuto nello Stato centralizzato e sovrano, molto più gradito al nuovo ceto dominante.

È cambiato il sistema delle fonti del diritto, che è stato imperniato sulla Legge, svalutando il Giudice e annichilendo il Giurista.

La conseguenza – spesso taciuta dalla retorica illuminista che ha beatificato Beccaria – fu che il diritto penale, creato con la Legge, si estese a dismisura nel campo sociale e fu asservito al potere dello Stato e usato come aspirapolvere sociale, o come *il giardiniere che deve eliminare le erbacce dal giardino*.

Alla giustizia del caso concreto abbiamo sostituito la certezza del diritto ma, in verità, non è affatto chiaro perché la seconda debba valere più della prima, e, soprattutto, non è affatto vero che il diritto penale sia realmente certo.

O meglio, è quasi certo che chi può scamperà sempre al diritto penale.

Se è vero quel che abbiamo appena scritto, è anche vero che il diritto penale è stato fatto dal... Capitalista, che ha fatto i suoi interessi e non gli interessi di tutti.

Che la legge dello Stato – o il provvedimento politico del Governo – possa essere iniqua – pare *un fatto nuovo e inesplicabile per la cultura giuridica tradizionale*, ma il problema è gigantesco e non ne può essere rinviata l'indagine, perché è in gioco la reale tenuta delle fondamenta stesse dello Stato sedicente liberale.

Si deve parlarne e subito e non possono farlo solo i giuristi.

34.

Può il Giudice penale far qualcosa contro il diritto penale ingiusto?

Può il Giudice penale far qualcosa contro il diritto penale ingiusto?

Il diritto penale del PM e del Giudice può sindacare la politica dell'immigrazione del Governo – o la politica del proibizionismo della droga – se essa, per quel diritto penale, produce fatti pienamente corrispondenti ad una fattispecie legale di un delitto?

Impedire l'attracco in porto di un barcone stracolmo di uomini e donne è, oggettivamente, un fatto che offende i beni giuridici, vita salute e libertà, dei cosiddetti migranti e integra indiscutibili fattispecie di reato.

È davvero però un fatto di reato?

Dove finisce il diritto penale e comincia la discrezionalità politica del Governo?

Può un Giudice penale arrivare a ipotizzare che una legge del Parlamento produca fatti che, oggettivamente, sono conformi a fattispecie di reato, e quindi non darvi applicazione perché non vuole commettere un reato?

Il Giudice che non applichi la legge criminosa commette a sua volta un reato?

Domande semplicemente impossibili un tempo, ma ora no.

Lo Stato declina nel tempo della internazionalizzazione e globalizzazione economica e finanziaria del potere e pare quasi che il diritto penale provi a divincolarsi dallo stesso Stato e vivere di vita propria col suo apparato.

Lo Stato non esiste quasi più come unità, deformato e polverizzato com'è in autonome istanze di potere, asservite a volontà di potenza e di riconoscimento sociale e a quello che abbiamo chiamato narcisismo di massa.

I Giudici però, a loro volta, non sono certo indenni dal nuovo virus.

Una imperdonabile ingenuità ha fatto credere a tutti che il sistema delle “correnti” sarebbe stato un passo avanti nel processo di democratizzazione, ma, invece, era fatale che ne nascesse quel che è nato e su cui non è il caso di intrattenerci qui.

La frammentazione della magistratura in correnti “politiche” ha reso evidente che *il diritto penale non è più unico per tutti i Giudici* perché ogni corrente politica, per necessità fatale, tende a costruire un diritto penale “politico” coerente con la visione del mondo – ammesso che ve ne sia una alla base dell’affiliazione – della corrente di riferimento.

Che cosa succede realmente oggi?

Politica e diritto sono solo Politica contro politica, “amici” contro “nemici”?

Nella società s’insinua il peggior possibile dei sospetti: la parzialità del Giudice che persegue il Politico.

Qualsiasi indagine di un PM – per un abuso d’ufficio, un traffico d’influenze o anche una corruzione – potrebbe essere stata *anche* per colpire il politico che sta da una parte che non è quella cui il PM, o meglio non è la “corrente” cui il PM appartiene.

Anche per questo il diritto penale sta morendo.

D’altra parte, l’atto che è esercizio di potere politico può *anche* integrare tutti gli elementi di una fattispecie di reato, e non è per nulla chiaro se e in che limiti il legittimo esercizio della discrezionalità politica scrimini il fatto.

Le leggi razziali – se fossero emanate oggi – sarebbero obbligatorie per il Giudice o il Giudice potrebbe esercitare l’azione penale contro il Governo e il Parlamento che abbia emanato provvedimenti oggettivamente delittuosi?

C’è – come non vederlo? – un enorme problema, cui è il caso di accennare.

35.

Il grande problema del rapporto tra diritto penale e politica

Il problema teorico è *generalissimo* – può il Giudice penale sindacare l’atto definibile come esercizio di discrezionalità politica che sia oggettivamente criminoso? – ma è troppo difficile e, soprattutto, se lo si vuol indagare, così com’esso si presenta davvero nella odierna prassi sociale, gli strumenti dell’analisi scientifica si rompono tra le mani di chi li usi.

L’obbligatorietà dell’azione penale e la discrezionalità dell’azione politica sono *istanze apparentemente in conflitto*, ma, in un ben regolato Stato liberale, il conflitto non c’è o se c’è resta invisibile.

Le stelle fisse dell'antico modello dello Stato Liberale, disegnato e favoleggiato nel XVIII secolo, brillavano forse nei tempi antichi, quando l'organizzazione dello Stato era meno complessa di oggi e il concetto di "servitore dello Stato" ancora non sembrava un'espressione vuota.

In quella società semplice, Giudice e Politico condividevano un *humus* culturale di fondo e il conflitto non c'era.

Ora quell'*humus* è marcito e tutto è cambiato.

Non c'è più divisione nitida tra i Poteri dello Stato che teorizzava Montesquieu, ma piuttosto guerra o guerriglia perpetua tra "amici" e "nemici" per controllare pezzi di spazio sociale, cioè per accrescere il proprio potere.

L'azione penale, difatti, non è più per nulla obbligatoria, ma discrezionale o meglio arbitraria, almeno quanto discrezionale o arbitraria è l'azione della politica.

I politici indagati dai PM gridano contro la politicizzazione dei PM stessi, e i PM si fanno scudo della legge che, però, fatalmente, usano per finalità che non debbono essere rivelate, anche solo nel momento in cui decidono contro chi puntarla e perché.

Oggi pare che il Politico abbia più potere politico dei Giudici, e, può influire e spesso influisce in mille modi su altri PM e altri Giudici, e di certo questo è un altro grande problema, come le inquietanti notizie di stampa su corruzioni o altri delitti che stanno inquinando l'apparato della giustizia penale lasciano temere.

Dire che il diritto penale non è anche politica è quindi difficile, ma ammetterlo sembra un sacrilegio.

È in gioco che cos'è realmente oggi lo Stato liberale e se sia davvero democratico, ovvero che *cosa significhi realmente* Stato liberale democratico nella crisi odierna.

Si sentono nell'aria i segnali premonitori dello scudo penale per i fatti di reato connessi alla morte di migliaia di uomini e donne durante la recente pandemia, e il pretesto che si fa ventilare è che il Giudice penale non potrebbe sindacare gli atti di esercizio della discrezionalità politica dello Stato e delle Regioni.

È vero?

Confesso di non saper rispondere: chi è più bravo di me, per favore, affronti il problema.

36.

**Che cos'è realmente Il *nullum crimen sine lege*
Giudice ha sempre creato diritto,
oggi come ieri, oggi ormai più di ieri.**

Il Giudice è soggetto alla legge o la legge è l'oggetto della creazione del Giudice?

Il problema è ancor più profondo.

È necessario ripensare *ab imis* i nostri dogmi, altrimenti continuerà a sfuggirci quel che accade davvero nella giustizia penale vivente.

Non è più chiaro come un tempo *che cosa significhi* che il Giudice è soggetto alla Legge, visto che è anche vero, e non può non esserlo, che la Legge è anche l'oggetto dell'attività interpretativa, e quindi *creatrice di diritto* dello stesso Giudice.

Il problema affligge la teoria del diritto *da sempre*, dacché esiste il diritto, perché separare che cosa è applicazione della legge mediante interpretazione e che cosa è creazione del diritto mediante interpretazione, è quasi impossibile, ma oggi il problema è più grave che mai.

Che il Giudice crei diritto, però, è vero – e resta vero anche nella nostra epoca culturale della storia del diritto – qualunque cosa si voglia credere in contrario.

Ogni conflitto ermeneutico su un qualunque principio di diritto è *un diverso diritto penale*, perché sfocia in una diversa e anche opposta conclusione se un certo fatto costituisce o no delitto: per l'uno, che interpreta la parola X nel modo A, quel fatto è reato, e per l'altro, che interpreta la stessa parola X nel modo B, quel fatto – lo stesso fatto – non è reato.

L'ultima istanza, le Sezioni Unite della Cassazione, intervengono di rado.

Comanda sempre l'uomo molto più che la legge.

Partire da qui, dalla discussione di questo dogma, invece, avrebbe un salutare effetto di onestà intellettuale.

Si pensi alla corruzione.

Ieri, ai tempi di "mani pulite", il Giudice pareva più forte del Politico mentre oggi pare vero l'opposto: nessuno studio scientifico sulla corruzione può fare a meno di mettere a fuoco il *set* e il *setting* sociali in cui si collocano i fatti che chiamiamo corruzione.

Alla scienza giuridica, però, questi problemi restano pressoché invisibili, e forse allora è necessario che cambi la scienza giuridica, se non vuol correre il rischio di parlare di un diritto penale diverso da quello che c'è.

Si potrebbe sperare che il problema si risolva da sé: basta che i Giudici applichino la Legge e non la cavalchino, ma per l'appunto questo è il problema e non la soluzione.

37. Scalare l'Everest?

Quando è iniziato il declino della scienza giuridica?

Difficile dirlo.

Forse da quando il grande filosofo del diritto Hans Kelsen inventò la teoria pura del diritto, secondo la quale il diritto deve essere studiato, per esser scientifico, solo come pura forma, sganciato dai valori – cioè dall'idea di giustizia – e dai fatti – cioè dall'effettività delle cause e conseguenze sociali del diritto stesso⁷⁸.

O forse anche prima, con l'illuminismo che ha fatto credere a tutti che il diritto fosse la legge e che la giustizia fosse necessariamente incarnata nella legge, e così tutti abbiamo dimenticato che la legge positiva è e sempre sarà *un atto di arbitrio*, il comando di chi può imporre la sua volontà nella società.

I penalisti hanno dimenticato l'antico mestiere del Giurista, l'opera eclettica di mediazione culturale tra leggi e società in cui consiste la loro – la nostra – peculiare arte e sono – siamo – tutti diventati penalisti positivi, e così hanno – abbiamo – potuto dedicarci alla purissima teoria generale del reato.

Il rapporto tra Giudice e Legge, però, non poteva essere quel che l'illuminismo aveva predicato, perché non c'è modo di non ammettere, se si vuol ragionare davvero, che *la Legge non parla da sola* e quindi non incarna mai un significato unico e oggettivo che il Giudice si limita ad applicare al caso concreto.

Le presunte regole dell'interpretazione – *voluntas legis* e/o *legislatoris*, argomento teleologico o argomento sistematico – sono divenute, con l'usura del tempo, poco più che affabulazioni, residuati di un passato remoto anche di secoli, che ormai servono solo a razionalizzare *ex post* la decisione cui il Giudice è pervenuto *aliunde*.

Cambiare si può.

Si tratta, però, di scalare l'Everest, perché quasi tutta la nostra cultura giuridica – che tuttora idolatra Beccaria, scordando forse che l'illuminismo del XVIII secolo possa essere diverso dall'illuminismo necessario nel XXI secolo – non ne vuol nemmeno sentir parlare.

Accettare l'evidenza del peso del Giudice e della società nella creazione del diritto avrebbe evidentemente una portata sovversiva sul sistema – innanzi tutto sulla reale portata delle garanzie costituzionali – e per questo si finge di non vederlo.

⁷⁸ V.H. Kelsen, *Lineamenti di dottrina pura del diritto*, Einaudi, 2000 (pubblicato per la prima volta nel 1934).

Quid iuris se cambia all'improvviso il corso della giurisprudenza?

Rendiamo retroattiva la sentenza delle Sezioni Unite che abbia risolto il conflitto?

E se le Sezioni Unite non hanno deciso?

Ma, ancor prima, *quid iuris* se, come detto, nella giurisprudenza c'è un conflitto di interpretazione?

La condanna o l'assoluzione diventa questione di buona o cattiva sorte, di buona o cattiva stella?

Tutti i principi di garanzia richiedono una profonda revisione se si guardi al diritto come opera creativa anche del Giudice.

Ma ci sono anche ampi spazi che si aprono perché il Giudice potrebbe essere l'attore di una progressiva e reale giustizia nel diritto, e se ora così non è, bisogna capirne le ragioni.

Per i deboli, però, non cambia quasi nulla e oggi gli stranieri sono i più deboli tra i deboli e troppo pochi li difendono.

38.

L'elettrodomestico sociale detto "spazzacorrotti" funzionerà? Regolare le *lobbies* è una buona cosa?

Il nuovo elettrodomestico sociale detto "spazzacorrotti" risolverà l'ingiustizia plateale del ridicolo numero di corrotti e corruttori nel carcere?

È lecito dubitarne, perché la legge, alla fine, è solo una proposizione del linguaggio, manipolabile a piacere da chi ne abbia il potere e da sola non basta.

Che sia così è talmente vero che nessuno, pur sapendolo, sarebbe disposto ad ammetterlo.

Il vero grande problema è che nasca per davvero una cultura contraria alla corruzione.

Alcuni – anche in buona fede – spingono per una legge che regolamenti le *lobbies*, e sperano che *l'istituzionalizzazione della pratica sociale del mercanteggiamento della cosa pubblica* favorirà davvero una cultura dell'anti corruzione.

Il lobbismo aiuta solo chi abbia denaro bastevole per pagare un lobbista e, quindi, sostenere che il lobbismo sia il cuore della democrazia è quantomeno un po' sospetto.

Si dice che la politica costa e che è inevitabile prenderne atto.

Non è affatto necessario invece che la politica debba essere contaminata dal denaro: dirlo conviene solo a chi di denaro ne ha molto, ma non conviene affatto a chi ne ha poco.

Provare a sostenere con convinzione il contrario – che la politica, la vera politica, non debba essere contaminata dal denaro – dovrebbe essere il fronte di una *grande etica collettiva condivisa* ma, allora, tutti coerentemente dovremmo opporci al lobbismo in qualunque forma.

Chi sta in carcere – questo è certo – non aveva e non ha una *lobby* che lo proteggesse e che ancora lo protegga, altrimenti in carcere non sarebbe finito mai.

Il diritto penale è molto più grande e complesso di quel che i penalisti credano.

Il diritto penale della corruzione non è quindi solo quello che è scritto nelle leggi ma è anche e forse soprattutto quello che è scritto nella cultura o meglio nell'ideologia volta per volta dominante nella società.

Parlare di lobby è indispensabile se si vuol parlare di corruzione, ma se lo si fa, lo si deve fare davvero fino in fondo.

39.

Il diritto penale è l'*extrema ratio* come si scrive nei manuali e nei commentari?

Molto si può fare ma non si fa quasi nulla e allora bisogna chiedersi il perché.

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

Non c'è bugia più grande: la teorica dei beni giuridici serve solo a legittimare lo *status quo*, come del resto l'intero edificio del diritto penale sedicente liberale, ma c'è anche di peggio.

Abbiamo quasi 30.000 fattispecie di reato, e almeno i 4/5 di esse sono del tutto inutili, molto fumo e niente arrosto.

Il sistema penale è solo una successione disorganica, cioè asistemica, di strati di norme sempre più confuse e mal scritte.

Perché non si pota finalmente il grande albero della giustizia, o meglio del diritto penale?

In tempi brevi si potrebbe ridurre il diritto penale a non più di 3.000 fattispecie di reato, o forse 300, ma nessuno lo vuole perché a nessuno conviene.

Un apparato giudiziario mastodontico e ingovernabile, una quantità di entropia interna ormai devastante, giova forse a molti degli attori dello spettacolo della giustizia penale, perché tutti, chi più chi meno, sanno di maneggiare un potere cospicuo e sanno che quando vige la legge del caos lo spazio del potere si dilata e fa presto a diventare arbitrio.

Gli avvocati ci sguazzano e anche i dottori, visto che il mercato dei pareri *pro veritate* – sublime ipocrisia! – è ancora florido, anche se non è chiaro quale privilegiato accesso alla verità giuridica abbia ormai il Giurista, visto che il diritto sta nella legge e non nella sua opinione.

Il diritto penale di oggi giova all'intero ceto professionale dei Giuristi dell'ingiustizia penale!

Il caos non giova invece a quelli che il gioco lo subiscono, che poi sono alla fine i soliti noti, ma non giova nemmeno alla società.

40.

Il nuovo medioevo del diritto penale è alle porte, anzi è già qui! È di nuovo il tempo della giustizia negoziata?

La stasi della cultura penalistica talvolta è palesemente patologica.

La legge penale è ancora il Codice Rocco e il meno che ci si possa aspettare è che il linguaggio di cui esso è fatto soffra ormai l'usura del tempo, visto che intorno ad esso la società si è trasformata e ancora si trasforma con ritmi incessanti.

Il Codice Penale Rocco rifletteva l'*ethos* morale e politico, ma anche ontologico ed epistemologico, della società autoritaria di allora, ma oggi, almeno speriamo, la società è mutata e quell'*ethos* – paternalistico e autoritario – non dovrebbe più funzionare.

Il diritto penale della droga riflette un *ethos* che, come abbiamo accennato, non ha nulla di liberale, ma è perfettamente consonante con lo *Zeitgeist* fascista degli anni '30 del secolo passato.

Per ragioni mai ben chiarite, ogni progetto di riforma del Codice Penale è stato però abortito e, così, tratti ideologici palesemente quasi autoritari continuano più o meno furtivamente ad avvelenare il diritto penale di oggi.

C'è anche un altro ovvio problema.

Il potere del Giudice – alle prese con un sistema di disposizioni legali necessariamente datate e quindi sempre meno adatte alla società in trasformazione –

oggi è necessariamente assai più lato di ieri e il Giudice conta assai più della Legge, e lo sa.

Avanzano le ombre.

Ci sono procedimenti che marciano veloci – chissà verso dove e perché – e procedimenti che rallentano fin quasi fermarsi e altri ancora che spariscono.

Chi sa perché?

Viviamo dentro un illuminismo liberal-democratico che è solo facciata, ma dietro c'è il vuoto.

Sarebbe ora di metter mano davvero a un nuovo Codice Penale ma nessuno pare d'accordo e la letteratura è piena di articoli e saggi da cui pare quasi che costruire un nuovo Codice Penale sia impresa titanica, disumana.

Tutte esagerazioni che, però, rivelano un fondo significativo: ancora crediamo nella mistica ideologica della Legge, ovvero del Codice Penale, più o meno come credevamo a Dio.

Vige una retorica un po' superficiale che – anche di fronte alle bocciature della CEDU (vedi il caso Contrada)⁷⁹ – ancora nega che il Giudice crei diritto perché è più comodo pensare che il diritto lo faccia solo la Legge, e così si lascia tutto com'è.

41. Il giudice burocrate

La cultura giuridica che da noi è tuttora egemone ha prodotto anche altri guasti.

Il Giudice è diventato un funzionario dello Stato, un burocrate, ed era fatale che, come ogni burocrate, da un lato cominciasse a soffrire di quell'insidioso male che è *l'indifferenza e il disimpegno morale* che è caratteristico di ogni burocrazia – Weber lo chiamava disincanto⁸⁰ – e dall'altra ha cominciato a coltivare *la passione dominante di fare carriera nell'apparato* e a cercare la strada migliore e più breve per raggiungere l'agognato posto di comando.

Il Giudice allora si iscrive alla "corrente" che gli paia più potente.

I favori ricevuti poi devono essere ripagati ed ecco servita a tavola l'attuale drammatica crisi della giustizia.

⁷⁹ Corte EDU, sez. IV, sentenza 14 aprile 2015, n. 66655/13.

⁸⁰ M. Weber, *La scienza come professione*, in *La scienza come professione. La politica come professione*, Mondadori, 2006, pp. 19 ss.

I sistemi di corruzione che affiorano dalle cronache probabilmente sono solo la punta dell'*iceberg* la cui parte sommersa non emergerà mai: l'abbiamo già detto, ma *repetita iuvant* visto che la cultura del sistema penale non vuole accorgersi dello stato di massimo degrado in cui è precipitato il diritto penale.

Il Giudice – non tutti, ma coloro che così non sono debbono farsi sentire di più! – entra in una rete di potere – una piccola mafia in lotta con altre piccole mafie – ed è ingenuo se pensa che, quando farà il Giudice, cioè eserciterà la giurisdizione, sarà davvero indipendente.

Nei nostri tempi, troppe volte è allora fin troppo evidente che il diritto penale è ridotto a *una giustizia negoziata tra le parti e il Giudice fa da arbitro, e si tratta di una giustizia parallela a quella visibile*, in cui l'obiettivo è approdare non all'esito naturale del processo, proscioglimento o condanna, ma ad un esito che ora premi l'uno e ora l'altro, talvolta è un esito compromissorio, un pareggio senza vinti né vincitori in cui tutti hanno vinto almeno un po', quel che basta.

Di qui il gran successo che, come già detto, riscuote la prescrizione, che alla fine garba a tutti quando il processo è "delicato" ed è sempre delicato quando alla sbarra c'è il potente.

Stiamo tornando indietro nel tempo, con la differenza che, nel diritto comune, la negoziazione a cui il diritto penale – giustizia o tentativo di giustizia del caso singolo – tendeva, con la colta elaborazione dei grandi giuristi, avveniva alla luce del sole; ora invece, che dovremmo finalmente vivere nel diritto penale dell'illuminismo, tutto avviene all'ombra della Legge eguale per tutti, nel buio della notte.

La questione morale quindi non è solo – e già sarebbe d'inaudita gravità – affare interno al CSM, perché le trame svelate in quel caso sono storia normale nella vita reale della giustizia penale che, evidentemente, non è più molto giusta.

Chi spera che basti cambiare le regole per l'elezione dei componenti del CSM non ha capito granché e se non ha capito è perché non vuol capire.

42.

Può cambiare qualcosa? Meno diritto penale, meno Giudici, meno processi

Oggi il Giudice ha perduto di credibilità nella Società.

Perché è accaduto?

Oltre alle ragioni esogene di cui abbiamo accennato – la decadenza morale complessiva ha infettato come un virus anche l'apparato burocratico dei Giudici – ci sono altre ragioni endogene.

Non siamo tra coloro che non credono agli Stati Generali del diritto penale, a meno che non siano davvero quel che l'espressione magniloquente vorrebbe suggerire: una grande Assemblea che riscriva il diritto penale dalla A alla Zeta.

La prima fondamentale missione è restituire al Giudice e alla sua attività, la giurisdizione *quell'aura di rispetto* che è andata perduta.

Un diritto penale davvero minimo – 300 reati? – consente di ridurre il numero dei Giudici – e anche dei PM e degli avvocati – e quindi di curare di più la loro formazione.

Si deve cominciare dai giovani, prima, durante (soprattutto) e poi anche dopo l'Università, quando si formano i nuovi avvocati, PM e Giudici.

Oggi *la cultura è sparita prima di tutto dalle Università*: nelle facoltà di legge, ormai lunghe cinque anni, proliferano come funghi i corsi di diritto, in cui si apprendono norme e sistemi di norme, ma non nasce più quasi nient'altro.

Perché si elevi il quoziente di moralità collettiva nella società e nell'apparato della giustizia penale è però necessario un grande balzo in avanti della cultura perché *il degrado della morale si alimenta col degrado della cultura*.

Non può bastare che il Giudice superi il concorso – in cui dà prova solo di un discreto grado di padronanza tecnica dello stile e del modo di far diritto che è in voga – perché, dopo un breve tirocinio, diventi Giudice.

Il Giudice deve essere molto di più.

Nel 1991, pochi mesi prima d'essere ammazzato, Falcone scriveva che il Giudice antimafia non deve saper solo di legge, ma deve avere una cultura interdisciplinare, senza la quale non può comprendere il nemico che ha davanti⁸¹.

Nessuno lo ha ascoltato.

43.

Il Giudice come incarnazione della miglior conoscenza e della più alta giustizia del suo tempo La rivoluzione impossibile?

Nulla s'insegna ai futuri Giudici, PM, Avvocati e Professori, di quelle culture che stanno trasformando a ritmi impressionanti la vita di tutti e che per forza di cose debbono trasformare anche il diritto e il diritto penale in particolare.

⁸¹ G. Falcone, M. Padovani, *Cose di Cosa Nostra*, cit.

Se lo studente medio iscritto a giurisprudenza forse non conosce nemmeno la differenza tra logica deduttiva e logica induttiva, di certo non sa nulla di filosofia della mente, psicologia e psicoanalisi, filosofia morale, filosofia e metodologia basilare della scienza o di linguistica o di tant'altro, non sa nulla cioè di quelle discipline, scientifiche e umanistiche, che, nelle forme d'allora, nelle antiche scuole di diritto del medioevo, il futuro giurista non poteva non imparare.

Il penalista di oggi è, *mutatis mutandis*, molto meno colto del penalista dell'*ancien régime*, il che è desolante perché se, nel medioevo e nel rinascimento, era evidente che la formazione del giurista doveva essere ampia e approfondita, non è dato capire perché oggi non sia ancora vero.

Siamo nell'era delle neuroscienze e dell'intelligenza artificiale, nel bel mezzo delle rivoluzioni digitali dei nuovi *media*, ma nulla o quasi – salvo mirabili eccezioni – trapela dalle nostre Università.

Quando, dopo la laurea, il giovane laureato frequenterà le Scuole di Specializzazione di Avvocato o di cosiddetta alta formazione della Magistratura, continuerà a non sapere nulla o quasi dell'Uomo, né dal punto di vista filosofico né da quello scientifico, ma non sa nulla o sa pochissimo anche della Società in cui egli stesso vive.

Siamo anche nell'era di un Capitalismo che dispiega sempre maggior prepotente potenza nella società, spesso sovrasta in sovranità reale anche lo Stato (le grandi *corporation* multinazionali sono, o possono essere, il vero Contro-Stato) e non occulta certo il proprio *lato oscuro*, che la vulgata comune rifiuta di vedere per compiacente servilismo, per comodità e ignoranza.

I nuovi volti di un potere rapace, che può distruggere vite e natura e identità umana senza quasi più regole, sfugge sistematicamente al *radar* obsoleto del diritto penale.

Lo studente di giurisprudenza non può nemmeno capirlo, però.

Il Giudice, oggi, se ha una vera e profonda cultura, se l'è fatta da solo, il sistema non si è curato minimamente di provvederlo degli strumenti del difficile mestiere di pensare e di comprendere l'uomo e la Società, perché il sistema, fondato sulla Legge e non sul Giudice, è nato in fondo con l'obiettivo di fare del Giudice solo un fedele burocrate e quindi la cultura giuridica ha cominciato a isterilirsi in pseudo-sapere tecnocratico di consistenza sempre minore.

Non è più possibile accettare che un Giudice, che decida un caso di morte o lesione o inquinamento, non sappia nulla delle scienze tecniche – l'epidemiologia, ma non solo – senza le quali il fatto gli sarà sempre incomprensibile, ma non è più nemmeno possibile accettare che un Giudice condanni al carcere – e talvolta alla morte – un tossicodipendente senza saper nulla delle scienze psicologiche e psichiatriche sulla droga.

Un Giudice non può però saper tutto e difatti non deve occuparsi di tutto.

Il futuro sistema dovrà essere fondato su un'ampia cultura di base e poi su una specializzazione culturale del Giudice e degli altri attori del processo: dovranno nascere Giudici che sappiano davvero di droga e Giudici che sappiano davvero di mercati finanziari o di scienze dell'inquinamento, di *risk assessment*.

I Giudici debbono essere selezionati tra gli uomini e le donne migliori, un po' come pensava Platone che i filosofi dovessero occuparsi di politica.

44.

La Costituzione quel Libro Sacro che parla da sé!

C'è la Costituzione?

Abbiamo la Costituzione più bella del mondo, si dice, e forse è anche vero: ma idolatrare la Costituzione come se fosse un Libro Sacro, e non solo il precipitato culturale di un particolare e irripetibile momento della nostra storia giuridica, è far torto alla stessa Costituzione.

Se è vero, ma forse no, che una buona società non ha bisogno di eroi, è certo vero che una buona e giusta società non ha bisogno di Libri Sacri che diventano solo l'oggetto di una religione laica, che però è pur sempre una religione.

La religione è quel che i suoi sacerdoti la fanno divenire.

La *Grundnorm* kelseniana è un'entità nebulosa, priva di contenuto, pura forma.

La Costituzione parla innanzitutto con la bocca dei Giudici della Corte Costituzionale ma, almeno fino ad ora, non si può dire che la Consulta abbia osato incidere in profondità nel sistema per risanare le gravi malattie del nostro diritto penale.

La Consulta in questi tempi pare essersi votata ad una leale collaborazione istituzionale col Parlamento, ma non è questa la missione che compete al Giudice delle Leggi che, in quanto tale, è anche Giudice del Parlamento.

Quel che forse è interdetto al Giudice ordinario – sindacare la legge – non lo è al Giudice delle Leggi.

La Consulta però dice che quando c'è da fare un bilanciamento di interessi, tutti protetti dalla Costituzione, spetta al Parlamento e non alla Consulta decidere quale sia il punto di equilibrio.

Ci s'inchina alla discrezionalità sovrana del Legislatore.

Che cosa fa allora la Consulta, se crede di non poter sindacare la discrezionalità del Legislatore, cioè il modo in cui quella figura mitica, che non esiste, ha composto la matassa degli interessi in conflitto?

Che cosa significa realmente che la Consulta giudica le Leggi alla stregua della Costituzione?

Perché la Consulta crede di non poter decidere se il fatto della diffamazione deve essere punito col carcere⁸²?

Perché onore del diffamato e libertà personale del diffamatore sono diritti in conflitto e non tocca alla Consulta – ma bensì al Parlamento sovrano – deciderne il delicato equilibrio?

Ogni questione di legittimità costituzionale rimessa alla Consulta cela sempre un conflitto tra opposti diritti e interessi, in qualche modo tutti fondati sulla Costituzione, *la Costituzione non dice mai dove sia il punto di equilibrio e di giusto bilanciamento*, che infatti muta col tempo e con la cultura, e muta soprattutto da Giudice a Giudice.

La Consulta *crea* la Costituzione con le sue sentenze, perché sempre, quando decide, risolve conflitti tra diritti e interessi confliggenti e lo fa alla luce di *sistemi di valore* che sono inevitabilmente contaminati da soggettività morale e, quindi, dal grado di cultura e dalla visione del mondo dei Giudici che danno vita alla Costituzione.

Il Giudice Costituzionale deve impersonare una Giustizia.

Perché la disumanità del carcere è stata denunciata dalla Corte Europea di Strasburgo e non dalla Corte Costituzionale di Roma?

È una domanda che non ha risposta.

Perché i familiari di un giovane suicida detenuto in carcere in attesa di giudizio sono dovuti andare fino a Strasburgo per far valere il diritto alla vita del loro caro e ottenere dalla CEDU, e non dalla Consulta, il riconoscimento che lo Stato italiano poteva e doveva prevenire la morte di quell'uomo⁸³?

La Costituzione e la Corte Costituzionale non hanno impedito lo sfascio morale del sistema.

⁸² Il riferimento è alla recente ordinanza n. 132 del 2020, con la quale la Corte Costituzionale ha rinviato di un anno la decisione sulla questione di costituzionalità costituzionale della pena detentiva prevista in caso di diffamazione a mezzo stampa, sollevate dai Tribunali di Salerno e di Bari –con ordinanze emesse, rispettivamente, il 9 e il 16 aprile 2019 –, invitando il Parlamento a intervenire nel frattempo a disciplinare in via legislativa la materia (cfr. Corte cost., ord. 26 giugno 2020, n. 132).

⁸³ C. EDU, sez. IV, sentenza 4 giugno 2020, n. 50988/13.

45. Cenni all'affare Cappato

Si faccia l'ipotesi che accada qui ed ora un altro caso Cappato.

Il meritorio attivista, dopo la sentenza della Consulta e l'inerzia del Parlamento sulla materia del suicidio assistito, che cosa farà per aiutare l'uomo che voglia porre fine con dignità alla sua vita che ormai è solo crescente intollerabile dolore senza alcuna speranza di guarigione?

Se fa quel che la Consulta ha stabilito⁸⁴, perché non vuole essere punito a norma dell'art. 579 c.p., si deve rivolgere a un Ospedale Pubblico e poi al Comitato Etico di quell'Ospedale perché così ha statuito il Giudice delle Leggi: è chiaro a chiunque che con questo singolare *decisum* la Corte ha inventato, non solo creato, un diritto che non solo non c'era, ma che è anche un cattivo diritto, come è cattivo ogni diritto di fatto inapplicabile, o applicabile solo in modo non conforme a giustizia umana.

Cappato o chi per lui rivolgerà un'istanza al Comitato Etico dell'Ospedale in nome e per conto del morituro o vi provvederà egli stesso?

Che cosa può sapere un Comitato Etico della sofferenza di un uomo condannato ormai solo a soffrire sempre di più, senza più futuro, visto che *nessuno può dire di saperlo davvero*, a meno che si trovi in quella disperata situazione (il che è impossibile)?

Nessuno può davvero pensare di sapere che cosa si provi in quella tragica condizione ormai non più umana.

Proprio qui, in questa impossibile identificazione con uno stadio estremo e indicibile della condizione umana, sta *l'iniquità profonda* di ogni meccanismo burocratico di sindacato sulla volontà dell'uomo che chiede aiuto.

Il Comitato Etico magari deciderà che, in fondo, le sofferenze di quell'uomo non sono così insopportabili come l'uomo dice e *così lo umilierà una volta di più*, rigettando la sua istanza, o forse stabilirà che esiste qualche vaga *chances* di sopravvivenza o di parzialissima guarigione, che quell'uomo invece non vuole più, perché vi vede un'illusione ch'egli non vuol più avere, perché vi vede solo l'atroce protrarsi di una vita indegna.

Il peggio è, però, che forse nessuno nell'Ospedale Pubblico prenderà in carico una tragedia così scottante, e, con ogni probabilità, il Comitato Etico, se esiste – di certo ce ne sono pochi –, rifiuterà di occuparsene.

Chi glielo fa fare di prendersi in carico un problema così? Ricuserà la competenza. Oppure prenderà tempo. Rinvierà. Così è la burocrazia. O deciderà. Come? A maggioranza o all'unanimità? Basterà il dissenso di uno solo, magari motivato da

⁸⁴ Corte Cost., n. 242 del 22 novembre 2019.

qualche riserva di coscienza, della *sua* coscienza e non della coscienza dell'uomo che chiede di morire? Che cosa c'entra, però, la coscienza della persona, di quell'unica, che sta nel Comitato Etico e che dice «no» con l'uomo o la donna che chiede di morire?

46.

A quale etica s'è ispirata la Consulta?

All'etica della Costituzione? Quale è questa etica?

E il Comitato Etico a quale etica ispirerà le sue decisioni??

Il girone infernale della burocrazia, la vita umana derelitta a scartoffia burocratica.

L'uomo che vuole solo un aiuto per morire potrebbe dire «no, io non voglio diventare una pratica burocratica solo per alleggerire la coscienza di tutti».

Il nuovo Cappato allora organizzerà il viaggio del dolore verso la vicina Confederazione Elvetica.

Un PM italiano, però, a quel punto, forse non solo potrà ma dovrà esercitare l'azione penale per aiuto al suicidio perché, pur sussistendo le condizioni sostanziali indicate dalla Corte, *non si sono verificate le condizioni burocratiche formali* che la stessa Corte ha puntigliosamente precisato.

Quid iuris?

Il fatto è o non è scriminato?

A rigore, no, il fatto, quel fatto, costituirà ancora il delitto di aiuto al suicidio.

A che è servita in fondo allora questa sentenza?

Bisogna proteggere i più deboli? Che cosa vuol dire, al di là del suono comodo e tranquillizzante di queste parole? Chi è più debole dell'uomo che chiede di essere aiutato a morire perché non può fare nemmeno questo? Proteggerlo da chi? Da se stesso? Chi ha titolo per sapere che cosa vuol dire proteggere un uomo o una donna in quelle condizioni?

Siamo solo noi che vogliamo proteggere noi stessi perché non abbiamo abbastanza coraggio di sopportare il peso dell'atto di amore e di compassione che Cappato ha avuto il coraggio di mettere in atto.

C'è bisogno ovunque, in qualunque ramo della giurisdizione, di Giudici sempre più colti nel più alto significato della parola, possibilmente meno tecnocrati, meno trepidi e tiepidi moralmente, forse anche meno imparziali e distaccati, più sensibili all'intuizione morale della condizione umana per averla sentita dentro di sé, capaci del

coraggio della giustizia e non solo troppo timorosi d'essere criticati da qualcuno e voler quindi trovare l'impossibile quadra di un dilemma che non ha una soluzione buona per tutti, e che quindi deve avere l'unica soluzione che l'uomo o la donna ha chiesto per sé.

Se non si parte da qui non si arriva da nessuna parte.

BILANCI PROVVISORI

47.

Decresce la violenza e cresce la passione del punire

Proviamo un primo bilancio.

Nella società diminuisce la violenza – il tasso di omicidi volontari è sceso all'0.6 per 100.000 abitanti⁸⁵ e non è mai stato così basso in tutta la storia dell'umanità, ma il *trend* di decrescita vale per quasi tutti i delitti comuni – ma il numero dei detenuti cresce apparentemente senza sosta e senza una chiara ragione.

La più grande democrazia liberale del mondo – gli USA – detiene anche il *record* mondiale del tasso d'incarcerazione, nonché del numero assoluto di carcerati, e supera – e non di poco – la Russia e la Cina, che non sono democrazie liberali.

I detenuti sono quasi tutti di etnia e classe sociale facilmente identificata.

In Italia accade lo stesso, sebbene (ancora?) su scala minore.

In carcere certo ci stanno anche gli omicidi dolosi e i colpevoli, o presunti tali, di lesioni dolose, violenze sessuali, sequestri di persona, maltrattamenti in famiglia. Non sono ancora spariti, sebbene non siano più nemmeno la maggior parte dei delitti per cui oggi chi infrange il diritto penale sta in carcere.

Per lo più i detenuti anche per quei delitti sono miserabili, i soliti noti.

La passione di punire appassiona di più e cresce inesorabile, si soddisfa con velocità encomiabile quando alla sbarra *c'è il debole che non si difende* e, infatti, in 10 anni le condanne più severe sono aumentate di oltre il 50% e quelle più lievi sono diminuite del 30%, malgrado, come più volte ricordato, i delitti tendano costantemente a diminuire⁸⁶.

Perché accade?

Non c'è una risposta pronta e facile ma questa non è una buona ragione per non porre la domanda.

⁸⁵ ISTAT, *Le vittime di omicidio. Anno 2018*, 5 marzo 2020.

⁸⁶ Antigone, *Il carcere secondo la Costituzione*, cit., sezione "Le pene si fanno più severe e la popolazione detenuta invecchia".

Oppure sempre trionfa

«il piacere di far violenza: piacere che come tale risulta apprezzato in misura tanto più alta quanto più bassa e umile è la condizione del creditore nell'ordinamento della società, e che può facilmente apparirgli come un boccone prelibato, anzi come pregustazione di un rango più alto»^{87?}

48.

La passione, però, diminuisce assai quando alla sbarra c'è il potente

Il sistema penale è profondamente iniquo.

Dobbiamo rimediare e sgravare la schiena di quelli cui la vita già grava fin troppo – i deboli – e vigilare con reale serietà ed efficienza su chi dalla società riceve i benefici maggiori – i potenti.

I potenti di oggi si lamentano per l'eccessivo carico del diritto penale, ma è tutta solo ipocrisia, o meglio è solo il gioco delle parti.

Il potente è, per definizione, più libero e *quindi deve essere considerato più colpevole del debole* che, come abbiamo rilevato dapprincipio, nella stragrande maggioranza dei casi non ha nemmeno finito la scuola dell'obbligo.

Il diritto penale deve ancora cominciare a fare i conti coi delitti dei potenti e, non essendo attrezzato per questo difficile compito, la scarsa cultura nelle materie in cui invece la cultura è decisiva per ben giudicare, agevola il processo di decadimento morale in corso che ha anche altre cause concomitanti – la burocratizzazione del ceto *in primis*⁸⁸.

Il Codice Rocco deve andare in pensione, ma non è affatto necessitato che debba succedergli un nuovo unico Codice Penale.

La separazione tra una parte generale – valida per tutti i reati – e una parte speciale – col catalogo dei reati – è iniziata nel XVI secolo con i lavori pionieristici di Tiberio Deciani e, nei secoli dopo, il processo di codicizzazione del diritto penale è stata un'opzione metodologica dettata *dall'ideologia della certezza* di cui il Capitalismo era portatore.

Ora l'ideologia deperisce anche perché l'idea che il linguaggio possa incapsulare in poche proposizioni l'inesauribile magma della realtà umana si è rivelata una illusione di una linguistica primitiva.

⁸⁷ F. Nietzsche, *Genealogia della morale*, Adelphi, 2017, p. 53.

⁸⁸ E. Pazé, *Anche i ricchi rubano*, Edizioni Gruppo Abele, 2020.

L'esito è stato solo il feticismo della parola della Legge, dietro cui c'è il vuoto, o meglio la volontà del Giudice.

Dobbiamo entrare nell'era del *post* Codice Penale e invece abbiamo codificato il principio della riserva del Codice!

Non è detto affatto che servano una parte generale e una parte speciale.

Che il dolo del tossicodipendente sia la stessa cosa del dolo del datore di lavoro o dell'omicida passionale o del *boss* mafioso è davvero una bislacca opinione, e ancor più lo è l'opinione che la colpa del medico sia la stessa cosa della colpa del datore di lavoro o del pirata della strada.

Un diritto penale della droga è tutt'affatto differente da un diritto penale dell'impresa capitalista, ma anche il diritto penale dell'impresa capitalista che gestisce servizi finanziari è tutt'altra cosa dal diritto penale dell'impresa Capitalista produttiva di beni.

49.

L'urgenza della disciplina del Capitalismo

Il Capitalismo contemporaneo è, per ideologia divenuta, quasi religione nella Società, sempre più insofferente a lacci e laccioli, cioè alle norme che ne disciplinino l'attività volgendola al bene comune.

Non dovremmo più accettarlo.

Un nucleo chiaro e potente di norme capaci di regolare, in singole aree, il sempre più rampante e sregolato Capitalismo del nostro tempo, Mafia inclusa – perché anche essa è un prodotto del Capitalismo (anzi ne è una versione allo stato puro) – gioverebbe anche a quella parte di Capitalismo, che pure esiste, e sarebbe disponibile davvero, e non solo a parole, ad accettare le regole di uno Stato davvero liberale e democratico se questo Stato sapesse fare quel che deve.

Non è affatto scontato che al centro di questo nuovo diritto, che ancora non c'è, debba esserci ancora il carcere, odioso e arcaico strumento nato agli albori della Società capitalista per gravare sui poveri e sui derelitti che non potevano essere utilizzati dal Capitale.

L'arsenale delle possibili sanzioni è assai più ricco e lo sappiamo assai bene.

Il potente è sensibile quando lo si tocchi nel portafoglio e nella sua reputazione sociale: ci sono modi per ottenere effetti deterrenti reali senza necessità di fingere di minacciarli il carcere che già si sa che il potente riuscirà sempre a scampare.

Se il carcere non funziona per i potenti, inventiamoci qualcosa d'altro che funzioni davvero.

Ci vuole molto tempo, ma forse si può cominciare subito.

50. Quando il gioco è ignobile

Talvolta, però, il gioco è davvero ignobile e andrebbe smascherato subito.

Al 30 aprile 2019, c'erano 55 bambini di meno di 3 anni d'età che vivevano in carcere con le loro madri, 51 donne di cui 31 straniere e 20 italiane⁸⁹, alle quali non è stata concessa la possibilità di accedere alle misure alternative dedicate proprio alle madri detenute.

A metà 2018 le madri con i bambini in carcere erano 70⁹⁰.

La psicologia scientifica contemporanea possiede le prove che i primi tre anni di vita sono decisivi per il futuro sviluppo intellettuale ed emotivo del bambino⁹¹.

Tra vent'anni, forse, un altro Giudice, o lo stesso che negò alla madre la misura alternativa alla detenzione, punirà il figlio perché questi era colpevole e imputabile quando commise un delitto.

Quel figlio di buona donna, educato in carcere, era libero, o non troppo, di scegliere?

È necessaria la risonanza magnetica funzionale per arrivare ad una buona e umana risposta?

Una società davvero forte non ha paura di essere giusta, anche se essere giusti significa andare contro il forte che causa danni a tutti e guardare con più comprensione il debole che è *sempre* meno colpevole.

Il diritto penale che è debole è l'espressione di una società debole che quindi infierisce sul debole, lasciando che il forte spadroneggi.

Non è (tutta) colpa del Giudice, che condanna con straordinaria velocità l'indifeso e condanna poco, e pressoché mai al carcere, colui che, invece, è sin troppo difeso.

⁸⁹ Si vedano i dati riportati nella sezione statistica del Ministero della Giustizia.

⁹⁰ *Ibidem*.

⁹¹ P.L. Harris, C.N. Johnson, D. Hutton, G. Andrews. T. Cooke, *Young Children's Theory of Mind and Emotion*, in *Cognition and Emotion*, 3, 1989, pp. 379 ss.; S. Quattrocchi Montanaro, *Comprendere i bambini. Sviluppo ed educazione nei primi tre anni di vita*, Di Renzo Editore, 2006; E. Brunati, *Lo sviluppo neuropsichico nei primi tre anni di vita: strategie di osservazione e di intervento*, Armando Editore, 1996.

La colpa è di tutti noi e della indifferenza morale con la quale parliamo di diritto penale o, forse, semplicemente *non potremmo parlare* di diritto penale senz'anche una qualche forma di indifferenza o di cinismo morale.

Riflessione

— Cos'è il «vizio di mente»?

All'origine della non imputabilità secondo l'aspirante
legislatore riformista

What is «insanity»?

At the origin of non-imputability, according to the aspiring reforming legislator

di Alessia Palumbo

Abstract. Tra gli intenti del legislatore degli ultimi quarant'anni vi è quello di riformare il modello definitorio posto alla base dell'accertamento della non imputabilità per vizio di mente, allo stato ritenuto insufficiente a recepire il progresso scientifico in tema di disturbi aventi valore di infermità. Con il presente contributo si intende quindi offrire una rassegna ragionata delle proposte e dei progetti di legge che hanno interessato questo aspetto del diritto penale, con l'intento di stimolare ulteriori riflessioni sull'opportunità di addivenire quanto prima ad una revisione della normativa vigente, capitalizzando – per quanto possibile – il lavoro già svolto ma mai portato a termine.

Abstract. Among the intentions of the legislator of the last forty years, there is the reformation of the defining model aimed to the verification of non-imputability due to a defect of mind. At the state, this model appears insufficient to incorporate scientific progress on the theme of mental disorders. With this contribution, we therefore purpose to offer a reasoned review of the proposals and draft laws related to this aspect of criminal law, with the aim of stimulating further reflections about the opportunity of revising the current legislation as soon as possible, capitalizing - as far as possible - the work already done but never completed.

SOMMARIO: 1. Premessa. – 2. L'inquadramento teorico del concetto di imputabilità. – 3. Il concetto di infermità ai fini del giudizio di esclusione dell'imputabilità: le prospettive di riforma. 3.1. Le proposte abolizioniste della categoria dell'imputabilità. – 3.2. Il progetto della Commissione Pagliaro. – 3.3. Disegno di legge n. 2038 del 1995: c.d. progetto Riz. – 3.4. Il progetto della Commissione Grosso. – 3.5. Il progetto della Commissione Nordio. – 3.6. Il progetto della Commissione Pisapia. – 3.7. La proposta di riforma della Commissione Pelissero incaricata dalla legge delega c.d. Orlando. – 4. Qualche riflessione conclusiva.

SUMMARY: 1. Introduction. – 2. The theoretical framework of the concept of imputability. – 3. The concept of mental infirmity for the purpose of assessing the exclusion of imputability: reforming perspectives. – 3.1. The abolitionist proposals of the category of imputability. – 3.2. The draft law of the Pagliaro Commission. – 3.3. The draft law n. 2038 of 1995: so-called Riz draft law. – 3.4. The draft law of the Grosso Commission. – 3.5. The draft law of the Nordio Commission. – 3.6. The draft law of the the Pisapia Commission. – 3.7. The Pelissero Commission reform proposal appointed by the so-called Orlando delegated law. – 4. Some conclusive reflections.

1. Premessa.

Il diritto penale ha tra i suoi principali interlocutori il sapere scientifico, veicolato, di volta in volta, dagli esperti che se ne fanno interpreti e portavoce all'interno del processo. Una delle tematiche più complesse di tale interlocuzione riguarda il rapporto tra l'imputabilità, intesa quale capacità di intendere e/o di volere, e il concetto di infermità che varrebbe ad escluderla. Concetto, quest'ultimo, messo ripetutamente in discussione quanto all'idoneità a definire i contorni di rilevanza penale del vizio di mente, di cui alla rubrica dell'art. 88 c.p.

La genericità di un termine, insieme troppo elastico e troppo stringente, lungi dal rispettare quel principio di determinatezza richiesto dal diritto penale¹, si presta infatti a interpretazioni non sempre uniformi.

Ciò è tanto vero laddove si consideri che l'imputabilità è istituito al contempo «empirico» e «normativo»²: le scienze hanno il compito di individuare «i presupposti empirici (cioè l'insieme dei requisiti bio-psicologici, degli attributi, delle attitudini, etc.) in presenza dei quali sia fondato asserire che l'essere umano è in grado di recepire il messaggio o appello contenuto nella sanzione punitiva; mentre è [...] di competenza del legislatore la fissazione delle condizioni di rilevanza giuridica dei dati forniti dalle scienze empirico sociali [...]»³.

Se è questa la base astratta del rapporto tra scienza e diritto, la sua declinazione in concreto rivela tutta la sua complessità. Il momento di formazione del giudizio sull'imputabilità di chi si sia reso autore di un delitto è, infatti, piuttosto articolato poiché coinvolge, necessariamente, quelle conoscenze tecniche che il giudice non possiede⁴.

¹ D. Pulitanò, *La disciplina dell'imputabilità fra diritto e scienza*, in *Leg. Pen.*, 1, 2006, p. 250.

² Per un approfondimento su tale dicotomia, cfr. D. Pulitanò, *L'imputabilità come problema giuridico*, in O. De Leonardis, G. Gallio, D. Mauri, T. Pitch, (a cura di), *Curare e punire. Problemi e innovazioni nei rapporti tra psichiatria e giustizia penale*, Unicopli, 1988, p. 130.

³ G. Fiandaca, E. Musco, *Diritto penale. Parte generale*, Zanichelli, 2010, p. 334.

⁴ Sul tema, M. T. Collica, *Il giudizio di imputabilità tra complessità fenomenica ed esigenze di rigore scientifico*, in *Riv. it. dir e proc. pen.*, fasc. 3, 2008, pp. 1170 e ss.

Sia detto per inciso, nelle aule di giustizia, non di rado, si assiste a valutazioni tecniche tra di loro in contrasto quanto alla sussistenza della capacità di intendere o di volere dell'imputato al momento del fatto. Ciò parrebbe essere il riflesso della pluralità di scuole di pensiero in ambito psichiatrico ognuna delle quali può valutare differientemente il ruolo che una determinata condizione mentale abbia avuto sulle capacità intellettive e volitive del soggetto⁵. Toccherà poi al giudice (nella sua delicata veste di *peritus peritorum*) l'arduo compito di individuare e porre alla base del suo percorso motivazionale la teoria scientifica più affidabile che possa fondare la prova dello stato di mente dell'agente al momento del fatto.

Tra gli intenti del legislatore degli ultimi quarant'anni vi è quello di riformare il substrato definitorio dell'accertamento della non imputabilità per vizio di mente, ritenuta allo stato incapace di "reggere il confronto" con il progresso scientifico in tema di disturbi psichici.

Il presente contributo intende, dunque, proporre una rassegna delle proposte e dei progetti di legge che hanno interessato la materia con l'obbiettivo di stimolare una riflessione sull'opportunità di costruire un futuro intervento normativo che possa anche "riscoprire" il lavoro già ampiamente iniziato ma mai portato a termine⁶.

2. L'inquadramento teorico del concetto di imputabilità.

Ora, prima di analizzare le prospettive di riforma appena accennate, appare doveroso a chi scrive, senza pretese di esaustività, fornire una base concettuale di partenza.

Dal punto di vista teorico e dottrinale, il presupposto antropologico su cui si innesta la teoria generale del reato è quello secondo cui l'uomo, «a differenza degli animali, i quali seguono schemi di comportamento rigidamente programmati dai meccanismi istintuali, [...] sia in grado, grazie ai suoi poteri di signoria (i c.d. strati superiori della personalità), di controllare gli istinti e di reagire agli stimoli del mondo esterno in base a scelte tra diverse possibilità di condotta, nonché di orientarsi secondo sistemi di valori»⁷. Per dirlo con i termini della Scuola Classica: ogni individuo è dotato di libero arbitrio (salvo che non sia infermo di mente).

Si parte, in particolare, dalla presunzione che ogni individuo (che abbia raggiunto la maggiore età) sia per natura imputabile⁸ poiché capace di orientarsi «nel mondo esterno

⁵ Cfr. in tal senso M. Bertolino, *L'infermità mentale al vaglio delle Sezioni Unite*, in *Dir. Pen. Proc.*, 7, 2005, p. 863.

⁶ Si è fatto riferimento ai documenti rinvenibili sul sito del Ministero della Giustizia, del Senato e della Camera e, in parte, sul sito www.ristretti.it.

⁷ G. Fiandaca, E. Musco, *Diritto Penale. Parte Generale*, Zanichelli, 1995, p. 267.

⁸ Non si può tuttavia negare che si tratti di una presunzione relativa. L'odierno giurista dovrebbe considerare che «la prospettiva scientifica delle moderne scienze sociali [...] è ormai ben consapevole che la volontà umana è soggetta a molteplici condizionamenti: una volontà libera, intesa come libertà assoluta di autodeterminazione ai limiti del puro arbitrio, non esiste. Pertanto occorrerebbe mettersi nell'ottica che la volontà umana può definirsi libera, in una concezione meno pretenziosa e più realistica, nella misura in cui il soggetto non soccombe passivamente agli impulsi psicologici che lo spingono ad agire in un determinato modo, ma riesca ad esercitare poteri di inibizione e controllo idonei a consentirgli scelte consapevoli tra motivi antagonisti». Così G. Fiandaca, E. Musco, *Diritto penale. Parte Generale*, cit., p. 331.

secondo una percezione non distorta della realtà e di determinarsi scegliendo in modo consapevole tra motivi antagonisti»⁹. Al contrario, l'imputabilità è esclusa solo laddove sussistano «specifici e concreti elementi atti a far ragionevolmente ritenere che, nella singola fattispecie, detta presunzione possa essere superata da risultanze di segno contrario»¹⁰.

Si è giunti così all'elaborazione dell'art. 85 c.p.¹¹ che enuncia il principio generale secondo cui «nessuno può essere punito per un fatto preveduto dalla legge come reato se, al momento in cui lo ha commesso, non era imputabile» (co. 1); «è imputabile chi ha la capacità di intendere e di volere (co. 2)».

L'inquadramento dogmatico dell'imputabilità è argomento che si è prestato a diverse interpretazioni, non senza ricadute pratiche. Secondo un primo orientamento, coinciderebbe con capacità di pena¹² la cui valutazione si pone a valle dell'accertamento della colpevolezza del soggetto agente. In tal senso in giurisprudenza si è affermata la piena autonomia tra la nozione di imputabilità e quella di colpevolezza¹³. Conseguentemente, una pronuncia di proscioglimento che in sede processuale sarebbe imposta dalla carenza di imputabilità, non dovrebbe precludere l'accertamento del fatto, necessario per poi procedere – una volta dichiarata l'incapacità di intendere o di volere – alla valutazione della sussistenza della pericolosità sociale e del suo grado¹⁴. Tale posizione si giustifica considerando che, ai fini dell'eventuale applicazione di una misura di sicurezza al non imputabile, si richiede al giudicante di accertare, attraverso il ricorso a «schemi presuntivi-probabilistici»¹⁵, una situazione che, se non fosse stata condizionata dall'incapacità di intendere e di volere, coinciderebbe con un determinato fatto di reato¹⁶.

⁹ *Idem*, p. 335.

¹⁰ Cass. pen., sez. I, 6 aprile 1993, n. 5347, in *Cass. pen.*, 1994, p. 2074. In giurisprudenza la capacità di intendere e di volere è oggetto di una vera e propria presunzione. Cfr. Cass. pen., sez. IV, 13 febbraio 2007, n. 15218, in *Guida dir.*, 20, 2007, p. 94. Conf., *ex multis*, Cass. pen., sez. V, 11 marzo 2009, n. 28430, in *Dejure*; Cass. pen., sez. III, 6 febbraio 2001, n. 9421 in *Dejure*; Ass. Foggia, 9 febbraio 2000, in *Riv. It. med. leg.*, 2001, pp. 869 ss.; Cass. pen., sez. I, 11 gennaio 1993, in *Cass. Pen. Mass. Ann.*, 1993, p. 89; Cass. pen., sez. I, 3 dicembre 1992, n. 382, in *Dejure*; Cass. pen., sez. I, 18 giugno 1986, in *Riv. pen.*, 1987, p. 686; Cass. pen., sez. V, 11 gennaio 1984, in *Riv. Pen.*, 1984, p. 965. In dottrina, si veda I. Merzagora, *Imputabilità, pericolosità sociale, capacità di partecipare coscientemente al procedimento*, in G. Giusti (a cura di), *Trattato di medicina legale e scienze affini, IV, Genetica, psichiatria forense e criminologia, medicina del lavoro*, Cedam, 2009, p.162.

¹¹ Per un approfondimento si veda Relazione Preliminare al "Codice Rocco" reperibile sulla gazzetta ufficiale, cfr. [questo indirizzo web](#).

¹² F. Antolisei, *Manuale di diritto penale, Parte generale*, Giuffrè, 2003, p. 327.

¹³ La colpevolezza è il criterio di imputazione soggettiva del fatto di reato al soggetto agente. Secondo la concezione psicologica, ora superata, essa si risolverebbe nel dato psicologico del dolo o della colpa, mentre secondo la concezione normativa (alla quale hanno aderito ad es. C. Cost., 24 marzo 1988, n. 364, in *Dejure*; C. Cost., 13 dicembre 1988, n.1085, in *Dejure*; Cass. pen., sez. un., 25 gennaio 2005, n. 9163, in *Dejure*), essa invece consisterebbe nella rimproverabilità del fatto di reato al soggetto agente e i suoi elementi costitutivi sono: l'imputabilità; il dolo o la colpa; l'assenza di cause di esclusione della colpevolezza; la conoscenza o la conoscibilità della norma penale.

¹⁴ Sul punto si evidenzia che in giurisprudenza si è più volte affermato il principio secondo cui «il fatto reato ascritto al soggetto risultato non imputabile per vizio totale di mente va pur sempre considerato nella sua obiettività, come se fosse stato commesso da persona capace di intendere e di volere, accertandone tutti gli elementi, oltre che per la qualificazione del dolo o della colpa [...], pure al fine di stabilire la durata minima della eventuale misura di sicurezza» (così, da ultimo, Cass. pen., sez. I, 22 maggio 2018, n. 51190, in *Dejure*; più risalente, Cass. pen., sez. I, 4 giugno 1992, n. 8057, in *Dejure*).

¹⁵ Così E. Musco, *Misure di Sicurezza, Agg. I*, in *Enc. Dir.*, Giuffrè, 1997, p. 772.

¹⁶ In giurisprudenza Cass. pen., sez. I, 17 gennaio 1972, n. 1969, in *Dejure*; in dottrina, tra gli altri, E. Musco, *Misure di Sicurezza, Agg. I*, cit., p. 772.

Altro orientamento, innesta la teoria della colpevolezza sul concetto di imputabilità. Si ritiene, infatti, che per poter sottoporre a sanzione penale l'autore di reato è necessario che il fatto sia a lui rimproverabile poiché nel momento in cui l'ha commesso aveva la possibilità e la libertà di agire diversamente adeguandosi al precetto penale. Ciò implica che l'autore abbia la capacità di comprendere il mondo esterno e il significato sociale del suo comportamento nonché la capacità di orientare i propri impulsi scegliendo tra modelli di condotta antagonisti. In tal senso, si afferma che l'imputabilità costituisce uno dei requisiti intrinseci al principio costituzionale di personalità della responsabilità penale: il rimprovero non avrebbe, infatti, ragion d'essere se rivolto a chi non è *compos sui*¹⁷.

Come efficacemente affermato in dottrina, l'imputabilità «definisce quelle funzioni psichiche che delimitano il confine di senso dell'ordinamento penale»¹⁸. Su questa linea si è assestata la giurisprudenza consolidata in seguito alla storica sentenza delle Sezioni Unite del 25 gennaio 2005, n. 9163 (d'ora in avanti anche Sezioni Unite Raso), laddove afferma che ai fini del giudizio di imputabilità «deve essere possibile far risalire la realizzazione del fatto all'ambito delle facoltà di controllo e di scelta del soggetto, al di fuori delle quali può prendere corpo unicamente un'ascrizione meccanicistica, oggettiva dell'evento storicamente determinatosi [...]»¹⁹.

Ed è proprio nell'individuazione delle condizioni fisiopsichiche in presenza delle quali è possibile stabilire che un individuo abbia quel controllo degli impulsi e quella facoltà di scelta che si colloca il dibattito scientifico e giuridico sull'imputabilità.

3. Il concetto di infermità ai fini del giudizio di esclusione dell'imputabilità: le prospettive di riforma.

Il «vizio di mente» è una delle ipotesi tipiche di esclusione dell'imputabilità e trova la sua disciplina all'art. 88 c.p., secondo cui «non è imputabile chi, nel momento in cui ha commesso il fatto, era, per infermità, in tale stato di mente da escludere la capacità di intendere o di volere». A mente dell'art. 89 c.p. la pena è, invece, diminuita se al momento del fatto la capacità di intendere o di volere era per infermità scemata grandemente.

¹⁷ La sentenza delle Sezioni Unite Raso, ha osservato che l'imputabilità «non si limita ad essere una mera capacità di pena o un semplice presupposto o aspetto della capacità giuridica penale, ma il suo ruolo autentico deve cogliersi partendo, appunto, dalla teoria generale del reato [...] se il reato è un fatto tipico, antigiuridico e colpevole e la colpevolezza non è soltanto dolo o colpa ma anche, valutativamente, riprovevolezza, rimproverabilità, l'imputabilità è ben di più che non una semplice condizione soggettiva di riferibilità della conseguenza del reato data dalla pena, divenendo piuttosto la condizione dell'autore che rende possibile la rimproverabilità del fatto; essa, dunque, non è mera capacità di pena ma capacità di reato o meglio capacità di colpevolezza, quindi, nella sua propedeuticità soggettiva rispetto al reato, presupposto della colpevolezza, non essendovi colpevolezza senza imputabilità».

¹⁸ L. Sammiceli, G. Sartori, *Neuroscienze e Imputabilità*, in L. De Cataldo Neuburger (a cura di), *La prova scientifica nel processo penale*, CEDAM, 2007, p. 337.

¹⁹ Cass. pen., sez. un., 9163/2005, cit.. In dottrina, cfr. G. Pavan, *L'imputabilità è presupposto della colpevolezza: considerazioni in ordine al rapporto tra la scelta dogmatica operata dalle SS.UU. 25.1.2005 n. 9163 e l'estensione dell'infermità ai gravi disturbi di personalità*, in *Ind. pen.*, 1, 2008, pp. 307 ss.

In particolare, si aggancia l'assenza di imputabilità all'infermità mentale²⁰, concetto che, secondo il linguaggio medico legale, prescinde «da qualsiasi connotazione nosografica e comprende qualunque modificazione negativa del normale stato di salute». In esso, «vi sono tutte le varianti della zona grigia che sta fra la patologia e la piena normalità laddove sia la prima che la seconda hanno in sé una variabile quali-quantitativa visto che la "normale" salute non significa salute cristallina»²¹.

L'ampiezza ed elasticità del termine in parola pone il problema di capire se il vizio di mente vada ancorato al solo concetto clinico di malattia mentale ovvero se ricomprenda qualsiasi altro disturbo o alterazione che, secondo una valutazione caso per caso, sia tale da poter incidere nella determinazione del soggetto agente all'agire criminale.

Per rispondere al quesito, occorre necessariamente confrontarsi con la «problematica relazione»²² esistente tra il diritto e le scienze del comportamento umano, in particolare la psichiatria, e da ultimo anche quelle di più recente approdo in campo neuroscientifico che ne studiano le basi cerebrali²³.

Si afferma che «il rapporto tra giustizia e psichiatria sia storicamente determinato dallo stato di sviluppo di quest'ultima»²⁴. La continua e, per certi aspetti, necessitata evoluzione della scienza mal si concilia però con quell'esigenza di certezza del diritto che recepisce i cambiamenti con forte disorientamento. Ed infatti, man mano che in psichiatria si sono affermati i vari paradigmi psicopatologici che hanno delineato differentemente i contorni del concetto di malattia mentale²⁵, in giurisprudenza si sono

²⁰ In dottrina U. Fornari, *I disturbi gravi di personalità rientrano nel concetto di infermità*, in *Cass. pen.*, fasc.1, 2006, p. 275, fornisce una chiara esemplificazione del concetto di infermità giuridicamente rilevante: «L'infermità (da *in-firmus* = non-fermo) in senso psichiatrico forense non individua più semplicisticamente un "disturbo mentale", ma ricomprende i riflessi di questo sul funzionamento psichico del soggetto e, quindi, sul suo comportamento. Ne consegue che un "malato" può anche non essere un "infermo". Uno schizofrenico ben compensato, che abbia recuperato un soddisfacente livello di funzionamento psico-sociale, come non viene più ritenuto clinicamente malato, così non può essere considerato infermo se commette o subisce un reato che non sia sintomatico di una sua specifica patologia mentale. L'infermità giuridicamente rilevante è dunque costituita dalla confluenza nel reato di un disturbo funzionale che consegue a un disturbo mentale, al punto di compromettere in concreto la capacità di autodeterminazione del soggetto, incidendo in maniera rilevante e grave sulla sua autonomia funzionale (il "*quid novi*" o "*quid pluris*") e conferendo in tal modo "significato di infermità" all'atto agito o subito (lo stesso ragionamento psichiatrico forense vale infatti anche per la vittima di reato)».

²¹ F. Introna, *Commento medico legale ad una parte del nono tentativo di riforma del Codice Penale*, in *Riv. it. med. leg.*, fasc. 3, 2001, p. 481.

²² L'espressione è di L. Sammicheli, G. Sartori, *Neuroscienze e Imputabilità*, cit., p. 342. Per un approfondimento sulle radici storiche del rapporto tra psichiatria e diritto cfr. M. Marchetti, *Breve storia della psichiatria forense*, in *Riv. it. med. leg.*, VIII, 2 1986, pp. 342 ss.

²³ Per una rapida panoramica sul tema imputabilità e neuroscienze, cfr. L. Sammicheli, G. Sartori, *Neuroscienze e Imputabilità*, cit., pp. 335 ss.; M.T. Collica, *Gli sviluppi delle neuroscienze sul giudizio di imputabilità*, in *Diritto penale contemporaneo*, 20 febbraio 2018. Più in generale, sui rapporti tra neuroscienze e diritto penale, si veda F. Basile, G. Vallar, *Neuroscienze e diritto penale: le questioni sul tappeto*, in *Dir. Pen. Cont. – Riv. trim.*, 4, 2017, pp. 269 ss; più diffusamente C. Grandi, *Neuroscienze e responsabilità penale. Nuove soluzioni per problemi antichi*, in G. Fiandaca, E. Musco, T. Padovani, F. Palazzo (a cura di), *Itinerari di Diritto Penale*, Giappichelli, 2016.

²⁴ L. Sammicheli, G. Sartori, *Neuroscienze e Imputabilità*, cit., p. 343.

²⁵ In dottrina si è osservato che «non può parlarsi di crisi di imputabilità. In (relativa) crisi è infatti semmai il concetto di malattia mentale, che in campo giuridico crea notevoli problemi [...]». M. Romano, G. Grasso, *Commentario sistematico del codice penale*, Vol. II, Giuffrè, 1996, p. 9.

generati grande disagio e posizioni contrastanti. Ciò ha portato la letteratura forense a parlare, storicamente, di «crisi del concetto giuridico di imputabilità»²⁶.

In particolare, si è passati dal ritenere la malattia mentale come malattia del cervello al ritenerla condizione esistenziale²⁷.

