

AIIS - SEZIONE DI SOCIOLOGIA DEL DIRITTO
PRIMO SEMINARIO NAZIONALE DI SOCIOLOGIA DEL DIRITTO
CAPRAIA ISOLA
3-10 settembre 2005

QUADERNO DEI LAVORI

Ringraziamenti

Come coordinatore della Sezione di sociologia del diritto dell'Associazione Italiana di Sociologia desidero esprimere, a nome dell'intero Consiglio scientifico, il ringraziamento della Sezione a coloro che, a vario titolo, hanno reso possibile il seminario nazionale che si è svolto a Capraia Isola all'inizio di settembre 2005 e reso gradevole il soggiorno dei partecipanti.

Un ringraziamento va anzitutto a Massimiliano Verga che, anche con l'aiuto di Roberta Dameno, ha organizzato il seminario, risolvendo con capacità e generosità una serie di problemi non solo pratici: soprattutto a lui va ascritto l'eccellente esito dell'iniziativa.

Un ringraziamento particolare deve essere poi rivolto all'Amministrazione comunale e al Sindaco di Capraia che, mostrando una rara sensibilità, hanno offerto la bella sede nella quale si sono svolti i lavori del seminario.

Ancora, un ringraziamento deve essere indirizzato all'Agenzia Parco e alla signora Marida Bessi per il supporto logistico fornito, con efficienza pari solo alla cortesia.

Infine, un ringraziamento affettuoso alla mia compagna Silvia Corticelli che, col suo innato senso di ospitalità e le sue riconosciute abilità culinarie, ha allietato il soggiorno dei partecipanti al seminario, giovandosi della collaborazione, tanto silenziosa quanto preziosa, di Ezio Naldi.

Sono convinto che i docenti e i giovani studiosi che hanno partecipato al seminario con tanta disponibilità e tanto entusiasmo, mostrando di aver colto pienamente il significato dell'iniziativa, concorderanno con me in questi sentimenti di gratitudine.

Valerio Pocar

Presentazione

Questo Quaderno raccoglie gli abstract delle relazioni presentate da una ventina di giovani studiosi in occasione del Primo seminario nazionale di sociologia del diritto, tenutosi a Capraia Isola dal 3 al 10 settembre 2005.

L'intento del seminario è stato quello di rispondere all'esigenza, fortemente sentita proprio dai giovani studiosi della nostra disciplina, di ritrovare un "senso di comunità" tra gli allievi e i maestri della sociologia del diritto, sia nella prospettiva della reciproca conoscenza scientifica (ad esempio, al fine di stimolare collaborazioni, progetti e ricerche comuni ecc.) sia in quella della reciproca conoscenza in senso stretto (purtroppo, per i motivi più vari, molti giovani studiosi finiscono per conoscersi quando giovani non sono più...). Detto diversamente, quando si è deciso di organizzarlo, l'idea di fondo è stata quella di individuare un'occasione che favorisse nuove amicizie e - perché no? - affetti tra gli studiosi più giovani e tra questi e gli studiosi meno giovani, con la convinzione che si trattasse di una condizione essenziale - non soltanto per la nostra disciplina, s'intende - per un proficuo e prolifico sviluppo del dibattito e della ricerca scientifica.

Occorre ammetterlo: il seminario poteva risolversi in un fiasco colossale. In primo luogo, pare evidente, per la novità di questa esperienza. In secondo luogo, paradossalmente, per il "taglio" informale che si è ritenuto opportuno dare alla medesima.

Così non è stato. Non lo è stato sotto il profilo scientifico: sebbene, per esigenze editoriali, si tratti di presentazioni sintetiche, questo Quaderno testimonia la maturità intellettuale dei partecipanti e l'interesse dei loro contributi. Ma non lo è stato neppure sotto il profilo degli affetti e del desiderio di "comunità" che sono nati durante e dopo il seminario. Anzi, ritengo senza sorta di dubbio che l'esperienza del seminario di Capraia sia stata davvero un successo soprattutto per questo motivo.

In qualità di organizzatore, vorrei dunque riconoscere i meriti di tale successo. In primo luogo, un elogio particolare deve essere fatto al coordinatore del seminario, il prof. Pocar, che ha mostrato di avere la giusta dose di follia (per condividere la mia idea di organizzarlo), il necessario entusiasmo (per coinvolgere i suoi colleghi) e la rara sensibilità avuta nei confronti di tutti i partecipanti. In secondo luogo, non per onorare la gerarchia ma in ragione di quanto mi accingo a dire, occorre menzionare i tutor del seminario, per la disponibilità e l'umiltà con le quali hanno accettato di confrontarsi (sottolineo: confrontarsi) con gli studiosi più giovani. In terzo luogo, il seminario non sarebbe stato così entusiasmante se tutti i dottorandi non avessero partecipato così attivamente all'iniziativa. Occorre infatti ricordare che non vi è stata una sessione plenaria terminata entro l'orario previsto, causa il prolungarsi del dibattito dopo la presentazione delle relazioni; e che non vi è stato pomeriggio dove i lavori dei gruppi di studio siano terminati con la luce del sole (in più di un'occasione, qualcuno ha proseguito anche a cena).

Meritano una nota finale anche le pessime condizioni atmosferiche che ci hanno accompagnato durante la settimana. A detta di chi conosce bene l'isola, la pioggia torrenziale caduta in quei giorni è stato un evento assai raro. Così ha commentato un signore incontrato per strada il giorno prima della partenza: "Che brutto tempo avete capitato!". Ricordo con piacere questa frase perché, folklore a parte, è stata pronunciata con sincero dispiacere. In questo senso, forse, non abbiamo avuto l'occasione di gustare appieno le delizie che Capraia sa offrire ai suoi visitatori. Abbiamo potuto solamente assaggiarle e sospirarle. Un motivo in più, se ce ne fosse davvero bisogno, per auspicare caldamente che il seminario di Capraia diventi un'iniziativa non soltanto da ripetere già il prossimo anno, ma da riproporre anche negli anni a seguire.

Massimiliano Verga

Calendario dei lavori

LUNEDI' 5 settembre ore 9.30-12.30

Presentazione seminario: prof. **Valerio Pocar**

Relazione: prof. **Flavio Ceravolo** - "Profili metodologici della ricerca sociale" (p.6)

MARTEDI' 6 settembre ore 9.30-12.30

Relazioni:

- **Giuseppe Campesi** - "Tecnologie del potere. Profilo di teoria e storia dei sistemi penali" (p.13)
- **Barbara Carsana** - "Economia del comportamento criminale. Un modello sociologico di analisi" (p.17)
- **Pietro Chiari** - "Immigrazione, diritti e controllo sociale. Il caso genovese, con particolare riferimento all'immigrazione senegalese ed ecuadoriana" (p.22)
- **Giovanna Palermo** - "La mediazione penale in una prospettiva di "controllo sociale". L'esperienza spagnola" (p.26)

Discute: prof. **Pio Marconi**

MERCOLEDI' 7 settembre ore 9.30-12.30

Relazioni:

- **Angelo Zotti** - "Complessità ed ordine sociale: codici normativi e modelli comportamentali" (p.29)

Discute: prof. **Domenico Carzo**

Relazioni:

- **Giovanna Fanci** - "Le strutture carcerarie tra implementazione delle politiche penitenziarie e interpretazione della funzione rieducativa della pena" (p.33)
- **Alice Cennamo** - "Investigazioni difensive ed attività di polizia scientifica" (p.41)

Discute: prof. **Raffaella Sette**

GIOVEDI' 8 settembre ore 9.30-12.30

Relazioni:

- **Nicola Riva** - "Riproduzione artificiale e liberalismo politico" (p.44)
- **Giovanni Costa** - "Il problema normativo delle scelte procreative" (p.48)
- **Candice Premaor Gullo**: "Espianto d'organi di bambini anencefalici ai fini di trapianto: elementi etici e giuridici per la regolamentazione delle donazioni in condizione di massima vulnerabilità" (p.52)
- **Valentina Calvia** - "La sperimentazione sulle cellule staminali umane" (p.56)

Discutono: **prof. Valerio Pocar, prof. Roberta Dameno**

VENERDI' 9 settembre ore 9.30-12.30

Relazioni:

- **Angelo Salento** - "Accumulazione flessibile e flessibilità del diritto" (p.59)
- **Carlo Olcese** - "Rappresentanza sindacale nella società del non lavoro" (p.64)
- **Gisella Russo** - "La ragionevole durata del processo civile" (p.69)
- **Sara Fariello** - "Globale e locale: processi di decentramento e mutamento costituzionale" (p.76)

Discute: **prof. Luigi Pannarale**

Oltre ai relatori, hanno partecipato: **Stefania Fucci, Cristiano Gramatica, Giovanna Maria Testa, Giovanni Torrente, Angelo Pittaluga, Massimiliano Verga.**

QUALITA' E QUANTITA' AL SERVIZIO DELLA RICERCA

di Flavio Ceravolo (Università del Piemonte Orientale)

1. Il metodo nelle scienze

Le scienze umane, come peraltro tutte le discipline scientifiche, hanno per obiettivo la produzione di una conoscenza empiricamente fondata. Il legame quindi fra il mondo delle esperienze e quello della teoria è espresso nei modi in cui il ricercatore predispone gli strumenti per controllare che le sue affermazioni sulla natura dei fenomeni che sta studiando siano plausibili (Meraviglia, 2004). D'altra parte, il dibattito sul metodo, soprattutto nelle scienze sociali, ha conosciuto e conosce tuttora una grande vivacità. Almeno in linea di principio possiamo identificare due posizioni dominanti alle quali spesso viene fatta risalire la dicotomia fra l'utilizzo di strumenti di indagine di tipo qualitativo e strumenti di indagine quantitativo (Ricolfi, 1997).

Storicamente i due approcci si radicano su tradizioni filosofiche abbastanza differenti. Il primo, definito comunemente positivismo, nasce in linea di continuità con la prospettiva illuminista ed è caratterizzato da una forte fiducia nella possibilità che la scienza possa gettare luce sulle leggi causali che presiederebbero al funzionamento dei fenomeni studiati. Di qui l'assunto della necessità di un metodo unificato per tutte le scienze fondato sull'utilizzo di modelli logico-formali per la rappresentazione dei fenomeni articolati sotto un linguaggio comune, quello matematico (Rossi, Mori Trinchero, 1975).

Il secondo, comunemente definito interpretativismo, appare strettamente legato all'idealismo di matrice hegeliana e si basa sull'idea che l'infinita complessità della realtà non possa essere sussunta in modelli esplicativi esaurienti. Le scienze sarebbero quindi divise in discipline che si occupano dello studio di fenomeni fisici e naturali e discipline che si occupano di fenomeni dello spirito. Queste due aree di indagine sarebbero distinte in funzione della differenza insanabile fra gli oggetti di studio. In particolare, nelle scienze sociali lo studioso non dovrebbe cimentarsi nella ricerca di leggi di funzionamento universalmente valide, ma avrebbe il compito di ricostruire le connessioni di senso interne a fenomeni unici e di descrivere, attraverso l'utilizzo comparativo di forme ideali, le loro caratteristiche distintive (Corbetta, 1999).

Entrambe le tradizioni di ricerca hanno conosciuto una fiorente evoluzione. Da un lato, al realismo ingenuo del positivismo ottocentesco si è sostituita l'idea dell'insanabile provvisorietà della ricerca scientifica e della necessità di procedere a controlli empirici che consentano al ricercatore di valutare in termini critici la probabile attendibilità dei suoi modelli teorici. D'altro canto, la prospettiva interpretativista ha conosciuto un'importante evoluzione epistemologica nella tensione fra le posizioni rigidamente costruttiviste e marcatamente antirealiste e quelle caratterizzate da un approccio ermeneutico, più prudenti nella valutazione dell'interazione dialettica fra il ricercatore, portatore della propria carica interpretativa, e i limiti che la realtà pone ad essa.

La contrapposizione ideologica fra gli alfieri dei due approcci ha innescato, in particolare nelle scienze sociali, una opposizione che potremmo definire artificiosa. Convenzionalmente per lungo tempo, alla prima prospettiva è stato associato l'utilizzo prevalente di metodi e

tecniche di tipo quantitativo assumendo che questi potessero essere connotati da un maggiore grado di realismo e da una maggiore uniformità rispetto agli strumenti utilizzati dalle altre scienze. Al contrario, alla tradizione interpretativista è stato assegnato l'utilizzo di un approccio qualitativo che meglio si attaglierebbe agli scopi di ricostruzione in profondità delle caratteristiche di fenomeni unici. Come dicevamo in precedenza, tuttavia, qualsiasi indagine scientifica trova nella necessità del controllo empirico il luogo in cui emerge la crucialità del ragionamento sul metodo. Il ricercatore, infatti, per predisporre le operazioni necessarie al controllo empirico delle proprie teorie o all'esplorazione dei terreni di indagine ai quali intende dedicarsi, si trova a fronteggiare un complesso insieme di alternative. In altre parole, qualsiasi processo di ricerca si compone di un sistema di opzioni di azione che presentano vantaggi e svantaggi e che devono essere sottoposte alla sua valutazione individuale (Ricolfi, 1997).

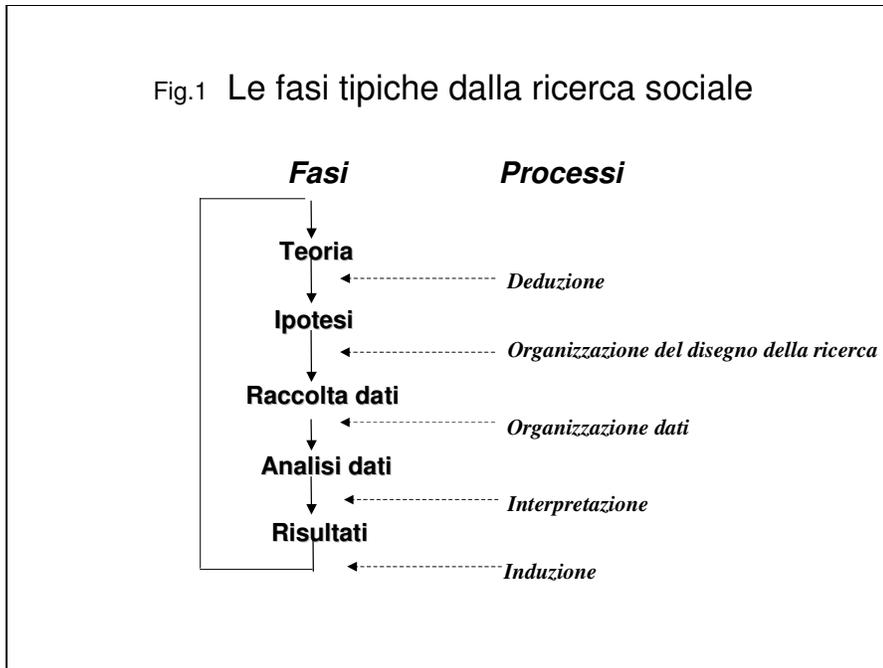
Superata una volta per tutte la pretesa di una oggettività assoluta per l'indagine scientifica nelle scienze sociali dobbiamo fare i conti con i limiti che le nostre scelte impongono al processo di ricerca. La metodologia delle scienze sociali si propone proprio di riflettere sui limiti e sui termini di applicabilità dei diversi metodi e delle diverse tecniche per perseguire la soluzione dei nostri interrogativi teorici e per favorirne il controllo empirico (Ricolfi, 1997).

La dicotomia fra qualità e quantità deve essere quindi superata in funzione di una consapevolezza metodologica di tipo strumentale. Così come l'approccio qualitativo consente una maggiore profondità nell'analisi di fenomeni micro-sociologici, ma appare fortemente inadeguato alla ricostruzione di tendenze macro, l'approccio quantitativo meglio si adatta alla ricostruzione di fenomeni aggregati attraverso l'utilizzo di modelli di semplificazione che limitano la profondità della ricostruzione di fatti specifici. In conclusione, potremmo quindi affermare che la scelta rispetto ai metodi e alle tecniche da utilizzarsi appare strettamente legata agli interrogativi cognitivi che il ricercatore si propone di indagare, e non deve essere in nessun modo il frutto di una opposizione ideologica fra tradizioni scientifiche differenti. Nelle pagine seguenti proveremo a ricostruire, per sommi capi, i vantaggi e gli svantaggi e i termini di applicabilità delle prospettive di metodo in questione, muovendo dalla costruzione del disegno di ricerca (Ricolfi, 1997).

2. Il disegno della ricerca nelle scienze sociali: fra similitudini e differenze

La letteratura metodologica appare concorde nel definire la ricerca scientifica come un insieme processuale di operazioni distinte. Tale processo può essere organizzato per economia di pensiero in cinque fasi distinte come rappresentato nello schema seguente.

Fig.1 Le fasi tipiche dalla ricerca sociale



(fonte: Meraviglia, 2004; Corbetta, 1999)

Le cinque fasi evidenziate nello schema sono legate fra loro da processi di implementazione di azioni logicamente consequenziali. Occorre sottolineare immediatamente che l'intera articolazione si intende come ciclica e ricorsiva. In altri termini, la realizzazione di una qualsiasi ricerca è il frutto di una continua circolarità fra i processi in oggetto.

Lo schema presentato sembrerebbe a prima vista meglio adattarsi alla descrizione di un processo di ricerca quantitativa, ma non è così. I processi e le fasi che caratterizzano la ricerca quantitativa possono essere, infatti, identificati anche in qualsiasi indagine qualitativa. Questo, peraltro, non significa che non possano essere riconosciuti importanti termini di differenza, ma sarebbe un errore pensare che si tratti di aspetti sostanzialmente sistemici (Meraviglia, 2004). Così come la ricerca quantitativa, infatti, anche la ricerca qualitativa è caratterizzata dalla presenza di un momento di articolazione teorica, di declinazione di ipotesi, di organizzazione del disegno della ricerca, di analisi e infine di *reporting*. In altre parole, i due approcci sono analiticamente riconducibili a una simile struttura di articolazione delle operazioni, ma le operazioni che le caratterizzano seguono logiche di implementazione differenti.

In prima istanza bisogna chiarire che gli scopi cognitivi dei due metodi sono differenti. La ricerca qualitativa si propone, infatti, di ricostruire con la massima profondità possibile la dotazione di senso che è sottesa a un particolare corso di azione indagando il punto di vista degli attori che sono coinvolti nel fenomeno oggetto di studio (Cardano, 2003). A questo scopo, appare cruciale dedicare quante più risorse possibili alla ricostruzione di tutti gli elementi che possono avere in qualche modo influito sul fenomeno individuale che stiamo studiando. In altre parole, occorre provare a ricostruire con la massima attenzione la complessità che è sottesa al nostro oggetto di studio. Al contrario, la ricerca quantitativa ha come obiettivo l'identificazione di relazioni fra fenomeni aggregati e presuppone un minor livello di esaustività nella ricostruzione di situazioni individuali a favore della raccolta di informazioni su un maggiore numero di casi di studio. Gli strumenti di raccolta delle informazioni quindi non sono costruiti con il fine di offrire la ricostruzione più accurata possibile del fenomeno individuale in oggetto, al contrario ne danno necessariamente una rappresentazione standardizzata e semplificata che consente di instaurare subito comparazioni fra i casi che sono oggetto del nostro studio e di identificare macro tendenze.

Proprio a partire dall'enunciazione di queste differenze nelle finalità possiamo sostenere che mentre per l'approccio quantitativo l'ordine della fasi sopra descritto appare ordinato rigidamente secondo il verso delle frecce contenute nello schema e il punto di partenza non può che essere l'articolazione di una teoria di riferimento, per la ricerca qualitativa è possibile e, in una certa misura, inevitabile una maggiore flessibilità dell'intero processo con maggiori spazi per riconfigurare le operazioni secondo mutamenti nelle esigenze cognitive del ricercatore (Meraviglia, 2004).

Sintetizzando, potremmo dire che la necessità logica di un'articolazione teorica accurata secondo un impianto chiaramente deduttivo che declina l'insieme di asserti molto generali che compongono la teoria in un insieme di ipotesi empiricamente controllabile è per la ricerca quantitativa quasi del tutto ineludibile. Gli indicatori che vengono sottoposti al processo di operativizzazione e poi rilevati, infatti, non possono, quasi mai, essere frutto di un processo induttivo di analisi dell'evidenza empirica (Corbetta, 1999). Una prospettiva induttiva non è invece impossibile, almeno in linea di principio, per la ricerca qualitativa. Alcune correnti di pensiero, in particolare la *Grounded Theory*, nella riflessione sui metodi qualitativi ha invece postulato la necessità di sgombrare il campo da pregiudizi teorici e restituire il primato all'osservazione del fenomeno per poi ricostruire sulla base di generalizzazioni successive concetti sempre più generali fino alla costruzione di un insieme di asserti tanto astratti da poter essere considerati teoria (Cardano, 2003).

La progettazione del disegno di ricerca appare quindi abbastanza differente. Ma anche nelle fasi seguenti del processo di ricerca appare possibile identificare alcuni termini di differenza che tuttavia appaiono sempre compresi nella medesima cornice logica di riferimento. Infatti, sia che si decida di procedere con una ricerca di tipo qualitativo sia che si opti per un approccio quantitativo si dovranno fare i conti con la determinazione, oltre che degli strumenti di costruzione del dato (di cui abbiamo già brevemente discusso), delle unità di rilevazione e dei modi di campionamento di queste, dei modi di analisi dei materiali prodotti e infine dei modi di presentazione dei risultati (Meraviglia, 2004).

Lo strumento tipico per la raccolta e la costruzione del dato nella ricerca quantitativa è il questionario standardizzato. Esso è composto da una serie di domande alle quali l'intervistato può rispondere di regola scegliendo un insieme già definito di alternative di risposta (denominato *piano di chiusura*). Ogni alternativa di risposta è contraddistinta da un codice (o da un valore numerico) al fine di favorire la traduzione delle informazioni nel linguaggio della matrice dati (Corbetta, 1999). Quest'ultima costituisce il modo tipico di organizzazione dei dati nella ricerca quantitativa. Esistono numerosi tipi di matrice dati, nella ricerca sociale quella più ricorrente è la matrice casi per variabili. Possiamo immaginare questo strumento come una tavola di un comune foglio elettronico (vedi fig.2) nelle cui righe sono rappresentati i casi, cioè le nostre unità di analisi (gli intervistati), e nelle colonne le variabili, cioè gli indicatori che noi abbiamo operativizzato prima in quesiti standardizzati a risposta chiusa e poi inserito nella matrice dati stessa (Meraviglia, 2004).

Le domande nel questionario standardizzato sono sempre poste nello stesso modo e nello stesso ordine per garantire che tutti i soggetti coinvolti nella rilevazione siano esposti allo stesso stimolo e consentire quindi di ipotizzare la confrontabilità diretta delle risposte (Corbetta, 1999). Al contrario, per rispondere alle esigenze che abbiamo già discusso, la ricerca qualitativa di avvale di strumenti caratterizzati da uno scarsissimo livello di standardizzazione. Le tecniche più comuni sono: l'osservazione partecipante, che prevede la presenza del ricercatore all'interno della cultura che si vuole indagare in veste di attento osservatore di pratiche e di significati; l'intervista discorsiva e quella biografica che hanno lo scopo, attraverso un impianto dialogico, di raccogliere il racconto dell'intervistato rispetto a eventi, fatti, ma anche sensazioni, atteggiamenti di cui è stato in qualche modo partecipe; infine il *focus group* che può essere considerato alla stregua di un'intervista di gruppo con lo scopo di indagare i meccanismi di formazione dell'opinione in un contesto micro-sociale. Il materiale

empirico prodotto da tutte queste tecniche è un testo (le note etnografiche del ricercatore, la trascrizione delle interviste e/o dei *focus groups*) (Cardano, 2004).

Anche i meccanismi di selezione del campione di riferimento differiscono sistematicamente a seconda del tipo di approccio che noi abbiamo scelto di seguire. La ricerca quantitativa, infatti, persegue scopi di generalizzabilità statistica e quindi richiede la predisposizione di strumenti di selezione degli intervistati che consentano di usare le più comuni tecniche di inferenza. A questo scopo, quindi, per la selezione del campione, vengono utilizzate tecniche di campionamento casuale che consentono di determinare la corretta numerosità perché le tendenze evidenziate dall'analisi dei risultati possano essere considerate una efficace rappresentazione di quello che emergerebbe se fosse possibile raggiungere tutta la popolazione di riferimento (Meraviglia, 2004).

Al contrario, la ricerca qualitativa non si prefigge il raggiungimento di una generalizzabilità dei risultati fondata sulla numerosità del campione e sull'inferenza statistica, ma sulla possibilità di estendere i risultati dell'indagine sul fenomeno in esame ad altre situazioni simili in via sostantiva. In altre parole, mentre la ricerca quantitativa si propone di rilevare la differente incidenza dei fenomeni studiati nella popolazione di riferimento, le tecniche di tipo qualitativo hanno come obiettivo la ricostruzione in profondità di alcune fra le possibili varianti di quel fenomeno gettando luce solo su piccole porzioni di realtà, con l'obiettivo di delinearne meglio i contorni e con la consapevolezza che la generalizzazione delle conclusioni può essere ammessa solo per via comparativa (Cardano, 2003).

Se, come abbiamo detto, anche i tipi di materiale empirico prodotti nella fase di rilevazione e costruzione della base empirica sono molto differenti, egualmente differenti dovranno essere anche le tecniche di analisi applicate. La matrice dati, che come abbiamo visto è il principale strumento di organizzazione delle informazioni utilizzato dalla ricerca quantitativa, adotta il linguaggio delle variabili e dei numeri. Di conseguenza, le tecniche che potranno essere utilizzate nell'approccio quantitativo hanno una caratterizzazione fortemente matematica e sono contraddistinte da un ampio ricorso alla statistica descrittiva a inferenziale. Al contrario, i testi prodotti dalla ricerca qualitativa saranno sottoposti a procedure di analisi del contenuto che tenderanno all'identificazione di criteri di classificazione tipologica delle esperienze narrate nei materiali empirici disponibili (Ricolfi, 1997).

Infine, le considerazioni fin qui proposte non potrebbero non avere riflessi anche sul modo di presentazione dei risultati che nel caso della ricerca quantitativa può assumere i termini di una quantificazione di tendenze sulla base di numeri indice, differenze di probabilità, percentuali e strumenti più complessi per la quantificazione dell'incidenza relativa di fenomeni e della loro relazione sistematica. La ricerca qualitativa, al contrario, ancora una volta, anche nella fase di presentazione dei risultati produce testi che rappresentano da un lato alcuni esempi della documentazione empirica trattata (ad esempio: brani tratti dalle interviste discorsive), e dall'altro eventuali ri-concettualizzazioni in termini tipologici proposti dal ricercatore (Ricolfi, 1997).

3. Alcune conclusioni: a ogni interrogativo il suo metodo.

Come abbiamo sinteticamente discusso nelle pagine precedenti ci sono buoni motivi per sostenere che i metodi qualitativi e i metodi quantitativi siano simili rispetto ai processi che ne compongono i processi di ricerca, ma evidenzino significative differenze in termini di obiettivi e modi di applicazione tecnica per la loro realizzazione. Occorre tuttavia mettere sempre in evidenza che non si possono stabilire criteri univoci per dire che uno dei due approcci può giovare di più all'indagine conoscitiva. Per lungo tempo, al metodo quantitativo è stata riconosciuta un'etichetta di maggiore scientificità semplicemente perché faceva uso di strumenti apparentemente più "oggettivi" (Ricolfi, 1997).

Questa posizione appare del tutto insostenibile se si pensa al complesso di scelte che il ricercatore è chiamato a fare in tutte le fasi che contraddistinguono qualsiasi processo di ricerca. I modi di selezione del campione o la scelta degli indicatori oppure ancora i modi di operativizzazione e formulazione delle domande del questionario possono davvero dare garanzie circa l'oggettività del numero che alla fine del processo di rilevazione viene inserito nella matrice dati? Siamo poi sicuri che sottoporre stimoli uniformi sia davvero possibile e che quindi i casi siano davvero confrontabili? I nostri intervistati hanno mentito? Inoltre, la scelta di utilizzare strumenti statistici inferenziali piuttosto che altri strumenti per analizzare in profondità i fenomeni in oggetto non potrebbe forse avere significative ripercussioni sui risultati della nostra ricerca?

La garanzia di scientificità di un percorso di metodo non risiede nell'uso del numero, piuttosto che nel distacco dall'oggetto di studio, ma può essere rinvenuta nell'ispezionabilità della base empirica e nella necessità che il ricercatore documenti le sue scelte in modo da permettere ad altri di ripercorrerle e valutarne la plausibilità. Inoltre, il ricercatore, sulla base della documentazione del proprio percorso, dovrebbe essere in grado di stratificare il grado di plausibilità e fondatezza empirica delle sue conclusioni. L'effetto delle scelte del ricercatore e dell'interazione con un oggetto di studio – la società e gli individui che la compongono – mutevole e capace di rapportarsi strategicamente con il processo di ricerca induce distorsioni che non possono mai essere del tutto eliminate.

D'altra parte, questo non significa che il ricercatore non possa trovare soluzioni per aumentare l'affidabilità e la plausibilità della propria indagine. Sicuramente il primo importantissimo rimedio è a consapevolezza metodologica dei limiti e delle caratteristiche degli strumenti di ricerca che si stanno utilizzando. Calcolare percentuali su un numero di intervistati piccolo (ad esempio venti casi) scelto non casualmente è inutile perché non potremmo in nessuno modo generalizzarne i risultati a una popolazione più ampia, d'altra parte utilizzare domande con risposte aperte per intervistare campioni ampi è inappropriato a meno che non ci si voglia sottoporre a un lunghissimo e poco efficace lavoro di post codifica delle informazioni.

In breve, potremmo concludere che ogni tecnica, ogni approccio analitico, ha le sue specificità e che solo grazie a una buona consapevolezza rispetto ai suoi limiti e al suo potenziale il ricercatore può usarla efficacemente per rispondere alle sue esigenze cognitive.

Bibliografia

- Amaturo, de Lillo, Marradi, Rositi (1998), *Glossario della collana di metodologia delle scienze umane*.
- Cardano M.(2003), *Tecniche di ricerca qualitative*, Roma, Carocci
- Corbetta P.G.(1999), *Metodologia e tecniche della ricerca sociale*, Bologna, il Mulino.
- Crespi F. (1985), *Le vie della sociologia*, Bologna, Il Mulino
- Marradi A. (1980), *Concetti e metodo per la ricerca sociale*, Firenze, Giuntina.
- Marradi A. (1994), *Referenti, pensiero e linguaggio: una questione rilevante per gli indicatori*, in “Sociologia e Ricerca Sociale”, 43, pp. 137-207.
- Marrani A. , *Problemi e strumenti della conoscenza*, draft paper.
- Meraviglia C. (2004) *Metodologia delle Scienze Sociali*, Roma, Carocci
- Rossi, Mori, Trincherò (1975), *Il problema della spiegazione sociologica*, Torino, Loescher.
- Ricolfi (1997), *La ricerca empirica nelle scienze sociali: una tassonomia*, in Ricolfi (a cura di), *La ricerca qualitativa*, Roma, Nis.

TECNOLOGIE POLITICHE. PROGETTO DI TEORIA E STORIA DEI SISTEMI PENALI MODERNI

di Giuseppe Campesi (Università di Milano)

1. Il progetto di ricerca che stiamo sviluppando consiste in uno studio di *sociologia dei sistemi penali moderni*. Esso è il tentativo di illustrare come, lungo il corso della storia delle società industriali moderne, il sistema penale ha funzionato più che quale strumento di risposta alla criminalità, come meccanismo di politica sociale e disciplina della marginalità sociale. Nell'ambito di quest'ampio quadro di sociologia giuridico-penale, il lavoro che, più specificamente, ci accingiamo a svolgere proverà ad individuare le caratteristiche *formali* della legge penale e la configurazione *strutturale* dell'apparato di controllo sociale che corrispondono all'esercizio delle *funzioni disciplinari* il sistema penale riteniamo abbia svolto nelle moderne società industriali.

Guarderemo, dunque, alla storia dei sistemi penali come alla storia dei meccanismi istituzionali che hanno consentito il lungo processo di disciplinamento delle classi popolari alle condizioni esistenziali riservatigli dalla struttura sociale ed, in particolare, di ciò che ha permesso alle società capitalistiche di affiancare all'enorme *accumulo di capitali*¹ i meccanismi idonei ad un parallelo *accumulo d'uomini*². Attraverso questo sguardo sulla storia dei sistemi penali moderni cercheremo di elaborare i *due modelli idealtipici* attorno ai quali ci sembra ruoti questa vicenda istituzionale.

L'idea fondamentale qui è che, parallelamente al processo di formalizzazione e codificazione del diritto, all'ombra della proclamazione dell'eguaglianza di fronte alla legge³, due differenti campi si sono andati strutturando all'interno dei sistemi penali moderni. Due campi le cui caratteristiche crediamo possano essere ben sintetizzate nei due modelli idealtipici che ci proponiamo di costruire e che rappresentano due veri e propri sottosistemi con caratteristiche formali, strutturali e funzionali opposte: da un lato ciò che Ferrajoli⁴ ha definito *sotto-sistema penale ordinario*, corrispondente, in linea di massima, con il modello elaborato dal pensiero liberale e funzionalmente pensato come meccanismo di risposta alla criminalità e punizione dei delinquenti; dall'altro un vero e proprio *sotto-sistema penale di polizia* dall'evolvere moderno in poi chiaramente funzionante quale strumento di politica sociale e governo della "pericolosità sociale". Rintracciare le meno limpide matrici istituzionali e teoriche di tale sottosistema è uno dei principali obiettivi del nostro lavoro di ricerca.

2. Com'è apparso chiaramente dalla nostra ipotesi di lavoro, ci accingiamo a sviluppare non un progetto di sociologia giuridico-penale *tout court*, bensì un progetto di *teoria materialistica, o critica, dei sistemi penali moderni* e sotto questo profilo non vantiamo certo alcun primato d'originalità. Nel tempo si è invero accumulato un notevole numero di contributi che hanno rifiutato di guardare la storia dei sistemi punitivi moderni secondo il frusto cliché della storia delle idee dei grandi riformatori e *philosophes*, o della storia dello sviluppo di una razionalità giuridica egualitaria sostituitasi alla barbarie *ancien regime*, per riconsiderare sotto diversi angoli di visuale e punti di vista la storia e le funzioni della prigione, lo strumento

¹ K. Marx, *Il capitale. Critica dell'economia politica*, I, Einaudi, Torino, 1975, p. 879ss.

² M. Foucault, *Sorvegliare e punire. Nascita della prigione*, Einaudi, Torino, 1976, p. 240ss.

³ M. Foucault, *Sorvegliare e punire*, cit.; A. Baratta, *Introduzione alla sociologia giuridico-penale. La criminologia critica e la critica del diritto penale*, Il Mulino, Bologna, 1980.

⁴ L. Ferrajoli, *Diritto e ragione. Teoria del garantismo penale*, Laterza, Bari/Roma, 1990.

punitivo principale dei sistemi penali moderni. D'altra parte ha una lunga storia la stessa immagine del sistema penale quale strumento di governo di una società altamente stratificata, formalizzata ormai in almeno due dei principali filoni della teoria criminologica moderna ed ampiamente testata da un enorme ammontare di ricerche empiriche⁵.

Nondimeno crediamo di poter con il nostro lavoro arricchire questo quadro teorico, ovviando al contempo ad alcuni inconvenienti che a nostro avviso esso ha manifestato. Da un lato, infatti, quanti, come i sociologi della pena, hanno svolto ricerche sulla funzione dei differenti meccanismi punitivi durante la loro evoluzione storica, hanno tendenzialmente tralasciato di considerare l'intera struttura – il sistema penale come complesso istituzionale – all'interno del quale quei meccanismi operavano, riducendo sovente la sfera della *penalità* al solo momento sanzionatorio⁶. Dall'altro lato, ciò che è più importante, molte di queste sociologie "critiche" del sistema penale tendono a riprodurre una semplicistica immagine dello stato e della legge quali strumenti di pura repressione degli svantaggiati sotto il controllo di una "*unified and monolithic ruling class that conspires to seek its own advantage at the expense of the other groups*"⁷, senza riuscire a spiegare come la funzione di governo della marginalità sociale assunta dal sistema penale si sia potuta conciliare con il quadro giuridico egualitario dello stato di diritto moderno.

Crediamo pertanto che un affinamento degli strumenti teorici alla base di una *teoria materialistica dei sistemi penali moderni* debba passare necessariamente da una più consapevole analisi delle caratteristiche formali del diritto e del processo penale, nonché della configurazione strutturale, o ordinamentale, dell'apparato di controllo sociale, analisi che non può prescindere dal più ampio quadro teorico offerto dalla sociologia generale dello stato moderno.

3. Com'è noto, nell'ottica della teoria materialistica, o critica, il diritto e lo stato svolgono, creando la struttura politico-giuridica in grado di sostenere la base socio economica delle forze produttive, un'essenziale funzione di supporto del processo di produzione di *plus-valore*⁸. In questo senso la sociologia dello stato e del diritto hanno come oggetto d'analisi precipuo lo studio delle relazioni intercorrenti tra una determinata struttura politica e la corrispondente *formazione economico-sociale*⁹: cioè il complesso costituito dalle *forze produttive* materiali, ciò che Marx ha indicato come *relazione uomo-natura*¹⁰; e dalle *relazioni produttive*, l'insieme delle relazioni sociali di produzione, distribuzione e scambio in cui gli individui sono

⁵ B.G. Vold, T.J. Bernard, J.B. Snipers, *Theoretical Criminology*, New York/Oxford, Oxford University Press, 1998.

⁶ D. Garland, *Pena e società moderna*, Il Saggiatore, Milano, 1999.

⁷ B.G. Vold, T.J. Bernard, J.B. Snipers, *Theoretical Criminology*, cit., p. 264.

⁸ E' appena il caso di rilevare qui, che l'uso del concetto di "funzione", termine dalla lunghissima storia tanto in sociologia che in antropologia, è effettuato con un implicito richiamo alle pagine in cui Norberto Bobbio distinse tra "funzionalismo" ed "analisi funzionale": "*mentre l'analisi funzionale può ignorare il funzionalismo, una teoria critica della società, con il che intendo una qualsiasi teoria che si ponga il problema non soltanto di vedere come una società funziona, ma anche come non funziona o dovrebbe funzionare, non può ignorare l'analisi funzionale, perché la critica di un istituto comincia proprio dalla critica della sua funzione, cioè dalla considerazione della sua eventuale funzione «negativa»*" (N. Bobbio, *Dalla struttura alla funzione. Nuovi studi di teoria del diritto*, Edizioni di Comunità, Milano, 1977, p. 99). Tali indicazioni, peraltro abilmente sviluppate da Vincenzo Ferrari (cfr. Id., *Le funzioni del diritto*, Laterza, Bari/Roma, 1987) nel senso di uno studio delle funzioni del diritto nell'ambito di una concezione conflittuale della società, valgono ad inquadrare la stessa teoria *materialistica* del diritto (che nel nostro caso è una teoria *materialistica*, o *critica*, del diritto penale) tra le "analisi funzionali" del diritto e, dunque, tra i più classici contributi allo studio sociologico del diritto (cfr. N. Bobbio, R. Treves, *Teoria del diritto e sociologia del diritto in Marx*, in "Sociologia del diritto", 2, 1978, pp. 279-294; R. Guastini, *Marx: dalla filosofia del diritto alla scienza della società. Il lessico giuridico marxiano*, Il Mulino, Bologna, 1974).

⁹ L. Gallino, *Formazione economico-sociale*, in: Id., *Dizionario di Sociologia*, Torino, UTET, 1993, pp. 307ss.

¹⁰ K. Marx, *Manoscritti economico-filosofici*, in: *Scritti filosofici giovanili*, a cura di Sergio Moravia, La Nuova Italia, Firenze, 1972, p. 111.

inevitabilmente coinvolti nel corso della loro vita economica, che Marx ha indicato come *relazione uomo-uomo*¹¹.

Il nucleo concettuale della sociologia materialistica dello stato e del diritto è stato in seguito ulteriormente sviluppato dal pensiero marxista, cui si deve una migliore formalizzazione delle funzioni che la struttura politico-giuridica svolge in una società capitalistica. Sono state così individuate, da un lato, una *funzione produttiva* in altre parole di *diretto* supporto del modo di produzione capitalistico per mezzo della garanzia giuridica della base socio-economica su cui detta formazione economico-sociale si fonda; e, dall'altro, una *funzione riproduttiva* vale a dire di *indiretto* supporto del modo di produzione capitalistico, assicurato per mezzo della continua riproduzione del "bene" che il capitale non è in se stesso capace di produrre: la forza lavoro.

Funzione che lo stato esercita, in particolare, fornendo gli strumenti appropriati a garantire la sua disciplina e motivazione al lavoro ed a governare le conseguenze sociali più dirimpenti delle oscillazioni della domanda e dell'offerta sul mercato del lavoro.

Nell'ambito di questo complesso di funzioni il sistema penale, come estremo mezzo di coercizione utilizzabile dallo stato moderno in tempo di pace, gioca ovviamente un ruolo cruciale. Ma, come la distinzione tra funzioni *produttive* e *riproduttive* ci ha suggerito, il suo ruolo può essere articolato diversamente. Lo stato moderno, in breve, esplica le sue funzioni secondo diverse *tecnologie politiche*, tecnologie che inevitabilmente modellano diversamente anche le caratteristiche formali e strutturali dei sistemi penali. Dal lato della "funzione produttiva", infatti, abbiamo la funzione di protezione dei diritti proprietari esercitata per mezzo di strumenti puramente repressivi su cui tutto il marxismo classico e, con esso, gran parte del pensiero criminologico critico si è solitamente concentrato. Dal lato della "funzione riproduttiva" abbiamo invece un complesso di strumenti di controllo ed amministrazione che non si limitano alla pura *protezione* o *conservazione* della sfera giuridica privata, ma svolgono una più generale azione di *direzione* e *regolazione* sociale. Tutte le revisioni del pensiero marxista, da Antonio Gramsci, passando per la Scuola di Francoforte, fino al marxismo strutturalista in Francia, hanno variamente rilevato l'importanza di questi strumenti di regolazione sociale nelle società industriali moderne.

Gran parte della letteratura critica sulle funzioni dello stato e, segnatamente, del sistema penale continua a replicare un'esausta immagine dello stato quale strumento di pura repressione e protezione dei diritti proprietari, adottando acriticamente l'immagine dominante veicolata da tutta la scienza giuridica liberale moderna¹². Un'immagine che il lavoro di Michel Foucault, con la sua critica del concetto di repressione, ha più di recente messo definitivamente in crisi. Egli, infatti, concentrandosi sull'emergere all'alba dell'età moderna del "*problema della popolazione*¹³" ha evidenziato come, in parallelo allo sviluppo dei sistemi giuridici moderni - cruciali per sanzionare il processo d'accumulazione di capitali - si andavano coagulando attorno al concetto di *polizia* un complesso di strumenti istituzionali di regolazione e politica sociale che, pur funzionando all'ombra della razionalità formale del diritto moderno, hanno svolto quella funzione di disciplinamento sociale che ha consentito il processo d'accumulazione d'uomini su cui sono state costruite le moderne società industriali di massa. Una funzione che, dunque, è stata svolta per mezzo di un complesso istituzionale funzionante secondo logiche operative radicalmente differenti rispetto allo schema legge-punizione.

L'analisi foucaultiana ha, in sostanza, aperto una breccia affinché anche nel campo della sociologia giuridico-penale fosse finalmente valorizzata una considerazione per le differenti

¹¹ *Ivi*, p. 116.

¹² N. Bobbio, *Dalla struttura alla funzione*, cit.; N. Bobbio, *Diritto*, in: G. Pasquino, N. Matteucci, N. Bobbio, *Dizionario di Politica*, Torino, UTET, 2004, p. 263ss.

¹³ Sul "problema della popolazione" in Michel Foucault cfr. Id., *La governamentalità*, in: "Aut/ Aut", 167/168, 1978; *Omnes et singulatim. Verso una critica della ragion politica*, in: Id., *Biopolitica e liberalismo*, Medusa, Milano, 2001.

configurazioni strutturali e formali del diritto e dello stato, vale a dire per le sue differenti tecnologie politiche¹⁴. Una considerazione in grado di problematizzare alcuni degli assunti teorici fondamentali della scienza giuridica liberale - che paradossalmente hanno egemonizzato molto del pensiero critico sul diritto e sullo stato, causando molti degli inconvenienti teorici che abbiamo segnalato - dando il giusto rilievo allo sviluppo della dimensione *amministrativa* dello stato moderno. Una dimensione istituzionale il cui spessore non può essere certo ridotto a mera esecuzione di precetti giuridici e difesa delle prerogative private, su cui già Max Weber e più poi la storia istituzionale e sociale tedesca, ed in particolare Gherard Oestreich - lavorando sui concetti di razionalizzazione, burocratizzazione e disciplinamento sociale - si sono concentrati¹⁵.

4. In conclusione riteniamo che, per comprendere come si sia sviluppato ed abbia funzionato all'ombra del sistema penale pensato dalla filosofia liberale classica per la *protezione* della sfera giuridica privata e la *punizione* delle violazioni illegittime, un sottosistema deputato al *governo* ed alla *gestione* della pericolosità sociale – un sottosistema che, più che presentare i caratteri della *giurisdizione*, manifesta i tratti del *potere amministrativo* – sia indispensabile un percorso genealogico lungo la storia del concetto di *polizia* in antico regime. Come una ormai vasta letteratura storiografica ha evidenziato, infatti, è attorno a questo concetto cruciale della giuspubblicistica moderna - ed in particolare nella sua dialettica con il concetto di *iurisdictio*, all'interno della cui sfera semantica la giuspubblicistica medievale sintetizzava l'idea del dominio politico¹⁶ - che si è forgiata l'idea di uno stato non più limitato alla semplice tutela degli ordinamenti e della sfera giuridica privata ma protagonista attivo di una politica economica e sociale, coinvolto nell'ambiziosa impresa *biopolitica* cui lo sviluppo del capitalismo, con gli sconvolgimenti sociali che ha determinato, lo chiamò sempre più insistentemente. Un'impresa cui prese parte, ovviamente, anche il sistema penale.

¹⁴ H. Hunt, *Foucault expulsion of Law. Toward a retrieval*, in: "Law and Social Inquiry", 17, 1, 1992, pp. 1-38; A. Hunt, G. Wickham, *Foucault and Law. Towards a Sociology of Law as Governance*, London, Chicago, Pluto Press, 1998; C. Sarzotti, *Sapere giuridico tra diritto di sovranità e pratiche disciplinari nel pensiero di Michel Foucault*, in: "Sociologia del Diritto", 1991, XVIII, 2, pp. 43-80.

¹⁵ M. Weber, *Economia e Società*, Edizioni di Comunità, Milano, 1999; G. Oestreich, *Problemi di struttura dell'assolutismo europeo*, in: E. Rotelli, P. Schiera, *Stato Moderno*, I, Il Mulino, Bologna, 1971; Id., *Polizia (Policey) e prudentia civilis nella società barocca della città e dello stato*, in: Id., *Filosofia e costituzione dello Stato moderno*, Bibliopolis, Napoli, 1989. Più in generale sul concetto di *polizia* in antico regime cfr. P. Napoli, *Naissance de la Police Moderne. Pouvoir, normes, société*, Editions La Découverte, Paris, 2003; H. Maier, *Die altere deutsche Staats- und Verwaltungslehre (Polizeiwissenschaft)*, Luchterhand, Neuwied und Berlin, 1966; P. Schiera, *Dall'arte di governo alle scienze dello stato. Il Cameralismo e l'assolutismo tedesco*, Giuffrè, Milano, 1968; E. Bussi, *Evoluzione storica dei tipi di Stato*, Giuffrè, Milano, 2002; L. Mannori, B. Sordi, *Storia del Diritto Amministrativo*, Laterza, Bari/Roma, 2001; M. Stolleis (a cura di), *Policey im Europa der frühen Neuzeit*, Vittorio Klosterman, Frankfurt am Main, 1996; sul concetto di disciplinamento sociale, oltre ai lavori di Oestreich citati, cfr. AA.VV., *Institutionen, Instrumente und Akteure sozialer Kontroller und Disziplinierung im frühneuzeitlichen Europa*, Vittorio Klosterman, Frankfurt am Main, 1999.

¹⁶ P. Costa, *Iurisdictio. Semantica del potere politico nella pubblicistica medievale. 1100-1433*, Giuffrè, Milano, 1969.

L'UTILITARISMO, LA RAZIONALITÀ LIMITATA E LA SANZIONE

di Barbara Carsana (Università di Milano)

Nella percezione della giustizia è dato oramai costante il crescente, e quanto mai fermo convincimento, che esista nel sistema di diritto una grave ed insanabile patologia. Da un lato esistono norme severe, dall'altro, nel momento in cui dette norme trovano applicazione, si rileva una sorta di indulgenza sostanziale che caratterizza, in particolare, la risposta sanzionatoria. Detto dato trova conferma anche nella relazione introduttiva all'articolato di riforma del Codice Penale proposta dalla Commissione Grosso, ove si legge, precisamente nel paragrafo VII "Il sistema delle pene"¹⁷, che esso risulta "caratterizzato da una insostenibile situazione di incertezza e di "imprevedibilità" della sanzione concretamente scontata dal condannato; incertezza ed imprevedibilità dovuta all'eccessivo potere discrezionale concesso al giudice penale in sede di determinazione in concreto della pena, alla mancanza di criteri-guida affidabili in ordine a tale determinazione, al sovrapporsi disordinato di interventi normativi di diritto penale sostanziale, penitenziario e processuale penale in materia di irrogazione ed esecuzione delle pene, al gioco spesso irrazionale e contraddittorio di istituti premiali, di facili perdonismi, di istituti di prevenzione speciale disciplinati con non sufficiente rigore nei presupposti della loro applicazione".

La distanza, a volte incolmabile, che intercorre tra ciò che la norma commina e ciò che, di contro, il diritto penale processuale prima e quello dell'esecuzione poi, concretamente applicano, a parer nostro, sta alla base di quella diffidenza nei confronti del sistema giuridico e di quel paradosso di cui si è originariamente riferito.