Punto di partenza (e, di eterno ritorno²⁸) è il paradigma medico-nosografico, a cui si è ispirato il legislatore del '30, secondo cui i disturbi mentali sono malattie del cervello che hanno una base organica o fisica. Per poter rilevare ai fini del giudizio sull'imputabilità è necessario che le stesse trovino un riscontro clinico e siano classificabili entro gli schemi nosografici. La giurisprudenza si è infatti orientata nel riconoscere il vizio totale o parziale di mente laddove connesso ad una malattia di tipo organico o comunque clinicamente classificato²⁹. L'infermità deve dipendere da una «causa patologica tale da alterare i processi dell'intelligenza e della volontà, con esclusione o con notevole diminuzione della capacità di intendere e di volere [...]». Tale nozione lascerebbe fuori quei fenomeni episodici e transitori ed, in generale, «tutte le anomalie della personalità o del carattere o del sentimento, ma anche le neuro-psicosi o psiconevrosi che sono malattie del sistema nervoso che non hanno base anatomica e si manifestano con disturbi puramente funzionali, vale a dire, privi di substrato organico e senza lesioni di organi»³⁰.

²⁶ M. Bertolino, *La crisi del concetto di imputabilità*, in G. Marinucci, E. Dolcini (a cura di), *Diritto penale in trasformazione*, Giuffrè, 1985, pp. 235 ss.

²⁷ Per un'analisi dettagliata delle fasi che hanno segnato questo passaggio con relativo riflesso giurisprudenziale, cfr. M. Bertolino, *L'imputabilità e il vizio di mente nel sistema penale*, Giuffrè, 1990; M.T. Collica, *Vizio di mente, Nozione, accertamenti e prospettive*, in G. Fiandaca, E. Musco, T. Padovani, F. Palazzo (a cura di), *Itinerari di Diritto Penale*, Giappichelli, 2007, pp. 41 ss.

²⁸ Il ritorno è, per così dire, determinato dagli approdi cui sono giunte le moderne acquisizioni delle neuroscienze che hanno ritenuto di individuare, attraverso nuove tecniche volte a monitorare la risposta cerebrale dell'individuo a determinati impulsi (quali, l'analisi computerizzata del tracciato EEG, le tecniche di *neuroimaging*; la TAC, l'RMN, la PET, la SPECT; nonché le acquisizioni sull'attività neurotrasmettitoriale e neuromodulatoria, fino allo studio della neurobiologia molecolare), una base cerebrale e genetica anche ai disturbi aspecifici che si sono affermati in psichiatria a partire dal paradigma psicologico. Sul punto si veda, M. Bertolino, *Diritto penale, infermità mentale e neuroscienze*, in *Criminalia. Annuario di scienze penalistiche*, 2018, pp. 17 ss., pubblicato sulla rivista *disCrimen* il 27 novembre 2018. Per una sintesi sulla definizione di neuroscienze e sull'oggetto del loro studio, si veda F. Basile, G. Vallar, *Neuroscienze e diritto penale: le questioni sul tappeto*, cit., pp. 270-272. Sulla rassegna di tecniche di esplorazione del cervello messe in campo dalle neuroscienze, si veda C. Grandi, *Neuroscienze e responsabilità penale. Nuove soluzioni per problemi antichi*, cit., pp. 4 ss.

²⁹ In tal senso Cass. pen., sez I, 8 novembre 1977, in *Giust. Pen.*, II, 1978, p. 361; Cass. pen., sez I, 11 ottobre 1974, in *Giust. Pen.*, II, 1975, p. 610; Cass. pen., sez. I, 24 luglio 1970, in *Cass. Pen. Mass. Ann.*, 1972, p.167. Meno risalenti invece Cass. pen., sez I, 25 marzo 2004, n. 16940, in *Dejure*. Più in particolare, è bene precisare che in giurisprudenza si sono sviluppati due filoni riconducibili al paradigma medico: quello «organicista» e quello «nosografico». Il primo esclude dal concetto di infermità «le malattie del sistema nervoso che non hanno basi anatomiche e si manifestano con disturbi puramente funzionali - vale a dire privi di substrato organico e senza lesioni di organi» (Cass. pen., sez. I, 23 ottobre 1978, n. 396, in *Cass. pen.*, 1979) e «le malattie comunque prive di un substrato somatico» (in termini, Cass. pen., sez. II, 9 maggio 1983, in *Riv. Pen.*, 1984, p. 633). Si è affermato, dunque, che le «anomalie della personalità o del carattere o del sentimento non sono idonee ad alterare le capacità intellettive e volitive in quanto deviazioni quantitative e non qualitative dalla normalità» (in termini Cass. pen, sez. I, n. 369/1978, cit.). Il filone nosografico, invece, ritiene che rientrino nel concetto di infermità solo i disturbi mentali riconducibili ad una malattia clinicamente accertata e catalogata dalla nosologia psichiatrica a prescindere dalla sussistenza o meno di una base organica (sul punto, Cass. pen., sez. I, 25 febbraio 1985, in *Giust. pen.*, II, 1986, p. 93; Cass. pen., sez. V, 29 novembre 1984, in *Cass. pen.*, 1986, p. 510; Cass. pen., sez. V, 4 giugno 1981, in *Giust. pen.*, II, 1982, p. 222).

³⁰ Cass. pen., sez. I, n. 369/1978, cit.

Sulla scia del pensiero freudiano si è affermato, poi, in psichiatria il paradigma psicologico-dinamico che accoglie un concetto più ampio di infermità. Si è, quindi, accolta, progressivamente l'idea che la malattia mentale tragga la sua origine da fattori di natura interpersonale. Il presupposto è che ogni individuo sia dotato di inconscio e che la sua vita psichica si articoli in tre momenti: l'Es, sede dell'istinto e delle pulsioni; l'Io, sede della coscienza deputata a frenare le pulsioni; il Super-io, sede dei valori morali e dell'interiorizzazione delle norme sociali. L'origine delle malattie mentali risiederebbe proprio nel conflitto tra i tre.

Tale approdo rende inaccettabile guardare al solo paradigma nosografico: al di là delle classificazioni cliniche, i disturbi mentali vengono ricondotti «a disarmonie dell'apparato psichico, in cui le fantasie inconscie raggiungono un tale potere che la realtà psicologica diventa per il soggetto più significativa della realtà esterna. Quando questa realtà inconscia prevale sul mondo reale si manifesta la malattia mentale»³¹.

Siffatta concezione conduce la giurisprudenza a operare una valutazione «in concreto e non con riferimento a classificazioni scientifiche enunciate in astratto, perché le malattie mentali hanno portata diversa sui singoli organismi, ed agiscono quindi in modo più o meno penetrante sulle facoltà intellettive e volitive»³².

Non ci si preoccupa più di ricondurre il disturbo ad una patologia clinica a cui attribuire per ciò solo l'esclusione della capacità di intendere o di volere, bensì di accertarne l'incidenza in concreto.

Si afferma, conseguentemente, la possibilità che anche quelle forme patologiche specifiche, che non hanno una base organica, come le nevrosi e le psicopatie³³, la cui

³¹ M. Bertolino, *La crisi del concetto di imputabilità*, cit., p. 201.

³² Cass. pen., sez. III, 29 ottobre 1970, in *Riv. Pen.*, 1972, p. 463.

³³ Le nevrosi sono ritenute delle condizioni di sofferenza psichica che non dovrebbero intaccare i processi intellettivi dell'individuo né deteriorare la personalità. Per una sintesi delle forme principali di nevrosi di veda M. T. Collica, *Vizio di mente*, cit., p. 51, (nota 31): «a) le nevrosi d'ansia, caratterizzate da tensione, angoscia, insonnia, inquietudine come per la sensazione di un pericolo imminente, paura morbosa di pericoli, che diventa fobia se relativa ad uno specifico oggetto o idea; b) le nevrosi isteriche, caratterizzate da un'exasperata emozionabilità ed insofferenza per le situazioni disturbanti, con tendenza a richiamare su di sé l'affetto e le attenzioni altrui; c) le nevrosi depressive, condizioni di irritabilità e di depressione dell'umore legate ad una limitata efficienza nelle applicazioni mentali e fisiche; d) le nevrosi post-traumatiche, sviluppatasi a seguito di trauma fisico, in virtù delle quali l'idea di avere riportato un danno crea, per autosuggestione, i sintomi e i dolori che nell'immaginazione dell'infortunato dovrebbero scaturire dall'infortunio; e) le nevrosi ossessive o compulsive, caratterizzate da un'idea fissa e che possono tradursi in quelle che, in passato, erano definite monomanie (cleptomania, piromania, ecc.), termine oggi in disuso, ritenendosi che si tratti di disturbi non settoriali della psiche, ma riguardanti tutta la personalità; f) nevrosi depressive, spesso legate ad un avvenimento doloroso improvviso e tendenti a stabilizzarsi nel tempo». Si veda anche U. Fornari, *Trattato di psichiatria forense*, VII ed., Utet Giuridica, 2018, pp. 391 ss. Con riferimento alle psicopatie, invece, sono state proposte diverse classificazioni, per le quali si veda E. Kraepelin, *Psychiatrie Ein Lehrbuch für Studierende und Ärzte*, 3 vols., Leipzig: Johann Ambrosius Barth, 1909-15; E. Khan, *Die psychopathischen Anlagen, Reaktionen u. Entwicklungen*, in O. Bumke, *Handbuch der Geisteskrankheiten*, Berlino, 1928 e, tra le più note, quella proposta da K. Schneider, *Die Psychopathischen Persönlichkeiten*, 9, Aufl., Vienna, 1950, che classificò le personalità psicopatiche o abnormi. Per una sintesi si veda B. Intreccialagli, *I disturbi della personalità*, in F. Ferracuti (a cura di), *La psichiatria forense speciale. Trattato di Criminologia medicina criminologica e psichiatria forense*, Giuffrè, 16, 1990, p. 405. Sono considerate personalità psicopatiche: «Iperimici (ottimisti, iperattivi facilmente condizionabili ma con elevata opinione di sé, imprudenti con scarse capacità critiche); Depressivi (autocritici, timorosi, scontenti, pessimisti, incapaci di vera gioia); Insicuri di se stessi o inquieti (incapaci di decisioni

differenziazione è poi sfumata e confluita nella categoria dei disturbi della personalità³⁴, possano a certe condizioni essere oggetto di valutazione nel giudizio sull'imputabilità dell'autore di reato³⁵.

In particolare, la giurisprudenza ne ha riconosciuto la rilevanza subordinandola alla sussistenza di uno «stato patologico»³⁶ che si sovrapponga ai detti disturbi; ovvero alla sussistenza di un «nesso causale» con il reato³⁷ ovvero ad una particolare intensità del «valore di malattia»³⁸.

I disturbi così intesi vanno però distinti dalle psicosi, queste ultime considerate vere e proprie malattie mentali, comportanti una perdita dei confini dell'io³⁹.

Al paradigma psicologico succede quello sociologico. La malattia mentale sarebbe riconnessa alle disfunzioni della società con cui l'individuo entra in contatto. Ciò ha portato ad affermare che «gli psichiatri non si occupano di malattie mentali e del loro trattamento ma nella prassi effettiva hanno a che fare con difficoltà di carattere personale, sociale ed etico»⁴⁰. Il comportamento psicopatologico si sostanzierebbe nel conflitto con la struttura sociale in cui l'uomo vive. La giurisprudenza non ha mai recepito questa concezione, anzi ha espressamente negato che il disadattamento sociale possa integrare quella infermità richiesta dagli artt. 88 e 89 c.p.⁴¹.

L'approdo dell'attuale cultura psichiatrica è quello di accogliere un paradigma integrato (bio-psico-sociale) che tenga conto tanto dell'aspetto medico quanto di quello

rapide, poco adattabili, spesso arroganti per compenso alla propria timidezza, occasionalmente deliranti in condizioni di rapporto oppure meticolosi o anancastici); Fanatici (utopistici, combattivi, incapaci di valutare le implicazioni sociali del loro comportamento); Personalità bisognose di farsi valere (soggetti per i quali l'apparire prende il posto dell'essere, accentratori, manipolatori, vanitosi); Instabili (esposti all'*acting-out*, incostanti, irritabili); Esplosivi (collerici, violenti, impulsivi, polarizzati allo scarico immediato della tensione); Freddi (incapaci di sentimenti profondi, insensibili, non disposti al rispetto di presidi morali, indifferenti alle richieste sociali); Abulici (passivi, inerti, incapaci di iniziativa, facilmente influenzabili); Astenici (psichici e somatici, incapaci di mantenere l'attenzione, poco efficienti sul piano lavorativo e interpersonale, polarizzati sulle funzioni corporee». Inoltre, E. Bleuler, *Lehrbuch der Psychiatrie*, Berlino, 1949, ha segnalato tra le forme di psicopatie più diffuse: l'impulsività; la vanità; la psicostenia; la frigidità e la stravaganza. Sulle diverse valutazioni giurisprudenziali in relazione alle psicopatie si veda A. Arceri, *Psicopatie e imputabilità, nota a sent. Trib. Milano, 26 febbraio 1992*, in *Giur. Merito*, II, 1993, p. 759.

³⁴ I disturbi della personalità, che rientrano, invero, nella più ampia categoria di psicopatie, il più moderno e diffuso Manuale diagnostico e statistico dei disturbi mentali, DSM, realizzato dall'American Psychiatric Association (in gran parte sovrapponibile all'altra classificazione dettata dall'ICD - 10), utilizzato da quasi tutti gli esperti psichiatri, li definisce «un modello di esperienza interiore e di comportamento che devia marcatamente dalle aspettative alla cultura dell'individuo» e li articola in tre gruppi (sulla base della comunanza diagnostica): il gruppo A, di cui fanno parte il disturbo paranoide di personalità, il disturbo schizoide e il disturbo schizotipico; il gruppo B, di cui fanno parte il disturbo borderline, il disturbo narcisistico, il disturbo istrionico e il disturbo antisociale e infine il gruppo C, di cui fanno parte il disturbo ossessivo compulsivo di personalità, il disturbo dipendente e il disturbo evitante di personalità; da ultimo è annoverato il disturbo della personalità «senza specificazione». Così American Psychiatric Association, *DSM-5, Manuale diagnostico e statistico dei disturbi mentali*, Raffaello Cortina Editore, 2015, p. 109.

³⁵ Per un approfondimento sul punto di veda M. T. Collica, *Vizio di mente*, cit. pp. 63 ss.

³⁶ Così, Cass. pen., sez. VI, 17 marzo 1997, n. 7845, in *Cass. Pen.*, 1999, p. 2531.

³⁷ Così, Cass. pen., sez. I, 4 marzo 1997, n. 3536, in *Dejure*; Cass. pen., sez. I, 9 aprile 2003, n. 19532, in *Dejure*.

³⁸ *Ibidem*.

³⁹ Così, Cass. pen., sez. un., 9136/2005, cit..

⁴⁰ T. S. Szasz, *Il mito della malattia mentale. Fondamenti per una teoria del comportamento individuale. Trad. it.*, Il Saggiatore, 1966, p. 116.

⁴¹ In tal senso, Cass. pen., sez. VI, 27 maggio 2003, n. 31753, in *Dejure*.

psicologico e di quello sociologico. Ciascuno dei fattori richiamati è egualmente coinvolto nella produzione della malattia mentale. In tale direzione si è poi definitivamente orientata la giurisprudenza della Corte di Cassazione, in modo tendenzialmente uniforme, a partire dalla sentenza delle Sezioni Unite Raso che giunge perciò ad affermare che il concetto di infermità sia più ampio di quello di malattia mentale poiché include anche i disturbi della personalità che possono però assumere rilievo solo ove si pongano come fattori determinanti del reato. In tal senso richiede, espressamente, che tra il disturbo e il fatto criminoso vi sia un nesso causale. Più in particolare, la sentenza afferma che «deve trattarsi di un disturbo idoneo a determinare una situazione di assetto psichico incontrollabile ed ingestibile che, incolpevolmente, rende l'agente incapace di esercitare il dovuto controllo dei propri atti, di conseguentemente indirizzarli, di percepire il disvalore sociale del fatto, di autonomamente, liberamente autodeterminarsi [...]». All'opposto nega rilievo ad «altre "anomalie caratteriali", "disarmonie della personalità", "alterazioni di tipo caratteriale", "deviazioni del carattere e del sentimento", quelle legate alla indole del soggetto che, pur attenendo alla sfera del processo psichico di determinazione, non si rivestano, tuttavia, delle connotazioni testé indicate e non attingano, quindi, a quel rilievo di incisività sulla capacità di autodeterminazione del soggetto agente, nei termini e nella misura voluta dalla norma [...]»⁴².

L'orientamento attualmente prevalente nella giurisprudenza *post* Sezioni Unite Raso, parrebbe allinearsi alle statuizioni, appena richiamate, riconoscendo alle medesime condizioni la rilevanza dei disturbi della personalità⁴³.

Prevale, tendenzialmente, una valutazione casistica⁴⁴, in particolare, ad esempio, per ciò che concerne la ludopatia (gioco d'azzardo patologico), originariamente definita dal punto di vista psichiatrico come disturbo *borderline* della personalità (ovvero disturbo compulsivo o del controllo degli impulsi) e di recente classificata nell'ultima edizione del DSM come forma di dipendenza al pari di quelle da sostanze stupefacenti e alcool⁴⁵.

Da ultimo, preme evidenziare come sia in via di affermazione anche un nuovo paradigma in grado di superare la tradizionale dicotomia tra disturbi mentali a base

⁴² Cass. pen., sez. un., n. 9163/2005, cit.

⁴³ Da ultimo, Cass. pen., sez. II, 20 novembre 2018, n. 188, in *Dejure*, ma anche, Cass. pen., sez. II, 2 dicembre 2008, n. 2774, in *Dejure*; Cass. pen., sez. I, 31 marzo 2016, n. 26779, in *Dejure*; Cass. pen., sez. VI, 27 aprile 2018, n. 30733, in *Dejure*. Tuttavia non possono non notarsi pronunce che negano la rilevanza del disturbo atipico attraverso il ricorso all'assenza di gravità (Cass. pen., sez. III, 20 novembre 2013, n. 2013, in *Dejure*), del nesso eziologico (Cass. pen., sez. II, 22 maggio 2012, n. 24535, in *Dejure*) ovvero riconducendolo alla sfera caratteriale o sentimentale (Cass. pen., sez. I, 11 gennaio 2013, n. 7907, in *Dejure*; Cass. pen., sez. V, 16 gennaio 2013, n. 9843, in *Dejure*).

⁴⁴ Cass. pen., sez. VI, 10 maggio 2018, n. 33463, in *Dejure* afferma «ai fini del riconoscimento del vizio totale o parziale di mente, il gioco d'azzardo patologico, che è da considerarsi un disturbo della personalità o disturbo del controllo degli impulsi destinato, come tale, a sconfinare nella patologia e ad incidere, escludendola, sulla imputabilità per il profilo della capacità di volere, può rientrare nel concetto di "infermità", purché sia di consistenza, intensità e gravità tali da incidere concretamente sulla capacità di intendere o di volere, escludendola o scemandola grandemente, e a condizione che sussista un nesso eziologico con la specifica condotta criminosa».

⁴⁵ Si veda American Psychiatric Association, *DSM-5*, cit., p. 585. Per un approfondimento si rimanda a R. Bianchetti, *Disturbo da gioco d'azzardo ed imputabilità. Note criminologiche alla luce della giurisprudenza di merito e legittimità*, in *Dir. Pen. Cont., Riv. Trim.*, 2015, pp. 388 e ss. Cfr. M. Bertolino, *L'imputabilità secondo il codice penale – Dal codice Rocco alla legge delega del 2017: paradigmi, giurisprudenza e Commissioni a confronto*, in *Sistema penale*, 25 febbraio 2020, pp. 18 ss, che evidenzia gli approdi delle neuroscienze sulla ludopatia.

organica e clinicamente accertabili e quelli atipici come le nevrosi, le psicopatie e i disturbi della personalità. In base agli studi delle neuroscienze cognitive e comportamentali⁴⁶ sulle possibili correlazioni tra le connessioni neuronali e i comportamenti umani, è stato possibile riscontrare una base genetica anche nei disturbi mentali atipici⁴⁷.

Verso un tendenziale ampliamento della categoria dell'infermità, volto a comprendere anche i disturbi aspecifici, si è mosso negli anni, con qualche eccezione, anche l'aspirante legislatore del codice penale (da ultimo quello della legge delega Orlando sulle misure di sicurezza) di cui, nei paragrafi successivi, si proporrà l'analisi delle relative proposte di riforma.

3.1. Le proposte abolizioniste della categoria dell'imputabilità.

Una prima proposta riformatrice risale al d.d.l. n. 177 del 29 marzo 1983, presentato dai senatori Grossi, Gozzini ed altri⁴⁸, con il quale si intendeva «abolire dal codice penale la nozione dell'incapacità di intendere e di volere del reo sofferente di disturbi psichici»⁴⁹ prospettando di modificare il dettato dell'art. 88 c.p. sostituendolo con la norma secondo cui «l'infermità psichica non esclude, né diminuisce l'imputabilità»⁵⁰.

In particolare, l'idea di fondo, chiarita nella Relazione accompagnatoria, è che il fine della psichiatria moderna è quello di attribuire al malato di mente gradi di libertà mediante terapie volte a renderlo «consapevole della sua malattia» e a fornirgli «la possibilità di dominare il suo agire [...]». La considerazione della «transitorietà e curabilità riconosciuta dalla psichiatria moderna al disturbo psichico»⁵¹, impedirebbe, secondo i senatori proponenti, di attribuire validità alla disciplina vigente⁵².

Se il legislatore del 1930 ha potuto ancorare il concetto di infermità alle rigide classificazioni nosografiche, quello dei primi anni '80 si trova di fronte alle incertezze dei confini della malattia di cui si è detto.

Alla base della proposta vi sarebbe, per giunta, anche la considerazione della inattendibilità scientifica della nozione di incapacità di intendere e di volere dovuta all'indimostrabilità di tale stato di mente ed al conseguente dubbio sulla effettiva esistenza di tale situazione clinica.

⁴⁶ Le neuroscienze, in particolare, si sono occupate di indagare il comportamento umano approfondendone le componenti cerebrali, genetiche e biochimiche. Impiegano a tal fine tecniche come la risonanza magnetica funzionale in grado di esplorare la struttura del cervello e documentarne anomalie. Per un approfondimento, si veda, per tutti, C. Grandi, *Neuroscienze e responsabilità penale. Nuove soluzioni per problemi antichi*, cit.

⁴⁷ In tal senso si veda M. T. Collica, *Gli sviluppi delle neuroscienze sul giudizio di imputabilità*, cit. p. 3.

⁴⁸ Per consultarne il testo si veda [questo link](#).

⁴⁹ Relazione al d.d.l. n. 177 del 29 marzo 1983.

⁵⁰ Proposta di articolato del d.d.l. n. 177 del 29 marzo 1983. Per quanto noto, il disegno, presentato il 29 settembre 1983, è stato poi ritirato dagli stessi senatori proponenti per poi essere riprodotto in una successiva proposta, la n. 3260 del 1985.

⁵¹ Tutte le citazioni del paragrafo sono tratte dalla Relazione al d.d.l. n. 177 del 29 marzo 1983.

⁵² Nella Relazione in commento, inoltre, si legge che «dichiarare il malato di mente incapace di intendere e di volere significa dichiararlo incapace di orientare il proprio comportamento ai criteri di valore che vigono in una società, e quindi dichiararlo incapace di vivere questa. Ciò significherebbe annullare gli sforzi che la psichiatria fa per la cura e la riabilitazione dei soggetti sofferenti di disturbi psichici, nonché per il loro riadattamento ed il loro reinserimento sociale».

Secondo la valutazione dei proponenti dell'epoca, la perizia psichiatrica non sarebbe idonea a soddisfare le esigenze del giudice che nell'accertamento della sussistenza dell'imputabilità del soggetto malato di mente avrebbe piuttosto bisogno di una conoscenza specialistica «in grado di ricostruire uno stato patologico trascorso, attribuirgli precisi effetti a quel momento e predirne la futura pericolosità»⁵³. Si sostiene, infine, che tale valutazione attenga maggiormente al mondo del diritto (verrebbe da dire, in particolare, della criminologia) e non a quello della perizia psichiatrica.

V'è da dire che la presunta uguaglianza del soggetto infermo e di quello sano, affermata nel momento della determinazione della sanzione connessa all'accertamento del fatto di reato, perde sostanzialmente significato al momento dell'esecuzione. Il disegno di legge propone, infatti, di potenziare il servizio sanitario all'interno del carcere di modo da garantire al suo interno le terapie psichiatriche necessarie⁵⁴.

L'intuizione posta alla base della proposta risulta condivisibile nell'ottica di dover rendere quanto più completo, attendibile ed empiricamente dimostrabile il giudizio di imputabilità dell'autore di reato. Una volta che l'esperto abbia individuato un disturbo psichico occorrerebbe anche poter individuare i motivi che hanno indotto alla commissione del fatto di reato. In tale direzione si colloca la moderna concezione criminodinamica e criminogenetica del reato che si propone una valutazione retrospettiva della dinamica del reato volta, quindi, ad analizzare «i rapporti tra autore e vittima, valutare il grado di consapevolezza dell'imputato, il suo comportamento prima, durante e dopo il fatto, la sua percezione del significato degli atti commessi e la possibilità di prevederne le conseguenze»⁵⁵.

Meno convincente parrebbe, invece, la considerazione secondo cui il soggetto ritenuto malato di mente abbia la capacità di autodeterminarsi e operare scelte valide al pari di un soggetto ritenuto sano⁵⁶. Del resto, la scienza psichiatrica afferma che «non appare comunque possibile raggiungere finalità di responsabilizzazione, di terapia, di conferimento di dignità al malato di mente autore di reato attraverso una artificiosa e rigida affermazione di piena capacità di intendere e di volere»⁵⁷.

Sulla stessa linea dell'appena commentato disegno di legge si collocano altre proposte e progetti per i quali valgono le medesime considerazioni fino ad ora svolte.

In particolare, a favore dell'abolizione della distinzione nominalistica tra soggetti imputabili e non, pur preservando la distinzione nel momento dell'esecuzione della pena,

⁵³ Relazione al d.d.l. n. 177 del 29 marzo 1983.

⁵⁴ Per un commento recente sulla proposta, si veda M. T. Collica, *La crisi del concetto di autore non imputabile "pericoloso"*, in *Diritto penale contemporaneo*, 19 novembre 2012, pp. 37 ss.

⁵⁵ M. T. Collica, *Il giudizio di imputabilità tra complessità fenomenica ed esigenze di rigore scientifico*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, fasc. 3, 2008, pp. 1170 ss.

⁵⁶ Il disegno di legge si collocherebbe nel filone dell'antipsichiatria volto, appunto, a riconoscere al soggetto ritenuto malato di mente la capacità di autodeterminarsi. Tale impostazione trova sua ragione nella ritenuta infondatezza scientifica della psichiatria per la ritenuta mancanza di una metodologia consolidata nell'indagine peritale: ciò non consentirebbe la controllabilità della perizia da parte del giudice e la conseguente elevabilità a prova scientifica. Sul tema si veda M. T. Collica, *Il giudizio di imputabilità tra complessità fenomenica ed esigenze di rigore scientifico*, cit., pp. 1170 ss.

⁵⁷ T. Bandini, U. Gatti, *Psichiatria e giustizia. Riflessioni critiche sull'imputabilità del malato di mente*, in *Dei delitti e delle pene*, 2, 1985, p. 353.

si collocano anche la proposta di legge n. 151 del 1996, su iniziativa dell'On. Corleone, la proposta n. 845 del 2001, su iniziativa dell'Onorevole Cento poi rinnovata alla Camera col n. 225 del 2006. Anche questi più recenti tentativi di riforma traggono ispirazione dalla considerazione dell'inadeguatezza della categoria dell'incapacità di intendere e di volere e della scarsa predittività degli indicatori dell'infermità psichica da considerarsi al pari di uno stato patologico transitorio, curabile e, in molti casi, anche sanabile.

3.2. *Il progetto della Commissione Pagliaro.*

Si muove in una direzione diametralmente opposta il disegno di legge delega, ultimato nella primavera del 1991, elaborato dalla Commissione presieduta dal Prof. Antonio Pagliaro, istituita con decreto dell'8 febbraio 1988 a firma del Ministro di Grazia e Giustizia, Giuliano Vassalli, per l'emanazione di un nuovo codice penale. In particolare lo schema prevede di sostituire i vigenti artt. 88 c.p. e ss. con un unico articolo, rubricato «Imputabilità. Casi di esclusione» che prevede cause di vizio di mente specifiche e cause in forma aperta senza distinguere il vizio totale dal vizio parziale di mente, stabilendo per quest'ultimo una riduzione di pena.

In particolare, l'articolo 34 del progetto annovera tra i casi di esclusione dell'imputabilità l'ipotesi in cui l'autore al momento del fatto «era per infermità o per altra anomalia o cronica intossicazione da alcool ovvero da sostanze stupefacenti, in tale stato di mente da escludere la capacità di intendere o di volere [...] era, per altra causa, in tale stato di mente da escludere la capacità di intendere o di volere. [...]». «Nei casi suddetti, se la capacità di intendere o di volere era grandemente scemata, ma non esclusa, diminuire la pena»⁵⁸.

La formulazione così proposta fa da precursore dell'introduzione nella legislazione italiana del concetto di anomalia mentale da affiancare al concetto di infermità già previsto in altre legislazioni europee. Ad esempio nel codice penale tedesco per identificare disturbi della personalità che non rientrerebbero nel concetto di infermità, l'esclusione dell'imputabilità è ancorata alla presenza di un disturbo psicopatologico derivante da una «debolezza intellettiva» o da «altra anomalia mentale»⁵⁹.

Nella Relazione accompagnatoria, pur non esaustiva nell'esplicazione dei motivi della riforma (sui quali si sofferma più ampiamente il disegno di legge della Commissione Riz, di cui si dirà nel paragrafo successivo), si ha modo di leggere che l'obbiettivo della formulazione proposta fosse proprio quello di rinunciare a definire l'imputabilità in termini precisi ampliandone il campo di esclusione attraverso l'utilizzo di formule aperte quali «altre anomalie mentali» e tramite la clausola di chiusura attraverso la quale può rilevare anche «ogni altra causa» che abbia inibito la capacità di intendere o di volere.

⁵⁸ L'Articolato e la Relazione del progetto in commento sono reperibili sul sito di *Ristretti Orizzonti*, rispettivamente [a questo link](#) e [a questo link](#).

⁵⁹ In tal senso, R. Melano, *Attualità delle problematiche riguardanti i Manicomi Giudiziari. Una revisione storica dei progetti di legge riguardanti il superamento dell'Ospedale Psichiatrico Giudiziario e la modifica dell'attuale sistema di non imputabilità per gli infermi di mente autori di reato*, in *Riv. it. med. leg.*, fasc. 4-5, 2008, pp. 1021 ss.

Quest'ultima clausola parrebbe aver una funzione residuale volta a ricomprendere tutte quelle ipotesi in cui un soggetto si trovi in una condizione tale per cui la sua consapevolezza dell'agire è compromessa. È stato osservato come la disposizione in commento sia «ispirata ad un maggior rispetto del principio di colpevolezza che impone di negare la responsabilità penale del soggetto agente in tutti i casi in cui non è possibile muovergli un rimprovero per mancanza della capacità di percepirlo, qualunque ne sia stata la causa»⁶⁰.

In tal senso si potrebbe spiegare la mancata espressa esclusione, tra le ipotesi di non imputabilità, degli stati emotivi e passionali (di cui al vigente art. 90 c.p.). Ammetterne la rilevanza significherebbe consentire uno spazio di impunità ad azioni commesse in condizioni transitorie di natura affettiva e non necessariamente di origine morbosa e patologica.

In questa direzione normativa potrebbe stimolare la riflessione la ricerca condotta nell'ambito della psicologia cognitiva e delle neuroscienze che ha valorizzato la base cognitiva e razionale delle emozioni. In particolare si coltiva l'idea secondo cui «[...] l'appropriatezza e la correttezza di un'emozione in rapporto agli stati di cose o agli eventi che l'hanno suscitata siano definite dalla situazione che, nell'apprendimento del lessico emozionale, si è presentata come lo "stereotipo" per quel tipo di emozione».⁶¹ Si ritiene che «l'irrazionalità emotiva, intesa come risposta non appropriata al contesto dato, rappresenta un difetto cognitivo [...] nella misura in cui è determinato dall'incapacità di percepire le contraddizioni fra uno scenario e un altro e di mediare e risolvere queste contraddizioni»⁶². La conclusione prospettabile sembrerebbe quella di riconoscere che «le emozioni siano in grado di incidere sull'imputabilità, sul suo profilo cognitivo, adulterando la spinta volitiva del soggetto agente e la sua scelta tra opzioni alternative»⁶³.

Tuttavia, legittimare la non imputabilità del fatto commesso in presenza di uno stato emotivo o passionale rischierebbe di consentire la reintroduzione della «forza irresistibile interna»⁶⁴ riconosciuta ai fini dell'esclusione dell'imputabilità dal codice unitario: il che non è accettabile in ottica general-preventiva.

In ogni caso, l'intento apprezzabile del progetto parrebbe principalmente essere quello di esplicitare la non tassatività delle cause di esclusione dell'imputabilità, oggi uniformemente condivisa, in modo da ridurre quanto più il divario tra l'imputabilità e la capacità di intendere e di volere in senso naturalistico⁶⁵. Ciò, tuttavia, rischia di alimentare quella indeterminatezza di cui il testo della normativa vigente parrebbe già soffrire.

⁶⁰ M. T. Collica, *Vizio di mente*, cit., p. 130.

⁶¹ G. Amato, *Diritto penale e fattore emotivo: spunti di indagine*, in *Riv. it. med. leg.*, fasc. 2, 2013, pp. 661 ss. Per un approfondimento sul tema, si veda anche K. Oatley, *Breve storia delle emozioni*, Il Mulino, 2007, pp. 131 ss.

⁶² C. Calabi, *Che cosa hanno in comune l'amore, il disprezzo e l'assassinio premeditato? Emozioni, basi cognitive e razionalità*, in T. Magri (a cura di), *Filosofia e emozioni*, Feltrinelli, 1999, p. 88.

⁶³ G. Amato, *Diritto penale e fattore emotivo*, cit., pp. 661 ss.

⁶⁴ F. Tagliarini, *L'imputabilità nel progetto di nuovo codice penale*, in *Ind. pen.*, 1994, pp. 467 ss. Sul punto anche nella Relazione al progetto Riz del 1995 si è deliberatamente escluso il riferimento ad «altra causa» per non consentire l'ingresso «a tutti quegli impulsi irresistibili che possono spingere una persona a commettere un reato ovvero quelle forze interiori alle quali il reo non ha saputo porre freno».

⁶⁵ M. T. Collica, *Vizio di mente*, cit., p. 129-130.

3.3. Disegno di legge n. 2038 del 1995: c.d. progetto Riz.

Il successivo tentativo di riforma giunge pochi anni dopo la fine dei lavori per il progetto Pagliaro. Si tratta della proposta del disegno di legge n. 2038 del 1995 d'iniziativa del Senatore Riz e di altri quarantacinque Senatori⁶⁶. All'art. 83 si prevede che «non è imputabile chi, nel momento in cui ha commesso il fatto, era, per infermità o per gravissima anomalia psichica, in tale stato di mente da escludere la capacità di intendere o di volere»; all'art. 84, invece, che «chi nel momento in cui ha commesso il fatto, era, per infermità o gravissima anomalia psichica, in tale stato di mente da scemare grandemente, senza escluderla, la capacità di intendere o di volere, risponde del reato commesso ma la pena è diminuita fino ad un terzo». La distinzione tra le due tipologie di vizio di mente risiede dunque nella diversa intensità dell'anomalia psichica: gravissima in quella totale, grave in quella parziale.

A differenza del progetto Pagliaro, la Relazione accompagnatoria al disegno di legge Riz è più chiara nella *ratio legis*: «l'impossibilità» per la psichiatria di ricondurre entro il concetto di infermità i «disturbi psichici» quali le «psicopatie e le nevrosi»⁶⁷.

Il progetto, in linea di continuità con quanto previsto dalla Commissione Pagliaro propone, dunque, anch'esso l'ampliamento della base del giudizio sull'imputabilità dell'autore di reato mediante l'introduzione di quel concetto di anomalia già accolto dalle più moderne legislazioni europee. In particolare, «nel codice penale tedesco [...], si parla di gravi altre anomalie psichiche (§ 20: *schwere andere seelische Abartigkeiten*) per identificare le psicopatie (disturbi della personalità) e le nevrosi in genere, disturbi ben distinti dalle infermità psichiche internazionalmente fissate e classificate». Tuttavia, «onde ovviare a future interpretazioni distorte [...]» si chiarisce come debba trattarsi «di gravissima anomalia per il vizio totale di mente e di grave anomalia per il vizio parziale di mente»⁶⁸.

Il riferimento all'anomalia parrebbe non aver trovato consenso soprattutto da parte di alcuni giuristi e di una parte della psichiatria che al suo posto propone la formula «disturbo mentale»⁶⁹.

Anomalia è un termine atecnico e, al pari di infermità, assai generico ed elastico che rischia di essere sovrapponibile a quest'ultimo, lasciando troppo margine ad interpretazioni estensive⁷⁰. Il disturbo mentale è invece concetto scientifico e più ristretto⁷¹. Il Manuale diagnostico e statistico dei disturbi mentali (DSM), nella versione

⁶⁶ Il disegno di legge è stato trasmesso alla Presidenza del Senato il 2 agosto 1995 dal Sen. Prof. Rolando Riz (relatore) ed è reperibile [a questo link](#).

⁶⁷ Relazione accompagnatoria al d.d.l. n. 2038 del 1995.

⁶⁸ *Ibidem*.

⁶⁹ In termini, G. B. Traverso, S. Ciappi, *Disegno di legge di riforma del codice penale: note critiche a margine della nuova disciplina sull'imputabilità*, in *Riv. it. med. leg.*, fasc. 3, 1997, pp. 667 ss.; M. Bertolino, *Fughe in avanti e spinte regressive in tema di imputabilità penale*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, fasc. 3, 2001, pp. 850 ss., che ritiene preferibili le formule «altro grave disturbo mentale» o «altro grave disturbo psichico».

⁷⁰ G. B. Traverso G. B., Ciappi S., *Disegno di legge di riforma del codice penale: note critiche a margine della nuova disciplina sull'imputabilità*, cit., p. 669.

⁷¹ Sul punto U. Fornari, R. Rosso, *Problemi metodologici e scopo della psichiatria sull'imputato*, in *Riv. it. med. leg.*, fasc. 1, 1992, p. 508.

all'epoca vigente, lo definisce come «sindrome o uno schema comportamentale o psicologico clinicamente significativo, che si verifica in una persona ed è associato a un presente disagio (sintomo doloroso) o disabilità (un danneggiamento di una o più aree del funzionamento) oppure a un rischio significativamente elevato di morire, esperire pena, disabilità o un'importante perdita di libertà»⁷².

Sembrerebbe, tuttavia, che l'utilizzo di una formula comunque agganciata a schemi classificatori, possa comportare il recupero del paradigma nosografico, le cui critiche hanno, tra le altre, dato origine alla necessità di riformare la disciplina dell'imputabilità.

Non solo. Si è anche osservato, che la richiesta della valutazione in termini di gravità dell'impatto dell'anomalia sulla capacità di intendere o di volere «si riveli nella pratica una formula vuota da riempire e svuotare a piacimento»⁷³ poiché ciò che conta non è il livello della malattia ma quello di incidenza causale al momento del fatto e in relazione ad esso⁷⁴.

Anche in questa proposta non si esclude la rilevanza degli stati emotivi e passionali. Ciò nonostante si espliciti nella Relazione introduttiva il rischio - laddove si consenta l'ingresso di una clausola aperta come «altra causa» proposta dal progetto Pagliaro - di non considerare rimproverabili quegli impulsi irresistibili e forze interiori che possano portare una persona a commettere un reato. In tal caso però la previsione del parametro di gravità dell'anomalia (che manca nel progetto precedente) parrebbe ammettere la rilevanza solo a quei comportamenti emotivi di abnormità tale da sfociare nella patologia.

Uno stato emotivo particolarmente intenso (ma non abnorme), secondo il disegno di legge in commento, può invece rilevare come circostanza attenuante comune laddove il fatto di reato commesso sia proporzionato alla situazione che l'ha determinato⁷⁵.

Vale anche in tal caso la riflessione sulla inopportunità, ai fini general preventivi, di riconoscere anche solo come attenuante lo stato di emotività pur se particolarmente intenso.

⁷² American Psychiatric Association, *Diagnostic and Statistical Manual of Mental Disorders, DSM-III-R, Washington D.C., 1987*, p. XXII. La definizione ivi contenuta resta la stessa anche nel DSM-IV del 1994.

⁷³ M. T. Collica, *Vizio di mente*, cit., p. 129.

⁷⁴ Sul punto si veda il parere di F. Introna, fornito nel 1995 alla Commissione Giustizia e al Presidente del Comitato di Riforma del Codice Penale, Sen. Riz. Per una rassegna sui pareri degli esperti (magistrati, giuristi, medici legali, psichiatri forensi) forniti sul progetto di legge in commento, si veda F. Introna, *Il Progetto del nuovo codice penale: problematiche medico legali*, in *Riv. it. med. leg.*, fasc. 1, 1997, pp. 85 ss.

⁷⁵ In particolare, il disegno di legge Riz all'art. 22, n. 6, propone di inserire tra le circostanze attenuanti comuni di cui al vigente art. 62 c.p. la formula secondo cui «l'aver commesso il reato in presenza di uno stato emotivo particolarmente intenso che, proporzionato alla situazione che l'ha determinato, è indice di minore rimproverabilità».

3.4. Il progetto della Commissione Grosso.

Un «approccio legislativo cauto»⁷⁶ in materia di imputabilità è quello proposto dal progetto di riforma del codice penale elaborato dalla Commissione, presieduta dal Prof. Avv. Carlo Federico Grosso, nominata nell'ottobre del 1998 dal Ministro della Giustizia, Giovanni Flik, affinché redigesse anch'essa un progetto per la riforma del codice penale. L'intento dichiarato è quello di non allargare ma nemmeno bloccare in modo troppo rigido «le situazioni di possibile rilevanza ai fini dell'imputabilità»⁷⁷.

Il progetto definitivo ha visto la luce solo nel maggio del 2001 dopo una proposta preliminare di articolato del settembre del 2000 che, per quello che qui interessa, in materia di imputabilità ha ricevuto delle critiche tali da richiedere un adeguamento⁷⁸.

In particolare, la prima proposta di articolato, all'art. 96, rubricato «Non imputabilità per infermità», prevede che «non è imputabile chi, per infermità o per altra grave anomalia, ovvero per ubriachezza o intossicazione da sostanze stupefacenti, nel momento in cui ha commesso il fatto era in condizioni di mente tali da escludere la possibilità di comprendere l'illiceità del fatto o di agire in conformità a tale valutazione» (co. 1)⁷⁹.

All'art. 100 disciplina, invece, l'ipotesi di capacità ridotta distinguendola dall'incapacità piena in ragione della diversa incidenza che l'infermità o altra grave anomalia abbia avuto sulla capacità di comprendere l'illiceità del fatto o di agire in conformità a tale valutazione (di modo da ridurla «grandemente»)⁸⁰.

Dalle Relazioni accompagnatorie al primo progetto, quella del 15 luglio 1999 e quella preliminare del 12 settembre 2000, si evidenzia come il presupposto da cui partire nell'affrontare i problemi che pone l'attuale disciplina dell'imputabilità è quello di individuare le situazioni in presenza delle quali non è possibile muovere all'agente un rimprovero di colpevolezza⁸¹.

A tal proposito, l'aspirante legislatore individua le condizioni soggettive inabilitanti in presenza delle quali (astrattamente) l'assoggettabilità a pena possa risultare irragionevole utilizzando «concetti aperti» che, ove ancorati a specifici parametri di

⁷⁶ Allegato alla Relazione del 15 luglio 1999 sull'imputabilità, elaborato dalla Sottocommissione composta da Pisa, Corbi, Pulitanò, Randazzo, Seminars, Zagreblesky, Zancan.

⁷⁷ Allegato alla Relazione del 15 luglio 1999.

⁷⁸ Le varie formulazioni del progetto sono reperibili sul sito www.giustizia.it.

⁷⁹ L'imputabilità non è esclusa, invece, quando l'agente si è messo in condizioni di incapacità al fine di commettere il reato o di predisporre una scusa (co. 2) e quando l'agente si è messo in stato di incapacità con inosservanza di una regola cautelare rispetto al fatto realizzato, e questo si sia realizzato a causa dello stato di incapacità procurato.

⁸⁰ Per le ipotesi di capacità (grandemente) ridotta è prevista una riduzione di pena con la possibilità per il giudice di applicare un qualsiasi provvedimento che sia necessario al superamento delle condizioni di ridotta capacità esistenti al tempo del fatto (art. 100, co. 3 e 4). Altra possibilità è quella di pronunciare una condanna senza pena qualora, per la modesta gravità del fatto o per essere venute meno le condizioni di capacità ridotta che lo hanno determinato non sussistano esigenze di prevenzione speciale e generale tali da richiedere trattamenti finalizzati al superamento delle stesse (art. 102).

⁸¹ La Relazione preliminare del 15 luglio 1999 chiarisce infatti che prima della capacità di pena, l'imputabilità implica la possibilità di muovere un rimprovero di colpevolezza, ravvisabile laddove vi sia quella necessaria compenetrazione psicologica tra fatto e autore. Per un commento sul punto così come affrontato nel progetto, si rimanda a M. T. Collica, *Prospettive di riforma dell'imputabilità nel "Progetto Grosso"*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, fasc. 3, 2002, pp. 879 ss.

riferimento, consentano un adeguamento continuo al mutare delle conoscenze scientifiche sulle situazioni soggettive di «non normalità psichica»⁸². I proponenti ritengono, infatti, che per ovviare agli effetti di quella incertezza scientifica connessa alla definizione di malattia mentale, occorra introdurre formule aperte che assicurino il costante e necessario raccordo tra il giudice e gli esperti, tra il sistema giuridico e quello scientifico, con ciò «aprendo spazi di possibile rilevanza dei diversi paradigmi cui nel dibattito scientifico sia riconosciuta serietà e consistenza»⁸³.

In tal senso, accostare al concetto di infermità la formula elastica di «grave anomalia psichica» renderebbe, a parere della Commissione ministeriale, «più sicura la strada per una possibile rilevanza quali cause di esclusione dell'imputabilità di situazioni oggi problematiche come la nevrosi o psicopatie, o stati momentanei di profondo disturbo emotivo, che fossero tali da togliere la base ad un ragionevole rimprovero di colpevolezza»⁸⁴.

Con particolare riguardo agli impulsi emotivi, la Relazione preliminare precisa, però, come le situazioni di possibile rilevanza ai fini dell'esclusione dell'imputabilità siano soltanto quelle abnormi e, per tali, in grado di compromettere la comprensione da parte dell'autore di reato del significato della sua condotta.

Così individuate le condizioni potenzialmente invalidanti, l'aspirante legislatore sposta la sua attenzione sull'effetto che quelle condizioni debbano produrre perché si possa ritenere l'autore di reato non imputabile. La formula adoperata a questo fine dal codice vigente, incapacità di intendere e di volere, secondo la Commissione proponente, lascerebbe nel vago gli interpreti⁸⁵. Al suo posto la Commissione opta per una più esplicita e meno pleonastica: «possibilità di comprendere l'illiceità del fatto o di agire in conformità a tale valutazione». Si tratta di una espressione mutuata da altri codici europei, in particolare, il codice penale tedesco, ma anche quello spagnolo e portoghese⁸⁶.

L'impostazione proposta ha, chiaramente, subito la critica di chi già con riferimento ai progetti Pagliaro e Riz aveva ritenuto che l'introduzione del concetto di anomalia avrebbe rappresentato un'inutile duplicazione del concetto di infermità poiché entrambi troppo generici⁸⁷. C'è chi ha osservato come sarebbe stato, forse, preferibile precisare il carattere psichico dell'anomalia così da non lasciare margine all'interprete di attribuire possibile rilevanza anche a quelle di carattere non psichico⁸⁸.

⁸² Relazione preliminare del 15 luglio 1999.

⁸³ *Ibidem*.

⁸⁴ *Ibidem*.

⁸⁵ L'insufficienza della formula è data anche dalla considerazione che, secondo le concezioni psicologiche moderne, la psiche umana è indivisibile: intelligenza e volontà, a cui si aggiunge il sentimento, sono indivisibili e si influenzano vicendevolmente. Per un approfondimento e una sintesi sui diversi orientamenti, si veda F. Introna, *Se e come siano da modificare le vigenti norme sull'imputabilità*, in *Riv. it. med. leg.*, fasc.3, 1999, pp. 657 ss.

⁸⁶ I codici menzionati, dai quali la formula è stata presa in prestito, parlano di capacità di comprendere il contenuto illecito del fatto e di agire in conformità a tale rappresentazione.

⁸⁷ Sul punto si veda M. Bertolino, *Fughe in avanti e spinte repressive in tema di imputabilità penale*, cit., pp. 860 ss.

⁸⁸ In tal senso, G. Fiandaca, *Osservazioni sulla disciplina dell'imputabilità nel progetto Grosso*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, fasc. 3, 2002, pp. 867 ss.

Mantenendo l'impostazione di fondo, la Commissione redigente ha recepito le indicazioni emerse nel dibattito avviato dopo la stesura del progetto preliminare⁸⁹ e ha, conseguentemente, deciso di sostituire il concetto di altra grave anomalia con quello, più specifico, di «altro grave disturbo della personalità»⁹⁰.

È utile precisare che, in generale, i disturbi della personalità si manifestano sotto forma di marcata devianza dalle aspettative di condotta del comune vivere sociale che si riconnette ad un difetto cognitivo della realtà circostante e si manifesta nell'ambito dell'affettività, del funzionamento interpersonale o del controllo degli impulsi⁹¹. Essi trovano una loro specifica classificazione nel DSM ove sono concettualizzati come delle sindromi, non malattie (con ciò ricomprendendo anche anomalie non riconducibili ad altre categorie nosografiche)⁹².

Le caratteristiche appena descritte, anche se in grado di soddisfare al contempo esigenze di classificazione e di elasticità, attirano le critiche di chi ha osservato come il riferimento ai disturbi della personalità si riveli «riduttivo e ampliativo nello stesso tempo. Troppo riduttivo in quanto si presta a ricomprendere le sole psicopatie [...]. Troppo ampliativo, perché consente di ricomprendere una serie di anomalie psichiche non altrimenti classificabili [...]»⁹³. In effetti, si nota che lo stesso DSM, dopo aver elencato le varie categorie diagnostiche, chiude la classificazione con il disturbo della personalità «senza specificazione»⁹⁴.

A mitigare queste insoddisfazioni, a parere di chi scrive, ci sarebbe quell'attenzione all'effetto, vale a dire, alla valutazione in concreto del grado di incidenza del disturbo, comunque inteso, sulla capacità di comprendere il significato del fatto.

Su quest'ultimo aspetto, la nuova proposta di articolato ha, inoltre, sostituito la formula «comprensione della illiceità del fatto» con «comprensione del significato del fatto»⁹⁵.

Come osservato dallo stesso Presidente della Commissione, Prof. Avv. Grosso, in seguito ai primi commenti alla proposta, la formula per prima adoperata non avrebbe significato coscienza dell'illiceità penale della condotta, irrilevante, a norma dell'art. 5 c.p.,

⁸⁹ Alla modifica si approda in seguito a pareri redatti da professori, magistrati, avvocati e da quelli resi al Convegno, tenutosi tra il 3 e il 5 novembre 2000, organizzato dall'ISISC di Siracusa a cui hanno partecipato professori di diritto penale.

⁹⁰ Cfr. art. 94 dell'Articolato proposto dalla Commissione Grosso il 26 maggio 2001.

⁹¹ Il Manuale diagnostico e statistico dei disturbi mentali (DSM), nelle sue varie edizioni, distingue i tratti dai disturbi della personalità. «I tratti della personalità sono modi costanti di percepire, rappresentarsi e pensare nei confronti dell'ambiente e di se stessi, che si manifestano in un ampio spettro di contesti sociali e interpersonali importanti. Solo quando i tratti della personalità sono rigidi e non adattativi e causano quindi una significativa compromissione del funzionamento sociale e lavorativo, oppure una sofferenza soggettiva, essi si costituiscono come disturbi della personalità». Cfr. American Psychiatric Association, *DSM-5, Manuale diagnostico e statistico dei disturbi mentali*, cit., p. 109. Per un approfondimento sui disturbi della personalità, si veda U. Fornari, *Trattato di Psichiatria Forense*, cit., pp. 375 ss.

⁹² M. Bertolino, *Fughe in avanti e spinte regressivo in tema di imputabilità penale*, cit., p. 862.

⁹³ *Idem*, p. 864.

⁹⁴ American Psychiatric Association, *DSM-5, Manuale diagnostico e statistico dei disturbi mentali*, cit., p.109.

⁹⁵ Cfr. art. 94 dell'Articolato proposto dalla Commissione Grosso il 26 maggio 2001.

ma dell'offensività della stessa⁹⁶. A scanso di equivoci o interpretazioni audaci si è preferito esplicitarlo.

In verità, la prima formula proposta (comprensione dell'illiceità del fatto) sarebbe più in linea con il principio di colpevolezza. La ricca gamma di reati di pura creazione legislativa, rispetto ai quali non è percepibile immediatamente il disvalore, richiede, v'è da dire, «il possesso di facoltà di giudizio tutt'altro che elementari»⁹⁷.

Parlare di significato del fatto parrebbe, all'inverso, essere foriero di indeterminatezza. Come osservato in dottrina, non è chiaro se faccia riferimento a significato naturalistico ovvero socioculturale del fatto⁹⁸.

Nonostante le critiche, il progetto Grosso, che non ha rinunciato a formule di natura classificatoria, ha l'indubbio merito di aver chiarito che quel che più deve interessare al legislatore, e soprattutto al giudice, al di là dell'esercizio dialettico sui concetti di infermità, anomalia, disturbo della personalità, è se la capacità di intendere o di volere sia o meno compromessa⁹⁹.

3.5. Il progetto della Commissione Nordio.

Solo sei mesi dopo la fine dei lavori del progetto Grosso anche il successivo Ministro della Giustizia, Roberto Castelli, ha nominato una Commissione, presieduta dal Dott. Carlo Nordio, affinché redigesse uno schema di legge delega al Governo per

⁹⁶ In particolare secondo il Presidente della Commissione «sembrava ovvio che il richiamo del concetto di illiceità non significasse richiamo del concetto di illiceità formale, ma di quella sostanziale». Così, C. F. Grosso, *Intervento al Convegno* svoltosi a Foggia, presso la Facoltà di Giurisprudenza dell'Università degli Studi, nei giorni 10 -11 novembre 2000 su «Verso un nuovo codice penale modello per l'Europa. I. La parte generale. Il L'imputabilità e le misure di sicurezza». Sul punto anche M. Bertolino, *Fughe in avanti e spinte repressive in tema di imputabilità penale*, cit., p. 860.

⁹⁷ In termini, G. Fiandaca, *L'imputabilità nella interazione tra epistemologia scientifica ed epistemologia giudiziaria*, in *Leg. Pen.*, 1, 2006, p. 261.

⁹⁸ G. Fiandaca, *L'imputabilità nella interazione tra epistemologia scientifica ed epistemologia giudiziaria*, cit., p. 261. L'autore sottolinea come non si tratti di una distinzione secondaria perché può accadere, sotto un profilo strettamente psicologico, che uno stesso soggetto sia in grado di rendersi conto di elementi della realtà esterna, ma non sia altrettanto capace di valutare le conseguenze dannose che il suo agire è destinato a provocare nell'ambito di quella realtà (ad esempio Tizio, affetto da deficit mentale, sa che i fiammiferi da lui utilizzati provocano fuoco, ma non è in grado di rendersi conto del serio pericolo che può derivarne ai danni di persone vicine).

⁹⁹ Si tratta di un assunto su cui hanno insistito molto anche le Sezioni Unite Raso, n. 9136/2005, cit., laddove hanno affermato che «il problema non sembra essere quello del riferimento meramente nominalistico ad una formula piuttosto che ad un'altra, che, da sole, difficilmente possono avere assoluta ed oggettiva capacità descrittiva e chiarificatrice, definitivamente risolutoria; qualificata dottrina medico - legale pure afferma, al riguardo, [...] che al legislatore ed al giudice non interessa "quello che c'è a monte" ma se la capacità di intendere o di volere era (o non era) annullata o grandemente scemata al momento del fatto (può osservarsi che, in verità, al giudice deve interessare anche "quello che c'è a monte" esso costituendo snodo rilevante per la espressione ed il controllo del giudizio sulle capacità intellettive e cognitive dell'agente; ma, indubitabilmente, ciò che definitivamente rileva è solo l'accertamento di queste ultime, ai fini dell'imputabilità). Si tratta, invece, di stabilire in concreto, e non in astratto, la rilevanza di alcune tipologie di disturbi mentali, sicché, quanto a quella del "disturbo di personalità" che qui interessa, si tratta di accertare e stabilire come esso si manifesti in concreto, nel soggetto, nel caso singolo: od ove l'accertamento svolto sia indicativo di una situazione di infermità mentale che escluda la rimproverabilità della condotta al soggetto agente, cioè la sua colpevolezza [...]».

l'emanazione della parte generale di un nuovo codice penale¹⁰⁰. Il progetto, ultimato nell'estate del 2004, disattendendo il percorso tracciato dalle precedenti proposte, ritorna al concetto classico di vizio di mente. In particolare, l'art. 48, di cui è nota solo la formulazione provvisoria, rubricato «capacità d'intendere e di volere», al co. 1, prevede che «nessuno può essere punito per un fatto previsto dalla legge come reato se nel momento della condotta costitutiva non aveva, per infermità, la capacità d'intendere e di volere, sempre che il fatto sia stato condizionato dalla incapacità». Il co. 2 chiarisce che «agli effetti della legge penale la capacità di intendere e di volere è intesa come possibilità di comprendere il significato del fatto e di agire in conformità a tale valutazione». All'art. 49 si disciplinano, invece, le «situazioni equiparate» rispetto alle quali «nessuno può essere punito per un fatto previsto dalla legge come reato se, nel momento della condotta costitutiva, la sua capacità di intendere o di volere era ridotta, per infermità, in misura pressoché totale, sempre che il fatto sia stato condizionato dalla ridotta capacità»¹⁰¹.

L'infermità torna ad essere l'unico riferimento scientifico-normativo ai fini della valutazione dell'assenza di imputabilità. Nella pur breve relazione illustrativa, redatta dal Prof. Ivo Caraccioli, si chiarisce che l'intento è quello di evitare «gli sbandamenti applicativi – con apertura a tutti i più originali e diversificati fenomeni in chiave meramente psicologica od emozionale [...]». La direzione è dunque quella di confinare, in nome della certezza del diritto, il campo dell'infermità alle classiche acquisizioni della psichiatria, della criminologia e della medicina legale. In tal senso, nella Relazione al progetto, si afferma il principio di tassatività delle cause incidenti sulla capacità di intendere e di volere.

Si nega, espressamente, la rilevanza a tutti gli altri fenomeni, descritti con formule definite «generiche e omnicomprensive» del tipo «“disturbo psichico”, “disturbo della personalità”, “psicopatia”» che, si legge, sarebbero, «secondo prassi censurabili, valutati anche da non specialisti psichiatrici o medico-legali e sulla base di parametri socio-culturali»¹⁰².

Oggetto di esclusione parrebbero, dunque, essenzialmente tutti quei disturbi che hanno trovato ingresso nel dibattito sull'imputabilità a partire dall'affermarsi del c.d. paradigma psicologico.

A tal proposito, c'è chi ha definito la proposta «un clamoroso passo indietro, addirittura alla situazione esistente alle origini del codice Rocco, per cui si cancellerebbe, con un colpo di spugna, l'evoluzione successiva degli studi psichiatrici,

¹⁰⁰ Nominata con d.m. 23 novembre 2001 e riunitasi per la prima volta il giorno 8 febbraio 2002. L'Articolato è reperibile su A. Pagliaro, *Il progetto di codice penale della Commissione Nordio*, in *Cass. pen.*, fasc.1, 2005, pp. 244 ss.; per il testo della Relazione introduttiva ai lavori della Commissione, si veda [questo link](#); per il commento alla riscrittura articolo per articolo, si consulti [questo indirizzo web](#).

¹⁰¹ Come lo stato cronico irreversibile di intossicazione da alcol o da stupefacenti. Al co. 3 si prevede che «non è considerata infermità l'incapacità volontaria per ubriachezza, per stupefazione o per altra causa». All'art. 50 è prevista l'ipotesi della minore età, per cui: «è sempre considerato incapace di intendere e di volere chi, nel momento di realizzazione della condotta costitutiva del reato, non aveva compiuto gli anni quattordici»; «se aveva compiuto gli anni quattordici, ma non i diciotto, il giudice, per ritenerlo capace di intendere e di volere, deve accertare, con riferimento al tipo di reato commesso, il raggiungimento di un sufficiente grado di maturità fisio-psichica corrispondente all'età».

¹⁰² Relazione al progetto Nordio, cit., p. 29.

nonché gli sforzi interpretativi compiuti dalla giurisprudenza nel segno di un maggiore rispetto del principio di colpevolezza»¹⁰³.

In secondo luogo, per ovviare ai limiti della formula “capacità di intendere e di volere”, definita dalla Relazione al progetto cornice apparente dal contenuto «infinito e indefinibile», al pari di quanto previsto dal progetto della Commissione Grosso, si opta per esplicitare quale sia l’effetto che deve produrre l’infermità ai fini dell’esclusione dell’imputabilità¹⁰⁴, richiedendo che il soggetto agente non abbia avuto al momento del fatto ed in relazione ad esso la possibilità di comprenderne il significato e di agire in conformità a tale valutazione.

La Relazione al progetto Nordio presta particolare attenzione al percorso che deve condurre l’esperto e per tale ragione fissa già nella norma il parametro del «nesso eziologico tra incapacità e fatto in relazione alla specie di esso»¹⁰⁵. Anche se si tratta di una disposizione che merita indubbio apprezzamento (che ad oggi, del resto, è da considerarsi diritto vivente alla luce della pronuncia delle Sezioni Unite Raso), la sua applicazione alle sole infermità, per così dire, classiche, rischia di restringere troppo l’area di rilevanza penale del vizio di mente. In verità il nesso causale con il fatto criminale mostrerebbe la sua potenzialità laddove connesso a quei disturbi aspecifici e di carattere transitorio che sorgono al momento del fatto e in relazione ad esso¹⁰⁶.

Su un fronte, apparentemente, opposto alla restrizione di campo appena analizzata, virerebbe la mancata riproduzione di una norma pari a quella contenuta nell’attuale art. 90 c.p. sull’irrelevanza degli stati emotivi e passionali. Tuttavia, l’art. 49 del progetto esclude dalle situazioni equiparate, oltre all’ubriachezza e stupefazione volontarie, anche qualsiasi altra causa diversa dall’infermità clinicamente intesa, nella quale, evidentemente, possono rientrare anche gli stati emotivi e passionali.

Manca, infine, il riferimento al vizio parziale di mente. In effetti, la Relazione accompagnatoria distingue il «vizio pressoché totale» – equiparato nel trattamento a quello totale «onde non mettere il perito nella drammatica alternativa di non riuscire a chiarire, in termini scientifici, se l’incapacità è veramente assoluta»¹⁰⁷ – dal «vizio parziale di mente». Su quest’ultimo ci si limita, sostanzialmente, a sottolineare che laddove l’infermità abbia determinato una «considerevole riduzione di capacità» si darebbe luogo ad una riduzione di pena. «In tal modo si evita al perito ed al giudice di prendere posizione su una figura indubbiamente ambigua al fine della capacità, pur lasciandogli la possibilità di graduare concretamente la pena alla stregua di tale particolarissima situazione mentale»¹⁰⁸.

L’idea che parrebbe permeare il progetto Nordio è quella di rendere quanto più dimostrabile e poco opinabile il giudizio sulla capacità di intendere e di volere del soggetto. A tal fine, si riduce qualsiasi spazio di discrezionalità schematizzando il

¹⁰³ M. T. Collica, *Vizio di mente*, cit., p. 138.

¹⁰⁴ Relazione al progetto Nordio, cit., p. 6.

¹⁰⁵ *Idem*, p. 29.

¹⁰⁶ Si condivide, a tal proposito, la riflessione secondo cui «la previsione del nesso eziologico contenuta nel progetto Nordio, perde di rilevanza non potendosi accettare che si affianchi ad un concetto fortemente ristretto dei disturbi rilevanti». M. T. Collica, *Vizio di mente*, cit., p. 139.

¹⁰⁷ Relazione al progetto Nordio, cit., p. 30.

¹⁰⁸ *Ibidem*.

perimetro di indagine: non si lascia margine ad un ampliamento interpretativo del concetto di infermità né si ammette che una forma che abbia inciso in modo più lieve sulla capacità di intendere e di volere possa assumere rilievo sotto forma di vizio parziale. Non solo. Le cause di esclusione dell'imputabilità sono tassative, inquadrabili nelle sole figure tipiche della nosografia clinica, e perché rilevino, si deve poter dimostrare il nesso di causalità con il fatto criminale.

La disciplina proposta può ritenersi apprezzabile quanto all'intento di rendere quanto più certo il giudizio ovviando ad arbitri interpretativi e, a certe condizioni, a potenziali contrasti tra gli esperti che si trovino a valutare la sussistenza della capacità di intendere e di volere. Il potenziale beneficio non è però da ritenere accettabile poiché sacrifica qualsiasi potenziale adeguamento al progresso scientifico in materia di condizioni fisio-psichiche astrattamente idonee ad incidere sulla capacità di intendere e/o di volere (a scapito del rispetto del principio di colpevolezza, di cui l'imputabilità rappresenta l'essenza).

3.6. *Il progetto della Commissione Pisapia.*

Un successivo tentativo di riforma è quello della Commissione presieduta dall'On. Giuliano Pisapia, nominata con decreto del Ministro della Giustizia, Clemente Mastella, per la riforma della parte generale del codice penale. Il progetto è stato presentato sotto forma di bozza di schema di legge delega il 19 novembre 2007¹⁰⁹.

In tema di imputabilità, in particolare, l'art. 21 dispone di «prevedere che: a) non sia punibile chi ha commesso un fatto previsto dalla legge come reato, se nel momento in cui l'ha commesso non era imputabile; non sia imputabile chi non ha la capacità di intendere o di volere; b) la capacità di intendere o di volere sia esclusa quando l'agente non era in grado di comprendere il significato del fatto o comunque di agire secondo tale capacità di valutazione; c) siano considerate causa di esclusione dell'imputabilità: infermità, i gravi disturbi della personalità, la cronica intossicazione da alcool o sostanze stupefacenti, se rilevanti rispetto al fatto commesso».

L'art. 22 dispone, invece, di prevedere che «le pene siano diminuite da un terzo alla metà nei confronti di chi per infermità, gravi disturbi della personalità, cronica intossicazione da alcool, nel momento in cui abbia commesso il fatto fosse in condizioni tali da ridurre grandemente la capacità di intendere o di volere [...]».

Dal punto di vista della tecnica legislativa adoperata, si può notare che il progetto, più fedele all'impostazione vigente, ripropone la definizione di imputabilità attraverso il riferimento alla capacità d'intendere e di volere. Al pari di quanto previsto dai progetti Grosso e Nordio, opta per esplicitarne il significato che si sostanzia nella capacità di comprendere il significato del fatto e di agire di conseguenza, da intendere come

¹⁰⁹ Il progetto e la Relazione accompagnatoria sono reperibili sul sito del Ministero della Giustizia, www.giustizia.it. Per quanto si è potuto ricostruire consultando fonti aperte, lo schema di legge delega redatto dalla Commissione Pisapia è stato riproposto in Parlamento, sia nella XVI legislatura, con il disegno di legge delega n. 1043/2007, d'iniziativa del Senatore Cassone e altri (reperibile [a questo link](#)), sia nel corso della XVII legislatura, con proposta n. 1883, presentata il 9 dicembre 2013 dal deputato Gozi (reperibile [a questo link](#)).

comprensione del «significato offensivo nella sua dimensione fattuale concreta»¹¹⁰ e non dell'antigiuridicità del fatto.

In linea di continuità con il solo progetto Grosso, si prevede di introdurre accanto al concetto di infermità quello di «gravi disturbi della personalità» che siano «rilevanti rispetto al fatto commesso».

È appena il caso di sottolineare che la proposta in commento ha il dichiarato intento di recepire i principi della sentenza delle Sezioni Unite Raso (n. 9163/2005)¹¹¹, più volte richiamata in questo scritto. Come noto, la pronuncia ha il merito di aver definitivamente ampliato il concetto di vizio di mente includendovi anche disturbi non precisamente inquadrabili in un concetto di malattia, come i disturbi della personalità, perché ritenuti dalla scienza psichiatrica comunque in grado, a certe condizioni, di compromettere le capacità intellettive e volitive del soggetto agente¹¹². Il tanto discusso termine infermità, secondo la sentenza, «deve ritenersi, in effetti, assunto secondo una concezione più ampia di quello di malattia». Pertanto, la formula utilizzata nel codice vigente sarebbe già di per sé sufficiente ad includere i disturbi psichici che, «anche al di fuori delle malattie psichiatriche valgono egualmente ad indiziare l'imputabilità»¹¹³. Quello che più conta, secondo la nota pronuncia, al di là delle categorie definitorie, è che vi sia un nesso causale tra la condizione fisiopsichica del soggetto e il fatto commesso. Si richiede infatti al giudice di «accertare se il fatto trovi o meno la sua genesi e la sua motivazione nel disturbo mentale che in tal guisa assurge ad elemento condizionante della condotta [...]»¹¹⁴. Detto in altri termini, si deve poter accertare che il reato sia espressione del malfunzionamento psichico dovuto al disturbo mentale.

Di fronte a questi approdi giurisprudenziali, il progetto Pisapia decide di intervenire egualmente normando l'espressa rilevanza dei disturbi della personalità e traducendo la necessaria correlazione causale tra il disturbo e la condotta criminosa con la formula, che può dirsi meno pregnante, secondo cui il disturbo della personalità deve essere «rilevante» rispetto al fatto commesso.

Lascia più nel vago, invece, l'ipotesi della capacità ridotta. Rispetto ad essa, non vi è alcuna formula che rimandi alla necessità del nesso causale tra patologia e fatto.

¹¹⁰ Relazione al progetto Pisapia, cit.

¹¹¹ L'intento dichiarato è di proporre il «recepimento, quanto al vizio di mente, dei principi fissati dalle Sezioni Unite penali (sent. 9163, Raso, 25.1.2005), con il conseguente abbandono del rigido modello definitorio di infermità in favore di clausole aperte, più idonee ad attribuire (a determinate condizioni) rilevanza anche ai disturbi della personalità».

¹¹² Per un commento, si veda, M. T. Collica, *Anche i disturbi della personalità sono infermità mentale*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, fasc. 1, 2005, pp. 420 ss.

¹¹³ Cass. pen., sez. un., n. 9163/2005, cit..

¹¹⁴ La sentenza delle Sezioni Unite Raso ha il merito di aver posto in rilievo la correlazione necessaria tra il disturbo e l'atto commesso affermando che «è necessario che tra il disturbo mentale e il fatto di reato sussista un nesso eziologico che consenta di ritenere il secondo causalmente determinato dal primo [...]. L'esame e l'accertamento di tale nesso eziologico si appalesa poi necessario al fine di delibare non solo la sussistenza del disturbo mentale ma le stesse reali componenti connotanti il fatto di reato, sotto il profilo psico-soggettivo del suo autore, attraverso non un approccio astratto e ipotetico ma reale e individualizzato [...] che consenta al giudice di accertare se il fatto trovi o meno la sua genesi e la sua motivazione nel disturbo mentale che in tal guisa assurge ad elemento condizionante della condotta [...]».

Il progetto, infine, non menziona gli stati emotivi e passionali, per i quali, invece, la sentenza Raso non ha mancato di elaborare specifiche statuizioni. In particolare, vi si afferma che essi non possano aver rilievo, per espressa disposizione normativa di cui all'art. 90 c.p., salvo che «non si inseriscano, eccezionalmente, per loro peculiarità specifiche, in un più ampio quadro di infermità» avente quelle connotazioni specificate per i disturbi della personalità di «[...] consistenza, intensità, rilevanza e gravità tali da concretamente incidere sulla capacità di intendere e di volere»¹¹⁵.

È chiaro che, laddove il progetto fosse stato recepito, la sua interpretazione logica avrebbe condotto a valutare tutti gli aspetti non normati, come quello appena citato, alla stregua della sentenza delle Sezioni Unite.

3.7. La proposta di riforma della Commissione Pelissero incaricata dalla legge delega c.d. Orlando.

La sentenza delle Sezioni Unite Raso costituisce anche la premessa dell'ultima delle proposte di modifica delle norme in materia di imputabilità. In particolare, l'art. 16, lett. c), della legge delega contenuta nella "riforma Orlando" del 23 giugno 2017, n. 103, recante «Modifiche al codice penale, al codice di procedura penale e all'ordinamento penitenziario», richiede(va) al Governo di attuare una «revisione del rigido modello definitorio dell'infermità, mediante la previsione di clausole aperte, in grado di attribuire rilevanza, in conformità ai consolidati approdi scientifici, ai disturbi della personalità»¹¹⁶. Con decreto del Ministro della Giustizia, Andrea Orlando, il 19 luglio 2017 è stata, dunque, nominata una Commissione, presieduta dal Prof. Marco Pelissero, che ha provveduto ad elaborare il relativo schema di decreto legislativo, i cui risultati sono stati resi noti il 5 giugno 2018¹¹⁷.

La Commissione propone di riscrivere l'art. 88 c.p., prevedendo che «non è imputabile chi ha commesso il fatto in ragione di un grave disturbo psichico o della personalità ovvero di un'altra infermità, quando è di intensità tale da escludere, al momento del fatto, la capacità di intendere o di volere». Allo stesso modo si propone di riscrivere l'art. 89 c.p. con una formula speculare che prevede che «chi ha commesso il fatto in ragione di un grave disturbo psichico o della personalità ovvero di un'altra infermità, quando è di intensità tale da ridurre grandemente la capacità di intendere o di volere al momento del fatto, senza escluderla, risponde del reato commesso; ma la pena è diminuita».

L'articolato proposto racchiude in sé i principali approdi a cui è giunto il dialogo tra il diritto (giurisprudenziale) e le scienze psichiatriche e criminologiche.

A differenza dei progetti fino ad ora analizzati, l'infermità passa dall'essere il concetto chiave a clausola di chiusura. L'attenzione del legislatore, infatti, si sposta sui gravi disturbi psichici e della personalità. Con i primi si intende far riferimento «allo spettro

¹¹⁵ Così Cass. pen., sez. un., n. 9163/2005, cit.

¹¹⁶ La l. 23 giugno 2017, n. 103, è pubblicata sulla Gazzetta Ufficiale n. 154 del 4 luglio 2017.

¹¹⁷ Relazione e articolato sono reperibili sul sito del Ministero della Giustizia [a questo indirizzo](#).

psicotico»¹¹⁸ con i secondi, evidentemente, si includono anche le nevrosi e le psicopatie (poiché inquadrate nell'ambito dei disturbi della personalità). Con il concetto di infermità, si legge nella Relazione, si intende, invece, preservare «l'esigenza di poter contare su un ulteriore fattore di elasticità ed inclusività per casi rari o sfuggenti, sia per ammettere [...] disturbi fisici o di natura organica che possono incidere sulle condizioni psichiche presenti al momento della consumazione del reato». Inoltre, si chiarisce che la formulazione normativa proposta richiede che la rilevanza penale di quelle infermità superi un duplice vaglio di accertamento. In primo luogo le espressioni «chi ha commesso il fatto in ragione di un grave disturbo» e (la sussistenza di quest'ultimo) «al momento del fatto» postulano l'accertamento del nesso causale e cronologico tra il disturbo e la condotta delittuosa. Detto usando le parole della Commissione, «non è sufficiente l'accertamento del disturbo mentale, ma è necessaria l'effettiva e concreta incidenza dello stesso sull'atto delittuoso, considerandone la specifica funzionalità, modalità di manifestazione e sviluppo in relazione al reato commesso ed al momento della commissione del fatto». Da tali affermazioni si evince la necessaria attenzione che ogni aspirante legislatore dovrebbe rivolgere al momento dell'attuazione pratica della legge. Ed infatti, si chiede all'esperto di non assestarsi alla dimensione categoriale-diagnostica del disturbo ma di indagarne la dinamica funzionale¹¹⁹. Infatti, come autorevolmente osservato «non è la dimensione categoriale (la diagnosi) bensì quella funzionale (la criminogenesi e la criminodinamica) quella che aiuta a ricostruire e comprendere lo stato di mente di un autore (o di una vittima) di reato»¹²⁰.

¹¹⁸ In particolare, in dottrina, U. Fornari, *I disturbi gravi di personalità*, cit., pp. 276-277, distingue il disturbo della personalità, il grave disturbo della personalità e il disturbo psichico. Il primo presenta le seguenti caratteristiche: «l'immagine del proprio sé è stabile; è mantenuta l'unitarietà dell'io; vengono utilizzati prevalentemente meccanismi difensivi di tipo secondario (in particolare: rimozione e proiezione); sono assenti: comportamenti autodistruttivi, impulsività, gravi oscillazioni dell'umore in senso disforico-depressivo, sentimenti cronici di vuoto, rabbia immotivata e intensa o difficoltà a controllare la rabbia; così pure sono assenti quel tipico atteggiamento bisognoso e quella tipica mancanza di stencità proprie del funzionamento borderline di personalità; mancano sentimenti di colpa, di respiscenza e di rimorso; il soggetto è persona incapace di stabilire una relazione significativa e stabile con l'altro; il comportamento è organizzato e finalisticamente orientato». Il secondo «è caratterizzato dal funzionamento borderline di personalità con alterazioni del funzionamento affettivo-relazionale (esplosioni di rabbia, intensa disforia, grave instabilità affettiva e relazionale con tendenza ad avere legami fusionali e a mantenere relazioni simbiotiche, timore dell'abbandono con depressione anaclitica, incapacità di affrontare gli stress), disturbi dell'identità (diffusione e assenza di una chiara identificazione con incapacità di reggere, organizzare ed elaborare la solitudine e di stare con se stessi), ricorso prevalente se non esclusivo all'utilizzazione di meccanismi primari di difesa (scissione, identificazione proiettiva, negazione, idealizzazione, svalutazione, diniego), alterazioni transitorie del sentimento di realtà (perdita dei confini tra mondo interno e mondo esterno e della capacità di differenziare il sé dal non sé; sentimenti di angoscia panica; comportamenti bizzarri e incongrui) o dell'esame di realtà (ideazione paranoide, grave compromissione del tono dell'umore, comportamenti bizzarri e incongrui)». Il terzo è, invece, «caratterizzato dalla compromissione dell'esame di realtà (deliri e allucinazioni, disturbi gravi dell'umore, disturbi cognitivi), ricorso all'utilizzazione di meccanismi primari di difesa (scissione, identificazione proiettiva, negazione, idealizzazione, svalutazione, diniego), autismo con alterazioni gravi dell'affettività contatto, impulsività incontrollata, comportamento disorganizzato e/o bizzarro e da altri disturbi psicotici o acuti o cronici».

¹¹⁹ Le Sezioni Unite Raso hanno in particolare affermato che «lo stesso letterale disposto degli artt. 88 e 89 c.p. indica che non è sufficiente, ai fini della imputabilità, l'accertamento della infermità (per quanto grave essa possa essere, nel suo inquadramento nosografico), ma, nel contesto di un indirizzo "biopsicologico" che si ritiene accolto dal legislatore, è necessario accertare, in concreto, se ed in quale misura essa abbia inciso, effettivamente, sulla capacità di intendere e di volere, compromettendola del tutto o grandemente scemandola».

¹²⁰ U. Fornari, *I disturbi gravi di personalità*, cit., pp. 277-278; S. Coda, *Stati emotivi o passionali: un contributo clinico*, in *Riv. it. med. leg.*, fasc. 1, 2000, pp. 169 ss.; S. Coda, *Dinamica di un omicidio: il contributo della psicologia*, in *Riv. it. med. leg.*, fasc. 2, 2001, pp. 370 ss.

Nella medesima direzione va anche il secondo livello di accertamento che riguarda «l'intensità» dell'infermità che sia «tale da escludere [...] la capacità di intendere o di volere». È vero, in effetti, come insegnano le scienze psichiatriche, che non ogni disturbo compromette le capacità intellettive e/o volitive del soggetto.

Infine, il progetto, per non allargare eccessivamente le maglie delle infermità fino ad includere anche reazioni emotive transitorie, non apporta alcuna modifica alla disciplina dell'irrelevanza ex art. 90 c.p. degli stati emotivi e passionali, demandando la loro possibile rilevanza a quanto statuito dalle Sezioni Unite Raso.

La disciplina così proposta ha l'indubbio merito di svincolare l'accertamento dell'imputabilità dalle rigide classificazioni psichiatriche spostando definitivamente l'attenzione agli effetti che uno stato psichico alterato può avere generato in relazione e al momento della condotta criminosa. Ad arginare il rischio che tale formulazione può avere consentendo la possibile rilevanza di ogni tipo di alterazione psichica, soccorre quel necessario accertamento dinamico funzionale del disturbo, di cui si è detto, che guida l'esperto di modo da non consentire valutazioni di non imputabilità laddove esistente.

Con lo sguardo del giurista moderno, c'è anche chi vede nella formulazione proposta un'apprezzabile apertura alla rilevanza delle recenti acquisizioni delle neuroscienze in tema di disturbi mentali laddove richiede «gravità del disturbo» e il «nesso eziologico» con l'azione delittuosa¹²¹ (requisiti, invero, rilevanti anche in alcuni dei progetti precedenti). Come accennato nel paragrafo 2, le neuroscienze sarebbero in grado di attribuire una base genetica e neuronale a qualsiasi patologia mentale (anche ai disturbi della personalità)¹²². Lo studio del cervello sarebbe, dunque, in grado di soddisfare il requisito della gravità del disturbo sulla base dell'individuazione più o meno estesa della patologia. Il requisito del nesso eziologico fra condizione "patologica" e fatto sarebbe invece soddisfatto da quegli studi che parrebbero aver mostrato una certa predisposizione genetica¹²³ di taluni individui alla commissione di determinati fatti di reato¹²⁴.

Tuttavia, è bene segnalare come l'affidabilità dei risultati delle indagini neuroscientifiche sia piuttosto discussa sul piano empirico¹²⁵. La letteratura scientifica ha infatti evidenziato

¹²¹ M. Bertolino, *L'imputabilità secondo il codice penale – Dal codice Rocco alla legge delega del 2017: paradigmi, giurisprudenza e Commissioni a confronto*, cit., p. 15.

¹²² In tal senso, A. Forza, *La psicologia nel processo penale. Pratica forense e strategie*, Giuffrè, 2010, p.133.

¹²³ Assise App. Trieste, 1 ottobre 2009, n. 5, *Riv. Pen.*, 2010, pp. 70 ss., la prima che affronta il rilievo delle neuroscienze nelle indagini peritali sullo stato di mente dell'autore di reato, parla di «vulnerabilità genetica». Sul punto anche Trib. Como, Gup., 20 maggio 2011, in *Riv. it. med. leg.*, 2012, pp. 246 ss.

¹²⁴ M. Bertolino, *L'imputabilità secondo il codice penale – Dal codice Rocco alla legge delega del 2017: paradigmi, giurisprudenza e Commissioni a confronto*, cit., p. 15.

¹²⁵ Sul punto, C. Grandi, *Neuroscienze e responsabilità penale. Nuove soluzioni per problemi antichi*, cit., pp. 71 ss.

l'esistenza di insidie nell'utilizzo delle tecniche di *neuroimaging* attraverso le quali non parrebbe possibile ricavare conclusioni certe¹²⁶.

4. Qualche riflessione conclusiva

La logica sottesa al progetto della Commissione Pelissero parrebbe al meglio realizzare quella necessaria intuizione, già colta dal progetto Grosso ed implicitamente elevata a principio di diritto dalle Sezioni Unite Raso, secondo cui, le norme relative all'imputabilità presentano (e devono presentare) un collegamento aperto con il sapere scientifico in costante evoluzione e, per certi aspetti, consentono di adattare la propria struttura a quella stessa evoluzione in una relazione tra scienza e norma che si potrebbe definire di tipo plastico¹²⁷.

È chiaro che il rischio a cui si espone una simile apertura è quello di consentire la criticata rilevanza di qualsiasi disturbo che abbia un riconoscimento diagnostico¹²⁸.

La sensazione, v'è da dire, è che la propensione mostrata dalla psichiatria – e con essa anche dal mondo del diritto – ai potenziali disagi psichici, è direttamente proporzionale all'emergere di una certa attenzione e sensibilità della società moderna verso la sofferenza dell'individuo, la cui cura, è bene sottolinearlo, è coesistente al rispetto del diritto alla salute di cui all'art. 32 Cost.

In questa direzione si può leggere la risposta degli esperti alla critica mossa al DSM secondo cui i manuali diagnostici tendono ad etichettare come malattie anche quelle condizioni che fanno parte delle normali esperienze psichiche di ognuno di noi. Si sottolinea come «non sono gli psichiatri o gli psicologi che vogliono classificare le persone dando loro delle etichette mediche; sono al contrario le persone che stanno male che richiedono di vedere riconosciuta la propria sofferenza, di vedere assegnato un nome al proprio disagio»¹²⁹. Simmetricamente, al mutare dell'esigenza umana (storica), sono state

¹²⁶ *Idem*, p. 303 e ss. I referti ottenuti con le tecniche in questione non parrebbero restituire immagini fedeli del cervello, bensì una sua ricostruzione elaborata attraverso calcoli matematici. In argomento si veda, L. R. Tancredi, J. D. Brodie, *The Brain and Behaviour: Limitations in the Legal Use of Functional Magnetic Resonance Imaging*, in *American Journal of Law & Medicine*, vol. 33, 2007, pp. 278 ss. Più in generale, come sottolineato da M. Gazzaniga, uno dei padri delle moderne neuroscienze cognitive, non è possibile individuare corrispettivo cerebrale della responsabilità umana, unicamente attribuibile all'individuo nel suo complesso e non al suo cervello. M. Gazzaniga, *Chi comanda? Scienza, mente e libero arbitrio*, trad. it., Le Scienze, 2013. Sul punto si veda A. Corda, *Neuroscienze forensi e giustizia penale tra diritto e prova (disorientamenti giurisprudenziali e questioni aperte)*, in *Arch. Pen.*, n. 3, 2014, p.15, a cui si rimanda anche per una panoramica sul dibattito dottrinale italiano in ordine all'impiego delle neuroscienze nel processo penale.

¹²⁷ Sul punto si veda, D. Pulitanò, *La disciplina dell'imputabilità fra diritto e scienza*, cit., p. 250.

¹²⁸ La preoccupazione, come acutamente osservato in dottrina da G. Fiandaca, *Osservazioni sulla disciplina dell'imputabilità nel progetto Grosso*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, fasc. 3, 2002, p. 872-873, è il possibile impatto giurisprudenziale di una disciplina codicistica a maglie larghe: l'autore pensa alla possibile rilevanza ai fini dell'incapacità di fenomeni come la pedofilia o «il c.d. psichismo mafioso negli associati di mafia: i quali avrebbero una personalità psicopatologica in quanto aderenti ad un universo totalizzante che abolisce ogni autonomia di pensiero individuale, vieta qualsiasi forma di comunicazione interpersonale autentica, accentua la logica della contrapposizione amico-nemico, impone una ideologia fondamentalista che induce a considerare come meritevoli di rispetto i soli valori mafiosi e di conseguenza, neutralizza o comunque attutisce fortemente la consapevolezza dell'"illecito" tutte le volte in cui la vittima di reato è soggetto estraneo alla comunità mafiosa».

¹²⁹ M. Biondi, F. Bersani, M. Valentini, *Il DSM-5: l'edizione italiana*, in *Riv. Psichiatria*, 2014; 49 (2), p. 59.

eliminate dai vari DSM determinate condizioni, quali, per dirne una, l'omosessualità, depennata nel 1980¹³⁰.

Queste riflessioni richiamano il bisogno di individuare i criteri attraverso i quali quel collegamento aperto con il sapere scientifico non sconfini nella massima discrezionalità dove qualsiasi disturbo trovi ingresso nel processo come vizio di mente penalmente rilevante¹³¹. Criteri che, l'ultimo dei progetti in commento, recependo l'impostazione delle Sezioni Unite Raso, individua nel nesso cronologico e causale tra il disturbo e il fatto di reato e, soprattutto, nella concreta incidenza che quel disturbo abbia avuto sulla libera autodeterminazione dell'individuo nella scelta della condotta penalmente rilevante. Ciò che rileva, in sostanza, è la più volte sottolineata attenzione all'effetto che quel disturbo abbia avuto sullo stato di mente dell'autore di reato¹³².

A questo punto il problema si sposta dal piano "concettuale" a quello probatorio e, all'interno di questo, a quello della valutazione della sua affidabilità ed attendibilità¹³³.

È appena il caso di dire che nel momento specifico dell'accertamento probatorio, l'impiego dei mezzi messi in capo dalle neuroscienze può assumere un ruolo decisamente importante. Laddove giunga a processo una valutazione di imputabilità dipendente dall'accertamento clinico di un grave disturbo psichico, o della personalità o di altra infermità, per utilizzare i concetti del progetto Pelissero, la sua verifica o falsificazione può essere vagliata con l'indagine neuroscientifica. Si fa riferimento ad un apporto di carattere esplicativo¹³⁴ che possa contribuire unitamente a quello clinico, senza sostituirlo, nel riscontrare la scientificità del disturbo e del suo livello di incidenza sulle capacità intellettive e volitive del periziando.

L'approccio giurisprudenziale parrebbe mostrare una apertura in questa direzione¹³⁵, forte anche dell'insegnamento delle Sezioni Unite Raso secondo cui all'accertamento «il giudice deve procedere avvalendosi degli strumenti tutti a sua disposizione, l'indispensabile apporto e contributo tecnico, ogni altro elemento di valutazione e di giudizio desumibile dalle acquisizioni processuali».

¹³⁰ *Ibidem*.

¹³¹ Con non poche critiche dottrinali. Si veda ad es. G. Ponti, *Il dibattito sull'imputabilità*, in A. Ceretti, I. Merzagora (a cura di), *Questioni sull'imputabilità*, Cedam, 1994, p.10.

¹³² In tal senso si veda A. Manna, *L'imputabilità tra prevenzione generale e principio di colpevolezza*, in *Ind. Pen.*, 1, 2006, p. 228.

¹³³ Che il giudice è chiamato ad effettuare attraverso i criteri ormai consolidati (mutuati dalla sentenza Daubert della Corte Suprema degli Stati Uniti del 1993) di affidabilità del metodo scientifico, di verificabilità, falsificabilità, controllo della comunità scientifica, conoscenza del tasso di errore e accettazione nella comunità degli esperti, nonché quelli (elaborati dalla sentenza "Cozzini" della Cass. pen., sez. IV, 19 settembre 2010, n. 43786, in *Dejure*) di professionalità ed indipendenza dell'esperto, delle finalità per le quali si muove e dell'esclusione di margini di soggettività nella valutazione peritale.

¹³⁴ Sul ruolo che le neuroscienze possono assumere nell'accertamento dell'infermità mentale, si veda M. Bertolino, *L'imputabilità penale fra cervello e mente*, in *Riv. it. med. leg.*, fasc. 3, 2012, pp. 921 ss.

¹³⁵ Per una rassegna aggiornata delle pronunce che hanno mostrato un'apertura alle tecniche impiegate dalle neuroscienze si veda C. Grandi, *Diritto penale e neuroscienze. Punti fermi (se mai ve ne siano) e questioni aperte*, in questa rivista, fasc. 4, 2 aprile 2019, pp. 7 ss. nonché M. Bertolino, *L'imputabilità secondo il codice penale - Dal codice Rocco alla legge delega del 2017: paradigmi, giurisprudenza e Commissioni a confronto*, cit., p. 15 e ss.

Sul punto hanno avuto modo di soffermarsi anche i lavori degli Stati Generali dell'Esecuzione Penale, avviati per fornire al Ministero le indicazioni sulla riforma poi sfociata nel progetto Pelissero¹³⁶. In particolare si assume un orientamento ragionevole e cauto definendo «utili, ma non indispensabili, [...] i dati riguardanti la morfometria e il funzionamento del cervello (dati neuroscientifici relativi alle regioni prefrontali, all'amigdala e all'ippocampo)» nonché «le indagini genetiche (che implementano la conoscenza del bios)»¹³⁷ e sottolineando come «neuroscienze, neuropsicologia e genetica molecolare devono essere valutate nell'ambito del discorso clinico che prenda in considerazione l'intera persona, nella sua storia di vita irripetibile e non riproducibile in laboratorio»¹³⁸.

Una riflessione conclusiva merita, infine, l'opportunità di addivenire alla riforma prospettata.

La nota tendenza ad una sempre maggiore rilevanza del diritto giurisprudenziale impone di operare la valutazione di tale opportunità proprio tenendo in considerazione la sua evoluzione.

La questione "imputabilità" che oggi continua a stimolare il legislatore trova da tempo risposta nell'intramontabile sentenza delle Sezioni Unite Raso che hanno chiarito come il termine infermità, con tutti i suoi difetti, ricomprenda già tutti quei disturbi di cui si discute, la cui rilevanza va colta in concreto.

Non solo. Vi sarebbe anche l'aggancio normativo a cui poter già fare riferimento per accogliere la lettura proposta dalla storica pronuncia. Concetto chiave dell'art. 85 c.p. nella formulazione vigente, non è la «infermità» di per sé considerata in astratto, quanto piuttosto lo «stato di mente» da essa determinato. Pertanto, una volta accolta quell'apertura al sapere scientifico, si ribadisce, «ciò che rileva nella disciplina in esame [...] non è la causa dell'incapacità, ma il suo effetto: non è il carattere astrattamente patologico del disturbo, ma il risultato da esso determinato [...]»¹³⁹. Non è mancato chi, già prima della pronuncia Raso, ha infatti affermato che il termine infermità sia stato scelto dal legislatore proprio perché «al giudice non può interessare una eventuale diatriba nosografica tra esperti circa il nome da attribuire a questa o a quella malattia, bensì interessa solo sapere se e quali conseguenze ne siano derivate a carico della capacità di intendere e di volere al momento del fatto»¹⁴⁰.

¹³⁶ Si fa riferimento al Tavolo tematico 11 relativo alle Misure di sicurezza e alla disciplina dell'imputabilità (lavoro del gruppo di esperti incaricati di predisporre le linee di azione per l'elaborazione di una riforma organica in tema di esecuzione penale, "Stati Generali sull'esecuzione penale", istituiti con d.m. 8 maggio 2015 dell'allora Ministro della Giustizia Orlando). I lavori sono stati pubblicati sul sito del Ministero della Giustizia www.giustizia.it (a questo link). È bene precisare che alcun riferimento alle neuroscienze viene fatto nella Relazione al progetto della Commissione Pelissero.

¹³⁷ Per una sintesi degli approdi delle neuroscienze si veda, tra gli altri, M. T. Collica, *Gli sviluppi delle neuroscienze sul giudizio di imputabilità*, cit., pp. 1 ss. Cfr., per un approfondimento, anche A. Stracciari, A. Bianchi, G. Sartori, *Neuropsicologia forense*, il Mulino, 2010.

¹³⁸ La posizione trova la sua ragione nella considerazione della «fallibilità» delle leggi scientifiche che forniscono «piccole verità» relative e del riscontrato bisogno di ulteriori sperimentazioni e verifiche che certifichino l'affidabilità dei risultati delle neuroscienze.

¹³⁹ A. Manna, *L'imputabilità tra prevenzione generale e principio di colpevolezza*, cit., p. 228.

¹⁴⁰ F. Introna, *I diritti del malato di mente, ovvero il malato di mente nel diritto*, in V. Mastrorardi (a cura di), *Psichiatria Forense e Psicologia Giudiziaria, Scritti in memoria di Franco Ferracuti*, Antonio Delfino Editore, 1996 p. 291-327.

Ciò detto, un intervento sarebbe invero ugualmente auspicabile, almeno per esigenze di determinatezza che la disciplina vigente parrebbe non soddisfare: come si è visto, infatti, il sistema è, ora, orientato da principi elaborati da un'interpretazione evolutiva che sarebbe preferibile inquadrare in una moderna ed attuale formulazione normativa che quei principi sintetizzi.

Bibliografia

G. Amato, *Diritto penale e fattore emotivo: spunti di indagine*, in *Riv. it. med. leg.*, fasc. 2, 2013, pp. 661 ss.

American Psychiatric Association, *DSM IV, Diagnostic and Statistical Manual of Mental Disorders*, Whashington D.C., IV ed., 1994.

American Psychiatric Association, *DSM-5, Manuale diagnostico e statistico dei disturbi mentali*, Raffaello Cortina Editore, 2015.

F. Antolisei, *Manuale di diritto penale, Parte generale*, Giuffrè, 2003.

A. Arceri, *Psicopatie e imputabilità, nota a sent. Trib. Milano, 26 febbraio 1992*, in *Giur. Merito*, II, 1993, pp. 759 ss.

T. Bandini, U. Gatti, *Psichiatria e giustizia. Riflessioni critiche sull'imputabilità del malato di mente*, in *Dei delitti e delle pene*, 2, 1985, pp. 353 ss.

F. Basile, G. Vallar, *Neuroscienze e diritto penale: le questioni sul tappeto*, in *Dir. Pen. Cont. – Riv. trim.*, 4, 2017, pp. 269 ss.

M. Bertolino, *Diritto penale, infermità mentale e neuroscienze*, in *Criminalia. Annuario di scienze penalistiche*, 2018, pp. 13 ss., pubblicato sulla rivista *disCrimen* (www.discrimen.it) il 27 novembre 2018.

M. Bertolino, *Fughe in avanti e spinte regressive in tema di imputabilità penale*, in *Riv. it. dir e proc. pen.*, fasc. 3, 2001, pp. 850 ss.

M. Bertolino, *L'imputabilità e il vizio di mente nel sistema penale*, Giuffrè, 1990.

M. Bertolino, *L'infermità mentale al vaglio delle Sezioni Unite*, in *Dir. Pen. Proc.*, 7, 2005, pp. 853 ss.

M. Bertolino, *L'imputabilità penale fra cervello e mente*, in *Riv. it. med. leg.*, fasc. 3, 2012, pp. 921 ss.

M. Bertolino, *L'imputabilità secondo il codice penale – Dal codice Rocco alla legge delega del 2017: paradigmi, giurisprudenza e Commissioni a confronto*, in *Sistema penale*, 25 febbraio 2020.

M. Bertolino, *La crisi del concetto di imputabilità*, in G. Marinucci, E. Dolcini (a cura di), *Diritto penale in trasformazione*, Giuffrè, 1985, pp. 235 ss.

R. Bianchetti, *Disturbo da gioco d'azzardo ed imputabilità. Note criminologiche alla luce della giurisprudenza di merito e legittimità*, in *Dir. Pen. Cont., Riv. Trim.*, 1, 2015, pp. 388 ss.

M. Biondi, F. Bersani, M. Valentini, *Il DSM-5: l'edizione italiana*, in *Riv. Psichiatria*, 2014; 49 (2), pp. 57 ss.

E. Bleuler, *Lehrbuch der Psychiatrie*, Berlino, 1949.

C. Calabi, *Che cosa hanno in comune l'amore, il disprezzo e l'assassinio premeditato? Emozioni, basi cognitive e razionalità*, in T. Magri (a cura di), *Filosofia e emozioni*, Feltrinelli, 1999, pp. 51 ss.

S. Coda, *Dinamica di un omicidio: il contributo della psicologia*, in *Riv. it. med. leg.*, fasc. 2, 2001, pp. 370 ss.

S. Coda, *Stati emotivi o passionali: un contributo clinico*, in *Riv. it. med. leg.*, fasc. 1, 2000, pp. 169 ss.

M.T. Collica, *Anche i disturbi della personalità sono infermità mentale*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 2005, fasc. 1, pp. 420 ss.

M.T. Collica, *Il giudizio di imputabilità tra complessità fenomenica ed esigenze di rigore scientifico*, in *Riv. it. dir e proc. pen.*, fasc. 3, 2008, pp. 1170 e ss.

M.T. Collica, *La crisi del concetto di autore non imputabile "pericoloso"*, in *Diritto penale contemporaneo*, 19 novembre 2012.

M.T. Collica, *Prospettive di riforma dell'imputabilità nel "Progetto Grosso"*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, fasc. 3, 2002, pp. 879 ss.

M.T. Collica, *Gli sviluppi delle neuroscienze sul giudizio di imputabilità*, in *Diritto penale contemporaneo*, 20 febbraio 2018.

M.T. Collica, *Vizio di mente, Nozione, accertamenti e prospettive*, in G. Fiandaca, E. Musco, T. Padovani, F. Palazzo (a cura di), *Itinerari di Diritto Penale*, Giappichelli, 2007.

A. Corda, *Neuroscienze forensi e giustizia penale tra diritto e prova (disorientamenti giurisprudenziali e questioni aperte)*, in *Arch. Pen.*, n. 3, 2014.

G. Fiandaca, *L'imputabilità nella interazione tra epistemologia scientifica ed epistemologia giudiziaria*, in *Leg. Pen.*, 1, 2006, pp. 257 ss.

G. Fiandaca, E. Musco, *Diritto penale. Parte generale*, Zanichelli, 2010.

G. Fiandaca, E. Musco, *Diritto Penale. Parte Generale*, Zanichelli, 1995.

G. Fiandaca, *Osservazioni sulla disciplina dell'imputabilità nel progetto Grosso*, in Riv. it. dir. e proc. pen., fasc. 3, 2002, pp. 867 ss.

U. Fornari, *I disturbi gravi di personalità rientrano nel concetto di infermità*, in Cass. pen., fasc.1, 2006, pp. 274 ss.

U. Fornari, R. Rosso, *Problemi metodologici e scopo della psichiatria sull'imputato*, in Riv. It. med. leg., fasc. 1, 1992, pp. 503 ss.

U. Fornari, *Trattato di psichiatria forense*, VII ed., Utet Giuridica, 2018.

A. Forza, *La psicologia nel processo penale. Pratica forense e strategie*, Giuffrè, 2010.

M. Gazzanica, *Chi comanda? Scienza, mente e libero arbitrio*, trad it., Le Scienze, 2013.

C. Grandi, [Diritto penale e neuroscienze. Punti fermi \(se mai ve ne siano\) e questioni aperte](#), in questa rivista, fasc. 4, 2 aprile 2019.

C. Grandi, *Neuroscienze e responsabilità penale. Nuove soluzioni per problemi antichi*, in G. Fiandaca, E. Musco, T. Padovani, F. Palazzo (a cura di), *Itinerari di Diritto Penale*, Giappichelli, 2016.

B. Intreccialagli, *I disturbi della personalità*, in F. Ferracuti (a cura di), *La psichiatria forense speciale. Trattato di Criminologia medicina criminologica e psichiatrica forense*, Giuffrè, 16, 1990, pp. 403 ss.

F. Introna, *Commento medico legale ad una parte del nono tentativo di riforma del Codice Penale*, in Riv. it. med. leg., fasc. 3, 2001, pp. 481 ss.

F. Introna, *I diritti del malato di mente, ovvero il malato di mente nel diritto*, in V. Mastronardi (a cura di), *Psichiatria Forense e Psicologia Giudiziaria, Scritti in memoria di Franco Ferracuti*, Antonio Delfino Editore, 1996 pp. 291 ss.

F. Introna, *Il Progetto del nuovo codice penale: problematiche medico legali*, in Riv. it. med. leg., fasc. 1, 1997, pp. 85 ss.

F. Introna, *Se e come siano da modificare le vigenti norme sull'imputabilità*, in Riv. it. med. leg., fasc. 3, 1999, pp. 657 ss.

E. Khan, *Die psychopathischen Anlagen, Reaktionen u. Entwicklungen*, in O. Bumke, *Handbuch der Geisteskrankheiten*, Berlino, 1928.

E. Kraepelin, *Psychiatrie Ein Lehrbuch für Studierende und Ärzte*, 3 vols., Leipzig: Johann Ambrosius Barth, 1909-15.

A. Manna, *L'imputabilità tra prevenzione generale e principio di colpevolezza*, in Ind. Pen., 1, 2006, pp. 220 ss.

M. Marchetti, *Breve storia della psichiatria forense*, in *Riv. it. med. leg.*, VIII, 2, 1986, pp. 342 ss.

R. Melano, *Attualità delle problematiche riguardanti i Manicomi Giudiziari. Una revisione storica dei progetti di legge riguardanti il superamento dell'Ospedale Psichiatrico Giudiziario e la modifica dell'attuale sistema di non imputabilità per gli infermi di mente autori di reato*, in *Riv. it. med. leg.*, fasc. 4-5, 2008, pp. 1021 ss.

I. Merzagora, *Imputabilità, pericolosità sociale, capacità di partecipare coscientemente al procedimento*, in G. Giusti (a cura di), *Trattato di medicina legale e scienze affini, IV, Genetica, psichiatria forense e criminologia, medicina del lavoro*, Cedam, 2009, pp.157 ss.

E. Musco, *Misure di Sicurezza, Agg. I*, in *Enc. Dir.*, Giuffrè, 1997.

K. Oatley, *Breve storia delle emozioni*, Il Mulino, 2007.

A. Pagliaro, *Il progetto di codice penale della Commissione Nordio*, in *Cass. pen.*, fasc.1, 2005, pp. 244 ss.

G. Pavan, *L'imputabilità è presupposto della colpevolezza: considerazioni in ordine al rapporto tra la scelta dogmatica operata dalle SS.UU. 25.1.2005 n. 9163 e l'estensione dell'infermità ai gravi disturbi di personalità*, in *Ind. pen.*, 1, 2008, pp. 307 ss.

G. Ponti, *Il dibattito sull'imputabilità*, in A. Ceretti, I. Merzagora (a cura di), *Questioni sull'imputabilità*, Cedam, 1994, pp. 1 ss.

D. Pulitanò, *L'imputabilità come problema giuridico*, in O. De Leonardis, G. Gallio, D. Mauri, T. Pitch, (a cura di), *Curare e punire. Problemi e innovazioni nei rapporti tra psichiatria e giustizia penale*, Unicopli, 1988, pp. 127 ss.

D. Pulitanò, *La disciplina dell'imputabilità fra diritto e scienza*, in *Leg. Pen.*,1, 2006, pp. 248 ss.

M. Romano, G. Grasso, *Commentario sistematico del codice penale*, Vol. II, Giuffrè, 1996.

L. Sammiceli, G. Sartori, *Neuroscienze e Imputabilità*, in L. De Cataldo Neuburger (a cura di), *La prova scientifica nel processo penale*, CEDAM, 2007, pp. 317 ss.

K. Schneider, *Die Psychopathischen Persönlichkeiten*, 9, Aufl., Vienna, 1950.

A. Stracciari, A. Bianchi, G. Sartori, *Neuropsicologia forense*, il Mulino, 2010.

T. S. Szasz, *Il mito della malattia mentale. Fondamenti per una teoria del comportamento individuale*. Trad. it., Il Saggiatore, 1966.

F. Tagliarini, *L'imputabilità nel progetto di nuovo codice penale*, in *Ind. pen.*, 1994, pp. 463 ss.

L. R. Tancredi, J. D. Brodie, *The Brain and Behaviour: Limitations in the Legal Use of Functional Magnetic Resonance Imaging*, in *American Journal of Law & Medicine*, vol. 33, 2007, pp. 271 ss.

G. B. Traverso, S. Ciappi, *Disegno di legge di riforma del codice penale: note critiche a margine della nuova disciplina sull'imputabilità*, in *Riv. it. med. leg.*, fasc. 3. 1997, pp. 667 ss.

Fonti giurisprudenziali

- Cass. pen., sez. I, 24 luglio 1970, in *Cass. Pen. Mass. Ann.*, 1972, p.167.
Cass. pen., sez. III, 29 ottobre 1970, in *Riv. Pen.*, 1972, p. 463.
Cass. pen., sez. I, 17 gennaio 1972, n. 1969, in *Dejure*.
Cass. pen., sez. I, 11 ottobre 1974, in *Giust. Pen.*, II, 1975, p. 610.
Cass. pen., sez. I, 8 novembre 1977, in *Giust. Pen.*, II, 1978, p. 361.
Cass. pen., sez. I, 23 ottobre 1978, n. 396, in *Cass. pen.*, 1979.
Cass. pen., sez. V, 4 giugno 1981, in *Giust. pen.*, II, 1982, p. 222.
Cass. pen., sez. II, 9 maggio 1983, in *Riv. Pen.*, 1984, p. 633.
Cass. pen., sez. V, 11 gennaio 1984, in *Riv. Pen.*, 1984, p. 965.
Cass. pen., sez. V, 29 novembre 1984, in *Cass. pen.*, 1986, p. 510.
Cass. pen., sez. I, 25 febbraio 1985, in *Giust. pen.*, II, 1986, p. 93.
Cass. pen., sez. I, 18 giugno 1986, in *Riv. pen.*, 1987, p. 686.
C. Cost., 24 marzo 1988, n. 364, in *Dejure*.
C. Cost., 13 dicembre 1988, n. 1085, in *Dejure*.
Cass. pen. sez. I, 4 giugno 1992, n. 8057, in *Dejure*.
Cass. pen., sez. I, 03 dicembre 1992, n. 382, in *Dejure*.
Cass. pen., sez. I, 11 gennaio 1993, in *Cass. Pen. Mass. Ann.*, 1993, p. 89.
Cass. pen., sez. I, 6 aprile 1993, n. 5347, in *Cass. pen.*, 1994, p. 2074.
Cass. pen., sez. I, 4 marzo 1997, n. 3536, in *Dejure*.
Cass. pen., sez. VI, 17 marzo 1997, n. 7845, in *Cass. Pen.*, 1999, p. 2531.
Ass. Foggia, 9 febbraio 2000, in *Riv. It. med. leg.*, 2001, pp. 869 ss.
Cass. pen., sez. III, 06 febbraio 2001, n. 9421, in *Dejure*.
Cass. pen. sez. I, 9 aprile 2003, n. 19532, in *Dejure*.
Cass. pen., sez. VI, 27 maggio 2003, n. 31753, in *Dejure*.
Cass. pen., sez. I, 25 marzo 2004, n. 16940, in *Dejure*.
Cass. pen., sez. un., 25 gennaio 2005, n. 9163, in *Dejure*.
Cass. pen., sez. IV, 13 febbraio 2007, n. 15218, in *Guida dir.*, 20, 2007, p. 94.
Cass. pen., sez. II, 2 dicembre 2008, n. 2774, in *Dejure*.
Cass. pen., sez. V, 11 marzo 2009, n. 28430, in *Dejure*.
Assise App. Trieste, 1 ottobre 2009, n. 5, *Riv. Pen.*, 2010, pp. 70 ss.
Cass. pen., sez. IV, 19 settembre 2010, n. 43786, in *Dejure*.
Trib. Como, Gup., 20 maggio 2011, in *Riv. it. med. leg.*, 2012, pp. 246 ss.
Cass. pen. sez. II, 22 maggio 2012, n. 24535, in *Dejure*.
Cass. pen., sez. I, 11 gennaio 2013, n. 7907, in *Dejure*.
Cass. pen., sez. V, 16 gennaio 2013, n. 9843, in *Dejure*.
Cass. pen., sez. III, 20 novembre 2013, n. 2013, in *Dejure*.
Cass. pen., sez. I, 31 marzo 2016, n. 26779, in *Dejure*.

Cass. pen. sez. VI, 27 aprile 2018, n. 30733, in *Dejure*.
Cass. pen., sez. VI, 10 maggio 2018, n. 33463, in *Dejure*.
Cass. pen. sez. I, 22 maggio 2018, n. 51190, in *Dejure*.
Cass. pen., sez. II, 20 novembre 2018, n. 188, in *Dejure*.

Fonti istituzionali in ordine cronologico

Relazione preliminare al "Codice Rocco".
Proposta di articolato del d.d.l. n. 177 del 29 marzo 1983.
Relazione al d.d.l. n. 177 del 29 marzo 1983.
Relazione al progetto Pagliaro.
Articolato progetto Pagliaro.
d.d.l. n. 2038 del 1995.
Relazione accompagnatoria al d.d.l. n. 2038 del 1995.
Relazione preliminare al progetto Grosso 15 luglio 1999.
Relazione preliminare al progetto Grosso 12 settembre 2000.
Articolato progetto Grosso 12 settembre 2000.
Relazione sulle modifiche al progetto Grosso 26 maggio 2001.
Articolato progetto Grosso 26 maggio 2001.
Relazione al progetto Nordio.
Articolato progetto Nordio.
d.d.l. legge n. 1043/2007.
Relazione al progetto Pisapia.
Articolato progetto Pisapia.
Proposta n. 1883, presentata il 9 dicembre 2013 dal deputato Gozi.
d.m. 8 maggio 2015 dell'allora Ministro della Giustizia Orlando.
l. 23 giugno 2017, n. 103.
Relazione al progetto Pelissero.
Articolato progetto Pelissero.

Riflessione

— Imputabilità del minore: educazione o rapida fuoriuscita dal processo penale?

Una breve analisi della recente giurisprudenza in tema di accertamento dell'immaturità del minore autore di reato

Imputability of the child: education or rapid escape from the criminal trial?

A brief analysis of the recent jurisprudence on the assessment of the immaturity of the juvenile offender

di Paola Bonora

Abstract. Partendo dal concetto psico-socio-giuridico di maturità, l'elaborato si propone di analizzare il percorso della giurisprudenza di legittimità fino ai più recenti approdi giurisprudenziali in tema di immaturità del minore autore di reato.

Abstract. Starting from the psycho-socio-juridical concept of maturity, the paper proposes to analyze the path of the jurisprudence of legitimacy until the most recent jurisprudential approaches regarding the immaturity of the juvenile offender.

SOMMARIO: 1. Premessa. – 2. L'accertamento della maturità alla luce dei diversi indirizzi interpretativi. – 2.1. Una prima conferma. – 2.2. L'illusione di una soluzione pacifica. – 3. Quale soluzione privilegiare?

SUMMARY: 1. Introduction. – The assessment of the maturity in the light of the different interpretation guidelines. – 2.1. A first confirmation. – 2.2. The illusion of a peaceful solution. – 3. Which solution to prefer?

1. Premessa.

L'imputabilità – o meglio il difetto di imputabilità – del minore autore di reato, che trova fondamento all'interno del nostro ordinamento agli articoli 97 e 98 del codice penale, è un concetto giuridico di contenuto incerto, che deve essere riempito sulla base degli apporti e dei continui progressi delle scienze psico-sociali, così come ricorda, tra molti, Chiara Scivoletto¹.

La formula utilizzata dal nostro legislatore fonda la non imputabilità dell'autore di reato minore di anni diciotto sull'assenza della sua effettiva capacità di intendere e di volere al momento della commissione del fatto. Questa condizione di non imputabilità "minorile" è stata tradotta dalla giurisprudenza e dalla dottrina nel concetto di "immaturità" e si basa sull'idea che, pur potendo il singolo soggetto avere un livello di capacità sufficientemente sviluppato, ad esso mancherà quasi sempre quel "bagaglio etico" da cui dipende la piena comprensione dei valori morali che fondano una data comunità².

Partendo da questo assunto concettuale e analizzando *a contrario* la giurisprudenza di legittimità è possibile rilevare che quest'ultima ha ritenuto che l'assenza di maturità del minore si fondi sulla mancanza di un adeguato «sviluppo intellettuale e morale» (Cass. pen., sez. I, 11 luglio 1991, n. 10002) e di una sufficiente «capacità intellettuale e di autodeterminazione» (Cass. pen., sez. I, 1 ottobre 1990, n. 14674); inoltre, che questa mancanza sia tale da non permettergli di rendersi conto del disvalore sociale del fatto commesso (Cass. pen., sez. II, 13 settembre 1991, n. 9265).

Se nel caso degli ultraquattordicenni³, però, l'assenza di maturità è rimessa ad una valutazione caso per caso ad opera, in concreto, del giudice di merito: per gli infraquattordicenni⁴, invece, la stessa è presunta in modo assoluto, ovvero prescinde dall'effettivo riscontro della capacità di intendere e di volere in capo al soggetto.

In questa sede ci concentreremo proprio sulla disciplina normativa e sugli orientamenti giurisprudenziali formatisi sull'art. 26 d.P.R. 22 settembre 1988, n. 448⁵, che impone al giudice, che accerti che il minore abbia un'età inferiore agli anni quattordici, la pronuncia, anche di ufficio, di una sentenza di non luogo a procedere per difetto di imputabilità⁶.

¹ V. *L'imputabilità del minorenni. Intervista a Chiara Scivoletto* in questa rivista, 6 novembre 2019.

² G. De Francesco, *Diritto penale. I Fondamenti*, Giappichelli Editore, 2011, pp. 374-375 e p. 381.

³ Si fa riferimento ai soggetti di età compresa fra i quattordici e i diciotto anni.

⁴ Si tratta di individui di età inferiore agli anni quattordici.

⁵ Questo decreto, integrato dal d.P.R. 22 settembre 1988, n. 449 e dal d.l. 28 luglio 1989, n. 272, recante norme di attuazione, di coordinamento e transitorie, ha dato forma al c.d. Codice del processo penale minorile. Sulla scia della maggior sensibilità nei confronti della devianza giovanile, affermatasi con forza a partire dalla "Dichiarazione dei Diritti del Fanciullo" del 1959, il decreto ha delineato un sistema di giustizia penale *ad hoc* per i minori, che ne ha visto il passaggio da oggetto di protezione a soggetto titolare di diritti.

⁶ All'esito dell'udienza preliminare il giudice ha due strade: 1) pronunciare sentenza di non luogo a procedere, così chiudendo il procedimento in quella fase oppure 2) rinviare l'imputato a giudizio. L'art. 425 c.p.p. disciplina

2. L'accertamento della maturità alla luce dei diversi indirizzi interpretativi.

La norma sopra citata non richiede accertamenti sulle condizioni di procedibilità o nel merito dell'imputazione, salvo tener presente il dovere imposto al giudice minorile, ai sensi dell'art. 9 d.P.R. 448/88, di acquisire, anche ai fini della decisione circa l'imputabilità, elementi utili sulla personalità dell'imputato.

Una prima interpretazione giurisprudenziale puramente letterale ha perciò affermato che il giudice non potesse scendere nel merito, onde accertare sia l'eventuale insussistenza del fatto sia la non attribuibilità dello stesso al minore imputato, atteso il carattere superfluo di qualsiasi indagine in ordine ad un fatto che il legislatore non permette di perseguire (Cass. pen., sez. V, 29 dicembre 2009, n. 49863).

Quest'orientamento, però, è stato smentito da successive pronunce della Suprema Corte. Si è lamentato, infatti, che l'interpretazione sopra menzionata non fosse conforme a Costituzione, poiché l'immediata declaratoria di non imputabilità andrebbe a minare il diritto di difesa e il diritto al contraddittorio fra le parti e a limitare l'attività di indagine, tanto più che l'art. 224 c.p. prevede la possibilità di applicare al minore infraquattordicenne le misure di sicurezza del riformatorio giudiziario⁷ e della libertà vigilata⁸. Si è andato così consolidando un indirizzo giurisprudenziale che afferma che, prima di pronunciare declaratoria di non imputabilità, il giudice debba accertare sia la responsabilità dell'imputato sia le ragioni del suo mancato proscioglimento (Cass. pen., sez. V, 17 gennaio 2012, n. 18052, Cass. pen., sez. V, 23 luglio 2014, n. 24696, Cass. pen., sez. III, 20 settembre 2016, n. 49603).

Infatti, se è vero che è interesse del minore fuoriuscire dal processo penale il prima possibile, è altrettanto vero che per il minore è determinante a fini educativi il riconoscimento della sua estraneità rispetto al fatto di reato a lui contestato o il suo inserimento all'interno di un percorso educativo di recupero, senza che gli sia trasmesso un pericoloso senso di impunità⁹. La valorizzazione del suo ruolo all'interno del processo

i casi in cui il giudice deve optare per la prima alternativa: a) sussiste una causa di estinzione del reato o per la quale l'azione non doveva essere iniziata o proseguita; b) il fatto non è previsto dalla legge come reato; c) il fatto non sussiste; d) l'imputato non lo ha commesso; e) il fatto non costituisce reato o si tratta di persona non punibile per qualsiasi causa. Per i minori degli anni diciotto, il d.P.R. 448/88 ha introdotto altre due formule di proscioglimento: quella in commento e l'irrelevanza del fatto, laddove lo stesso – ossia il fatto – sia tenue e il comportamento del minore occasionale.

⁷ Pur facendo la norma in esame tutt'ora riferimento al riformatorio giudiziario, in realtà quest'ultima struttura non esiste più dal 1988, quando con l'introduzione del d.P.R. 448/88 si prevede all'art. 36 che tale misura di sicurezza potesse essere eseguita solo nelle forme di cui all'art. 22 d.P.R. 448/88 ovvero tramite il collocamento in comunità.

⁸ La libertà vigilata è una misura di sicurezza non detentiva disciplinata, in via generale, agli artt. 228-232 c.p. Tale misura, ai sensi dell'art. 36 d.P.R. 448/88, si applica anche nei confronti del minore autore di reato e, in tal caso, deve essere eseguita nelle forme previste dagli artt. 20 e 21, che hanno ad oggetto "Prescrizioni" e "Permanenza in casa". In tale contesto, il giudice può prescrivere al minore attività di studio o di lavoro o altre attività utili a fini educativi.

⁹ E. Mariani, *La declaratoria di non imputabilità dell'infraquattordicenne non deve ridurre le garanzie poste a tutela del minore* in *Diritto penale contemporaneo*, 9 giugno 2015.

penale e la sua responsabilizzazione sono, peraltro, gli obiettivi che l'art. 9 d.P.R. 448/88 impone al giudice di perseguire e che rendono fondamentale il momento di accertamento sulla responsabilità¹⁰.

Si è privilegiata, dunque, un'interpretazione sistematica e non letterale dell'art. 26 d.P.R. 448/88, che è stata raccordata alle indicazioni costituzionali e sovranazionali in tema di giustizia minorile (*ex plurimis*, Cass. pen., sez. II, 10 aprile 2015, n. 16769).

Sull'onda di questo filone giurisprudenziale, si è arrivati addirittura ad affermare che, anche nei confronti dei minori infraquattordicenni, dovrebbe essere fissata l'udienza preliminare, poiché la lettera della norma di cui all'art. 26 d.P.R. 448/88 non escluderebbe l'applicazione dell'art. 31, c. 3, d.P.R. 448/88, che garantisce il contraddittorio a tutti gli aventi diritto, inclusa la persona offesa (Cass. pen., sez. III, 20 settembre 2016, n. 45441).

2.1. Una prima conferma.

La tesi favorevole all'accertamento nel merito dei fatti ipoteticamente ascritti ad un soggetto infraquattordicenne è stata consolidata dal giudice di legittimità nel 2018.

La Corte di Cassazione, sezione V, infatti, con la **sentenza del 23 ottobre 2018, n. 55260**¹¹, ha annullato la sentenza emessa dal Giudice per le indagini preliminari del Tribunale per i minorenni di Caltanissetta che dichiarava non luogo a procedere nei confronti dell'imputato in ordine al delitto continuato di minaccia aggravata, in quanto non imputabile, al momento del fatto, perché di età inferiore agli anni quattordici.

La sentenza, in particolare, era stata impugnata dai genitori del ragazzo, i quali lamentavano la presenza di una violazione di legge, avendo il giudice deciso sulla base della sola querela sporta contro l'imputato, senza consentire al medesimo di esprimersi in merito alla vicenda e, dunque, senza consentire l'instaurazione del contraddittorio fra le parti. Lamentavano, inoltre, di essere venuti a conoscenza della sentenza tramite un accesso in cancelleria, non avendo ricevuto l'imputato l'avviso né della conclusione delle indagini preliminari né della pronuncia della sentenza né quest'ultima gli era stata notificata. Il pregiudizio per il ragazzo, su cui si fondava l'interesse a ricorrere, derivava dal fatto che la suddetta pronuncia, divenuta irrevocabile, andasse iscritta nel casellario giudiziale fino alla maggior età. A sostegno della loro posizione, i genitori dell'imputato avevano allegato quanto affermato dalla stessa Corte di Cassazione nella sopra citata sentenza n. 16769/2015 (*v. supra*). Condividendo le loro ragioni, anche il Procuratore generale della Repubblica presso la Corte di Cassazione aveva chiesto l'annullamento della sentenza impugnata.

Orbene, la Corte, che ha ritenuto il ricorso promosso fondato e lo ha accolto, ha ripercorso la sua giurisprudenza in materia.

¹⁰ Al riguardo cfr., tra tanti, R. Bianchetti, *La personalità del minorenne: gli accertamenti esperibili e le finalità processuali* (art. 9, D.P.R. 22.9.1988, n. 448), in G.F. Basini, G. Bonilini, M. Confortini (a cura di), *Codice di famiglia, minori e soggetti deboli. Codice commentato*, Tomo II, UTET, 2014, pp. 4902 ss.

¹¹ Per leggere le motivazioni, [clicca qui](#).

Prendendo le mosse dal contenuto dell'art. 26 d.P.R. 448/88, ha precisato che sull'interpretazione della norma e, in particolare, sulla necessità di instaurare il contraddittorio nei confronti dell'imputato infraquattordicenne, la stessa Corte aveva ritenuto, con un primo indirizzo interpretativo, che si imponesse l'immediata declaratoria della non imputabilità senza che fosse necessario comunicare la pendenza del procedimento al minore per consentirgli l'eventuale difesa nel merito dell'accusa mossagli (in tal senso veniva richiamata la sentenza n. 49863/2009, v. *supra*).

Quest'orientamento, però, aveva trovato smentita in tutte le ulteriori pronunce sul tema, in cui si era affermato che la sentenza di non luogo a procedere ex art. 26 d.P.R. 448/88 per difetto di imputabilità del minore postulasse il necessario accertamento di responsabilità dell'imputato e delle ragioni del mancato proscioglimento nel merito, alla luce delle conseguenze che al minore possono derivare in tema di applicazione di misure di sicurezza. A ciò si aggiunge l'ulteriore effetto sfavorevole rilevato nel presente ricorso, ossia l'iscrizione nel casellario giudiziale del provvedimento definitivo di non luogo a procedere per difetto di imputabilità, ai sensi dell'art. 3, c. 1, lett. f), d.P.R. 14 novembre 2002, n. 313¹², iscrizione che viene cancellata solo al raggiungimento della maggiore età ai sensi dell'art. 5, c. 4, d.P.R. 313/02.

Facendo proprio quest'ultimo filone interpretativo, la Corte ha affermato che l'applicazione del citato art. 26 deve essere preceduta dall'instaurazione del contraddittorio, così da consentire al minore di apprestare le sue difese per pervenire ad un eventuale proscioglimento nel merito che escluda sia l'applicazione di una misura di sicurezza sia l'iscrizione della sentenza nel casellario giudiziale. Solo una conclusione di questo genere può ritenersi costituzionalmente orientata, a detta della Corte, e tutelante il diritto di difesa, come sancito dall'art. 24 Cost. e dall'art. 6 della Convenzione EDU.

2.2. *L'illusione di una soluzione pacifica.*

Se il giudice di legittimità, dopo tanto faticare, sembrava aver trovato finalmente una giurisprudenza consolidata a cui fare appiglio, a ribaltare la prospettiva e complicare ulteriormente la situazione è intervenuta la sezione I della Corte di Cassazione, con una sentenza di soli tre mesi successiva alla precedente.

La stessa, con la **sentenza del 14 febbraio 2019, n. 16118**¹³, ha dichiarato inammissibile, per carenza d'interesse, il ricorso avverso la sentenza emessa dal Giudice per le indagini preliminari presso il Tribunale per i minorenni di Messina di non luogo a procedere perché gli imputati, in relazione al reato di molestia o disturbo alle persone di cui all'art. 660 c.p., erano infraquattordicenni all'epoca dei fatti.

Uno dei due imputati, in particolare, aveva fatto ricorso in Cassazione avverso la suddetta sentenza, lamentando l'assenza di motivazione nel merito sulla sussistenza o meno del fatto addebitato, essendosi limitata la sentenza ad evidenziare che i minori erano non imputabili al momento della condotta loro contestata. Anche nel caso in esame,

¹² Il decreto ha a oggetto il "[Testo Unico delle disposizioni legislative e regolamentari in materia di casellario giudiziale, di anagrafe delle sanzioni amministrative dipendenti da reato e dei relativi carichi pendenti](#)".

¹³ Per leggere le motivazioni, [clicca qui](#).

il ricorrente sosteneva che l'interesse a ricorrere fosse correlato all'iscrizione della sentenza nel casellario giudiziale.

La Corte, però, per risolvere la questione, ha fatto proprio un ragionamento del tutto contrapposto a quello adottato dal giudice di legittimità del 2018, ritenendo che, posto che l'assenza di imputabilità del soggetto infraquattordicenne deriva da un'espressa previsione di legge con obbligo della immediata declaratoria della non imputabilità, l'eventuale applicazione di una misura di sicurezza deriva, oltre che dall'accertata commissione di un reato costituente delitto, dalla valutazione in concreto della pericolosità sociale del reo. La necessità di ricostruzione del fatto commesso dal minore infraquattordicenne si ricollegerebbe, dunque, esclusivamente alla contestuale applicazione di una misura di sicurezza, aspetto che non viene in rilievo nel caso di specie (anche perché trattasi di contravvenzione).

La Cassazione è giunta a questa conclusione muovendo da quanto affermato nella sentenza n. 49863/2009 e ritenendo che le successive pronunce della Corte, tese a richiamare la necessità di una motivazione sulla sussistenza del fatto e, dunque, sul mancato proscioglimento nel merito si ricollegassero proprio all'applicazione di una misura di sicurezza. L'effetto sfavorevole dell'iscrizione nel casellario della sentenza di non luogo a procedere nei confronti del minore è, invece, meramente temporaneo, attesa la sua cancellazione al raggiungimento della maggiore età.

3. Quale soluzione privilegiare?

Scopo principale del processo minorile è, come ogni procedimento penale, l'accertamento dei fatti e dell'eventuale responsabilità penale ascrivibile a soggetti minorenni, ma il rito minorile è anche improntato ad altri canoni, specificatamente modulati in relazione a quello che è il soggetto di riferimento. Primaria importanza ha il c.d. "principio di minima offensività", secondo cui il processo deve tendere, compatibilmente con le necessità di accertamento, a tutelare adeguatamente la personalità e le esigenze educative del soggetto minorenne, ma altrettanto importanti sono il principio di c.d. "destigmatizzazione", volto a far dichiarare la superfluità del processo il prima possibile così da evitare deleteri etichettamenti, e quello di "deflazione processuale".

L'art. 26 d.P.R. 448/88 risponde a tutti questi principi, volendo evitare al minore i traumi derivanti dal coinvolgimento all'interno di un contesto ansiogeno come quello processuale¹⁴.

Dunque, se da un lato è maggiormente tutelante ed educativo per il minore infraquattordicenne un proscioglimento nel merito, laddove possibile, sia per gli effetti sfavorevoli in precedenza analizzati sia perché, in generale, qualsiasi soggetto non colpevole merita il riconoscimento della propria innocenza, va detto anche che il processo penale minorile, pur dovendo tutelare il percorso evolutivo del minore, non può essere

¹⁴ G. Giostra (a cura di), *Il processo penale minorile*, Giuffrè, 2009, pp. 283-291.

concepito come un'opportunità pedagogica, non essendo il luogo ove una qualche forma di pedagogizzazione può avvenire.

Inoltre, è chiaro che un'indagine nel merito vada inevitabilmente a pesare su una giustizia penale già gravata da un importante carico processuale, così andando a ledere i principi di "deflazione" e "destigmatizzazione".

Per questi motivi, in attesa di una decisione risolutiva da parte della Suprema Corte, tutto è rimesso a quale logica seguire e quale principio far prevalere: una finalità educativa in senso stretto o la finalità, pur altrettanto importante, di rapida fuoriuscita del minore dal processo penale?

Riflessione

— Il metodo della scienza

*The method of science**di Jacob Bronowski*

Contributo originariamente apparso sulla rivista Indici comunità, 7/8, 1962, pp. 85 ss.

Quelli che sono andati a fare scalate sull'Himalaya hanno riferito, a parte le dubbie orme degli abominevoli uomini delle nevi, l'esistenza di un modello di verità più rivelatore. È contenuto nel racconto da essi fatto della prima visione di qualche montagna inaccessibile e raramente visitata. Gli alpinisti occidentali, che hanno familiarità con la bussola e con la proiezione cartografica, sono in grado di combinare questo aspetto della montagna con un altro da essi visto anni prima. Ma per gli alpinisti indigeni che li accompagnano, ogni faccia e un'immagine distinta, un distinto enigma. Gli indigeni conoscono forse questa e un'altra faccia della montagna meglio dello straniero; eppure non riescono a collegare le due facce. Eric Shipton descrive tale divisione nel resoconto dell'esplorazione da lui fatta per la nuova via all'Everest, su cui si è basata la successiva scalata del 1953. Ecco Shipton che giunge a vedere l'Everest dal sud, qualcosa di nuovo per lui, ma già noto fin dall'infanzia per il suo capo *sherpa* Angtarkay:

«Il mattino del 27 entrammo nel Lobujya Khola, la valle che contiene il ghiacciaio Khombu (che scende dal lato sud e sud-ovest dell'Everest). Salendo lungo la valle scorgemmo alla sua testa la linea dello spartiacque principale. Riconobbi immediatamente i picchi e le selle a noi così familiari dal Rongbuk, il lato nord: Pumori, Lingtren, il Lho La, il North Peak e il fianco occidentale dell'Everest. È strano che Angtarkay che, come me, conosceva bene queste configurazioni dall'altro lato e che ha passato molti anni della sua infanzia a condurre gli *yak* al pascolo in questa valle, non le abbia mai riconosciute come le stesse; e non le ha riconosciute neppure ora finché non gliel'ho mostrate».

Il capo *sherpa* conosce bene, come Shipton, l'aspetto dell'Everest dal nord. E a differenza Shipton, conosce anche quello del sud, perché è vissuto per anni in quella valle. Eppure, nella sua testa non ha mai collegato i due aspetti. È lo straniero indagatore che indica le montagne che fiancheggiano l'Everest. Lo *sherpa* allora riconosce la forma di questo o quel picco. Le parti cominciano a combinarsi; la mente dell'uomo sbalordito comincia a costruirsi una carta; e di colpo i frammenti sono ben ordinati, la carta è completa, le due facce della montagna sono entrambe Everest.

Tutti i riconoscimenti sono di questo tipo. La ragazza incontrata sulla spiaggia, l'uomo conosciuto tanto tempo fa ci rendono perplessi un attimo e poi prendono il proprio posto; il nuovo aspetto si adatta al vecchio e lo estende. Siamo abituati a stabilire questi collegamenti nel tempo; e, come gli alpinisti dell'Everest, li stabiliamo anche nello spazio. Se non lo facessimo, la nostra mente conterrebbe soltanto un ammucchio di idee isolate. Stabilendo tali collegamenti, riusciamo a trovare nei nostri comportamenti la carta delle cose.

Non esiste altra prova dell'esistenza delle cose. Di un uomo vediamo il profilo sinistro e quello destro; non li vediamo mai insieme. Per quali ragioni pensiamo che appartengano a un solo uomo? Per quali ragioni pensiamo poi che esista qualcosa come un uomo? Secondo i canoni della logica classica non esiste altra ragione: nessuno può dedurre l'uomo. Lo desumiamo dai suoi profili, come desumiamo che la stella vespertina e la stella mattutina sono entrambe il pianeta Venere, perché ciò fa coincidere le due esperienze, e l'esperienza prova la consistenza della supposizione.

Le varie parti, i profili e l'intero volto, la nuca e la fronte, formano un tutto unico, non soltanto per la vista, ma anche per l'esplorazione del tatto e dell'udito, per lo stetoscopio e i raggi X, per tutte le nostre elaborazioni deduttive. Osservate gli occhi e le dita del bambino che insieme scoprono che l'esterno e l'interno di una tazza sono uniti. Osservate un uomo che è nato cieco, e che ora può vedere, mentre ricostruisce con la vista il mondo toccato; e non penserete mai più che l'esistenza di una cosa balza da sola nella mente, immediata e completa. Noi conosciamo la cosa soltanto tracciandone la carta e combinando insieme le nostre esperienze dei suoi vari aspetti.

La scoperta delle cose avviene in tre fasi. Nella prima fase esistono soltanto i dati separati dai sensi: vediamo la testa del *penny*, ne vediamo la corona. Sarebbe pura vanità usare parole profonde come vero e falso in questa fase così semplice. Quanto vediamo o è così o non è così. Dove non si può formulare nessun altro giudizio, non sono disponibili parole più precise.

Nella seconda fase mettiamo insieme testa e corona. Vediamo che ha senso trattarle come una cosa unica. E la cosa è la coerenza delle sue parti nella nostra esperienza.

La mente umana non si ferma qui. L'animale può giungere fino a questo punto: una scimmia imparerà a riconoscere una tazza se e quando la vedrà, e saprà cosa farne, tutte le esperienze relative alle scimmie mettono in rilievo che esse trovano difficile pensare alla tazza quando non è in vista, e immaginare allora il suo uso. La mente umana ha modo di tenere in mente la tazza o il *penny*. Ecco la terza fase: disporre di un simbolo o di un nome per tutto il *penny*. Per noi la cosa ha un nome, e in un certo senso

è il nome: il nome o il simbolo rimane presente, e la mente se ne serve, quando la cosa è assente. Al contrario, una delle difficoltà incontrate dagli *sherpa* nel vedere l'Everest è che la montagna porta nomi diversi nei diversi luoghi.