Conseguentemente il veridico (o come tale percepito) aumento del tasso di criminalità, a fronte di una giustizia apparentemente più tollerante, passa necessariamente attraverso il filtro del concetto di effettività della norma, di cui l'applicazione della sanzione è il cardine fondamentale.

Detto criterio viene qui considerato come il margine ideale all'interno del quale al comportamento concreto viene consentita la deviazione dal modello prescritto. Ad essere centrale in questo principio quindi non sono l'intenzione e la volontà del legislatore bensì l'intenzione e la volontà di chi le norme quotidianamente le vede applicarsi al proprio agire, di chiunque debba "normalizzare" il proprio comportamento.

Così inteso, il principio, è quasi superfluo sottolinearlo, è costantemente violato e conseguentemente non consente né la certezza né tantomeno la prevedibilità della sanzione effettivamente irrogata, con inevitabili e conseguenti riflessi relativamente alla funzione preventiva della pena stessa. Numerosi sono gli esempi.

Si pensi, "ex pluribus", alla concessione delle attenuanti generiche¹⁸, e paradossalmente, in sede di diritto processuale penale, al patteggiamento.

¹⁷ Istituita con D.M. 1 ottobre 1998, composta dai Proff. Carlo Federico Grosso (presidente), Francesco Palazzo, Paolo Pisa, Domenico Pulitanò, Sergio Seminara, Filippo Sgubbi, dai dott. Giovanni Canzio, Giovanni Silvestri, Vladimiro Zagreblesky, dagli avv. Fabrizio Corbi, Ettore Randazzo, Filippo Siciliano, Giampaolo Zancan, (alla stesura dell'articolato sulla responsabilità delle persone giuridiche ha partecipato anche la prof.ssa Cristina De Maglie.).

¹⁸ E' tendenza consolidata che in tema di concessione delle attenuanti generiche, si valuti la gravità del fatto e la personalità dell'imputato in ragione dei medesimi elementi già presi in considerazione ai fini della determinazione della pena ai sensi dell'art. 133 cod. pen., in quanto, legittimamente, lo stesso parametro può essere rivalutato in vista di una diversa finalità.(cfr. Cass. pen., sez. IV, 25-10-2002 (27-06-2002), n. 35930). In tal senso quindi la prassi giurisprudenziale è solita accordare dette circostanze ogni qualvolta siano assenti elementi indice di un comportamento

Se è pur vero che tramite quest'ultimo istituto l'indagato (o l'imputato) perde alcuni diritti che avrebbe avuto garantiti nella misura in cui avesse affrontato il procedimento, tra cui il diritto alla prova ed al contraddittorio sul fatto, l'indagato o l'imputato che sia, è messo di fronte ad un serie di benefici assolutamente non trascurabili:

1. uno sconto di pena (la sanzione applicabile a seguito al normale dibattimento andrebbe diminuita fino ad un terzo),
2. l'inefficacia della sentenza nei giudizi civili ed amministrativi ex art. 445, comma 1, c. p. p. (a richiesta infatti la sentenza patteggiata non è riportata nel casellario giudiziale con indubbio vantaggio specialmente per le persone che godono di notorietà),
3. l'estinzione del reato nel caso in cui, ove sia stata irrogata una pena detentiva non superiore a due anni soli o congiunti a pena pecuniaria, l'imputato o l'indagato non commetta un delitto o una contravvenzione della stessa indole.

A ciò si aggiunga, tra le altre, la sensibile contrazione delle spese necessarie per affrontare le difese in un giudizio in genere di lunga durata e, "in primis" la certezza di sapere quale pena si dovrà subire, aspetto, quest'ultimo che spesso costituisce l'elemento discriminante per la scelta dell'istituto.

Plausibili dunque i perché "di una insostenibile situazione di incertezza e di "imprevedibilità" della sanzione concretamente scontata dal condannato"

Ma come garantire statuizioni giudiziarie accettabili proceduralmente e materialmente, che quantomeno attenuino l'imprevedibilità di cui sopra?

Posto che il concetto di effettività di cui si è riferito viene inteso quale margine ideale e confine ultimo all'interno del quale l'agire del soggetto può deviare dal modello imposto, esso può essere riferito a molteplici significati: quale certezza sotto il profilo della pena, nell'ottica dell' "an", del "quantum"¹⁹ e del "quomodo"²⁰, oppure come efficacia delle singole norme o del sistema repressivo tutto, considerato nel suo complesso²¹.

Fatta salva l'ipotesi quindi di una perfetta interiorizzazione delle norme e conseguentemente di una condivisione pedissequa dei contenuti in essa prescritti, (realtà del tutto utopica in una società complessa, dal punto di vista informativo e tecnologico, nonché disomogenea nei costumi), il concetto di effettività rimane qui rimesso principalmente alla risposta sanzionatoria comminata dalla norma alla quale spetta in via prioritaria l'obiettivo di rendere la predetta sovrapposizione il più possibile corrispondente.

Tralasciata l'ipotesi di una perfetta coincidenza, peraltro talvolta possibile (si pensi ad esempio alla rara trasgressione alle norme interiorizzate che rispondono oramai non più al binomio violazione-sanzione, ma ad un ben più cogente violazione-pericolo o violazione-esclusione²²) si ritiene che il concetto di effettività debba essere inteso in via principale quale certezza del diritto nei termini e nei limiti che si espongono qui di seguito.

Benché il termine certezza ancor oggi racchiuda in sé una molteplicità di significati che variano a seconda delle correnti di pensiero che si sono interrogate su di esso, "non ci si può nascondere che il diritto dello Stato del ventesimo secolo e vieppiù del ventunesimo, sia talmente complesso e frammentario da risultare ostico perfino per gli operatori giuridici.

Come meglio di chi scrive altri hanno detto, le leggi che noi, oggi, siamo chiamati a rispettare sono "numerose, mutevoli, frammentarie, occasionali, e contraddittorie".²³

che collide in maniera stridente con il reato medesimo e motivare solo in tale ultima ipotesi In senso contrario Cass. pen., sez. VI, 25-11-1998 (C.C. 15-10-1998), n. 3105.

¹⁹ T. Padovani, La disintegrazione attuale del sistema sanzionatorio e le prospettive di riforma: il problema della comminatoria editale, in Riv.It. dir.proc., 1992, pag 420.

²⁰ G.Nepi Modena, Il sistema sanzionatorio: considerazione a margine da un recente schema di riforma, 1995, pag. 323.

²¹ Fiandaca Musco, Diritto penale parte generale, terza edizione 2001, Zanichelli.

²² Si pensi ad un banale quanto efficace esempio: il passare con il semaforo rosso ad un incrocio, viene in via prioritaria ricollegato ad un'idea di pericolo, di rischio piuttosto che al divieto previsto ex art. 41 del Nuovo Codice della strada .

²³ Zagrebelski (1992).

Il Giudice conseguentemente quanto necessariamente diviene l'unico interprete cui spetta l'arduo onere di colmare le lacune del diritto rispondendo alle esigenze economiche e sociali di questa nuova società. Proprio alla luce di questa evoluzione, innegabile quanto evidente, il concetto di certezza del diritto assume significati completamente nuovi ed autonomi rispetto ai modelli precedenti e rende ancor più coerente la concezione di certezza del diritto proposta da A. Aarnio.

La certezza del diritto discende direttamente dalla sua interpretazione.

L'interpretazione del diritto è specificamente giuridica in quanto regolata da regole o meglio da standard interpretativi giuridici, che, benché aperti e flessibili, sono condizionati e delimitati dall'obbligo di giustificare le decisioni.

La giustificazione garantisce così la non arbitrarietà delle sentenze e favorisce la creazione di un ristretto numero di "significati giuridici". La certezza del diritto diviene quindi questa garanzia di non arbitrarietà della sentenza e della consonanza sostanziale (della giustizia) delle determinazioni relative alle conseguenze giuridiche delle azioni degli individui²⁴. Il diritto, quindi, è certo se giustificato in base a modelli di razionalità condivisi, (modelli di razionalità dialettica) e riferibili a loro volta al rispetto delle regole della logica formale, della sincerità, dell'efficienza, della congruenza, della verificabilità ideale o empirica, dell'accessibilità al discorso e dell'equa ripartizione dell'onere di argomentazione²⁵.

Ma di quali strumenti è fornito il giudicante quando deve scegliere tra differenti modelli formali e materiali? In che modo offrire una statuizione alla ragionevolezza o alla accettabilità sostanziale, e dunque in linea con l'immagine della giustizia elaborata in un determinato momento storico all'interno di un parimenti determinato gruppo sociale²⁶? Con quali strumenti giustificare l'affermazione "il diritto è certo se la statuizione del giudicante è certa," attraverso i requisiti della razionalità dialettica nonché della accettabilità o della ragionevolezza?

Come quindi, in ultima analisi, garantire standard interpretativi uniformi?

A parer nostro, in particolare per tutta la gamma di reati di natura fiscale, tributaria e finanziaria l'utilitarismo e l'individualismo metodologico presentano elementi utili e talvolta determinanti su cui fondare l'interpretazione.

Definita azione razionale come la messa in atto di un pensiero strategico comprendente la elaborazione delle informazioni, la valutazione delle opportunità e delle alternative, va da sé che anche l'autore di un reato può essere considerato un reo razionale ogniqualvolta, infrangendo le norme, metta in atto un comportamento ove calcoli che il guadagno atteso, tenuto conto della probabilità di essere catturato, sia superiore alla sanzione prevista.

Tale definizione si fonda sul principio del c.d. "individualismo metodologico" in base a cui il soggetto agente, di fronte alle scelte, assume un atteggiamento di calcolo operando sempre in coerenza ad esso e procedendo così nella sistematica valutazione dei "pro" e dei contro che seguono la sua condotta.

Conseguentemente, essendo la scelta di commettere un'azione, sociale quanto antisociale, il frutto coerente di una libera decisione, il comportamento del decisore rileva la volontarietà dello stesso permettendo altresì, ad un ipotetico osservatore, di valutare quali possano essere i parametri determinanti il calcolo predetto.

Su di essi ed in ragione di essi dunque si può coerentemente e conseguentemente misurare e considerare gli standard interpretativi.

Non ci si nasconde che l'approccio teorico fornito, mutuato unicamente dalle prescrizioni offerte dall'economia neoclassica e classica, non è di per sé esaustivo.

²⁴ Aulis Aarnio, *Le Rationnel comme raisonnable. La Justification en droit*, Story Scientia (1992) Bruxelles.

²⁵ Aarnio, 1987.

²⁶ Aarnio, 1987.

Si ricordino, a mero titolo esemplificativo, le considerazioni relative alle limitazioni della razionalità individuale proposte da Herbert Simon²⁷.

Ma parimenti si pensi al neo utilitarismo di Jhon Harsanyi²⁸ ed alla disciplina di tipo "maxmin" di J. Rawls²⁹. Il primo riprende la cosiddetta regola "bayesiana" in base alla quale colui che deve scegliere in situazioni di rischio e di incertezza deve innanzitutto tentare di massimizzare l'utilità media non prendendo in considerazione le conseguenze grandemente improbabili. Rawls, di contro, sostiene che le scelte da perseguire in caso di rischio e incertezza debbano invece essere gestite sulla scia di norme di principio su cui fondare la propria decisione. Secondo quindi uno schema di tipo "maxmin", nell'eventualità che in una condizione di assoluta incertezza si corra il serio rischio di prendere una decisione rovinosa il principio obbliga a prendere decisioni che mirino a evitare le conseguenze peggiori, ove non, addirittura, a non agire.

Un ultimo metodo, tale esclusivamente per esigenze di trattazione, con il quale è possibile scegliere anche in condizioni di rischio e di incertezza (e cioè quelle usuali) consiste poi nell'adottare procedure aleatorie (sorteggi, procedure metodologicamente affidate al caso del tipo: se alla tal ora, nel posto tale, passerà un'autovettura rossa allora compiro' l'azione x, se alle medesime condizioni ciò non accadrà, allora esercitero' l'azione y). In tali situazioni infatti risulta più logico affidarsi ad un criterio semplicemente casuale piuttosto che utilizzare altri criteri probabilistici di razionalità limitata.

Detta tipologia di atteggiamento è appoggiato da tutti gli autori che, tramite ricerche psicologiche e sociologiche volte ad indagare le motivazioni profonde dell'agire individuale, hanno messo in luce i limiti della razionalità limitata.

Primo tra tutti Jon Elster³⁰.

Egli punta la sua attenzione verso tutti quei casi in cui il comportamento irrazionale non deriva da una errata percezione delle opzioni di scelta disponibili, o dalla ignoranza di alcune tra esse, bensì è frutto principalmente di sensazioni e desideri che vincolano e condizionano il soggetto agente. Talvolta comportarsi in maniera irrazionale con consapevolezza (tirando in aria la monetina ad esempio) è condotta migliore, o quantomeno parimenti razionale rispetto al comportarsi in modo inesperto.³¹

Per fare un esempio concreto dunque ogni qualvolta si debba decidere quale sanzione applicare nel caso concreto, si dovrebbe valutare quali differenti fonti stanno a garanzia dell'effettività della norma in concreto: religiose o umane, fisiche o volontarie, politiche o apolitiche, giudiziarie o amministrative, ed infine morali. All'interno di esse, quando si creano le sanzioni si deve sempre cercare di ottemperare al principio dell'opportunità e quindi chiedersi: cos'è opportuno, ad esempio dal punto di vista religioso, per scoraggiare un dato comportamento? Cosa lo è dal punto di vista politico, cosa dal punto di vista morale? E così

²⁷ Con l'approccio della razionalità limitata, Herbert Simon capovolge la precedente concezione ideale della mente umana sostenendo che "la razionalità è la principale delle risorse scarse" e come anche vincoli di tempo e di risorse limitino pesantemente la capacità ottimizzante del decisore. La teoria della razionalità limitata "prende sul serio il decisore" nel senso che non gli attribuisce comportamenti non suoi e descrive come – nella realtà – vengono prese le decisioni; essa sottolinea il fatto che il comportamento decisionale è influenzato dalla percezione, dal ragionamento e dalle dinamiche di apprendimento del decisore.

²⁸ Comportamento razionale ed equilibrio di contrattazione [1977], Il Saggiatore, Milano 1985, cap. III.

²⁹ Una teoria della giustizia, Feltrinelli, Milano 1982, pp. 137-38.

³⁰ Ulysses and the Sirens: A Theory of Imperfect Rationality." Social Science Information, 1977; Sour Grapes: Studies in the Subversion of Rationality, Paperback, 1985.

³¹ Se i marinai di Ulisse scelgono di non agire, affidandosi, fuor di metafora, ai vincoli previsti dalle norme e dalle leggi, e dunque, onde evitare di sbagliare e di seguire una condotta dannosa, preferiscono l'opzione del non porsi nel dilemma della scelta escludendola a priori, la decisione di Ulisse, discendente dalla inscindibile unione tra il suo impulso, il suo desiderio ed il calcolo razionale di non cedere ad una condotta che l'avrebbe portato certamente a conseguenze disastrose, si volge verso un comportamento limitante ma che, a differenza dei suoi compagni, gli permette comunque di udire il canto fatale.

via³².

Tanto più la sanzione sarà opportuna tanto più sarà effettiva.

La sanzione in quanto tale si crede che non abbia pretese di giustizia, bensì di utilità.

Razionale dunque è quella sanzione che risponde ai criteri di opportunità e che permette che si raggiunga un equilibrio, un bilancio positivo all'interno delle scelte, tra risultati e perdite, tra soddisfazioni e frustrazioni.

Si pensi ai concreti esempi proposti da Friedman: nell'ipotesi che un viaggiatore in autobus senza biglietto venga scoperto statisticamente una volta su dieci, una riflessione razionale (e probabilistica) sulla pena suggerisce che essa debba essere fissata ad un livello tale che la renda almeno dieci volte superiore al costo di un biglietto.

Tale definizione quantitativa è uno dei possibili parametri interpretativi cui si faceva cenno: difatti qualora così non fosse, non sarebbe ragionevole, ancor prima che razionale, comperare il biglietto bensì sopportare l'onere dell'ammenda! Per concludere dunque non si può tacere sul fatto che i principi posti a fondamento dell'individualismo metodologico prima e dell'utilitarismo poi, riveduto e corretto dalle teorie predette, siano fondamentali nella creazione, nella scelta e nella applicazione delle sanzioni e concorrano a colmare le lacune di un sistema giuridico che non solo non risponde (qualora mai avesse potuto) ad un'esigenza di certezza del diritto ma ad un ben più concreto ed attuabile diritto alla certezza.

Rawls, come sappiamo però, sostiene che l'utilitarismo non ha nulla a che fare con la giustizia. Anche chi scrive condivide questa tesi, ma in fondo sospetta apertamente che sia la giustizia, talvolta a dovere fare i conti con l'utilitarismo. Se dunque l'utilitarismo non può essere la base di una teoria della giustizia, sarà quest'ultima a dover informare i principi dell'utilitarismo. Ma questo ad oggi, è ancora al di là da venire.

³² Si badi, ben altro è chiedersi: cosa è giusto per scoraggiare un dato comportamento?

L'IMMIGRAZIONE ECUADORIANA E SENEGALESE A GENOVA

di Pietro Chiari (Università di Milano)

Cercherò nel tempo che mi è stato assegnato di fare un breve *excursus* sulla presenza ecuadoriana e senegalese a Genova³³, la più grande e una delle meno numerose.

Cause e modalità di arrivo.

Gli ecuadoriani escono dal loro Paese a cominciare dalla metà degli anni '90 del secolo scorso, periodo nel quale l'Ecuador è sconvolto da una crisi economica, politica e sociale che porta ad una vera e propria destrutturazione delle condizioni di vita di ampi strati della popolazione con una diffusione generalizzata e allargata di povertà. La classe media è quella più colpita, nella maggior parte impiegati pubblici, docenti e professori che si vedono schiacciati dalla prolungata insolvenza dello Stato nei confronti dei suoi dipendenti, rappresentanti della piccola e media borghesia che subiscono il tracollo economico conseguente ad un debito estero insopportabile, al collasso del sistema bancario con il blocco dei conti correnti, alle nefaste conseguenze della dollarizzazione con l'abbandono della moneta nazionale. L'appartenenza generalmente alla classe media spiega il perché l'immigrato ecuadoriano abbia, con le dovute eccezioni e senza generalizzare, un livello di scolarizzazione abbastanza elevato, o quanto meno abbia una scolarizzazione che lo contraddistingue da altre comunità presenti sul territorio.

Lasciano dunque il paese per andare dove? La soluzione è quella di andare dove si trova già qualcuno che si conosce, dove si sa che c'è possibilità di lavoro, dove si può essere ben accolti. L'approdo naturale sono la Spagna e l'Italia. L'Italia è uno sbocco naturale innanzitutto perché fino al 2003 non era necessario il visto di ingresso per entrare nel nostro Paese, in secondo luogo per la vicinanza culturale e linguistica, in terzo (e non ultimo) per l'aiuto della Chiesa cattolica. Genova, che condivide tutti questi aspetti, ha nella presenza anche della Chiesa Valdese (con una significativa comunità proprio di lingua spagnola) una ulteriore causa di scelta di permanenza.

Per i senegalesi il percorso è indubbiamente diverso. All'inizio Genova costituisce soltanto uno snodo di passaggio, sulla rotta tra Napoli – dove acquistavano la merce da vendere – e la Francia – meta preferita negli anni '80 del secolo scorso per le affinità linguistiche.

Quindi, iniziano ad essere presenti nei mesi estivi sulle spiagge della Liguria come “vu' cumprà”, impegnati nella vendita sia di prodotti provenienti dal Senegal (innanzitutto, le maschere) sia dei classici prodotti della mercanzia del venditore ambulante extracomunitario. A poco a poco, in piccoli gruppi, fanno di Genova zona di stanziamento, di ferma per la raccolta dei prodotti da vendere. Ed iniziano ad organizzarsi.

³³ Le informazioni relative alla presenza ecuadoriana sono state tratte nella maggior parte da Ambrosini M., Erminio D., Ravecca A. (a cura di), *Primo rapporto sull'immigrazione a Genova*, Fratelli Frilli Editori, Genova 2004 e anche da Vento S. (a cura di), *I latinoamericani a Genova*, De Ferrari, Genova 2004.. Le informazioni relative alla comunità senegalese sono frutto della rielaborazione di un incontro-intervista che ho avuto con Modou Kandji, uno dei “responsabili” nel capoluogo ligure. Per una breve bibliografia, inoltre, si vedano anche Ambrosini M., Lodigiani R., Zandrini M., *L'integrazione subalterna*, Quaderni ISMU, Milano, 3/1995 e Ambrosini M., *Utili invasori*, Franco Angeli, Milano 1999.

Caratteristica degli immigrati senegalesi è che si sono sempre molto aiutati a vicenda, con uno spirito solidaristico soprattutto nei confronti dei nuovi arrivati. Veniva trovato loro l'alloggio, anche gratuitamente, per i primi mesi, il lavoro, il modo di entrare nella struttura. Insomma, un sistema di aiuto molto forte, che consentiva (ed in realtà in parte consente ancora) anche di effettuare un controllo capillare sulle attività e sulle modalità di permanenza. Un "codice d'onore" interno, possiamo definirlo, che non ammette violazioni di norme e di leggi, pena l'esclusione dalla comunità ed il non riconoscimento da parte degli altri come appartenente alla comunità, che sta entrando in crisi con gli ultimi arrivi.

Numeri e caratteristiche della presenza ecuadoriana e senegalese a Genova.

Gli ecuadoriani a Genova hanno superato le 10.000 unità; costituiscono ormai il primo gruppo straniero sul territorio, superando di gran lunga i marocchini (che sono scesi al terzo posto, superati anche dagli albanesi). Caratteristica fondamentale della presenza ecuadoriana è la femminilizzazione della migrazione, intendendo con tale espressione il fatto che la donna è la primomigrante e la presenza femminile costituisce la maggior parte della comunità ecuadoriana (si arriva a circa il 70% su tutta la comunità). Una migrazione di donne spesso capofamiglia con figli a carico perché il marito non è in grado di mantenere la famiglia o perché vedove o divorziate; molte donne coniugate che lasciano marito e figli in Ecuador, a volte anche con l'intenzione di costruirsi una nuova vita ed una nuova famiglia; una presenza anche di donne nubili, che cercano un affrancamento dalla famiglia d'origine e da una società poco aperta alla emancipazione della donna; una piccolissima percentuale di donne che migrano al seguito del marito, un uomo che comunque è arrivato chiamato da una donna, che sia la madre o la sorella.

Questa femminilizzazione sta diventando negli ultimi anni sempre più una famigliarizzazione, nel senso che ad opera dei numerosi ricongiungimenti famigliari si ha un netto aumento di presenza di uomini ecuadoriani adulti e soprattutto adolescenti e pre-adolescenti. Una trasformazione che porta con sé tutta una serie di considerazioni e di questioni che hanno come punto di partenza la circostanza che generalmente l'immigrata e l'immigrato ecuadoriani tendono a diventare presenza stanziale, a rimanere si può dire per sempre.

La presenza senegalese – una comunità che a Genova non raggiunge le 1.000 unità – è caratterizzata nella maggior parte dalla componente maschile, con soltanto un 8-9% di donne. I senegalesi di Genova, ma è un po' una caratteristica comune anche a coloro che si stanziano in altre città, sono pertanto uomini adulti che arrivano a Genova perché conoscono qualcuno che possa garantire loro l'accoglienza e l'accesso al circuito interno alla comunità. La bassissima presenza di donne comporta, conseguentemente, una altrettanto bassa presenza di famiglie.

A ulteriore differenza con la presenza ecuadoriana, i senegalesi (e senz'altro i senegalesi di Genova) mantengono molto chiara la prospettiva del ritorno al proprio paese di origine, senza concepire la presenza nel paese di accoglienza come una possibilità per dimenticare il proprio paese. Principale strumento per rimanere legati al Senegal è costituito dalle rimesse economiche: inviare soldi alla propria famiglia, ogni mese, ed in misura anche considerevole significa voler mantenere il rapporto con la propria terra, significa voler continuare a costruire qualcosa nel Paese di origine per poi poterci tornare. Questa circostanza è assolutamente favorita dal governo del Senegal, che vede con grande positività il fatto che i cittadini emigrati in occidente possano tornare e mettere a frutto per il progresso di tutta la comunità le capacità e le professionalità acquisite all'estero. Si può dire che venga considerato come un tradimento il fatto di non tornare, un tradimento della storia, della cultura e della propria appartenenza ad un popolo.

Il lavoro.

L'occupazione della maggior parte (si potrebbe dire tranquillamente della quasi totalità) delle donne ecuadoriane si svolge all'interno dell'ambito c.d. di cura ed assistenza. La elevata

presenza di anziani all'interno della popolazione genovese, che risulta essere al mondo una delle popolazioni più vecchie, e la contemporanea diffusione del lavoro tra le donne italiane – ed anche genovesi – come necessario per il mantenimento della famiglia, sono i principali fattori dell'ampia disponibilità di impiego come collaboratrici familiari e assistenti domiciliari. Gli uomini sono impiegati nella maggior parte nell'edilizia, ad eccezione di alcuni che hanno iniziato l'attività di cura ed assistenza.