I termini vero e falso trovano la loro ragione d'essere nelle ultime fasi, quando i dati dei sensi sono stati messi insieme a formare una cosa che è conservata nella mente. Solo allora ha senso chiedere se quanto pensiamo della cosa è vero. Cioè, a questo punto possiamo dedurre come la cosa dovrebbe comportarsi, e vedere se effettivamente è così. Se questa è realmente una unica montagna, per esempio, allora la posizione di quel punto di riferimento dovrebbe essere in direzione est; e controlliamo. Se questo è un *penny*, dovrebbe essere sensibile al tatto. Questo è il modo in cui Macbeth verifica l'oggetto a cui sta pensando e che gli sembra di vedere.

«È un pugnale che mi vedo di fronte, verso la mano l'elsa? Vieni, che ti stringa».

Macbeth usa il metodo empirico: la cosa deve essere esaminata dal suo comportamento.

«Non ti sento, eppur ti vedo ancora. Come all'occhio non sei, vision fatale, tu, sensibile al tatto? O sei soltanto della mente un pugnale, falsa creazione?»

«Un pugnale della fantasia, una falsa creazione»: tanto la parola falsa quanto la parola creazione sono esatte. Quel che la mente umana fa, e pensa, dei dati dei sensi, è sempre una cosa creata. La costruzione è vera o falsa in base all'esame del suo comportamento. Non erano falsi i dati dei sensi, ma era falsa la nostra interpretazione di essi: abbiamo costruito un'allucinazione.

Finora ho descritto come pensiamo sulle cose. La concezione da me illustrata va però oltre le cose, tocca le leggi e i concetti che formano la scienza. Ecco la reale portata della concezione: le tre fasi con cui l'uomo costruisce una montagna e le dà un nome sono le stesse fasi con cui costruisce una teoria.

Si ricordi l'esempio del lavoro di Keplero e di Newton; le fasi vi sono rintracciabili. La prima fase è la raccolta dei dati: in questo caso, le osservazioni astronomiche. Poi viene la fase creativa in cui Keplero trova un ordine nei dati esplorando le somiglianze. In tale caso l'ordine, l'unità, consiste nelle tre leggi con cui Keplero descrive l'orbita, non di questo o quel pianeta, ma semplicemente di un pianeta.

Le leggi di Keplero, tuttavia, non propongono un concetto centrale, e il terzo passo consiste quindi nel creare tale concetto. È Newton a compierlo quando, al centro dell'astronomia, egli pone una singola attività dell'universo: il concetto di gravitazione.

Non esiste naturalmente un oggetto come la gravitazione, sensibile al tatto. Non si vede, non si ode; e se si ha l'impressione di percepirla, ciò ora appare come un gioco di spazio e di tempo. Eppure, il concetto di gravitazione è reale e vero. È stato costruito dai dati con gli stessi passaggi che fondono due aspetti dell'Everest in una sola montagna, o più conversazioni in un uomo solo. E il concetto è verificato come si verifica l'uomo, dal suo comportamento: deve essere appropriato. Newton lo fece nel suo giardino del 1666 quando calcolò la forza che mantiene la luna nella sua orbita; come Macbeth, egli verificò la creazione della mente.

La creazione era un concetto, una serie coerente di concetti. C'era il concetto di una gravitazione universale che andava oltre le punte degli alberi e l'aria fino agli ultimi confini dello spazio. C'era il concetto di altre forze universali nello spazio che cercano di trascinar via la luna come un sasso che, fatto girare rapidamente, scappa dalla corda. E c'era il concetto che metteva fine ai quattro elementi di Aristotele: il concetto di massa, presente nella mela, nella terra e nella luna, in tutti i corpi terrestri e celesti.

Sono tutte reali creazioni: trovano un'unità in ciò che sembrava dissimile. Sono dei simboli: non esistono senza la creazione. Per quanta sembri solida non esiste qualcosa come la massa; come ebbe a constatare tristemente Newton, non può essere definita. Abbiamo esperienza della massa soltanto come comportamento dei corpi, ed è un concetto unico soltanto perché essi si comportano in modo uniforme. In effetti, il concetto di massa è un esempio particolarmente appropriato. Nella fisica di Newton esistono due concetti di massa, che sono distinti. Una è la massa inerziale di un corpo, quella che bisogna vincere quando lo si getta. L'altra è la massa gravitazionale dello stesso corpo, quella che bisogna vincere quando lo si solleva dal suolo. Newton sapeva, naturalmente, che la massa inerziale è uguale alla massa gravitazionale; ma perché sono eguali, perché dovrebbero essere la stessa unica massa? È una domanda posta da Einstein che, per rispondervi, ha costruito nel 1915 l'intera teoria della relatività generale. Soltanto tale teoria ha fatto dei due aspetti un tutto unico, l'unità che è il concetto singolo di massa. È una sequenza caratteristica della scienza. Essa comincia con una serie di aspetti, che organizza in leggi. Al centro delle leggi poi trova un nodo, un punto essenziale in cui parecchie di esse si incontrano: un simbolo che dà loro unità. Massa, tempo, momento magnetico, inconscio: siamo cresciuti in mezzo a questi concetti simbolici, così che ci stupisce sentire che l'uomo ha dovuto una volta crearseli. Ha dovuto infatti, e deve, perché la massa non è un'intuizione del muscolo, e il tempo non si compra bell'e fatto dall'orologiaio.

Noi verifichiamo il concetto, come verifichiamo la cosa, con le sue implicazioni. Cioè, quando il concetto è stato costruito da qualche esperienza, esaminiamo quale comportamento dovrebbe logicamente derivare da esso in altre esperienze. Se riscontriamo tale comportamento, continuiamo a tenerci il concetto com'è. Se invece non riscontriamo il comportamento che il concetto logicamente implica, dobbiamo ritornare indietro a correggerlo. In tal modo logica ed esperimento sono strettamente connessi nel metodo scientifico, in un costante avanti e indietro in cui ciascuno segue l'altro.

Questo modo di concepire il metodo scientifico non è condiviso da tutti coloro che si sono occupati del problema. Due scuole filosofiche diffidano del pensiero concettuale e vorrebbero sostituirlo completamente con la manipolazione dei fatti. Una è quella derivazione della tradizione empirica inglese che attraverso Bertrand Russell giunge a Wittgenstein e ai positivisti logici. Questa scuola ritiene che una rigorosa descrizione di tutta la natura possa esser messa insieme, come un gigantesco meccanismo, a furia di piccole unità di fatto, ciascuna delle quali può essere separatamente verificata. L'altra scuola è quella fondata da Ernst Mach in Austria e capeggiata più recentemente da Percy Bridgman in America: ritiene che la scienza sia precisamente un resoconto di operazione e dei loro risultati. Questa scuola

behaviourista vorrebbe mettere da parte tutti i modelli della natura, e limitarsi sempre a dire che facendo *questo* si ottiene una misura maggiore che facendo *quello*.

Queste spiegazioni della scienza mi sembrano erranee, per due motivi. In primo luogo, esse, vanno contro l'evidenza storica. Fin dal tempo dei greci, e prima ancora, molti acuti pensatori e, anzi, tutti gli uomini hanno usato parole come spazio, massa e luce. Non ne hanno chiesto il permesso a Russell o a Bridgman, eppure quanto hanno fatto con quelle parole appartiene alle glorie della scienza come della filosofia; ed è un po' tardi ormai vietar loro tale linguaggio.

In secondo luogo, entrambe le scuole vanno contro l'evidenza contemporanea. Abbiamo buone ragioni per credere, sulla base di studi compiuti sugli animali e sugli uomini, che il pensiero com'è da noi inteso è reso possibile soltanto dall'uso di nomi o simboli. Altri animali oltre all'uomo hanno un linguaggio, nel senso di Bridgman; per esempio, le api si segnalano a vicenda dove trovare il nettare.

Bernard de Mandeville, che scrisse in *The Fable of the Bees* una parabola del diciottesimo secolo, avrebbe visto in ciò il massimo del comportamento razionale. Ma uno scienziato attivo non giudica il fatto allo stesso modo, perché sa che la scienza non è qualcosa che insetti e macchine possano fare.

Quel che la distingue è un processo creativo, l'esplorazione delle somiglianze; una cosa che è rimasta tristemente esclusa dai mondi meccanici dei positivisti e degli operazionalisti, e li ha lasciati vuoti.

Il mondo che la mente umana conosce ed esplora non sopravvive se viene vuotato del pensiero. E il pensiero non sopravvive senza concetti simbolici. Il simbolo e la metafora sono necessari alla scienza come alla poesia. Siamo impotenti oggi a definire la massa, fundamentalmente come lo era Newton. Ma, come lui, non per questo pensiamo che le equazioni contenenti la massa come incognita siano semplici regole di pratica. Se ci fossimo accontentati di tale opinione, non avremmo mai imparato a trasformare la massa in energia. Formulando un concetto di massa, pronunciando la parola, iniziamo un processo di esperimento e correzione che è la ricerca creativa della verità.

Nel villaggio in cui vivo c'è un simpatico medico un po' sordo. Egli non se ne vergogna e porta un apparecchio acustico. Mia figlia ha conosciuto lui e il suo apparecchio fin da quando era piccolissima. Quando a due anni incontrò per la prima volta un altro uomo provvisto di apparecchio acustico, disse semplicemente: «Quello è un medico. Naturalmente si sbagliava. Ma, se entrambi gli uomini avessero portato non un apparecchio acustico, bensì uno stetoscopio, ci saremmo compiaciuti per la sua generalizzazione. Anche in quel caso però avrebbe avuto soltanto una vaga idea di quel che fa, e un'idea ancor più vaga di quel che è un medico. Ma sarebbe stata allora, e per me lo era effettivamente anche quando si sbagliava, sulla via verso la conoscenza umana, che avanza a furia di formulazioni e correzioni di concetti.

Sarei ingiusto se non ammettessi che le scuole filosofiche positivista e operazionalista hanno avuto motivo di diffidare del ricorso ai concetti. Russell e Bridgman si tennero alla larga dal concetto perché aveva un brutto passato che ancora

offusca il suo uso. Storicamente, i concetti sono stati comunemente formulati come nozioni assolute e innate, a somiglianza dello spazio e del tempo che Kant riteneva già bell'e pronti nella mente. La concezione secondo cui i nostri concetti si formano dall'esperienza, e devono costantemente essere verificati e corretti, con l'esperienza, non è classica. Secondo la concezione classica i concetti non sono accessibili a prove empiriche. Quante persone si rendono conto, anche oggi, che i concetti della scienza non sono né assoluti né eterni? E oltre il campo della scienza, nella società, nella personalità, soprattutto nell'etica, quante persone accettano la conferma del fatto sperimentato? L'opinione comune rimane quella classica, secondo cui i concetti di valore – giustizia e onore, dignità e tolleranza – hanno una profondità che è inaccessibile all'esperienza.

Le radici di questo errore sono affondate nella logica chiusa del medioevo. L'esempio caratteristico e insigne è il metodo di Tommaso d'Aquino. La fisica in voga nei tre secoli che precedettero la rivoluzione scientifica derivava da Aristotele per il tramite degli studiosi arabi, ed era stata organizzata in sistema da S. Tommaso. Essa non divideva la prova di verità della fisica moderna. Fra il 1256 e il 1259 S. Tommaso tenne circa 250 corsi di discussione, tutti sul problema della verità. Ogni corso durava due giorni. Le questioni discusse appartenevano a un mondo di dissertazione che semplicemente non ha alcuna frontiera in comune col nostro. Erano questioni come: «È la conoscenza di Dio la causa delle cose?», «Il libro della vita è la stessa cosa della predestinazione?», «Conoscono gli angeli il futuro?».

Non le metto da parte come questioni puramente fantasiose, in ogni caso non più di quanto consideri fantasie *Tamburlaine* e *The Marriage of Heaven and Hell*. Ma è chiaro che esse non hanno alcun rilievo per i problemi di vero e falso come li intendiamo noi, induttivamente. Quei dibattiti erano esercizi scolastici di logica assoluta. Prendevano l'avvio da concetti che erano supposti assolutamente fissi; procedevano poi per deduzione; e quanto si trovava in questo modo non era soggetto a una ulteriore verifica. Le deduzioni erano vere perché i primi concetti erano veri: ecco il sistema scolastico. È anche la logica di Aristotele. Purtroppo dà scarsi risultati in fisica, perché in esso è aperto il dissidio fra il concetto corretto e l'intuitivo.

Anche la scienza moderna cominciò col correr dietro a sistemi puramente deduttivi. Il suo primo modello, naturalmente, fu Euclide. Uno dei suoi momenti storici fu la conversione di Thomas Hobbes, fra il 1629 e il 1631:

Aveva 40 anni quando si mise ad occuparsi di geometria; avvenne per caso. Trovandosi nella biblioteca di un signore, vide gli Elementi di Euclide aperti all'El. 47, Libro I. Lesse la proposizione. «Per D», disse, è impossibile!». Così lesse la determinazione, che lo riporta a una tale proposizione; la lesse. Ma questa lo portò a un'altra ancora ed egli lesse pure questa. Et sic deinceps, alla fine egli fu dimostrativamente convinto di quella verità. Ciò lo fece innamorare della geometria.

Il racconto fu scritto da Aubrey, amico di Hobbes. Naturalmente Aubrey presumeva che tutti sapessero quale era la 47^a proposizione del primo libro di Euclide; se non lo si sa, passa inosservata la carica esplosiva della storia. Infatti la 47^a proposizione è il teorema di Pitagora sui quadrati dei lati di un triangolo rettangolo, il più famoso teorema dell'antichità per cui, secondo la tradizione, Pitagora avrebbe sacrificato in ringraziamento un centinaio di buoi alle muse. In un'epoca che conosceva

i teoremi per numero, Hobbes a quarant'anni non conosceva ancora il contenuto di questo; e quando lo apprese, esso cambiò la sua vita.

Da allora in poi Hobbes divenne un pioniere del metodo deduttivo nella scienza. A quel tempo la sua innovazione era necessaria; ma ben presto il movimento scientifico l'abbandonò. Infatti, quando Hobbes adottò il metodo deduttivo, fece sua anche la concezione di Euclide secondo cui si sa intuitivamente che cosa sono i punti, che cosa è un angolo, che cosa si intende per parallela. Si presumeva che concetti e assiomi fossero semplicemente evidenti, nella geometria come nel mondo fisico.

La scienza non si è fermata lì dopo Hobbes, ma vi si sono fermate discipline come l'etica. Durante la vita di Hobbes, Spinoza presentò la sua *Ethica ordine geometrico demonstrata*, dimostrata in ordine geometrico. Il libro comincia alla maniera euclidea con otto definizioni e sette assiomi. È un modesto apparato per un attacco all'universo, se si pensa che persino la geometria piana di Euclide richiede più di venti assiomi. Ma Spinoza affronta l'impresa con audacia e in effetti con profondità, e non è colpa sua se dopo un certo tempo si ha l'impressione di essere immobili. Il sistema geometrico dell'etica ha esaurito le sue scoperte. Non dice più niente di nuovo; e, peggio ancora, non può imparare più niente.

Ecco la differenza essenziale fra i due modi in cui ordiniamo la nostra vita. Entrambi si basano su concetti centrali. In entrambi conduciamo il ragionamento dai concetti centrali alle conclusioni che da essi derivino. Ma a questo punto le due strade divergono. Nel campo dell'etica, della condotta e dei valori, pensiamo come Tommaso d'Aquino e Spinoza, cioè che i nostri concetti devono rimanere immutabili perché ispirati o evidenti. Nel campo della scienza, quattrocento anni d'avventura ci hanno insegnato che il metodo razionale è più sottile, e che i concetti sono le sue più sottili creazioni. Centocinquanta anni fa Gauss e altri dimostrarono che gli assiomi di Euclide non sono né evidenti né necessariamente esatti nel nostro mondo. In gran parte la fisica dopo d'allora, per esempio nella relatività, è stata la rielaborazione di un più delicato ed eccitante concetto di spazio. Il bisogno di ciò è stato originato dai fatti; eppure, come i nuovi concetti hanno offeso le nostre nozioni lapalissiane del modo in cui *dovrebbe* comportarsi uno spazio ammodo! La meccanica quantistica è stata costante motivo di scandalo perché ha affermato che il mondo dell'infinitamente piccolo non funziona esattamente come una copia del mondo delle dimensioni umane. Swift nei *Viaggi di Gulliver* aveva fatto osservare qualcosa del genere già nel 1726, e quindi il fatto non dovrebbe più impressionarci; ma anche Swift naturalmente fu motivo di scandalo per la sua epoca.

È vero che i concetti della scienza e quelli dell'etica e dei valori appartengono a mondi diversi? Il mondo di *ciò che* è soggetto a verifica, e non lo è invece il mondo di *ciò che dovrebbe essere*?

Io non credo. Concetti come giustizia, umanità e pienezza di vita non sono rimasti immobili negli ultimi quattrocento anni, a prescindere da quel che possono sostenere ecclesiastici e filosofi. Nel loro senso moderno essi non esistevano al tempo in cui Tommaso d'Aquino scriveva; del resto non esistono ancor oggi nelle civiltà che trascurano la realtà fisica. Con ciò non intendo soltanto la realtà scientifica. La tradizione rinascimentale è concorde nell'arte come nella scienza, nel sostenere che il

mondo fisico è una fonte di conoscenza. Il poeta, alla stessa stregua del biologo, ora ritiene che la vita gli parli attraverso i sensi. Ma non è sempre stato così: Paolo Veronese venne biasimato dall'Inquisizione nel 1573 perché aveva introdotto la vita di tutti i giorni in un dipinto sacro. E ancor oggi non è così dovunque: le antiche civiltà dell'Oriente respingono tuttora i sensi come fonte di conoscenza, e ciò si manifesta tanto nella loro poesia formale e nella loro pittura lontana dalle passioni quanto nella loro scienza.

Al contrario, la conferma del fatto sperimentato ha mutato e foggato tutti i concetti degli uomini che hanno sentito la rivoluzione scientifica. Una civiltà non può mantenere separate le sue attività o indossare la scienza come un vestito, un vestito da lavoro inadatto per la domenica. Lo studio della prospettiva del Rinascimento coincide con la fioritura della pittura sensuale. E l'avversione dei pittori al naturalismo da cinquant'anni a questa parte è sicuramente connessa con la nuova struttura che gli scienziati si sono sforzati di trovare nella natura in quello stesso periodo di tempo. Una civiltà è legata a un solo modo di affrontare la vita. E la nostra non può tenere i suoi concetti più delle sue guerre separati in tante caselle distinte.

Tutto ciò è chiaro una volta compreso che anche la scienza è un sistema di concetti: la funzione dell'esperienza è quella di verificare e correggere il concetto. Ecco la verifica: funzionerà il concetto? Dà esso un'unità non forzata all'esperienza umana? dà un ordine alla vita, non per editto ma in realtà?

Gli uomini hanno insistito per introdurre tale verifica nei sistemi di società e di condotta. Che cos'altro costò la testa a Carlo I nel 1649? E che cosa riportò al potere Carlo II nel 1660, ma alla fine esiliò la sua famiglia mercé gli olandesi e i tedeschi? Non l'elevato discorso sul diritto divino dei re, non il *Bill of Rights*, ma la loro verifica nell'esperienza. L'Inghilterra sarebbe stata disposta a vivere con l'uno o con l'altro concetto, come è stata disposta a vivere con Newton o con Einstein: ha scelto quello che faceva funzionare la società da sola, senza costrizione.

Da allora la società ha elaborato una serie di concetti centrali, ognuno dei quali a un certo momento è stato ritenuto in grado di farla funzionare da sola e in un momento successivo ha dovuto invece subire una correzione. C'è stato all'inizio del diciottesimo secolo il concetto dell'interesse egoistico, in Mandeville e in altri; poi è venuto l'interesse egoistico illuminato; poi la massima felicità del più gran numero possibile; l'utilità; la teoria del valore; e quindi la sua espressione nello stato assistenziale o nella società senza classi.

Gli uomini non hanno mai trattato nessuno di questi concetti come l'ultimo, e non hanno intenzione di farlo ora. Ciò che li ha spinti, ciò che li spinge è il rifiuto di riconoscere il concetto come un editto o qualcosa di evidente. Funziona esso realmente, si chiedono, senza costrizione, senza corruzione e senza un'arbitraria sovrastruttura di leggi che non derivano dal concetto centrale?

Le sue conclusioni sono conformi alla nostra esperienza? In una tale società gli uomini vivono così o non così? Ecco la semplice ma profonda verità dei fatti con cui abbiamo finito per giudicare le grandi parole dei fondatori di stati e di sistemi. Lo vediamo in modo convincente nella Dichiarazione di indipendenza, che comincia alla rotonda maniera euclidea: «Riteniamo evidenti queste verità», ma trae la sua

giustificazione alla fine da «una lunga serie di abusi e usurpazioni»: il sistema coloniale non era riuscito a creare una società funzionante.

Un esempio fra tanti illustra la lezione moderna. Quando Warren Hastings venne accusato nel 1786 di governo arbitrario in India, egli addusse due fatti a sua discolpa. Uno, che la violenza e la corruzione di cui gli si faceva carico erano in ogni caso comuni a tutta la società indiana di allora. L'altro, che alcuni dei suoi accusatori (e soprattutto Burke) non erano immuni da un interesse disonesto negli stessi affari indiani. Warren Hastings venne prosciolto, ma non per questi motivi, perché trascuravano la differenza esistente fra l'India di allora e l'Europa. L'uomo in quanto uomo aveva un valore diverso nei due continenti. Il Rinascimento aveva originato la differenza e l'Inghilterra coi suoi dissidenti era andata elaborando nel corso degli ultimi duecento anni il nuovo valore, ricorrendo sempre all'onesto criterio della creazione di una società stabile e capace di correggersi da sola. La condotta di Warren Hastings doveva essere giudicata dallo stesso punto di vista, non da altri; i criteri delle società inferiori governate da conquistatori, i motivi degli uomini di secondo piano non potevano aver alcun peso nella decisione del caso.

Le culture dell'Oriente differiscono dalla nostra oggi come allora. Esse tengono tuttora in poco conto l'uomo come individuo. Alla base di tale giudizio sta l'indifferenza per il mondo dei sensi, di cui l'indifferenza per il fatto sperimentato non è che un aspetto. Chiunque abbia lavorato in Oriente sa bene come sia difficile ottenere risposta a una domanda di fatto. Quando dovetti studiare le conseguenze delle bombe atomiche in Giappone alla fine della guerra, rimasi turbato e imbarazzato dalla difficoltà. L'uomo interrogato, qualsiasi uomo interrogato, non comprende realmente che cosa si vuole sapere: o, meglio, non comprende che si ha desiderio di sapere. Egli desidera fare quel che è conveniente, non è contrario a parlare con schiettezza, ma in definitiva non conosce i fatti perché sono estranei al suo linguaggio. Le culture dell'Oriente sono rimaste immobili perché prive del linguaggio e della stessa abitudine della realtà.

Per noi, l'abitudine della semplice verità rispetto all'esperienza è stata il motore della civiltà. L'ultima guerra ha mostrato duramente quel che capita alle società e a noi come uomini quando tale abitudine è infranta. L'occupazione della Francia ha imposto al suo popolo uno sdoppiamento nella condotta individuale: un codice di verità per i compagni e un codice d'inganno per i conquistatori. È stata un'eroica frattura, più difficile da sopportare di quanto si pensi, e il mondo deve esserne grato ai francesi. Ma coloro che sono vissuti in quello stato di sdoppiamento non si riprenderanno mai interamente, e le abitudini di diffidenza e di distacco da esso create intralceranno a lungo la libera vita della Francia e dell'Europa.

Questa è la grave condanna che pesa su ogni stato in cui gli uomini si guardano bene dal parlare francamente al primo incontro. La perdita dell'abitudine della verità è nociva per chi si trova in condizione di dover temere di parlare. Ma quanto più distruttiva, quanto più degradante è per i chiassosi conquistatori! Le persone realmente insidiate dalle loro stesse conquiste furono proprio i nazisti. Pensate un po' quale era lo stato del pensiero tedesco quando Werner Heisenberg veniva criticato dalle S.S. ed era costretto a chiedere l'appoggio di Himmler per mantenere la sua posizione scientifica.

Heisenberg aveva ottenuto il premio Nobel a trenta anni; il suo principio d'incertezza è uno dei due o tre profondi concetti trovati dalla scienza in questo secolo; ed egli cercava di convincere i tedeschi che non dovevano respingere scoperte come la relatività perché mossi da antipatia per l'autore. Comunque Himmler, che era stato un tempo maestro elementare, condusse mesi di meschina indagine (qualcuno della sua famiglia conosceva Heisenberg) prima di autorizzare, fra ruttii, proprio Heydrich a proteggere Heisenberg. La sua lettera a Heydrich è un monumento di carta alla sorte della mente creativa in una società senza verità. Infatti Himmler scrive di aver sentito che Heisenberg vale abbastanza da meritare di esser tenuto in serbo per la sua accademia della *Welteislehre*. Questa era un'istituzione che Himmler si proponeva di dedicare alla convinzione, condivisa dai suoi tirapiedi scientifici o loro imposta, che le stelle fossero formate di ghiaccio.

È un'assurdità che naturalmente fa il paio con l'altra sulle razze umane fatta credere ai tedeschi. La condizione intellettuale, la condizione della società sono tutt'uno. Quando scartiamo la prova di fatto per la natura di una stella, la scartiamo anche per la natura di un uomo. Una società è tenuta unita dal rispetto che l'uomo ha per l'uomo; essa fallisce in realtà, si frantuma in gruppi di timore e di potenza, quando la sua concezione dell'uomo è falsa. Troviamo la spinta che rende stabile una società nella ricerca di quello che ci fa uomini. È una ricerca che non ha mai fine: interromperla significa congelare la concezione dell'uomo in una incorreggibile caricatura, come hanno fatto le società di casta e della razza dominante. Nella conoscenza dell'uomo come in quella della natura, l'abitudine della verità rispetto al fatto sperimentato non lascia isolati i nostri concetti. È ciò che ha distrutto gli imperi di Himmler e di Warren Hastings. All'epoca in cui Hastings era sotto processo, William Wilberforce metteva in subbuglio l'Inghilterra per por fine alla tratta degli schiavi. Egli aveva in fondo un unico motivo: che gli uomini di pelle scura sono uomini. Un secolo e più di abitudine scientifica aveva indotto allora i suoi concittadini a giudicare quel motivo vero, e Hastings non tanto un tiranno quanto un imbroglione.

Ci sono sempre stati due modi di cercare la verità. Uno consiste nel trovare concetti che sono inoppugnabili in quanto accettati per fede, per autorità, o per la convinzione della loro evidenza; è la mistica sottomissione alla verità che è stata scelta dall'Oriente e che ha dominato il pensiero assiomatico dei dotti medievali. S. Tommaso d'Aquino riteneva così che la fede fosse una guida verso la verità migliore della conoscenza: il padre della scienza medievale poneva decisamente la scienza al secondo posto.

Ma molto prima che S. Tommaso si mettesse a scrivere, Pietro Abelardo aveva attaccato l'intera concezione secondo cui esistevano concetti che si potevano apprendere soltanto per fede o per autorità. Tutta la verità, anche la più alta, è alla prova, affermava Abelardo: «Dal dubbio siamo indotti ad indagare, e con l'indagine percepiamo la verità». Erano parole che sarebbero state scritte forse anche da Cartesio un cinquecento anni dopo, e avrebbero potuto costituire la rivoluzione scientifica. Troviamo lo stesso dissenso dall'autorità nella Riforma; in effetti Lutero nel 1517 affermava che si poteva far ricorso a un'opera divina dimostrabile, la Bibbia, per infrangere ogni autorità costituita. La rivoluzione scientifica ebbe inizio quando Copernico suggerì l'idea secondo cui oltre a quella esisteva un'altra opera divina a cui si poteva ricorrere: la grande opera della natura. Non si ammette che un'affermazione

assoluta si sottragga alla prova, le sue implicazioni devono essere conformi ai fatti della natura.

L'abitudine di verificare e correggere il concetto con le sue implicazioni nell'esperienza è stata la molla centrale del movimento della nostra civiltà d'allora in poi. Nella scienza, nell'arte e nella conoscenza di noi stessi esploriamo e avanziamo costantemente rivolgendoci al mondo dei sensi con la domanda: «È così?».

È l'abitudine della verità, sempre minuziosa, sempre urgente, che per quattrocento anni è entrata in ogni nostra azione, e ha creato la nostra società e il valore da essa attribuito all'uomo, con la stessa sicurezza con cui ha creato la *linotype*, il coltello dell'esploratore, *Re Lear*, *l'Origine della specie* e la leonardesca «Dama con l'ermellino».

Riflessione

This is a translation of
*Neuroforensics: Exploring the Legal Implications of Emerging
Neurotechnologies: Proceedings of a Workshop (2018)*
National Academies of Sciences, Engineering, and Medicine

© 2018 National Academy of Sciences.
First published in English by National Academies Press.
All rights reserved.

1. INTRODUZIONE E CONTESTO¹

La capacità delle neuroscienze di influenzare il diritto, secondo Hank Greely, *Deane F. and Kate Edelman Johnson Professor of Law* presso la *Stanford University*. è potenzialmente molto estesa. Il diritto si interessa tanto del corpo, quanto della mente, ha affermato. Di ciò che le persone fanno, naturalmente, ma anche delle ragioni per cui hanno agito in un certo modo, di ciò a cui stavano pensando in quel momento e di quali fossero le loro intenzioni. Le neuroscienze forniscono nuovi possibili percorsi di indagine da fare luce su questi profili interiori dei comportamenti umani. Greely ha aggiunto altresì che il diritto potrebbe voler proteggere se stesso laddove il ricorso alle neuroscienze comportasse un'invasione della privacy.

Anche se Greely ha definito le neuroscienze "non pronte per il grande pubblico" quando si discute di diritto, lo stesso ha anche osservato che esse hanno fatto ingresso nel sistema giudiziario americano in molti casi, ad esempio mediante il ricorso a test di *neuroimaging* sul cervello del reo. Dal momento che la neuroscienza potrebbe, astrattamente, giocare un ruolo ancor più rilevante, egli ha affermato che il sistema giuridico sarà chiamato a stabilire quale sia il modo migliore per giocare questa partita. In questo contesto, il Forum sulle Neuroscienze e sui Disturbi del sistema nervoso delle *National Academies of Sciences, Engineering, and Medicine*, in collaborazione con il

¹ Il ruolo del comitato organizzativo è stato limitato all'attività di pianificazione del seminario e il documento *Proceedings of a Workshop* è stato preparato dai relatori in forma di sintesi fattuale di quanto emerso durante il seminario. Le dichiarazioni, le raccomandazioni e le opinioni espresse sono quelle dei singoli relatori e partecipanti e non sono state vagliate o verificate dalle *National Academies of Sciences, Engineering, and Medicine*. Esse non devono essere intese come indicative di qualsivoglia consenso di gruppo.

Committee on Science, Technology, and Law (CSTL), il 6 marzo 2018 ha organizzato un seminario pubblico. Il seminario ha rappresentato un'occasione per tutti i soggetti interessati provenienti dal campo delle neuroscienze e dalla comunità giuridica sia degli Stati Uniti sia del Regno Unito per esplorare gli attuali impieghi delle neuroscienze, con particolare attenzione alle tecniche di *neuroimaging*, nel contesto legale, e per indagare le implicazioni di un potenziale uso più esteso di queste tecnologie in futuro.

L'IMPIEGO EMERGENTE DELLE NEUROTECNOLOGIE IN AMBITO GIURIDICO

Greely ha osservato che il dibattito in ordine ai rapporti tra neuroscienze e diritto è iniziato decenni fa e si è intensificato nel 2002, con diversi incontri in tema di neuroetica (Roskies, 2002). Nel 2007, la *John D. and Catherine T. MacArthur Foundation* ha dato avvio al *MacArthur Foundation Research Network on Law and Neuroscience*, che ha promosso una ricerca collaborativa multidisciplinare, ha ospitato numerose conferenze e prodotto dozzine di documenti, libri e banche dati².

Joshua Sanes, *Jeff C. Tarr Professor of Molecular and Cellular Biology and Paul J. Finnegan Family Director of the Center for Brain Science* presso la *Harvard University*, ha affermato che la neuroscienza sta oggi permeando il sistema giuridico e che le prove neuroscientifiche vengono utilizzate con frequenza sempre maggiore.

Originariamente impiegate principalmente nei casi di pena capitale, ha spiegato Sanes, esse hanno fatto il loro ingresso anche nell'ambito dei procedimenti per droga, per aggressione, per rapina, per abuso sui minori, per violenza sessuale, per truffa, per furto e per sequestro di persona. Nita Farahany, Professoressa di diritto e filosofia presso la *Duke University School of Law*, ha svolto un'indagine sui tentativi di far entrare le prove neuroscientifiche all'interno dei processi. Nel suo studio ha identificato quasi 1.600 casi tra il 2005 e il 2012 le difese degli imputati hanno fatto ricorso a prove neurobiologiche a sostegno delle proprie tesi e Farahany ha precisato che tali numeri crescono di anno in anno. La prova neuroscientifica spesso fa ingresso nelle aule nella fase preprocessuale o durante l'udienza preliminare allo scopo di valutare la capacità di stare in giudizio, mentre si è rivelata meno efficace ai fini della valutazione della colpevolezza, ha spiegato (Farahany, 2015).

Le neuroscienze hanno inoltre assunto un ruolo sempre più rilevante in punto di scelte politiche, specie nei casi di scarsa chiarezza o ambiguità del dato normativo, ha osservato Greely. Patti Saris, giudice supremo del tribunale distrettuale degli Stati Uniti per il distretto del Massachusetts, ha affermato che in diversi casi, celebrati negli ultimi dieci anni, La Corte suprema statunitense ha escluso l'applicabilità della pena capitale o dell'ergastolo per gli imputati di età inferiore ai 18 anni, anche in base alle evidenze neuroscientifiche che mostrano come l'immatrità cerebrale di questi soggetti li renda meno rimproverabili degli individui di età più avanzata e più suscettibili di concludere positivamente un percorso di riabilitazione³ (Drinan, 2016). Oggi, sono spesso considerati

² Per ulteriori informazioni, si visiti il sito web <http://www.lawneuro.org> (pagina consultata il 26 aprile 2018).

³ *Roper v. Simmons*, 543 US 551 (2005); *Graham v. Florida*, 560 US 48 (2010); *Mugnaio v. Alabama*, 567 US 460 (2012).

“giovani” gli autori di reato di età non superiore ai 25 anni, ha spiegato il giudice Saris, che ha recentemente terminato un mandato di sei anni come presidente della *Sentencing Commission* federale. Eppure, se da un lato il progressivo aumento delle evidenze che atte a suggerire che le persone non sviluppino a pieno e proprie capacità di ragionamento prima dei 25 anni, dall’altro lato le statistiche indicano che i tassi di recidiva tra i giovani autori di reato sono molto più elevati, specie per quanto riguarda il traffico di droga, ha aggiunto il giudice Saris.

Nei processi, i giudici sono spesso chiamati a pronunciarsi sull’ammissibilità delle testimonianze di esperti in ambito neuroscientifico, finalizzate a stabilire se un imputato è capace di intendere o se sussiste l’elemento soggettivo necessario ai fini del reato commesso, ha affermato il giudice Saris. Sempre più spesso, inoltre, le prove neuroscientifiche vengono utilizzate anche dai tribunali e dai magistrati di sorveglianza per comprendere la tossicodipendenza, ha spiegato. Il giudice Saris ha poi aggiunto che, negli ultimi anni, anche la neuroscienza forense ha assunto un ruolo importante nella formazione dei giudici statali e federali, sebbene il primo e deciso messaggio, indirizzato ai giudici da parte degli scienziati, fosse quello di dire che era troppo presto per considerare il *neuroimaging* uno strumento affidabile per valutare la colpevolezza o la capacità di intendere.

ESPLORANDO IL FUTURO DELLA NEUROSCIENZA FORENSE

Greely ha affermato che il settore della neuroscienza forense ha assunto un ruolo di primo piano con la nascita della risonanza magnetica funzionale (fMRI), che ha permesso di osservare con metodi non invasivi il cervello delle persone sane e, quindi, di correlare ciò che è stato visto all’interno del cervello fisico con lo stato mentale del singolo soggetto. La scienza si sta sviluppando grazie all’aumento degli investimenti a livello globale, ha affermato Steven Hyman, direttore dello *Stanley Center for Psychiatric Research* presso il *Broad Institute of the Massachusetts Institute of Technology (MIT) and Harvard University*. Queste iniziative si focalizzano principalmente sulla costruzione di strumenti che sempre più spesso vengono trovati applicazione in modelli animali e umani, ha spiegato Hyman. Per esempio, negli Stati Uniti, la *Brain Research through Advancing Innovative Technologies (BRAIN) Initiative* include la partecipazione della *Defence Advanced Research Projects Agency (DARPA)* nell’ambito di progetti che impiegano tecnologie, di tipo invasivo, per curare i danni al cervello riportati dai soldati coinvolti nei recenti conflitti bellici, così come le lesioni cerebrali traumatiche all’interno della popolazione civile. Sono inoltre condotte ricerche a partire da interfacce che collegano il cervello ad un computer, le quali consentono agli individui paralizzati di controllare dispositivi, tra cui anche le protesi, con il pensiero.

Khara Ramos, *senior science policy analyst* presso il *National Institute of Neurological Disorders and Stroke*, ha spiegato che il progetto BRAIN si sta concentrando sui circuiti cerebrali. Grazie alla costruzione di strumenti migliori atti a registrare e modulare l’attività dei circuiti cerebrali e a rilevare anomalie nel funzionamento cerebrale, probabilmente emergeranno nuove tecniche per diagnosticare e curare le malattie cerebrali, ha aggiunto. Per quanto riguarda la comprensione dei circuiti neurali e la capacità di produrre immagini dinamiche del funzionamento del cervello, l’iniziativa BRAIN sta investendo i propri sforzi nel monitoraggio su larga scala dell’attività neurale, tramite

le registrazioni operate su grandi insiemi di neuroni in tempo reale, ha affermato Ramos. Viene altresì finanziata la ricerca nel campo delle nuove tecnologie di *imaging* e di neuromodulazione, invasiva e non invasiva. Nonostante molte di queste tecniche emergenti siano attualmente impiegate solo nell'ambito degli studi sugli animali, alcuni partecipanti al seminario hanno rilevato che la dimostrazione della loro efficacia potrà indurre i ricercatori nel mondo accademico e l'industria a modificarle in vista di un loro utilizzo sull'uomo in futuro.

Joshua Buckholtz, professore associato di psicologia presso la *Harvard University*, ha aggiunto che la neuroscienza si è sviluppata ad un ritmo che a mala pena sarebbe stato immaginabile nei primi anni '40, quando Stephen Kuffler per la prima volta descrisse la trasmissione sinaptica scritta (Kuffler, 1942). Negli ultimi anni, la nascita della nuova sotto-disciplina delle neuroscienze cognitive ha sfruttato una serie di tecnologie all'avanguardia e di strumenti sofisticati, come la fMRI, gettando nuova luce sulla "scatola nera" che è la mente umana. Tuttavia, la scienza si muove molto più velocemente rispetto alla politica e non c'è un luogo in cui ciò sia più evidente che all'interno dei tribunali, ha osservato Buckholtz. I potenziali impatti di queste tecnologie sui procedimenti giudiziari suscitano sia speranze che paure, originate dalla credenza che il *brain imaging* consenta di individuare la menzogna, valutare la responsabilità penale, quantificare il dolore e la sofferenza e prevedere i comportamenti violenti, ha affermato. Ma Hyman ha puntualizzato che l'uso di queste tecnologie solleva importanti interrogativi di natura etica, tra cui quelli in ordine all'*agency*, alla responsabilità, alla memoria e alla violazione della *privacy*.

Durante il seminario, i partecipanti hanno individuato una serie di criticità che limitano l'ingresso della ricerca neuroscientifica nelle aule di tribunale (si veda il Box 1-1 per una panoramica di tali criticità e i capitoli successivi per gli ulteriori dettagli).

BOX 1-1

Alcune criticità che limitano l'accesso della ricerca neuroscientifica al sistema giuridico

- La lingua utilizzata in ambito giuridico è incompatibile con le misurazioni operate dalle neuroscienze (Buckholtz e Faigman).
- La ricerca neuroscientifica si fonda principalmente su dati statistici e probabilistici e presentare di questo tipo di prove in tribunale rimarrà un problema, in ragione della necessità, in capo ai giudici, di assumere decisioni categoriche (Faigman).
- La scienza si focalizza sull'aggregazione di dati tra gruppi di individui per produrre affermazioni generali; per converso, in ambito giuridico, al centro c'è uno specifico individuo. Questo meccanismo "dal gruppo all'individuo" (G2i) può rafforzare o indebolire la posizione di un singolo soggetto (Faigman e Sanes).
- L'inferenza inversa – vale a dire, l'utilizzo dei dati del *neuroimaging* per identificare il processo cognitivo o il comportamento in atto – può portare a conclusioni errate, a causa della complessità delle reti neurali coinvolte in una determinata condotta (ad esempio, una specifica rete potrebbe essere la sola ad attivarsi quando una persona sta mentendo) (Buckholtz).

- I comportamenti complessi coinvolgono diversi *pattern* cerebrali, possono essere differenti a seconda delle caratteristiche e delle esperienze individuali (ad esempio, un trauma cranico) e possono coinvolgere regioni cerebrali difficili da misurare (Buckholtz, Gallant e Hoffman).
- Dal momento che sono molteplici i fattori che contribuiscono a causare un comportamento (genetica, ambiente, ecc.), è difficile replicare in modo affidabile gli studi che indagano la relazione tra geni e comportamento (Neale).
- Si assiste a una mancanza di diversità negli studi di associazione sull'intero genoma (GWAs), che sono stati condotti principalmente in popolazioni di origine europea (Neale).
- La validità circostanziale ed ecologica – ovvero la misura in cui i risultati della ricerca sono generalizzabili in contesti esterni al laboratorio – limita l'affidabilità delle *measures of deception* neuroscientifiche (Buckholtz).
- I dati neuroscientifici potrebbero aiutare a comprendere meglio e a testare i sistemi predittivi (in tema, ad esempio, di recidiva); tuttavia, questi dati non vengono comunemente raccolti (es. Aharoni et al., 2013) (Buckholtz).
- Alcune tecniche di neuroimaging non invasive non hanno sufficienti livelli di precisione, accuratezza e risoluzione temporale e spaziale per poter essere utilizzate in modo affidabile in ambito giuridico (Gallant).
- Per quanto i moderni metodi di machine learning abbiano consentito ai ricercatori di creare mappe complicate e dettagliate in grado di illustrare quali tipi di informazioni vengono codificate nel cervello e in quali aree, e di produrre modelli di decodifica, tutto ciò è trova un limite nell'accuratezza e nella qualità delle misurazioni dell'attività cerebrale (Gallant).
- Occorrono ulteriori test di sensibilità, specificità e generalizzabilità con riguardo alle impronte cerebrali nell'ambito dello sviluppo dei biomarcatori per il dolore (Wager).
- Alcune neurotecnologie (come ad esempio la stimolazione cerebrale profonda) possono avere effetti collaterali, tra cui il danneggiamento della memoria di lavoro, che potrebbero influire sulla capacità di una persona di fornire una testimonianza veritiera (Gunduz).

NOTA: questi rilievi sono stati formulati dai singoli relatori sopra identificati; non intendono in alcun modo riflettere un consenso espresso dai partecipanti al seminario.

OBIETTIVI DEL SEMINARIO

Lo scopo del seminario è stato quello di accrescere la comprensione in ordine alle neurotecnologie suscettibili di avere un impatto sul sistema legale e alle attuali disponibilità di queste tecnologie ed, eventualmente, di incorporare queste all'interno dell'ordinamento giuridico, ha spiegato Hyman. Grazie al coinvolgimento di un gruppo interdisciplinare composto da scienziati, clinici, giuristi e accademici, il seminario mirava a individuare, in modo coordinato e proattivo, la migliore forma di integrazione delle prove neuroscientifiche nella pratica forense, ha affermato Buckholtz. Il ricorso a prove neuroscientifiche per assumere decisioni in ambito giuridico sulle condizioni della mente e del cervello deve essere tenere conto dei limiti dell'inferenza scientifica, ha aggiunto, e

occorrerà trovare una soluzione ai problemi inferenziali che attengono ai rapporti tra diritto e neuroscienze perché le promesse della neuroscienza riguardo al diritto possano essere mantenute. Sanes ha aggiunto che il seminario potrebbe rappresentare un'occasione di avanzamento per alcune delle più innovative tecnologie, scoraggiando l'utilizzo inappropriato delle stesse nei contesti legali. Il giudice Saris ha suggerito che il seminario potesse anche costituire un primo passo verso l'elaborazione di un documento di consenso che metta in evidenza le migliori pratiche – accolte dalla comunità scientifica – in merito all'impiego di queste tecnologie. Tale documento di consenso potrebbe aiutare i giudici e i decisori politici a comprendere quale sia il livello di affidabilità degli attuali metodi neuroscientifici. Si veda il Box 1-2 per la descrizione degli obiettivi del seminario.

BOX 1-2

Descrizione degli obiettivi

Un comitato *ad hoc* organizzerà e realizzerà un seminario pubblico di una giornata, durante il quale saranno riuniti i principali esponenti del mondo accademico, della comunità giuridica, delle agenzie governative e di regolamentazione, dell'industria delle organizzazioni *no profit* allo scopo di concentrare gli sforzi per indagare e valutare i potenziali impatti delle neurotecnologie emergenti sul sistema giuridico.

- Descrizione di una panoramica dell'attuale stato dell'arte in materia di neurotecnologie, nonché dell'impiego e degli impatti delle prove neuroscientifiche in ambito legale
- Indagine relativa alle neurotecnologie emergenti, comprese le tecniche atte a osservare o intervenire sul sistema nervoso centrale, sulla cognizione e sul comportamento – per analizzare i loro potenziali impieghi da parte delle forze dell'ordine, dei tribunali, delle autorità di regolamentazione, oltre che a ulteriori scopi (ad esempio per il rilevamento del dolore e della menzogna), e le relative implicazioni.
- Valutazione circa il possibile utilizzo di ingenti *database* sviluppati nell'ambito della ricerca clinica (come il *Human Connectome Project*, l'iniziativa BRAIN e le grandi banche dati genetiche) da parte dell'ordinamento giuridico.
- Esame de problemi etici e sociali connessi all'impiego delle prove neuroscientifiche in ambito penale, amministrativo e negli altri procedimenti giudiziari.
- *Focus* sulle materie che si collocano al confine tra le moderne neurotecnologie e in diritto in vista di ulteriori studi, ad esempio in ordine alle possibilità di individuare alcuni standard per l'utilizzo, nei contesti legali, delle evidenze derivanti dalle neurotecnologie o all'identificazione dei potenziali soggetti interessati con riferimento alle discipline suscettibili di essere maggiormente toccate da questo settore multidisciplinare.

Il comitato redigerà l'ordine del giorno del seminario, selezionerà e inviterà i relatori e gli altri partecipanti e modererà le discussioni. Un gruppo di relatori designati in conformità alle linee guida istituzionali preparerà un documento di sintesi delle relazioni e delle discussioni svolte durante il seminario.

ORGANIZZAZIONE DEI LAVORI

Il capitolo 2 riassume le modalità con cui le neurotecnologie e le neuroscienze moderne possono fornire i diversi elementi di prove utilizzabili nei contesti legali, tralasciando i problemi connessi alla validità di tali prove. Nel capitolo 3 lo sguardo è rivolto al futuro, attraverso l'indagine in ordine alle tecnologie emergenti potenzialmente in grado di produrre informazioni ancora più dettagliate e complesse sul comportamento umano ad uso e consumo dei giudici. Nel capitolo 4, i giudici e gli studiosi di diritto discutono sulla possibilità di delineare un quadro e gli standard per l'impiego delle prove neuroscienze, sia allo stato attuale sia in vista delle neurotecnologie che potrebbero essere sviluppate nel prossimo futuro. Il capitolo 5 si chiude con alcune riflessioni sulle ulteriori aree su cui occorre concentrare l'indagine e sui possibili passi da compiere per successivi sviluppi in questo campo.

Riflessione

— Inganni mentali e causalità apparente. La teoria di Daniel Wegner

Mind tricks and apparent causation. Daniel Wegner's theory

di Susanna Arcieri

«Il più delle volte desideriamo consapevolmente fare ciò che facciamo.
Sperimentiamo questa sensazione in modo così profondo
da essere indotti a credere che le nostre azioni siano causate dalla coscienza.
Potrebbe però anche trattarsi di un inganno – il modo col quale la mente si auto-attribuisce
la paternità delle azioni, formulando inferenze causali sui rapporti tra quelle e i pensieri.
Studi cognitivi, sociali e neuropsicologici sull'apparente causazione mentale
suggeriscono che spesso le esperienze di volontà cosciente si discostano dai processi causali reali
e, pertanto, potrebbero non rispecchiare le percezioni dirette del pensiero cosciente che provoca
l'azione».

1. Inizia con queste parole il noto articolo dello **psicologo americano Daniel Wegner**, dal titolo *The mind's best trick: how we experience conscious will*, pubblicato ormai oltre diciassette anni fa sulla rivista statunitense *Trends in Cognitive Sciences*¹.

¹ D.M. Wegner, *The mind's best trick: how we experience conscious will*, in *Trends Cogn Sci*, 7(2), 2003, pp. 65 ss.

Scomparso nel 2013, Wegner è stato uno psicologo sociale di fama mondiale, professore ordinario in psicologia prima alla Trinity University del Texas, poi presso l'Università della Virginia e, infine, all'Università di Harvard. La sua notorietà è in gran parte dovuta ai suoi studi sulla volontà, sulla coscienza e sui rapporti tra determinismo e libero arbitrio, tutti temi ampiamente trattati da Wegner nell'ambito della sua teoria della cd. **causazione mentale apparente**, oggetto del presente articolo così come del noto volume, pubblicato quasi contestualmente, *The Illusion of Conscious Will* (MIT Press, 2002), da poco tradotto in italiano con il titolo *L'illusione della volontà cosciente* (Carbonio Editore, 2020).

Siamo abituati a pensare di essere noi a **decidere**, consapevolmente, di compiere un'azione e quindi di essere noi, esercitando la nostra volontà, a causare quell'azione. Diamo per scontato che ogni nostro gesto sia non solo preceduto ma anche generato da un **pensiero**, un desiderio cosciente. Si tratta di una percezione tanto intensa quanto, secondo Wegner, probabilmente **illusoria**.

«È noto che la mente tende a giocare **brutti scherzi**. Che sia anche questo il caso?»².

2. Secondo Wegner abbiamo ottime ragioni per ritenere che tanto il pensiero che precede l'azione quanto l'azione in sé siano dovuti a una qualche **forza interna** alla nostra mente; una forza sulla quale non abbiamo alcun potere di **controllo** e della cui esistenza neppure siamo consapevoli. Del resto, se le cose stessero effettivamente così, riusciremmo a spiegare tutta una serie di fenomeni bizzarri ma frequenti, caratterizzati da un'apparente **dissociazione** tra azione e volontà cosciente.

Si pensi, ad esempio, ai risultati degli esperimenti condotti nella seconda metà del Novecento dal **neurologo** canadese **Wilder Penfield**, il quale – ricorda Wegner – aveva sottoposto i suoi pazienti a **stimolazione cerebrale** provocando movimenti corporei (anche di natura complessa, diversi dai semplici riflessi motori) del tutto **indipendenti dalla volontà** dei soggetti³.

Wegner ricorda come i partecipanti all'esperimento di Penfield avessero riferito la sensazione di «non essere stati loro»⁴ a compiere l'azione, come se essa fosse stata in qualche modo «tirata fuori»⁵ dai loro corpi a opera dello sperimentatore.

«Questa osservazione ha un senso solo assumendo che la sensazione di volontà sia qualcosa che **si aggiunge** all'azione volontaria, e **non la causa** di essa»⁶, afferma Wegner.

² «The mind has been known to play tricks, though. Could this be one?»; *idem*, p. 65.

³ Wegner menziona, a tal proposito, il lavoro di W. Penfield, *The Mystery Of Mind*, Princeton University Press, 1975.

⁴ «They did not "do" the action»; D.M. Wegner, *The mind's best trick*, cit., p. 65.

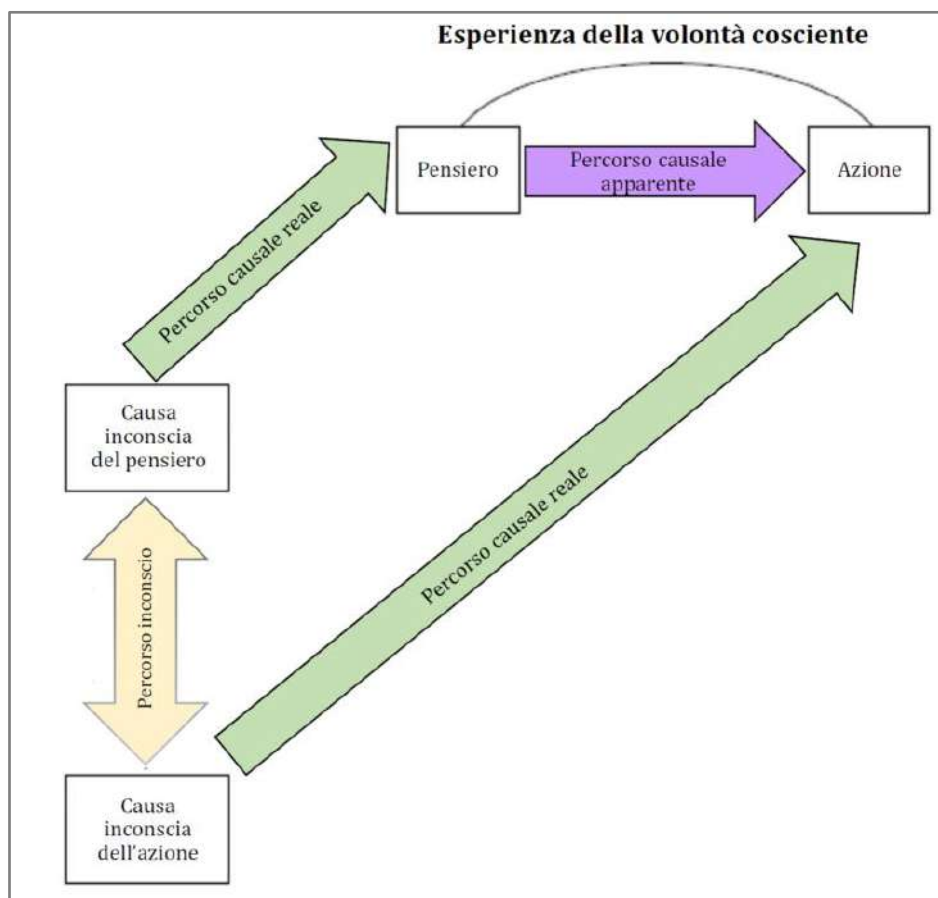
⁵ «Pulled it out»; *ibidem*.

⁶ «This observation only makes sense if the experience of will is an addition to voluntary action, not a cause of it»; *ibidem*.

Ulteriori elementi a supporto della tesi dell'illusione della volontà cosciente provengono dal celebre esperimento diretto dal neurofisiologo e psicologo **Benjamin Libet** a metà degli anni Settanta del secolo scorso⁷. Libet fu il primo a rendersi conto dell'esistenza di uno **scarto temporale** (di circa mezzo secondo) tra l'attivazione cerebrale⁸ che avvia il movimento e il momento in cui il soggetto decide di muoversi.

In altre parole, quando la persona *capisce* di voler compiere l'azione, **il cervello ha già deciso** di compierla.

Il che, secondo Wegner, porta ad confermare che «**il cervello genera entrambi, il pensiero e l'azione**, lasciando che il soggetto sia portato a inferire che è il pensiero a causare l'azione»⁹.



Rielaborazione della Figura 1, a p. 66 dello studio di Wegner (2003)

⁷ B. Libet, *Unconscious cerebral initiative and the role of conscious will in voluntary action*, in *Behav. Brain Sci.* 8, 1985, pp. 529 ss.

⁸ Essa viene misurata attraverso il cd. "potenziale di prontezza" (*readiness potential – RP*), registrato da Libet a mezzo di alcuni elettrodi posti sul cranio dei soggetti dell'esperimento.

⁹ «*The brain creates both the thought and the action, leaving the person to infer that the thought is causing the action*»; D.M. Wegner, *The mind's best trick*, cit., p. 66.

3. Vi è poi un'altra serie di ulteriori situazioni nelle quali le azioni sembrano del tutto indipendenti dalla volontà di chi le compie.

Wegner si riferisce in particolare ai **comportamenti automatici**, come il gesto di scrivere senza pensare, o a fenomeni spesso ritenuti (specialmente in passato) **misteriosi** o **spirituali**, come la raddomanzia, la lettura del pensiero o lo spostamento di oggetti con la forza della mente.

A tal proposito, l'Autore ricorda ad esempio gli studi del fisico inglese **Michael Faraday**, incentrati su un fenomeno abbastanza noto in quegli anni (metà '800), osservato durante le sedute spiritiche: il fenomeno dei cd. "**tavoli giranti**". Alcune persone si raccoglievano attorno a un tavolo poggiando le mani su di esso e, restando perfettamente immobili, cercavano di farlo muovere con la sola forza del pensiero.

Ecco che, secondo quanto riferito dai partecipanti alle sedute, dopo poco tempo il tavolo cominciava a **muoversi da solo**, girando su se stesso o dall'alto verso il basso, vorticosamente. Nel tentativo di trovare una spiegazione del fenomeno, che fosse più razionale di quella diffusa all'epoca (l'intervento degli spiriti dei defunti fa sì che il tavolo si muova), Faraday ricreò le condizioni tipiche della seduta spiritica ed effettuò diverse **misurazioni**, arrivando così a scoprire così che **erano proprio i partecipanti** alla seduta a muovere – del tutto **involontariamente** – il tavolo attorno al quale stavano seduti¹⁰.

Insomma: sembra proprio che la semplice **sensazione** che siamo proprio noi, con la nostra volontà cosciente, a causare l'azione **non basti** a concludere che le cose stiano effettivamente così.

4. Perché, allora – si chiede l'Autore – siamo istintivamente portati a dare così ampio credito a quella sensazione?

Nel tentativo di dare una risposta a questa domanda, Wegner ha elaborato una propria tesi, che come anticipato è nota come la **teoria della causazione mentale apparente**¹¹.

Secondo la predetta teoria, abbiamo la percezione (ingannatoria) di essere noi, con i nostri pensieri consapevoli, a generare le nostre azioni, ogniqualvolta risultino soddisfatti tre criteri, i cd. **principi dell'inferenza causale**: la **priorità**, la **coerenza** e l'**esclusività**.

«Quando un pensiero affiora nella coscienza appena prima dell'azione (priorità), è coerente con essa (coerenza) e non sembrano esserci evidenti cause alternative

¹⁰ L'Autore menziona in particolare lo studio di M. Faraday, *Experimental investigation of table turning*, in *Athenaeum*, 1853, pp. 801 ss.

¹¹ D.M. Wegner, T.P. Wheatley, *Apparent mental causation: sources of the experience of will*, in *Am. Psychol.*, 54, 1999, pp. 480 ss.; D.M. Wegner, *The Illusion of Conscious Will*, MIT Press, 2002.

dell'azione (esclusività), abbiamo l'impressione di una volontà consapevole e ci attribuiamo la paternità dell'azione», spiega Wegner¹².

In altre parole, secondo l'Autore – che riferisce i fondamenti della propria teoria agli studi di **David Hume**¹³ – tendiamo a ravvisare una relazione causale tra pensiero e azione se il nostro cervello ci fornisce una «**anticipazione mentale**»¹⁴ dell'azione e quest'ultima, quando viene compiuta, effettivamente **corrisponde** a quella rappresentazione; si tratta di un'esperienza che facciamo continuamente, infinite volte al giorno.

«I principi dell'inferenza causale», però, «non descrivono relazioni causali reali»¹⁵; le percezioni, sostiene Wegner, possono essere **molto lontane** da quel che accade davvero.

Esistono numerosi **esempi** di questo scostamento tra percezione e realtà, che riguardano ciascuno dei tre principi dell'inferenza causale.

5. Il principio di **coerenza**, ad esempio, postula che le persone avvertono **più intensamente** la sensazione di *volere* ciò che fanno, quando ciò che fanno ha un **esito positivo**. Quando pensiamo di compiere una certa azione, generalmente crediamo che quell'azione porterà un qualche vantaggio (ed è per questo che vogliamo compierla); solo di rado facciamo qualcosa che nella nostra mente ci appare fallimentare.

Quando l'azione, una volta compiuta, si rivela effettivamente vantaggiosa, ecco che il pensiero e l'azione sono coerenti tra loro e *per questo ci sembra* che il primo abbia generato la seconda.

Si tratta però di un **errore** di ragionamento: come testimoniato da alcuni esperimenti, tendiamo a ragionare in questi termini anche in presenza di eventi del tutto casuali dei quali, ciononostante, riteniamo essere gli autori.

«La gente è portata a credere di controllare un evento occasionale quando nella previsione di tale evento ricevono una serie di potenziali successi»¹⁶, come accade nel caso del lancio di un dado, o di una moneta, quando otteniamo il risultato che speravano di ottenere. La percezione di essere noi stessi la causa di un evento favorevole è quindi dovuta, scrive Wegner, «esclusivamente all'**alta frequenza** di esiti positivi»¹⁷.

¹² «When a thought appears in consciousness just before an action (priority), is consistent with the action (consistency), and is not accompanied by conspicuous alternative causes of the action (exclusivity), we experience conscious will and ascribe authorship to ourselves for the action»; D.M. Wegner, *The mind's best trick*, cit., p. 67.

¹³ E in particolare a quanto riportato nei tre volumi del *Trattato sulla natura umana*, pubblicati originariamente tra il 1739 e il 1740.

¹⁴ «Timely previews of actions»; D.M. Wegner, *The mind's best trick*, cit., p. 67.

¹⁵ «The principles of causal inference do not describe actual causal relations»; *ibidem*.

¹⁶ «People perceive that they controlled a chance event when they receive a large number of initial successes in predicting that event»; *ibidem*.

¹⁷ «Merely by the increased frequency of that outcome»; *ibidem*.

6. Per quanto riguarda il principio della **priorità**, l'Autore spiega che in virtù di questo principio abbiamo la sensazione che il nostro pensiero abbia prodotto, e quindi causato, un'azione, per il semplice fatto di aver pensato di compiere quell'azione, **prima** di compierla.

Nel corso di un esperimento di qualche anno prima¹⁸, Wegner e la collega **Thalia Wheatley** hanno chiesto a circa cinquanta studenti, disposti a coppie davanti a un monitor con un *mouse* in condivisione, di muovere quest'ultimo e selezionare alcune immagini presenti sullo schermo sulla base delle indicazioni ricevute attraverso un auricolare (ad esempio, cliccare sull'immagine di un cigno quando sentivano la voce registrata pronunciare la parola cigno).

Quel che i partecipanti non sapevano era che il proprio compagno era in realtà un **complice** dello sperimentatore e che **era lui**, in realtà, **a muovere** il cursore.

«Ciononostante, quando il pensiero razionale è stato formulato tra 1 e 5 secondi prima dell'azione, i partecipanti hanno riferito di aver avvertito la sensazione di agire intenzionalmente»¹⁹.

7. Infine, il criterio dell'**esclusività** assume rilievo in tutte quelle situazioni in cui esistono **elementi esterni** (ad esempio altre persone) suscettibili di mettere in discussione la nostra sensazione di libertà e di padronanza delle nostre azioni.

Numerosi **esperimenti** hanno fatto emergere come talvolta le persone sperimentino l'impressione di non essere state loro a decidere di fare ciò che hanno fatto, di essere stati come spinti da **forze esterne**, a volte addirittura contrarie alla propria volontà.

È il caso ad esempio dell'**ipnosi**²⁰, o delle famose scoperte dello psicologo **Stanley Milgram** in ordine alla disponibilità delle persone a torturare brutalmente terzi sconosciuti quando ricevono un **preciso ordine** in tal senso: per spiegare le ragioni di questo fenomeno, Milgram ha ipotizzato che la **consapevolezza** di eseguire un ordine altrui possa **ridurre la nostra percezione** di volere *davvero* l'azione, e così anche la sensazione di esserne effettivamente gli autori²¹.

«Credere che agenti esterni influenzino i comportamenti può confondere la nostra percezione della volontà cosciente così profondamente da produrre **bizzarre dissociazioni** – che si manifestano nella forma di comunicazioni ultraterrene, possessioni di spiriti disturbo dissociativo dell'identità – nell'attribuzione della paternità delle azioni»²².

¹⁸ D.M. Wegner, T.P. Wheatley, *Apparent mental causation*, cit., p. 487.

¹⁹ «Nevertheless, when the relevant thought was provided either 1 s or 5 s before the action, participants reported feeling that they acted intentionally in making the movement»; D.M. Wegner, *The mind's best trick*, cit., p. 68.

²⁰ S.J. Lynn. et al., *Hypnotic involuntariness: a social cognitive analysis*, in *Psychol. Rev.*, 97, 1990, pp. 169 ss.

²¹ S. Milgram, *Obedience to Authority*, Harper & Row, 1974.

²² «The belief in outside agents who influence a person's actions can so muddle the perception of conscious will as to promote bizarre dissociations of perceived authorship [...]»; D.M. Wegner, *The mind's best trick*, cit., p. 68.

8. Che **conclusione** dobbiamo trarre, all'esito di tutti questi ragionamenti? Sulla base dei suddetti rilievi, possiamo (dovremmo?) affermare che il pensiero non è la causa delle nostre azioni?

No, spiega Wegner: quello di stabilire se esista o meno una relazione causale tra le rappresentazioni mentali delle azioni e queste ultime è un compito che spetta all'indagine scientifica, e non è affatto da escludere che le ulteriori ricerche consentano di accertare l'esistenza di «**connessioni affidabili**»²³ tra pensiero cosciente e azioni.

Quel che invece è certamente da escludere è la possibilità di derivare una simile conclusione dal solo fatto che *ci sembra* che le cose stiano così. L'esperienza della volontà cosciente, secondo Wegner, può essere considerata al più come «un'**indicazione di massima** dell'esistenza di un rapporto causale»²⁴.

Del resto, «sarebbe sorprendente se le nostre capacità cognitive, che si sono dimostrate limitate quanto all'autoanalisi, fossero tali da consentirci di percepire i meccanismi più profondi che regolano il funzionamento della nostra mente. L'esperienza della volontà consapevole è uno straordinario **trucco della mente**, che genera utili intuizioni in ordine al nostro essere autori dei nostri gesti, ma che non può costituire il fondamento di una teoria esplicativa che si allontana dal solco tracciato dalla **causalità deterministica**»²⁵.

²³ «Reliable connections»; *ibidem*.

²⁴ «A rough-and-ready guide to such causation»; *ibidem*.

²⁵ «We should be surprised, after all, if cognitive creatures with our demonstrably fallible self-insight were capable of perceiving the deepest mechanisms of our own minds. The experience of conscious will is a marvelous trick of the mind, one that yields useful intuitions about our authorship – but it is not the foundation for an explanatory system that stands outside the paths of deterministic causation»; *ibidem*.

Riflessione

— Uno sguardo oltre il nostro ordinamento: il *Corporate Manslaughter and Corporate Homicide Act 2007*

A look over our internal legal system: Corporate Manslaughter and Corporate Homicide Act 2007

di Vittoria Drosi

Il presente contributo è frutto di un adattamento dell'omonimo capitolo finale della tesi di laurea dell'Autrice, intitolata *La responsabilità amministrativa da reato degli enti. La salute e sicurezza del lavoro come campo privilegiato di indagine in una prospettiva nazionale e comparata* (a.a. 2018/2019, Relatore: Prof.ssa Anna Maria Maugeri).

SOMMARIO: 1. I criteri di imputazione della *corporate criminal liability* nel Regno Unito. – 2. La *vicarious liability* come prima forma di responsabilità dell'ente. – 3. Dalla *vicarious liability* all'*identification theory*. La svolta del 1944. – 4. Il caso *Tesco Supermarkets Ltd v. Nattrass* del 1972. – 5. I limiti dell'*identification test*. – 6. Il *Corporate Manslaughter and Corporate Homicide Act 2007* (CMCHA). Introduzione. – 7. L' *Health and Safety Work Act 1974*. – 8. Il coordinamento del CMCHA con l'*Health and Safety at Work Act*. – 9.1. Analisi della fattispecie di *corporate killing*. Il dovere di diligenza. – 9.2. L'elemento del *gross breach of a relevant duty of care*. – 9.3. Il *Senior management test* e le sue criticità. – 9.4. Ruolo del giudice e della giuria. – 9.5. La commisurazione della pena. – 10. Breve digressione: i *Deferred Prosecution Agreement*. Dalla tradizione nord-americana all'approdo in Gran Bretagna. – 11. Breve digressione: il *Bribery Act 2010*. – 12. Il *corporate killing*: un modello da seguire?

SUMMARY: 1. The criteria of imputation of corporate criminal liability United Kingdom. – 2. The *vicarious liability* as first model of corporate liability. – 3. From vicarious liability to identification theory. The turning point in 1944. – 4. The case *Tesco Supermarkets Ltd v. Nattrass* in 1972. – 5. The boundaries of identification test. – 6. Corporate Manslaughter and Corporate Homicide Act 2007 (CMCHA). Introduction. – 7. Health and Safety Work Act 1974. – 8. The coordination between CMCHA and Health and Safety at Work Act. – 9.1. Analysis of corporate killing. Duty of care. – 9.2. The element of gross breach of a relevant duty of care. – 9.3. Senior management test and its critical points. – 9.4. Distributions of roles: judge and jury. – 9.5. Determination of penalty. – 10. Slight digression: Deferred Prosecution Agreement. By tradition of North America row to United Kingdom. – 11. Slight digression: Bribery Act 2010. – 12. Corporate killing: a role model?

1. I criteri di imputazione della *corporate criminal liability* nel Regno Unito.

La responsabilità degli enti nel Regno Unito ha percorso nei decenni diverse strade: da schemi ricostruttivi antropomorfici, rappresentati dal canone della *vicarious liability* e dal *principle of identification*, ad autonomi criteri soggettivi di imputazione, grazie all'avvenuta introduzione, ormai tredici anni fa, della fattispecie di *corporate killing*, contenuta nel *Corporate Manslaughter and Corporate Homicide Act 2007* (CMCHA), per mezzo del quale esso si è dotato di un paradigma di imputazione autonomo che si iscrive entro la logica della colpa di organizzazione.

In sintesi, il canone della *vicarious liability* si risolve in un meccanismo imputativo che fonda una forma di responsabilità su base meramente oggettiva, mentre il *principle of identification* costituisce un criterio apparentemente più raffinato, che consente di addebitare all'ente una responsabilità anche sotto il profilo soggettivo. In realtà, entrambi i paradigmi, presupponendo sempre la commissione di un reato da parte di un individuo operante all'interno dell'ente, intendono ancora la responsabilità dell'ente come conseguenza della responsabilità della singola persona fisica: l'ente viene chiamato a rispondere in via non sostitutiva, ma concorrente con l'individuo.

A questi due criteri è stato affiancato nel 2007 un modello di responsabilità in base al quale, quando il modo in cui le attività dell'ente sono gestite ed organizzate si traduce in una grave violazione del dovere di diligenza su di esso gravante, l'ente medesimo viene chiamato a rispondere degli eventi di morte causalmente riconducibili alla violazione.

Con questa riforma l'ordinamento del Regno Unito si è dunque dotato di un criterio di imputazione soggettiva autonoma incentrato sull'elemento del difetto organizzativo, aderendo alla logica della colpa di organizzazione.

È stata introdotta una responsabilità dell'ente sulla base di una propria ed autonoma colpevolezza. O almeno, questo sarebbe dovuto essere l'obbiettivo.

Posto che nel Regno Unito l'ente può essere chiamato a rispondere per ogni reato¹, il paradigma predisposto nel 2007 trova applicazione solo in riferimento al *corporate manslaughter*. Oltre questa fattispecie incriminatrice tutti gli altri reati (a parte quello dalla prevenzione della corruzione, rispetto alla quale con il *Bribery Act* del 2010² è stata introdotta la logica dei *compliance programs*), sono imputabili all'ente sulla base dei parametri tradizionali.

In Inghilterra, come in Italia, affinché si possa parlare di reato, è necessaria la compresenza dell'elemento oggettivo, il c.d. *actus reus*, la condotta, azione o omissione antiggiuridica, e dell'elemento soggettivo, c.d. *mens rea*, cioè è necessario che il fatto di reato sia soggettivamente rimproverabile all'autore dello stesso.

Sono ammesse, però, anche forme di responsabilità a titolo di *strict liability*, cioè ipotesi di responsabilità, che noi definiremmo, oggettiva: un elemento del fatto di reato, o, addirittura, l'intero reato viene attribuito all'agente senza che sia necessario accertare dolo o colpa³. Pertanto, se si ipotizza la commissione di una *strict liability offence* da parte di un ente non si prospettano rilevanti problemi di teoria generale del diritto penale; diversamente, invece, da quanto accade nelle ipotesi di *mens rea offences*⁴, le quali rappresentano tra l'altro la maggior parte dei reati di *common law*.

Il sistema giuridico del Regno Unito conosce un ulteriore modello di fattispecie rappresentato dalle *hybrid offences*, cioè ipotesi di *strict liability with due diligence*. In questa ipotesi il fatto viene imputato oggettivamente al soggetto agente, a meno che questi non provi di avere agito con la dovuta diligenza.

Si rilevi che, nonostante il Regno Unito, grazie alla duttilità dell'ordinamento di *common law*, sia stato il primo ad operare nel senso del superamento del principio *societas delinquere non potest*, non altrettanta prontezza e innovatività hanno caratterizzato invece l'elaborazione dei criteri di imputazione della responsabilità, dovendosi, appunto, aspettare fino al 2007.

Nonostante ciò l'impatto pratico della riforma non va sopravvalutato, perché, appunto, l'ideologia della colpa in organizzazione è riferibile solo alle due fattispecie indicate: omicidio colposo e corruzione. Quindi, a fronte di una responsabilità da reato dell'ente per ogni reato, solo rispetto a due, diremmo noi, fattispecie-presupposto, si può ammettere di riconoscere la possibilità di ipotizzare una responsabilità dell'ente come tendenzialmente propria, cioè per fatto proprio e colpevole.

A ciò si aggiunga che, nonostante gli apprezzamenti rivolti alla disciplina del CMCHA, è davvero deludente il dato applicativo⁵. Probabilmente a causa dell'esperimento,

¹ Cfr. R. Guerrini, *Profili comparatistici della responsabilità da reato degli enti*, in *Studi senesi*, 2008, n. 1, p. 57, secondo cui: «la capacità penale delle persone giuridiche in Inghilterra è generale e riguarda tutti i reati, sia ipotesi di responsabilità oggettiva, che soggettiva».

² Vedi § 11.

³ Cfr. G. Marinucci – E. Dolcini, *Manuale di Diritto Penale, Parte Generale*, Giuffrè, 2004, p. 212.

⁴ «A corporation is incapable of an act of understanding and has no will to exercise» (*Case of Sutton's Hospital* [1612] 10 Rep. 1a.), riportato da C. Wells, *Corporation and criminal responsibility*, Oxford Press, Oxford, 2001, p. 89, nota 35.

⁵ Cfr. E. Villani, *Alle radici del concetto di colpa di organizzazione nell'illecito dell'ente da reato*, Jovene, Napoli, 2016, p. 2, nota n. 2.

non ben riuscito, di circoscrivere l'ambito applicativo della fattispecie con il c.d. *senior management test*, facilmente eludibile nella prassi.

2. La *vicarious liability* come prima forma di responsabilità dell'ente.

Prima di entrare nel merito del sistema di *corporate criminal liability* vigente nel Regno Unito, è bene precisare, fin da subito, che in questo ordinamento non esiste alcuna disciplina, generale ed astratta, che regoli l'attribuzione della responsabilità alla persona giuridica per ogni fatto costituente reato.

Infatti, le uniche disposizioni di portata generale, nella materia *de qua*, si rinvenivano nel *Criminal Law Act 1827*⁶ e nell'*Interpretation Act* del 1978⁷, i quali prevedono che, in mancanza di una disposizione contraria, l'espressione "*person*", inserita in uno statuto, o nella legislazione subordinata, debba essere intesa in senso ampio, tale cioè da ricomprendere anche "*a body of persons*".

Ciò posto, è stata proprio l'Inghilterra, grazie alla duttilità che, da sempre, caratterizza i sistemi di *common law*, il primo Paese che, nel 1842, ha tentato di scardinare il principio "*societas delinquere non potest*".

La prima ipotesi di potenziale responsabilità degli enti, che si prospetta innanzi alle corti inglesi, è una fattispecie di *strict liability offence*, e per di più di tipo omissivo (*non-feasance*)⁸. Si tratta, come anticipato, del caso del 1842 *Birmingham and Gloucester Railway*⁹, riguardante una società ritenuta responsabile per non avere rimosso un ponte che aveva illegittimamente eretto¹⁰.

A partire da tale primo caso, l'espedito che ha consentito di superare le tradizionali obiezioni al riconoscimento di una responsabilità penale della persona giuridica, è da rinvenirsi nel ricorso alla responsabilità vicaria, una responsabilità da posizione che si imputa all'ente «*for the criminals acts of employees acting within the scope of their employment*»¹¹, quindi, in maniera del tutto derivata.

⁶ Nella Sec. 14 del *Criminal Law Act 1827*, è espressamente dichiarato che il termine "*person*", se contenuto in un *criminal statute*, deve intendersi come riferito anche alle persone giuridiche (*legal persons*).

⁷ Par. 5. Reperibile su <http://www.legislation.gov.uk/>

⁸ Qualche anno più tardi, *R. v. Great North of England Rly Co.*, (1846) 9 QB 315, ha esteso il campo di applicazione del modello ad ipotesi commissive (*misfeasance*). Cfr. C.R.N. Winn, *The criminal responsibility of corporations*, in *Cambridge Law Journal.*, 1929, volume 3, n. 3, p. 398 ss.

⁹ Cfr. G. Gentile, *L'illecito colposo dell'ente collettivo - Riflessioni alla luce del Corporate Manslaughter*, Giappichelli, Torino, 2009, p. 37. Nonché A. Alessandri, *Diritto penale e attività economiche*, Il Mulino, Bologna, 2010, p. 202.

¹⁰ Nello specifico, si trattava di un reato di *public nuisance*, cioè un reato di *common law* che si configura quando viene posto in essere un atto non autorizzato dalla legge, oppure si realizza un'omissione che costituisce la violazione di un dovere giuridico e questi fatti ostacolano o impediscono ai cittadini l'esercizio dei diritti loro riconosciuti. Cfr. D. Ormerod, *Smith and Hogan's Criminal Law*, Oxford UP, Oxford, 2008, p. 1117 ss.

¹¹ H. Brown, *Vicarious Criminal Liability of Corporations for the Acts of their Employees and Agents*, *Loyola Law Review*, 1995, vol. 41, p. 279.

Viene così applicato alle società il principio *respondeat superior*¹², elaborato nell'ambito della *tort law*, secondo cui il padrone risponde degli atti del proprio servo.

La responsabilità vicaria costituisce, quindi, storicamente la prima forma di responsabilità criminale delle persone giuridiche nel Regno Unito. Infatti, fino alla metà del XIX secolo – nonostante le esigenze derivanti, sia dalla rivoluzione industriale, sia dal più generale processo di modernizzazione complessiva che ha riguardato quel Paese – l'organo giurisdizionale d'oltremarica è sempre stato restio ad ammettere una responsabilità penale delle persone giuridiche. La causa di tutto ciò è da rinvenire nelle seguenti tradizionali obiezioni: la natura fittizia, e non reale, della persona giuridica; l'impossibilità di individuare lo stato soggettivo richiesto per l'integrazione di un determinato reato da parte di un soggetto diverso dalla persona fisica; l'incapacità di comparire in giudizio personalmente; la difficoltà di individuare sanzioni penali adeguate.

La responsabilità vicaria è, comunque, una forma di responsabilità per fatto altrui e consente, astrattamente, l'attribuzione alla persona giuridica dei reati commessi da tutti i suoi dipendenti.

È necessario, però, rilevare che la teoria della responsabilità vicaria è stata elaborata solo con riferimento ai reati previsti dalla *statute of law*, ed in particolare solo rispetto ai reati di c.d. *strict liability*, cioè quei reati che non richiedono l'elemento soggettivo (intenzione, consapevolezza o negligenza)¹³, fattore, questo, che ha costituito il più grave limite al riconoscimento della responsabilità delle persone giuridiche, perché la teoria della responsabilità vicaria¹⁴.

¹² Principio di origine medievale nato per regolare la responsabilità del padrone (*master*) per gli illeciti del servo (*servant*); in ambito civile, ci si era gradualmente svincolati dalla necessità, ai fini dell'affermazione della responsabilità del *master*, che questi avesse espressamente ordinato la commissione dell'illecito: dapprima attribuendo rilevanza anche all'ordine implicito (*implied command*) e, successivamente, fondando la responsabilità sulla semplice relazione intercorrente tra *employer* ed *employee*, purché quest'ultimo avesse commesso l'illecito nell'ambito della attività lavorativa (*within the scope of employment*). Cfr. A. Pinto – M. Evans, *Corporate criminal liability*, Sweet & Maxwell, London, 2003, p. 18.

¹³ Cfr. *Pearks, Gunston & Tee Ltd v. Ward* [1902] 2 KB 1, 11, per il giudice Channel: «*by the general principles of criminal law, if a matter is made a criminal offence, it is essential that there should be something in the nature of mens rea, and, therefore, in ordinary cases a corporation cannot be guilty of a criminal offence, nor the master can be made criminally liable for an offence committed by his servant. But there are exceptions to this rule [...] where [...] the Legislature has thought it so important to prevent [a] particular act from being committed that it absolutely forbids it to be done and if it is done, the offender is liable to a penalty whether he had any mens rea or not and whether or not he intended to commit a breach of the law. Where the act is of this character, then the master is [...] responsible and is liable to a penalty. There is no reason why he should not be, because the very object of the Legislature was to forbid the thing absolutely. It seems to me that exactly the same principle applies in the case of a corporation*». Cfr. C. Nana, *Revisiting the Question of Imputation in Corporate Criminal Law*, Cambridge Scholars Publishing, 2010, p. 8.

¹⁴ Ad eccezione delle ipotesi di *strict liability offences*, in generale le corti inglesi escludono l'applicabilità della *vicarious liability* in ambito penale: «*It is a point not to be disputed that in a criminal case the principal is not answerable for the act of his deputy, as he is in civil cases; they must each answer for their own acts, and stand or fall by their own behavior*» (*Huggins* [1730] 92 ER 518, per Raymond). Cfr. Law Commission No. 237 1996, p. 69 nota 11, reperibile su: https://www.lawcom.gov.uk/app/uploads/2015/03/lc237_Legislating_the_Criminal_Code_Involuntary_Mans_laughter.pdf

3. Dalla *vicarious liability* all'*identification theory*. La svolta del 1944.

La *vicarious liability* non è idonea a fungere da criterio generale di attribuzione della responsabilità penale alla *corporation*, dovendo cedere il passo, ogniqualvolta si tratti di valutare la colpevolezza della *legal person*, alla più restrittiva *identification theory*.

Quest'ultima, adottando una visione sostanzialmente antropomorfica della *societas*, si preoccupa di individuare la *directing mind and will*, ovvero il "cervello" dell'ente; da ciò discende l'impossibilità di applicazione generalizzata ed indiscriminata a qualsiasi soggetto inserito all'interno dell'organigramma aziendale.

Proprio la necessità di estendere la responsabilità delle persone giuridiche anche ai reati più gravi, rispetto ai quali è necessario anche l'accertamento del requisito della *mens rea*, ha indotto le corti inglesi a prospettare una seconda forma di responsabilità, che si discostasse da quella vicariale.

Il primo approccio a questo tipo di responsabilità risale al 1915¹⁵, quando, nel caso *Lennard's Carryng Co.*¹⁶ – relativo, però, ad una causa di risarcimento danni, quindi in ambito prettamente civilistico – la *House of Lords* stabilì che gli atti, e gli stati mentali di determinati *senior officers*, i c.d. *directing minds*, della persona giuridica avrebbero dovuto essere considerati atti, e stati mentali, della persona giuridica stessa: «[...] a corporation is an abstraction. It has no mind of its own any more than it has a body of its own; its active and directing will must consequently be sought in the person of somebody who is really the directing mind and will of the corporation, the very ego and center of the personality of the corporation»¹⁷.

In tale vicenda, per superare le resistenze teoriche legate al principio di colpevolezza, la giurisprudenza elaborò un criterio di imputazione, il c.d. *identification test*, in base al quale l'ente risponde solo se il reato sia stato realizzato da chi effettivamente ha un potere organizzativo e di rappresentanza, quindi: «an agent who is really the very ego and centre of corporation»¹⁸.

Si tratta, sostanzialmente, della "mente della persona giuridica", la c.d. *controlling mind*. Il principio della identificazione, nella sua declinazione della c.d. *directing mind*, consente, infatti, di superare il tradizionale problema della *mens rea*, imputando, in via

¹⁵ In generale si ricordi che le corti civili non hanno incontrato particolare difficoltà nell'affermare che il *principal*, cioè il *master*, potesse essere una *corporation*: cfr., ad esempio, *Ranger v. Gt. Western Ry Co* (1854), riportata da A. Pinto – M. Evans, *Corporate criminal liability*, cit., p. 19, dove si afferma la responsabilità (civile) di una *corporation* per una frode commessa dai suoi *agents*: «strictly speaking, a corporation cannot itself be guilty of fraud. But [...] there can be no doubt that if the agents employed conduct themselves fraudulently, so that if they had been acting for a private employer, the person for whom they were acting would have been affected by their fraud, the same principles must prevail where the principal under whom the agent act is a corporation» (per Lord Cottenham).

¹⁶ Consultabile su: <http://www.uniset.ca/other/cs2/1915AC705.html>. A.C. 705.

¹⁷ In realtà, il principio è stato enunciato rispetto ad una vicenda di responsabilità civile, ma si rendeva chiara la sua possibile applicazione anche rispetto a vicende attinenti ad ipotesi di responsabilità penale.

¹⁸ Cfr. A. Pinto – M. Evans, *Corporate criminal liability*, cit., p. 48. Riprende le argomentazioni di Pinto e Evans R. Lottini, *La responsabilità penale delle persone giuridiche nel diritto inglese*, Giuffrè, Siena, 2005, pp. 48-49.

immediata e diretta, alla persona giuridica lo stato mentale del *senior officer*: «*the minds of those who control the company are the minds of the company itself*»¹⁹.

La vera svolta nell'elaborazione della dogmatica attinente alla responsabilità penale degli enti in Gran Bretagna si registra però nel 1944²⁰: viene costruita una responsabilità diretta della persona giuridica, e, contemporaneamente, emerge la distinzione tra il meccanismo della *vicarious liability*, applicabile solamente alle *strict liability offences*²¹, e il criterio dell'*identification theory*, necessario per le fattispecie di reato che richiedono la *mens rea*²².

In realtà, quello dell'*identification* non costituisce un vero e proprio nuovo criterio di imputazione quanto, più propriamente, una rielaborazione dottrinale dell'*alter ego* della *law of torts*²³; in ogni caso, il criterio si fonda sull'idea che la *corporation* si identifica pienamente nel comportamento dei suoi dirigenti. In altre parole, le azioni e la volontà di alcuni suoi dipendenti costituiscono le azioni e la volontà della società stessa, quindi, questa ne risponde come se avesse posto in essere un fatto illecito tipicamente proprio.

Nonostante l'innovatività di tale elaborazione giurisprudenziale, le corti inglesi saranno successivamente prudenti nell'applicare il principio prospettato nel caso *Lennard's* anche all'ambito penale. La svolta si ha appunto nel 1944, quando, finalmente²⁴, nel caso *R. v. ICR Haulage Co.*²⁵, una persona giuridica viene condannata ad una pena pecuniaria per una *serious offence* commessa dalla sua *directing mind*.

¹⁹ E. Mujih, *Reform of the law of corporate killing: a toughening or softening of the law?*, in *Company Lawyer*, 2008, vol. 29, n. 3, p. 78.

²⁰ Si tratta, come verrà successivamente chiarito, di tre diversi casi, ma dello stesso anno: *Kent and Sussex, R. v. ICR Haulage, Moore v. Breler*.

²¹ Si tratta essenzialmente di alcune ipotesi di *statutory offences*: «*a master is not criminally responsible for a death caused by his servant's negligence, and still less for an offence depending on the servant's malice; nor can a master be held criminally liable for the guilt of his servant in receiving stolen goods knowing them to be stolen. And this principle of common law applies also to statutory offences, with the difference, that it is in the power of the Legislature, if it so pleases, to enact [...] that a man may be convicted and punished for an offence although there was no blameworthy condition of mind about him*» (*Chisholm v. Doulton* [1889] 22 QBD 736, 741, per Cave J). Cfr. <https://cbr.cba.org/index.php/cbr/article/download/270/270/> p. 59, nota 4.

²² C. De Maglie, *L'etica e il mercato, la responsabilità penale delle società*, Giuffrè, Milano, 2002, pp. 148-9.

²³ Cfr. R. Lottini, *La responsabilità penale delle persone giuridiche*, cit., p. 50.

²⁴ Una prima indicazione circa la possibilità di estendere il campo di applicazione del modello della *vicarious liability* oltre il confine delle *strict liability offences* è reperibile in un *obiter dictum* del giudice Channel in *Pearks, Gunston & Tee* (Cfr. *Pearks, Gunston & Tee Ltd v. Ward* [1902] 2 KB 1, 12). Nonostante in quel caso si trattasse di applicare una *strict liability offence* (prevista dalla s. 6 del *Food and Drugs Act 1875*), il giudice Channel assume una posizione di parziale apertura circa l'applicabilità alla *corporation* della fattispecie prevista dalla *section 3* di quell'Act (una *hybrid offence*): «*as to s.3 there is a slight difference, because, [...] it seems that a mens rea is involved in the offence, though it need not be proved by the prosecution, as it must be in ordinary criminal cases [...]. A provision of that kind is enacted where the Legislature desires to prevent the act from being done, though it is recognised that there may be cases in which the act is done innocently [...]. In those cases, the defendant can prove his innocence [...]. There may, therefore, be more difficulty in applying the rule in those cases to a corporation than there is under s.6. Speaking for myself, I am inclined to think that a corporation would come under s.3 as well as under s.6, but the question is not quite so clear, and possibly it may have to be argued hereafter. The decision of the present cases does not, however, involve a decision of that question*». Cfr. C. Nana, *Revisiting*, cit.

²⁵ *R. v. I.C.R. Haulage, Ltd.*, 1944 K.B. 551 (Crim. App.).

Per una maggiore comprensione, è opportuno riportare tre diverse “rivoluzionarie”²⁶ sentenze, tutte dell’anno 1944, e tutte inerenti ad un reato di frode.

Nel primo caso, *Dpp v. Kent and Sussex Contractors* (la società viene sanzionata per frode e false dichiarazioni)²⁷, si è affermato esplicitamente che: «se un funzionario di una società, agendo nell’ambito delle sue competenze e poteri, esibisce un documento che sa essere falso e tramite il quale intende truffare [...] la sua conoscenza e la sua volontà debba essere imputata alla società»²⁸.

Il principio di diritto che si può trarre da tale pronuncia è il seguente: una società è incapace di agire, parlare o pensare, se non nella misura in cui agiscono, parlano o pensano i suoi dirigenti²⁹. Quindi, i dirigenti sono la società, e quindi la società può rispondere anche per i reati per i quali è richiesta la *mens rea*.

Nel caso *R v ICR Haulage Ltd*, la società viene ritenuta responsabile di tentata frode³⁰, *conspiracy to defraud*³¹, un *common law crime* per il quale è certamente esclusa la possibilità di ricorrere alla *vicarious liability*: la condanna interviene, non per fatto altrui, bensì in quanto il fatto di reato posto in essere dal dirigente doveva considerarsi fatto proprio della società³².

Si ribadisce l’operatività dell’*identification test* anche rispetto ad un reato di *common law*: «se l’atto criminale di una persona, il suo stato di mente, la volontà, la conoscenza sono da considerare l’atto della società di cui è impiegato, dipende dalla natura delle sue funzioni, dalla sua posizione di direttore o impiegato della società e da altri rilevanti fattori e circostanze [...]. Le azioni di un *manager* costituiscono le azioni della società e la truffa di tale persona è la truffa della società, pertanto ammettiamo la condanna contro la persona giuridica»³³.

Il terzo caso, *Moore v. Breler Ltd*³⁴ (si condanna la società che, allo scopo di trarre in inganno, fa uso di documenti falsi)³⁵, ribadisce il principio che l’ente può essere

²⁶ Così le definisce C. Wells, *Corporation and criminal responsibility*, cit., p. 346.

²⁷ Nello specifico, viene condannata per avere falsificato l’attestazione necessaria per ottenere un buono per il carburante, violando, dunque, il *Motor Fuel Rationing Order*, che sanziona le frodi ai danni del servizio di razionamento del carburante; nonché, il *Defence General Regulation* del 1939, che punisce le false dichiarazioni contenute nei documenti.

²⁸ 1944 KB 146. (1944)1 All E.R. 119: (1944)14 Coitp Cas 133.

²⁹ Così, letteralmente. il Giudice Caldecote in grado d’appello: «*a company is incapable of acting or speaking or even of thinking except in so far as its officers have acted or spoken or thought*». Brano riportato dalla Law Commission, *Criminal liability in regulatory contexts: a consultation paper*, 2010, numero 195, par. 5.19, p. 90, reperibile su: http://www.lawcom.gov.uk/app/uploads/2015/06/cp195_Criminal_Liability_consultation.pdf

³⁰ Nello specifico, si tratta del reato di *conspiracy to defraud*, integrato da colui che, in concorso con il direttore, abbia truffato un acquirente facendogli pagare un corrispettivo per un quantitativo di merce superiore a quello consegnato.

³¹ S. Ramage, *Serious Fraud and Current Issues*, iUniverse, 2005, p. 6 nota 30.

³² Cfr. P. De Gioa-Caraberrese, I.A. Savini, *La “231” nel Regno Unito: Riflessioni comparatistiche in merito al cd. omicidio societario (corporate manslaughter) e al corporate manslaughter and corporate homicide act 2007*, in *Resp. amm. soc. enti*, n. 3, 2011, p. 116.

³³ 1944 KB 551. (Crim. App.).

³⁴ 1944 2 All ER 515.

³⁵ Nello specifico, è stato violato il *Financial Act* del (No. 2) del 1940, il quale, alla sec. 35, punisce la condotta con la pena pecuniaria. Nel caso di specie, due *managers* vendevano beni appartenenti alla società, ma, per

responsabile anche per i reati caratterizzati da responsabilità colpevole, e in particolare nel caso (come quello so i specie) in cui i *manager*, pur perseguendo fraudolentemente un interesse privato, abbiano agito nell'ambito dell'organizzazione, esercitando le funzioni e i poteri loro spettanti nell'ambito dell'organizzazione aziendale.

In tale ultima vicenda viene definitivamente superata l'impostazione tradizionale della responsabilità vicaria, postulandosi la responsabilità penale della persona giuridica in forza del principio di identificazione, e del modello della *directing mind*. La *mens rea* della persona giuridica coincide, *sic et simpliciter*, con la *mens rea* della persona fisica, in modo immediato e diretto. Tale identificazione non è possibile indiscriminatamente per tutte le persone fisiche che appartengono alla persona giuridica, ma solo rispetto a quel – ristretto – gruppo, che costituisce, letteralmente, il cervello della persona giuridica.

4. Il caso *Tesco Supermarkets Ltd v. Natrass* del 1972.

Un ulteriore passo in avanti nell'elaborazione dell'*identification theory* è rappresentato dal caso *Tesco Supermarkets Ltd v. Natrass*³⁶ (di seguito, *Tesco*)³⁷, in cui, per la prima volta, i giudici inglesi tentano di definire i criteri di identificazione dei soggetti che fanno parte, e costituiscono, la c.d. *directing mind* dell'ente.

Certamente non può essere negata la rilevanza delle tre sentenze del 1944³⁸, le quali hanno, da un lato, predisposto un nuovo modello di imputazione della responsabilità degli enti; tuttavia, esse non sono riuscite a delinearne, in alcun modo, il contenuto ed i limiti applicativi³⁹. Il caso *Tesco* invece offre questa occasione.

La società è accusata di avere violato il *Trade Descriptions Act* 1968, sec. 11(2), permettendo di apporre l'indicazione "offerta speciale" rispetto a merci invece in vendita ai prezzi ordinari. La difesa eccepisce⁴⁰ che debba essere esclusa la responsabilità se la società dimostri di aver agito secondo *due diligence*, provando, dunque, che il reato si sia verificato a causa dell'azione o omissione di un'altra persona. Nello specifico, si sostiene che il direttore di un singolo negozio, ricoprendo un ruolo ai margini della intera gerarchia

lucrare sul ricavo derivante dalla vendita, falsificavano i relativi documenti, i quali confluivano nella contabilità generale della società e ne compromettevano l'autenticità. Reperibile in: http://www.legislation.gov.uk/ukpga/1940/29/pdfs/ukpga_19400029_en.pdf

³⁶ 1972 AC 153, reperibile su: <http://www.bailii.org/uk/cases/UKHL/1971/1.html>.

³⁷ Nello specifico, nel 1971, la società, proprietaria di circa 800 supermercati, viene rinviata a giudizio per avere violato la sec 11 (2) del *Trade Description Act* del 1968 perché ha offerto in vendita prodotti ad un prezzo diverso rispetto a quello poi realmente praticato. In un punto vendita il detersivo, al quale era stata apposta l'indicazione "offerta speciale", veniva poi venduto a prezzo pieno, perché il direttore del negozio non si era accorto che le scatole erano terminate, ma aveva, erroneamente, mantenuto il prezzo in offerta. Reperibile: http://www.legislation.gov.uk/ukpga/1968/29/pdfs/ukpga_19680029_en.pdf.

³⁸ Infatti, non hanno fornito indicazioni su quale sia il limite inferiore della cerchia di soggetti che a cui è possibile riconoscere uno status sufficientemente elevato da far scattare il meccanismo della identificazione (la definizione più ampia è probabilmente quella di *Caldecote* in *Moore v. Besler*, che fa riferimento a generici «important officials»). Cfr. Law Commission, *Criminal liability*, cit., pp. 91-92.

³⁹ C. Wells, *Corporations and Criminal Responsibility*, cit., p. 95 afferma: «none of these cases gave any clear idea as to how far this doctrine whereby the mens rea of certain company officers could be imputed to the company extended».

⁴⁰ Invocando la sec. 24 (1) dello stesso.

aziendale, non poteva essere identificato con la società nel suo complesso, ma era, piuttosto, quella altra persona, che aveva autonomamente posto in essere il fatto illecito, realizzandosi una situazione tale per cui la società doveva andare esente da responsabilità. Infatti, si ricordi che le *statutory offences* si basano su una responsabilità principalmente di tipo oggettivo, ma a volte si prevedono delle esimenti (*defence*), che richiedono l'individuazione del rimprovero, e quindi impongono l'applicazione dell'*identification test*⁴¹. Si tratta di fattispecie di reato che possiamo definire ibride, per le quali, da un lato, non è richiesta, da parte del pubblico ministero, la prova dell'elemento soggettivo⁴² (potrebbero apparire ipotesi di responsabilità oggettiva) ma, dall'altro, è concessa all'imputato la possibilità, per mezzo dell'inversione dell'onere della prova, di dimostrare di avere usato tutta la diligenza dovuta per evitare il verificarsi dell'evento lesivo⁴³.

Infatti, la sec. 11(2) *Trade Descriptions Act* del 1968 è costruita come una *hybrid offence*, poiché la sec. 24(2) dello stesso *Act* prevede una *due diligence defence* che trova applicazione, tra l'altro, quando la commissione del reato sia attribuibile all'azione od omissione di un'"altra persona".

Le argomentazioni difensive si focalizzano su questa disposizione, cercando di dimostrare che lo *store manager* di un punto vendita non si "identifica" con l'intera società e deve essere considerato un'"altra persona" ai fini dell'applicazione della norma in questione.

Si tratta, quindi, di individuare quali soggetti sono in grado di veicolare la volontà della società, al punto che la volontà della persona fisica possa essere considerata volontà della società stessa.

L'ente può essere dichiarato colpevole per un reato che richiede la *mens rea* a due condizioni: che la persona fisica che ha commesso il fatto di reato sia identificabile all'interno della società, e che nella stessa ricopra una carica in forza della quale non può non essere considerata *directing mind and will*⁴⁴.

La *House of Lords* stabilì che la *defence* invocata dalla difesa era applicabile alla *Tesco*, negando che uno, fra le centinaia, di *branch manager* della società potesse identificarsi con essa.

La *House of Lords*, nell'intento di chiarire i principi precedentemente espressi nel caso *ICR Haulage*, affermò che una persona giuridica può essere ritenuta responsabile solo per gli atti compiuti dal *board of directors*, dal *managing directors*, e dagli altri *superior*

⁴¹ Ad esempio, nel caso *Tesco*, si è dovuta vagliare la possibilità di fare ricorso ad una *defence* rispetto ad un reato realizzato da un dipendente. Poiché la *defence* si basa sullo stato di ignoranza ed errore del datore di lavoro, è frequente che, nell'ambito soprattutto di enti di grosse dimensioni, la singola violazione non possa essere nota ai *senior manager* dell'ente.

⁴² Di fatto si tratta di fattispecie caratterizzate da un'inversione dell'onere della prova relativamente alla *mens rea*, nel senso cioè che è consentito all'imputato di provare di aver usato tutta la diligenza necessaria ad evitare il reato (che pure si è verificato) ovvero di aver adottato tutte le precauzioni possibili.

⁴³ Cfr. C. Wells, *Corporate Criminal Liability in England and Wales: past, present and future*, in Pieth-Ivory, a cura di, *Corporate Criminal Liability: Emergence, Convergence, and Risk*, Springer, 2011, p. 117.

⁴⁴ Letteralmente: «*the boards of directors, the managing director and perhaps other superior officers of a company carry out the function of management and speak and act as the company. The subordinates do not.*».

officers che svolgono funzioni di gestione, se ed in quanto essi possano parlare ed agire in nome e per conto della persona giuridica.

La pronuncia ha tentato di restringere ulteriormente, rispetto alle precedenti, l'ambito applicativo della responsabilità non vicaria. Il tentativo non può però ritenersi del tutto soddisfacente.

Residuano infatti delle disfunzioni. Da un lato, con la pronuncia in esame sono stati identificati sì dei criteri, ma così generici (*officers of a company carrying out the functions of management and speak and act as the company*) da poter essere facilmente elusi dalle persone giuridiche, rendendo di fatto la responsabilità inapplicabile il più delle volte.

Dall'altro lato, tali criteri risultavano essere talvolta non adeguati alle complesse realtà organizzative delle persone giuridiche. Nel caso *R v Peter Kite*⁴⁵ si rileva che la teoria dell'*alter ego* funziona bene solo nei casi in cui siano coinvolte piccole entità, cioè dove l'individuo possa essere identificato più facilmente⁴⁶. Infatti, l'applicazione dell'*identification test* alla luce del caso *Tesco* ha provocato, di fatto, la paralisi di una parte non irrilevante del sistema punitivo, perché, limitando oltremodo, a causa della genericità dei criteri, la classe di persone potenzialmente *alter ego*, si riduce a dismisura la possibilità di considerare l'ente responsabile.

Tra i settori che risentono maggiormente degli effetti di tale paralisi vi è il sottosistema del diritto penale del lavoro: il funzionamento di questo settore, rispetto ad un ente, fino al 2007, è stato affidato esclusivamente all'efficacia preventiva del *Health and Safety at Work Act* (di seguito, HSWA) del 1974. Detto altrimenti, prima dell'implementazione del *Corporate Manslaughter and Corporate Homicide Act* del 2007, nel caso in cui un ente, attraverso la sua attività, avesse causato perdite di vite umane, la sua responsabilità si sarebbe fondata, da un lato, sul reato di *common law*, interpretato alla luce dell'*identification theory* per come risultante dal caso *Tesco* e, dall'altro, sull'impianto normativo dell'HSWA.

È chiaro che il punto dolente, lo snodo problematico, della teoria della immedesimazione organica, è rappresentato dalla individuazione dei criteri identificativi di chi fa parte della c.d. *directing mind*, soprattutto rispetto ad organizzazioni complesse. Infatti, in tanto la responsabilità della persona giuridica può sussistere, in quanto il reato sia stato commesso da un soggetto che fa parte, e rappresenta, la *directing mind*.

5. I limiti dell'*identification test*.

La mancata predisposizione di una – vera e propria – forma di responsabilità penale dell'ente è stata colmata dall'elaborazione del criterio di imputazione appena esposto dell'*identification theory*. Quest'ultimo, però, nonostante manifesti la volontà di rispettare il principio di colpevolezza, ancorando la responsabilità della persona giuridica alla sussistenza dell'*element mens rea* della persona fisica, diremmo noi, apicale, di fatto

⁴⁵ R. v. *Kite OLL Ltd.*, *Winchester Crown Court*, 8 dicembre 1994.

⁴⁶ Nel caso di specie, sia la società che il *managing director* erano indagati per omicidio colposo. Nel caso di specie la condanna dell'ente fu facile: il *manager* era certamente *directing mind and will*, in quanto unico amministratore e dipendente.

introduce una forma di responsabilità (mascherata) “per fatto altrui”, prossima, chiaramente, alla responsabilità vicaria.

Infatti, condizionare la responsabilità dell’ente all’accertamento della responsabilità penale di una persona fisica, sebbene posta in una posizione apicale, non permette di apprezzare autonomamente la colpevolezza della persona giuridica. Non si fa altro che ricorrere ad una forma di responsabilità derivativa, di rimbalzo, nonostante le declamazioni teoriche delle corti che vedono nella *identification* una forma di responsabilità diretta e personale dell’ente.

La teoria dell’*identification test* si differenzia dal modello del *respondeat superior* più sul piano quantitativo, cioè attinente all’ampiezza del novero dei soggetti che possano impegnare la responsabilità penale dell’ente, che su quello qualitativo⁴⁷. In entrambi i modelli, una volta che sia stata accertata la commissione del reato da parte di un individuo “rilevante”, la traslazione di responsabilità in capo all’ente è automatica. Le ragioni di tali anomalie sono riconducibili, essenzialmente, ad un’erronea impostazione dogmatica della responsabilità delle persone giuridiche. Infatti, l’ostinato modo di ragionare per modelli culturali che hanno come riferimento solo l’agente individuale, e non l’ente in quanto tale, comporta risultati deludenti: il modello dell’*identification test* rimane, irrimediabilmente, legato alla individuazione e identificazione concreta dei soggetti che possono effettivamente costituire il cervello dell’ente.

L’*identification test* si rivela quindi lacunoso, a dispetto delle sicuramente nobili intenzioni, causa di disfunzioni applicative⁴⁸. Nel caso in cui si tratti di un ente di piccole dimensioni è facile andare ad individuare chi ha agito, e contemporaneamente, che ruolo riveste all’interno dell’organizzazione aziendale. Tale tipologia di enti, però, è anche quella rispetto alla quale la responsabilità penale della *organisation* offre ben poco valore aggiunto rispetto alla criminalizzazione dei soli comportamenti individuali.

Se invece si tratta di una struttura di grandi dimensioni, con molta probabilità vi sarà una così articolata suddivisione dei compiti e delle competenze tale da rendere, concretamente, difficile l’individuazione della responsabilità del singolo soggetto autore materiale del fatto di reato⁴⁹. Tale inidoneità si rende manifesta avendo riguardo al particolare onere probatorio che andrebbe a gravare sull’accusa, perché, nelle organizzazioni complesse, il *Crown Prosecution Service* si troverebbe di fronte ad una vera e propria *probatio diabolica*: «*Evidential difficulties may arise where the company concerned has a diffuse structure, because of the need to link the offence to a controlling officer*»⁵⁰. Il principio elaborato nel caso *Tesco* si mostra incapace di trovare applicazione

⁴⁷ Cfr. C. Wells, *Corporation and criminal responsibility*, cit., p. 85.

⁴⁸ Si veda, ad esempio, il caso dell’affondamento della nave, *Seaboard Offshore Ltd v Secretary of state for Transport*, del 1993, in cui si evidenzia la difficoltà di individuare il soggetto responsabile all’interno dell’azienda, difficoltà che compromette l’applicazione dell’*identification test*. Cfr. J. GOBERT - M PUNCH, *Rethinking Corporate Crime*, Cambridge University press, 2003, pp. 61 ss.

⁴⁹ C. De Maglie, *L’etica e il mercato*, cit., pp. 153-154.

⁵⁰ Istruzioni del Crown Prosecution Service relative ai reati commessi da persone giuridiche: «*evidential difficulties may arise where the company concerned has a diffuse structure, because of the need to link the offence to a controlling officer*», par. “*Further Evidential Considerations*” consultabile su: <https://www.cps.gov.uk/legal-guidance/corporate-prosecutions>

nell'ipotesi più frequente: quella in cui ad un *manager* sia conferita una sostanziale, ma non assoluta, autonomia⁵¹.

Non sono mancati, successivamente, tentativi di superamento dei citati limiti della responsabilità non vicaria. In tal senso si ricorda il caso *Meridian Global Found Management Asia Ltd v. Securities Commission* del 1995⁵², in cui il *Privy Council* cerca di superare i limiti della responsabilità non vicaria stabiliti nel caso *Tesco*, ritenendo che il *directing mind model* non sia l'unico ed esclusivo modello valido ai fini della attribuzione della responsabilità alla persona giuridica. Potrebbe venire in considerazione anche la *mens rea* di persone diverse dal c.d. *directing mind*, ovviamente, avuto riguardo al linguaggio, al contenuto e alle finalità dello *statute of law* in esame. Nonostante questo divergente sviluppo, l'impostazione del caso *Tesco* risulta comunque essere stata l'unica accolta dalle corti nelle successive pronunce.

È evidente, infatti, che per la Pubblica Accusa è più difficile fornire la prova della colpevolezza dell'ente nel caso in cui il reato sia stato commesso all'interno di una grande azienda, rispetto ad una piccola, perché in quest'ultima il vertice aziendale è maggiormente a contatto con le situazioni di rischio dalle quali discendono i doveri di diligenza: «*The smaller the corporation, the more likely it will be that the guilty knowledge can be attributed to the controlling officer*»⁵³.

Tale *deficit* è emerso chiaramente nelle aule delle corti inglesi nel 1991, nel caso *P&O European Ferries*⁵⁴, in cui la società è stata imputata per omicidio colposo⁵⁵. Nel caso di specie emerge che la responsabilità per l'accaduto si collocherebbe a vari livelli⁵⁶: «[...] a full investigation into the circumstances of the disaster leads inexorably to the conclusion that the underlying of cardinal faults lay higher up in the company [...]»⁵⁷. *The failure on the part of the shore management to give proper and clear directions was a contributory cause of the disaster*⁵⁸. Tutti coloro che erano coinvolti nella gestione erano singolarmente

⁵¹ Cfr. S.Field – N. Jörg, *Corporate criminal liability and manslaughter: should we be going Dutch?*, in *Crim. LR*, 1991, 156 ss. Considerazioni riprese dalla Law Commission, *Criminal liability*, cit., p. 6, nota 37.

⁵² Reperibile: <http://www.uniset.ca/other/cs2/19952AC500.html>

⁵³ Istruzioni CPS, cit., par. "Further Evidential Considerations".

⁵⁴ *R. v. P & O European Ferries (Dover) Ltd*, [1991], 93 Cr App R. 72 Central Crim Ct.

⁵⁵ Nello specifico, la società è imputata insieme ad otto suoi dipendenti. Il 6 marzo del 1987 il battello *Herald of Free Enterprise* di sua proprietà, in partenza dal porto di Zeebrugge e diretto a Dover, si capovolge ed affonda dopo 20 minuti, causando la morte di 188 persone. A seguito del disastro viene aperta un'inchiesta di natura amministrativa dal Ministero dei trasporti a seguito del quale si accertava che il battello era affondato perché i portelloni di prua erano stati lasciati aperti, e hanno consentito all'acqua di entrare e ovviamente di inabissarlo. Il responsabile della chiusura dei portelloni, è emerso, al momento della partenza stava dormendo nella sua cabina.

⁵⁶ *Depart of Transport, Herald of Free Enterprise*, Report of Court no. 8074, del 1987 Par.14. Cfr. J. Martin-T. Storey, *Unlocking Criminal Law*, Routledge, 2010, para. 7.5.1.

⁵⁷ La sentenza prosegue: «[...] the Board of Directors did not appreciate their responsibility for the safe management of their ships. They did not apply their minds to the question: What orders should be given for the safety of our ships? The directors did not have any proper comprehension of what their duties were. There appears to have been a lack of thought about the way in which the *Herald* ought to have been organised for the *Dover/Zeebrugge* run. All concerned in management, from the members of the Board of Directors down to the junior superintendents, were guilty of fault in that all must be regarded as sharing responsibility for the failure of management. From top to bottom the body corporate was infected with the disease of sloppiness».

⁵⁸ *Sheen Report*, par. 14.1, riportato in *Lawcom N. 237*, cit., p. 115. Sul punto: Cfr. C. Wells, *Corporations and Criminal Responsibility*, cit., p. 111.

responsabili di errori. Ciò ha reso impossibile identificare quel soggetto, che in virtù dell'*identification theory*, avrebbe dovuto rappresentare la *will and mind* della società: «[...] *Where a corporation through the controlling mind of one of its agents, does an act which fulfils the prerequisites of the crime of manslaughter, it is properly indictable for the crime of manslaughter*».

L'elemento soggettivo dell'omicidio non può riconoscersi nell'aggregazione di molteplici carenze organizzative: un condanna per *manslaughter* presuppone la prova di una singola azione connotata da grave negligenza, ma questa non può essere ricostruita aggregando le azioni di diversi soggetti⁵⁹; anzi, si presuppone la prova, oltre ogni ragionevole dubbio, di una singola azione connotata da grave negligenza. E quest'ultima, nel caso di specie, non è certamente riferibile ad un soggetto *directing mind and will* della società, cioè un soggetto «[...] *who were to be identified as the embodiment of the company itself*»⁶⁰. Il giudice Bingham, nel caso, negò espressamente la possibilità di ricorrere al *principle of aggregation*⁶¹. Se tale principio fosse stato accolto, ai fini della configurazione della colpevolezza dell'ente, si sarebbero potuti sommare gli stati soggettivi e le conoscenze di soggetti individualmente non responsabili (ad esempio un amministratore avrebbe potuto essere a conoscenza delle precedenti occasioni nelle quali una nave della P&O era salpata con i portelloni aperti, ed un altro della richiesta di alcuni *senior masters* di installare degli indicatori sul ponte). Concludendo, la società non venne condannata perché non poteva rispondere né in forza della *vicarious liability*, perché si trattava di un *mens rea offence*, né in forza dell'*identification theory*.

Come non notare che l'*identification test* si offre, clamorosamente, a facili elusioni? Infatti, al fine di non incorrere in alcuna forma di responsabilità, nell'ambito delle organizzazioni complesse si tenderà a rendere meno chiara la linea di responsabilità all'interno delle singole unità produttive, al fine di non incorrere in qualsiasi forma di responsabilità, sia individuale che dell'ente⁶². In conclusione, il modello della responsabilità non vicaria, che ha rappresentato l'ipotesi tipica di responsabilità delle persone giuridiche nel Regno Unito fino al 2007 per ogni fattispecie di reato, non sembrava più idoneo a fare fronte alla complessità delle strutture decisionali e catene di comando delle moderne persone società.

6. Il *Corporate Manslaughter and Homicide Act 2007* (CMCHA). Introduzione.

⁵⁹ *Herald of Free Enterprise case R v HM Coroner for East Kent ex parte Spooner* [1989] 88 Cr App R 10.

⁶⁰ Cfr. A. Dignam, *Hicks & Goo's Cases and Materials on Company Law*, Oxford University Press, edizione n. 7, 2011, p. 146.

⁶¹ «I do not think the aggregation argument assists the applicants. Whether the defendant is a corporation or a personal defendant, the ingredients of manslaughter must be established by proving the necessary *mens rea* and *actus reus* of manslaughter against it or him by evidence properly to be relied on against it or him. A case against a personal defendant cannot be fortified by evidence against another defendant. The case against a corporation can only be made by evidence properly addressed to showing guilt on the part of the corporation as such» (per Bingham LJ, pp. 16-17).

⁶² Cfr. J. Braithwaite – B. Fisse, *Corporations, Crime e accountability*, Cambridge University Press, 1993, p. 39 ss.; ma anche, S.A. Field- N. Jorg, *Manslaughter: should be going Dutch*, cit., p. 159.

Nel biennio tra il 1996 e 1998 si sono verificati nel Regno Unito 510 decessi e 47803 infortuni a seguito di incidenti sui luoghi di lavoro⁶³; questo dato, accompagnato, da un lato, dalla consapevolezza delle carenze della dottrina dell'*identification*, e, dall'altro, dalla maturazione dell'idea secondo cui anche le società possono essere responsabili di *manslaughter*⁶⁴, ha portato ad una svolta.

Nel 1997 il Segretario di Stato Jack Straw annuncia la volontà del Governo inglese di seguire la proposta della *Law Commission* relativa al *corporate killing*, ma bisognerà attendere gli anni 2000 affinché venga presentata dal Governo una prima bozza articolata, e, addirittura, il 2005 per la presentazione del primo progetto preliminare. Il 26 luglio 2007, dopo alcune modifiche apportate a seguito del dibattito affrontato in Parlamento, il provvedimento viene definitivamente approvato, ed entra in vigore il 6 aprile 2008.

La disciplina del reato, *mens rea offence*, di *manslaughter* – di origine giurisprudenziale – richiedendo sempre come presupposto della responsabilità penale dell'ente la *mens rea* e, quindi, l'identificazione dell'autore individuale, ha determinato, sul piano applicativo, l'inoperatività sostanziale del reato di *corporate manslaughter*, soprattutto rispetto agli enti di grandi dimensioni⁶⁵.

Quest' ultimo è stato applicato pochissime volte⁶⁶, e per di più solo rispetto ad aziende di piccole dimensioni, nonostante (e questo è il dato maggiormente eclatante) in molte delle vicende processuali a carico delle persone giuridiche fossero state riscontrate delle chiare violazioni dell'HSWA del 1974 che accompagnavano l'evento lesivo.

Solo recentemente è stata in parte superata – in via legislativa – questa costruzione giurisprudenziale, e ciò è avvenuto attraverso la raffinata elaborazione di una forma di imputazione della fattispecie di omicidio colposo direttamente all'ente: la

⁶³ Dato riportato da C. Wells, *Corporate Criminal Liability*, cit., p. 125.

⁶⁴ Procedibilità di una società per il reato di omicidio: la tragedia di Zeebrugge del 1991. Il caso appena prospettato, al di là del fatto che si sia giunti ad un'assoluzione dell'ente, è sicuramente rilevante perché risolve in modo positivo un'altra problematica; infatti, viene affrontata, e risolta positivamente, la questione circa la procedibilità di una società per il reato di omicidio; la quale, nel 1927 (*R v. Corry Brothers Ltd. And Co del 1927*) era stata, invece, risolta negativamente. Si chiarisca che, nella tradizione di *common law* il reato di *manslaughter* è concepito come l'uccisione di un uomo da parte di un altro uomo: «*killing of human being by another*» (G. Gentile, *L'illecito colposo*, cit., p. 114, in nota). Giocoforza che la difesa della società solleva, in via preliminare, un'eccezione diretta a sostenere l'impossibilità di procedere nei confronti di una società, ma l'eccezione viene rigettata. «*[T]here is nothing essentially incongruous in the notion that a corporation should be guilty of the offence of unlawful killing [...]. [W]here a corporation, through the controlling mind of one of its agents, does an act which fulfils the prerequisites of the crime of manslaughter, it is properly indictable for the crime of manslaughter*» (Cfr. *P&O European Ferries*, cit., p. 83). Il principio di diritto che si può trarre dalla pronuncia è il seguente: un ente può essere condannato per omicidio colposo se uno dei suoi *controlling agents* ha posto in essere una condotta munita di tutti i suoi elementi, oggettivi e soggettivi, richiesti (Letteralmente, il giudice Tuner: «*i find unpersuasive the argument of the company that the old definition of homicide positively exclude the liability of a non natural person to conviction of an offence of manslaughter. Any crime in order to be justiciable must have been committed by or through the agency of a human being. Consequently, the inclusion in the definition of an offence of the expression – human being – as the author of the killing was tautologous [...]. Suffice is that where a corporation through the controlling of one of its agents, does an act which fulfills the prerequisites of the crime of manslaughter, it is properly indictable for the crime of manslaughter*»). La sentenza può essere letta in D. Ormerod, *Smith-Hogan, Criminal Law: Cases and materials*, Oxford University Press, 2009, pp. 382-383.

⁶⁵ Vedi *supra*, § 4.

⁶⁶ Caso *R v Kite* del 1944 è il primo tra questi.

fattispecie di *corporate killing* appunto. Un diritto punitivo delle persone giuridiche così predisposto, proteso anche – necessariamente – al controllo delle attività economiche, da un lato si avvale del diritto penale tradizionale ma, dall'altro, risulta essere rimodellato alla luce delle esigenze punitive peculiari delle organizzazioni complesse.

Il legislatore britannico ha espressamente tipizzato quindi la fattispecie di *corporate killing*⁶⁷, in virtù della quale, ad un soggetto artificiale, quale la persona giuridica, si attribuisce la responsabilità di un delitto c.d. naturale, cioè *mala in se*. In questa nuova ipotesi delittuosa rileva, da un lato, la modalità di causazione dell'evento e di tipizzazione della condotta – come se fosse un reato c.d. a forma vincolata – cioè modalità regolate da processi di imputazione scanditi da normative tecniche, regole precauzionali, sia pubblicistiche, che interne all'organizzazione stessa; dall'altro, emerge una nuova forma di colpevolezza, la c.d. *organisation fault* (qualcosa di non molto diverso dalla versione italiana della c.d. colpa in organizzazione).

Il provvedimento è stato presentato dal Governo inglese come la risposta alle difficoltà emerse nel perseguimento delle società per il reato di *common law* di *manslaughter by gross negligence*. Il Ministero della Giustizia ha ritenuto che «*The new offence allows an organization's liability to be assessed on a wider basis, providing a more effective means of culpability for very serious management failings across the organization*»⁶⁸.

In ogni caso, il *Corporate Manslaughter and Corporate Homicide Act* del 2007 di seguito, CMCHA) non riesce a tradurre tutte le istanze riformatrici mosse e le esigenze avvertite⁶⁹ da dottrina e giurisprudenza⁷⁰.

I tratti essenziali della fattispecie sono individuati nella sec. 1 (1) e (3); si dispone che un'organizzazione è responsabile del reato di *corporate manslaughter* se il modo in cui le attività sono gestite, ovvero organizzate, dai suoi *senior managers*, cagiona la morte di una persona a causa di una grave violazione di un dovere di diligenza, a cui l'organizzazione era tenuta nei confronti della vittima⁷¹.

Quindi, posto il verificarsi dell'evento morte, affinché possa muoversi un rimprovero all'ente è necessaria la sussistenza di un dovere di diligenza nei confronti della vittima, nonché la violazione di tale dovere come conseguenza del modo in cui le attività sono gestite ed organizzate dai soggetti posti – diremmo noi – in posizione apicale.

⁶⁷ Il *corporate killing* costituisce un'ipotesi di omicidio colposo nello svolgimento di un'attività di impresa, causato da una condotta del *management* non conforme agli *standard* ragionevoli di precauzione.

⁶⁸ Così, *Ministry of Justice, A Guide to the Corporate Manslaughter and Homicide Act 2007*, p. 3.

⁶⁹ Vedi *infra*.

⁷⁰ Cfr. D. Ormerod – R. Taylor, *The Corporate Manslaughter and Corporate Homicide Act 2007*, in *Criminal Law Review*, 2008, volume 8, pp. 589 -90.

⁷¹ Letteralmente, «(1) *An organisation to which this section applies is guilty of an offence if the way in which its activities are managed or organized (a) causes a person's death, and (b) amounts to a gross breach of a relevant duty of care owed by the organisation to the deceased. An organisation is guilty of an offence under this section only if the way in which its activities are managed or organized by its senior management is a substantial element in the breach referred to in subsection*».

Prima di passare ad una analisi più dettagliata della fattispecie è necessario chiarire che il CMCHA non costituisce una riforma generale del regime di responsabilità degli enti in Gran Bretagna, ma ha esclusivamente, ed esplicitamente, abolito solo il reato di *common law* di *manslaughter*⁷². Quindi, possono trovare, ancora oggi, applicazione, nei rispettivi ambiti di pertinenza, sia la *vicarious liability* per le *strict liability offence*, sia la *doctrine of identification* per le altre ipotesi di *mens rea offences*.

7. L' *Health and Safety Work Act 1974*.

La sicurezza sul lavoro e la tutela dei beni collettivi hanno costituito il terreno migliore per l'elaborazione dei reati da poter attribuire ad un ente collettivo. Questo perché, perfino nell'immaginario collettivo, spesso si individua la causa di gravi incidenti e disastri nell'inefficienza degli *standard* di sicurezza adottati dagli enti, generalmente ritenuti carenti dal punto di vista precauzionale. Il sistema britannico ha reagito a questo fenomeno per mezzo di una strategia basata su una politica sociale e criminale volta ad una maggiore responsabilizzazione delle organizzazioni complesse, anche, ma non solo, attraverso una scelta mirata a sanzionare penalmente gli enti collettivi.

È infatti nell'ambito dei reati in materia di sicurezza sul lavoro che si è maggiormente indirizzata la reazione punitiva verso l'ente; questa scelta, peraltro, si è inserita in un contesto complessivo, sociale ed economico, che nel corso degli ultimi anni ha inteso rafforzare un sistema di responsabilizzazione, penale ma anche sociale, dell'ente, basata sullo sviluppo di una politica di sicurezza e sulla promozione di una cultura e di un'etica che si riflettono, in primo luogo, sul piano organizzativo.

Le scelte del legislatore britannico, rispetto alle strategie di governo dell'impresa, hanno avuto come scopo quello di focalizzare una costante attenzione verso l'obiettivo della sicurezza, come elemento essenziale nell'ambito della *corporate governance*.

Questo obiettivo è stato perseguito, principalmente, attraverso il *Regulatory System* che caratterizza il testo legislativo HSWA. La disciplina di fonte statutaria rappresenta un utile strumento di governo nell'ambito di una politica della sicurezza della collettività, ma senza efficacia repressiva e stigmatizzante; efficacia che, invece, dovrebbe essere tipica di un sistema penale c.d. tradizionale e rivolto all'autore del reato-persona fisica.

Tuttavia, l'apparato normativo di fonte statutaria, pur condividendo con il sistema penale la finalità di tutelare la sicurezza collettiva e di implementare gli *standard* cautelari, non può del tutto supplire all'assenza di una azione prettamente penale, perché il HSWA risulta essere inidoneo ad esplicare una funzione simbolica e stigmatizzante dei comportamenti socialmente dannosi⁷³. Infatti, scopo della disciplina statutaria non è quello di riconoscere la riprovevolezza di alcuni comportamenti, ma esclusivamente di assicurare l'adozione di *standard* prudenziali adeguati. Tale parziale funzionamento

⁷² La sec. 20 dispone che: «*the common law offence of manslaughter by gross negligence is abolished in its application to corporations, and in any application it has to other organisations to which section 1 applies*».

⁷³ Cfr. A. Manna, *La regola dell'oltre ragionevole nel pericolo astratto come pericolo reale*, in *Cass. pen.*, 2005, n. 2, pp. 540 ss. secondo cui il ricorso a strumenti punitivi extra-penali comporta un'obliterazione dell'effetto di prevenzione generale e di orientamento culturale.

dell'apparato sanzionatorio ha contribuito a consolidare la non corretta percezione di una devianza economica priva del carattere prettamente criminale⁷⁴.

La disciplina dell'HSWA non richiedeva necessariamente, affinché si potesse muovere un rimprovero all'ente, la verifica dell'evento lesivo⁷⁵, ma rilevava la violazione in sé: la condotta che costituisce reato è l'inosservanza di un dovere posto a tutela della sicurezza e della incolumità dei lavoratori o di terzi. Pertanto, se l'ente ha rispettato il dovere di diligenza imposto dalle norme potrebbe non essere condannato, nonostante la verifica dell'evento lesivo. In forza della legge del 1974 il datore di lavoro, e quindi l'ente, è dunque gravato da un dovere di diligenza al fine di evitare il verificarsi di eventi lesivi sui luoghi di lavoro o a danno di terzi.

L'HSWA, nella sec. 2 e nella sec. 3, rubricate rispettivamente "*General duties of employers to their employees*" e "*General duties of employers and self-employed to persons other than their employees*", individua obblighi in materia antinfortunistica gravanti sul datore di lavoro. In particolare, vengono individuati i doveri posti a tutela della salute e sicurezza, sia dei lavoratori, sia dei soggetti terzi esposti alle fonti di rischio connesse all'ambiente di lavoro. La sec. 33 (1) (a), rubricata semplicemente "*Offences*", contempla invece i *regulatory offences* volti a presidiare il rispetto di tali obblighi. È stato ritenuto che il combinato disposto tra le sec. 2 e 3 e la sec. 33, indentifichino un reato di mera condotta: «*an offence of failing to discharge [...] duty*», ritenuto applicabile sia agli individui, che agli enti⁷⁶.

Il sistema è supportato dall'operatività di un'autorità di controllo, rappresentata dall'*Health and Safe Executive* (di seguito, HSE), una delle varie *non-policy prosecution agencies*, vale a dire quegli enti a cui sono affidati specifici poteri di controllo nonché la facoltà di agire in giudizio a fronte dell'accertamento di violazioni (si tratta, nello specifico, di un'autorità che potremmo definire simile ad un ministero della salute pubblica)⁷⁷. La loro attività non è limitata alla sola fase delle indagini preliminari, poiché tali agenzie operano in settori dell'ordinamento in cui l'esercizio dell'azione penale non è affidato al *Crown Prosecution Service*.

Si tratta di una scelta del sistema dovuta sia alla complessità e alla specificità dei reati⁷⁸, sia a valutazioni di politica criminale che suggeriscono, a fronte della violazione di determinate disposizioni di legge, di non propendere, necessariamente, per l'istaurazione di un procedimento penale. Infatti, le agenzie come l'HSE hanno una funzione e delle modalità operative diverse rispetto a quelle degli organi di polizia: non si attivano solo a reato realizzato ma sorvegliano, *a priori*, il rispetto del corpo normativo di loro competenza; inoltre, nel caso in cui riscontrino una violazione, sollecitano gli autori a porvi rimedio, eventualmente procedendo, ma solo come *extrema ratio*, con l'esercizio dell'azione penale.

⁷⁴ E ciò risulterebbe essere confermato dalla competenza, pressoché esclusiva, dell'agenzia di controllo e non della polizia, ad indagare sulla violazione di disposizioni dell'HSWA; persino in presenza di un *unlawful death*, cioè di morte derivante da condotta illecita.

⁷⁵ B. Barret, *Liability for Safety Offences: is the Law still Fatally Flawed?*, in *Industrial Law Journal*, 2008, volume 37, n.1, pp. 100 ss.

⁷⁶ A. Ashworth – J. Horde, *Principles of Criminal Law*, Oxford University press, 2013, p. 148.

⁷⁷ Cfr. P. De Gioia-Carabrese – I. A. Savini, *La "231" nel Regno Unito*, cit., p. 112, nota n. 4.

⁷⁸ Cfr. F. Cownie – A. Bradney – M. Burton, *English legal System in Context*, Oxford University Press, 2007, p. 304.

Quindi, l'obiettivo precipuo dell'HSE non è l'esercizio dell'azione penale, ma il controllo circa la corretta osservanza della normativa di riferimento, che, nella materia *de qua*, è contenuta nell'HSWA.

Tale sistema, fino alla riforma del 2007, si era avvalso anche di strumenti giuridici di *common law*. Le soluzioni elaborate in via interpretativa si sono dimostrate, però, non sufficienti ai fini di fronteggiare le forme più gravi di responsabilità delle persone giuridiche, come dimostrano le numerose assoluzioni per *corporate manslaughter*.

8. Il coordinamento del CMCHA con l'*Health and Safety at Work Act*.

È necessario avere chiari quali sono i rapporti tra il CMCHA e la normativa in materia di sicurezza sui luoghi di lavoro, attualmente disciplinata nel Regno Unito dal HSWA. Questo ultimo corpo normativo ha costituito, insieme al reato di *manslaughter* di *common law*, la fonte utilizzata, prima del 2007, per imputare un fatto di reato di omicidio all'ente.

L'applicazione congiunta dei due impianti normativi comporta un più ampio ventaglio di obblighi che le persone giuridiche devono rispettare al fine di rendere effettiva la tutela della sicurezza e della incolumità dei dipendenti⁷⁹.

Occorre premettere che il procedimento penale a carico dell'ente non può essere iniziato senza il consenso del *Director of Public Prosecution*, ai sensi della sec. 17 (1): tale consenso avrà ad oggetto non solo, naturalmente, l'accertamento della responsabilità della persona giuridica enti per omicidio colposo, ma anche l'eventuale accertamento delle violazioni dell'*Health and Safety Legislation*. Infatti, ai sensi della sec. 19 (2)⁸⁰ del HSWA rubricato "*Convictions under this Act and under health and safety legislation*", gli stessi fatti, o parte di essi, potrebbero integrare due distinte violazioni⁸¹.

Ai sensi della sec. 19 del CMCHA, se ne sussistono i presupposti, l'ente può essere rinviato a giudizio non solo per l'accusa di reato di *corporate killing*, ma anche per avere violato le norme in materia di salute e sicurezza sui luoghi di lavoro contenute nell'HSWA.

Si tenga inoltre presente che il reato di *corporate killing* non assorbe gli altri illeciti eventualmente configuratisi, anche nel caso in cui gli elementi fattuali, sulla base dei quali è possibile muovere il rimprovero, sono gli stessi che hanno condotto ad una sentenza di condanna: «*it would therefore also be possible to convict an individual on a secondary basis for such an offence under provisions such as section 37 of The Health and Safe at Work Act*

⁷⁹ Letteralmente: «*Where an offence under any of the relevant statutory provisions committed by a body corporate is proved to have been committed with the consent, or connivance of, or to have been attributable to nay neglect on the part of, any director, manager, secretary or other similar officer of the body corporate or a person who was purporting to act in any such capacity, he as well as the body corporate shall be guilty of that offence and shall be liable to be proceeded against and punished accordingly*».

⁸⁰ Letteralmente: «*An organisation that has been convicted of corporate manslaughter or corporate homicide arising out of a particular set of circumstances may, if the interests of justice so require, be charged with a health and safety offence arising out of some or all of those circumstances*».

⁸¹ Sulla base del combinato disposto tra le sec. 2 e 3 e la sec. 33, che indentificano reati di mera condotta.

1974. *This does not impose any new liabilities on individuals but ensures that existing liabilities are not reduced as an unintended consequence of the new offence*⁸².

Nonostante il forte legame che, di fatto, intercorre tra la violazione della norma dell'HSWA e la realizzazione dell'evento lesivo, il legislatore non ha comunque ritenuto di affidare interamente il procedimento, neppure nella sola fase delle indagini preliminari, all'HSE. Tale scelta è stata dettata dal timore che sottrarre le indagini alla polizia avrebbe alterato, e diminuito, la percezione della gravità sociale del reato di *corporate killing*⁸³, e quindi è stato elaborato un sistema di cooperazione tra i due organi: la titolarità del potere di investigazione rimane in capo alla polizia, mentre l'HSE collabora nei limiti stabiliti dalla legge⁸⁴.

9.1. *Analisi della fattispecie di corporate killing. Il dovere di diligenza.*

Ai sensi della sec. 18⁸⁵ il *corporate manslaughter* non può essere realizzato da agenti individuali, neppure a titolo concorsuale, diversamente da come auspicato da vari organi consultivi⁸⁶. Si tratta infatti di un reato di omicidio colposo commesso direttamente dall'ente: è quest'ultimo a essere indagato per primo, e, sussistendone i presupposti, imputato; il luogo di accertamento del reato è il procedimento penale. Il CMCHA, diversamente dalla disciplina italiana predisposta dal d.lgs. n. 231 del 2001, non costituisce un sottosistema normativo destinato ad integrare o adattare un processo penale predisposto per un imputato-persona fisica ad un imputato-ente. Le persone possono certamente essere imputate per lo stesso fatto, ma rispondendo di reati diversi: «*such as gross negligence manslaughter, culpable homicide or health and safety offences*»⁸⁷.

Per dovere di diligenza, *duty of care*, si intende «*an obligation that an organisations had to take reasonable steps to protect a person safety*»⁸⁸. La sec. 2 del CMCHA ha accolto questa definizione e ha specificato che i doveri di diligenza sono quelli elaborati dalla *law*

⁸² Ministry of Justice, *Corporate manslaughter and Homicide Act 2007, Explanatory Notes* sec. 25(2), par. 265. Reperibile su: <http://www.legislation.gov.uk/ukpga/2015/2/notes/division/3/1/12/7?view=plain>.

⁸³ Cfr. House Of Common: Home Affair and Work and Pensions Committees, *Draft Corporate Manslaughter Bill: First joint Report of Session 2005-06*, p. 84, reperibile sul sito: <https://publications.parliament.uk/pa/cm200506/cmselect/cmworpen/540/540i.pdf>

⁸⁴ Ci si riferisce al *Work-related Death a Protocol for a Liason* del 1998. La versione attuale risale al 2011, ed è stata sottoscritta dalla polizia, *Health and Safe Executive*, dal *Crown Prosecution Service*, nonché da altri enti, che a vario titolo, possono essere coinvolti nel caso di verifica dell'evento morte. L'obiettivo è esplicitato nel par. 1, secondo cui: «*the parties to the protocol are committed to ensuring that any investigation into a work-related death is thorough and appropriate, and agree to work closely together in order to achieve this*». Reperibile sul sito: <https://www.hse.gov.uk/pubns/wrdp1.pdf>.