Nonostante sia il gruppo più grande numericamente, l'Ecuador è soltanto al 16° posto presso i registri della CCIAA di Genova per quanto riguarda il lavoro autonomo, contro un elevato numero di senegalesi.

Lavorativamente, i senegalesi si occupano appunto nella maggior parte di commercio, di lavoro autonomo, con la nascita di negozi dove vendere i prodotti del Senegal. Alcuni sono impiegati nell'edilizia. Moltissimi svolgono, presso strutture convenzionate con Regione Provincia e Comune, corsi di formazione professionale volti ad acquisire quelle capacità e quelle professionalità che li rendono in grado di lavorare con competenza qui e che successivamente consentiranno loro di poter tornare alla propria terra in grado di lavorare per il proprio paese.

Criminalità e controllo sociale.

Le modalità e le caratteristiche della presenza ecuadoriana nel territorio genovese stanno molto velocemente trasformandosi, con ciò modificandosi anche le percezioni sia da parte degli immigrati sia da parte dei genovesi.

La c.d. famigliarizzazione e l'aumento della presenza di uomini, e di giovani uomini, adolescenti e preadolescenti, nella comunità ecuadoriana di Genova (e uomini che spesso rimangono a lungo a carico della donna per le difficoltà nel trovare una occupazione) inizia a creare qualche problema di convivenza e di gestione.

L'inserimento nel mondo del lavoro per i più grandi e l'inserimento nella scuola per i più piccoli costituiscono gli ostacoli da superare. Certamente, abitudini diverse e modi di vivere differenti possono essere ostacoli nell'inserimento di un numero anche elevato di persone, ma non devono spaventare, non devono diventare falsi problemi. Altri problemi esistono, e mi riferisco alla delinquenza soprattutto minorile, ma sono indubbiamente ingigantiti dai mass media: il fenomeno delle c.d. "bande"³⁴ è un fenomeno affrontato con toni sempre più drammatici ed allarmistici. Il rischio è che in questa generalizzazione sbagliata e miope si intacchi, come forse è già in corso, la credibilità del gruppo per errori di singoli e si perda il rapporto ottimale raggiunto in questi anni tra "autoctoni" e ecuadoriani (latinoamericani in genere).

Per quanto riguarda la presenza senegalese, non vi è – anche per quel sistema condiviso di controllo interno e per il piccolo numero – criminalità riferibile a questo gruppo, che ha instaurato un rapporto buonissimo sia con la popolazione genovese, sia con le istituzioni pubbliche e private.

La presenza all'interno di associazioni ed enti è una caratteristica comune agli immigrati, sia ecuadoriani sia senegalesi. Sono impegnati nel sociale certamente per aiutare gli appartenenti alla propria comunità ma anche come possibilità per una sempre maggiore integrazione ed un sempre più ampio coinvolgimento nella vita della città di "accoglienza". E così sono presenti nei sindacati, nei patronati, nelle associazioni di volontariato, fino a costituire associazioni e gruppi da loro stessi. Denotano veramente, e questo entrambi i gruppi etnici, una grande vivacità ed una grande volontà di fare, di costruire, di partecipare.

Conclusioni.

³⁴ L. Quieirolo Palmas, A. T. Torre, *Il fantasma delle bande*, Fratelli Frilli Editori, Genova 2005.

Come conclusioni di questo mio intervento, riporto a tutti voi alcune delle considerazioni nate a seguito di una mia relazione sulla immigrazione ecuadoriana tenuta a Bari al Convegno Internazionale sul tema “Diritto: le sfide dell’immigrazione” lo scorso giugno.

- Il prof. Dicomite rifletteva se si possa o meno parlare ancora di “immigrati” e di “stranieri residenti” di fronte ad una presenza di quasi 40.000 soggetti non italiani regolarmente presenti e stanziati a Genova, città che si attesta intorno ai 620/650mila abitanti; una città dove ormai molte scuole riescono a rimanere aperte solo grazie alla presenza dei figli degli “immigrati”.

La considerazione in forma di domanda sorta da questa osservazione, e che condivido, è se non si possa (o addirittura non si debba) ormai parlare di minoranze etniche.

- Il prof. Ferrari ha sollecitato alla riflessione sul modello di integrazione, non legata soltanto all’idea dell’immigrato come forza lavoro.

Anche questa considerazione è a mio avviso assolutamente da condividere: il modello della integrazione c.d. subalterna deve essere superata, cancellata, anche dalla legislazione.

La prospettiva nuova che deve muovere il legislatore e la società civile – anche su sollecitazione dei sociologi del diritto – deve essere quella della città e della società multietnica ed interetnica. Il rispetto delle regole non è messo in alcun modo in dubbio, ma anzi si devono trovare soluzioni che portino alla piena coscienza anche negli immigrati della appartenenza o della possibilità di appartenere.

Non so, francamente, quale possa essere la soluzione; non escludo che la concessione del voto amministrativo sia una strada (percorsa da Genova con l’approvazione dello Statuto comunale, impugnato dalle opposizioni di centro-destra e bocciato da una delibera del Consiglio dei Ministri), come potrebbe esserlo la concessione della cittadinanza. Ma, a mio avviso, qualunque forma di riconoscimento dell’esercizio dei diritti politici non deve essere fatta senza ascoltare gli interessati, senza sentire le loro posizioni: diventerebbe, altrimenti, ancora una volta una forzatura.

- Il prof. Ghezzi, infine, ha riportato la nostra attenzione anche sulla questione del livello della tollerabilità sociale della società c.d. di accoglienza.

Questo è certamente un problema importante, che però non va a sua volta esasperato ed esagerato. Una considerazione legata alla comunità ecuadoriana a Genova: in Ecuador, finito di lavorare, è usanza tra gli uomini ritrovarsi nelle piazze davanti ad un bar a bere birra, serenamente, magari per raccontarsi della giornata, discutere, parlare, rilassarsi. Questo ritrovarsi di un gruppo di uomini latinoamericani, extracomunitari, stranieri, in una piazza del centro di Genova (come nel centro di qualunque città italiana) come lo vediamo? Come un assembramento di extracomunitari ubriaconi e nulla facenti, e dunque pericolosi. Questo non pensiamo quando lo stesso fanno numerosi giovani italiani, genovesi, nelle piazze e nei vicoli la sera.

Anche a queste differenze, ne sono convinto, dovremo essere capaci di abituarci.

Grazie per la vostra attenzione.

LA MEDIAZIONE PENALE IN UNA PROSPETTIVA DI CONTROLLO SOCIALE

di Giovanna Palermo (Università del Molise)

Nell'era della globalizzazione, con la polifonia di voci che la caratterizza, la mediazione rappresenta una risorsa per gestire l'incontro e lo scontro delle molteplici verità che disordinano il mondo. Maturata in tale complessità la mediazione si pone in una prospettiva d'incontro e riconoscimento reciproco, favorendo il passaggio "dal conflitto al consenso". Promuovendo la comunicazione, permette alle parti in conflitto di confrontare i propri punti di vista, di riconoscere l'altro come persona e di cercare un accordo al conflitto che le oppone: è un percorso di messa in relazione, una zona franca in cui riprendere a comunicare. La commissione di un reato, in particolare, crea (o alimenta) inevitabilmente un distacco, una frattura tra vittima e colpevole: la prima, isolata nel suo residuale ruolo processuale e inappagata nel desiderio di vedersi riconosciuta come persona; il secondo, isolato e stigmatizzato, talvolta neppure identificato e, comunque, "sanzionato" con pene irrisorie, il più delle volte virtuali. La mediazione penale, dunque, è un *"processo che ... aprando canali di comunicazione che si erano bloccati... permette alle parti ...di confrontare i propri punti di vista..."*, favorendo l'accettazione delle proprie responsabilità e promuovendo la risoluzione volontaria del conflitto. Si realizza, così, il passaggio dal piano conflittuale a quello consensuale, conseguendo il duplice obiettivo di fornire una risposta alle richieste di giustizia del singolo individuo e di riaffermare il principio del rispetto delle norme. Tale modalità di regolazione del conflitto non si sostituisce al processo ma può rappresentare una risorsa operativa che tenga conto anche di quella conflittualità latente che non fa ingresso nel procedimento penale. In Italia esistono almeno due diverse prospettive culturali dalle quali si guarda alla mediazione: una che la colloca all'interno del sistema penale minorile, quale strumento integrativo, evidenziandone, la funzione responsabilizzante nei confronti del minore; l'altra che la riconosce quale progetto socio-culturale volto a promuovere la convivenza e la pace sociale. In questa seconda ottica la mediazione, quindi, non interessa solo l'amministrazione della giustizia ma la società intera. I due approcci, non incompatibili fra loro, hanno contribuito a mantenere vivo il dibattito e attenda la verifica sul tema della mediazione penale minorile. L'ingresso delle politiche di mediazione nel nostro ordinamento, però, è in parte ostacolato dalla presenza del principio di obbligatorietà dell'azione penale, che impone di perseguire tutti i reati di cui la pubblica autorità sia venuta a conoscenza. L'altro ostacolo, che fa della mediazione uno strumento non applicabile a largo spettro, è costituito dal fatto che quest'ultima non è ipotizzabile per tutti i reati: ne sono esclusi, per ovvie ragioni, per esempio i reati "senza vittime". La mediazione, quindi, lungi dal rappresentare un modello di soluzione extragiudiziale di tutti conflitti, in grado di sostituirsi alla giustizia penale, può diventare la corsia preferenziale d'intervento almeno per una gran parte di essi. L'ordinamento italiano appare teso a favorire l'introduzione della mediazione nel sistema penale, sebbene oggi la utilizzi ancora (per lo più) in via sperimentale in campo minorile. La mediazione, infatti, è un intervento in linea con i principi ispiratori di tutta la legislazione penale minorile che privilegia nella sua interezza i processi di responsabilizzazione e di maturazione del minorenne. L'art. 27 del D.P.R. 22 settembre 1988, n. 448 fornisce uno spazio normativo nel quale la mediazione può essere attivata: l'irrilevanza del fatto e l'occasionalità del comportamento sono, infatti, due aspetti del fatto-reato che fanno apparire la mediazione come strumento adeguato alla

composizione del conflitto. Un altro canale d'ingresso è rappresentato dalle "prescrizioni" che il giudice può imporre al minore nell'ambito di un progetto di messa alla prova con conseguente sospensione del processo (art. 28 D.P.R. 448/88). Il meccanismo delle prescrizioni giudiziali, che si pongono come condizioni della *diversion*, costituiscono, però, la negazione della spontaneità e rappresentano, piuttosto, un'espressione tipica di esercizio della giurisdizione all'interno del rapporto autore e vittima. Si è preferito, allora, favorire l'inserimento di un percorso di mediazione nel programma complessivo d'intervento predisposto dai servizi minorili, in favore del minore autore del reato, ammesso alla *probation*. Ulteriori spazi di operatività si possono rinvenire in diversi momenti precedenti il dibattimento ed il giudizio. L'art. 9 del DPR 448/88 prescrive, in fase d'indagini preliminari, di acquisire elementi utili alla valutazione delle condizioni e delle risorse personali, familiari, sociali e ambientali del minore al fine di valutare, tra l'altro, il grado di responsabilità. A tal fine un percorso di mediazione può rappresentare un elemento altamente indicativo. L'intervento di mediazione, oltre a tali spazi che precedono la definizione giudiziaria del procedimento, è possibile anche in fase di esecuzione penale, nell'ambito delle sanzioni sostitutive e dell'affidamento in prova al servizio sociale. Percorsi di mediazione possono, in linea teorica, fare ingresso anche nel processo "ordinario", attraverso l'art. 133 c.p., l'art. 555 c.p.p., l'art. 29, co. 4° del D.Lgs. 274/00, l'art. 47, co. 7° della L.354/75. L'art. 555 c.p.p. consente di attivare un percorso di mediazione, laddove attribuisce al giudice la facoltà di "*tentare una conciliazione fra querelante e querelato*". Particolarmente innovativa, inoltre, la riforma che ha attribuito la competenza penale ai giudici di pace, per determinati reati previsti dal codice penale e da alcune leggi speciali. La legge di riforma contiene, per la prima volta, un riferimento esplicito alla 'mediazione', consentendo al giudice di promuovere in via privilegiata la composizione del conflitto (art. art. 29 D. Lgv. 274/2000). E' prevista, inoltre, l'estensione anche per gli adulti di un istituto già previsto alla fine degli anni '80 come modalità di definizione del processo a carico di imputati minorenni: il proscioglimento per "*tenuità del fatto*" (art. 34). La mediazione può rivelarsi utile, ai fini della valutazione della tenuità del fatto, poiché consente un'analisi più accurata dell'intero episodio criminoso. Il variegato contesto normativo appena descritto rappresenta uno scenario favorevole per il pieno sviluppo del nuovo paradigma riparativo della giustizia penale. Il passaggio dall'ottica punitiva e riabilitativa a quella riparativa corrisponde ad una nuova concezione della sanzione penale che, pur mantenendo intatti gli aspetti di rinvio alla responsabilità personale, rimanda chiaramente ad una serie di proposte e di opportunità che il "reo" può cogliere per il proprio cambiamento e ad una considerazione partecipata degli interessi della vittima del reato. L'attività di mediazione, privilegiando il processo di responsabilizzazione, attraverso un percorso relazionale che prepara, motiva e configura la successiva definizione dell'attività riparatoria, consente al minore di acquisire una maggiore consapevolezza dei danni cagionati dal reato e di riflettere sulle motivazioni del proprio comportamento. Da un punto di vista sistematico e descrittivo, nell'architettura ordinamentale, in linea teorica la mediazione potrebbe avere una collocazione: eso-sistemica, in cui si pone come alternativa al sistema penale, in chiave di deflazione o meglio di depenalizzazione in concreto; oppure endo-sistemica, come variante di stabilizzazione del sistema penale. Nel primo caso la mediazione troverebbe una collocazione all'interno del filone della privatizzazione del conflitto, tra i possibili strumenti di controllo sociale informale, nella prospettiva di marginalizzare progressivamente la risposta penalistica a vantaggio dei restanti strumenti di controllo sociale. Nel secondo caso la mediazione risulterebbe irretita nelle maglie normative del sistema e, "istituzionalizzata" come nuova forma di controllo sociale formale. L'analisi comparativa con l'esperienza spagnola, realizzata a Barcellona presso la "Direcció General de Mesures Penals Alternatives i de Justicia Juvenil" nonché presso l'"Equip d'Assessorament tècnic Penal – Mediació penal" per adulti, ha evidenziato una diversa operatività della mediazione a seconda dell'età dell'imputato. Il Dipartimento di Giustizia della Catalogna ha avviato sin dal 1998 un

programma di sperimentazione della mediazione nel processo penale a carico degli adulti. Nell'ambito della giurisdizione minorile, invece, dopo l'esperienza pionieristica del Dipartimento di Giustizia della Generalidad de Catalunya avviata nel 1990, la mediazione è stata disciplinata dalla legge 4/92 (artt. 15.6 e 16.3) e, da ultimo, riformata con la Legge 5/2000 (artt. 19 e 51.2), che consente di avviare un percorso di mediazione sia in una fase d'istruzione del processo che durante l'esecuzione della misura prevista dalla sentenza. Collocare un percorso di mediazione nei luoghi in cui si respira il "processo penale" (l'Ufficio di mediazione penale di Barcellona è situato all'interno delle strutture giudiziarie), prevedere mediatori funzionalmente inseriti nel dipartimento della giustizia, sollecita a guardare alla mediazione, non solo nella sovradescritta ottica di politica criminale e di atención a la víctima, ma anche in una prospettiva, ulteriore, di possibile strumento di controllo sociale. In una società attraversata da profonde trasformazioni, sociali, economiche, politiche e culturali e dai paradossi della globalizzazione, emergono tutti i limiti dell'assunzione del monopolio della funzione disciplinare da parte del sistema della giustizia penale. Rotti i confini del rapporto individuo-istituzioni, si è diffuso un sentimento di "spaesamento", alimentato dalla complessità diffusa di valori eterogenei ed a volte contraddittori. L'individuo non riconosce più le istituzioni come sue promanzioni, capaci di garantirlo e tutelarlo, credibili ed affidabili; egualmente le norme appaiono svuotate e tradiscono la fiducia ed il desiderio di riconoscimento e tutela di ognuno. Il distacco dell'individuo dalle istituzioni favorisce quella crisi di cui tanto si parla e la necessità di ricercare strumenti e forme che possano consentire di riallacciare la relazione anche al fine di evitare una definitiva e totale delegittimazione. Da qui la necessità di una riflessione tendente a verificare il livello di consapevolezza sugli effetti che l'istituzionalizzazione della mediazione comporterebbe. Conferire a tale pratica una veste giuridica e formale potrebbe significare consegnare tale potente strumento di controllo sociale (potente nella misura in cui si basa sul consenso e produce comportamento) al sistema penale ed al relativo universo giudiziario, con conseguente snaturamento dell'istituto stesso. E' difficile pensare, ad esempio, che la mediazione riuscirebbe a conservare quel carattere di volontarietà e spontaneità che oggi le garantisce la capacità di gestire il conflitto nella sua complessità, fatta di un livello manifesto ed uno latente, perché *silenziosamente* non si presenterebbe più come una libera scelta ma come una proposta lusinghiera e condizionante. In realtà, come osserva Messner, le innovative conseguenze che la mediazione pretende di produrre non sono dimostrate da nessuna teoria della criminalità o della prevenzione e, nella prassi giurisprudenziale fino ad oggi ricopre una posizione marginale e di poco rilievo. Per questo le vere finalità della mediazione, o meglio quelle dichiarate, sembrano sempre più ombrate a favore di un più concreto e malcelato desiderio di soccorrere i deficit di legittimazione del sistema della giustizia penale.

COMPLESSITÀ ED ORDINE SOCIALE: CODICI NORMATIVI E MODELLI COMPORIMENTALI

di Angelo Zotti (Università del Molise)

Questa ipotesi di ricerca mette in relazione due modelli societari, stipulativamente definiti dell'“ordine” e della “complessità” e tenta di indagarne i loro intimi meccanismi allo scopo di individuare i fattori di condizionamento di specifiche tipologie umane e sociali.

Queste vengono immaginate quali processi di interazione instaurati tra strutture “personologiche” e dinamiche proprie a società caratterizzate dall'eccesso o, all'opposto, dalla scarsità di proposte normative rivolte all'individuo.

Da un lato va allora considerata la possibilità che i contesti sociali possano essere sempre valutati per la ricchezza di prospettive offerte e dunque per la quantità e la qualità della pressione normativa (giuridica, morale...) con cui essi affollano l'orizzonte delle scelte dei soggetti. Dall'altro si assume come secondo polo di interesse la risposta che tali sistemi normativi si premurano di offrire all'attore sociale allorché questi violi la norma di riferimento.

Cifra specifica della *complessità*, intesa come pluralità di contesti o più teoricamente come eccesso di possibilità, diviene la sua capacità di mantenersi tale, e cioè di generare ulteriore complessità. Questo obiettivo implicito, probabilmente fisiologico, può essere raggiunto a patto di salvaguardare le “fonti di produzione”, i contesti, gli uomini, le risorse che, *mutatis mutandis*, possono garantire nuova produzione, seppure al prezzo di dover imbattersi in “incidenti di percorso” (quale appunto può definirsi l'accertamento dell'infrazione: dell'errore delle macchine, dello sbaglio morale, del peccato) che costringono il Sistema a correggere il tiro.

Eventualmente può essere infatti necessario riadattare, rieducare o addirittura riciclare.

La reazione che amputa i corpi, che ostracizza e che esilia, il rifiuto incondizionato delle ragioni dell'altro pare invece avere una sua giustificazione implicita in sistemi caratterizzati da scarsità di risorse, monismo giuridico, povertà ambientale, lì dove cioè la pratica della *sottrazione* viene giustificata dalla stessa esiguità dei valori-guida. Essi sono verosimilmente pochi, coprono l'intero spazio dell'azione sociale e consentono di valutare la conformità o meno dell'azione del singolo alle direttive comuni: il Sistema, se vuole mantenere inalterato il numero ed il tipo di riferimenti assiologici e per garantire dunque la sua tenuta, deve opporre un atteggiamento più severo.

È evidente che un'azione contraria a quello stato di cose immetterebbe un'istanza *altra*, manifestamente pericolosa per l'ordine costituito.

In quest'ottica ben può immaginarsi che modelli societari caratterizzati da un rigido processo di selezione delle possibilità sociali consentite ai consociati (scelte politiche, orientamento morale, supporto giuridico), quali appunto quelli fortemente connotati a livello politico, preludano, in prospettiva storica, ad una trasformazione nella direzione della complessità, intesa evidentemente come affermazione di libertà e di democrazia. Ma, viceversa, sistemi sociali in cui la compresenza di istanze di natura contrastante determini un livello alto di entropia, avviandosi in questo modo ad una condizione di ingovernabilità, favoriscono, a volte fatalmente, l'affermazione di monismi politici. L'eccessiva disponibilità del sistema a soluzioni giuridiche, morali, e di altro tipo, un'apertura incondizionata all'altro o al Mondo, priva di un criterio guida che ne sagomi il percorso, può determinare una condizione caotica. E, in questa direzione, può preannunciare la paralisi operativa, condizione comune al Soggetto frammentato nelle mille appartenenze, ad un gruppo o ad una società quando stenti a

controllare la crescita ipertrofica dei sottosistemi sempre più “individualistici” e specializzati. Il rischio maggiore rimane quello di un superamento in chiave autoritaria di questa condizione, l’affermazione cioè di un codice normativo che, grazie all’esiguità dei suoi contenuti, sappia presentarsi in modo estremamente chiaro. Il riferimento a pochi principi, infatti, rimane uno strumento di orientamento utile ad indicare una direzione a chi, in tempi scanditi da disorientamento e anomia, creda di poter riscattare il caos determinato dalle opposte direzioni adottando specifici criteri di condotta.

È allora proprio il Diritto, fra tutti i codici normativi presenti, quello in cui può rinvenirsi più facilmente la volontà politica di mantenere un sistema aperto o, al contrario, di chiuderlo entro i limiti di precise scelte valoriali. Ed è sempre il sistema giuridico, inteso nella sua accezione sanzionatoria, a fornire una risposta drastica o al contrario più tollerante.

Una reazione violenta e disposta a considerare l’infrazione esclusivamente dal punto di vista della stretta conformità al modello giuridico-sociale già predisposto, inibendo la possibilità di una dialettica onesta tra il richiedente ed il rispondente, mediata cioè dal *tertium* (nel caso giurisdizionale), non fa a ben vedere che sancire una volontà autocratica. E cioè convalida un sistema basato sullo sfruttamento delle risorse disponibili e fintantoché esse rimarranno disponibili, dal momento che meccanismi di espulsione o annientamento non fanno che *sottrarre* riserve di ogni tipo, e così facendo determinano l’impoverimento del tessuto sociale e delle sue potenzialità operative.

In un ottica liberale, invece, lì dove si sviluppi un sistema basato sulla coesistenza di istanze diverse, di differenti valori, la risposta alla trasgressione deve mirare non alla eliminazione del nodo, ma al suo scioglimento. Il perdono ora concesso a chi ha peccato sostituisce le dinamiche vetero-testamentarie e quel portato di volontà vendicativa implacabile che voleva l’annientamento di ogni stato degenerativo e caotico. Il sistema complesso mira ora al recupero della funzione deviante, del brutto morale ed estetico, e per far ciò ha bisogno di inaugurare un processo di *cooperazione* tra le parti. Questo modo si spinge a considerare le ragioni dell’altro e rompe la prassi del mero *riconoscimento* che il soggetto cercherebbe nell’oggetto postogli di fronte, per raffrontare, invece, in sede di giudizio, la condotta (il fatto, l’*alter*) non semplicemente a se stesso ed al proprio valore di riferimento, ma ad uno spettro assiologico con il quale introdurre nel confronto soggetto-oggetto, Stato-individuo, Dio-figlio, la rilevanza di una *possibilità* altra.

Nel doppio movimento costituito dalla promozione e dalla repressione, dagli incentivi e dalla sanzione che la società offre attraverso lo strumento giuridico, si intravede la riproposizione dell’antico nesso di complementarità tra una pulsione erotica, formalizzata nella volontà di provocazione, nel chiamare a sé e alle risorse della società complessa, ed una di morte, intenzione punitiva, tanto più violenta quanto maggiore era la tensione realizzata dalla *vocatio*.

I tipi comportamentali delineati possono allora raggrupparsi secondo una linea trasversale che metta in evidenza un approccio alle offerte sociali di tipo, per così dire, “soggettivistico” e una di tipo invece “oggettivistico”. Nel primo caso si pone l’accento su come i soggetti, sia in contesti sociali avanzati che in ambienti politicamente o socialmente angusti, piuttosto che protendere verso un’adesione al sistema normativo vigente, adottino un atteggiamento idealistico, espressione di una precisa volontà di evitare quanto più possibile il confronto con la realtà sociale oggettivamente data e, soprattutto, con le prescrizioni normative che essa impone. Nell’altro caso, invece, “oggettivisticamente” connotato, si determinano fenomeni di accentuato realismo, si afferma una volontà assolutamente protesa verso il Reale, che nella società complessa vuole in qualche modo assecondare la varietà delle proposte mentre in quella dell’ordine sposa con estremo entusiasmo il modello antropologico o sociale dominante.