⁸⁵ Rubricato "No individual liability". «(1) *An individual cannot be guilty of aiding, abetting, counseling or procuring the commission of an offence of corporate manslaughter*».

⁸⁶ Si tratta del *Daft Corporate Manslaughter Bill, 2005-06*, cit., secondo cui «*we do not believe it would be fair to punish individual in a company where their actions have not contributed to the offence of corporate manslaughter and we therefore reject the argument that individuals in a convicted company should be automatically liable. However, we believe that if the draft Bill were enacted as currently drafted there would be a gap in the law, where individual in the company have contributed to the offence of corporate manslaughter but there is no sufficient evidence to prove that they are guilty of individual gross negligence manslaughter*» (p. 82).

⁸⁷ Cfr. *Explanatory notes*, cit., par. 54.

⁸⁸ Ministry of Justice, *A Guide to the Corporate Manslaughter and Homicide Act 2007*, cit., p. 8.

of negligence, specificando in quali settori di attività i *duty of care* sono rilevanti ai fini del *corporate manslaughter*.

Dal testo della disposizione si ricava la scelta di rinviare ai principi della *law of negligence* per individuare quando sussiste un dovere di diligenza; la sec. 2(4)⁸⁹ del CMCHA specifica che ci si deve riferire non solo ai principi elaborati dalla giurisprudenza civile, ma anche alle disposizioni legislative che abbiano riformato materie precedentemente disciplinate dal *common law*. Il richiamo a concetti di fonte civilistica, tanto criticato⁹⁰ perché le regole della responsabilità per danno si fondano su logiche diverse da quelle panali, ha invece permesso, trattandosi di un ordinamento di *common law*, una continua evoluzione dei parametri di riferimento. Detto altrimenti, la giurisprudenza civile, grazie al ruolo che riveste all'interno dell'ordinamento inglese, è legittimata all'elaborazione di nuove categorie di *law of negligence* qualora si renda necessario.

Per individuare quando sussiste un dovere di diligenza ci si basa, in buona sostanza, su uno schema elaborato nel 1990⁹¹, il quale richiede che siano soddisfatti tre requisiti:

1. l'accertamento della prevedibilità del danno, cioè il c.d. *foreseeability of harm*;
2. una relazione di prossimità tra il soggetto gravato e tutelato, c.d. *neighbour test*;
3. la verifica circa la giustizia, equità e ragionevolezza dell'imposizione del dovere.

Al giudice è demandato il compito di accertare, in concreto, l'esistenza del dovere di diligenza in capo all'ente imputato, perché l'esistenza di un dovere di diligenza è una questione di diritto⁹², in quanto tale di competenza del giudice, e non della giuria; questione a cui si aggiungono anche tutte le questioni di fatto ad essa correlate, ai sensi della sec. 2 (5)⁹³.

Prima di passare all'individuazione dei settori di attività rispetto ai quali può eventualmente sorgere il *duty of care*, rilevante ai fini del CMCHA, è bene sottolineare che, per come è strutturata la fattispecie di *corporate killing*, essa tutela non solo i lavoratori ma, più in generale, tutti i soggetti che entrano a contatto con l'ente, a prescindere dalla violazione dell'HSWA.

Presentiamo di seguito una panoramica di sintesi degli obblighi rilevanti ai fini del CMCHA.

(i) *Duty owed to its employees or to other workers*. Tra i doveri di diligenza rilevanti ai fini del CMCHA vi è la categoria di quelli che il datore di lavoro ha nei confronti dei suoi

⁸⁹ «A reference in subsection (1) to a duty owed under the law of negligence includes a reference to a duty that would be owed under which liability is imposed in place of liability under the law».

⁹⁰ J. Gobert, *The Corporate Manslaughter and Corporate Homicide Act 2007 – Thirteen Years in Making but Was it Worth the Wait?*, in *Modern Law Review*, 2008, volume 71, n. 3, p. 416-417.

⁹¹ Elaborato nel caso *Caparo Industries plc v. Dickman*.

⁹² Letteralmente, «for the purposes of this Act, whether a particular organization owes a duty of care to a particular individual is a question of law».

⁹³ Vedi § 9.4.

dipendenti⁹⁴, nonché delle persone che lavorano o prestano servizi presso l'ente⁹⁵. Letteralmente: «*This will included an employer's duty to provide a safe system of work for employees*»⁹⁶; sostanzialmente, una norma non molto dissimile dal nostro art. 2087 c.c.

Questo dovere generico non deve essere però confuso con i singoli obblighi in materia di sicurezza sul lavoro posti a carico del datore; detto altrimenti, la violazione accertata di uno dei doveri derivanti dalla disciplina in materia di sicurezza sul lavoro è sicuramente sintomatica dell'inosservanza del dovere di diligenza a cui è tenuto l'ente, ma non si identifica direttamente con questo dovere, il quale deve essere invece individuato dal giudice sulla base dei principi della *law of negligence*⁹⁷.

(ii) *Duties owed in connection with various activities*. Un'ulteriore importantissima categoria di doveri gravante sul datore di lavoro è prevista dalla sec. 2 (1) (c): ci si riferisce ad un moltitudine di attività che comportano la sussistenza di un dovere di diligenza tale per cui sembra impossibile immaginare l'estraneità di un ente a queste attività.

Ci si riferisce, innanzitutto, al dovere di diligenza che sorge in capo alle società che si occupano della fornitura di beni e servizi, a titolo oneroso e gratuito⁹⁸.

In secondo luogo, assumono rilievo i doveri di diligenza derivanti dallo svolgimento di operazioni di costruzione o manutenzione («*by the organisation of any construction or maintenance operations*»).

In terzo luogo, una ulteriore categoria, più generica ancora rispetto alle precedenti, riguarda «*any other activity on a commercial basis, or the use or keeping by the organisation of any plant, vehicle, or other thing*»; si chiarisce così la volontà legislativa di ricomprendere qualsiasi attività possa essere svolta da un ente.

(iii) *Duty owed to anyone detained in custody*. La sec. 2 (1) (d) attiene ai doveri derivanti dall'aver sottoposto una persona in stato di custodia e detenzione. Questa sezione è entrata in vigore solo nel 2011: si sono registrate nei primi anni delle forti opposizioni dal Governo in fase di approvazione del testo definitivo. Infatti, si sosteneva che molte delle ipotesi alle quali si sarebbe dovuto dare protezione erano già munite di tutela in virtù dell'obbligo di diligenza discendente dalla categoria «*duty owed as occupier of premises*» (doveri in capo ai titolari di immobili) prevista dalla sec. 2 (1) (b).

⁹⁴ La sec. 25 definisce quali soggetti debbano considerarsi *employee*: soggetti titolari di un contratto di lavoro subordinato o di apprendistato, sia concluso espressamente, in modo scritto o orale, che tacitamente. Letteralmente, «*"employee" means an individual who work under a contract of employment or apprenticeship (whether express or implied and, if express, whether pra or in writing) [...]*».

⁹⁵ Letteralmente, ai sensi della sec. 2 (1) (a): «*other persons working for the organization or performing services for it*», cioè quei soggetti indicate dall' *Explanatory Notes*, par. 22: *contractors, secondees, or volunteers*.

⁹⁶ Ministry of Justice, *Explanatory Notes*, cit., par. 22.

⁹⁷ G. Gentile, *L'illecito colposo*, cit., p. 160.

⁹⁸ Rientrano, secondo l'*Explanatory Notes*, cit., in questa categoria i doveri di una compagnia di trasporti verso i propri passeggeri; quelli sulla corretta conservazione dei cibi gravanti sui fornitori di alimenti; e quelli attinenti ad una prestazione medica o sanitaria. Letteralmente: «*[...] when the organisation is supplying goods or services. This will include duties owed by organisations to their customers and will cover, for example, duties owed by transport providers to their passengers and by retailers for the safety of their products. It will also cover the supply of services by the public sector, for example, NHS bodies providing medical treatment [...]*».

Infatti, il reato si configurerebbe, ai sensi della disciplina originaria, se la morte si verifica a causa delle inadeguate misure antincendio, o in conseguenza di una condotta consistente nel non avere mantenuto le celle in condizioni adeguate, o per la scarsa situazione igienica, o per uno scorretto trattamento sanitario⁹⁹. In realtà, non si può non considerare che, nonostante la categoria possa sembrare ridondante, essa appare di fondamentale importanza perché tiene in considerazione, a differenza della più generica categoria *duty owed as occupier of premises* poc'anzi citata, il particolare *status* del soggetto vittima: si tratta di detenuti, cioè soggetti privati dallo stato della libertà di agire liberamente, i quali devono essere adeguatamente e specificamente tutelati¹⁰⁰.

Vi sono poi alcuni doveri di diligenza espressamente "esclusi" dalla disciplina del CMCHA. Infatti, l'accertamento dell'esistenza di un dovere di diligenza in capo all'ente, cioè un *relevant duty*, non è elemento da solo sufficiente affinché, nel caso di verificazione dell'evento-morte, possa configurarsi la fattispecie di *corporate killing*. Esistono infatti una serie di ipotesi, stabilite dalle sec. da 3 a 7, di esenzione dalla responsabilità dell'ente. Si tratta, rispettivamente, delle *public policy and exclusively public functions*, delle *military activities*, del *policy and law enforcement*, degli *emergency services* e del *children protection and probation*.

L'esenzione può poi essere totale (escludendo cioè interamente l'applicazione della disciplina, c.d. *comprehensive exemptions*), ovvero solo parziale (operando, cioè, solo limitatamente ad alcune fattispecie, restando invece ferma la responsabilità a fronte delle violazioni ritenute più rilevanti, quali il *duty of care as employer*, nonché *of premises* – c.d. *partial exemptions*)¹⁰¹.

Autorevole dottrina ha definito il regime delle esenzioni come l'aspetto più importante del corpo normativo¹⁰², ed è stata, contemporaneamente, oggetto di numerose critiche¹⁰³: infatti la serie di eccezioni ha comportato un netto ridimensionamento dell'abolizione della storica *Crown immunity*¹⁰⁴; come dire che, a fronte della dichiarazione di avvenuta abolizione dell'immunità della Corona in linea di principio, tale immunità riemerge grazie alle esclusioni, ponendo seri dubbi sulla effettiva portata innovativa della fattispecie rispetto alla sua applicabilità agli enti pubblici¹⁰⁵.

⁹⁹ Cfr. Lord GoldSmith, brano riportato da D. Ormerod – R. Taylor, *The corporate Manslaughter*, cit., p. 598. Letteralmente: «*the offence will apply where deaths have arisen as a result of failure to have adequate fire precaution or to maintain cells in adequate conditions, of poor hygiene in workshops, or of failure in medical treatment. Those do not fall outside the Bill*».

¹⁰⁰ Questa posizione è stata sostenuta dall'House of Common, *Draft Corporate manslaughter Bill*, cit., p. 84, par. 32, secondo cui: «*prisoners are particularly vulnerable members of society. There have been a number of high p. profile cases where negligence by the prison service, company running private prisons and the police have resulted in the untimely death of prisoners. The worry is that there are many more similar cases, which fail to reach the public notice. We can only stress in the strongest terms that those with responsibility for the care of people in custody should be held accountable under this legislation*».

¹⁰¹ A. Davies, *Corporate Manslaughter and Corporate Homicide Act: Special Report Authoritative guidance on what the Act will mean for business, Workplace, Lawgroup*, 2008, p. 47.

¹⁰² D. Ormerod – R. Taylor, *The Corporate Manslaughter*, cit., p. 601.

¹⁰³ «*We are very concerned by the exemption for exclusively public function and are not convinced by Government's arguments for including in the Bill a blanket exemption for deaths resulting from the exercise of public function*». Così Home Affair, *Draft Corporate Manslaughter Bill*, cit., p. 53.

¹⁰⁴ Che prevede l'immunità, civile e penale, in favore dei sovrani o degli stati per le violazioni commesse.

¹⁰⁵ «*The Governments recognize the need for it to be clearly accountable where management failing on its part lead to death. There will therefore be no general Crown immunity providing exemption from prosecution*», così,

L'esclusione più rilevante è prevista dalla sec. 3 (1), cioè una decisione di *public policy* presa da una *public authority*, cioè da parte di un soggetto che svolge funzioni di natura pubblica (a eccezione degli organi giudiziari, parlamentari e soggetti che svolgono funzioni connesse a quella legislativa)¹⁰⁶. Letteralmente: «*any duty of care owed by a public authority in respect of a decision as to matters of public policy (including in particular the allocation of public resources or the weighing of competing public interests) is not a relevant duty of care*». Quindi, grazie a questa disposizione risulta essere esclusa la responsabilità di un'autorità pubblica se la morte è conseguenza di una decisione attinente a questioni di interesse pubblico, soprattutto se riguardanti l'allocazione delle risorse pubbliche. La norma non fa altro che riproporre la distinzione tra *operational matters* e *public policy matters*, distinzione fondamentale nella *law of torts*¹⁰⁷. In questo senso, un'autorità pubblica può integrare una violazione di un dovere di diligenza solo se l'atto rientra nella sfera di attività, che noi definiremmo, gestionale, *operational*, cioè quando rientra nella sfera di attività vincolata della pubblica amministrazione, e non quando è riconducibile, invece, all'attività strettamente politica, insindacabile (*public policy matters*). La scelta risulta essere discutibile nel merito e foriera di numerosi problemi in sede applicativa, perché non sempre chiari e certi risultano esserne i confini: «*A distinction may be suggested between on the one hand matters of policy or discretion and on the other hand matters of an operational or administrative character. But this kind of classification does not appear to provide any absolute test for determining whether the case is one which allows or excludes a duty of care*»¹⁰⁸.

La sec. 3 (2) configura, invece, un'eccezione parziale: «*any duty of care owed in respect of things done in the exercise of exclusively public function*¹⁰⁹ *is not a "relevant duty of care" unless it falls within section 2(1) (a), (b), (d)*»; quindi un ente è titolare di un dovere di diligenza anche nelle attività strettamente pubblicistiche, ma solo nelle ipotesi in cui i doveri di diligenza di cui trattasi siano quelli inerenti *all'employer, o occupier of premises*¹¹⁰.

9.2. L'elemento del gross breach of a relevant duty of care.

Come anticipato, il reato di *corporate killing* è una fattispecie complessa. Bisogna infatti, in prima battuta, verificare l'esistenza di un *duty of care* in capo all'ente; in seconda battuta si deve verificare che non sussista una delle ipotesi di esenzione previste dalla sec. 3 e seguenti; occorre infine accertare, ai sensi della sec. 1, che vi sia stata una grave

Home Office, Corporate Manslaughter: *The Government's Draft Bill for Reform*, 2005, par. 38. Consultabile su: https://assets.publishing.service.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/251080/6497.pdf

¹⁰⁶ La definizione si ricava grazie al rinvio che l'Act effettua alla sec. 25 allo *Human Rights Act* del 1998 sec. 6.

¹⁰⁷ B. Harvey – J. Marston, *Cases and Commentary on Tort*, Oxford, University Press, 2004, p. 52.

¹⁰⁸ Così Lord Clyde, in un brano riportato da J. Horder, *The Criminal Liability of Organisation for Manslaughter and Other Serious Offences*, in Hetherington, a cura di, *Halsbury's Laws of England Centenary Essays*, Lexisnexis, Butterworths, 2007, p. 113.

¹⁰⁹ Ai sensi della sec. 3(4) si intendono le funzioni che rientrano nelle prerogative della Corona, o che per loro natura richiedono a prerogative o *statutory basis*, cioè che non possono essere liberamente esercitate da soggetti privati. Letteralmente: «*"exclusively public function" means a function that falls within the prerogative of the Crown or is, by its nature, exercisable only with authority conferred (a) by the exercise of that prerogative, or (b) by under a statutory provision*».

¹¹⁰ Ministry of Justice, *Explanatory Notes*, cit., par. 28.

violazione del dovere di diligenza come conseguenza del modo in cui le attività sono gestite ed organizzate dai soggetti *senior-manager*, cioè posti in posizione apicale.

A tale ultimo proposito, la grave violazione del dovere di diligenza è definita dalla sec. 1 (4) (b) come: «*a breach of duty of care by an organisation is a "gross" breach if the conduct alleged to amount to a breach of that duty falls far below can reasonably be expected of the organisation in the circumstances*». Una violazione può pertanto essere definita grave, e assumere rilevanza ai fini del CMCHA, se la condotta trasgressiva del dovere di diligenza si è posta molto al di sotto rispetto a quanto ci si potrebbe, ragionevolmente, aspettare da quell'ente, ed in quelle circostanze. La logica sottesa a tale norma è quella secondo cui appare opportuno distinguere, da un lato, una condotta che integra una mera violazione dell'HSWA, e, dall'altro, una violazione più grave, l'unica a cui è opportuno ricondurre il rimprovero e lo stigma sotteso alla sanzione penale a titolo di *corporate killing*. Infatti, non ogni violazione del dovere di diligenza può essere sufficiente ad attribuire una responsabilità penale all'ente per il reato di *manslaughter*: «*the new offence is targeted at the most serious management failing that warrant the application of a serious criminal offence. The offence is to be served for cases of gross negligence, where this sort of criminal sanction is appropriate*»¹¹¹.

Si rammenti che, nonostante la valutazione circa la sussistenza di un dovere di diligenza sia una questione di diritto – e in quanto tale immancabilmente attribuita ad un giudice togato –, ai sensi della sec. 8 è alla giuria che viene attribuita la valutazione, secondo i parametri in questa ultima norma indicati, se, in concreto, la violazione possa definirsi grave.

Ai sensi della sec. 1 (1) deve intercorrere un nesso di causalità tra il modo in cui le attività sono gestite ed organizzate dal *senior management* e la morte di un uomo: «*there must be a death it must be caused by the way in which the activities are managed or organised*».

Si tenga presente che il CMCHA non contiene alcuna disposizione "speciale" relativa all'accertamento del nesso di causalità, ma l'*Explanatory Notes* chiarisce che «*the usual principles of causation in the criminal law will apply to determine this question. This means that the management failure need not to have been the sole cause of death; it need only to be a cause (although intervening acts may break the chain of causation in certain circumstances)*». Quindi, non è neppure necessario che si tratti dell'unica causa, ma è necessario che questa non sia assorbita da un decorso causale alternativo. Detto altrimenti, la condotta deve, condizionalisticamente, contribuire alla realizzazione dell'evento lesivo, anche in concorso con altre cause.

In tema di nesso di causalità, si noti che non è stato esplicitamente escluso che una condotta *free, deliberate and informed*, anche della vittima, possa essere autonomamente idonea a causare l'evento, interrompendo il nesso causale, ed escludendo, dunque, la responsabilità dell'ente¹¹². Ciò permette di prendere atto di un – forse eccessivo – garantismo nei confronti dell'ente. Come dire che, se si considera che il

¹¹¹ Home Affairs, *Draft Corporate manslaughter Bill*, cit., 2005, p. 46.

¹¹² D. Ormerod – R. Taylor, *The Corporate Manslaughter and Corporate Homicide Act 2007*, cit., p. 601.

più delle volte la causa dell'evento morte di un uomo è l'azione o l'omissione di un altro uomo¹¹³, quest'ultima altra causa può essere idonea ad interrompere il nesso causale che collega il *management failure* alla morte e, quindi, ad esonerare l'ente da responsabilità (contrariamente a ciò che avviene nella prassi applicativa italiana, in cui, a fronte del teorico richiamo alla "causa sopravvenuta da sola sufficiente", contenuta nell'art. 41 c.p., comma 2 e 3, nella materia *de qua*, se ne esclude sempre la possibilità di applicazione, facendo persistere la responsabilità del datore, o datore-ente)¹¹⁴.

9.3. Il Senior management test e le sue criticità.

Un ultimo centrale requisito della responsabilità dell'ente è il seguente. Accertata la grave violazione di un dovere di diligenza, l'ente risponde solo se il modo in cui l'attività è gestita ed organizzata da un soggetto – diremmo noi – in posizione apicale, cioè un *senior manager*, costituisce un elemento sostanziale della violazione dell'obbligo di diligenza. Letteralmente, «*An organization is guilty of an offence under this section only if the way in which its activities are managed or organised by its senior management is a substantial element in the breach referred to in subsection (1)*».

La scelta di limitare la responsabilità dell'ente esclusivamente alle ipotesi in cui la violazione sia riconducibile ad errori dei soggetti c.d. apicali ha lo scopo di escludere le condotte individuali, e magari estemporanee, dei singoli agenti, focalizzando l'attenzione sull'organizzazione nel suo complesso¹¹⁵.

Ora, secondo una certa impostazione, per mezzo del *senior management failure test* il Governo non ha fatto altro che riproporre l'*aggregation theory*. Detto altrimenti: l'ufficio del procuratore non deve più provare chi sia *the mind and will of the company*, perché il CMCHA ha espressamente stabilito che *the mind and will* è rappresentata dal *senior management*, nel suo complesso. È evidente, dunque, che è stato introdotto il concetto di *aggregation*, in forza del quale si possono sommare tra di loro i singoli errori dei singoli *senior manager*, perché non è più, appunto, richiesta la prova della colpevolezza individuale del singolo agente. Anzi, ai fini di questa nuova complessa fattispecie è necessaria la prova che il *management*, nel suo complesso, abbia intrapreso quella politica aziendale che in concreto si è dimostrata inadeguata e causativa dell'evento lesivo. Letteralmente: «*this test is not linked to a particular level of management but considers how an activity was managed within the organisation as a whole*»¹¹⁶.

Riassumendo, la responsabilità dell'ente non è altro che la somma degli atti e degli stati mentali dei singoli *manager* che lo gestiscono¹¹⁷. Quindi, il Governo ha voluto

¹¹³ J. Gobert, *The Corporate Manslaughter*, cit., p. 418.

¹¹⁴ Cfr. D. Piva, *La responsabilità del vertice, pe "organizzazione difettosa" nel diritto penale del lavoro*, Jovene, Napoli, 2011, *passim*, specialmente p. 34, il quale rimanda a R. Blaiotta, *Causalità giuridica*, Giappichelli, Torino, 2010 p. 203 ss. ed i riferimenti giurisprudenziali *ivi* citati in materia di infortuni sul lavoro (p. 215 ss.).

¹¹⁵ Home Department, *Government Reply to the first Joint report from the Home Affairs and work and pensions Committees Session 2005-2006*, p. 14: «*the Government adopted the test to require a management failure by a senior managers. We considered that this would retain the central focus on the way a particular activity was managed or organized, but ensure that this looked at a picture of overall management failing*».

¹¹⁶ Ministry of Justice, *Corporate manslaughter and Homicide Act 2007, Explanatory Notes*, par. 15.

¹¹⁷ N. Cavanagh, *Corporate Criminal Liability. An assessment of the Model of Fault*, in *The Journal of Criminal Law*, 2011, volume 75, n. 5 p. 415; D. Ormerod – R. Taylor, *The Corporate Manslaughter*, cit., p. 420.

prendere le distanze dalla impostazione prettamente individualistica dell'*identification theory*, proponendo una soluzione che riflette meglio la realtà aziendale, e quindi permette di cogliere il significato del concetto di *corporate fault*.

A dire il vero, però, il tentativo di cogliere la *corporate culpability in* autonomia rispetto alla colpevolezza individuale non sembra ben riuscito.

Non risulta infatti difficile individuare una certa prossimità tra il nuovo concetto di *management failure* e la *directing mind and will* propria dell'*identification theory*, la quale permetteva l'attribuzione di responsabilità all'ente quando il reato di omicidio colposo "commesso" dall'ente rappresentava un'ipotesi di reato di *common law*¹¹⁸. E di tale somiglianza, per di più, risulta essere consapevole il Governo stesso, il quale, in via legislativa, ha cercato di superare i *deficit* applicativi che, invece, hanno caratterizzato la *identification theory*. Si è infatti preoccupato, nella sec. 1(4), di fornire una definizione di *senior management*: l'insieme delle persone che giocano un ruolo significativo nell'assunzione di decisioni inerenti al modo in cui l'intera attività dell'ente, o di una sua parte, è svolta, o nella concreta organizzazione e gestione di tali attività¹¹⁹.

In realtà, nonostante l'apprezzabile sforzo del legislatore, la definizione risulta essere ancora troppo generica¹²⁰ e non permette di comprendere a fondo chi possa essere in concreto incluso nella categoria.

Comunque, l'aspetto da sottolineare con maggiore enfasi è che, nonostante non sia più necessario provare anche la colpevolezza del singolo autore individuale per poter muovere un rimprovero all'ente, come invece è richiesto nell'*identification theory*, sarà, comunque, necessario dimostrare che il *senior management failure* è un elemento fondamentale, cioè *substantial*, della grave violazione che ha comportato l'evento lesivo¹²¹.

Una disciplina così predisposta si presta a numerose elusioni: sarà facile, soprattutto per le grandi aziende, sfuggire ad una condanna per *corporate manslaughter* affidando la gestione e l'organizzazione delle attività attinenti alla salute e sicurezza sui luoghi di lavoro a soggetti *non-senior manager*, attribuendo ai *senior* il solo compito di supervisionare attività il cui svolgimento operativamente non è a loro attribuito. Così le aziende di grandi dimensioni potranno con facilità sostenere che l'errore commesso dal *senior management* non sia un *substantial element in the breach*¹²², poiché formalmente commesso dal *non-senior*¹²³.

9.4. Ruolo del giudice e della giuria.

¹¹⁸ Cfr. J. Gobert, *The Corporate Manslaughter*, cit., p. 428.

¹¹⁹ Letteralmente: «*senior management*» means the persons who play a significant roles in (i) the making of decisions about how the whole or a substantial part of this activities are to be managed or organized, or (ii) the actual managing or organizing of the whole or a substantial part of those activities».

¹²⁰ Cfr. N. Cavanagh, *Corporate Criminal Liability*, cit., p. 415.

¹²¹ D. Ormerod – R. Taylor, *The Corporate Manslaughter*, cit., p. 600.

¹²² Cfr. N. Cavanagh, *Corporate Criminal Liability*. cit., p. 415.

¹²³ N. Canavangh, *ivi*, p. 420.

È ora opportuno compiere un passo indietro, per cercare di comprendere la ripartizione dei ruoli, tra giudice e giuria, nell'ambito dell'accertamento dell'illecito commesso dall'ente: rispettivamente, una valutazione sull'*an* della sussistenza dell'obbligo di diligenza, e sulla sua gravità.

Il reato di *corporate killing* è una fattispecie la cui competenza è attribuita ad un tribunale composto da un giudice togato e da una giuria, le cui competenze sono definite dalla sec. 8 (2) (3)¹²⁴.

Come disposto dalla sec. 1 (6), il reato di *corporate manslaughter* è procedibile solo *on indictment*, cioè a seguito di una formale accusa¹²⁵, e quindi è di competenza esclusiva della *Crown Court*, che si compone di un giudice e 12 giurati. Alla giuria, sostanzialmente, è demandato il compito di valutare gli elementi di fatto adottati dall'accusa, mentre al giudice compete la risoluzione delle questioni di diritto e, nel caso di verdetto di condanna, la quantificazione della pena.

Alla sec. 2(5) è stabilito che, ai fini dell'accertamento della *duty of care*, «*for the purpose of this Act, whether a particular organisation owes a duty of care to a particular individual is a question of law. The judge must make any findings of fact necessary to decide that question*».

La sec. 8 fornisce inoltre importanti parametri di valutazione necessari per potere accertare quando, in concreto, una violazione del dovere di diligenza possa definirsi grave, al fine di giungere ad un verdetto di assoluzione o di condanna: «*in criminal proceedings, questions of law are decided by the judge, whilst questions of fact, and the application of the law to the facts of the case, are generally for the jury, directed by the judge*»¹²⁶.

Nel processo a carico degli enti ciò che il pubblico ministero deve dimostrare è che il modo in cui le attività sono organizzate e gestite dal *senior management* ha cagionato la morte di una persona a causa della grave violazione di un dovere di diligenza, a cui l'ente era tenuto, direttamente, nei confronti della vittima.

Si tenga presente che nello stesso processo a carico dell'ente per *corporate manslaughter* possono essere anche contemporaneamente imputati i *manager*-persone fisiche, ovviamente per *negligence manslaughter*.

Accertata dal giudice l'esistenza di un dovere di diligenza, spetterà poi alla giuria stabilire se, nel caso di specie, vi sia stata una grave violazione, e se tale violazione abbia condotto alla morte: «*This section applies where (a) it is established that an organisation owed a relevant duty of care to a person, and (b) it falls to the jury to decide whether there was a gross breach of that duty*».

¹²⁴ Letteralmente, «(2) *the jury must consider whether the evidence shows that the organisation failed to comply with any health and safety legislation that relates to the alleged breach, and if so – (a) how serious that failure was; (b) how much of a risk of death it posed. (3) The jury may also – (a) consider the extent to which the evidence shows that there were attitudes, policies, systems or accepted practices within the organisation that were likely to have encouraged any such failure as is mentioned in subsection (2), or to have produced tolerance of it; (b) have regard to any health and safety guidance that relates to the alleged breach*».

¹²⁵ Invece, tutti i reati dell'HSWA sono azionabili solo su richiesta di parte, non procedibili d'ufficio.

¹²⁶ Ministry of Justice, *Explanatory Notes*, cit., par. 24.

Per fare ciò, la giuria, ai sensi della sec. 8, dovrà considerare se le prove acquisite dimostrano che l'*organisation* non ha rispettato le norme in materia di salute e sicurezza sul lavoro connesse alla violazione del dovere di diligenza ed eventualmente giudicare la gravità del mancato adeguamento, oltre a quantificare il rischio provocato di eventi mortali¹²⁷.

Si ricordi che la violazione delle norme in materia di salute e sicurezza non va confusa con la violazione dell'obbligo di diligenza posto a carico dell'ente (individuato sulla base dei principi della *law of negligence*); infatti, anche se, di fatto, l'accertamento della prima è sintomatico della seconda, per come strutturata la fattispecie di *corporate killing* sono tutelati non solo i lavoratori ma, più in generale, tutti i soggetti che entrano a contatto con l'ente, a prescindere dalla violazione dell'HSWA.

Inoltre, nonostante il rinvio alla disciplina dell'HSWA, il legislatore non fornisce un parametro rispetto al quale valutare la serietà, e quindi la gravità, della violazione; di conseguenza, la giuria dovrà rifarsi ai principi precedentemente elaborati rispetto all'omonimo reato di *common law*¹²⁸. Così si dà alla giuria la possibilità di giudicare la *corporate culture*, cioè la politica aziendale tenuta in concreto dall'ente in relazione alla prevenzione degli infortuni sul lavoro, senza dei parametri effettivamente vincolanti.

La sec. 8 (3) dispone che: «*the jury may also consider the extent to which the evidence shows that there were attitudes, policies, systems or accepted practices within the organization that were likely to have encouraged any such failure as is mentioned in section (2), or to have produced tolerance of it*»; ma non è richiesta la prova di una determinata *corporate culture*¹²⁹.

Ai sensi della sec. 8 (4) è data alla giuria la possibilità di tenere in considerazione *any other matters*, cioè ogni considerazione che ritiene rilevante, forse non tanto per valutare l'esistenza in sé di una grave violazione ma, tutt'al più, per quantificare la gravità. Quindi, questa norma di chiusura permette di comprendere chiaramente come la giuria sia dotata di ampia discrezionalità.

9.5. La commisurazione della pena.

La fase di commisurazione della pena è di competenza del giudice, in quanto fase successiva ed autonoma rispetto all'emissione del verdetto di condanna da parte della giuria. In questo stadio il giudice opera le sue valutazioni sulla base dei parametri del *Sentencing Guidelines*, dei precedenti giurisprudenziali e del *Sentencing Guidelines Council Corporate Manslaughter & Health and Safety Offences Causing Death*. Quest'ultima disciplina, entrata in vigore nel febbraio 2010, è stata specificamente predisposta per la

¹²⁷ Sec. 8 (2): «*the jury must consider whether the evidence shows that the organization failed to comply with any health and safety legislation that relates to the alleged breach, and if so (a) how serious that failure was, (b) how much of a risk of death it posed*».

¹²⁸ G. Forlin – L. Smail, *Criminal Responsibility for Work Related Accidents*, in *Corporate Liability: Work Related Deaths and Criminal Prosecution*, Bloomsbury Professional Ltd, 2010, p. 6.

¹²⁹ S. Cunningham, *Vehicular Homicide, Need for a special offence?* in Clarkson, Cunningham, a cura di, *Criminal liability for non-aggressive death*, Ashgat, 2013, p. 95.

commisurazione della pena per la fattispecie di *corporate manslaughter* e per le violazioni dell'HSWA.

Il giudice, nel valutare la gravità del reato, dovrà tenere in considerazione, innanzitutto, la prevedibilità dell'evento lesivo, nonché l'allontanamento dallo *standard* di diligenza richiesto. Quantificata la gravità dell'illecito commesso, la pena potrà essere aumentata sia se si sono verificati una pluralità di eventi lesivi, sia se risulta provata la volontà dell'ente di limitare le spese destinate alla predisposizione del sistema di sicurezza.

Invece, la pena potrà essere diminuita se vi è stata la pronta ammissione di responsabilità, se l'ente abbia collaborato durante le indagini, o se abbia prontamente posto rimedio alle carenze organizzative e gestionali che hanno permesso il verificarsi dell'evento.

Il CMCHA prevede inoltre la possibilità di infliggere all'ente, oltre alla pena pecuniaria¹³⁰, i *remedial orders* e i *publicity orders*.

Con riferimento ai primi, alla sec. 9 è infatti stabilito che il giudice può imporre all'ente misure specifiche su richiesta dell'accusa; la funzione è quella di far sì che l'ente si adegui alla normativa in tema di salute e sicurezza sul lavoro ed evitare, di conseguenza, la riproposizione di situazioni di pericolo a danno dei lavoratori. Il giudice fissa una data entro la quale tali misure devono essere adottate e può, inoltre, chiedere all'ente di riferire periodicamente all'*Health and Safety Executive*. Il mancato rispetto del *remedial order* configura un ulteriore reato¹³¹.

Per quanto attiene invece ai *publicity orders*, ai sensi della successiva sec. 10 può essere altresì imposto all'ente di rendere noti i fatti per i quali è stato condannato, specificando l'importo della sanzione e il *remedial order* imposti. Anche in questo caso, l'inottemperanza costituisce a sua volta reato¹³². La sanzione ha lo scopo di colpire la reputazione dell'ente, costringendolo a rendere pubblico ciò che la politica aziendale, organizzata in un determinato modo, ha permesso.

Nonostante l'introduzione di queste ultime due sanzioni, solo la pena pecuniaria è una conseguenza immancabile della commissione del reato di *corporate killing*, e, per di più, secondo le *Explanatory Notes*, «*the sanction is unlimited fines*», mentre è stabilito un valore minimo, peraltro molto elevato¹³³. La scelta di fissare una soglia minima, ma non anche un limite massimo alla pena pecuniaria, riflette la volontà del legislatore di eliminare le ipotesi in cui l'ammontare della pena sia sproporzionata per difetto rispetto alla gravità del reato commesso. Ai sensi del *par. 14 del Sentencing Guidelines Councils*, il giudice deve tenere in considerazione anche the *financial circumstances*.

¹³⁰ Sec. 1 (6): «*a corporation that is guilty of corporate manslaughter or corporate homicide is liable on conviction on indictment on a fine*».

¹³¹ Sec. 9 (5) HSWA: «*[...] an organization of fails to comply with a remedial order is guilty of an offence, and liable on conviction on Indictment to a fine*».

¹³² Sec. 10 (4), (5) HSWA.

¹³³ Sentencing Guidelines Councils, Corporate manslaughter & Health and Safety Offences Causing Death, par. 24: «*the offence of corporate manslaughter, because it requires gross breach at a senior level, will ordinary involve a level of seriousness significantly greater than a health and safety offence. The appropriate fine will be less than £500,000 [...]*».

10. Breve digressione: i *Deferred Prosecution Agreement*. Dalla tradizione nord-americana all'approdo in Gran Bretagna.

Prima di potere esprimere un giudizio sulla disciplina contenuta nel CMCHA è necessario affrontare in maniera rapida altre due tematiche. La prima, che sarà oggetto del presente paragrafo, riguarda alla validità di procedimenti alternativi di definizione del processo se imputato è l'ente, ed eventualmente, quali dovrebbero essere le caratteristiche di questi, e quali obiettivi ci si prefigge quando ne è concesso l'utilizzo. La seconda attiene invece alla validità, forse sintomatica di un parziale "cambio di rotta" del legislatore, di un modello di responsabilità dell'ente all'interno del quale quest'ultimo è responsabile (non semplicemente del reato, ma) per non aver impedito la realizzazione dell'evento (ci si riferisce al *Bribery Act* 2010, di cui si parlerà più diffusamente nel prossimo paragrafo 11).

Con riguardo al primo profilo, tra i modi alternativi di definizione del processo penale, anche a carico degli enti, oggi, in Gran Bretagna, grazie al *Crime and Court Act* 2013, è previsto lo strumento del *Deferred Prosecution Agreement* (di seguito, DPA). È strumento mutuato dalla tradizione nord-americana, risalente agli anni '30 nell'ambito della delinquenza giovanile (procedura nota come *diversion*). Si tratta di "accordi di scambio" stipulati tra l'indagato e Pubblica Accusa, strumento ascrivibile nell'alveo delle procedure di giustizia negoziata.

Nella tradizione degli USA questo strumento ha trovato la sua fortuna grazie al fatto che non si tratta semplicemente un modo alternativo di definizione del processo, ma si pone in radicale alternativa allo stesso. Infatti l'accordo raggiunto non incide semplicemente sul *quantum* di pena, ma differisce l'eventuale esercizio dell'azione penale, purché si ottenga la completa e tempestiva attuazione del patto. In realtà, come vedremo, ciò non significa che l'indagato non sia comunque sottoposto a misure, nella sostanza, punitive, pur se non irrogate per mezzo di una sentenza di condanna.

Negli anni '90, tale strumento è stato esteso anche alle persone giuridiche, al fine sia di configurare una responsabilità penale nei loro confronti cercando di sottoporla ad un patto di riabilitazione («perché si sa, le società, un po' come i giovani necessitano di guida, supervisione e riabilitazione») ¹³⁴, sia di evitare che gli effetti di una condanna penale si dispiegassero nei confronti di soggetti diversi: *in primis* dipendenti e azionisti ¹³⁵.

Per quanto riguarda specificamente l'ente-indagato, condizione preliminare, nonché contenuto dell'accordo, è la dichiarazione con cui l'ente ammette l'avvenuta commissione dell'illecito al suo interno. Inoltre questo si impegna, entro il termine stabilito, ad adempiere ad una serie di obblighi, tra cui, per ciò che rileva ai nostri fini, quello di

¹³⁴ B-L. Garret, *To big to jail. How Prosecutors Compromise with Corporations*, The Belknap Press of Harvard University Press, 2014, p. 55; espressione riportata da R. A. RUGGERO, *Non prosecution agreements e criminalità di impresa negli U.S.A.: il paradosso del liberismo economico*, in www.diritto penalecontemporaneo.it, 12 ottobre 2015.

¹³⁵ Cfr. F. Mazzacupa, *Defferred Prosecution Agreements: Riabilitazione "negoziata" per l'ente-collettivo indagato. Analisi comparata dei sistemati di area Anglo-americana*, in *Ind. pen.*, 2013, n. 2, p. 741.

adottare o modificare il proprio *compliance program* allo scopo di prevenire la commissione di ulteriori reati. All'inadempimento degli obblighi pattuiti, accertato davanti al giudice, segue l'esercizio dell'azione penale.

È chiaro che in caso di fallimento del periodo di osservazione la condanna sarà quasi certa perché la Pubblica Accusa risulta essere in possesso della dichiarazione di ammissione circa la realizzazione dell'illecito¹³⁶.

Come anticipato, questo strumento è stato introdotto anche nel Regno Unito. Il fine sarebbe dovuto essere quello di migliorare la flessibilità del sistema rispetto ai reati degli enti e di assicurare un numero maggiore di imprese alla giustizia¹³⁷. L'introduzione è stata ritenuta opportuna a causa dell'eccessiva lunghezza dei tempi dei procedimenti, che, per di più, la maggior parte delle volte si concludevano con un'assoluzione a causa di tutti i limiti, precedentemente illustrati, dell'*identification theory* rispetto ai *mens rea offence*.

A differenza però di quanto accade negli Stati Uniti, non essendo quello in esame un istituto di tradizione del sistema di *common law* britannico, era necessario un intervento legislativo. La disciplina è contenuta all'interno della *sec. 45 del Crime and Courts Act 2013, Schedule 17*. Si rileva che in Gran Bretagna l'istituto non può riguardare ogni reato-presupposto, ma solo i reati contenuti nella *Part. 2, par. 15-27*, e tra questi non rientra l'omicidio colposo dell'ente¹³⁸.

A prescindere da aspetti processuali, eventualmente anche diversi rispetto all'omologo istituto nord-americano (che ai nostri fini non rilevano), occorre spendere qualche parola in merito allo scopo dell'introduzione di questo istituto. I DPA non rappresentano, neppure nelle intenzioni, una condanna per l'impresa ma, a seconda dei casi, possono comunque assolvere alle funzioni tipiche di una condanna, anche attraverso meccanismi di deterrenza, riabilitazione del responsabile del reato, tutela dell'ordine pubblico e riparazione per le vittime della condotta illecita¹³⁹.

Grazie al sistema dei DPA molte imprese sono state costrette a sborsare ingenti somme di denaro, a titolo di sanzione o eventualmente di risarcimento, ma soprattutto lo strumento ha rappresentato un forte incentivo verso la modifica del proprio sistema organizzativo sotto la "minaccia" della riapertura del procedimento penale¹⁴⁰.

Lo strumento si pone positivamente in un'ottica di recupero di quella funzione rieducativa della pena che negli ordinamenti di *common law* sembra essere dimenticata,

¹³⁶ Cfr. F. Mazzacava, *ivi*, p. 742.

¹³⁷ U.K. Ministry of Justice, *Consultation on a new enforcement tool to deal with economic crime committed by commercial organizations: Deferred Prosecutions Agreements*, 12 maggio 2012, pp. 12-3, par. 43, consultabile su:
https://assets.publishing.service.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/236065/8348.pdf

¹³⁸ E neppure la fattispecie *ill-treatment or wilful-neglet* (vedi *infra* § 4.13); ma rientrano alcune (*sec. 1, 2, 6 Bribery Act 2010*) delle fattispecie di corruzione imputabili anche all'ente (vedi *infra* §11).

¹³⁹ U.K. Ministry of Justice, *ivi*, p. 20, p. 74.

¹⁴⁰ F. Mazzacava, *Deferred Prosecution Agreements*, cit., p. 771.

per essere piuttosto sovrastata dalla logica della retribuzione, se non addirittura neutralizzazione. Con i DPA la «riabilitazione è stata riabilitata»¹⁴¹.

L'ente indagato adotterà codice etici, modelli organizzativi e farà tutto ciò che sarà necessario per mostrarsi un "buon cittadino"¹⁴².

Residuano però dei dubbi sull'effettivo "ravvedimento" tramite uno scambio di favori: la collaborazione con la Pubblica Accusa (nelle indagini volte ad individuare la persona fisica responsabile del crimine) potrebbe non essere sintomatica di un consapevole pentimento, quanto piuttosto il frutto di un calcolo costi-benefici¹⁴³: quella che è stata definita dalla più attenta dottrina italiana come una «riabilitazione oggettiva»¹⁴⁴.

In ogni caso, al comportamento positivo dell'ente non viene associata la sanzione e il comportamento assume valenza di causa di esclusione della pena. A volere essere generosi si potrebbe addirittura attribuire al ravvedimento operoso dell'ente una valenza soggettiva, cioè come causa di esclusione della colpevolezza, intesa ovviamente in senso normativo¹⁴⁵.

Indipendentemente dall'approccio scelto tra i due, è chiaro che si tratta di una specifica ipotesi di colpa di organizzazione in virtù della quale l'ente è meritevole di sanzioni punitive se non abbia riparato ai danni cagionati e predisposto le riforme organizzative necessarie per prevenire la commissione di ulteriori reati. Il rimprovero riguarderebbe non tanto le condotte, attive od omissive, poste in essere prima dell'evento, quanto più il comportamento tenuto nell'arco temporale in cui ci si aspetterebbe una reazione alle attività illecite già realizzate.

Questo è un approccio sicuramente funzionale, ma contemporaneamente poco rispettoso di numerosi principi cardine del diritto penale (si pensi, ad esempio, al rapporto tra riabilitazione e rispetto dei diritti fondamentali), motivo per il quale la sua eventuale trasposizione nel nostro ordinamento sarebbe estremamente difficoltosa.

Ammessa la possibilità di ricorrere a una responsabilità penale dell'ente, allo stesso si devono infatti riconoscere i medesimi diritti che sarebbero propri di un imputato persona fisica nel processo penale. Bisogna chiedersi fino a che punto, solo perché non vi è «un corpo da straziare ed un animo da umiliare»¹⁴⁶, la sanzione può permettersi quell'invasione, pervasività e violenza, che un diritto penale moderno e rispettoso della dignità umana respingerebbe con forza se il destinatario fosse una persona fisica.

È pur vero che astrattamente la scelta di usufruire dello strumento in questione è dell'ente ma, di fatto, si rende evidente come spesso l'impresa sia costretta a compiere tale scelta sotto la minaccia dell'apertura di un procedimento penale e, per di più, si tratterà

¹⁴¹ F. Mazzacuva, *ivi*, p. 772.

¹⁴² L. Orland, *The transformation of Corporate criminal law*, 1 *Brook. J. Corp. Fin. & Com. L.*, 2006, pp. 84-5.

¹⁴³ M. Caputo, *Il diritto penale e il problema del patteggiamento*, Jovene, Napoli, 2009, p. 325 ss.

¹⁴⁴ Cfr. A. Alessandri, *Diritto penale e attività economiche*, il Mulino, Bologna, 2009, p. 245.

¹⁴⁵ F. Mazzacuva, *Deferred Prosecution Agreements*, *cit.*, p. 773.

¹⁴⁶ C. De Maglie, *L'etica e il mercato*, *cit.*, p. 291.

di un accordo in cui non è effettivamente su un piano di parità contrattuale con l'organo inquirente.

A questo punto, vale la pena di soffermarsi su un ulteriore fattore di disorientamento. Spettando, nella sostanza, al solo organo inquirente stabilire il contenuto dell'accordo, sorge spontaneo interrogarsi sulle capacità manageriali di quest'ultimo di disegnare il nuovo assetto organizzativo di cui l'impresa dovrà dotarsi, senza che siano minimamente considerate la fattibilità e la sostenibilità economica dell'impegno imposto. Nell'ambito della CEDU, una così forte ingerenza (per di più non dell'organo giudicante terzo ed imparziale ma) della magistratura inquirente potrebbe non essere legittima: non è difficile immaginare come il diritto (art. 3 CEDU) dell'imputato a non subire trattamenti degradanti e di non essere strumentalizzato possa essere esteso anche all'ente¹⁴⁷.

11. Breve digressione: il *Bribery Act 2010*.

Molte più analogie con il sistema della responsabilità degli enti italiana, rispetto a quante riscontrate con CMCHA, possono essere rilevate in riferimento alla fattispecie ascrivibile all'ente commerciale di mancata prevenzione del reato di corruzione. Si cercherà ora di comprendere i tratti salienti di questa fattispecie.

Dopo il *corporate killing* del 2007 è stata legislativamente predisposta un'ulteriore fattispecie di reato ascrivibile all'ente, ma limitatamente alle *commercial organizations*¹⁴⁸: si tratta del «*failure [...] to prevent bribery committed on their behalf by associated persons*», introdotta alla sec. 7¹⁴⁹ del *Bribery Act 2010*.

La fattispecie in esame permette di superare i problemi applicativi dei tradizionali criteri ascrittivi di responsabilità all'ente rispetto ai reati di corruzione di *common law*; l'ostacolo era in particolare causato dalla necessaria valutazione della *mens rea*, resa impossibile dalla mancata identificazione della *directing mind and will*. I problemi maggiori si ponevano, come di consueto, con riferimento agli enti di maggiori dimensioni.

Il problema viene risolto alla radice: la fattispecie non prevede alcuna *mens rea* da parte dell'*organization*, ma costituisce una forma di *strict liability offence*¹⁵⁰ temperata da una *defence* (tipica dei *regulatory offences*) costituita dalla *due diligence*. Per questo

¹⁴⁷ *Contra*, R.A. Ruggero, *Non prosecutions agreements*, cit., pp. 14-16 secondo cui questa tipologia di accordi che permettono ai colossi finanziari di transigere a condizioni molto più vantaggiose di quelle che sarebbero loro altrimenti imposte a fine processo. E, per di più, sarebbe emerso che i *compliance programs* adottati in adempimento dell'accordo siano di pura facciata, dimostrato dal fatto che le stesse società concludono nel tempo più di un accordo.

¹⁴⁸ Con questa espressione si intende «qualsiasi ente costituito secondo il diritto inglese e che svolga un'attività commerciale nel Regno Unito o altrove, ovvero costituito all'estero ma che svolga il proprio *business* in tutto o in parte il territorio del regno». Cfr. C. Limone, *Responsabilità degli enti nel sistema inglese. Corporate Manslaughter Act 2007 e Bribery Act 2010*, in www.rivista231.it, agosto 2012, p. 5.

¹⁴⁹ Cfr. C. Wells, *Bribery: Corporate Criminal liability under Draft bill 2009*, in *Criminal Law Review*, 2009, p. 479 e ss.; Cfr. F. Gandini, *La responsabilità delle "commercial organizations" nel Regno Unito alla luce del Bribery Act 2010*, in *Resp. amm. soc. enti*, 2010, n. 4, p. 95 ss.; nonché V. Mongillo, *The Bribery Act 2010 – Corporate Criminal Liability for bribery offences*, in Fiorella, a cura di, *Corporate Criminal Liability e Compliance Programs*, Volume I, *Liability "ex Crimine" of Legal Entities in Member States*, Jovene, 2012, p. 304 ss.

¹⁵⁰ Cfr. V. Mongillo, *The Bribery Act*, cit., pp. 307-8, nota n. 10.

motivo è più corretto inquadrare la fattispecie all'interno della categoria degli *hybrid offences*.

Con riguardo alle differenze rispetto al *corporate killing*, non vi è in questo caso alcuna limitazione dell'operatività della fattispecie in esame in relazione al *senior management test* (perché si fa genericamente riferimento ad una *associated person*)¹⁵¹ e ai conseguenti retaggi dell'*identification theory*. Anzi, al contrario, l'ente è responsabile per i reati di corruzione commessi da persone che operano sì nell'interesse dell'azienda, ma «*irrespective of their powers*».

Similmente al modello italiano, la *due diligence defence* a cui si è accennato è integrata dalla dimostrazione da parte dell'ente di avere implementato spontaneamente *ante delictum* dei modelli di organizzazione ("*adequate procedures*").

Inoltre, sempre in un'ottica di assimilazione con la disciplina italiana, la responsabilità dell'ente deriva da un'omissione, cioè la mancata adozione delle procedure adeguate per prevenire la commissione del reato, da parte del dipendente, nell'interesse o a vantaggio dell'ente. Quindi, la struttura del reato, pur se non legislativamente definita come tale, sembrerebbe rappresentare una forma di responsabilità concorsuale (di cooperazione colposa) dell'ente nel fatto di reato commesso dal dipendente nel suo interesse¹⁵².

Più precisamente, la responsabilità penale dell'ente commerciale sussiste solo se una sua *associated person* corrompa un'altra persona al fine di ottenere un *business* per l'ente¹⁵³. La fattispecie di reato dell'ente è integrata solo se l'*associated person* realizza una delle fattispecie di corruzione previste dalle sec. da 1 a 6 del *Bribery Act*.

Il limite della fattispecie è rappresentato dal non prevedere un contenuto (più che) minimo sulle *procedures*, né tantomeno indicazioni concrete sulle modalità di implementazione delle stesse. A causa della vaghezza del testo legislativo la sec. 9 rinvia per maggiori specificazioni ad un atto del Ministero della Giustizia. I modi d'implementazione dei modelli organizzativi volti alla prevenzione del rischio-reato di corruzione (cioè le «*procedures which relevant commercial organizations can put into place to prevent person associated with them for bribing*») sono stati resi noti con atto pubblicato il 30 marzo 2011¹⁵⁴, ma non hanno natura prescrittiva e vincolante, fungendo, piuttosto da mero orientamento verso la realizzazione della logica della prevenzione mediante organizzazione volta a prevenire i reati di corruzione¹⁵⁵.

¹⁵¹ La sec. 8 definisce la *associated person* come la persona che svolge un servizio in nome e per conto della società commerciale, ma è irrilevante quale sia la veste o la qualità nella quale tale servizio viene svolto. Non viene quindi data alcuna rilevanza al *senior management*, cioè alla distinzione tra apicali-sottoposti. Per stabilirsi se l'autore materiale possa ritenersi *associated person* si valuta la situazione di fatto esistente tra la persona. Però, nel caso l'autore sia dipendente dell'ente si presume, salva prova contraria, il possesso della qualità. La nozione predisposta dalla sec. 8 risulta essere molto ampia: dipendente, un agente o un sussidiario, un fornitore, un azionista.

¹⁵² J. Gobert, *Squaring the circle. The relationship between individual and organizational fault*, in Gobert, Pascal a cura di, *European Developments in Corporate Criminal Liability*, 2011, London, p. 155.

¹⁵³ Cfr. F. Gandini, *La responsabilità delle "commercial organizations"*, cit., p. 97.

¹⁵⁴ Disponibili su: <http://www.justice.gov.uk/downloads/legislation/bribery-act-2010-guidance.pdf>

¹⁵⁵ Inoltre il *Bribery Act* abroga tutti i reati in materia di corruzioni sia di *common law* che previsti nella *statute law*.

Sembra a questo punto chiara la similitudine con il sistema della responsabilità degli enti italiana: il sistema del Regno Unito si colloca nella logica della prevenzione mediante organizzazione, ma legislativamente non si fornisce un ausilio concreto, né alle imprese (cioè al momento della predisposizione), né al giudice (al momento di valutare il modello).

12. Il *corporate killing*: un modello da seguire?

Nonostante il CMCHA del 2007 sia considerato, nel panorama comparatistico, tra le migliori e più raffinate tecniche di elaborazione di una responsabilità penale della persona giuridica, nonché esaltato per la sua capacità di avere predisposto una responsabilità – davvero – diretta dell'ente¹⁵⁶, bisogna interrogarsi, da un lato, sulla effettiva bontà del modello predisposto dal legislatore britannico e, dall'altro, sulla innovatività dello stesso rispetto alla precedente fattispecie di reato, di creazione giurisprudenziale, del *corporate manslaughter*.

I due aspetti risultano essere inscindibilmente legati perché il primo dipende, sostanzialmente, dalla risposta che si fornisce ad un quesito in realtà attinente al secondo aspetto: il CMCHA è stato capace di superare i problemi applicativi, o meglio dire, di quasi non-applicazione, sottesi alla vecchia fattispecie di creazione giurisprudenziale (problemi che hanno portato il Governo inglese a fare proprie, con delle modifiche, le indicazioni della *Law Commission* del 1996¹⁵⁷), oppure no? Ai fini di una così strutturata analisi non è possibile prescindere da una valutazione, anche quantitativa, del dato giurisprudenziale.

Partendo da questo ultimo elemento si fa notare che, a fronte dell'obbiettivo dichiarato di 10/13 condanne, sotto la vigenza del CMCHA, per anno¹⁵⁸, i casi di effettive condanne ammontano solamente a 25 in dieci anni e, per di più – e questo risulta essere il dato maggiormente significativo –, di persone giuridiche di piccole dimensioni. Risultano più numerosi, piuttosto, i casi in cui l'ente si dichiara colpevole¹⁵⁹, ottenendo il ritiro di ogni accusa contro i dirigenti¹⁶⁰.

Inoltre è stato necessario attendere anni per assistere alla prima condanna di una persona giuridica ai sensi del CMCHA. Si tratta del caso *Cotswold Geotechnical Holdings Ltd*¹⁶¹ del 2011: una società di piccolissime dimensioni, con solamente otto impiegati ed un dirigente, e con un giro d'affari di 333.000 £ l'anno. Alla società è stata comminata una *fine* di 385.000 £; nonostante la sanzione possa sembrare non elevata secondo le

¹⁵⁶ Cfr. V. Mongillo, *La responsabilità penale tra individuo e ente collettivo*, Giappichelli, Torino, 2018, p. 451, secondo cui: «[...] Sono rarissime le ipotesi di responsabilità corporativa del tutto indipendente da un fatto umano penalmente rilevante: l'esempio paradigmatico a livello europeo è l'UK *corporate manslaughter*».

¹⁵⁷ The Law Commission No. 237, cit.

¹⁵⁸ Cfr. Home Office, *Corporate Manslaughter*, cit.; reperibile su <http://webcache.googleusercontent.com/search?q=cache:O420AyMd6BkJ:researchbriefings.files.parliament.uk/documents/RP06-46/RP06-46.pdf+&cd=1&hl=it&ct=clnk&gl=it> p. 44

¹⁵⁹ Cfr. J. Loveless – M. Allen- C. Derry, *Complete Criminal Law: Text, Cases, and Materials*, Oxford, sesta edizione, 2018, p. 181.

¹⁶⁰ Cfr. J. Mardell – K. Serfozo, *Personal Injury and Clinical Negligence Litigation*, The University of law, 2018, par. 17.3.

¹⁶¹ R. v *Cotswold Geotechnical Holdings Ltd*. (2011) All ER (D) 100.

indicazioni del *Sentencing Guidelines Council Corporate Manslaughter & Health and Safety Offences Causing Death*¹⁶², era sicuramente più di quanto la società potesse sopportare, e quindi, di fatto, quest'ultima è stata indotta verso la liquidazione. La Corte d'Appello ha così elaborato il principio di diritto secondo cui la Corte ha il potere di spingere la persona giuridica alla liquidazione se la stessa è comunque meritevole di condanna¹⁶³.

A parere di chi scrive, una così rigorosa presa di posizione della Corte rende palese la volontà di manifestare, quasi ad ogni costo, la capacità dell'organo giudicante di irrogare una sanzione che potremmo definire esemplare¹⁶⁴, anche al fine di compensare l'incapacità della fattispecie di apprestare la necessaria tutela in tutte le ipotesi di verificazione dell'evento lesivo-morte accompagnata da una violazione *gross* della disciplina precauzionale in materia antinfortunistica. Detto altrimenti, ci si potrebbe essere resi conto della inefficacia, sotto il profilo della deterrenza, della fattispecie legislativa, alla quale si è cercato di reagire tramite l'irrogazione di sanzioni estremamente elevate.

Sono stati ben rilevati in dottrina¹⁶⁵ i limiti che affliggono la disciplina del CMCHA: il numero di condanne sono basse, relative ad enti di piccole dimensioni, e inerenti a casi che avrebbero ben potuto ricevere tutela sotto la vigenza della precedente fattispecie di reato di *common law*.

La scarsa dimensione delle persone giuridiche condannate impone di interrogarci sulla innovatività ed efficacia del superamento della *identification theory* (che permetteva, lo si ricordi, la configurazione della responsabilità dell'ente solo se il reato fosse stato realizzato da un soggetto che potesse considerarsi *directing mind and will* dell'ente) attraverso la predisposizione del *senior management test*. Questo, operativamente, avrebbe come conseguenza che non sia più necessario per l'accusa dimostrare chi sia il soggetto che rappresenta il *controlling mind* dell'ente, essendo infatti sufficiente provare, più genericamente, che il vertice dell'ente, il *senior management* appunto, abbia posto in essere una grave violazione di una norma cautelare in materia di sicurezza (da cui è derivato – si intende – l'evento lesivo morte), senza andare alla ricerca di quale persona fisica ne sia responsabile ai fini della valutazione circa la realizzazione della fattispecie di reato proprio dell'ente.

La guida emanata dal Ministero della Giustizia infatti specifica che: «*the Act does not require the prosecution to prove specific failings on the part of individual senior*

¹⁶² Sentencing Guidelines Councils, *Corporate manslaughter & Health and Safety Offences Causing Death*, par. 24: «*The offence of corporate manslaughter, because it requires gross breach at a senior level, will ordinary involve a level of seriousness significantly greater than a health and safety offence. The appropriate fine will be less than £500,000 [...]*».

¹⁶³ Cfr. P. Verrico, *Cotswold Geotechnical Holdings Limited sentenced following corporate manslaughter conviction*, 18 febbraio 2011, www.eversheds-sutherland.com/, consultabile presso l'indirizzo https://www.eversheds-sutherland.com/global/en/what/articles/index.page?ArticleID=en/Industrial_engineering/Cotswold_Geotechnical_Holdings_Limited_sentenced, che riprende il principio elaborato dal giudice Field, secondo cui: «*It may well be that the fine in the terms of its payment will put this company into liquidation. If that is the case it's unfortunate but unavoidable. But it's a consequence of the serious breach*».

¹⁶⁴ Cfr. A. Davies, *Corporate Manslaughter*, cit., p. 7.

¹⁶⁵ C. Wells, *Corporate Liability: Ten Years Review*, *Criminal Law Review*, 2014, p. 489 ss.

managers. It will be sufficient for a jury to consider that the senior management of the organization collectively were not taking adequate care [...]»¹⁶⁶. Ciò basta?

In realtà, il *senior management test* non sembra essere altro che una rivisitazione dell'*identification theory*, ma alla luce della *aggregation theory*¹⁶⁷. Il legislatore è – in teoria – giunto a comprendere come la politica dell'ente non rifletta, necessariamente ed esclusivamente, quella dei singoli soggetti c.d. apicali, potendo questa essere una sintesi e un compromesso tra le visioni individuali di questi ultimi, con la conseguenza che non è più possibile individuarne una "paternità" individuale. Si tratta di un assunto a cui la dottrina era giunta già da tempo¹⁶⁸; mentre l'esigenza, e l'opportunità, di riferirsi all'ente *as a whole* era già emersa chiaramente tra gli anni 80 e 90¹⁶⁹. Se le condotte causative dell'evento lesivo sono riconducibili a più livelli dell'organigramma aziendale, è più opportuno imputare il reato ad un *corporate failure*, e non alla condotta di una singola persona fisica.

Riassumendo, ai sensi del CMCHA, la colpa grave dell'ente può estrinsecarsi nel cumulo delle condotte colpose sia dei soggetti apicali, sia dei non apicali, purché la condotta violativa del *senior management* (cioè di un singolo *senior manager*, o di più *senior managers* insieme) abbia avuto un ruolo decisivo, cioè *substantial*, nella realizzazione della grave violazione causativa dell'evento morte¹⁷⁰. Anche se non si può non notare che, in termini strettamente naturalistici, non ha alcun valore la "conoscenza aggregata", se ogni membro, preso singolarmente, ne sia sprovvisto¹⁷¹: «molte "non conoscenze" o "non-volontà" non fanno una conoscenza o una volontà reale»¹⁷², e ciò che non esiste nella realtà non dovrebbe poter essere imputato all'ente.

L'opzione percorsa dal legislatore britannico del 2007 non riesce comunque ad emanciparsi da una concezione individualista-organicista, e cade in una contraddizione insanabile, perché, «se il presupposto di attribuzione della responsabilità è incardinato esclusivamente nel *failure* del *senior management*, ancorché non sia necessario l'accertamento della responsabilità penale individuale, la responsabilità dell'ente potrebbe essere confusa con la condotta dei singoli *senior managers*»¹⁷³. Tale confusione si è manifestata nella prassi applicativa e di fatto il CMCHA è stato interpretato alla luce dell'*identification theory*.

¹⁶⁶ Ministry of Justice, *Explanatory Notes* cit., p. 14.

¹⁶⁷ Cfr. D. Castronuovo, *La colpa penale*, Giuffrè, 2009, p. 434 secondo cui «si tratta di un ripescaggio [...] della dottrina dell'identificazione: la grave violazione di un dovere di diligenza (quindi la grave mancanza organizzativa che cagionato la morte di una persona) deve risultare riconducibile a decisioni prese da soggetti apicali. Ma non nel senso che debba essere necessariamente individuata anche una responsabilità di questi soggetti».

¹⁶⁸ Cfr. J. Gobert, *Corporate Criminality: Four models of Fault*, Society of Legal Scholars, 1994 volume 14, n. 3, p. 408.

¹⁶⁹ Ci si riferisce al caso *P & O European Ferries*. Cfr. Gobert, *Corporate Criminality*, *ibidem*. Addirittura, A. Davies, *Corporate Manslaughter*, cit., p. 20, si interroga se, sotto la vigenza della nuova disciplina nel caso di specie si sarebbe potuti giungere ad una condanna, e ne fornisce una risposta positiva.

¹⁷⁰ Cfr. Law Commission, *Criminal Liability in Regulatory context: A Consultation Paper*, No. 195, 2010, p. 107. Consultabile su https://s3-eu-west-2.amazonaws.com/lawcom-prod-storage-11jxou24uy7q/uploads/2015/06/cp195_Criminal_Liability_consultation.pdf.

¹⁷¹ Cfr. Law Commission, *ibidem*.

¹⁷² Cfr. V. Mongillo, *La responsabilità penale*, cit., p. 421.

¹⁷³ V. Torre, *Riflessioni sul diritto britannico in tema di responsabilità penale degli enti: il corporate killing*, in *Rim. dir. pen. econ.*, n.1\2, 2009, p. 280.

Già la dottrina, esprimendosi sulla versione del testo della *Law Commission*, pur ammettendo che nozioni come *management*, o *failures of system*, avessero una parziale componente innovativa rispetto al riferimento esclusivo alla singola persona, *directing mind and will*, aveva constatato che sarebbero rimaste le difficoltà di individuazione, in concreto (in assenza di una esaustiva definizione normativa) di chi fossero i soggetti riconducibili al *management* "aggregato", idonei alla configurazione di una responsabilità dell'ente. E di conseguenza, specularmente, sarebbe risultato difficile individuare quali potessero considerarsi le carenze, invece, proprie dell'individuo-persona fisica, non addebitabili all'ente¹⁷⁴. Come dire che l'intervento legislativo non ha risolto definitivamente, come sarebbe stato auspicabile, la problematica attinente alla carenza di sufficiente determinatezza nell'individuazione della cerchia dei soggetti c.d. apicali, ma la ha, tuttalpiù, aggirata, o ridimensionata, riferendosi ai soggetti apicali, questa volta, nel loro complesso. Infatti, rimane comunque necessario per l'operatore del diritto valutare quali soggetti possono essere considerati rientranti nella cerchia del *senior management* (ed, in particolare, quali abbiano ricoperto un ruolo di primo piano – *play significant roles* – nella gestione o organizzazione delle attività dell'ente)¹⁷⁵.

Un ulteriore, ma collegato, elemento di inefficienza della disciplina può essere individuato nel fatto che la versione definitiva della fattispecie delineata dal Governo, diversamente da quanto opportunamente invece segnalato dalla *Law Commission*, ha escluso i meri dipendenti, cioè – diremmo noi – i soggetti subordinati, i quali non sono in grado di impegnare la responsabilità dell'ente.

Ciò ha posto l'operatore giuridico di fronte al risalente problema (che la fattispecie legislativa avrebbe dovuto invece risolvere) di individuare una linea di confine, chiara e certa, tra *senior* e *non-senior management*. La norma, ancora una volta, ha incentivato la prassi elusiva dello scivolamento (attraverso delega) di funzioni verso i livelli più bassi, così da poter avere l'ente la perdurante possibilità di non incorrere nella sanzione penale perché la condotta, pur *substantial*, non è riferibile formalmente al *senior management*. Come dire che, per l'ente sarà facile spuntarla trasferendo, per mezzo della delega, tutte quelle attività a rischio di commissione-reato; così, l'eventuale *substantial failure* non sarà formalmente attribuibile al *senior management* e, quindi, non potranno essere integrati tutti i presupposti che invece la fattispecie richiederebbe.

Come sostenuto in dottrina, «se il presupposto di attribuzione della responsabilità è incardinato esclusivamente nel *failure* del *senior management*, ancorché non sia necessario l'accertamento della responsabilità penale individuale, la responsabilità dell'ente potrebbe essere confusa con la condotta dei singoli *senior managers* [...]»¹⁷⁶, con la conseguenza che, a fronte della dichiarata ambizione verso la predisposizione di una responsabilità dell'ente realmente autonoma, e non poggiata su quella dell'autore individuale, non ci si riesce ad emancipare effettivamente da una prospettiva individualistica.

¹⁷⁴ Cfr. C. Wells, *Corporation and Criminal Responsibility*, cit., p. 125.

¹⁷⁵ Cfr. C.M.V. Clarkson, *Corporate Manslaughter: Need for a Special Offence?*, in Clarkson-Cunningham, a cura di, *Criminal Liability for Non-Aggressive Death*, Ashgate, 2008, p. 93.

¹⁷⁶ V. Torre, *Riflessioni sul diritto britannico*, cit., p. 280.