Ora, ambedue le modalità possono realizzarsi tendenzialmente attraverso due percorsi, caratterizzati da una maggiore dinamicità o staticità del tratto caratteriale personale. Le

“soggettivizzazioni” possono opporre al sistema materialmente posto un atteggiamento attivo, manifestando in questo modo l’intenzione cosciente o meno di riportare in contesti caotici un nuovo schema d’ordine. In modo diverso, invece, possono, pur non accettando l’evidenza delle cose, e subendo la loro espansione, tentare di contrastarle dandogli un diverso nome, non riconoscendole nella loro oggettività ma allo stesso tempo adeguandosi ad esse.

In un caso si fonda implicitamente il primato dell’Azione, evidentemente irrazionale, nell’altro si ricorre ad un processo di “adeguazione”.

Se l’Azione garantisce di essere al sicuro dalla diversità perché la espunge dopo averne accertato la difformità, il soggetto adeguazionista, per definizione bloccato nella sua inazione, si difenderà con strumenti di tipo intellettuale, non riconoscerà dunque come tale l’elemento nuovo, diverso, perché nel subirlo tenterà di piegarlo al suo progetto, di conformarlo al suo valore.

Anche quest’ultimo atteggiamento mira a non destabilizzare lo *status quo*.

Relativamente alla percezione soggettiva della sanzione può desumersi che l’approccio soggettivista che si muove sul terreno fertile della complessità ben sa che può altresì contare sulla garanzia della risposta tollerante offerta da un sistema che, attraverso una fitta rete di garanzie, risulta disponibile a prendere in considerazione la persona del reo nella sua interezza, con quel *background* psico-sociale che può esser costituito da spinte motivazionali eventualmente contraddittorie.

La modalità adeguazionista, invece, considerata nel suo sviluppo ideal-tipico, all’interno cioè di un contesto sterile, paga il prezzo della sua staticità in termini di implosione delle situazioni realizzate. Allo stesso tempo la percezione di tale rischio sanzionatorio è fortemente scemata. La scelta di questo soggetto è condizionata infatti proprio dal timore delle conseguenze di un intervento più attivo; per tale ragione l’opzione preferita appare verosimilmente come la più sicura dal punto di vista degli effetti che possono essere attesi.

Gli approcci oggettivistici si caratterizzano per uno spiccato o preteso senso della realtà che spinge il soggetto, più intraprendente e dunque costantemente proteso verso il “materiale sociale”, a cercare una completa immersione nella sfera del reale. Il rischio connesso a questa pratica è simmetrico a quello precedentemente esposto. Una tensione costante verso l’oggetto attenua la percezione della propria soggettività, rende cioè sordo l’individuo nei confronti delle sue effettive esigenze. Una scelta di questo tipo, infatti, favorisce una sorta di incorporamento del soggetto nelle prescrizioni che intende seguire. Viene implicitamente affidata la funzione identitaria, la possibilità di esprimere il proprio sé, a costrutti già posti, rinvenibili per l’appunto nel contesto sociale e nei codici normativi vigenti. Da questo punto di vista, lo *status*, declinato come condizione sociale o acquisizione di beni materiali, diviene la vera maschera del soggetto nonché l’entità deputata all’interazione.

I sistemi plutocratici, ricchi e a loro modo complessi, sono in questo caso aggrediti attraverso un’attività di “posizionamento” sulla rete sociale.

Il soggetto esprime la sua ansia di reale, di *esserci*, attraverso un uso accorto dei beni materiali. Attesa l’ampiezza del sistema e la mitezza della sua risposta sanzionatoria, la previsione di un errore in questo caso va ridimensionata alla luce delle tante possibilità che rimangono ancora aperte. Molto spesso una certa impudenza nel reiterare il danno o l’insistenza indecorosa nel perseguire lo scopo, in tanto continuano ad essere tali in quanto, se non l’impunità, il Sistema garantisce sempre nuove soluzioni.

Il soggetto può voler vivere appieno l’offerta normativa proposta anche lì dove non si muova in un contesto plurale ma che, per conformazione politica o necessità sociale, si ponga come monologico. Lì dove l’ambiente è tutto informato da un solo unico principio, il soggetto protende verso una delle poche opzioni a disposizione. La decisione di seguire alla lettera la prescrizione, la norma che dona una vasta serie di indicazioni su come modellare la propria personalità, sancisce solitamente il raggiungimento di un Modello e, in chiave dinamica, la personificazione di un dato Ruolo.

Privo di riferimenti ad una soggettività composita, ignaro della presenza di un'alterità di segno opposto, il soggetto vive l'ebbrezza di una completa immersione nel reale della sua esistenza. L'opera di seduzione di questo tipo di Sistema è d'altronde forte e, combinata alle pulsioni energetiche dell'individuo, non può che convertire il proposito in un obiettivo "sfidante". L'estrema severità delle sanzioni vigenti in sistemi-ordine, la minaccia dell'espulsione, il sospetto del tradimento, contribuiscono a rendere più esaltante il mantenimento della posizione acquisita. La sicurezza ostentata dal soggetto in questione è il segno dell'incorporamento, finalmente ottenuto, nella Funzione; la posizione conquistata è motivo di plauso sociale soprattutto in relazione al percorso intrapreso fino a quel momento (la "carriera" predisposta dal Sistema), e al sempre paventato rischio di vedersi privati del ruolo a seguito di una misura sanzionatoria particolarmente severa.

LE STRUTTURE CARCERARIE TRA IMPLEMENTAZIONE DELLE POLITICHE PENITENZIARIE E INTERPRETAZIONI DELLA FUNZIONE RIEDUCATIVA DELLA PENA

di Giovanna Fanci (Università di Macerata)

1. Introduzione

Come è noto la funzione della pena è la rieducazione, sancita dall'art.27 Cost. e per la cui realizzazione sono necessari strutture idonee e attori professionalmente formati³⁵. L'analisi sociologica ha evidenziato come le condizioni attuative della finalità rieducativa producano effetti perversi, sia da un punto di vista microsociologico, relativo alle interazioni tra gli attori del sistema penitenziario; sia da un punto di vista macrosociologico, sotto il profilo dei rapporti tra sistema penitenziario e gli altri sistemi sociali. Le prospettive teoriche attraverso cui l'istituzione penale è stata indagata sono state molteplici: tra queste sono sembrate particolarmente proficue per i miei fini analitici le pur profondamente diverse impostazioni di Cohen³⁶ (1985) e di Luhmann, (2000; trad. it. 2002)³⁷. La *scientific knowledge* degli attori che operano all'interno dell'istituzione penitenziaria e la trasformazione del detenuto in «cliente tipo» descritte da Cohen³⁸ sembrano potersi combinare con la più generale visione sistemica proposta da Luhmann per cui le istituzioni sociali hanno la funzione di rafforzare il sentimento di fiducia dei consociati nei confronti del sistema di cui quelle stesse istituzioni fanno parte.

Attraverso questa lente d'osservazione ho condotto la mia ricerca focalizzando l'attenzione su uno degli aspetti problematici del processo di attuazione della finalità rieducativa: la produzione di una condizione strutturale di sovraffollamento degli istituti di pena, nonostante le scelte di politica penitenziaria siano state caratterizzate da finalità deflative. La mia tesi di dottorato, intitolata *Le strutture carcerarie tra implementazione delle politiche penitenziarie e interpretazione della funzione rieducativa della pena*, ha per oggetto la ricostruzione del processo di implementazione delle scelte politiche in materia carceraria attraverso l'analisi della dimensione strutturale dell'istituzione penitenziaria e del comportamento culturalmente orientato degli attori del sistema. Uno dei passaggi analitici fondamentali è stato l'esame delle

³⁵Questa corrisponde alla concezione moderna dell'istituzione penale. Se si tiene conto del percorso di elaborazione filosofico-giuridica sulla funzione del carcere³⁵, è possibile distinguere, infatti, una prima fase, in cui la pena era intesa in un senso che si definisce «premoderno», da una seconda fase, durante la quale essa era concepita in termini «moderni». Gli elementi caratterizzanti le due concezioni riguardano lo scopo e il trattamento penitenziari. Secondo la concezione premoderna, la pena ha una finalità di mero contenimento e il trattamento dei ristretti è indifferenziato, cioè non prevede programmi diversificati secondo la personalità del detenuto; ciò comporta una omologazione trattamentale per le diverse tipologie di individui ristretti: uomini, donne e bambini, autori, inoltre, di reati diversi da un punto di vista tecnico giuridico.

La rappresentazione moderna, invece, attribuisce al carcere uno scopo di recupero del detenuto e prevede una organizzazione trattamentale differenziata e complessa secondo la personalità del detenuto e la fattispecie di reato per cui egli è in carcere.

Per approfondimenti DAGA L. *Sistemi penitenziari*, in "Enciclopedia del diritto", Milano, Giuffrè, 1990, XLII, pp.752-778; DIURNI, *Pena criminale (diritto intermedio)*, in "Enciclopedia del diritto", Milano, Giuffrè, 1982, XXXII, pp.752-770; DUBBINI R., *Architetture delle prigioni. I luoghi e il tempo della punizione (1700-1880)*, Milano, Franco Angeli, 1986; MANCA P., *Istituti di prevenzione e di pena*, in "Enciclopedia del diritto", Milano, Giuffrè, 1973, XXIII, pp.1-14; NEPPI MODONA G., *Carcere*, in "Enciclopedia europea", Milano, Garzanti, 1976, 2, pp.884-890.

³⁶ COHEN S., *Vision of social control*, Cambridge, Polity Press, 1985.

³⁷ LUHMANN N., *Vertrauen. Ein Mechanismus der Reduktion sozialer Komplexität*, IV ed. Stuttgart, Lucius & Lucius, 2000; tr. it., *La Fiducia*, Bologna, Il Mulino, 2002.

³⁸ COHEN S., *Vision of social control*, op. cit., p.86.

politiche gestionali e di quelle urbanistico-territoriali in tema di edilizia carceraria, che si è basata sulla stretta connessione tra la finalità rieducativa dell'istituzione carceraria e la necessità di strutture edilizie adeguate alla attuazione dello scopo risocializzante.

2. Rapporto carcere-territorio: politiche urbanistiche in tema di edilizia carceraria

Dalla fine del XVII sec. la concettualizzazione della funzione penale ha avuto riflessi sulla elaborazione delle politiche di edilizia carceraria. Esempio, a questo proposito è la realizzazione, tra il 1652 e il 1655, delle Carceri Nuove di Roma, in Via Giulia³⁹, seguita, nel 1703, dalla costruzione, sempre a Roma, del carcere di San Michele destinato ai minori⁴⁰. Queste strutture documentano due aspetti vitali per la produzione delle politiche urbanistiche:

1. la diffusione dell'uso del termine «penitenziario» nel XVII sec.⁴¹ non è stata casuale: esso mostra una chiara matrice religiosa, derivante dall'esperienza della prigione monastica medievale⁴². Tratto caratteristico del penitenziario ecclesiastico era la penitenza attraverso cui raggiungere il perdono terreno e la redenzione eterna⁴³;
2. la forma edilizia deve coincidere con la programmazione trattamentale: se si vuole realizzare un trattamento differenziato occorre concepire la struttura con spazi architettonici diversificati⁴⁴.

Un contributo molto importante è venuto dagli studi di architettura che hanno concepito l'edilizia penitenziaria come servizio di comunità. Il problema progettuale del carcere come tipologia distinta sorse alla fine del XVIII secolo. I riformatori puntarono il dito contro gli effetti perversi del regime detentivo sulla personalità del detenuto e fissarono alcuni punti su cui svilupparono *l'ideologia del carcere*⁴⁵: separazione dei detenuti per sesso; isolamento individuale notturno e diurno; installazioni igieniche e buona ventilazione; separazione dei detenuti per categorie di reato; possibilità di passeggio quotidiano all'aria aperta; lavoro per impiegare il tempo operosamente e con finalità rieducative.

³⁹ Esse furono ultimate da Alessandro VII, in prosecuzione di un disegno di Innocenzo X su progetto di Antonio Del Grande. Pietro Manca ha avanzato dei dubbi sul fatto che le Nuove di Roma rappresentino la prima costruzione carceraria in senso moderno. Per approfondimenti, cfr. MANCA P., *Istituti di prevenzione*, op. cit.

⁴⁰ L'architettura cellulare realizzata da Carlo Fontana per il carcere di San Michele ha ispirato il carcere milanese di Francesco Croce del 1756, voluto da Maria Teresa e poi quello di Gand, la casa di forza costruita dal Montfeson nel 1771 [DAGA L., *Sistemi penitenziari*, op. cit., p.756].

⁴¹ Utilizzato anche in area francofona, *penitenciaire*, non si diffuse nei sistemi di *common law*, dove si usò l'espressione neutra *penal system*.

⁴² Per approfondimenti A.A.V.V., *Vita di Suor Virginia Maria di Leyva, Monaca di Monza*, Milano, 1985.

⁴³ Questa funzione verrà denominata variamente nei secoli successivi ricorrendo ai concetti di emenda, rieducazione e reinserimento sociale e si affiancherà, fino ai nostri giorni, alla funzione punitiva della detenzione. "Il nome delinea chiaramente la sostanza della pena, privazione della libertà, nel cambiamento interiore, in quella emenda, cioè, che con maggiore o minore accentuazione accompagna il momento retributivo (quindi punitivo) del carcere negli ultimi tre secoli" [DAGA L., *Sistemi penitenziari*, op. cit., p.755].

Non è marginale che in Italia la prima struttura penitenziaria moderna si costruì a Roma, il cui ordinamento giuridico si fondava sull'unione tra potere spirituale e potere temporale

⁴⁴ Il Consiglio d'Europa, con la risoluzione 87/3, contenente le "Regole penitenziarie europee", ha stabilito all'art.64 che:

"... si deve individualizzare il trattamento e, a tal fine, occorre disporre di un sistema flessibile di assegnazione che permetta di collocare i detenuti in istituti o sezioni separate, dove ognuno possa ricevere il trattamento idoneo".

⁴⁵ LENCI S., *Tipologie dell'edilizia carceraria*, in CAPPELLETTO M. E LOMBROSO A., (a cura di), "Carcere e società", Venezia, Marsilio, 1976, p.348.

Durante l'elaborazione della legge penitenziaria del 1975 gli *standards* edilizi si sono rivelati inadeguati alle nuove esigenze di trattamento⁴⁶; il legislatore ha cercato di rispondere ad esse attraverso la produzione della legge 1133/1971, testo base per la programmazione urbanistica penale⁴⁷. Lo stanziamento finanziario, in essa previsto, era finalizzato ad attuare un programma, predisposto dal ministero di Grazia e Giustizia di concerto con quello dei Lavori Pubblici, diretto a costruire nuovi istituti, a realizzare opere varie di completamento, adattamento e ristrutturazione di edifici esistenti nonché a consentire operazioni di permuta di edifici e di aree⁴⁸. Aspetto innovativo degno di nota è stata la previsione di una commissione speciale che intervenga nel processo di programmazione⁴⁹.

La legge del '71 ha disposto, inoltre, l'inserimento della localizzazione delle opere nell'ordinaria pianificazione territoriale; pertanto, esse hanno dovuto conformarsi alle previsioni pianificate, secondo un meccanismo di adeguamento automatico dei piani urbanistici al provvedimento di localizzazione della nuova opera⁵⁰.

La successiva legge n.404/1977 ha deliberato l'aumento dello stanziamento iniziale⁵¹ e ha prescritto una serie di disposizioni tese allo snellimento, alla semplificazione e alla accelerazione delle procedure⁵².

Anche l'amministrazione penitenziaria ha manifestato la convinzione che l'edilizia carceraria costituisca uno dei fattori primari nell'attuazione della riforma: "l'impostazione di buona parte dei nuovi istituti rispecchia l'indirizzo di contemperare l'esigenza del recupero sociale dell'individuo, nel pieno rispetto della sua personalità, con quello della sicurezza"⁵³. La grandezza dell'area necessaria per la costruzione dei nuovi complessi ha fatto sì che questi

⁴⁶ "La filosofia del trattamento è rivolta verso un'organizzazione che tecnicizza i rapporti interpersonali all'interno dell'istituzione. [...] In questo caso l'edificio si specializza di più, si richiedono ambienti tecnicizzati e specializzati per gli stadi diversi del trattamento" (Lenci, *Tipologie dell'edilizia carceraria*, op. cit., p.356).

⁴⁷ Tale provvedimento ha stanziato per gli anni 1971-1976 la somma complessiva di 100 miliardi di lire da iscriversi nello stato di previsione della spesa del ministero dei lavori pubblici che ha competenza primaria in questo settore e a cui compete l'esecuzione diretta delle opere (art.2).

⁴⁸ Ai sensi dell'art.1² della legge 6 luglio 1956 n.696 l'amministrazione finanziaria, qualora i competenti organi decidano di procedere al trasferimento di istituti penitenziari in altre località, può permutare gli edifici, divenuti disponibili, con altri edifici, ritenuti idonei dal ministero di Grazia e Giustizia, di proprietà delle Regioni, delle Province, dei Comuni o di altri enti pubblici o con aree appartenenti ai medesimi enti su cui costruire stabilimenti di pena.

⁴⁹ Gli incarichi di progettazione furono affidati con decreto interministeriale (art.5) a professionisti privati, la cui approvazione dei progetti fu sottoposta al parere di una speciale commissione, costituita da urbanisti, ingegneri, architetti, sociologi, psicologi, educatori e giuristi (art.5⁴). L'introduzione di una pluralità di competenze professionali indica l'intenzione di aprire l'istituzione penitenziaria ad attori sociali diversi, portatori di molteplici esigenze, non solo tecnico-custodialistiche.

⁵⁰ In realtà questo impianto normativo non ha mai funzionato e si è affermata la tendenza a risolvere il problema attraverso meccanismi di sovrapposizione delle opere pubbliche statali alla programmazione territoriale locale attraverso lo strumento della *variante* ai piani regolatori generali ed ai programmi di fabbricazione per l'inserimento di una singola opera. per approfondimenti, cfr. NASCETTI G. P., *Il programma di edilizia penitenziaria tra istanze di decentramento e necessità di urgenza*, in "Rassegna Penitenziaria Criminologica", 1982, fasc.3-4, p.544.

⁵¹ La somma stanziata è stata aumentata a 400 miliardi di lire, suddivisi negli anni 1977-1982.

⁵² Gli obiettivi del legislatore del '77 sono stati quelli di attuare un ampio decentramento (art.3^{3,4}); di coinvolgere, anche se in maniera limitata, regioni ed enti locali nella fase di progettazione e approvazione delle opere di edilizia penitenziaria e nella fase di direzione dei lavori (art.2, 3¹); di consentire lo sviluppo di studi e ricerche e di costituire un patrimonio di progetti (art.9). A tale proposito è stata prevista una quota del finanziamento (non superiore al 5%) riservata a compiti di studio e ricerca nella materia dell'edilizia penitenziaria, della progettazione e della «tipizzazione», anche al fine di costituire un patrimonio di progetti e avviare procedure di «appalto per modelli».

⁵³ "Le soluzioni architettoniche pertanto adottate tendono a garantire da un lato i diritti inviolabili della persona umana, con il soddisfacimento dei suoi bisogni psico-fisici e morali, dando la possibilità di svolgimento di una congrua vita di relazione, e dall'altro devono assicurare l'ordine interno e la completa governabilità dell'istituto facendo anche in modo che l'individuo ristretto non possa sottrarsi al regolare svolgimento del processo o della esecuzione della pena" (Min. grazia e giustizia, *La prigione in Italia*, Roma, Zecca dello Stato, 1985, p.234).

venissero costruiti nelle zone periferiche della città. Lo schema distributivo dell'istituto di pena ha subito notevoli modificazioni⁵⁴, che hanno sollecitato l'amministrazione penitenziaria a formulare criteri guida uniformi, sia sul piano dell'organizzazione funzionale sia su quello costruttivo-finanziario.

La fase di attuazione è stata caratterizzata, però, da una carenza di risorse tale da impedire la realizzazione dei progetti predisposti: gli stanziamenti previsti nelle leggi finanziarie si sono mostrati insufficienti a risistemare le strutture. Un ennesimo tentativo di far fronte alla penuria economica si è realizzato attraverso l'emanazione della legge finanziaria per il 2001, la 388/2000, il cui art.145³⁴ lett.c) ha disposto che il ministro della Giustizia: "può valersi, ai fini delle acquisizioni dei nuovi istituti, degli strumenti della LOCAZIONE FINANZIARIA, della PERMUTA e della FINANZA DI PROGETTO"⁵⁵. Istituto nuovo è la finanza di progetto⁵⁶, che si differenzia per i seguenti aspetti:

- si finanzia il progetto e non l'imprenditore o l'ente;
- il progetto deve produrre di per sé profitto, in modo da coprire i costi di gestione e far fronte al servizio di debito⁵⁷;
- i promotori costituiscono un'apposita società di progetto⁵⁸;
- le garanzie reali svolgono un ruolo secondario⁵⁹.

La formula del *project financing* appare adatta alla richiesta di impegno finanziario che viene dall'amministrazione penitenziaria⁶⁰, sebbene preme fare una riflessione: per rendere redditizia la costruzione di un istituto occorre che l'esecuzione della pena produca profitto; mi aspetto che una delle possibili soluzioni alla richiesta di «bancabilità» del progetto sarà l'impiego della forza lavoro detenuta. Ciò potrebbe avviare un processo di privatizzazione delle carceri, con l'inevitabile produzione di effetti positivi e negativi.

3. Ricerca empirica nella regione Marche

La fase empirica ha riguardato l'analisi dei riflessi strutturali del processo di implementazione delle scelte politiche in materia carceraria. Le dimensioni della popolazione detenuta e la capienza regolamentare degli istituti di pena italiani evidenziano non solo una condizione di incapienza strutturale, ma soprattutto la centralità del ruolo dell'amministrazione

⁵⁴ In passato si tendeva ad inglobare nel muro di cinta l'intero complesso, compresi gli uffici di direzione e gli accasermamenti. I nuovi progetti degli anni Ottanta hanno previsto una zona esterna, delimitata da recinzione, che funge da primo filtro di accesso all'istituto; mentre, la parte interna è stata suddivisa in zone e settori specifici.

⁵⁵ La locazione finanziaria rappresenta oramai una prassi invalsa per la realizzazione delle infrastrutture pubbliche; la permuta era già disciplinata dalla legge 1133/1971.

⁵⁶ Tale forma di finanziamento è stata regolamentata per la prima volta dalla legge 18 novembre 1998 n.415, la quale ha modificato la legge quadro sui lavori pubblici, L.11 febbraio 1994 n.109, per favorire la realizzazione di infrastrutture pubbliche che richiedano particolari impegni finanziari. La finanza di progetto non è un'idea nuova. "Nel secolo scorso, fra il 1840 ed il 1860, gran parte della rete ferroviaria fu realizzata con tecniche di finanziamento simili a quelle che oggi si vanno sviluppando. Andando molto indietro nel tempo si constata che perfino i viaggi di grandi navigatori quali Cristoforo Colombo furono intesi come investimenti, perché avrebbero assicurato ricchezze tali da ripagare ampiamente i loro finanziatori" (COLETTA A., *Project financing nell'esperienza italiana*, in "Appalti, urbanistica, edilizia", 1999, n.5, pp.261-266).

⁵⁷ Si dice che il progetto deve essere «bancabile», ossia avere la capacità di autofinanziarsi.

⁵⁸ La società di progetto è distinta e autonoma da quelle di ciascun promotore, in modo che essa risulti come unica responsabile del progetto.

⁵⁹ Le garanzie principali sono oggetto di un sistema organico di accordi contrattuali che attuano una distribuzione dei rischi sui vari soggetti coinvolti nell'operazione.

⁶⁰ TINEBRA G., *Audizione del direttore generale del dipartimento dell'amministrazione penitenziaria del Ministero della Giustizia, Giovanni Tenebra, in ordine alle principali questioni relative al settore penitenziario*, in "Camera dei Deputati – Audizione davanti alla seconda Commissione", XIV Legislatura, seduta del 19 giugno 2002.

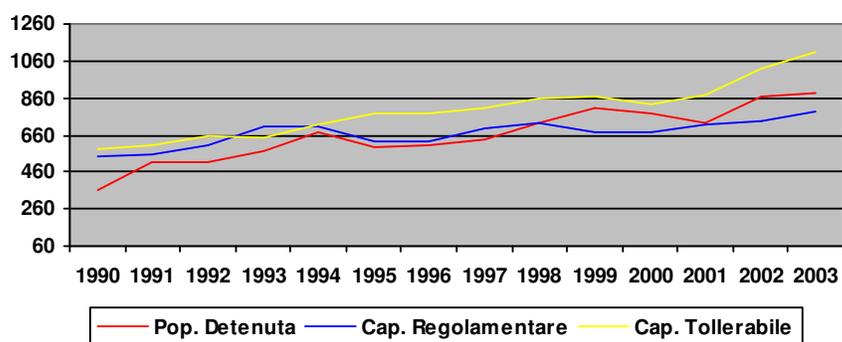
penitenziaria, la quale ha tematizzato il problema del «sovraffollamento» e ha elaborato un concetto nuovo per il sistema carcerario: la nozione di «capienza tollerabile».