L'esperienza inglese del *corporate killing* svela le difficoltà di "tradurre in legge" ogni teoria che tende all'individuazione di una colpevolezza autenticamente propria dell'ente. Solo il progetto della *Law Commission*¹⁷⁷ sarebbe stato capace di avvicinarsi ad una simile concezione, perché l'evento lesivo era eziologicamente collegato al modo in cui le attività dell'ente sono gestite o organizzate, senza alcuna mediazione individuale.

Il successivo riferimento operato dal Governo al *senior management* scaturiva dall'intento di "selezionare" solo le reali carenze delle società nella gestione del rischio¹⁷⁸, non permettendo di imputare all'ente condotte estemporanee dei singoli dipendenti; ma per tal via si è finito per riproporre nell'ambito del *corporate killing* il complesso delle criticità che hanno tradizionalmente inficiato la teoria dell'immedesimazione organica.

Preso atto del mancato raggiungimento degli obiettivi (per non dire del fallimento) del modello del CMCHA, si rilevi che, in realtà, un passo in avanti verso la ricostruzione di una – effettivamente – autonoma responsabilità dell'ente può essere individuato in una disposizione – ancor più – di parte speciale, quale quella contenuta all'interno della sec. 21 (1) del *Criminal and Courts Act 2015*¹⁷⁹. Questa norma ha introdotto una ulteriore ipotesi di reato dell'ente, *corporate offence*, rubricata "*Ill-treatment or wilful neglect: care provider offence*", la quale si riferisce – specificamente – ad enti sanitari, o che prestano cure assistenziali.

L'ipotesi in considerazione risulta essere davvero caratterizzata da una tensione verso l'obiettivo di autonomizzazione della responsabilità dell'ente rispetto a quella della persona fisica grazie all'accorgimento inerente alla mancata restrizione dell'ambito soggettivo di applicazione al solo *senior management*.

L'*Explanatory Notes* stabilisce che la disciplina di questo reato si modula sul CMCHA 2007, ma la fattispecie in esame si focalizza, e fonda l'incriminazione, esclusivamente sul modo in cui «*an organisation has conducted its affairs in a way that amounts to a gross breach of a duty of care owed towards someone who has been a victim of ill-treatment or wilful neglect (e in ciò sta il valore aggiunto) by the care provider's employee or another individual engaged by it*»¹⁸⁰.

¹⁷⁷ Nello specifico, *Law Commission, Report no. 237*, cit., p. 110, par. 8.35, statuisce che: «*that, for the purposes of the corporate offence, a death should be regarded as having been caused by the conduct of a corporation if it is caused by a failure, in the way in which the corporation's activities are managed or organised, to ensure the health and safety of persons employed in or affected by those activities. (Recommendation 11)*»

¹⁷⁸ Cfr. Home Affairs, *First Joint Report of Session*, par. 169, p. 202. Letteralmente: «*We believe that a test should be devised that captures the essence of corporate culpability. In doing this, we believe that the offence should not be based on the culpability of any individual at whatever level in the organisation but should be based on the concept of a "management failure", related to either an absence of correct process or an unacceptably low level of monitoring or application of a management process*».

¹⁷⁹ Di seguito il testo della norma: «*A care provider commits an offence if— (a)an individual who has the care of another individual by virtue of being part of the care provider's arrangements ill-treats or wilfully neglects that individual, (b)the care provider's activities are managed or organised in a way which amounts to a gross breach of a relevant duty of care owed by the care provider to the individual who is ill-treated or neglected, and (c)in the absence of the breach, the ill-treatment or wilful neglect would not have occurred or would have been less likely to occur*».

¹⁸⁰ *Criminal Justice and Courts Act 2015 Explanatory Notes*, par. 232, consultabile su: <http://www.legislation.gov.uk/ukpga/2015/2/notes/division/3/1/12>

La *ratio* di tale norma può essere rinvenuta nella volontà del legislatore di predisporre una tutela massima rispetto ai soggetti sottoposti a cure sanitarie, senza lasciare alcuno spazio all'ente di possibili elusioni della norma, come invece, permette la disposizione del CMCHA.

In prospettiva *de lege ferenda*, la Gran Bretagna, per raggiungere effettivamente l'obiettivo di predisporre una responsabilità dell'ente davvero autonoma rispetto a quella dell'autore di reato-persona fisica, e quindi, non "poggiata" sulla responsabilità di quest'ultima, potrebbe seguire l'esempio di questa così settoriale disposizione.

Bibliografia.

- A. Alessandri, *Diritto penale e attività economiche*, Il Mulino, Bologna, 2010.
- A. Ashworth – J. Horde, *Principles of Criminal Law*, Oxford University press, 2013.
- J. Braithwaite – B. Fisse, *Corporations, Crime e accountability*, Cambridge University Press, Honk Hong, 1993.
- B. Barret, *Liability for Safety Offences: is the Law still Fatally Flawed?*, in *Industrial Law Journal*, 2008, volume 37, n.1.
- R. Blaiotta, *Causalità giuridica*, Giappichelli, Torino, 2010.
- H. Brown, *Vicarious Criminal Liability of Corporations for the Acts of their Employees and Agents*, *Loyola Law Review*, 1995, vol. 41.
- M. Caputo, *Il diritto penale e il problema del patteggiamento*, Jovene, Napoli, 2009.
- N. Cavanagh, *Corporate Criminal Liability. An assessment of the Model of Fault*, in *The Journal of Criminal Law*, 2011, volume 75, n. 5.
- D. Castronuovo, *La colpa penale*, Giuffrè, 2009.
- . M. V. Clarkson, *Corporate Manslaughter: Need for a Special Offence?*, in Clarkson-Cunningham, a cura di, *Criminal Liability for Non-Aggressive Death*, Ashgate, 2008.
- F. Cownie – A. Bradney – M. BURTON, *English legal System in Context*, Oxford, Oxford University Press, 2007.
- S. Cunningham, *Vehicular Homicide, Need for a special offence?* in Clarkson, Cunningham, a cura di, *Criminal liability for non-aggressive death*, Ashgat, 2013.
- A. Davies, *Corporate Manslaughter and Corporate Homicide Act: Special Report Authoritative guidance on what the Act will mean for business*, Workplace, Lawgroup, 2008.
- P. De Gioa–Carabere, I.A. Savini, *La "231" nel Regno Unito: Riflessioni comparatistiche in merito al cd. omicidio societario (corporate manslaughter) e al corporate manslaughter and corporate homicide act 2007*, in *Resp. amm. soc. enti*, n.3, 2011.
- C. De Maglie, *L'etica e il mercato, la responsabilità penale delle società*, Giuffrè, Milano, 2002.
- A. Dignam, *Hicks & Goo's Cases and Materials on Company Law*, Oxford, University Press, edizione n. 7, 2011.
- G. Forlin – L. Smail, *Criminal Responsibility for Work Related Accidents*, in *Corporate Liability: Work Related Deaths and Criminal Prosecution*, Bloomsbury Professional Ltd, 2010.
- F. Gandini, *La responsabilità delle "commercial organizations" nel Regno Unito alla luce del Bribery Act 2010*, in *Resp. amm. soc. enti*, 2010, n. 4.

- B-L. Garret, *To big to jail. How Prosecutors Compromise with Corporations*, The Belknap Press of Harvard University Press, 2014.
- G. Gentile, *L'illecito colposo dell'ente collettivo – Riflessioni alla luce del Corporate Manslaughter*, Giappichelli, Torino, 2009.
- J. Gobert, *Corporate Criminality: Four models of Fault*, Society of Legal Scholars, 1994 volume 14, n.3.
- J. Gobert – M. Punch, *Rethinking Corporate Crime*, Cambridge, University press, 2003.
- J. Gobert, *The Corporate Manslaughter and Corporate Homicide Act 2007 – Thirteen Years in Making but Was it Worth the Wait?*, in *Modern Law Review*, 2008, volume 71, n. 3.
- J. Gobert, *Squaring the circle. The relationship between individual and organizational fault*, in Gobert, Pascal a cura di, *European Developments in Corporate Criminal Liability*, 2011, London.
- R. Guerrini, *Profili comparatistici della responsabilità da reato degli enti*, in *Studi senesi*, 2008, n.1.
- S. Field – N. Jörg, *Corporate criminal liability and manslaughter: should we be going Dutch?*, in *Crim. LR*, 1991.
- B. Harvey – J. Marston, *Cases and Commentary on Tort*, Oxford, University Press, 2004.
- J. Horder, *The criminal Liability of Organisation for Manslaughter and Other Serious Offences*, in Hetherington, a cura di, *Halsbury's Laws of England Centenary Essays*, Lexisnexis, Butterworths, 2007.
- C. Limone, *Responsabilità degli enti nel sistema inglese. Corporate Manslaughter Act 2007 e Bribery Act 2010*, in www.rivista231.it, agosto 2012.
- R. LOTTINI, *La responsabilità penale delle persone giuridiche nel diritto inglese*, Giuffrè, Siena, 2005.
- A. Manna, *La regola dell'oltre ragionevole nel pericolo astratto come pericolo reale*, in *Cass. pen.*, 2005, n. 2.
- J. Mardell – K. Serfozo, *Personal Injury and Clinical Negligence Litigation*, The University of law, 2018.
- G. Marinucci – E. Dolcini, *Manuale di Diritto Penale, Parte Generale*, Giuffrè, 2004.
- J. Martin-T. Storey, *Unlocking Criminal Law*, Routledge, 2010.
- F. Mazzacava, *Deferred Prosecution Agreements: Riabilitazione "negoziata" per l'ente-collettivo indagato. Analisi comparata dei sistemati di area Anglo-americana*, in *Ind. pen.*, 2013, n.2.
- V. Mongillo, *The Bribery Act 2010 – Corporate Criminal Liability for bribery offences*, in Fiorella, a cura di, *Corporate Criminal Liability e Compliance Programs, Volume I, Liability "ex Crimine" of Legal Entities in Member States*, Jovene, 2012.
- V. Mongillo, *La responsabilità penale tra individuo e ente collettivo*, Giappichelli, Torino, 2018.
- E. Mujih, *Reform of the law of corporate killing: a toughening or softening of the law?*, in *Company Lawyer*, 2008, vol. 29, n.3.
- C. Nana, *Revisiting the Question of Imputation in Corporate Criminal Law*, Cambridge Scholars Publishing, 2010.
- L. Orland, *The trasformation of Corporate criminal law*, 1 *Brook. J. Corp. Fin. & Com. L.*, 2006
- D. Ormerod, *Smith and Hogan's Criminal Law*, Oxford UP, Oxford, 2008.
- D. Ormerod – R. Taylor, *The Corporate Manslaughter and Corporate Homicide Act 2007*, in *Criminal Law Review*, 2008, volume 8.
- D. ORMEROD, *Smith-Hogan, Criminal Law: Cases and materials*, Oxford, Oxford University Press, 2009.
- A.PINTO – M. EVANS, *Corporate criminal liability*, Sweet & Maxwell, London, 2003.

- D. Piva, *La responsabilità del vertice, pe "organizzazione difettosa" nel diritto penale del lavoro*, Jovene, Napoli, 2011.
- R. A. Ruggero, *Non prosecution agreements e criminalità di impresa negli U.S.A.: il paradosso del liberismo economico*, in www.diritto_penalecontemporaneo.it, 12 ottobre 2015.
- V. Torre, *Riflessioni sul diritto britannico in tema di responsabilità penale degli enti: il corporate killing*, in *Rim. trim. dir. pen. econ.*, n.1\2, 2009.
- P. Verrico, *Cotswold Geotechnical Holdings Limited sentenced following corporate manslaughter conviction*, 18 febbraio 2011, www.eversheds-sutherland.com/.
- E. Villani, *Alle radici del concetto di colpa di organizzazione nell'illecito dell'ente da reato*, Jovene, Napoli, 2016.
- C. Wells, *Corporation and criminal responsibility*, Oxford Press, Oxford, 2001.
- C. Wells, *Bribery: Corporate Criminal liability under Draft bill 2009*, in *Criminal Law Review*, 2009.
- C. Wells, *Corporate Criminal Liability In England and Wales: past, present and future*, in Pieth-Ivory, a cura di, *Corporate Criminal Liability: Emergence, Convergence, and Risk*, Springer, 2011.
- C. Wells, *Corporate Liability: Ten Years Review*, *Criminal Law Review*, 2014.
- C.R.N. Winn, *The criminal responsibility of corporations*, in *Cambridge Law Journal*, 1929, volume 3, n. 3.

Riflessione

— “Mal comune, disastro planetario”

Brevi considerazioni sulla gestione della pandemia nella prospettiva di un medico*

“A problem shared is a worldwide disaster”

Brief considerations on pandemic handling from a doctor's perspective

di Paolo Jarre

SOMMARIO: 1. Come l'Italia ha accolto la pandemia: errori, ritardi e peccati di *hybris*. – 2. Le differenze regionali, tra vizi e virtù. – 3. Come andrà a finire? – 4. Un'osservazione finale, oltre i confini dell'Italia.

SUMMARY: 1. How Italy took on the pandemic: errors, delays and sins of *hybris*. – 2. The regional differences between vices and virtues. – 3. How will it end? – 4. A final observation, beyond Italy's borders.

1. Come l'Italia ha accolto la pandemia: errori, ritardi e peccati di *hybris*.

Occorre fare una premessa di carattere generale; la periodica esplosione di pandemie planetarie accompagna la storia dell'umanità al pari di altre calamità naturali

* La presente riflessione, originariamente pubblicata il 22 luglio 2020, è stata rivista dall'autore il successivo 28 luglio 2020 alla luce dei nuovi dati resi disponibili a tale data.

come i terremoti, le alluvioni, gli incendi, gli uragani e così via. Nell'ultimo millennio, solo riferendoci a quanto successo in Europa, non ci sono mai stati cento anni di seguito liberi da grandi pandemie – la più spaventosa è stata la peste nera della metà del '300 che sterminò da un quarto alla metà della popolazione del continente, mentre la penultima, continentale, è stata la Spagnola del 1918-19 – così come non c'è mai stato un intero secolo di seguito senza guerre, tranne che per la Svizzera.

L'errore di fondo è stato – accanto ad un processo fisiologico di "rimozione" di quanto accade con un intervallo spesso superiore all'arco di una vita terrena, posto che intere generazioni sono nate, vissute e scomparse nell'ultimo secolo senza sperimentare nel proprio paese gravi epidemie – un eccesso di superbia tecnocratica, una sorta di *hybris* generalizzata, diffusa a tutti i governi e a tutte le popolazioni, che ha fatto ritenere che i pur straordinari progressi della scienza medica (i vaccini, gli antibiotici, gli antivirali anche per malattie ritenute sino a poco più di vent'anni fa incurabili come l'AIDS...) fossero in grado di costituire uno scudo sicuro contro le malattie infettive.

Si possono sentire riecheggiare «le magnifiche sorti e progressive» di duecento anni orsono di Giacomo Leopardi¹.

Così, mentre per le guerre – che tutti i paesi dichiarano di non volere – teniamo in piedi imponenti apparati militari che costano parecchi punti di PIL (la nostra alleanza militare ci impone di non scendere sotto una data quota di PIL), non per farle ma nella mera eventualità di doversi difendere, e per i terremoti, gli incendi e le alluvioni, a forza di farci trovare impreparati, abbiamo messo in piedi un apparato di Protezione civile efficace nel pronto intervento (sul lungo termine pecchiamo invece cronicamente dei mali del nostro Paese), per le emergenze pandemiche, invece, nulla era pronto.

Il Piano nazionale specifico non era aggiornato da oltre dieci anni², non c'era alcuna riserva strategica di dispositivi di protezione individuale e così via. Nessun dispositivo per un intervento rapido equivalente a un Canadair per un incendio, nessun reparto speciale, nessuna riserva di acqua dolce...

Espressione concreta di quella *hybris* è costituita dal fatto che i servizi immediatamente coinvolti in chiave organizzativa dalla pandemia, i servizi d'Igiene e di sanità pubblica, sono stati – nell'ambito dei già bistrattati servizi territoriali – tra i più trascurati, le "Cenerentole" nelle ASL italiane, ancor più di servizi periferici come i Ser.D.

Sono rimasti un po' come una progressivamente sguarnita Fortezza Bastiani (dal *Deserto dei Tartari* di Buzzati) dove gli ufficiali invecchiano, si ammalano e muoiono in attesa del nemico "dal Nord" che non arriva mai, ma poi alla fine, inesorabile arriva davvero.

In una ASL grande come quella in cui lavoro, a Torino (oltre 4.000 dipendenti, 600.000 abitanti, due grandi ospedali...) non esisteva (e ancora non esiste) un servizio, ancorché organizzato come struttura semplice, di Infettivologia, e l'attività viene svolta presso i due ospedali su base volontaristica, per alcune ore settimanali, prevalentemente

¹ G. Leopardi, *La ginestra*, in N. Gallo e C. Garboli (a cura di), *Canti*, Einaudi, 1993, v. 51.

² L'ultimo aggiornamento del *Piano nazionale di preparazione e risposta ad una pandemia influenzale*, a cura del Ministero della Salute, elaborato nel 2006, risale infatti al 2010.

per gestire le cosiddette infezioni ospedaliere, da due specialisti infettivologi che lavorano, di norma, al Ser.D.

Sicuramente è estremamente complicato far fronte tempestivamente ed efficacemente ad un bisogno acuto di salute che nel volgere di poche settimane dapprima si decuplica e poi si centuplica; le nostre organizzazioni sanitarie sono strutturate per far fronte alle malattie croniche ed alle acuzie altamente prevedibili nella loro numerosità, che hanno una variabilità di prevalenza di anno in anno, in ciascun territorio, di pochi punti percentuali.

Un ulteriore elemento strutturale di criticità è senz'altro da individuare nel fatto che, mentre per curare tumori e infarti il fatto che vi siano venti diversi centri di potere sanitario ha scarsa o nulla importanza, per affrontare una minaccia che per sua natura non rispetta alcun confine, il governo non può essere solo nazionale, deve essere sovranazionale. Ma già nazionale piuttosto che regionale andrebbe bene.

È un'assoluta follia che la pandemia Covid-19 sia stata affrontata in modo diverso a Piacenza, a Lodi o ad Alessandria.

2. Le differenze regionali, tra vizi e virtù.

Pur in questo scenario, che può sembrare preludere ad una assoluzione generalizzata, analizzando le differenze di comportamento nella presa di decisioni da parte degli organismi politici deputati al governo della salute – le Regioni – si può facilmente evidenziare che una risposta più tempestiva e appropriata poteva senz'altro essere messa in atto in particolare per quanto riguarda le quattro Regioni del Nord-ovest, il Piemonte, la Valle d'Aosta, la Lombardia e la Liguria.

E non si tratta di una questione che attiene alla coloritura politica della amministrazioni.

La Regione virtuosa è stata il Veneto, governata da un'amministrazione di centro-destra al pari della Lombardia, del Piemonte e della Liguria.

Cosa ha fatto il Veneto di diverso?

In primis ha avuto la fortuna di avere uno che l'ha vista più lunga degli altri, il professor Crisanti che a metà gennaio è stato in grado di far acquistare alla propria Regione i reattivi per processare centinaia di migliaia di tamponi e ha contribuito fattivamente a gestire in modo esemplare il focolaio di Vò Euganeo. Anche in altre Regioni ci sono stati invero prestigiosi "grilli parlanti": la differenza è che il Governatore Zaia ha ascoltato e messo in atto i suggerimenti del proprio consulente, mentre nelle altre Regioni del nord le "Unità di crisi" sono state sin da subito infarcite di presunti tecnici "di bandiera", senza alcuna competenza specifica né di sanità pubblica né di infettivologia.

Il risultato è che due Regioni con popolazione simile ed equidistanti dal "cratere epidemiologico" come Veneto e Piemonte hanno, a distanza di quattro mesi e mezzo dalla

deflagrazione, una situazione molto differente: in Veneto 19.470 casi diagnosticati³ (con un sommerso probabilmente molto meno significativo, essendo pari all'1,78% il rapporto tra i casi di malattia, appunto 19.770, e i 1.092.693 tamponi eseguiti al 16 luglio)⁴, circa duemila morti⁵; in Piemonte oltre 31.500 casi⁶, un sommerso sicuramente maggiore (6,85% il rapporto tra i 31.522 casi di malattia e i 460.019 tamponi eseguiti al 16 luglio, meno della metà rispetto al Veneto)⁷, circa 4.100 morti⁸.

Ecco, tutto quello che ho discusso nella lunga premessa valeva però, a metà febbraio, a Torino come a Padova. Il Piemonte (lasciamo da parte la situazione Lombarda, lì entrano in gioco anche altri fattori interni alla Regione stessa) ha avuto oltre duemila morti in più del Veneto, una gigantesca strage.

Perché? Pochi tamponi, per lo più fatti a casaccio, a seconda di quanto si tiravano per la giacchetta o meno coloro che ne disponevano l'esecuzione, nessun tracciamento dei contagi (i tamponi sono stati fatti per molte settimane con un'aderenza un po' "ebefrenica" alle indicazioni nazionali di fare i tamponi ai soli sintomatici, quando questi ultimi erano quelli rispetto ai quali era **meno utile** farlo, dal momento che la diagnosi si poteva porre anche solo sulla base della sintomatologia ...)⁹, centinaia di segnalazioni dei medici di base perse dai servizi di igiene regionali per un banale intasamento delle caselle mail¹⁰, un gravissimo ritardo nel governo della situazione delle residenze collettive in particolare quelle per anziani, ritardo nella creazione di percorsi interamente impermeabili per soggetti Covid positivi, Covid sospetti e Covid negativi nelle strutture ospedaliere, perdita di esiti di tamponi, esiti disponibili in tempi lunghi anche superiori alla settimana, annunci di campagne diagnostiche sul personale sanitario mai eseguite e così via.

E sul fatto che le cose, anche nelle residenze collettive, avrebbero potuto essere gestite diversamente, la dice lunga la situazione delle comunità terapeutiche per soggetti affetti da dipendenze, che in Piemonte non hanno avuto né malati né tantomeno morti tra ospiti e operatori grazie ad una tempestiva chiusura dei nuovi ingressi ed un accurato triage sin dal 24 di febbraio.

In Piemonte per molte settimane l'Unità di crisi è stata composta quasi esclusivamente sulla base di appartenenze politiche omogenee con l'Amministrazione regionale. Ci sono voluti due mesi perché il Presidente Cirio chiamasse a farne parte uno

³ Cfr. *Coronavirus in Italia, i dati e la mappa* ne *Il Sole 14 Ore*, aggiornamento al 16 luglio 2020, sezione: "Il dettaglio per regione e provincia".

⁴ *Ibidem*.

⁵ Per la precisione, 2.047 al 16 luglio scorso (*ibidem*).

⁶ Al 13 luglio, *Il Sole* riferisce infatti di 31.522 casi totali (*Ibidem*).

⁷ *Ibidem*.

⁸ Per la precisione, risultano registrati 4.118 al 16 luglio scorso (*ibidem*).

⁹ Si vedano, sul punto, gli articoli di A. Mondo, *Il virologo Di Perri critica il metodo della Regione Piemonte: pochi tamponi, è un errore: ecco perché non troviamo i positivi*, e *Pochi reagenti e i laboratori sono in affanno: i tamponi in Piemonte ora diventano un caso*, entrambi ne *La Stampa*, rispettivamente il 18 e il 20 marzo 2020, e quello di M. Ravarino, *Piemonte in ritardo sul tracciamento dei contagi*, ne *Il Manifesto*, 17 maggio 2020.

¹⁰ Cfr. A. Mondo, *Perse le mail dei medici di base. Centinaia di casi sospetti di coronavirus svaniti*, ne *La Stampa*, 15 aprile 2020.

dei più qualificati esperti di sanità pubblica ed epidemiologia piemontesi, il professor Vineis.

Nella realtà della mia ASL TO3 gli unici sei infettivologi su oltre 4.000 dipendenti lavorano tutti al Ser.D.; per oltre un mese nessuno di loro è stato in alcun modo interpellato dalla direzione aziendale; poi, ad aprile sono stati coinvolti nell'Unità di crisi regionale e nei reparti Covid del nostro territorio.

E il fatto che in Piemonte poteva tranquillamente andare come in Veneto, e che in Veneto le cose sono andate in modo molto diverso dalla Lombardia, lo dicono bene le mappe provinciali di prevalenza¹¹; nelle province orientali del Piemonte, il cui capoluogo dista in linea d'aria tra i 100 e i 140 km da Codogno, le prevalenze attuali variano dai sette casi per mille abitanti del territorio del Verbano, Cusio ed Ossola (VCO) ai dieci della provincia di Alessandria (le province più colpite in Lombardia ed Emilia sono Cremona con diciannove casi per mille, Lodi con sedici, Piacenza con quindici, Bergamo con tredici, Brescia con dodici e Pavia con dieci; nella provincia occidentale del Veneto, Verona, il cui capoluogo dista 120 km da Codogno e soli 57 km da Vò Euganeo, la prevalenza scende a meno di sei casi per mille abitanti e a Padova e Vicenza, 24 e 32 km da Vò Euganeo, quattro e tre casi per mille abitanti rispettivamente.

Il ritardo dell'intervento di fronteggiamento in Piemonte è facilmente rappresentabile dalla frazione dei casi totali (come misurati al 16 luglio 2020) già diagnosticata nel mese di marzo; in Italia nel suo complesso il 15 marzo era già stata posta diagnosi sul 10,2% dei casi totali diagnosticati al 16 luglio, in Veneto sul 11,2% e in Piemonte solo sul 3,5%; il 31 marzo in Italia la percentuale arrivava al 43,4%, in Veneto al 47% mentre il Piemonte si era ancora al 29,5% (9.301 casi su 31.522), il valore più basso tra le 20 Regioni italiane¹².

Il 50% dei casi totali diagnosticati al 16 luglio si superava il 2 aprile in Veneto, il 4 aprile nell'intero Paese e solo l'11 aprile in Piemonte. Mentre i dati del confronto con il Veneto possono essere confutati con un ritardo della diffusione dell'epidemia nel nord-ovest rispetto al nord-est, tale considerazione non può esser fatta nel raffronto con l'intero paese.

In molte Regioni del centro-sud (Umbria, Sicilia, Sardegna, Calabria, Basilicata) al 31 marzo si era già superato il 50% delle diagnosi totali effettuate al 16 luglio.

Ad ulteriore conferma del fatto che in Piemonte non vi è stata una diffusione "differita" della pandemia, quanto piuttosto un ritardo nell'attività diagnostica (sia in entrata che in uscita dalla malattia) stanno ancora altri dati; la "ondata di piena" dell'epidemia, rappresentata dall'indicatore meno influenzabile dalla intensità della "penetrazione" diagnostica, il numero di soggetti ricoverati in terapia intensiva, passava in Italia il 3 aprile (4.068 casi), in Piemonte tra l'1 e il 2 aprile (453 persone), in Veneto tra il 30

¹¹ Si vedano ancora, in proposito, gli aggiornamenti pubblicati da *Il Sole 14 Ore*, cit.

¹² *Ibidem*.

e il 31 marzo (356), in Emilia Romagna il 2 aprile (366) e in Lombardia, come nell'insieme del Paese, il 3 aprile (1.381 ricoverati in terapia intensiva)¹³.

Ciò a significare, in modo difficilmente confutabile, che nelle Regioni del nord Italia l'epidemia si è diffusa "in simultanea", con uno strettissimo *range* di variabilità temporale (soli 4 giorni).

Dopo l'ondata di piena in Piemonte sono stati diagnosticati (in ritardo) proporzionalmente molti più casi che nel resto del Paese e si è anche fatta fatica a certificare per tempo i guariti; tant'è che il picco degli attualmente positivi veniva toccato in tutta Italia il 20 aprile e in Piemonte solo quasi due settimane dopo, il 2 maggio. Altra indicazione suggestiva è che, sino al 30 di marzo, il Veneto – che nel mese di luglio conterà come detto diverse migliaia di casi diagnosticati in meno del Piemonte – aveva un totale di casi diagnosticati superiore a quello del Piemonte (8.724 *versus* 8.712)¹⁴.

La Valle d'Aosta, con prevalenza Covid di poco addirittura superiore a quella lombarda, ha sciaguratamente riaperto le scuole dopo le vacanze di carnevale (ahi, l'autonomia...) e tenuto aperti gli impianti di sci sino all'8 marzo (cosa che è costata cara anche in Trentino Alto Adige).

Un po' come se il virus avesse trovato un ostacolo ad est nel corso del Mincio ed un piano inclinato, invertito rispetto alla realtà geomorfologica, lungo il quale scivolare più agevolmente ad ovest.

Una grande mole di indizi, si può dire in termini giuridici.

3. Come andrà a finire?

Sono un medico e quindi la valutazione in merito alle eventuali responsabilità per quanto accaduto esula dal mio campo; credo però, riprendendo in parte una considerazione già fatta, che uno dei problemi fondamentali sia una scarsa chiarezza circa il centro di comando in caso di emergenza pandemica. La *querelle* sulla mancata istituzione della "zona rossa" a Alzano e Nembro è da questo punto esemplare; avrebbero potuto istituirla, sembra, sia la Regione che lo Stato, ma non l'ha fatto nessuno dei due in un clima di conflitto irresponsabile rispetto alla gravità della situazione.

Quindi potremmo dire che una prima responsabilità potrebbe essere attribuita al legislatore ed anche al legislatore costituzionale, che laddove ha disegnato aree di governo concorrente ha – quanto successo ne è la prova provata – lasciato troppa ambiguità.

Poi, sicuramente, le Amministrazioni regionali ed in particolare i vertici della sanità regionale hanno fatto il resto.

¹³ Cfr. i dati pubblicati sul portale di GEDI Visual, [*Coronavirus, la situazione in Italia. Aggiornato al 27 luglio 2020 alle ore 17.30, dati del ministero della Salute.*](#)

¹⁴ *Ibidem*.

Il fattore assolutamente cruciale è stato determinato dalla penetrazione e dall'appropriatezza diagnostica; Piemonte e Liguria: un tampone ogni dieci abitanti, sei-sette casi per mille abitanti; Lombardia: un tampone ogni nove abitanti, oltre nove casi per mille; Veneto: oltre un tampone ogni cinque abitanti, meno di quattro casi per mille residenti.

Lesinare sui tamponi ed effettuare le diagnosi nel mese di marzo non seguendo una precisa strategia scientifica ha verosimilmente comportato, nel Nord Italia, un eccesso di mortalità di alcune decine di migliaia di soggetti rispetto a quanto ci si poteva aspettare. Ad aprile ormai i buoi erano ampiamente scappati dalle stalle.

Tuttavia, proprio in virtù della scarsa chiarezza sulla ripartizione dei poteri è verosimile che alla fine nessuno sarà ritenuto responsabile; forse solo coloro per i quali si potrà dimostrare che hanno disposto l'accoglienza nelle RSA dei soggetti dimessi dagli Ospedali senza tampone o con tampone ancora positivo¹⁵.

4. Un'osservazione finale, oltre i confini dell'Italia.

Oltre ai casi clamorosi di mala gestione in Regno Unito, Stati Uniti e Brasile, rimanendo in Europa i cugini transalpini hanno reagito ancor più tardivamente di noi e anche i Tedeschi, primi della classe, hanno dovuto ripristinare zone rosse qua e là per eccessiva fretta nel riprendere le attività economiche.

Ci si potrebbe quindi consolare pensando che il nostro Paese è tra quelli che ha reagito meglio; ma in questo caso sicuramente non vale il proverbio "mal comune, mezzo gaudio", quanto piuttosto quello "mal comune, disastro planetario".

Proprio perché nessuno era pronto a quanto è successo ed è facile previsione – noi non ci saremo – quella per cui, neppure tra 150 anni, quando succederà la prossima volta – in uno scenario di auto volanti e comunicazione diretta del pensiero – i popoli della terra saranno pronti.

Post scriptum.

Mentre l'epidemia prosegue secondo modelli studiabili (e talvolta affrontabili) con un approccio scientifico, le decisioni della politica sono terribilmente soggette alla dittatura della ricerca del consenso a breve termine.

Pochi giorni dopo aver consegnato questo contributo, leggo e sento di un aspro conflitto in corso tra il prof. Crisanti e il governatore del Veneto Zaia. Il "Messaggero" il 21 luglio ha intervistato Crisanti¹⁶ che affermava di esser pronto a dimettersi dal Comitato

¹⁵ Cfr., sul tema, S. Arcieri, *Sicurezza sul lavoro e pandemia*, in questa rivista, 1 luglio 2020.

¹⁶ M. Evangelisti, *Coronavirus, Crisanti: "Non mi dimetto più. Zaia? Non l'ho ancora sentito"*, ne *Il Messaggero*, 21 luglio 2020.

Tecnico Scientifico del Veneto per il totale cambio di politica della regione: «da quando ho avuto quelle polemiche con Zaia, il governatore della Regione Veneto, tutto è cambiato. Non dimentichi, Zaia, che due dei principali consiglieri del presidente sono tra coloro che hanno detto che il virus è morto. Tutto questo ha delle conseguenze, indirizza scelte, comportamenti».

Crisanti continuava così: «le esigenze politiche hanno prevalso sulle indicazioni della scienza. Era necessaria una comunicazione che invitasse a prudenza e responsabilità. Invece, ci sono stati solo segnali contraddittori: “apriamo”, “non apriamo”, “è finito tutto”, “il virus è morto”. Questo è il risultato della scelta di Zaia di affidarsi a persone che dicono che il virus è morto. E intanto gli ospedali tornano a riempirsi».

E così, in Veneto, nelle tre settimane tra il 6 e il 27 luglio, gli attualmente positivi quasi raddoppiano (passano da 384 a 734, +91%; in Italia nello stesso lasso di tempo scendono da 14.709 a 12.581, - 14,5%), in Piemonte diminuiscono da 1.208 a 802 (-33,6%).

C'è chi scende e c'è chi sale, il Veneto rimette la freccia.

Ma non è una buona notizia; una sana *evidence based policy* è ancora molto in là da venire.

Riflessione

— Criptovalute: a che punto siamo?

Funzionamento, trasparenza e rischi di riciclaggio

Cryptocurrencies: how far along are we?

Functioning, transparency and laundering risks

di Alessandra Rea

Abstract. *Le recenti modifiche legislative in tema di cyberlaundering e criptovalute: un'introduzione all'interlocazione tra gli operatori del mercato digitale.*

Abstract. *The latest legislative changes in the matter of cyberlaundering and cryptocurrency: an introduction to interaction between digital market players.*

SOMMARIO: 1. Premessa e chiarimenti terminologici. – 2. Prevenzione e repressione del *cyberlaundering*: dalla IV Direttiva Europea antiriciclaggio al D.lgs. 231/2007. – 3.1. Criptovalute, *blockchain* e anonimato. – 3.2. Il ruolo del *wallet provider* nella circolazione di valuta elettronica: la V Direttiva Europea antiriciclaggio e il D.lgs. 125/2019. – 4. Ostacoli all'emersione dei capitali illeciti. – 5. Conclusioni e prospettive *de lege ferenda*.

SUMMARY: 1. Introduction and clarifications of terminology. – 2. Preventing and counteracting *cyberlaundering*: from the IV anti-money laundering EU Directive to the legislative decree 231/2007. – 3.1. Cryptocurrency, *blockchain* e obscurity. – 3.2. The role of *wallet provider* on movement of cryptocurrency: the V anti-money laundering EU Directive and the legislative decree 125/2019. – 4. Obstacles to emergence of illicit capital. – 5. Conclusions and prospects of legislative reform.

1. Premessa e chiarimenti terminologici.

Al fine di garantire una migliore intellegibilità dell'analisi che segue, si rende opportuna una sintetica descrizione del sistema di scambio di criptovaluta.

La criptovaluta (*rectius*, "valuta virtuale"), è «la rappresentazione digitale di valore, non emessa né garantita da una banca centrale o da un'autorità pubblica, non necessariamente collegata a una valuta avente corso legale, utilizzata come mezzo di scambio per l'acquisto di beni e servizi o per finalità di investimento e trasferita, archiviata e negoziata elettronicamente»¹.

Dalla definizione normativa si deducono alcuni elementi di carattere generale sulle modalità di circolazione delle *cryptocurrencies*:

1. l'inesistenza di un "sistema di controllo centralizzato", posto che la "moneta" non è «emessa né garantita da una banca centrale o da un'autorità pubblica»;
2. il meccanismo di archiviazione e negoziazione si sviluppa esclusivamente su piattaforma elettronica.

Lo scambio di valuta virtuale avverrà per il tramite di piattaforme di *trading*, a cui l'utente (*user*) potrà accedere attraverso una "chiave pubblica" e una "chiave privata" (*rectius*, uno *username* ed una *password*), custodite dal c.d. *wallet provider*².

Per volontà del controverso ideatore del sistema di scambio di criptovalute, le transazioni saranno presidiate da una forma di c.d. pseudo-anonimato: l'identità dell'utente sarà "garantita" da un sistema di crittografia, quindi la sua identità sarà ignota ad altri *users*.

Le esigenze di tracciabilità di flussi saranno assicurate (pur con le opportune riserve, che si esporranno *infra*) da un sistema di controllo *peer-to-peer*.

In altre parole, non esistendo un sistema di controllo centralizzato (come, ad esempio, quello cui sono preposti gli Istituti di credito), la "verifica" degli scambi sarà affidata ad altri utenti del *network*, i c.d. *miners* (invero, *users* con approfondita conoscenza della *blockchain*)³, in una rete di controllo "diffusa".

¹ Art. 1, comma 2, *lett. qq*), D.lgs. n. 231/2007.

² Come meglio si vedrà *infra*, il *wallet provider* («prestatore di servizio di portafoglio digitale») è colui che fornisce «a terzi, a titolo professionale, anche *online*, servizi di salvaguardia di chiavi crittografiche private per conto dei propri clienti, al fine di detenere, memorizzare e trasferire le valute virtuali» (art. 1, comma 2, *lett. ff-bis*), D.lgs. n. 231/2007).

³ Vale a dire, «una serie concatenata di blocchi (da cui il nome) i quali registrano, per ogni transazione, l'identità del pagante, l'importo trasferito e l'identità del beneficiario» (M. Amato, L. Fantacci, *Per un pugno di Bitcoin*, Università Bocconi Editore, 2016, p. 16).

2. Prevenzione e repressione del *cyberlaundering*: dalla IV Direttiva Europea antiriciclaggio al D.lgs. 231/2007.

Nonostante «il crollo più estremo e repentino dal 2013»⁴ del 12-13 marzo 2020, ad oggi il valore di capitalizzazione di *Bitcoin*, *major* tra le criptovalute, si aggira a quasi 90 miliardi di dollari (nei primi giorni di marzo era di 137,8 miliardi).

Secondo l'Agenda Digitale dell'Unione Europea, sebbene poco più dell'1% delle transazioni in criptovaluta avvenga per scopi illeciti⁵, tra il 2018 e il 2019 si è registrato un aumento esponenziale delle transazioni illegali in valuta virtuale.

La "cultura" del *trading* di "*Bitcoin*" è in espansione anche in Italia, dove ormai un terzo della popolazione esaminata da *Statista*, nel 2019, ha manifestato una – seppure parziale – conoscenza delle criptovalute (in particolare di *Bitcoin*), associandole al fenomeno della *blockchain*. Tuttavia, soltanto il 10% del campione analizzato ha "sentito parlare" di *cyber security* e sistemi di crittografia⁶.

La sostanziale noncuranza del fenomeno potrebbe essere dovuta al ritardo con cui si è mossa l'Italia nella lotta ai *cybercrimes*, dapprima, e poi ai *crypto crimes*⁷. Dopo risposte legislative occasionali, risale al 1993 il primo adeguamento organico del sistema all'evoluzione della criminalità informatica, ed è solo con il D.lgs. n. 90/2017, attuativo della IV Direttiva Europea in tema di antiriciclaggio, che il Legislatore ha introdotto nel D.lgs. n. 231/2007 una vera e propria definizione di "valuta virtuale", oggi intesa come una «rappresentazione digitale di valore, non emessa né garantita da una banca centrale o da un'autorità pubblica, non necessariamente collegata a una valuta avente corso legale, utilizzata come mezzo di scambio per l'acquisto di beni e servizi o per finalità di investimento e trasferita, archiviata e negoziata elettronicamente»⁸.

D'altro canto, già alla IV Direttiva Antiriciclaggio (2015) il Legislatore *lento pede pervenit*, recependola solo due anni dopo la sua emanazione (2017). E dalla V Direttiva finalmente mutua lo scopo di prevenire e contrastare il riciclaggio virtuale attraverso lo "studio" degli attori e delle modalità operative delle transazioni in *cryptocurrencies*, condividendo l'assunto secondo il quale proprio l'anonimato del sistema *peer-to-peer* «ne consente il potenziale uso improprio per scopi criminali». Tuttavia, «l'inclusione dei prestatori di servizi la cui attività consiste nella fornitura di servizi di cambio tra valute virtuali e valute reali e dei prestatori di servizi di portafoglio digitale non risolve completamente il problema dell'anonimato delle operazioni in valuta virtuale: infatti, poiché gli utenti possono effettuare operazioni anche senza ricorrere a tali prestatori, gran parte dell'ambiente delle valute virtuali rimarrà caratterizzato dall'anonimato»⁹.

⁴ E. Spagnuolo, *Il crollo del bitcoin è colpa solo del coronavirus?*, in *Wired*, 17 marzo 2020.

⁵ M. Prisco, *Criptovalute: attività illecite in crescita, ma l'Italia è in prima linea nel contrasto*, in *agenda digitale*, 25 febbraio 2020.

⁶ Statista Research Department, *Share of individuals who have heard about blockchain in Italy 2019, by context*, 5 febbraio 2020.

⁷ G. Neri, *Criminologia e reati informatici. Profili di diritto penale dell'economia*, Jovene editore, 2014, p. 29.

⁸ Art. 1, comma 2, lett. qq), D.lgs. n. 231/2007.

⁹ Considerando n. 9 alla V Direttiva Antiriciclaggio (Direttiva UE 2018/843).

Non sorprende come l'attenzione alle *cryptocurrencies* sia stata attualizzata attraverso la normativa antiriciclaggio, essendo il tema del *cyberlaundering* comune denominatore tra tutte le forme di *crypto crimes*, atteso che ogni profitto conseguito necessiterà di essere "ripulito" già solo per essere convertito in moneta reale.

3.1. Criptovalute, blockchain e anonimato.

Le forme di "pseudo-anonimato" che presidiano le transazioni in valuta virtuale rendono la *blockchain* ambiente fertile per il parassitismo criminale, specie in tema di riciclaggio: «il *cyberlaundering* si realizza per lo più bypassando l'intervento di intermediari bancari e finanziari, grazie ai moderni sistemi digitalizzati di pagamento e di trasferimento fondi *online*, carte elettroniche, catene *peer-to-peer*, *blockchain*, con cui circolano e si accreditano fra il pubblico le "criptovalute", soprattutto nel *dark web*»¹⁰.

Bitcoin, la più diffusa delle *cryptocurrencies* tra le *species* di *altcoins*, «come una banconota, è anonimo: non richiede che siano rese note le identità delle controparti né la causale di pagamento; ma, essendo digitale, ossia un puro numero, divisibile e moltiplicabile a piacere, consente trasferimenti per qualunque importo, dai micropagamenti di pochi centesimi al regolamento di traffici commerciali internazionali»¹¹. Neppure è moneta elettronica, atteso che «nello schema tradizionale la moneta elettronica non è altro che una disponibilità di potere d'acquisto registrata su un conto corrente acceso presso una Banca»¹², mentre la peculiarità delle criptovalute consiste in un sistema che sembra aver superato il *network* di *check-up* centralizzato: le transazioni saranno verificate attraverso una *blockchain*, una "catena di controllo" formata da diversi *miners* che operano mediante un sistema *peer-to-peer*.

Gli *users* (utenti), «persone o società che acquistano od ottengono la valuta virtuale per acquistare beni o servizi materiali o virtuali, per poi trasferirla ad altri soggetti a fini personali o per detenerla a titolo di investimento»¹³, sono garantiti da un anonimato "controllato", detto *pseudo-anonimato*: all'interno del *network*, saranno titolari di una "chiave pubblica" e di una "chiave privata", attraverso le quali potranno prendere visione in qualsiasi momento delle transazioni effettuate tramite valuta virtuale.

Il c.d. pseudo-anonimato del sistema di scambio di *cryptocurrencies* consiste proprio nella possibilità di avere una piena visione di tutte le attività compiute, il cui *paper trail* sarà facilmente dissimulabile tramite la creazione di più *account* riconducibili allo stesso utente.

Al medesimo scopo sono orientate diverse piattaforme che si stanno diffondendo tra i *trader*, i c.d. *mixers*, ossia *software* offerti agli utenti interessati, la cui finalità è quella

¹⁰ L. Picotti, *Profili penali del cyberlaundering: le nuove tecniche di riciclaggio*, in *Riv. Trim. Dir. Pen. Econ.*, n. 3-4/2018, p. 615.

¹¹ L. Fantacci, M. Amato, *Per un pugno*, cit., p. 3.

¹² G.P. Accinni, *Profili di rilevanza penale delle "criptovalute" (nella riforma della disciplina antiriciclaggio del 2017)*, in *Archivio penale*, n. 1/2018, p. 2.

¹³ *Idem*, p. 4.

di aumentare la *privacy*, dirottando la transazione su un *server* diverso da quello dell'agente.

Le piattaforme di *trading* diventano mercato nell'accezione classica del termine, dove l'*exchanger*, tramite piattaforme gestite dal *wallet provider*, cura l'incontro tra domanda e offerta, quale intermediario nel deposito o conversione di *cryptocurrencies*.

3.2. Il ruolo dei *wallet provider* nella circolazione di valuta elettronica: la V Direttiva Europea antiriciclaggio e il D.lgs. 125/2019.

Con il D.lgs. n. 125 del 04 ottobre 2019, entrato in vigore il successivo 10 novembre, l'Italia ha dato attuazione alla V Direttiva Europea in tema di antiriciclaggio (n. 2018/843 UE): il legislatore, compulsato dall'Unione Europea, continua a seguire il percorso di definizione normativa degli operatori del mercato digitale già tracciato con il D.lgs. n. 90/2017, intensificando l'azione di prevenzione al riciclaggio e mostrandosi particolarmente sensibile alle implicazioni del regime di 'pseudo-anonimato' che caratterizza la *blockchain*.

D'altronde, la Direttiva (UE) 2018/843 fa palese il timore per attacchi terroristici finanziati per il tramite di «servizi basati sulle moderne tecnologie» che stanno diventando «sempre più popolari come sistemi finanziari alternativi, considerando che restano al di fuori dell'ambito di applicazione del diritto dell'Unione o che beneficiano di deroghe all'applicazione di obblighi giuridici che potrebbero essere non più giustificate». Lo scopo prefisso è quello di «adottare ulteriori misure volte a garantire la maggiore trasparenza delle operazioni finanziarie» atte a «migliorare l'attuale quadro di prevenzione e di contrastare più efficacemente il finanziamento del terrorismo»¹⁴, da realizzare anche attraverso un accrescimento della «trasparenza generale del contesto economico e finanziario dell'Unione», posto che «la prevenzione del riciclaggio di denaro e del finanziamento del terrorismo può essere efficace solo se l'ambiente circostante è ostile ai criminali che cercano di proteggere le loro attività finanziarie attraverso strutture non trasparenti»¹⁵.

In altre parole, il traguardo posto dalla V Direttiva Antiriciclaggio è quello di pervenire alla trasparenza dei flussi, da sfruttare quale deterrente alla sovvenzione delle attività terroristiche.

In questa ricostruzione, «le autorità competenti dovrebbero essere in grado di monitorare, attraverso i soggetti obbligati, l'uso delle valute virtuali»¹⁶, assodato che «l'anonimato delle valute virtuali ne consente il potenziale uso improprio per scopi criminali»¹⁷.

Tra le varie novità, quindi, l'introduzione tra i destinatari degli obblighi antiriciclaggio dei c.d. *custodian wallet providers*, «prestatori di servizio di portafoglio

¹⁴ Considerando n. 2 alla V Direttiva Antiriciclaggio (Direttiva UE 2018/843).

¹⁵ *Idem*, Considerando n. 4.

¹⁶ *Idem*, Considerando n. 8.

¹⁷ *Idem*, Considerando n. 9.

digitale», *alias* persone fisiche o giuridiche che forniscono «a terzi, a titolo professionale, anche *online*, servizi di salvaguardia di chiavi crittografiche private per conto dei propri clienti, al fine di detenere, memorizzare e trasferire le valute virtuali»¹⁸. Brevemente, il *wallet provider* è il “custode” delle chiavi “pubblica” e “privata” che consentono all’utente di accedere al *network* per verificare le movimentazioni effettuate ed eseguire nuove transazioni in criptovalute.

4. Ostacoli all’emersione dei capitali illeciti.

Come detto, l’introduzione dei vari operatori dell’economia digitale nel novero dei sottoposti agli obblighi antiriciclaggio è soltanto tappa intermedia del fine ulteriore della salvaguardia dal rischio di finanziamento al terrorismo, nonostante l’accostamento riciclaggio-terrorismo sia in parte antinomico: se con le condotte di *laundering* vi sarà un *input* di denaro sporco e un *output* di denaro “pulito”, operazione inversa avverrà in caso di finanziamento di attività illecite¹⁹.

Tuttavia, se è vero che *pecunia non olet*, la ricostruzione del *paper trail* delle transazioni è utile ad identificare provenienza e destinazione della “liquidità”: *a bad penny always turns up*, o almeno questo è l’obiettivo.

Vi saranno, però, due ostacoli per il raggiungimento dello scopo.

Da un lato, il profilo normativo dovrà scontrarsi con la realtà fenomenologica: nonostante i presidi adottati, la verifica dell’utente che ha posto in essere la transazione sarà circostanza improbabile (in alcuni casi impossibile), posto il necessario “scollamento” tra identità reale e identità digitale.

Invero, l’utente della piattaforma vi accederà con uno *username* e una *password*, “custoditi” dal *wallet provider*, ma non necessariamente le informazioni che fornirà al prestatore di servizi di portafoglio digitale potranno corrispondere a verità, né quest’ultimo avrà a disposizione strumenti idonei per individuare chi si cela dietro l’*avatar*.

Unico “strumento” per verificare la provenienza dei dati forniti è il tracciamento dell’*Internet Protocol address*, meglio conosciuto come “indirizzo IP”, una «sequenza numerica assegnata a *computer* collegati a *Internet* al fine di consentire la comunicazione tra i medesimi attraverso tale rete»²⁰.

Ma anche il “tracciamento” dell’IP non sarà operazione di per sé sufficiente ad individuare la persona fisica che si cela dietro l’identità digitale, posta l’esistenza di strumenti (quali, ad esempio, i *bouncer*) che inibiscono la “localizzazione” della connessione.

¹⁸ Art. 1, comma 2, lett. ff-bis), D.lgs. n. 231/2007.

¹⁹ A. R. Castaldo, *Money laundering and self-laundering: Italian legislation and leading cases*, intervento tenuto in *The Fight against Money Laundering at International, European and National Level*, Web Lecture rientrante tra le Attività del Modulo Jean Monnet “EU-Western Balkans Cooperation on Justice and Home Affairs” (EUWEB), Università degli Studi di Salerno, 15 maggio 20.

²⁰ Corte di Giustizia dell’Unione Europea, *Breyer vs. Germania*, sentenza del 19 ottobre 2016 (C-582/14).

Dall'altro lato, anche il dato oggettivo, relativo al *quantum* del trasferimento effettuato, potrà essere facilmente aggirato utilizzando un c.d. "*Bilateral Payment Channel*".

È il caso di *Lightning Network*, una piattaforma che consente più trasferimenti tra due parti all'interno dello stesso *smart contract*. Può considerarsi l'esempio di Tizio e Caio che «vogliono iniziare ad interagire economicamente costantemente l'uno con l'altro»²¹, come in un classico rapporto di lavoro. Grazie a *Lightning Network*, potranno aprire un canale bilaterale di pagamento (*Bilateral Payment Channel*) che consentirà loro di trasferire *Bitcoin off-chain*. Quando sarà terminato il flusso di transazioni, potranno "chiudere" la storia delle transazioni, che andrà a formare un "blocco" da innestare sulla *blockchain*.

Quello che gli altri utenti potranno "vedere" non sarà l'elenco delle singole transazioni (che non verranno registrate), ma la somma totale del valore delle operazioni.

Effetti: riduzione delle commissioni e velocizzazione delle transazioni, ma «le stesse sono realmente anonime, atteso che verranno registrate sulla *blockchain* solo le transazioni iniziali e quelle finali, ma non quelle intermedie»²².

In sostanza, il "controllo" non solo sarà differito ad un momento successivo rispetto al versamento delle "liquidità" nelle mani del destinatario, ma sarà eseguito su una cifra differente rispetto a quella oggetto delle singole transazioni.

Non è mancato chi ha considerato *Lightning Network* un espediente virtuoso per la lotta al riciclaggio: la somma delle transazioni potrà "saltare all'occhio" più facilmente rispetto a singole operazioni di scambio, magari *nummo uno*²³.

I più, tuttavia, concordano sul probabile utilizzo di *Lightning Network* quale mezzo per attività di riciclaggio di denaro, anche utilizzando il popolare metodo "*playing-poker-badly*": potrebbe darsi il caso di Tizio, Caio e Sempronio che colludono per fingere che un pagamento legittimo (tra Tizio e Caio, parti apparenti della transazione) sia stato effettuato e perso a causa di un nodo intermedio "sconosciuto" (Sempronio), innestatosi nello *smart contract* durante il trasferimento. In questo caso, l'intenzione è destinare fondi a Sempronio, ma le parti creeranno il falso pretesto di una transazione apparentemente "lecita" (anche per consentire al mittente di ripetere i fondi che sono stati versati ma non ricevuti dal destinatario)²⁴.

5. Conclusioni e prospettive *de lege ferenda*.

²¹ J. Sensana, *Cos'è e come funziona lightning network*, 16 aprile 2018.

²² G.J. Sicignano, *Bitcoin e riciclaggio*, Giappichelli, 2019, p. 56.

²³ M. Lefebvre, Y. Ibrahim, *The Lightning Network Deconstructed and Evaluated*, 8 gennaio 2020.

²⁴ G. Peterson, S. Shenoj, *Advances in Digital Forensic XIII, Revised Selected Papers of the 13th IFIP WG 11.9 International Conference (Orlando, FL, USA, January 30 – February 1, 2017)*, Springer, 2017, p. 144.

Gli operatori del *trading* in criptovaluta, dopo le modifiche introdotte dal D.lgs. n. 125/2019, potrebbero rispondere di riciclaggio nel caso in cui, prestando la propria attività, contribuiscano dolosamente a mutare la natura del provento del delitto presupposto, pur sospettandone la provenienza illecita²⁵.

Si rammenta che gli obblighi di controllo possono essere differenziati in semplificati (art. 23 D.lgs. n. 231/2007) e rafforzati (art. 25 del medesimo Decreto) di adeguata verifica²⁶:

- in caso di «basso rischio di riciclaggio o di finanziamento del terrorismo» gli obblighi di verifica saranno semplificati, in ragione della minore estensione e frequenza degli adempimenti previsti dall'art. 18 del D.lgs. n. 231/2007;
- ai sensi dell'art. 25, «i soggetti obbligati, in presenza di un elevato rischio di riciclaggio o di finanziamento del terrorismo, adottano misure rafforzate di adeguata verifica della clientela acquisendo informazioni aggiuntive sul cliente e sul titolare effettivo, approfondendo gli elementi posti a fondamento delle valutazioni sullo scopo e sulla natura del rapporto ed intensificando la frequenza dell'applicazione delle procedure finalizzate a garantire il controllo costante nel corso del rapporto continuativo o della prestazione professionale».

L'attuale diffusione delle criptovalute, come evidenziato dall'Unione Europea, impone l'attuazione di obblighi di controllo rafforzato, ma al banco di prova della prassi la norma rischia di configurare una forma di responsabilità oggettiva in capo alle figure di nuovo conio.

Sebbene diversa sia la "posizione" dei nuovi attori dell'economia digitale rispetto agli operatori del mercato finanziario nella loro accezione classica, e nonostante il *network* di controllo *peer-to-peer*, pur creando un sistema di controllo "diffuso", sia comunque limitato dalle forme di pseudo-anonimato che presidiano le transazioni in criptovaluta, appare ingiustificato estendere i medesimi obblighi antiriciclaggio riservati agli intermediari finanziari, posto che gli operatori del mercato digitale incontreranno plurimi ostacoli per l'individuazione del rischio (primo fra tutti: si solleva il dubbio sulla possibilità di effettuare il *profiling* di un utente la cui identità reale potrebbe essere facilmente celata).

Più in generale, il controllo dei *supervisors* è ben complesso nella realtà digitale, posto che, per fare un esempio, la velocità di *Bitcoin* è di 7 transazioni al secondo.

Oltre al fattore tempo, si pone anche il limite del sostanziale anonimato della parte della transazione (coperta dallo "schermo" di uno *username*), nonché «la presenza di un doppio canale di scambio che può prescindere dalla presenza di un intermediario finanziario»²⁷.

²⁵ L. Sturzo, *Bitcoin e riciclaggio 2.0*, in *Diritto penale contemporaneo*, n. 5/2018, pp. 27 ss.

²⁶ A.R. Castaldo, *Riciclaggio*, in D. Pulitanò (a cura di), *Diritto penale parte speciale, vol. II: tutela penale del patrimonio*, Giappichelli, 2013, p. 224.

²⁷ D. Marino, *Criptovalute e riciclaggio, ecco l'illegalità che affligge il cuore dei bitcoin (e affini)*, 29 gennaio 2019.

Ciò posto, è impensabile, ad esempio, equiparare la posizione di un cambiavalute a quella dell'*exchanger*, stante l'enorme divario di quantità e portata delle operazioni verificate.

In calce alla questione si pone altresì la diffusione di "nuovi" protocolli, paralleli alla *blockchain*, di perfezionamento dei trasferimenti in valuta virtuale. Si fa riferimento al *Lightning Network*, che consente il compimento di più transazioni bilaterali all'interno dello stesso "blocco" della *blockchain*, postulando un controllo solo successivo, da parte degli *users*, sulla somma totale dei trasferimenti intervenuti.

Le vicende che interessano il progresso tecnologico pongono nuovi quesiti al Legislatore, per il quale la modifica delle *policies* del mercato digitale può rappresentare un ostacolo e una difficile parametrizzazione del rapporto tra prevenzione e repressione.

I rimedi da adottare dovrebbero basarsi su una responsabilizzazione dell'utente, adattando i moderni sistemi digitali alla necessaria trasparenza che deve caratterizzare qualsiasi tipo di trasferimento di valuta.

Una soluzione potrebbe essere l'alterazione dell'attuale sistema di pseudo-anonimato. Gli utenti potrebbero essere "coperti" dal velo dell'anonimato, ma non all'atto dell'iscrizione: l'attribuzione di uno *username* dovrebbe essere subordinata alla verifica della reale identità del fruitore del servizio informatico, anche implementando l'attuale Sistema Pubblico di Identità Digitale (SPID).

Storia

— Il sig. Wu (caso n. 2)

Mr. Wu (case no. 2)

di Paolo Oddi

Il caso: la perdita del permesso di soggiorno di un giovane imprenditore cinese dovuta a un precedente penale e la battaglia legale per ripristinarlo.

La questione giuridica: il testo unico sull'immigrazione, all'art. 4 c. 3, elenca i reati ostativi all'ingresso e al soggiorno del cittadino non europeo. Le condanne per tali reati introducono nel diritto dell'immigrazione degli automatismi o sono possibili dei bilanciamenti?

Wu è un giovane imprenditore cinese che parla bene italiano.

Me lo presenta una collega che lo ha difeso in un procedimento penale dove era accusato di maltrattamenti in famiglia dalla ex convivente, una connazionale che al processo ha sostanzialmente ritrattato ma che non è stata creduta dal tribunale.

Wu è stato condannato, con rito abbreviato, al minimo della pena, poiché riconosciute in suo favore sia le circostanze attenuanti generiche sia l'attenuante del risarcimento del danno, e gli sono stati concessi tutti i benefici di legge (sospensione condizionale della pena e non menzione sul certificato del casellario).

Tuttavia, basta una sola condanna, per uno dei reati che il testo unico immigrazione qualifica come ostativi (all'ingresso e al soggiorno dello straniero), per

vedersi rifiutare il rinnovo del permesso di permanere sul nostro territorio¹. Anche se si è arrivati in Italia da anni per studiare e si è stati titolari di un permesso di soggiorno per studio, poi convertito in lavoro², come nel caso di Wu.

Per la questura la circostanza di quell'unica condanna qualifica "in automatico" lo straniero come pericoloso per l'ordine e la sicurezza pubblici e, quindi, immeritevole di proseguire con il suo soggiorno in territorio italiano³.

Il decreto della questura che gli nega il rinnovo del permesso è un duro colpo per Wu, che mi racconta frastornato del momento in cui gli operanti gli hanno ritirato la ricevuta attestante la richiesta di rinnovo del permesso⁴. Il ristorante va bene e impiega una dozzina di lavoratori, di tutte le nazionalità. Wu non si capacita. Non può e non vuole mollare.

L'unica strada da percorrere è quella del ricorso al Tribunale Amministrativo Regionale (T.A.R.), con il quale invocare un più equilibrato giudizio di bilanciamento tra le ragioni securitarie, sostenute dall'amministrazione, e quelle dell'inserimento sociale dello straniero, anche a fronte di una sentenza che gli ha concesso tutti i benefici di legge⁵.

¹ Per poter fare ingresso e soggiornare in Italia devono essere soddisfatte le condizioni previste dall'art. 4 del [testo unico immigrazione \(t.u.i.\)](#), tra le quali rientra il non essere stati condannati – anche con sentenza non definitiva, compresa quella adottata ai sensi dell'art. 444 c.p.p. (patteggiamento) – per i reati di cui all'art. 380 c.p.p. (quelli per cui è previsto l'arresto obbligatorio in flagranza) ovvero per i reati inerenti gli stupefacenti, la libertà sessuale, il favoreggiamento dell'immigrazione clandestina verso l'Italia e dell'emigrazione clandestina dall'Italia verso altri Stati o per reati diretti al reclutamento di persone da destinare alla prostituzione o allo sfruttamento della prostituzione o di minori da impiegare in attività illecite. Impedisce l'ingresso dello straniero in Italia anche la condanna – in questo caso irrevocabile – per uno dei reati in materia di tutela del diritto d'autore. Da ultimo il decreto "sicurezza" ([d.l. n. 113/2018](#)) ha aggiunto come ostativo al permesso il reato di istruzione o ingombro di strada di cui all'art. 1 del d.lgs. n. 66/1948.

² La disciplina del permesso di soggiorno per studio e delle condizioni per la sua conversione in permesso di soggiorno per lavoro è dettata dagli articoli 6, 22, 38, 39, 39-bis, t.u.i., e dagli articoli 14, 44 bis, 45 del regolamento di attuazione del t.u.i. ([d.P.R. n. 394/99 e successive modifiche](#)). Il permesso di soggiorno per studio consente lo svolgimento di un'attività lavorativa part-time per un massimo di venti ore alla settimana; ai fini del rinnovo è necessario avere superato almeno due esami all'anno e, in linea di massima, può essere convertito in permesso di soggiorno per lavoro nell'ambito della quota di conversione stabilita con il decreto flussi. La conversione è sempre possibile (quindi c.d. *extra quote*) per chi ha conseguito un titolo di studio in un'università italiana (statale o privata legalmente riconosciuta dal MIUR) o ha raggiunto la maggiore età in Italia. La procedura di conversione è telematica (cfr. siti delle Prefetture e del Ministero dell'Interno).

³ La necessità di operare un giudizio di bilanciamento con altri elementi è espressamente prevista dal t.u.i. solo con riferimento a profili di unità familiare dello straniero grazie all'attuazione della direttiva europea in materia di unità familiare ([2003/86/Ce](#)).

⁴ Al momento della notifica del decreto di rigetto di rinnovo del permesso di soggiorno la questura procede al ritiro della ricevuta (cartacea) attestante la pendenza del procedimento amministrativo volto, appunto, al rinnovo del titolo. Il decreto questorile contiene anche un ordine di allontanamento dal territorio dello Stato entro quindici giorni ai sensi dell'art. 12, co. 2, d.P.R. 394/99 (regolamento di attuazione del testo unico immigrazione). Tale ordine, se violato, fa scattare la procedura di espulsione vera e propria, accompagnata da un divieto di reingresso e dall'inserimento del nominativo dello straniero nella banca dati del Sistema Informativo Schengen (cfr. P. Oddi, [Patrizia e Aldin \(caso n. 1\)](#), in *questa rivista*, 6 maggio 2020).

⁵ Il ricorso al T.A.R. va presentato entro sessanta giorni dalla notifica del decreto e contiene, normalmente, un'istanza di sospensione dello stesso. Il processo amministrativo è telematico dal 1 gennaio 2017. La questione del bilanciamento in presenza di sentenze di condanna per un reato ostativo è controversa. In assenza di legami familiari la giurisprudenza ha un orientamento spesso restrittivo, cioè ritiene che l'amministrazione sia vincolata a quanto stabilito dal testo unico immigrazione. Tuttavia, come nel caso di Wu, la sussistenza di indici favorevoli al ricorrente – quali i benefici di legge contenuti in sentenza e un procedimento di riabilitazione conclusosi favorevolmente – ha reso consigliabile la presentazione del ricorso.

L'istanza di sospensiva⁶, in calce al ricorso, è decisiva. Se accolta ci sono spesso ottime possibilità di ottenere il ripristino del titolo di soggiorno.

Il termine per impugnare il decreto questorile è di sessanta giorni dalla notifica; momento che per Wu si verifica in pieno luglio⁷. Mi serve tutto questo tempo per raccogliere ogni documento utile a sostenere le sue ragioni⁸.

Dopo l'estate Wu mi porta le buste paga corrisposte dalla sua azienda ai lavoratori nell'ultimo anno, le dichiarazioni dei redditi d'impresa e un bilancio di previsione.

La camera di consiglio cautelare, dove si decide se sospendere il decreto, viene fissata per i primi di ottobre. All'esito il T.A.R., come sperato, concede la sospensiva e ordina alla questura di procedere al riesame della vicenda⁹. Per il giudice amministrativo è dirimente anche l'intervenuta riabilitazione di Wu, di cui si è dato conto nelle more del ricorso ed avanzata precedentemente dall'avvocato penalista¹⁰.

Il T.A.R. fissa l'udienza per la prosecuzione della causa nel merito a più di un anno dopo e senza stabilire un termine preciso entro il quale la questura debba rivalutare la posizione di Wu.

Dopo alcuni solleciti via posta elettronica all'ufficio immigrazione, ricevo la convocazione per il ripristino provvisorio della ricevuta della richiesta di rinnovo del permesso soggiorno a quattro mesi dall'ordinanza del tribunale. Ricevuta che lo rimette in una posizione di regolarità del soggiorno.

La mattina dell'appuntamento Wu è in coda davanti all'ufficio con i tanti stranieri in attesa del proprio turno con le copie cartacee di tutta la documentazione, già anticipata per posta elettronica, e gli ultimi certificati contabili della ditta.

⁶ Il procedimento cautelare è disciplinato dagli art. 55 e seguenti del [Codice del processo amministrativo](#). Il ricorrente deve sostenere di subire un pregiudizio grave e irreparabile durante il tempo necessario a giungere alla decisione del ricorso. In materia di immigrazione tale pregiudizio è sicuramente sempre esistente, poiché la perdita del permesso di soggiorno espone lo straniero all'allontanamento dallo Stato. Perché tale istanza sia il più possibile fondata è opportuno che il ricorso sia bene argomentato e documentato (*fumus boni iuris*), anche sotto il profilo del pregiudizio arrecato allo straniero dal provvedimento questorile (*periculum*). Nel caso di Wu l'interruzione della sua permanenza in Italia si riflette pesantemente anche sulla sua attività imprenditoriale.

⁷ Secondo l'art. 54, co. 3, del Codice del processo amministrativo la sospensione dei termini dal 1 agosto al 31 agosto non si applica al procedimento cautelare.

⁸ L'interruzione del soggiorno di Wu mette a rischio anche i posti di lavoro dei suoi dipendenti.

⁹ È prassi frequente che il T.A.R. Lombardia, qualora accolga la sospensiva, ordini alla questura di riesaminare la vicenda, rinviando la trattazione della causa nel merito anche a parecchi mesi di distanza (dando così tempo all'amministrazione di provvedere).

¹⁰ La sentenza di riabilitazione, seppure successiva alla notifica del provvedimento impugnato, è giustamente ritenuta dal T.A.R. un dato rilevante. In linea generale è sempre opportuno consigliare agli stranieri condannati di procedere, in presenza delle condizioni di cui all'art. 179 c.p., alla riabilitazione, poiché i precedenti penali – come nel caso di Wu – ostacolano il mantenimento del soggiorno se ostativi ma incidono anche sulla possibilità di ottenere il permesso di soggiorno UE per soggiornanti di lungo periodo (art. 9 t.u.i.) e la cittadinanza italiana ([legge n. 91/92 e successive modifiche](#)).

All'uscita della questura Wu mi manda per *whatsapp* la foto della ricevuta riconsegnata¹¹ accompagnata da una faccina sorridente.

Con i colleghi dello studio decidiamo di passare una serata nel suo ristorante e lì conosco direttamente il suo mondo e la variegata provenienza dei suoi dipendenti. Anche lui prende le ordinazioni, disinvolto e informale, immerso nel suo locale allegro e multiculturale.