Per indagare tale aspetto ho circoscritto il mio campo di analisi secondo un criterio geografico⁶¹: la ricerca ha riguardato tutti gli istituti di pena della regione Marche (Ancona, Ascoli Piceno, Camerino, Fermo, Fossombrone, Macerata Feltria e Pesaro). Mi sono avvalsa di strumenti di tipo quantitativo⁶² e di tipo qualitativo⁶³.

3.1. ANALISI DI TIPO QUANTITATIVO

I dati relativi alla popolazione detenuta, alla capienza regolamentare e a quella tollerabile sono stati costruiti nel loro valore medio, per delineare il contesto di esecuzione penale a

Grafico n.1: Valore medio della popolazione detenuta e della capienza degli istituti di pena marchigiani



livello regionale⁶⁴.

La dimensione della popolazione detenuta si è più che raddoppiata, passando da un valore pari a 364 nel 1990 ad uno considerevolmente più alto, 888, nel 2003. È aumentata anche la dimensione della capienza tollerabile: la linea che la rappresenta ha un andamento e una inclinazione molto simili a quella della popolazione carceraria.

Discorso parzialmente diverso va fatto per la capienza regolamentare la cui dimensione è riuscita a coprire la estensione della popolazione carceraria fino al 1997. Dal 1998 in poi il

⁶¹ Procedere ad un campionamento degli istituti penitenziari su tutto il territorio nazionale sarebbe stato oltre che dispendioso, anche fuorviante, giacché avrebbe coinvolto realtà territoriali diverse da un punto di vista politico e culturale, e, pertanto, difficilmente comparabili tra loro.

⁶² Ho ricostruito il flusso della popolazione detenuta regionale e le dimensioni delle capienze regolamentare e tollerabile. Per la raccolta dei dati ho chiesto la collaborazione a due importanti organi ministeriali: al *Dipartimento dell'Amministrazione Penitenziaria*, in sigla DAP, nel dettaglio all'Ufficio per lo Sviluppo e la Gestione del Sistema Informativo Automatizzato, Sezione Statistica; al *Provveditorato Regionale Marche* di Ancona, organo periferico del Dipartimento dell'Amministrazione Penitenziaria per la regione Marche, in sigla PRAP, nel dettaglio l'Ufficio Detenuti e Trattamento, Settore Trattamento.

La richiesta di collaborazione è connessa al loro compito di raccolta dei dati a livello regionale: i direttori penitenziari, infatti, trasmettono quotidianamente al PRAP le informazioni riguardanti le presenze nei propri istituti; il provveditorato, a sua volta, inoltra i dati ricevuti all'organo centrale, il DAP. L'ambito temporale di questa ricerca interessa un periodo ristretto: le notizie riguardanti la popolazione carceraria delle Marche risalgono ai primi anni '90, poiché solo da quella data si è avviata una efficiente procedura di monitoraggio della popolazione detenuta a livello regionale.

⁶³ Ho elaborato una traccia di intervista semistrutturata a domande aperte a testimoni privilegiati, che ho somministrato ai direttori degli istituti di pena marchigiani.

⁶⁴ Da una prima osservazione dei dati e da un loro raffronto sono emerse, in molti casi, considerevoli discordanze, che ho giustificato con un possibile errore materiale del DAP nella trascrizione dei dati trasmessi dal PRAP: considerato, quindi, che il provveditorato opera a livello regionale e dispone delle informazioni di prima mano, ho preferito tener conto dei soli dati forniti dal PRAP.

valore della capienza regolamentare è inferiore a quello della popolazione carceraria, determinando una situazione di sovraffollamento delle strutture penitenziarie⁶⁵.

Nel sistema penitenziario marchigiano non si verificano condizioni di sovraffollamento finché rapporto la popolazione detenuta alla capienza tollerabile; se invece la metto in relazione con la capienza regolamentare, le strutture sono insufficienti ad ospitare la popolazione carceraria. Occorre evidenziare, inoltre, che a partire dal 1999 il differenziale tra le due grandezze è aumentato oltre le centocinquanta unità, fino al 2003 quando è pari a 318 posti letto.

Queste ultime considerazioni sono molto importanti perché sottolineano il ruolo dei direttori nella gestione delle strutture e nella determinazione della capienza tollerabile con lo scopo di risolvere il problema del sovraffollamento. L'unico referente normativo è costituito da un decreto del ministero della Sanità del 1975 che ha fissato gli *standards abitativi ottimali*⁶⁶.

3.2. ANALISI DI TIPO QUALITATIVO

L'intervista⁶⁷ si è articolata in varie fasi⁶⁸. Per quanto riguarda le riflessioni sulla funzione rieducativa della pena, ho registrato un atteggiamento comune di scetticismo, con

⁶⁵ Ciò è documentato dal diverso andamento della capienza regolamentare rispetto a quello della popolazione carceraria. Solo nel biennio 2002-2003 si registra una leggera inversione di tendenza che, in ogni caso, non è proporzionata all'aumento dei valori delle altre due variabili.

Voglio attirare l'attenzione su una osservazione puntuale: nel 1993 si registra una dimensione della capienza maggiore di quella tollerabile. Questo rappresenta un dato eccezionale e di difficile spiegazione; la problematicità dipende dalla constatazione che, da un punto di vista logico, la capienza tollerabile è il prodotto di un'estensione della capacità ricettiva regolamentare dell'istituto carcerario; è pertanto, difficile comprendere come la ricettività tollerabile sia inferiore a quella istituzionale, se la prima dipende da quest'ultima. Diverse potrebbero essere le spiegazioni. La più semplice è che si tratti di un errore materiale nella trascrizione dei dati. Un'altra potrebbe essere che si tratta di una situazione contingente caratterizzata da una chiusura provvisoria di sezioni carcerarie, tale da ridurre il valore medio della capienza tollerabile senza intaccare quello della capienza regolamentare.

⁶⁶ La centralità del potere discrezionale esercitato dai direttori delle carceri nella determinazione della capienza tollerabile, pur rimanendo invariata la dimensione di quella regolamentare (la quantità di spazi detentivi), sarà confermata dalle risposte fornite dagli intervistati.

⁶⁷ La scelta dello strumento di rilevazione è legata alle caratteristiche dell'intervista a domande aperte a testimoni privilegiati: esso dovrebbe consentire di conoscere le impressioni e le opinioni degli intervistati in modo approfondito. Le interviste si sono svolte presso l'ufficio di direzione di ciascun istituto di pena, favorendo l'instaurarsi di un buon rapporto di interazione tra me e l'intervistato.

⁶⁸ La prima che ho chiamato *introduttiva*, in cui ho esposto a ciascun direttore l'oggetto ed il piano della ricerca.

Una seconda fase *introspettiva*, in cui ho chiesto se l'esecuzione della pena detentiva persegue una funzione di rieducazione; cosa si intende per funzione rieducativa della pena; quali i suoi contenuti ed il suo livello di implementazione rispetto alle attività lavorative e formative intramurarie. In caso di risposta negativa, ho chiesto qual è la funzione del sistema penitenziario.

Una terza fase di *conferma dei dati*, in cui ho sottoposto all'attenzione del direttore una tabella contenente i dati relativi alla capienza degli istituti di pena marchigiani e della loro popolazione al 31.12.02 perché me li confermasse; in caso negativo ho domandato quali fossero le discordanze e quali le loro ragioni. Questa fase è stata necessaria principalmente per due motivi: per stimolare, da parte dell'intervistato, un commento sulle strutture penitenziarie e sulla loro capienza; per l'impossibilità delle direzioni, salvo autorizzazione ministeriale, di mettere a disposizione di estranei all'amministrazione penitenziaria i dati pertinenti la popolazione detenuta e le capienze, regolamentare e tollerabile, degli istituti di pena.

Infine, una quarta fase *propositiva*, durante la quale ho chiesto all'intervistato se l'istituzione penitenziaria possa giustificarsi sulla base di un sentimento di fiducia istituzionale, nutrito dalla collettività, e quali siano le prospettive di cambiamento per il sistema penitenziario. Per controllare se l'opinione dichiarata dagli intervistati si discostava da quella effettiva, ho indicato due opposte tendenze di mutamento che il sistema penitenziario potrebbe seguire: un processo di privatizzazione delle carceri che, di fatto, implicherebbe la conferma della pena detentiva come principale strumento di controllo; oppure una progressiva sostituzione del sistema carcerario con un apparato sanzionatorio alternativo che ridurrebbe, se non addirittura annullerebbe, il ricorso all'istituzione penitenziaria.

considerazioni particolarmente pessimiste in due casi⁶⁹: tutti e cinque⁷⁰ i direttori hanno affermato che il principio di rieducazione è un valore fondamentale, ma ne hanno sottolineato la estrema difficoltà di realizzazione. Dall'analisi delle loro risposte è emersa la centralità dell'orientamento culturale del singolo direttore nelle interazioni con gli altri operatori – educatori, assistenti sociali, personale medico, personale amministrativo, agenti di custodia – con i detenuti e con gli attori del territorio⁷¹.

Rispetto alla richiesta di conferma dei dati, tre direttori su cinque hanno riconosciuto validi i dati ministeriali. Due intervistati, invece, mi hanno contestato i dati della capienza tollerabile dei loro istituti, dandomi altre informazioni. Queste risposte hanno riproposto il peso della discrezionalità nella elaborazione delle decisioni: la dimensione della capienza tollerabile determinata da questi direttori è diversa da quella ufficiale pubblicata nel sito del ministero della Giustizia.

Di fronte alla prospettiva luhmanniana di intendere l'istituzione carceraria come strumento di rafforzamento della fiducia istituzionale, tutti gli intervistati si sono trovati d'accordo. Così come tutti hanno espresso parere sfavorevole all'avvio della privatizzazione; paradossalmente, sono stati cauti anche verso il potenziamento di percorsi penali alternativi. Ritengo che questo sia un atteggiamento bifronte⁷² e che vada interpretato come volontà di non manifestare le proprie convinzioni.

4. Conclusioni

La osservata importanza del ruolo dell'amministrazione carceraria conferma la mia ipotesi circa l'applicabilità della categoria concettuale della *scientific knowledge* proposta da Stanley Cohen⁷³. I direttori sono impegnati in un continuo tentativo di conciliazione tra le esigenze sociali di sicurezza e quelle trattamentali: l'esercizio del potere discrezionale rappresenta un mezzo flessibile a modellare l'istituzione penale in modo equilibrato.

Per quanto riguarda la prospettiva sistemica la mia indagine ha confermato l'ipotesi della istituzione penitenziaria come strumento di rafforzamento della fiducia collettiva e di risposta alle istanze di sicurezza. L'ipotesi era che il complesso penitenziario si collocasse all'interno di

⁶⁹ La direttrice della casa circondariale di Ancona ha affermato che l'istituzione carceraria non deve essere intesa come una comunità, posto che lo stesso art.27 3° comma Cost. usa l'espressione «tendere alla rieducazione». Il direttore della casa circondariale di Fermo ha rilevato, invece, che oltre a difficoltà strutturali esistono problematiche socio-culturali pregresse per cui non si può pretendere di «rieducare» un individuo che, nella maggior parte dei casi, ha avuto una vita molto tormentata che gli ha indurito il carattere e inasprito l'animo.

⁷⁰ Il numero degli intervistati è di cinque unità, sebbene gli istituti di pena marchigiani siano sette: la discordanza numerica è dovuta al fatto che due direttori hanno in carico due strutture carcerarie (il direttore del carcere di Pesaro dirige anche la casa mandamentale di Macerata Feltria; il direttore della casa mandamentale di Fossombrone ha in carico anche l'istituto di Camerino).

⁷¹ Gli intervistati hanno evidenziato, con diversa intensità, che la predisposizione e l'orientamento culturale del singolo direttore influenzano le decisioni adottate in materia trattamentale e di gestione della popolazione carceraria, anche in condizioni di evidente carenza strutturale. Questa considerazione sembra confermata dalla diversità dei programmi trattamentali (quindi offerte lavorative, di attività sportive e ricreative) predisposti nei diversi istituti di pena visitati: la adeguatezza architettonica non rappresenta, necessariamente, condizione necessaria e sufficiente alla predisposizione di una programmazione formativa e lavorativa idonea; l'altra variabile che deve intervenire è, appunto, la tendenza culturale di chi è chiamato a decidere le scelte gestionali.

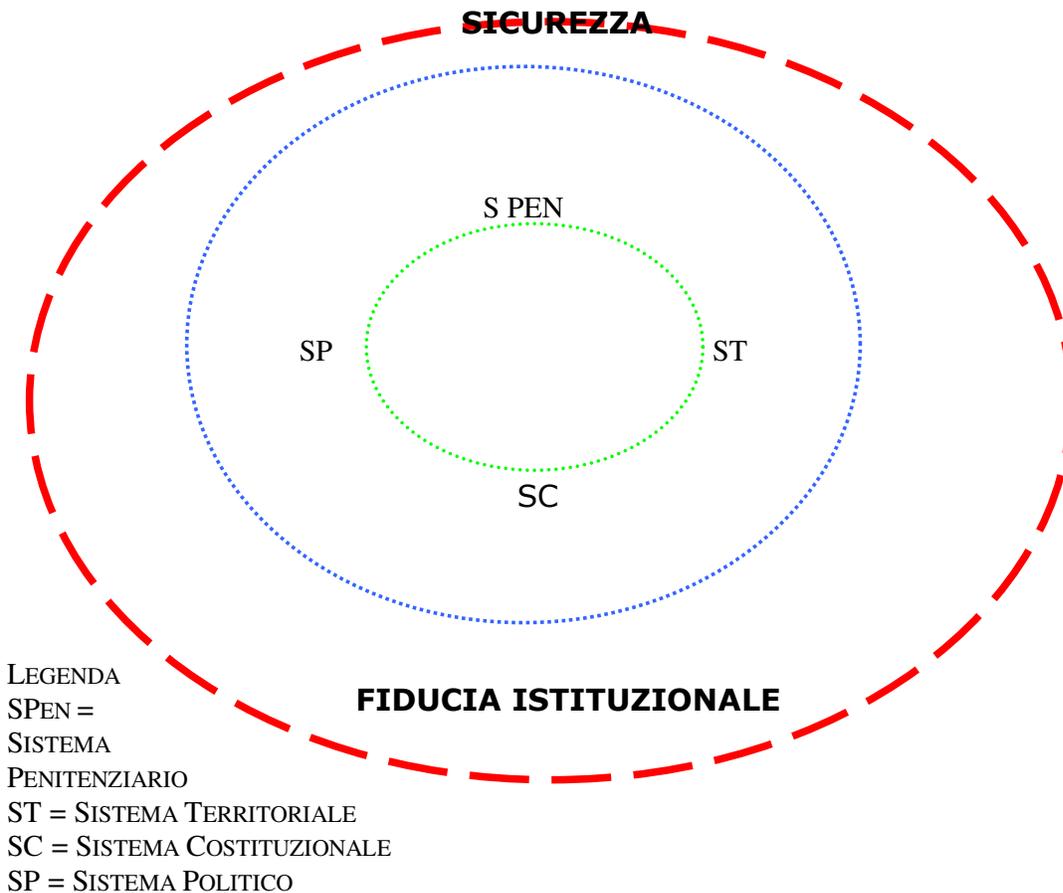
⁷² Il carattere doppio delle risposte è legato, a mio avviso, al fatto che, da una parte, i direttori auspicano un adeguato svolgimento del processo di implementazione delle politiche penitenziarie tese alla risocializzazione dei detenuti (soprattutto attraverso la collaborazione con enti locali e operatori del terzo settore); dall'altra, sono favorevoli alla privatizzazione delle carceri (confermando la centralità dell'istituzione penitenziaria come strumento di controllo) e, allo stesso tempo, esprimono cautela verso un consolidamento di programmi trattamentali nuovi ed esterni alla struttura penale.

⁷³ Quando parlo di «conoscenza scientifica» non la concepisco in senso stretto, ma mi riferisco alla particolare professionalità sviluppata nella dimensione formativa ed esperienziale del sistema penitenziario.

un sistema di rete teoricamente integrato tra sistema costituzionale, sistema politico e sistema territoriale, in cui il punto di snodo per il perseguimento della finalità rieducativa fosse rappresentato dalle azioni culturalmente orientate dell'amministrazione.

Riprendendo la concezione di sistema penale come «arcipelago»⁷⁴, ho elaborato una rappresentazione circolare, con cerchi concentrici, fondata su un nucleo di interazioni, scarse e poco efficienti tra sistema penitenziario, sistema territoriale, sistema politico, e su una dimensione macrosociale rappresentata da esigenze sociali di sicurezza e fiducia istituzionale, fortemente orientate dalla tendenza culturale.

ORIENTAMENTO CULTURALE



La circolarità tratteggiata indica la scarsa nitidezza dei confini e la permeabilità dei sistemi coinvolti. I cerchi concentrici segnalano che non si può modificare una delle parti senza produrre effetti sul resto del sistema di interazioni. La variabile esogena «cultura» produce effetti sia sul sistema più stretto – quello che comprende il SC, il ST, il SP e il SPen., rappresentato con la linea tratteggiata verde – sia quello più ampio, il sistema sociale (figurato con la linea tratteggiata blu), orientando il sentimento di sicurezza e di fiducia nelle istituzioni.

⁷⁴ PIROMALLI S., *Verso una visione complessa della pena*, in "Animazione Sociale", 1999, Marzo, pp.10-21.

INVESTIGAZIONI DIFENSIVE ED ATTIVITA' DI POLIZIA SCIENTIFICA di Alice Cennamo (Università di Bologna)

Sin dall'epoca di Quintiliano è risalente, nel tempo, l'esigenza di munire la difesa di un potere esplorativo di fonti di prova funzionale alle scelte procedurali.

Comunemente, si tende a far risalire la ricostruzione del percorso legislativo a fonti normative nelle quali è stato lentamente consacrato il diritto di difesa giudiziaria a favore di ogni persona. Ciò, più che nel nostro ordinamento, in quello di altre nazioni civili che, nel periodo successivo alla cessazione dell'ultimo conflitto mondiale, hanno avvertito la necessità di regolare il rapporto tra autorità dello Stato e libertà del cittadino secondo criteri meno arbitrari di quelli dominanti nei precedenti sistemi.

Necessità principalmente sociale, in quanto è assodato il legame intercorrente tra norma sociale e norma giuridica, nonostante le differenze esistenti tra esse.

Assumiamo infatti, quale definizione di "norma sociale", "qualsiasi regola, condivisa o imposta, presente in una collettività sociale più o meno vasta e più o meno differenziata, la quale prescrive comportamenti di singoli o di gruppi con riferimento alle aspettative di comportamento della collettività o di una parte di esse e sia stimata come vincolante dalla collettività, o da una parte di essa" (V.Pocar).

Se ne deduce come l'aspettativa di una normativa equa che tuteli il singolo a prescindere dallo *status* sociale che questo ricopra, così come gli interessi dello Stato quale organo prescrivente comportamenti emanati in base alle aspettative della collettività e da questa avvertito come vincolante, sfoci dal campo giuridico per invadere quello sociale.

Inoltre, peculiarità propria della norma giuridica, questa può considerarsi come "mezzo di controllo di tipo dinamico", poiché soggetta a continue innovazioni.

Grazie proprio a questa caratteristica e in funzione del fatto che le normative giuridiche rappresentano, quali proiezioni, le aspettative ed i valori sociali della comunità, ci troviamo al cospetto di una legislazione sempre *in fieri*, pronta ad accogliere strumenti e suggerimenti non propri della nostra cultura.

Si è così giunti, sulla carta, ad un equo e giusto processo, che mai come oggi tende a tutelare, almeno negli intenti, in maniera eguale entrambe le parti processuali rispecchianti le antitetiche posizioni del Pubblico e del privato. Il giurista, oggi, dispone di una rinnovata disciplina delle indagini difensive, emanata in abrogazione dell'art. 38 delle disposizioni di attuazione al codice di procedura penale, e portatrice di rilevanti modifiche normative.

Con la legge del 7 dicembre 2000, n. 397, il Legislatore ha inteso attuare i principi della parità e del contraddittorio tra le parti, della ragionevolezza dei tempi e della terzietà del giudice: in altre parole ha voluto realizzare il cosiddetto "giusto processo" del novellato art. 111 della Costituzione.

Si delinea una disparità di trattamento tra parte pubblica (PM.) e le parti private, in ragione degli obblighi (ad es. di avviso) che sono imposti alla parte pubblica e che dovrebbero garantire tutti i soggetti del procedimento, ed a cui, invece, si è scelto di non sottoporre il difensore della parte privata.

Infatti, il PM è obbligato, se intende eseguire degli accertamenti tecnici che implicano una modificazione dello stato dei luoghi, delle persone o delle cose, ad avvisare persona offesa e indagato, i quali hanno il diritto di partecipare e, l'indagato, anche di bloccare l'attività del pubblico ministero, formulando riserva di incidente probatorio.

Ed allora, pare possa concludersi sul punto nel senso che il difensore non può compiere accertamenti tecnici che importino una modificazione irreversibile dello stato dei luoghi che renda l'accertamento stesso non ripetibile, se essi non siano anche indifferibili.

Diversamente, i compiti della polizia giudiziaria (ex art.55 c.p.p.), la cui attività viene svolta unicamente dopo il compimento di un reato, si suddividono in attività di informazione, che consiste nella acquisizione e nella comunicazione della notizia di reato (art. 347 c.p.p.) e si specifica in atti tipici (ricezione di denunce, referti, ecc...) e atti atipici (acquisizione di notizie confidenziali ed anonime); attività di investigazione, che consiste nella ricerca delle fonti di prova e degli autori del reato (art. 348 c.p.p.) e si specifica nella ricerca delle cose e delle tracce pertinenti al reato, nella ricerca di persone in grado di riferire su circostanze rilevanti e nella acquisizione di ogni elemento utile alla ricostruzione del fatto e all'individuazione del colpevole; attività di assicurazione, che consiste nel mantenere la disponibilità dei risultati delle investigazioni evitando che gli stessi vadano persi (artt. 348 - 353 - 354 c.p.p.) e si specifica nel compimento di atti necessari per assicurare le fonti di prova (cd. *Chain of custody*); infine, l'attività di natura preventiva, che consiste nell'impedire che i reati vengano portati a conseguenze ulteriori (art. 55 c.p.p.) e si specifica nell'impedire la consumazione del reato o nell'interruzione dello stesso.

Concludendo, la storia del processo penale può essere definita, in un certo senso, la storia di un dramma perennemente e variamente ripetuto, in cui i protagonisti principali e secondari hanno però occupato ed occupano ancor oggi un ruolo che si è costantemente modificato sotto la spinta di molteplici variabili.

Costante invariabile rimane, nel tempo, l'incertezza della legge e la necessità, avvertita socialmente, di un sistema processuale chiaro e *super partes* che forse, lentamente, stiamo tentando di costruire.

Bibliografia

- AA.VV a cura di FERRAIOLI, Processo penale : il nuovo ruolo del difensore , Padova 2001
- N.H. AVISON, Studio sull'omicidio in Scozia ,1950-1968.
- Atti del "Decimo congresso delle Nazioni Unite sulla prevenzione del crimine e il trattamento del reo Vienna 10/17 aprile 2000".
- BRICCHETTI-RANDAZZO, Le indagini della difesa dopo la legge 7 dicembre 2000 n. 397, Milano 2000
- BALLONI, Criminologia e sicurezza, ed. FrancoAngeli 2004
- BALLONI, Criminologia applicata per la investigazione e la sicurezza, ed. FrancoAngeli 2004
- BISI, Vittimologia, ed FrancoAngeli 2004
- BALDELLI-BOUCHARD, Le vittime nel processo penale, Giurisprudenza critica (collana diretta da Paolo Cendon), 2003
- CARLI, Le indagini preliminari nel sistema penale: accusa e difesa nella ricerca e predisposizione della prova penale, ed. Giuffrè 2005
- CAVALERA-POGGI, Gli accertamenti tecnici della Polizia Giudiziaria nell'indagine preliminare, ed. Cedam 2000

- CECCAROLI, Sulle tracce del delitto, ed. Imprimerie 2000
- CORSO, Il codice di procedura penale, annotato con la giurisprudenza, ed. Tribuna 2004
- CRISTIANI, Guida alle indagini difensive nel processo penale, Torino 2001
- DI MAIO, Le indagini difensive. Dal diritto di difesa al diritto di difendersi provando, Padova 2001
- DIREZIONE CENTRALE DELLA POLIZIA CRIMINALE, La Polizia Scientifica 1903-2003, ed Laurus Robuffo, 2003
- FARALLI, Diritto e scienze sociali, ed Clueb 1993
- GIARDA, Le indagini difensive, Milano 2001
- INTINI-CASTO-SCALI, Investigazione di Polizia Giudiziaria, ed Laurus Robuffo , 2003
- POCAR, Norme giuridiche e norme sociali, ed. Unicopli 1996
- RUGGIERO, Compendio delle investigazioni difensive, ed Giuffrè 2003
- TONINI, Manuale di Procedura Penale, ed. Giuffrè 2001
- TREVES, Sociologia del diritto, ed Einaudi 1996
- WALLACE-WOLF, La teoria sociologica contemporanea ed. Mulino 1991

RIPRODUZIONE ARTIFICIALE E LIBERALISMO POLITICO

di Nicola Riva (Università di Milano)

Il dibattito che ha condotto all'approvazione della Legge italiana 19 febbraio 2004 n. 40 sulla riproduzione artificiale (RA) si è concentrato sulla questione dello statuto dell'embrione e dei suoi diritti. Nel presente contributo sostengo che, poiché tale questione non ammette un'unica soluzione sul piano morale (1), l'unica soluzione ragionevole alla questione della regolazione giuridica della RA è quella liberale. Propongo inoltre un'interpretazione dei valori fondamentali del liberalismo politico (2), di cui mi servo per criticare l'attribuzione all'embrione della personalità giuridica e del diritto giuridico alla vita (3). Infine, propongo una riflessione generale sulla forma del conflitto morale nell'età dei diritti (4).

1. La questione dello statuto morale dell'embrione.

La questione centrale nel dibattito sulla RA concerne lo statuto morale dell'embrione: se esso sia persona morale e se lo sia sin dalla fusione dei gameti. Il conflitto relativo a tale questione non può essere superato. Non perché essa sia irrisolvibile, ma perché ammette più risposte valide. Il concetto di persona morale è un concetto morale fondamentale cui diverse concezioni morali attribuiscono diverso significato.

L'argomento che consente d'affermare che la questione dello statuto morale dell'embrione ammette diverse risposte valide è il seguente: poiché (1) la validità d'una concezione morale dipende da un criterio di validità morale, (2) diverse concezioni morali adottano diversi criteri di validità morale, (3) diversi criteri di validità morale dipendono da diverse concezioni del mondo, (4) la validità d'una concezione del mondo dipende da un criterio di validità cognitiva, (5) diverse concezioni del mondo adottano diversi criteri di validità cognitiva e (6) non è possibile stabilire, in modo assoluto, la superiorità d'un criterio di validità cognitiva, allora, non vi è modo di stabilire, in assoluto, la superiorità d'una concezione della persona morale sulle altre.

Ciò non significa che la questione dello statuto morale dell'embrione sia incerta, come pretende chi s'appella al principio di precauzione e pretende che si tratti l'embrione *come se fosse* persona morale, perché *potrebbe esserlo*. Diverse concezioni morali danno una risposta chiara a tale questione. Nella prospettiva di ciascuna di esse, essa è perfettamente risolvibile. Pretendere che si tratti l'embrione *come se fosse* persona significa pretendere che si tratti una delle possibili risposte *come se fosse* l'unica valida.

Resta da stabilire come decidere se e come regolare giuridicamente la RA nell'impossibilità d'individuare un'unica risposta valida alla questione dello statuto morale dell'embrione.

Una soluzione consiste nel lasciare che sia il più forte a decidere. Ciascuna delle parti in conflitto cerca d'imporre la propria posizione al legislatore affinché la traduca in norme giuridiche per tutti vincolanti. Si tratta della soluzione adottata nel caso italiano.

Una soluzione alternativa consiste nel ricercare se non sia possibile decidere se e come regolare giuridicamente la RA senza risolvere la questione dello statuto morale dell'embrione,

partendo da principi morali sostanziali condivisibili da persone che non si riconoscono in un'unica concezione morale comprensiva⁷⁵.

Il liberalismo politico.

La critica all'idea che il diritto debba rispecchiare una concezione morale comprensiva è all'origine di una delle tradizioni più importanti della modernità politica, quella liberale. Il liberalismo politico nasce nel XVII secolo in un'Europa devastata dalle guerre civili di religione affermando il principio della separazione del diritto da concezioni morali radicate in concezioni del mondo di carattere religioso, filosofico, ecc.

Il liberalismo politico muove dal riconoscimento del pluralismo delle concezioni morali comprensive come fatto inevitabile e ricerca una soluzione ai problemi che la convivenza rende indispensabile risolvere, partendo da valori morali che si ritiene possano essere condivisi da persone che, pur non riconoscendosi in una stessa concezione morale comprensiva, sono ragionevoli, ossia disposte a coordinare le loro azioni e a cooperare per il reciproco vantaggio, riconoscendo il fatto del pluralismo e rispettandosi l'un l'altra.

Partendo da tali premesse il liberalismo politico perviene ad un insieme di principi morali sostanziali che impongono di trattare egualmente ogni individuo, di rispettarne l'autonomia e di promuoverne la libertà. *Eguaglianza, autonomia e libertà* sono i valori fondamentali del liberalismo politico.

L'eguaglianza morale delle persone, il fatto che ciascuna di esse meriti eguale considerazione e rispetto, implica un *principio di non discriminazione*. Tale principio deve orientare la formulazione delle regole della convivenza sociale, la definizione delle politiche pubbliche e la loro applicazione e implementazione. Ogni regola che preveda un trattamento diseguale deve essere giustificata con riferimento a una differenza moralmente rilevante.

Il rispetto per l'autonomia implica un *principio di non sfruttamento o non strumentalizzazione*. Tale principio attribuisce alle persone l'autorità ultima rispetto alle scelte che le riguardano personalmente e la facoltà di partecipare alle scelte collettive nei diversi gruppi cui partecipa. Il principio esclude che una persona possa essere asservita al perseguimento di finalità altrui senza il proprio consenso e contro il proprio volere. Da questo principio dipende il diritto all'autodeterminazione, che attribuisce ad ogni persona la facoltà di disporre pienamente del proprio corpo.

La *libertà* è un valore complesso che si compone di diversi elementi: la *capacità*, ossia il possesso delle facoltà, delle abilità e delle competenze necessarie a compiere un'azione; l'*opportunità*, ossia la presenza di circostanze ambientali – naturali, sociali e culturali – che rendono possibile l'azione; la *libertà negativa*, ossia l'assenza di vincoli esterni di natura normativa e/o di impedimenti dovuti all'agire altrui; la *libertà materiale*, ossia il possesso o la facoltà di disporre dei mezzi necessari all'azione.

La massimizzazione della libertà comporta una serie di principi che concernono i diversi elementi che ne definiscono il concetto e governano la predisposizione di vincoli all'azione, il riconoscimento delle pratiche culturali e la distribuzione delle risorse. Le varianti del liberalismo si distinguono nel definire tali principi. Ne considero uno solo.

Il *principio del danno*, formulato da John Stuart Mill, rappresenta la miglior interpretazione del principio che impone di massimizzare la libertà nel predisporre vincoli all'azione. Esso esclude che si possa vietare un'azione, a meno che non comporti un danno ad una persona diversa dall'agente.

La congiunzione del principio del danno con il principio di non sfruttamento, implica che non sia possibile vietare ad una persona di compiere un'azione che comporta un danno ad un'altra persona, se il danno dipende dal fatto che la persona danneggiata ha aspettative o

⁷⁵ Riprendo la nozione di «concezione morale comprensiva» da John Rawls per indicare una concezione morale radicata in una particolare concezione del mondo.

pretese nei confronti dell'agente che non ne rispettano l'autonomia. In tal caso l'agente non può essere ritenuto responsabile del danno di cui è causa, poiché esso dipende dalle ingiustificate pretese di chi lo subisce.

3. Liberalismo politico e riproduzione artificiale.

Il liberalismo politico consente di risolvere la questione della regolazione giuridica della RA senza affrontare la questione dello statuto morale dell'embrione. Anche se l'embrione fosse persona *morale*, anche se fosse titolare d'un diritto *morale* alla vita, i principi del liberalismo politico escludono che gli si possa attribuire lo statuto *giuridico* di persona e un diritto *giuridico* alla vita. Dunque, la risposta a tale questione non è giuridicamente rilevante.

Poiché l'embrione dipende per la sua sopravvivenza dal corpo della madre, costruire l'embrione come persona giuridica e attribuirgli un diritto giuridico alla vita significa introdurre nell'ordinamento giuridico la possibilità d'un conflitto tra i diritti giuridici dell'embrione e i diritti giuridici della madre. L'unico modo di garantire un diritto giuridico degli embrioni alla vita è quello di restringere la libertà delle donne di disporre del loro corpo. È quanto accade nel caso della legge italiana sulla RA che prevede che la donna non possa opporsi all'impianto degli embrioni fecondati. Ciò contrasta con il diritto all'autodeterminazione della donna, con la sua autonomia, e ne legittima lo sfruttamento a scopi riproduttivi: da persona titolare di diritti, è ridotta a corpo che può essere asservito, mezzo per soddisfare il diritto alla vita dell'embrione.

Riconoscere all'embrione un diritto giuridico alla vita che prevale sul diritto della donna a disporre del proprio corpo comporta inoltre una discriminazione a danno delle donne cui si riconosce un diritto all'autodeterminazione più limitato di quello di cui godono gli uomini. Vi sono molti modi in cui il corpo maschile potrebbe essere sfruttato per garantire il diritto alla vita d'altre persone, spesso con oneri inferiori a quelli che comporta per la donna la gravidanza, ma ciò non accade. Si potrebbe imporre ad ogni persona sana di donare periodicamente il sangue o ad ogni persona in possesso di due reni funzionanti di donarne uno per i trapianti.

Anche il divieto di produrre più di tre embrioni e di crioconservarne alcuni, perché una parte di essi potrebbe non essere impiantata, restringe la libertà delle persone di disporre del proprio corpo per tutelare i diritti d'embrioni potenziali, che ancora non esistono né, grazie alla legge, mai esisteranno.

È certamente possibile attribuire personalità giuridica agli embrioni e negarla alle donne o attribuire agli embrioni un diritto alla vita e negare alle donne il diritto all'autodeterminazione. Ma entrambe le posizioni appaiono incompatibili con i valori fondamentali del liberalismo politico. Tali valori sono gli unici in grado di consentire la convivenza pacifica di persone ragionevoli che non si riconoscono in un'unica visione del mondo.

Secondo il liberalismo politico spetta alla donna scegliere, in base alle sue convinzioni morali, se l'embrione sia persona morale e quali doveri abbia nei suoi confronti. Vi sono relazioni moralmente rilevanti che sono sottratte allo spazio d'ingerenza dell'autorità politica legittima.

4. Il conflitto morale nell'età dei diritti.

Nell'età dei diritti il conflitto morale assume la forma d'uno scontro tra i sostenitori di diritti incompatibili. Il fatto che il lessico dei diritti si vada rapidamente diffondendo come linguaggio universale per la rivendicazione politica non deve indurre a credere che con esso si vadano definitivamente affermando i valori fondamentali della modernità politica liberale. Il riconoscimento di nuovi diritti non è necessariamente un segnale di progresso.

Dato il carattere dei diritti giuridici – il fatto che la loro attribuzione imponga che ci si adoperi per tutelarli e garantirli – è auspicabile che essi configurino un sistema coerente. Il

riconoscimento d'un nuovo diritto, come il diritto dell'embrione alla vita, può comportare una restrizione d'altri diritti, come il diritto della donna all'autodeterminazione. Un'eccessiva proliferazione di diritti può comprometterne l'efficacia e snaturarne la funzione.

Il compito dei diritti è la tutela di alcuni interessi fondamentali dell'individuo. Il fatto che alcuni diritti siano tutelati costituzionalmente sottrae alcuni interessi individuali all'ambito di ciò che può essere oggetto di decisione democratica, al potere dell'autorità politica.

È possibile rispetto a molte questioni formulare un nuovo diritto e servirsene per restringere la tutela d'altri diritti. Ma se ogni diritto, inclusi i diritti costituzionalmente tutelati, può essere interpretato in modo restrittivo e limitato dal legislatore nel nome d'un altro diritto, ciò significa, di fatto, privare i diritti di gran parte del loro significato.

Istituzioni da sempre più inclini a prescrivere doveri che ad ascrivere diritti, fino a non molto tempo fa avverse alla logica moderna, intrinsecamente liberale, dei diritti, come la Chiesa romana cattolica apostolica, non esitano oggi a servirsi del lessico dei diritti per condurre le loro battaglie di reazione a salvaguardia dell'ordine patriarcale ed eterosessuale vigente, con la complicità dei loro molti emissari in parlamento e nella società incivile.

Riflettendo criticamente sulla legge italiana sulla RA appare chiaro che le sue reali intenzioni non concernono la salvaguardia della vita, la "naturalità" del processo riproduttivo o l'inscindibilità di sessualità e riproduzione, bensì la tutela della famiglia patriarcale ed eterosessuale, quale luogo della riproduzione culturale della specie umana. Tanto che la RA non è del tutto vietata, ma vi sono ammesse le sole coppie eterosessuali, coniugate o stabilmente conviventi, che dispongano del materiale genetico necessario, essendo esclusa la fecondazione detta eterologa, che sarebbe più appropriato definire extraconiugale.

Solo la diffusione dei valori del liberalismo politico, di cui i diritti sono la massima espressione, può porre in essere le condizioni per una pacifica convivenza di persone che non si riconoscono in un'unica visione del mondo. Solo l'affermazione di tali valori può escludere che in futuro siano promulgate leggi così poco rispettose dell'eguaglianza, dell'autonomia e della libertà delle persone come quella italiana sulla RA.

IL PROBLEMA NORMATIVO DELLE SCELTE PROCREATIVE

di Giovanni Costa (Università di Bologna)

I confini della contingenza. Ormai è un luogo comune ritenere che gli sviluppi delle genetica e le sue applicazioni nella medicina riproduttiva (*reprogenetics*) abbiano contribuito ad ampliare i confini della contingenza, a mettere in discussione l'idea che la nascita di un nuovo individuo sia sottoposta alla buona o alla cattiva sorte. Da alcuni anni noi possiamo non solo decidere se, come e quando riprodurci, ma anche scegliere quali caratteristiche qualitative avranno coloro la cui esistenza dipenda da una nostra scelta procreativa. In una tecnica di fecondazione in vitro, attraverso la diagnosi genetica preimpianto (PGD), siamo in grado di testare gli embrioni ad uno stadio precoce del loro sviluppo e scegliere quali trasferire in utero e quali lasciar morire o congelare.

Obiezioni contro la PGD. Le obiezioni mosse contro questa tecnica sono di natura diversa. Alcune hanno un carattere sociale e rinviano ai timori che un utilizzo indiscriminato di questa tecnica si riveli a lungo termine dannoso. Si afferma per esempio che l'uomo non ha diritto di controllare la vita umana nascente perché ciò implicherebbe che la vita umana sia generata con riserva. Secondo questa obiezione vi è un diritto al caso che verrebbe violato nella PGD aprendo le porte alla strumentalizzazione della vita umana. Per alcuni questo è anche lo specifico problema normativo della PGD ed essi, non per altro, affermano che non dovremmo giocare a fare Dio scegliendo chi è degno e chi non è degno di esistere. Altre obiezioni hanno apparentemente un carattere più tecnico, esse si soffermano sullo spreco di embrioni. Questa obiezione non è di primo acchito differente da quella che viene rivolta all'aborto. Anche se, va chiarito, nell'aborto il feto si trova nel corpo della donna di modo tale che è sempre ammissibile ritenere che in caso di conflitto tra gli interessi della donna e quelli del feto siano i primi a dover prevalere, indipendentemente dalla considerazione che il feto sia o non sia persona (Thomson 1971).

Caso e scelta. Vi è un aspetto, tuttavia, centrale nella PGD e marginale nell'aborto che spiega a mio avviso le ragioni di un'avversione più radicata verso la PGD. Si tratta del fatto che la PGD implica che non vi si incappi per caso ma per scelta. Laddove per l'aborto si può sempre presupporre la casualità di una gravidanza non desiderata, questa deve essere esclusa nella PGD. Si tratta di un aspetto molto importante che, io credo, può aiutarci a comprendere più a fondo le ragioni di un'avversione o di un'accettazione di questa tecnica. La domanda che ci si pone è questa: se sia lecito o meno permettere che potenziali genitori decidano chi esisterà e chi non esisterà in futuro e con quali caratteristiche qualitative. Lo specifico problema normativo relativo alla PGD potrebbe però essere considerato da un'angolazione differente. Non dovremmo chiederci in questo caso se sia lecito intervenire sulla casualità del nascere ma se vi sia anche un obbligo morale di selezionare il miglior bambino possibile. Questo tema viene di rado affrontato ma può aiutarci a gettare un po' di luce sulle obiezioni sollevate contro questa tecnica e anche sul tema della soppressione di embrioni.

Il danno dell'esistenza. Alcuni ritengono che dovremmo selezionare l'embrione con le caratteristiche genetiche più promettenti dal momento che è normale pensare che sia meglio avere un bambino sano piuttosto che un bambino malato o con opportunità limitate. Anch'io condivido in parte questa impostazione, perché credo che potenziali genitori debbano essere liberi di avere un figlio sano e non un figlio malato. In questo caso la PGD sembra molto simile ad un intervento sulla casualità già presente in natura. La serie di eventi casualmente connessi

all'inizio della nostra esistenza la rendono infatti precaria, sensibile a tutte le cause antecedenti che l'hanno resa possibile (Kavka 1981, Dworkin 2000). Ma non mi sembra che in questa considerazione vi sia anche una soluzione. Non si considera quasi mai nelle sue conseguenze che nella PGD operiamo una selezione tra diverse esistenze possibili. A questo proposito svolgo due considerazioni. In primo luogo, non credo che, in generale, vi sia un obbligo morale di selezionare la migliore esistenza possibile se non in alcuni casi particolari. Ci sono infatti condizioni di malattia grave e penosa rispetto alle quali avrebbe senso esprimere il giudizio della preferibilità della non esistenza. Portare ad esistere un bambino che potrà vivere solo tre anni di vita significa danneggiarlo, dal momento che morire a tre anni significa essere privati di una vita. Se sappiamo che un bambino vivrà solo tre anni di vita, non portarlo ad esistere significherebbe evitargli un grave danno, anche se tre anni di vita sono di più, quantitativamente, del nulla della non esistenza. Io sostengo anche che nessuno è danneggiato o beneficiato dal non cominciare ad esistere, poiché fintanto che qualcuno non esiste non vi è alcun soggetto d'esperienza. Ma ritengo anche che la morte, a differenza della non esistenza prenatale, ci privi di qualcosa, vale a dire del bene della vita se la vita è un bene (Nagel 1979). Poiché privare qualcuno della vita significa danneggiarlo ritengo che una vita che durasse solo tre anni sarebbe gravemente danneggiata da una morte così precoce, indipendentemente dal fatto che qualcuno abbia o meno coscienza di una prospettiva di vita futura. Per questo sarebbe meglio non esistere affatto piuttosto che esistere per un così breve tempo, poiché la non esistenza prenatale non ci priva di nulla.

Non esistere ancora e non esistere più. Supponiamo di chiederci se la non esistenza prenatale ci privi di qualcosa. Alcuni pensano che abbia senso esprimersi in questi termini. Essi affermano tra l'altro che gli embrioni congelati sono vita umana (ma non persone) in stato di abbandono e in attesa di trovare un utero che li accolga. Essi ritengono che la non esistenza prenatale sia analoga a una perdita di qualcosa, poiché gli embrioni congelati sono esseri umani che se si sviluppassero diverrebbero persone che godrebbero del bene della vita. La loro concezione dell'embrione non è solo teleologica, fa leva anche sull'argomento della potenzialità. Ma chiediamoci: la non esistenza prenatale ci priva di qualcosa che potremmo avere? Noi sappiamo che la morte ci priva di qualcosa ed in particolare del bene della vita se la vita è un bene, la morte ci priva infatti di un futuro. Morire prima è un danno che implica una perdita; anche se la morte non è una condizione in cui esiste il soggetto, è per definizione la sua assenza. Se la non esistenza prenatale ci privasse di qualcosa, del bene della vita se la vita sarà un bene, potremmo allora chiederci: non è forse un male non esistere prima se la non esistenza prenatale ci priva di qualcosa? (È infatti meglio morire dopo e godere di una vita piuttosto che esserne privati). Questa domanda però è assurda, nessuno perde qualcosa dal non aver iniziato ad esistere prima (Kamm 1992). Il caso degli embrioni congelati può trarci in inganno (sembrano persone nel limbo in attesa di esistere), ma poiché le scelte tra esistenze possibili hanno luogo ad uno stadio molto precoce dello sviluppo della vita umana prenatale (quando lo zigote è formato ancora di quattro od otto cellule), dal mio punto di vista, accetto la tesi secondo la quale si comincia ad esistere in uno stadio successivo (forse prima della nascita, forse dopo la nascita). La non esistenza prenatale, dunque, non ci priva di nulla mentre la morte ci priva di una vita. Nessuno sta peggio per non aver cominciato ad esistere prima poiché non esiste nessuno per il quale sia meglio o peggio. Concludo dunque dicendo che ha senso sostenere che in alcuni casi limitati la non esistenza sia preferibile ad una vita segnata da sofferenze. (Mentre mi astengo dal giudizio se la morte a volte sia meglio di una vita segnata da sofferenze. Io credo che sia così, ma riconosco anche che la morte ci priva di qualcosa, vale a dire del bene della vita se la vita è un bene mentre la non esistenza prenatale non ci priva di nulla).

Selezionare il miglior bambino possibile. Chiarito questo aspetto arrivo alla mia seconda considerazione in merito alla PGD, nello specifico della selezione della prole. Supponiamo di chiederci: sarebbe stato meglio se al posto mio fosse cominciata ad esistere una persona più

atletica (o magari più intelligente) di me? Io non credo che abbia senso dire che sarebbe stato meglio per me. Alcuni filosofi ritengono però che le espressioni ‘meglio’ e ‘peggio’ debbano avere un significato impersonale, per costoro non sarebbe stato meglio se al posto loro fosse esistita una persona migliore ma sarebbe stato meglio impersonalmente (Parfit 1989). Supponiamo di chiederci: sarebbe stato meglio se al posto del mio gatto fosse cominciato ad esistere un gatto più atletico o più astuto o con un pelo più lucido? Io credo che ciascuno di noi se ama il proprio gatto non lo scambierebbe con un altro migliore, proprio perché il mio gatto è il mio gatto. Certamente, fintanto che nessuno esiste nessuno è privato di qualcosa. Il punto è che quando qualcuno esiste *già* la vita è generalmente un bene e privarlo della vita significherebbe danneggiarlo, mentre quando qualcuno non esiste *ancora* non avrebbe senso dire che la non esistenza prenatale lo privi di qualcosa. Anche se queste considerazioni mi paiono inconfutabili non ritengo che nelle scelte tra esistenze possibili abbiamo per ciò l’obbligo morale di scegliere la migliore esistenza possibile. Supponiamo di chiederci: se al posto di un bambino affetto da sindrome di Down fosse nato un bambino sano questo sarebbe stato meglio? Io credo che potenziali genitori debbano non solo essere liberi di avere un bambino sano che non soffra di malattie e opportunità limitate ma che talvolta abbiano anche un obbligo verso se stessi di avere un bambino sano. Ma non credo che sia sbagliato o ingiusto per il bambino nato con la sindrome di Down esistere in tale condizione, dal momento che la sua condizione genetica o cromosomica era inevitabile. Il bambino non è cioè danneggiato dalla propria condizione poiché quel bambino non avrebbe potuto esistere se non in quella particolare condizione di danno. Questo non significa che la società non debba fare uno sforzo per rendere la condizione di quel bambino migliore, per dargli più opportunità di sviluppo fisico e cognitivo. Non ritengo che la sindrome di Down sia neutrale. Le disabilità sollevano un problema di giustizia distributiva e di uguaglianza, ma non ritengo che sia risolvibile mettendo al mondo bambini con meno opportunità limitate. Molti filosofi sarebbero in disaccordo con questa conclusione: essi affermano che è meglio se un bambino sano comincia ad esistere al posto di un bambino handicappato, però essi concorderebbero che non sarebbe meglio o peggio per il bambino che di fatto nascerà. Sarebbe forse meglio per la società che sarebbe una società più equa e sarebbe certamente meglio per i genitori. Tutte queste considerazioni sono molto importanti ma non implicano che vi sia l’obbligo morale di mettere al mondo il miglior bambino possibile.

Diritto e morale nella bioetica. Vengo ora alla mia ultima osservazione. Le questioni che ho sollevato sono filosofiche e morali ma sono anche di interesse per il diritto e la giurisprudenza. Anzi, io credo, che sia proprio dalla giurisprudenza che la riflessione etica abbia da imparare e non, come spesso accade, il contrario. La ragione è che le questioni che ho sollevato hanno avuto origine in dibattiti svoltisi nelle corti di giustizia. Sono state le corti ed i giudici che hanno sollevato le questioni di cui sopra nelle cause per torto da procreazione (*wrongful life*) e nelle cause per torto da nascita (*wrongful birth*). Vi è dunque un senso secondo il quale le questioni che ho sollevato sono questioni pratiche e non mere speculazioni filosofiche. Di rimando ho però una speranza: che la riflessione filosofica possa servire per arrivare a legislazioni in materia di procreazione medicalmente assistita meno oscurantiste di quelle attuali. Questo può avvenire continuando la riflessione sul valore della vita umana prenatale, avendo chiaro che non è una perdita per chi non esiste ancora.