Passano ancora altri mesi e, finalmente, ricevo dalla questura un messaggio via pec contenente un allegato per Wu.

Si tratta della "revoca in autotutela del rigetto del rinnovo del permesso di soggiorno"¹².

L'amministrazione ha riesaminato la vicenda e deciso nel senso indicato dal tribunale, che dichiarerà così cessata la materia contendere all'udienza di merito¹³. Per Wu è l'ultimo atto di una battaglia durata più di un anno.

¹¹ La ricevuta attestante la richiesta di rinnovo – qui ripristinata come esito positivo del ricorso e nelle more della sua definizione – equivale al permesso di soggiorno ai sensi dell'art. 5, c. 9-bis, t.u.i.

¹² È il provvedimento definitivo della questura che torna sui suoi passi e revoca diniego di rinnovo precedentemente emanato.

¹³ Essendo stato revocato il provvedimento oggetto del contenzioso il T.A.R. dichiara cessata la materia del contendere. Purtroppo in questo caso (ma ormai è prassi in materia di immigrazione) senza condannare l'amministrazione, di fatto soccombente, a corrispondere al ricorrente onorari e spese del giudizio.

Conversazione

— Covid-19, società e responsabilità

Spunti per un dialogo transdisciplinare

Covid-19, society and responsibilities

Hints for a transdisciplinary dialogue

di Michele Passione, Francesco Scopelliti (a cura di Susanna Arcieri)

Durante gli scorsi mesi, nel pieno dell'emergenza sanitaria da Covid-19, abbiamo chiesto ad alcuni collaboratori di DPU, di diversa formazione e provenienti da differenti campi del sapere, di offrirci il proprio punto di vista, a partire dai rispettivi ambiti professionali e dalle proprie esperienze, su alcune questioni che oggi sono al centro del dibattito pubblico e che riguardano la gestione della pandemia nel nostro paese.

Alla base del nostro invito vi era l'intento (e l'auspicio) di consentire, proprio grazie alla pluralità dei punti di osservazione, di ampliare al massimo l'angolo visuale e di arrivare così quanto più vicini possibile a una comprensione completa ed esaustiva dei numerosi problemi connessi al rapporto tra Covid-19, società e responsabilità.

I primi a rispondere alle nostre domande sono stati **Michele Passione** e **Francesco Scopelliti**. Due Autori di diversa provenienza: l'uno (Passione), Avvocato penalista, da anni impegnato, per lavoro e per vocazione, nello studio dei problemi legati al contesto carcerario, con riguardo sia alla fase cautelare sia a quella dell'esecuzione della pena; l'altro (Scopelliti), psicoterapeuta, oggi responsabile Ser.D., Area Penale e Penitenziaria, di un'azienda sociosanitaria milanese, che si occupa da anni della cura dei disturbi correlati all'uso di sostanze e delle dipendenze patologiche.

Dall'unione delle due prospettive nasce questa riflessione, nella quale si intende riassumere i principali spunti e le più stimolanti provocazioni emerse dal colloquio con entrambi gli autori.

Vi sono stati errori o ritardi nella gestione della pandemia da parte delle istituzioni italiane, soprattutto nelle prime settimane di emergenza sanitaria? In quale misura avremmo potuto evitare gli eventuali errori commessi?

Secondo Passione, che, in quanto giurista, chiarisce subito di voler limitare la propria riflessione ai profili prettamente giuridici della questione – stante «l'impossibilità di "maneggiare" un sapere scientifico utile a esprimere valutazioni di carattere più ampio» – un dato è quanto mai chiaro:

«credo che uno dei principali errori sia stato proprio quello di una comunicazione all'esterno, affidata a *vocis*, alla quale si è sostituita una sequela di informazioni distoniche, per forme, tempi e modi, che hanno finito col creare disorientamento ed angoscia, più per l'incertezza del futuro (anche prossimo) che per la pandemia in sé».

In particolare, il problema della comunicazione inefficace e fonte di confusione si è avvertito, sempre secondo Passione, con riguardo sia alla scelta degli strumenti normativi impiegati per regolare la condotta dei cittadini («penso che l'utilizzo disorganico di fonti di dubbia compatibilità con diritti costituzionali, nel loro succedersi le une alle altre, abbia determinato un grande spaesamento ed una difficoltà nel percepire le regole di condotta corrette ed utili»), sia al contenuto degli stessi:

«il Diritto dovrebbe parlare coi precetti, più che con le sanzioni (che in questo caso sono state più volte indicate in maniera diversa, e del tutto prive di tassatività son parse le diverse condotte indicate dal legislatore), ed è necessario che i consociati comprendano e condividano il valore delle regole. Nel nostro caso, invece, la logica infantilizzante e colpevolizzante ha caratterizzato tutta la fase uno».

Del resto, osserva l'Autore, sono stati in molti a segnalare – pur con quale rara, ma preziosa, voce fuori dal coro¹ – il disordine normativo e la strumentalità dell'incedere del Governo durante la pandemia².

¹ M. Bignami, *Chiacchiericcio sulle libertà costituzionali al tempo del coronavirus*, in *Questione Giustizia*, 7 aprile 2020.

² *Ex multis*: M. De Carolis, *La minaccia del contagio*, in *Quodilibet*, 11 marzo 2020; R. Buffagni, *Epidemia coronavirus: due approcci strategici a confronto*, in *Italiaeilmondo.*, 14 marzo 2020; M. Passione (volendo), *Lo Stato di eccezione e lo spirito del gregge*, in *Ristretti*, 16 marzo 2020; N. Urbinati, *Non arrendiamoci a tacere e obbedire*, in *Huffingtonpost*, 18 marzo 2020; G. Guzzetta, *Lettera al Colle, Il Dubbio*, 22 marzo 2020; A. De Angelis, *Sconcertante*, in *Huffingtonpost*, 22 marzo 2020; R.M. Rosso, *Biopolitica e virus – Effetti politici di un'epidemia globale*, in *Volerelaluna*, 23 marzo 2020; E. Santoro, *Legge, ordine e virus*, ne *L'Altro Diritto*, 24 marzo 2020; P. Gervasi, *Il nostro pensiero è in trappola da sempre, dobbiamo liberarlo*, in *che-fare.com*, 25 marzo 2020; V. Giacomini, *Il prima e il dopo: appunti sulla quarantena*, ne *Gli asini rivista*, 24 marzo 2020; C. Zucchelli, *Lo "stato di eccezione" e i pericoli per la Costituzione che finisce violata*, ne *Il dubbio*, 4 aprile 2020; M. Franzini, *Il covid – 19 e le diseguaglianze economiche*, in *Questione Giustizia*, 8 aprile 2020; G. Agamben, *Contagio*, 11 marzo 2020; *Chiarimenti*, 17 marzo 2020; *Riflessioni sulla peste*, 27 marzo 2020; *Distanziamento sociale*, 6 aprile 2020; *Fase 2*, 20 aprile 2020; *Nuove riflessioni*, 22 aprile 2020; *Sul vero e sul falso*, 28 aprile 2020; *Biosicurezza*, 11 maggio 2020, tutti in *Quodilibet*.

In questo quadro di confusione e di incertezza generale da parte delle stesse istituzioni si inserisce uno specifico e delicato problema, rappresentato dalla risposta data all'emergenza Covid in ambito penitenziario. Una risposta che, secondo Scopelliti, non sempre è stata adeguata alla necessità di tutela della salute, non solo dei detenuti, ma anche degli operatori penitenziari e del personale sanitario in servizio presso le carceri italiane.

«Credo che per quanto riguarda le Carceri si sarebbe dovuto intervenire in modo più tempestivo disponendo delle scarcerazioni al fine di diminuire le presenze all'interno degli istituti di pena. Questo avrebbe permesso di migliorare la vivibilità all'interno degli istituti facilitando anche gli interventi degli operatori coinvolti, interventi che in alcuni momenti sono stati molto rischiosi, anche a livello di incolumità personale. Il non intervento, quanto alla previsione di contesti alternativi alla detenzione, risulta più grave se si considera l'alto numero di persone sottoposte al regime di carcerazione preventiva e, pertanto, a tutti gli effetti, presunte innocenti» spiega infatti Scopelliti.

Le ragioni per le quali non si è provveduto a ridurre maggiormente le presenze in carcere, secondo l'Autore, hanno in gran parte natura politica, e risiedono in particolare «nella paura legata al consenso: concedere qualcosa a chi ha commesso un reato, specialmente in un momento di crisi, non paga in termini di consenso popolare».

Del resto, osserva sul punto Passione, «le rivolte dei primi giorni di marzo e le incredibili risposte normative, totalmente dimentiche delle vere risposte da offrire, sono sotto gli occhi di tutti, tranne che del Ministro»³.

La situazione non è stata però la stessa in tutte le zone di Italia: si sono visti infatti anche alcuni segnali positivi, specie nel contesto milanese, in cui lo stesso Scopelliti personalmente opera e nel quale «si è evidenziata, oltre a una complessiva adeguatezza dei sistemi di cura, anche una sinergia tra l'area sanitaria e l'operato delle Direzioni degli istituti e della Polizia Penitenziaria».

Grazie inoltre all'aiuto dei servizi del privato sociale, è stato possibile superare in modo efficace anche alcuni dei problemi iniziali, come quelli legati alla difficoltà di reperire e fornire i presidi medici di protezione e di individuare tempestivamente i migliori interventi di cura.

«Una situazione, questa, tutt'altro che scontata, viste le difficoltà della convivenza delle diverse competenze legate al mandato istituzionale», osserva infine l'autore.

A fronte di tali errori e ritardi, chi sarà però chiamato a risponderne? Su chi dovrebbero ricadere, cioè, le principali responsabilità legate alla gestione della pandemia?

A questa nostra domanda, Passione risponde con estrema risolutezza: «mi pare inappropriato ricercare responsabilità, quasi fosse questo il tema di fondo», e tuttavia prosegue rilevando che

³ Volendo, M. Passione, "Cura Italia" e carcere: prime osservazioni sulle (poche) risposte all'emergenza, in *Questione Giustizia*, 19 marzo 2020.

«è evidente che quando si adottano strumenti normativi che fanno capo al Presidente del Consiglio (DPCM) o la decretazione di urgenza governativa, la rivendicazione di uno spazio decisionale, con tutto quanto ne consegue, sta nell'armamentario utilizzato. Senza negare che possano e debbano segnalarsi errori ed omissioni, occorre tuttavia rifuggere da logiche semplificatorie, "a partire dalla considerazione che la ricerca di un colpevole rischia di diventare la rassicurante individuazione di un capro espiatorio che deresponsabilizza tutti ma, allo stesso tempo, inibisce l'approfondimento dei fenomeni sui quali la pandemia ha impattato, rispetto ai quali la responsabilità è ben più diffusa e generalizzata, generando così l'emergenza che stiamo vivendo e che potremmo vivere anche in futuro", come è stato scritto su questa rivista»⁴.

Di diverso avviso invece è Scopelliti, il quale, sempre con specifico riferimento alla situazione delle carceri, e in particolare alla mancata, o insufficiente, riduzione dei tassi di sovraffollamento tramite provvedimenti di scarcerazione, ritiene che la responsabilità vada attribuita «alle persone preposte alla gestione del sistema penitenziario» e dunque a «magistrati, Ser.d. e operatori penitenziari», i quali, pura avendo a disposizione strumenti idonei, almeno in potenza, di diminuire il numero di detenuti, hanno «preferito attendere interventi da parte del Governo, evitando l'assunzione delle dovute responsabilità inerenti i singoli ruoli ricoperti».

A un livello più generale, osserva ancora Scopelliti, le suddette responsabilità paiono legate «alla sostanziale inutilità dell'istituzione stessa del carcere, così come oggi è strutturato» e in particolare alla tendenza – di cui l'autore auspica un radicale e prossimo ripensamento – ad applicare la pena detentiva in modo quasi indiscriminato, laddove invece occorrerebbe limitare «il ricorso alla carcerazione soltanto per quelle situazioni a cui non si può far fronte in altro modo», privilegiando invece, nella maggioranza nei casi, l'utilizzo di strumenti e modalità di esecuzione della pena differenti, che consentano ai condannati e agli imputati di evitare l'ingresso in carcere.

Nondimeno, chiarisce Scopelliti, nessuno sarà chiamato, di fatto, a rispondere dei danni provocati dalla pandemia nelle carceri. Anzi, «sarebbe già un grosso risultato se almeno da questa esperienza nascesse una discussione, un confronto che permetta di assumere la consapevolezza che qualcosa si poteva e si doveva fare», sottolinea l'autore.

In definitiva, pare possibile cogliere un elemento comune nelle riflessioni condivise da entrambi gli autori: uno dei principali fattori che hanno ostacolato una corretta ed efficace gestione della pandemia, dentro e fuori dal contesto penitenziario, risiederebbe proprio nella mancanza di un dialogo effettivo e di un confronto onesto, sia da parte delle istituzioni nei confronti della collettività sia all'interno delle istituzioni medesime: una mancanza che, inevitabilmente, ha generato dubbi e profonda confusione, a tutti i livelli, così rendendo estremamente difficile individuare con la necessaria tempestività le migliori strategie di contrasto alla diffusione del Covid-19.

⁴ P. Buffa, *Carcere e pandemia*, in questa rivista, 1 luglio 2020.

Sono mancate, insomma, una «visione chiara sul da farsi», e «una chiara comprensione dei diversi bisogni sociali»⁵ interessati dalla pandemia, afferma Passione, che, tra gli ambiti della vita sociale più colpiti dagli effetti della pandemia, fa l'esempio della scuola – «sostanzialmente abbandonata a se stessa, con schizofreniche decisioni che (a tutt'oggi) hanno impedito una prosecuzione didattica e (ciò che preoccupa maggiormente) una programmazione per il futuro» – e della Giustizia – «trascurata e svilita in tutti i suoi aspetti, di fatto impedendo che perfino le persone *in vinculis* potessero sedersi di fronte al loro giudice» –. Ricorda poi anche il problema dell'immigrazione – «oggetto di (tardive e flebili) risposte piegate alla convenienza, fatalmente cavalcate in via strumentale da chi utilizza il capro espiatorio come arma politica»⁶ – e quello del lavoro – «il cui sostegno (risibile) trascura per intero le nuove povertà, utilizza strumenti obsoleti e tardivi, misurandosi con il sommerso senza che ci si interroghi sulle cause che lo determinano».

Sono mancate, insomma, una «visione chiara sul da farsi», e «una chiara comprensione dei diversi bisogni sociali» interessati dalla pandemia, afferma Passione.

«Penso che l'assenza di una visione politica imponga a ciascuno di noi di rimeditare sul proprio ruolo nella Società, tentando di superare le moltissime pietre di inciampo che costelleranno il percorso» conclude l'autore.

E Scopelliti gli fa eco: se non saremo capaci di modificare l'impostazione di fondo, osserva, «ci troveremo sempre ad agire cercando di evitare il peggio, e non sempre andrà bene».

Pubblichiamo di seguito alcune precisazioni formulate dal dott. Scopelliti in data 3 agosto 2020.

Rileggendo quanto da me detto in merito alla domanda: «A fronte di tali errori e ritardi, chi sarà però chiamato a risponderne? Su chi dovrebbero ricadere, cioè, le principali responsabilità legate alla gestione della pandemia?», devo fare una importante precisazione. La mia risposta è da intendersi su quanto avvenuto nel contesto nazionale.

Va altresì detto che Milano e Brescia si sono distinti rispetto al resto del territorio con un intervento immediato delle Presidenze del Tribunale di Sorveglianza di Milano, la dr.ssa Giovanna Di Rosa, unitamente alla Presidenza del Tribunale di Sorveglianza di Brescia, dr.ssa Monica Lazzaroni.

È stato immediatamente istituito un tavolo di lavoro che ha coinvolto i Ser.D. del territorio Milanese e i Servizi del Privato Sociale, che ha consentito di elaborare strategie

⁵ A. Vercellone, *La faccia nascosta dell'epidemia*, in *Doppiozero*, 29 marzo 2020, ripubblicato in questa rivista, 15 aprile 2020.

⁶ Cfr. P. Oddi, *A proposito di regolarizzazione: prima le persone, e Il diritto è negli occhi di chi guarda?*, entrambi pubblicati in questa rivista, rispettivamente il 20 maggio e il 17 aprile 2020.

atte a tutelare la salute dei detenuti favorendo l'affidamento Terapeutico ed Ordinario nel rispetto della tutela alla salute relativamente alle normative di prevenzione Covid-19.

Questo ha consentito una immediata diminuzione del numero delle persone recluse attenuando le tensioni interne alle Carceri della Lombardia che erano subito emerse con rivolte anche violente.

Questi accordi sono successivamente stati recepiti a livello Regionale Lombardo con ulteriore allargamento su tutto il territorio dimostrando che con esperienza e professionalità e senza decreti o leggi particolari ma con la semplice applicazione dei contesti legislativi esistenti è possibile intervenire in modo adeguato a situazioni critiche di emergenza.

Riflessione

— L'Italia assolve, Strasburgo condanna

La tragedia dei suicidi in carcere esige riforme a tutela delle persone affette da disagio psichico.

Riflessioni in margine alla sentenza Cedu, sez. I, Citraro e Molino c. Italia del 4 giugno 2020

Italy acquits, Strasbourg condemns

The tragedy of prisoners' suicides requires law reforming to ensure a better protection to detainees dealing with mental-health issues. Some thoughts on ECHR, Sec. I, June, 4th, judgment Citraro e Molino c. Italia

di Fabio Fiorentin

Abstract. *L'articolo propone alcune riflessioni sulla sentenza della Corte europea dei diritti dell'uomo sul caso di un detenuto italiano suicida in carcere, evidenziando la natura strutturale del problema e la necessità di una riforma dell'assistenza delle persone detenute affette da problematiche mentali.*

Abstract. *The article proposes some thoughts on the ECHR judgment on the case of an Italian detenee that committed suicide in prison, enlighting the strucutral nature of the problem, requiring a law reforming to protect prisoners dealing with mental-health issues.*

SOMMARIO: 1. «Il re è nudo!» – 2. La valutazione della Corte europea impone uno *standard* di diligenza particolarmente elevato. – 3. Parametri di *due diligence* di fronte al rischio per il bene-vita. Una giurisprudenza "escatologica". – 4. L'assistenza sanitaria psichiatrica in ambito penitenziario A.D. 2020. – 5. Il malessere profondo del carcere: una patologia sistemica che richiede un radicale intervento riformatore.

SUMMARY: 1. «The king is naked!» – 2. The evaluation of the European Court imposes a particularly high standard of diligence. – 3. Parameters of due diligence in the face of risk for the value of life. An "eschatological" jurisprudence. – 4. Psychiatric healthcare in the penitentiary setting A.D. 2020. – 5. The deep malaise of prison: a systemic pathology that requires radical reform intervention.

1. «Il re è nudo!»

La condanna pronunciata dalla Corte di Strasburgo il 4 giugno scorso contro l'Italia è stata oggetto di ben poca attenzione sulle riviste di settore e sui portali giuridici, solitamente ricchi di commenti e contributi sulle ultime novità giurisprudenziali¹. Si può dire, anzi, che la sentenza *Citraro*, come una sorta di meteora, abbia percorso una veloce traiettoria attraverso il campo visivo degli osservatori specializzati per poi essere risospinta lontano dalla forza centripeta dei molti altri problemi che quotidianamente assorbono l'attenzione e le energie degli addetti ai lavori. Una sentenza per pochi intimi, insomma.

Questo *deficit* di attenzione rispecchia molto bene l'analogo atteggiamento che – da molto tempo ormai – circonda le problematiche del carcere e della vita detentiva.

Se, infatti, lo sfortunato epilogo del cammino riformatore dell'ordinamento penitenziario, avviato con gli Stati Generali nel 2015, proseguito con la promulgazione della legge-delega n. 103/17² e con i lavori della "Commissione Giostra" nel 2017³ e conclusosi mestamente con la "riforma dimezzata" recata dai decreti attuativi del 2018⁴, aveva almeno suscitato un moto di reazione ideale della magistratura, analogo afflato non ha contraddistinto il dibattito politico.

L'imponente elaborazione della giurisprudenza costituzionale degli ultimi tre anni rende, infatti, plastica testimonianza dello sforzo di "messa a regime costituzionale" avviato dalla magistratura di sorveglianza e dalla Prima sezione della Cassazione, in molti casi sviluppatosi proprio a partire dalle proposte contenute nei lavori degli Stati Generali e

¹ Per una prima sintesi della vicenda e della decisione della Corte pubblicata su questa rivista, v. S. Arcieri, *Accolta la richiesta dei genitori del detenuto suicida. La condanna della CEDU, vent'anni dopo*, 1 luglio 2020.

² Legge-delega 23 giugno 2017, n. 103, recante *Modifiche al codice penale, al codice di procedura penale e all'ordinamento penitenziario*, su cui v., tra i molti, A. Marandola, T. Bene, *La riforma della giustizia penale*, Giuffrè, 2017.

³ Gli atti della Commissione e la proposta di modifica normativa allegata sono consultabili in Commissione Giostra, *Il Progetto di riforma penitenziaria*, Nuova Editrice Universitaria, 2019, p. 227.

⁴ Si tratta dei d.lgs. 2 ottobre 2018, n. 121, *Disciplina dell'esecuzione delle pene nei confronti dei condannati minorenni, in attuazione della delega di cui all'articolo 1, commi 81, 83 e 85, lettera p)*, della legge 23 giugno 2017, n. 103; d.lgs. 2 ottobre 2018, n. 123, *Riforma dell'ordinamento penitenziario, in attuazione della delega di cui all'articolo 1, commi 82, 83 e 85, lettere a), d), i), l), m), o), r), t) e u)*, della legge 23 giugno 2017, n. 103 e d.lgs. 2 ottobre 2018, n. 124, *Riforma dell'ordinamento penitenziario in materia di vita detentiva e lavoro penitenziario, in attuazione della delega di cui all'articolo 1, commi 82, 83 e 85, lettere g), h) e r)*, della legge 23 giugno 2017, n. 103.

nell'articolato progetto di riforma dell'ordinamento penitenziario proposto agli interlocutori istituzionali dalla "Commissione Giostra" e da questi ultimi disatteso⁵.

Nulla, invece, sul versante legislativo e poco su quello amministrativo per il miglioramento delle condizioni di vita negli istituti penitenziari. *Maiora premunt*.

Così, anche la morte del detenuto Antonio Citraro, risalente al 2001, seguita da una scia di morti di carcere pressoché ininterrotta (che ha riguardato, per inciso, anche molti agenti di Polizia penitenziaria)⁶, rischia di restare una dolorosa testimonianza delle gravi carenze strutturali del carcere – evidenziate, tra l'altro, anche dalle organizzazioni sindacali della Polizia penitenziaria oltre che dai molti osservatori esterni⁷ – ascritta a quella categoria di eventi in qualche modo "inevitabili" ai quali è meglio rassegnarsi, non potendo e non volendo porvi rimedio.

Senonché l'Italia ha, per sua libera scelta, optato per fare parte di un circolo ristretto di Stati (molto ristretto, se lo si guarda nella prospettiva mondiale) che ha fatto del rispetto – e del rispetto intransigente – dei diritti fondamentali un vessillo valoriale attorno al quale fondare l'idea stessa di un'Europa che stenta a ritrovarsi attorno a ideali condivisi.

Ecco la contraddizione profonda messa impietosamente in luce dalla Corte di Strasburgo nel giudicare l'Italia per la morte del detenuto Citraro. Un po' come se i giudici alsaziani avessero gridato all'indirizzo del nostro Paese: «Il re è nudo!», svelando l'ipocrisia della pretesa di sedere nel consesso delle nazioni i cui ordinamenti sono ispirati a principi di civiltà giuridica senza però essere disposti a pagarne il pur necessario prezzo.

⁵ Senza pretese di esaustività, si possono ricordare: la sentenza n. 41 del 2018 (che ha portato a quattro anni il limite di pena che consente la sospensione dell'ordine di carcerazione ai sensi del comma 5, art. 656 c.p.p.); la n. 76 del 2017 (che ha soppresso, per il genitore di prole di età inferiori a dieci anni, nel caso di condannati per un reato di cui all'art. 4-bis o.p., l'obbligatorietà dell'espiazione in carcere della quota di pena necessaria all'ammissione alla detenzione domiciliare speciale); la n. 149 del 2018 (che ha censurato la previsione per cui il condannato all'ergastolo per il delitto di sequestro di persona a scopo di estorsione che abbia cagionato la morte del sequestrato non è ammesso ai benefici penitenziari se non abbia effettivamente espiaato almeno ventisei anni di pena); la n. 174 del 2018 (che ha eliminato le preclusioni all'accesso al beneficio dell'assistenza all'esterno dei figli minori) e, fra le più recenti, la n. 99 del 2019 (che ha aperto la strada alla concessione della detenzione domiciliare per i condannati affetti da infermità psichica sopravvenuta nel corso dell'esecuzione), la n. 187 del 2019 (che ha dichiarato illegittima la preclusione triennale all'accesso alla detenzione domiciliare "speciale" e ordinaria nei casi delle lett. a) e b) dell'art. 47-ter o.p., stabilita dai commi 1, 2 e 3 dell'art. 58-*quater* o.p. per coloro nei cui confronti è stata disposta la revoca di uno dei benefici indicati nel comma 2 dello stesso art. 58-*quater*); la n. 253 del 2019, che ha superato *in parte qua* gli automatismi preclusivi posti dal c.d. "doppia binario penitenziario"; la n. 18 del 2020 (che ha dichiarato costituzionalmente illegittimo l'art. 47-*quinquies*, comma 1, o.p., nella parte in cui non prevede la concessione della detenzione domiciliare speciale anche alle condannate madri di figli affetti da handicap grave ai sensi dell'art. 3, comma 3, della legge 5 febbraio 1992, n. 104). Si veda, da ultimo, la sentenza n. 74 del 2020 in materia di semilibertà "surrogatoria" dell'affidamento in prova.

⁶ Si veda al proposito il XVI Rapporto di Antigone sulle condizioni di detenzione, *Il carcere al tempo del coronavirus*, p. 36.

⁷ *Ibidem*.

2. La valutazione della Corte europea impone uno *standard* di diligenza particolarmente elevato.

La pronuncia della Prima sezione della Corte europea del 4 giugno 2020 condanna l'Italia per violazione dell'art. 2 della Convenzione dei Diritti dell'Uomo⁸.

L'*incipit* della evocata disposizione testualmente recita: «il diritto alla vita di ogni persona è protetto dalla legge [...]». Nell'interpretazione della Corte tale principio copre non solo la tutela dei cittadini rispetto alle condotte degli Stati intenzionalmente dirette a provocare la morte, ma implica, altresì, un obbligo positivo, indirizzato agli Stati membri, che sono chiamati a introdurre tutte le misure necessarie ad assicurare la protezione della vita delle persone che – a vario titolo – sono sottoposte alla potestà organizzativa statale.

Si tratta di un principio posto a tutela sia delle persone libere (ad es. i ricoverati presso un ospedale, i cittadini che servono il Paese nelle Forze armate, etc.) che di quelle private della libertà personale, nei cui confronti, anzi, esso è declinato in termini ancor più cogenti proprio per la particolare condizione di tali soggetti, fortemente incisi nella propria sfera personale dalle limitazioni connesse all'esecuzione della pena o di una misura di sicurezza⁹.

Tale stringente obbligo viene esaminato – nel caso affrontato dalla Corte – con riferimento al rischio suicidario delle persone ristrette in carcere e viene in rilievo in tutti i casi in cui l'autorità pubblica fronteggi situazioni dalle quali si genera «un rischio reale e immediato» che il detenuto possa commettere atti autosoppressivi.

La violazione convenzionale è integrata se l'autorità preposta, a fronte di elementi dai quali si possa inferire la sussistenza di un rischio concreto di gesti autolesivi (la sentenza enumera, esemplificativamente, la presenza di anamnesi positiva per disturbi della sfera psichica, precedenti specifici, ideazioni suicidarie già espresse dal soggetto, etc.), non adotti tutte le «misure ragionevolmente utili» a prevenire la verifica dell'evento anticonservativo.

Si noti che lo stigma della Corte europea è tutto per lo Stato-amministrazione: nulla trovano da eccepire, a Strasburgo, sul versante dell'accertamento giudiziale e i giudici europei chiariscono che lo Stato italiano non ha violato, sotto il profilo procedurale, l'art. 2 CEDU, poiché le indagini e il processo svoltisi in Italia sulle cause della morte di Citraro e

⁸ Per un *insight* sulla tutela dei diritti fondamentali nell'elaborazione della CEDU si rinvia a P. Pinto de Albuquerque, *I diritti umani in una prospettiva europea*, a cura e con un saggio di D. Galliani, Giappichelli, 2016.

⁹ Non deve necessariamente trattarsi di detenuti per ragioni di giustizia: si veda, infatti, la sentenza della CEDU, *Grande Chambre, Fernandes de Oliveira c. Portugal*, 31 gennaio 2019, che riguarda una persona volontariamente ricoverata presso un reparto ospedaliero psichiatrico (la pronuncia è citata da F. Gianfilippi, *Citraro e Molino c. Italia. La responsabilità dello Stato per la vita delle persone detenute ed un suicidio di venti anni fa*, in *Giustizia Insieme*, Rivista web, 7 luglio 2020). In senso analogo v. Corte edu, *Bouyid v. Belgium*, 28 settembre 2015 (ric. n. 23380/09), § 107. Anche per la Corte costituzionale lo stato di detenzione «il cui dato distintivo è la precarietà degli individui, derivante dalla mancanza di libertà, in condizioni di ambiente per loro natura destinate a separare dalla società civile» impone oneri di speciale protezione della dignità e dei diritti (Corte cost., sentenza n. 26 del 1999, § 3.1.).

la verifica circa le eventuali responsabilità, anche di tipo omissivo, da parte delle autorità competenti è stata scrupolosa e fondata sulla volontà di accertare la verità sulle circostanze del decesso¹⁰.

Le censure della CEDU si concentrano, dunque, sulla condotta dell'amministrazione penitenziaria. Sul versante europeo il livello di *due diligence* imposta all'amministrazione è molto più elevato dei parametri di valutazione adottati in sede domestica, tanto che la responsabilità dello Stato è affermata nonostante la Corte riconosca che la direzione penitenziaria fosse a conoscenza delle condizioni psichiche del detenuto ed avesse adottato alcune cautele specifiche atte a prevenire eventuali condotte autosoppressive.

L'asticella di Strasburgo è, dunque, posta a un livello alto, molto alto: è stigmatizzato il tempo – giudicato troppo lungo – intercorso tra la decisione del magistrato di sorveglianza che autorizzava il trasferimento del Citraro in un luogo di cura esterno al carcere e il decesso di quest'ultimo; viene criticata la decisione assunta dalla direzione di trasformare la sorveglianza «a vista» del detenuto nella «grandissima sorveglianza» (che implica comunque un'assidua vigilanza da parte del personale di Polizia penitenziaria) e non resta esente da rilievi neppure la decisione di non rimuovere la barricata e le schermature alle finestre, realizzate dal detenuto, anche se viene riconosciuto, alla base di quella decisione, l'intento di evitare ulteriori traumi al soggetto, già fortemente instabile. È censurata anche la circostanza che lo psichiatra non avesse visitato quotidianamente il detenuto (la presenza dello specialista si era limitata ad alcune giornate), in contrasto con quanto auspicato dal Comitato Europeo per la Prevenzione della Tortura e dei trattamenti inumani o degradanti (C.P.T.) nelle Regole penitenziarie europee¹¹ e nelle Raccomandazioni del Comitato dei ministri del Consiglio d'Europa («sarebbe stato necessario prevedere delle consulenze psichiatriche quotidiane») e che lo specialista non fosse sempre la stessa persona fisica¹².

3. Parametri di *due diligence* di fronte al rischio per il bene-vita. Una giurisprudenza "escatologica".

La pronuncia della Corte europea porta nuovamente alla ribalta il tema della salute in ambito detentivo, operando alla sua maniera, con gli strumenti, cioè, della Convenzione edu che non tutela espressamente tale diritto fondamentale, il cui rispetto viene garantito attraverso il riferimento a disposizioni convenzionali che presidiano altri diritti. A volte (come nel caso qui in esame) viene in rilievo il diritto alla vita (art. 2 CEDU), altre volte si

¹⁰ Non si tratta affatto di un passaggio scontato: la Corte è, infatti, molto attenta nel saggiare l'effettività e adeguatezza delle indagini condotte dalle autorità per accertare cause e responsabilità dei decessi in carcere. Tra le molte, si richiama Corte edu, sez. V, 4 febbraio 2016, *Isenc v. France*, ove si afferma la responsabilità dello Stato francese ai sensi dell'art. 3 CEDU tanto sotto il profilo sostanziale, per la riscontrata assenza di un adeguato supporto psicologico ad un soggetto caratterizzato da una notevole instabilità psichica; quanto sotto il profilo procedurale, in quanto, a seguito del decesso del detenuto, non risultano essere state condotte dalle autorità francesi indagini adeguate allo scopo di accertare e chiarire l'effettivo svolgimento dei fatti.

¹¹ Cfr. Consiglio d'Europa, *European Prison Rules – Rec(2006)2*, 11 gennaio 2006.

¹² V. i § 46 e 90 del sentenza in commento.

evoca il rispetto della vita privata e familiare (art. 8 CEDU), molto spesso si guarda all'art. 3 CEDU, che vieta i trattamenti detentivi inumani e degradanti.

Nel caso delle persone detenute, è proprio il riferimento alla dignità umana a essere più frequentemente invocato, nel senso che – come hanno affermato i giudici europei con ormai consolidata giurisprudenza¹³ – la situazione del detenuto la cui malattia non sia adeguatamente curata in carcere arreca alla persona ristretta un *surplus* di afflizione che, sommandosi alla sofferenza psicologica della detenzione, integra un trattamento contrario al senso di umanità tale da ledere la stessa dignità umana¹⁴.

La sentenza *Citraro* opta per un approccio – per così dire – diretto al cuore della questione: ritiene assorbito il profilo della violazione dell'art. 3 CEDU dalla rilevata violazione dell'art. 2 della Convenzione. La vita, insomma, vale più della dignità.

La scelta non rileva solo sotto l'aspetto assiologico ma esprime, probabilmente, la volontà di mandare un segnale di particolare attenzione alla situazione di coloro che – vivendo un'esperienza detentiva – rappresentano agli occhi della Corte dei soggetti particolarmente vulnerabili¹⁵ ed implica – per tale ragione – un approccio ancor più rigoroso alla valutazione dei profili di responsabilità delle figure istituzionali coinvolte nella vicenda.

Pur premettendo, infatti, che in questi casi, dovendosi «stabilire se le autorità abbiano fatto tutto quanto poteva ragionevolmente attendersi da esse per prevenire il rischio di suicidio», occorre interpretare tale obbligo «in maniera da non imporre alle autorità un onere insostenibile o eccessivo e che qualsiasi minaccia presunta contro la vita non obbliga le autorità, in riferimento alla Convenzione, ad adottare misure concrete per prevenirne la realizzazione», nella fattispecie la valutazione sull'operato dell'amministrazione è particolarmente severa.

Colpiscono, al proposito, le censure rivolte dalla Corte all'intervento dello psichiatra (la CEDU stigmatizza il fatto che il detenuto non sia stato sottoposto a visita ogni giorno e che il medico non fosse sempre la medesima persona), alla decisione assunta dalla

¹³ Per un approfondimento sul tema della dignità umana quale diritto fondamentale nella giurisprudenza europea v. A. Di Stasi, *Human Dignity as a Normative Concept. Dialogue Between European Courts (ECtHR and CJEU)?*, in P. Pinto de Albuquerque e K. Woytyczek, *Judicial Power in a Globalized World*, Springer Ed., 2019, pp. 115 ss.

¹⁴ V., tra le molte, Corte edu, 22 aprile 2014, G.C. c. *Italia*, §53: «S'agissant en particulier des personnes privées de liberté, l'article 3 de la Convention impose à l'État l'obligation positive de s'assurer que tout prisonnier est détenu dans des conditions compatibles avec le respect de la dignité humaine, que les modalités d'exécution de la mesure ne soumettent pas l'intéressé à une détresse ou une épreuve d'une intensité qui excède le niveau inévitable de souffrance inhérent à la détention et que, eu égard aux exigences pratiques de l'emprisonnement, la santé et le bien-être du prisonnier sont assurés de manière adéquate, notamment par l'administration des soins médicaux requis (*Kudła c. Pologne [GC]*, no 30210/96, § 94, CEDH 2000 XI, et *Riviere c. France*, no 33834/03, § 62, 11 juillet 2006). Ainsi, le manque de soins médicaux appropriés, et, plus généralement, la détention d'une personne malade dans des conditions inadéquates, peut en principe constituer un traitement contraire à l'article 3 de la Convention (voir, par exemple, *İlhan c. Turquie [GC]*, no 22277/93, § 87, CEDH 2000 VII, et *Gennadi Naoumenko*, précité, § 112). Outre la santé du prisonnier, c'est son bien-être qui doit être assuré d'une manière adéquate (*Mouisel*, précité, § 40)».

¹⁵ Così, esplicitamente, il § 72 della sentenza in analisi. Negli stessi termini, v. anche Corte Edu, sez. V, 4 febbraio 2016, *Isenc v. France*, cit.

direzione di seguire le indicazioni dei sanitari di ridurre il livello di sorveglianza sul detenuto e alla scelta di non agire con la forza per liberare l'ingresso della cella, e ciò al fine di evitare che la situazione peggiorasse, sulla base della recisa affermazione, da parte della Corte, che «il parere dello psichiatra non era vincolante».

Tale asserto, pur vero in astratto se si vuol intendere che la decisione finale spettava comunque all'organo di vertice dell'istituto, addossa tuttavia in capo alla direzione penitenziaria un livello di responsabilità particolarmente elevato e tale da sconfinare nella responsabilità oggettiva: infatti, per superare indenne il vaglio della Corte europea, la direttrice del carcere avrebbe dovuto – viene da chiedersi su quali basi – disattendere il parere dei sanitari adottando misure che, *ex ante* e in concreto, apparivano, secondo il parere degli esperti, suscettibili di aggravare lo squilibrio del detenuto accelerando dunque l'evoluzione infausta della vicenda e che avrebbero, oltretutto, messo in pericolo l'incolumità degli agenti ai quali fosse stato ordinato di irrompere nella cella ove il detenuto si era barricato.

Davvero siamo ancora nel campo delle «ragionevoli misure» che è lecito attendersi dagli organi dello Stato, soprattutto considerando la situazione di emergenza in cui la direzione si è trovata a operare? Le scelte adottate dalla direzione sono state giudicate in una prospettiva *ex ante* e in concreto, alla luce dell'eccezionalità della situazione, difficilmente standardizzabile con protocolli operativi *ad hoc*, stante l'estrema variabilità soggettiva dei casi psichiatrici e della enorme difficoltà di gestione dei medesimi in ambito penitenziario?

Il cambio di registro sembra evidente rispetto alla recente giurisprudenza europea che – ad es. – ha affermato, in un caso relativo a detenuto deceduto in seguito a prolungato «sciopero della fame»:

«non integra gli estremi del trattamento inumano e degradante, e dunque non costituisce violazione dell'art. 3 Cedu, la mancata vigilanza, nonché la mancata adozione di specifiche scelte trattamentali da parte delle autorità penitenziarie in ordine all'evoluzione delle condizioni di salute di un detenuto durante un periodo di volontaria privazione di cibo, iniziato dal detenuto prima di darne formale comunicazione, trattandosi di una patologia del tutto imprevedibile ed essendosi gli operatori attenuti in modo preciso alle indicazioni fornite dalle autorità penitenziarie per la gestione dei detenuti in sciopero della fame, e risultando dunque le predette misure idonee a garantire il rispetto del fondamentale principio di cui all'art. 3 Cedu, il quale, se certamente impone allo Stato di adottare delle misure idonee a tutelare la salute dei soggetti sottoposti a restrizione della libertà personale, tuttavia non può essere inteso nel senso di determinare il sorgere della responsabilità dello Stato a fronte di una qualsivoglia tipologia di danno che tali soggetti subiscano»¹⁶.

Anche i ritardi nell'adozione degli interventi terapeutici non sempre sono stati ritenuti violazione convenzionale¹⁷. Un indirizzo della giurisprudenza di Strasburgo ha

¹⁶ Corte Edu, sez. V, ric. n. 72126/14, 16 novembre 2017, *Ceesay v. Austria*.

¹⁷ Corte Edu, sez. II, 9 settembre 2014, *Carrella c. Italia*, ove la Corte ha ritenuto che, nonostante le precarie condizioni di salute del ricorrente, non sussistesse violazione dell'art. 3 CEDU sotto il profilo sostanziale, in

anche affermato che il rispetto dell'art. 3 della Convenzione «non implica che sia garantito ad ogni detenuto lo stesso livello di cure mediche assicurato dai migliori istituti di cura esterni all'ambiente carcerario [...]. Peraltro, quando si tratta di valutare le cure mediche adeguate, bisogna tenere presenti le esigenze pratiche della carcerazione»¹⁸.

L'impressione è, in definitiva, che la sentenza *Citraro* si muova in una prospettiva – per così dire – “escatologica” rispetto ad una valutazione pragmatica dell'esistente, adottando quale parametro di responsabilità dello Stato criteri ancor più rigorosi di quelli utilizzati dalla giurisprudenza domestica, modelli probatori a base presuntiva sfavorevoli all'accusato e fonti di *soft law*, il cui contenuto entra sempre più spesso e sempre più esplicitamente nella giurisprudenza di Strasburgo¹⁹.

Su questi cruciali profili della vicenda emerge la contraddittorietà oggettiva tra l'esito processuale che, in Italia, ha visto assolvere, nel procedimento penale instaurato a Messina, la direttrice dell'istituto penitenziario, lo psichiatra e sei agenti penitenziari per non aver impedito il suicidio di Citraro e la condanna che la Corte di Strasburgo – per lo stesso fatto – infligge all'Italia.

Certamente i giudici di Strasburgo, essendo chiamati ad accertare la responsabilità convenzionale dello Stato, possono adottare regole di giudizio sfavorevoli all'imputato e prove legali la cui consistenza i procedimenti penali interni ben difficilmente potrebbero tollerare qualora si trattasse di giudicare sulla responsabilità penale di un individuo²⁰.

4. L'assistenza sanitaria psichiatrica in ambito penitenziario A.D. 2020.

La censura europea si abbatte su un sistema già fortemente in crisi. Come è noto, con D.P.C.M. 1 aprile 2008²¹ si è attuato il passaggio della sanità penitenziaria alla competenza del Ministero della Salute e delle Regioni, operando il riordino della medicina

quanto le competenti autorità, sebbene con alcuni ritardi, avevano adempiuto il loro obbligo di tutelare l'integrità fisica del detenuto ricorrente mediante controlli medici adeguati.

¹⁸ Corte Edu, sez. II, 29 gennaio 2013, *Prestieri c. Italia*, § 70.

¹⁹ La sentenza *Citraro* richiama, infatti, in particolare alle *Norme penitenziarie europee*, recentemente aggiornate come segnala anche F. Gianfilippi, *Citraro e Molino*, cit. (*Recommendation Rec (2006)2-rev of the Committee of Ministers to member States on the European Prison Rules revised and amended by the Committee of Ministers on 1 July 2020*). Dal punto di vista del diritto internazionale, vengono, altresì, in rilievo principalmente, la Carta dei diritti fondamentali dell'UE (art. 35), le affermazioni contenute nella Risoluzione del Parlamento europeo del 15.12.2011 sulle condizioni detentive nell'UE (punto 8) e le *United Nations Standard Minimum Rules for the Treatment of Prisoners* – “the Mandela Rules” adottate dall'Assemblea generale dell'ONU a Vienna il 17 dicembre 2015.

²⁰ L'osservazione è ispirata all'analogo rilievo portato, con riferimento al vaglio delle ipotesi di lesione dell'art. 3 CEDU in materia di tortura e trattamenti inumani e degradanti, da S. Carnevale, in *Tortura e maltrattamenti in carcere: i presidi di diritto processuale e penitenziario a supporto degli strumenti sostanziali*, relazione tenuta al convegno organizzato dall'Associazione Franco Bricola e dal Dipartimento di Giurisprudenza dell'Università di Ferrara, *Nulla è cambiato? Riflessioni sulla tortura*, Ferrara, 9 e 10 marzo 2018.

²¹ V. l'art. 2, commi 283 e 284 della l. 24 dicembre 2007 n. 244 e il D.P.C.M. 1 aprile 2008, 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*. Sull'assetto precedente alla riforma, v. C. Fiorio, *Libertà personale e diritto alla salute*, Cedam, 2002, pp. 98 ss.

penitenziaria nell'intento di allineare le prestazioni sanitarie assicurate ai detenuti a quelle disponibili per gli altri cittadini secondo le linee-guida del d.lgs. 22 giugno 1999, n. 230²².

Sul versante della cura dei "folli rei", inoltre, il superamento definitivo degli ospedali psichiatrici giudiziari è avvenuto con la l. n. 81/14, che ha visto la progressiva istituzione delle nuove REMS, strutture a completa gestione sanitaria operanti a partire dal 2015 e il fiorire di numerosi accordi, protocolli, intese tra enti territoriali e Provveditorati regionali e con gli istituti penitenziari nonché di circolari del Dipartimento dell'amministrazione penitenziaria, che non hanno, tuttavia, sortito effetti apprezzabili nel limitare la progressiva crescita del numero di gesti autolesionistici e suicidari all'interno delle carceri.

Le gravi criticità operative emerse sul fronte dell'assistenza sanitaria e psichiatrica delle persone detenute hanno indotto il legislatore, con l'art. 1, comma 85, lettera l) della legge-delega n. 103/17 in materia di riforma dell'ordinamento penitenziario a inserire, tra i principi e criteri direttivi la «revisione delle disposizioni dell'ordinamento penitenziario alla luce del riordino della medicina penitenziaria disposto dal già ricordato decreto legislativo 230/99, tenendo conto della necessità di potenziare l'assistenza psichiatrica negli istituti di pena». Il delegante individuava due priorità ritenute meritevoli di intervento: il potenziamento degli strumenti per la cura e l'assistenza dei condannati affetti da infermità psichica e l'armonizzazione delle disposizioni della l. n. 354/75 con le disposizioni sul riordino della "medicina penitenziaria".

La riforma – attuando solo parzialmente il criterio direttivo di cui alla lett. l) della delega penitenziaria – ha perseguito l'obiettivo di elevare il livello di tutela della salute in ambito detentivo e di allineare le disposizioni della legge di ordinamento penitenziario a quelle contenute nell'art. 1 del d.lgs. n. 230/99. Resta, invero, fuori dall'intervento riformatore la delicata materia dell'assistenza e gestione dei soggetti psichiatrici e che pure aveva trovato posto nella prima versione del decreto attuativo.

²² D.lgs. 22 giugno 1999, n. 230, *Riordino della medicina penitenziaria a norma dell'articolo 5, della legge legge 30 novembre 1998, n. 419*. L'art. 1 del d.lgs. 230/99 prevede, infatti, che «i detenuti e gli internati hanno diritto, al pari dei cittadini in stato di libertà, alla erogazione delle prestazioni di prevenzione, diagnosi, cura e riabilitazione, efficaci ed appropriate». Il richiamato d.lgs. ha inoltre indicato le linee di indirizzo per il riordino del servizio sanitario penitenziario stabilendo che alle Aziende unità sanitarie locali sono affidate la «gestione» e il «controllo» dei servizi sanitari negli istituti penitenziari (art. 3 comma 3); al Ministro della Sanità le competenze «in materia di programmazione, indirizzo e coordinamento del Servizio sanitario nazionale negli istituti penitenziari» (art. 3 comma 1); alle Regioni le «competenze in ordine alle funzioni di organizzazione e programmazione dei servizi sanitari regionali negli istituti penitenziari» e il «controllo sul funzionamento dei servizi medesimi» (art. 3 comma 2). Quanto all'amministrazione penitenziaria, questa ha il compito di segnalare la mancata osservanza delle disposizioni di legge (art. 3 comma 4); al direttore dell'istituto è attribuito il compito di disciplinare il regime autorizzatorio e le modalità di accesso nell'istituto del personale appartenente al Servizio sanitario nazionale (art. 4 comma 2). A decorrere dal 1° gennaio 2000 avrebbero dovuto essere trasferite al Servizio sanitario nazionale le funzioni sanitarie svolte dall'amministrazione penitenziaria con riguardo ai soli settori della prevenzione e della assistenza ai detenuti e internati tossicodipendenti (art. 8 comma 1). Il trasferimento effettivo delle competenze alla erogazione dei servizi alle ASL si è completato solo con la l. 24 dicembre 2007, n. 244, alla quale hanno fatto seguito il D.P.C.M. 1° aprile 2008 (su cui v. nota prec.) e le *Linee di indirizzo per gli interventi del Servizio sanitario nazionale a tutela della salute dei detenuti e degli internati negli Istituti penitenziari e dei minorenni sottoposti a provvedimento penale*. In queste ultime, in particolare, si individuano percorsi di prevenzione e cura e modelli organizzativi per la ristrutturazione dei servizi esistenti al fine di adeguare le prestazioni in ambito sanitario ai livelli essenziali ed uniformi di assistenza adottati per la popolazione italiana.

In particolare, con il d.lgs. n. 123/18, parzialmente attuativo della delega penitenziaria, è stata soppressa la previsione del comma 1, art. 11 o.p., ove si prevedeva che ogni istituto dispone dell'opera di almeno uno specialista in psichiatria e non è stata recepita la proposta di modifica in materia di c.d. "visita di primo ingresso" (art. 11, comma 7, o.p.) con cui si stabiliva che tale visita dovesse essere effettuata con l'ausilio del presidio psichiatrico e del servizio per le dipendenze, per accertare non solo la presenza di eventuali malattie fisiche ma anche di infermità psichiche, problematiche di dipendenza e al fine di prevenire atti di autolesionismo.

Si è trattato di un grave errore politico poiché la carenza dell'attuale disposizione, alla luce del numero – purtroppo sempre crescente – di detenuti nuovi giunti che manifestano segnali di disagio psichico o psicologico e problematiche di dipendenza da alcol o sostanze stupefacenti, accresce le difficoltà di diagnosi e gestione dei casi psichiatrici nel contesto penitenziario, che dovrebbe intervenire in un momento il più possibile prossimo all'ingresso del "nuovo giunto" nel contesto penitenziario, così da consentirne la più idonea presa in carico.

Ma c'è di più: con una criticabile omissione, il testo vigente dell'art.11 o.p. non prevede più – a differenza di quanto stabiliva il comma 7 della precedente versione – che, in caso di sospetto di malattia psichica, sono adottati senza indugio i provvedimenti del caso col rispetto delle norme concernenti l'assistenza psichiatrica e la sanità mentale²³.

Al dunque, per i soggetti psichiatrici, valgono ancora i "vecchi" strumenti della permanenza in sezioni c.d. "articolazioni per la salute mentale" – che, in molti casi, differiscono ben poco dalle sezioni detentive ordinarie – e dei "reparti di osservazione" istituiti ai sensi dell'art. 112 del regolamento di esecuzione dell'ordinamento penitenziario (d.P.R. 30 giugno 2000, n.230). Entrambe tali soluzioni sono state realizzate in numero esiguo ed insufficiente a rispondere in tempi adeguati alle necessità.

Unico dato positivo – ancora una volta propiziato dalla Prima sezione della Corte di cassazione e non certo da un legislatore ottusamente sordo al "grido di dolore" che si leva dal carcere – è la sentenza n. 99 del 19 aprile 2019²⁴, con cui la Corte costituzionale, pronunciandosi sulla legge di ordinamento penitenziario (l. 26 luglio 1975, n. 354), supera un profilo critico della disciplina in materia di detenzione domiciliare c.d. "surrogatoria" del differimento della pena, dichiarando incostituzionale il comma 1-ter, art. 47-ter della l. n. 354/75 nella parte in cui tale disposizione non prevede la possibilità di applicare la detenzione domiciliare in deroga agli ordinari limiti di pena e di tipologia di reato nelle ipotesi di ricorrenza di una patologia psichica sopravvenuta al condannato dopo la sentenza di condanna.

Con tale pronuncia, la Consulta, rispondendo alle sollecitazioni della Cassazione veicolate con l'ordinanza di rimessione evoca, altresì, la giurisprudenza della Corte

²³ Su tali profili si rinvia a A. Mangiaracina, sub art. 11, in F. Fiorentin, F. Siracusano (a cura di), *Esecuzione Penale*, Coll. "Le Fonti", Giuffrè, 2019, pp. ss.

²⁴ Corte cost., sentenza n. 99 del 2019, cit. in nota 5.

europea dei diritti dell'uomo espressasi in materia di tutela della dignità umana²⁵. Il dialogo tra le Corti – quando avviene tra uomini di buona volontà – porta sempre a risultati positivi.

Il *dictum* costituzionale “recepisce” una delle proposte attuative contenute nella legge-delega 103/2017 in materia di riforma dell'ordinamento penitenziario che, invece, non aveva trovato spazio nello schema di decreto definitivamente approvato e trasfuso nel già ricordato d.lgs. 123 del 2 novembre 2018, seguendo il destino di molte delle altre proposte elaborate dalla Commissione ministeriale istituita nel luglio del 2017 presso il Ministero della giustizia (c.d. “Commissione Giostra”) e lasciate cadere dal nuovo Esecutivo.

L'applicazione della misura domiciliare a vocazione spiccatamente terapeutica, resa possibile per effetto della sentenza costituzionale, costituisce uno strumento di grande flessibilità e utilità, poiché consente di collocare il “reo folle” in un contesto solo parzialmente segregante e idoneo alla possibilità di predisporre gli idonei programmi di sostegno e cura della patologia psichiatrica oltre a favorire, ove possibile, percorsi di reinserimento attraverso tirocini lavorativi o di formazione e lavoro.

5. Il malessere profondo del carcere: una patologia sistemica che richiede un radicale intervento riformatore.

La drammatica situazione che la sentenza *Citraro* impone di affrontare *funditus* nasce dall'oggettivo fallimento della gestione “penitenziaristica” dei detenuti affetti da disabilità psichiche. Tale problematica subisce un effetto moltiplicatore a causa della diffusa situazione di degrado strutturale in cui versano molti istituti penitenziari, delle carenze di personale specializzato per l'assistenza psichiatrica e del generale scadimento delle condizioni materiali di vita all'interno degli stabilimenti penitenziari, frutto di una colpevole disattenzione della politica e di una “politica della lèsina” che – nel nome di risparmi di spesa – si è illusa di sostituire risorse umane e materiali con pile di circolari sempre più fantasiosamente astruse e inefficaci. I risultati sono sotto gli occhi di tutti: mancano direttori, educatori, psicologi, personale di Polizia penitenziaria. Gli istituti sono spesso sono fatiscenti, strutturalmente obsoleti, sovraffollati. Le opportunità di lavoro e di formazione non vengono finanziate.

Come si apprende dagli organi di stampa, i casi di gesti autolesivi sono più di 1.000 all'anno e, ad oggi, i suicidi in carcere hanno raggiunto il numero di 27 persone²⁶; è di pochi giorni la notizia di un nuovo suicidio, nel carcere di Prato, di un giovane straniero di 23 anni, senza alcun riferimento familiare in Italia²⁷.

²⁵ La Consulta richiama espressamente le sentenze della Corte EDU, Seconda sezione, 17 novembre 2015, *Bamouhammad v. Belgium*, paragrafo 119, e Corte EDU, GC, 26 aprile 2016, *Murray v. The Netherlands*, paragrafo 105.

²⁶ Si veda *Morire di carcere: dossier 2000-2020*, pubblicato sul portale *Ristretti*.

²⁷ Si veda l'articolo *Prato, si suicida un giovane detenuto*, apparso su *La Repubblica*, 28 maggio 2020, cronaca di Firenze.

Giova ribadirlo, il malessere riguarda anche il personale che lavora negli istituti e, in particolar modo, gli agenti di Polizia penitenziaria, nel cui ambito il tasso di suicidi è – in modo allarmante – superiore alla media nazionale²⁸.

Insomma, il fenomeno è strutturale e come tale dovrebbe essere affrontato.

Nella sua *Relazione al Parlamento 2020*, il Garante nazionale dei diritti delle persone detenute o private della libertà personale, censura l'assenza di una cultura di intervento che porta a considerare la patologia psichica «come la figlia di un Dio minore nel campo della malattia: una sofferenza considerata a tratti inconsistente, a tratti “colpevole” e in, ogni caso, non meritevole di una soluzione»²⁹.

La mancanza di una *vision* generale, di una prospettiva riformatrice di ampio respiro, impedisce di aggredire la dimensione sistemica del problema e spiega l'approccio “difensivo” dell'amministrazione penitenziaria che – a fronte delle carenze strutturali che starebbe alla politica decidere di affrontare – si rifugia in una prassi organizzativa che mira sostanzialmente a isolare e contenere il caso psichiatrico, affidandone spesso la materiale gestione al personale di Polizia penitenziaria che viene così caricato dei compiti e delle connesse gravi responsabilità per competenze estranee al proprio profilo istituzionale.

Quello che occorre sottolineare è l'esigenza di una riforma generale dell'assistenza sanitaria e psichiatrica nella fase dell'esecuzione penale che sia accompagnata dai necessari e robusti investimenti in strutture e personale specializzato.

È, infatti, di tutta evidenza che condizioni di vita dignitose nelle carceri, spazi detentivi adeguati e una rete integrata tra articolazioni sanitarie penitenziarie e sanità regionale dovrebbero costituire i punti fondamentali su cui intervenire avendo ben chiara la dimensione sistemica del problema.

È ragionevole pensare che, se si adottasse una prospettiva globale di intervento, si potrebbe innanzitutto disattivare la spinta a commettere le centinaia di gesti autolesionistici che costellano ogni anno la quotidianità penitenziaria e che – anche quando non evolvono in gesti suicidari – ne costituiscono, tuttavia, in molti casi gli antecedenti.

La riduzione dell'incidenza del fattore ambientale nell'eziologia dei comportamenti autolesionistici in carcere potrebbe essere, altresì, favorita da una migliore organizzazione ispirata alla “sanitarizzazione” del trattamento dei soggetti psichiatrici, ciò che migliorerebbe la gestione dell'ordine e della sicurezza interna agli istituti penitenziari e consentirebbe di non addossare alla Polizia penitenziaria l'onere e le responsabilità di gestione di situazioni che fuoriescono dall'ambito delle professionalità e dei compiti istituzionali.

²⁸ Si veda i dati pubblicati in *Carceri italiane, dossier* reperibile sul sito www.poliziapenitenziaria.it.

²⁹ Cfr. la *Relazione al Parlamento 2020* del Garante Nazionale dei diritti delle persone detenute o private della libertà personale (p. 276) e la sua *Presentazione* del 26 giugno 2020.

L'idea alla base dell'auspicata riforma dovrebbe essere quella di considerare il detenuto con disagio psichico non un "problema" da isolare e possibilmente "neutralizzare" in un'ottica meramente "difensiva" e confinata agli aspetti disciplinari o al profilo dell'ordine e della sicurezza interni agli istituti di pena, bensì quella di "presa in carico" della persona con fragilità, attraverso, prima di tutto, l'allocazione in reparti a prevalente gestione sanitaria ispirati all'esigenza di cura e trattamenti appropriati piuttosto che alla dimensione custodialistica.

Un aspetto da considerare attentamente dovrebbe riguardare la situazione dei tantissimi detenuti stranieri, spesso privi nel nostro Paese di riferimenti familiari. È molto stretta, infatti, la connessione tra l'insorgere di sentimenti di abbandono, di frustrazione profonda, e l'insorgere di malessere psicologico nei soggetti ristretti e a tali fattori, comuni a larga parte della popolazione detenuta, sono particolarmente esposti gli stranieri, per i quali l'assenza di rapporti con i propri affetti e l'eradicamento forzato dalle dinamiche – anche di tipo linguistico, culturale e psicologico – delle culture di appartenenza costituiscono motivo di sofferenza psicologica aggiuntiva e spesso esiziale. Nel caso dei detenuti stranieri, tale fenomeno è naturalmente amplificato dalla lontananza fisica dai luoghi di origine e dal proprio mondo affettivo e sociale. Potrebbero, in questa ottica, essere implementate le possibilità di contatti telefonici e soprattutto le videochiamate già sperimentate nel corso dell'emergenza pandemica per favorire momenti di contatto del detenuto con le persone lontane che possono rappresentare dei punti di riferimento affettivo.

Dovrebbe, nella medesima prospettiva, essere dato impulso allo sviluppo di accordi internazionali volti a consentire l'espiazione della pena nei Paesi di origine ove sia concretamente possibile mantenere o ripristinare il legame con il territorio o con il gruppo familiare di riferimento. Si tratta di un profilo che dovrebbe liberarsi da incrostazioni e blocchi di matrice ideologica pregiudizialmente ostili a prospettive di re-integrazione dei condannati stranieri nel contesto di sociofamiliare e territoriale di provenienza valutando – con un approccio realistico – la possibilità di costruire, anche attraverso collaborazioni istituzionali, attività di formazione degli operatori penitenziari, investimenti mirati, una realtà "accogliente" in Paesi vicini e amici, con i quali sussistono possibilità di *partnership* e condivisione dei valori correlati alla finalità risocializzatrice dell'esecuzione della pena.

Non può, inoltre, essere trascurata la stretta interconnessione tra il problema latente del sovraffollamento penitenziario, ulteriormente aggravato dalle non ottimali condizioni di vita detentiva, e quello dell'insorgere o dell'aggravarsi del disagio psichico tra quanti vivono negli istituti penitenziari. Un piano di edilizia penitenziaria accompagnato da misure normative per limitare le presenze negli istituti di pena (intervenendo, ad es., sul sistema degli ingressi dei condannati a titolo definitivo, istituendo delle quote di ingresso in carcere parametrate alla capienza degli istituti) sarebbe utile a riequilibrare il rapporto tra posti disponibili nelle strutture e utenti, contribuendo efficacemente a creare condizioni ambientali non ostili e favorire un percorso detentivo lineare e orientato al recupero sociale del condannato, evitando le situazioni che, soprattutto se protratte nel tempo, possono portare all'esplosione del disagio psichico.

Politiche di assunzione di personale dell'area educativa, di Polizia penitenziaria e soprattutto il potenziamento del servizio psichiatrico rivolto all'utenza penitenziaria potrebbero, infine, avvicinare il sistema penitenziario italiano agli *standard* auspicati dalle

Regole penitenziarie europee e dalle altre fonti di *soft law*, ponendo le premesse per il graduale superamento di quelle carenze sistemiche che così frequenti condanne hanno causato all'Italia da parte della Corte di Strasburgo.

Riflessione

— La dichiarazione dei diritti sociali

The declaration of social rights

di Georges Gurvitch

Contributo originariamente apparso sulla Rivista Indici comunità, 5, 1949, pp. 16

Georges Gurvitch è nato nel 1894 in Russia; naturalizzato francese dal 1929. Insegnò nel 1918 all'Università di Leningrado, poi a Praga e quindi in Francia come incaricato alla Sorbona e all'Università di Bordeaux; nel 1935 ebbe la cattedra di sociologia all'Università di Strasburgo e dal 1948 è professore alla Sorbona. Durante l'occupazione tedesca emigrò negli Stati Uniti dove tenne corsi alle Università di Columbia, Harvard e Rutgers. Dal 1946 è membro del comitato esecutivo del Centre d'Études Sociologiques di Parigi; dopo essere stato per vari anni direttore degli Archives de Philosophie de Droit et de Sociologie Juridique, dirige ora i Cahiers Internationaux de Sociologie. È oggi il più autorevole rappresentante di quella teoria, di origine essenzialmente proudhoniana, del pluralismo giuridico che, considerando lo stato solo come una delle fonti del diritto, costituisce un'arma tra le più efficaci contro il totalitarismo; egli vede nel diritto sociale il diritto caratteristico delle comunità, diritto che sorge dal fatto stesso dell'unione associativa ed ha per funzione l'integrazione degli individui alla totalità.

L'essere umano non è solo un animale politico, «*zoon politicon*», come dice Aristotele. Nella pienezza concreta delle sue manifestazioni, molti singoli aspetti dell'essere umano si distinguono nettamente. Esso è produttore e più particolarmente lavoratore, operaio; è consumatore e spesso utente (cliente); è, naturalmente, cittadino. Ma le qualità di produttore, consumatore e cittadino non esauriscono il suo essere; sotto il cittadino, sotto il produttore ed il consumatore, esiste l'uomo, indipendente da tutte queste funzioni e qualità.

Ognuno di noi è ad un tempo cittadino, produttore e consumatore, la qual cosa non impedisce che gli interessi dei produttori, dei consumatori e dei cittadini siano tutt'altro che identici. Anzi, essi contrastano sotto tutti i regimi e tecniche speciali sono necessarie

per mantenere fra di essi un equilibrio. Queste antinomie, che si determinano tanto all'interno di ciascuno di noi, quanto nella vita sociale, ove esse prendono la forma di conflitti fra i gruppi corrispondenti, sono talvolta celate da conflitti più acuti e più evidenti; sotto un regime capitalista esse sono, ad esempio, occultate dalla lotta di classe ove i produttori ed i consumatori fanno spesso causa comune contro il padronato, e in special modo contro il feudalismo economico. Ma una volta eliminati questi avversari, o fortemente diminuita la loro influenza, l'antinomia insopprimibile fra produttori e consumatori non può non tornare in primo piano.

Il produttore-operaio è l'uomo valido che si trova nelle condizioni d'età favorevoli a uno sforzo continuato. Egli desidera ricevere il massimo di retribuzione per il suo lavoro e chiede di lavorare nelle condizioni più convenienti perché il suo slancio produttivo non venga arrestato e perché egli possa trar vantaggio dalla sua fatica.

Ogni essere umano, da quando nasce a quando muore, è consumatore, in quanto prova dei bisogni che possono essere soddisfatti da determinate attività. Un gruppo più limitato di consumatori è costituito dagli utenti (clienti) che hanno interessi speciali riguardo ad una determinata branca dell'industria (ad esempio, le imprese di abbigliamento nei riguardi delle manifatture di lana e tessuti) ovvero riguardo ad un servizio particolare (ad esempio, i genitori degli scolari nei confronti del funzionamento di una scuola).

Il produttore trova il proprio interesse nell'alto prezzo dei prodotti del ramo industriale nel quale lavora. Il consumatore, invece, ha interesse a che i prezzi siano più bassi che sia possibile in tutti i settori della produzione (e l'utente in modo particolare nel ramo di cui è cliente).

Il socialismo marxista credeva in modo utopistico alla scomparsa dei conflitti dei gruppi dopo la eliminazione della lotta di classe; esso non ha dunque avvertito tutta la portata del problema che ci occupa, come non ha avvertito l'importanza della lotta tra le professioni. Il sindacalismo non ha quasi mai pensato ad altro che ai diritti dei produttori, sacrificando loro quelli dei consumatori e degli utenti. I cooperatori hanno commesso l'errore inverso. Il progetto di Dichiarazione che noi proponiamo applica la tecnica pluralista alla stessa costituzione sociale, contrapponendo i diritti sociali dei produttori ai diritti sociali dei consumatori, e ricercando il loro equilibrio nella Organizzazione Economica Nazionale, retta su un piede di parità dai due gruppi.

I cittadini sono lungi dall'averne gli stessi interessi dei produttori o dei consumatori. Essi, come individui e come gruppi (stato, dipartimento, comune) hanno interessi legati al territorio, ai rapporti, di vicinato alla tranquillità, all'ordine e al potere coattivo incondizionato che a questi fini necessariamente si collega, al buon funzionamento dei servizi pubblici. Questi interessi, che agiscono su un piano diverso da quello su cui appaiono gli interessi dei produttori e dei consumatori, possono tuttavia entrare in conflitto con questi ultimi.

Infine, l'uomo, indipendentemente dalla sua qualità di produttore, di consumatore e di cittadino ha interessi e diritti sociali che non devono essere in alcun modo trascurati. Dimenticare il desiderio e il diritto dell'uomo di essere rispettato e di agire indipendentemente dalla sua partecipazione a gruppi e unioni, equivarrebbe ad asservirlo.

Il primo interesse dell'uomo è quello di potersi muovere liberamente fra questi complessi, entrarvi ed uscirvi senza costrizione. Vengono in seguito i suoi interessi ed i suoi diritti ad una educazione adeguata ed alla vita, ossia a un'infanzia, serena, a una maternità circondata da attente cure, ecc.

Perciò il nostro progetto di Dichiarazione si suddivide logicamente secondo la distinzione esistente tra diritti sociali dei produttori, dei consumatori e dell'uomo, che reciprocamente si equilibrano e si completano e fanno da contrappeso e da complemento ai diritti politici dei cittadini. Appunto utilizzando questo schema generale abbiamo tentato di applicare la nuova tecnica pluralista alla soluzione del problema di una Dichiarazione dei diritti sociali.

(da: La dichiarazione dei diritti sociali, Edizioni di Comunità, Milano 1949).



DIRITTO PENALE
E UOMO

Criminal Law and Human Condition

www.dirittopenaleuomo.org

redazione@dirittopenaleuomo.org