Bibliografia

Dworkin, R. 2000. *Playing God: Genes, Clones and Luck*, in ID, *Sovereign Virtue*. Harvard University Press, Cambridge, Mass.

Kamm, F.M. 1992. *Creation and Abortion. A Study in Moral and Legal Philosophy*, Oxford, Oxford University Press.

Nagel, Th. 1979. *Death*, in ID, *Mortal Questions*, Cambridge, Cambridge University Press.

Kavka, G. 1981. *The Paradox of Future Individuals*. In «Philosophy and Public Affairs», 11, pp. 93-112.

Parfit, D. 1989. *Ragioni e Persone*. Il Saggiatore, Milano.

Thomson, J. J. 1971. *A Defence of Abortion*. In «Philosophy and Public Affairs» 1, 47-66.

ASPETTI BIOETICI E GIURIDICI DEL PRELIEVO D'ORGANI DI NEONATI ANENCEFALICI

di Candice Premaor Gullo (Università di Bologna)

D) L'impiego di organi tratti da neonati anencefalici nel trapianto in sede pediatrica è una possibilità in discussione sin dagli anni Sessanta. Negli ultimi venticinque anni il perfezionamento delle tecniche chirurgiche, gli esiti riportati dai *mass media* e la formazione di precedenti giudiziari in ambito nord-americano hanno fatto sì che le controversie relative a questi prelievi estrapolassero l'ambito medico e interessassero la società in generale.

L'interesse bioetico nei confronti di questi prelievi risiede più nella loro peculiarità che nella loro frequenza. In questi casi poco comuni, si può osservare il trattamento medico, politico e giuridico dispensato all'essere più debole e vulnerabile della nostra specie.

L'anencefalia è una malformazione non molto diffusa, che consiste nella "assenza congenita di parti importanti del cervello, del cranio e del cuoio capelluto, la cui genesi avviene nel primo mese della gestazione". L'assenza degli emisferi cerebrali rende gli anencefalici ciechi, sordi, probabilmente incapaci di sentire dolore o di sviluppare qualsiasi forma di coscienza. Il brainstem (parte inferiore del sistema nervoso centrale formata da midollo spinale, ponte, midollo allungato, cervelletto), invece, in molti casi è perfetto e ciò permette al neonato di sviluppare temporaneamente funzioni vitali (respirazione e circolazione sanguinea) e altri riflessi, come l'emissione di suoni (pianto), la suzione oppure le risposte a stimoli tattili. Quando riescono a superare il parto, i bambini affetti da questa malformazione sopravvivono solo per poche ore o per pochi giorni.

La certezza della morte imminente e l'apparente assenza di difetti o malformazioni nei loro organi vitali hanno prontamente attirato l'attenzione dei chirurghi. Tuttavia, il primo trapianto cardiaco di successo è avvenuto soltanto negli anni Ottanta, presso il Loma Linda University Medical Center (California).

Questo fatto può essere ritenuto il punto di partenza di un ciclo di controverse proposte volte al procacciamento d'organi di neonati anencefalici in nord America. Esse hanno avuto riscontri in ambito ospedaliero, universitario e giudiziario lungo tutto il decennio seguente. Attraverso l'esame dei principali accadimenti dell'epoca, si possono individuare tre principali orientamenti etico-medico-giuridici, che hanno formato le correnti di pensiero attuali.

a) Dopo il primo trapianto a buon esito, lo stesso *Loma Linda Medical Center* elaborò un protocollo che rappresenta una posizione intermedia tra le altre due, in quanto cercava un punto di equilibrio tra un trattamento degno per gli anencefalici ed per gli altri pazienti in stato terminale e il procacciamento d'organi.

Inizialmente, il *Loma Linda Protocol* prevedeva l'utilizzo di supporto vitale – indispensabile per la manutenzione degli organi vitali in condizioni adatte al trapianto e alla verifica della morte cerebrale – e l'accertamento della morte secondo i criteri vigenti, escludendo però la verifica del funzionamento della corteccia cerebrale assente.

Si segnalava che il ventilatore non avrebbe procurato sconforto, soltanto avrebbe prolungato la vita dei neonati. L'uso del supporto vitale veniva ristretto a sette giorni, in un tentativo di limitare la possibilità di un'indesiderata degenerazione dello stato del neonato mantenuto artificialmente in vita. Del resto, il ventilatore veniva impiegato in qualsiasi paziente senza speranze, nell'ipotesi in cui i parenti lo desiderassero.

Secondo i fautori del protocollo, la componente di etica utilitarista presente nella soluzione adottata dal protocollo corrispondeva a salvare vite e non poteva essere ritenuta nociva, in quanto si trattava della finalità più lodevole della medicina stessa.

Il protocollo, iniziato nel dicembre 1987, è stato sospeso nel luglio 1988. Tra i vari motivi della sospensione si trovano le difficoltà pratiche riscontrate nella verifica della morte, il fatto che il ventilatore meccanico prolungava la vita dei bambini oltre i sette giorni previsti e la fattibilità dello *slipery slope*, verificata soprattutto nei casi di indicazioni di donatori neonati affetti da altre malattie (altrettanto gravi).

b) Le proposte di maggiore impatto suggerivano il prelievo degli organi di questi bambini appena nati, senza osservare i criteri della morte cerebrale tradizionale.

In questo senso sono emblematiche: 1) la *bill* presentata nell'assemblea legislativa di New Jersey da Walter Kenn Jr., che proponeva la revisione del concetto di morte cerebrale, convertendolo in *morte corticale*, ossia l'accertamento di morte a prescindere dal funzionamento del *brainstem*; 2) la *public hearing* promossa dal senatore californiano Milton Marks, che suggeriva l'introduzione dell'anencefalia stessa tra le categorie giuridiche di morte. In questo modo, il prelievo d'organi vitali non implicherebbe il crimine di omicidio o di gravi lesioni corporali (*battery*), e si allontanerebbe la possibilità di prelievo d'organi da pazienti in simile condizione medica, come quelli in stato vegetativo permanente perché non inclusi nella nuova categoria (chiamata *brain absent*).

La giustificazione etica di queste proposte può essere seguita, in modo molto sintetico, in tre tappe di ragionamento: l'uso degli anencefalici come mezzo è accettabile perché l'imperativo categorico kantiano si estende soltanto ai possessori di volontà buona o con potenzialità di svilupparla (quindi considerare gli anencefalici come fini in sé andrebbe oltre e perfino contro Kant); il rischio etico dello *slipery slope*, cioè la probabilità di conseguenze malefiche indesiderate, è inerente ad ogni decisione medica di tipo etico; l'utilità del "*sostenimento della vita d'altri bambini*" e del "*sollievo psicologico dei genitori che desiderino dare significato alla breve vita dei neonati anencefalici*" impongono il prelievo come un *imperativo morale*.

Furono ideate diverse iniziative simili a quelle nate (e respinte) nel 1986 e la discussione sugli aspetti etici del procacciamento d'organi d'anencefalici arrivò al potere giudiziario nel 1992, quando i genitori di *baby* Theresa richiesero ai medici che la curavano di dichiarare la morte della neonata prima del prelievo dei suoi organi.

La Suprema Corte dello Stato della Florida confermò il rifiuto alla dichiarazione di morte ai fini di prelievo, sulla base dell'impossibilità di dichiarare morta la neonata mentre funzionava il suo *brainstem*, poiché tale condizione non corrispondeva a nessuno dei criteri di morte disponibili nella scienza medica e importati dal diritto.

A dispetto dello schieramento dalla Suprema Corte della Florida, nel 1995 il *Council of Ethical and Judicial Affairs of the American Medical Association*, pubblicò sul periodico JAMA (*Journal of the American Medical Association*) un parere che suggeriva una modifica della legge in modo da consentire il prelievo degli organi di neonati anencefalici prima della loro morte.

Tale parere considerava il prelievo d'organi prima della morte cerebrale dei neonati *eticamente accettabile e intrinsecamente morale*, in quanto i neonati stessi, mancando di *qualsiasi grado di coscienza* (descritta come capacità di avere pensieri, sentimenti, desideri, emozioni, interazioni, dolore, memoria o sofferenze), affronterebbero una morte certa ed imminente.

Quello che forse rappresentò un'inaspettata svolta nell'orientamento tradizionale del Consiglio svelò anche una terza versione di proposta di eccezione alla legge, che non sfociava nel concetto giuridico della morte bensì nello *status* giuridico di persona degli anencefalici. Si tratta di non riconoscere la possibilità della violazione degli interessi di esseri umani mai coscienti, esonerando lo Stato dal tutelare gli interessi di chi non li ha mai avuti e non li avrà

mai. Si elimina così una delle colonne fondanti del concetto di personalità giuridica nella *common law*: gli interessi.

La comunità medica americana però reagì in fretta, rifiutando in coro il parere del Consiglio. Di conseguenza, nel febbraio dell'anno seguente il Consiglio ritirò il parere: non perché fosse frutto di una scelta etica malpensata o sbagliata – chiari il documento di riconsiderazione fatto pubblicare nella sezione di risposte alle lettere – bensì perché erano emersi dubbi rispetto a *certe diagnosi d'anencefalia* e alcune insicurezze circa lo stato d'assoluta incoscienza di questi neonati. Il parere iniziale fu così ufficialmente sospeso, *finché non fossero valutate le evidenze scientifiche emergenti* attraverso studi più approfonditi sulla questione.

c) In tutto il mondo si alzarono voci contro il parere del Consiglio americano, voci che avevano sempre sostenuto che l'anencefalico è persona umana e un fine in se stesso.

Quelli che svilupparono questa linea di ragionamento tenevano presente la necessità di equilibrare l'utilità del dono e il rispetto alla dignità degli anencefalici. Riconoscevano però l'impossibilità di raggiungere tale equilibrio, sia per le difficoltà tecniche nella verifica della morte del *brainsteam* dei neonati in generale, sia per l'insufficienza delle conoscenze sugli anencefalici stessi, sia per l'assenza di un consenso morale generale.

La soluzione consigliata, quindi, fu l'imposizione di una moratoria alla donazione di organi vitali, fino a quando il superamento degli ostacoli menzionati permettesse la pratica del prelievo di essi secondo le esigenze della *dead donor rule* vigente e attraverso i criteri di accertamento di morte in vigore.

Questa politica fu adottata in Italia nel 1996 dal Comitato Nazionale per la Bioetica, attraverso il parere nel quale manifestava espressamente il rifiuto del parere del Consiglio nord-americano.

La versione italiana della moratoria però ha contorni più rigidi di quella americana: la prima esprime un rifiuto assoluto di intervento sugli anencefalici, mentre la seconda sostiene la ricerca al fine di produrre conoscenze più solide rispetto al processo della loro morte. Esse, infatti, rappresentano il mezzo privilegiato per trovare un criterio di morte cerebrale sicuro per gli anencefalici e di conseguenza per la formazione di un giudizio morale più informato e maturo rispetto alle nostre azioni su di loro.

Il biasimo nei confronti dell'uso di meccanismi di sostegno vitale considerati in se stessi (e non in quanto procedura medica finalizzata a beneficiare terzi) deriva dal ritenerli una forma di accanimento nei confronti di una malformazione priva di una terapia valida. Si esclude altresì il criterio di morte cerebrale per i bambini anencefalici, a causa dell'insufficienza dei criteri neurologici e della disponibilità di tecniche diverse adatte alle circostanze di altre terapie.

II) Soluzioni utilitaristiche alla scarsità di organi mettono costantemente in dubbio la finzione della personalità giuridica. Tale dubbio è rinforzato ogniqualvolta un essere umano è abbastanza debole da essere sfruttato. D'altra parte, il rifiuto sistematico in ambito medico, sociale e giuridico a tali soluzioni dimostra chiaramente l'intesa attorno ad una risposta che include ogni singolo essere appartenente alla specie umana nella categoria di persona, perfino gli anencefalici.

In altri termini, l'anencefalico in quanto donatore d'organi sembra essere un esempio dell'esistenza di limiti morali consolidati e funzionali nella società occidentale e della prevalenza degli interessi propri della sanità pubblica sugli individui vulnerabili.

In uno schema di ragionamento giuridico, dall'analisi del caso degli anencefalici risulta che il principio di dignità intrinseca viene applicato ai casi di assenza assoluta dell'autonomia o degli interessi, cioè delle basi del concetto di personalità nel diritto continentale o nella *common law*. Capire la meccanica di questo principio ci potrebbe condurre a discostare la tutela degli individui vulnerabili dalla tutela della sfera dei diritti personali.

In questa maniera, si potrebbe eliminare tanto il rischio di una rigidità oscurantista in nome della tutela della personalità, quanto quello di ignorare la dignità riconosciuta ad ogni essere umano attraverso proposte di carattere utilitarista estremo.

LA SPERIMENTAZIONE SULLE CELLULE STAMINALI UMANE

di Valentina Calvia (Università di Bologna)

Il mio interesse per la sperimentazione sugli embrioni e in particolar modo per la ricerca sulle cellule staminali umane trae la propria origine dalla possibilità di sviluppare nuovi metodi per trattare le malattie dominanti che segnano il nostro tempo, quelle cronico-degenerative, per mezzo di innesti e trapianti di cellule staminali.

La ricostruzione del contesto empirico porta in evidenza come le nuove conquiste di biologia e genetica abbiano dato prova delle attraenti opportunità offerte attualmente dalla scienza nel settore di ricerca riguardante le cellule staminali. In alcuni casi, si tratta di pratiche in avanzata fase di sperimentazione. Infatti, già da molti anni le cellule staminali adulte sono usate con successo nella terapia di malattie ematopoietiche o nel caso di ustioni molto estese. Al contrario, per quanto riguarda le cellule staminali di origine embrionale, la sperimentazione è relativamente recente e numerose sono le difficoltà tecniche che ostacolano la speranza in immediate realizzazioni terapeutiche da sfruttare nella pratica clinica.

L'obiettivo principale consiste nella possibilità di stimolare opportunamente le staminali per farle diventare pelle, osso, muscolo, nervi, cervello, al fine di **soppiantare la cura della malattia con i farmaci, sostituendo parzialmente o totalmente l'organo malato con un altro organo sano**. Ecco perché l'utilizzo delle cellule staminali potrebbe rivelarsi utile nella cura delle malattie associate alla perdita di funzionalità degli organi, causata dalla distruzione dei tessuti e in ultima analisi dalla morte delle cellule che li compongono. Gli esempi potrebbero includere le cellule che producono insulina per i diabetici, le cellule nervose in caso di ictus o di morbo di Parkinson, le cellule cardiache per rigenerare un cuore infartuato. Per di più, le staminali offrono prospettive interessanti per quanto riguarda la **ricerca di base associata allo studio delle neoplasie** e il **settore della prevenzione**. Grazie alle staminali potrebbe essere possibile studiare non solo il funzionamento dei geni direttamente in cellule umane, ma anche sostituire alle ricerche su cavie osservazioni effettuate su modelli di tessuti, in grado di riprodurre il reale comportamento dei tessuti umani colpiti dalle malattie.

È ormai noto che esistono due diverse fonti di cellule staminali: l'embrione e i tessuti adulti. Durante le prime fasi di sviluppo embrionale, particolare interesse riveste lo stadio di otto cellule, nel corso del quale ciascuna di esse possiede una straordinaria proprietà, la **totipotenza, vale a dire la capacità di produrre a gruppi o ognuna separatamente ogni tipo cellulare e di conseguenza di sviluppare un intero organismo, cioè un individuo *in toto* della specie codificata dal genoma**. Tali cellule sono dette "staminali", da "stame", origine, ceppo, poiché non hanno ancora iniziato il loro percorso differenziativo e di specializzazione e di conseguenza possono dare origine a tutti i tipi di cellule e tessuti del corpo, ragione per cui vengono altresì definite "progenitrici". Dopo cinque o sei giorni dalla fecondazione si forma la *blastocisti* (150-200 cellule), la cui parte interna è composta da cellule staminali **pluripotenti, in grado cioè di differenziarsi in tutti i tipi di tessuto dell'organismo adulto, anche se incapaci di evolvere ciascuna in un individuo completo**. Tale proprietà è posseduta anche dai tessuti degli organi genitali di feti abortiti di uno o due mesi. A partire dall'ottavo giorno dalla fecondazione avviene la *gastrulazione*, evento che dà vita a tre strati diversi di cellule, ancora staminali, ma **multipotenti, destinate a formare solamente particolari tipi di tessuti: sono i cosiddetti "foglietti germinativi"**.

L'elemento di rilievo consiste nel fatto che non tutte le staminali embrionali si trasformano in cellule specializzate, poiché alcune di esse, anche se presenti in numero limitato, conservano lo stato di cellule staminali *multipotenti* nella maggior parte dei tessuti adulti. Il loro compito è quello di sopperire alle perdite fisiologiche, reso possibile dalla cosiddetta "divisione asimmetrica", processo attraverso il quale la cellula staminale originaria, dividendosi, dà luogo a due cellule figlie, di cui l'una reintegra il magazzino, mentre l'altra migra nell'area dove è richiesta la sua presenza, diventando cellula specializzata e adulta in quell'ambiente. Nel nostro corpo sono presenti staminali multipotenti non solo nei tessuti "a popolazione cellulare di rinnovo", il cui funzionamento richiede meccanismi di rigenerazione cellulare, come l'epidermide, l'epitelio, il midollo osseo e il sistema ematopoietico, ma anche nel cervello, nel cuore, nel fegato, nel tessuto adiposo, nei muscoli, nel cordone ombelicale e nella placenta, ossia nei tessuti che fino a pochi anni fa i ricercatori denominavano "a popolazione cellulare stabile".

I primi successi relativi alla ricerca sulle cellule staminali di origine embrionale risalgono al novembre del 1998, quando "Financial Times" e "Science" pubblicarono i risultati ottenuti da un'equipe guidata da James Thomson presso l'Università del Wisconsin. Si trattava del primo caso di isolamento e di coltura *in vitro* di staminali di origine fetale ed embrionale umane, in grado di non differenziarsi, ma di rimanere *pluripotenti*. Negli stessi giorni, un risultato analogo venne annunciato da un altro gruppo di lavoro statunitense guidato da John Gearhart dell'Università di Baltimora. Considerati esiti così promettenti i ricercatori di tutto il mondo iniziarono a lavorare sulle linee cellulari messe a disposizione dalla *Geron Corporation*, l'industria biotecnologia che aveva finanziato entrambi i lavori. Nel corso del 1999 il dibattito sulle cellule staminali di origine embrionale prese piede in tutti i paesi tecnologicamente avanzati, registrando l'assunzione di vari provvedimenti da parte di governi e organismi ufficiali.

Ponderando le posizioni prevalenti che animano il dibattito pubblico, emerge che la sperimentazione condotta sulle cellule staminali ha sin dagli inizi attratto l'attenzione non solo degli scienziati di tutto il mondo, ma anche dell'opinione pubblica, che tuttavia ha manifestato nel contempo atteggiamenti di sconcerto alimentati da preoccupazioni di natura etica. Infatti, la manipolazione degli embrioni ha contribuito a fare emergere problemi etici in precedenza inimmaginabili relativi al metodo usato, poiché in alcune tecniche efficaci è opportuno servirsi di cellule ricavate da embrioni destinati alla soppressione. La questione è cruciale non solo dal punto di vista filosofico, ma anche pratico, perché investe il senso comune, che si domanda se sia moralmente lecito distruggere un embrione umano, sia pur per finalità benefiche.

Il dibattito attuale mostra che la discussione sulla liceità e sui limiti della sperimentazione sull'embrione è dominata da argomentazioni che cercano di derivare la soluzione da una ricostruzione della natura che sarebbe propria dell'embrione. Si tratta di una considerazione antropologica che costituisce il presupposto per una riflessione riguardante lo statuto ontologico dell'embrione. Ciò spiega perché le opinioni favorevoli o contrarie alla ricerca sperimentale sulle cellule staminali umane coinvolgono esclusivamente quelle di origine embrionale.

Com'è noto, il dibattito culturale italiano è caratterizzato dalla presenza di due principali interlocutori che presentano al loro interno una pluralità di posizioni e che comunque non esauriscono la complessità della riflessione in materia. La prima prospettiva, che rappresenta la massima espressione della **tradizione morale cristiana e in particolare cattolica**, fa propria la concezione etica assolutistica secondo la quale, dal momento in cui avviene la fusione dei nuclei dei due gameti, si forma un essere umano dotato di una individualità sia biologica sia ontologica. L'approccio "sostanzialista", detto anche "personalismo ontologico", aderisce ad un concetto di "persona" che si identifica totalmente con l'essere umano, nelle sue dimensioni fisica, psichica e spirituale, a partire dal concepimento fino alla morte. Ne consegue che l'essere persona non è determinato dalla presenza di definite caratteristiche, ma dalla natura

ontologica che inerisce l'individuo in quanto tale. Poiché sulla scia dell'insegnamento kantiano ciascun essere umano deve essere considerato come fine a se stesso e non come mezzo per raggiungere gli obiettivi che si propone la ricerca, la Chiesa stabilisce come unica posizione ammissibile per un cattolico l'esclusione di interventi di sperimentazione volti alla derivazione di cellule staminali embrionali, poiché tale prelievo comporta la distruzione dell'embrione stesso, *ergo* di una vita umana.

Fa da contraltare a questa opzione etica una **valutazione di matrice laica** e condivisa dalla maggior parte della comunità scientifica, secondo la quale la questione ontologica e antropologica riguardante l'embrione umano è generalmente risolta ritenendo che l'embrione non possa dirsi persona fin dalla formazione dello zigote, ma che acquisisca questo *status* in un momento successivo variamente individuato, vale a dire in virtù della manifestazione di determinati caratteri o capacità arbitrariamente fissati. Per la maggior parte degli scienziati laici è da escludere che prima del quattordicesimo giorno dalla fecondazione l'embrione, meglio denominato "pre-embrione", debba essere considerato "persona", in quanto formato da un microscopico grappolo di cellule indifferenziate, non ancora pronte ad annidarsi nella mucosa della cavità uterina. Resta salda, comunque, la comune opinione di dover garantire al prodotto del concepimento una tutela via via maggiore proporzionalmente alla specializzazione delle sue cellule.

D'altra parte, ostacolare la ricerca sulle cellule staminali embrionali in forza dell'identità supposta tra embrione e persona rappresenta un problema che in realtà tradisce un equivoco molto comune. Quando la biologia si avvale di termini come "persona", "dignità", "individuo", "essere umano" attribuisce loro un significato diverso da quello assegnato dalla filosofia, dal diritto, dalla teologia o dal senso comune. In altri termini, le accezioni del linguaggio della biologia hanno un valore unicamente scientifico, in quanto esprimono l'acquisizione di fatti e dati privi di implicazioni ideologiche, senza la pretesa di dirimere la controversia (filosofica) riguardante lo statuto ontologico dell'embrione.

In Italia, disciplina la sperimentazione sugli embrioni l'art. 13 della legge n° 40/2004, recante "*Norme in materia di procreazione medicalmente assistita*", approvata il 19 febbraio 2004. Il 1° comma vieta "**qualsiasi sperimentazione su ciascun embrione umano**", a meno che non si tratti del perseguimento di "finalità esclusivamente terapeutiche e diagnostiche", volte alla tutela della salute e allo sviluppo dell'embrione stesso. A questo proposito è interessante notare che allo stato attuale della ricerca l'attività clinica e sperimentale sull'embrione non è praticabile, poiché la derivazione di cellule embrionali comporta prevalentemente la dissoluzione dell'embrione. La violazione del divieto è punita con la reclusione da due a sei anni, con una multa pecuniaria da € 50.000 a € 150.000 e con la sospensione da uno a tre anni dall'esercizio della professione per il sanitario.

Tale regolamentazione solleva il dubbio che il legislatore non abbia operato un equo temperamento tra interessi distinti e che pertanto non abbia salvaguardato il rispetto delle diverse opzioni morali che caratterizzano società pluralistiche come quella in cui viviamo e il principio di laicità su cui si regge lo Stato democratico italiano, fondato sulla Costituzione repubblicana.

ACCUMULAZIONE FLESSIBILE E FLESSIBILITÀ DEL DIRITTO: APPUNTI PER UNA CRITICA DEL GIUSLAVORISMO POSTFORDISTA

di Angelo Salento (Università di Lecce)

1. Trasformazioni dell'impresa e mutamento giuslavoristico: quale rapporto?

Come si può comprendere, in chiave sociologico-giuridica, il grande mutamento che ha investito il diritto del lavoro (soprattutto italiano) nell'ultimo lustro? Da dove si è originata e come si è dipanata una trasformazione che ha condotto a una radicale decostruzione della normativa di tutela costruita a partire dagli anni Sessanta del Novecento?

A questo interrogativo è possibile offrire almeno due ordini di risposte, diversi sul piano metodologico e quindi reciprocamente incompatibili.

Un primo ordine di risposte istituisce una relazione di condizionamento diretto (causale o funzionale) fra il mutamento dell'organizzazione del lavoro e delle aziende, da un lato, e il mutamento giuridico dall'altro. In questa prospettiva, gli operatori del diritto (ossia gli agenti che, ciascuno in modo e misura decisamente differente, contribuiscono alla costruzione dell'ordinamento giuridico) sono concepiti come operatori puramente *tecnici*, che si incaricano di *trasporre* all'interno dell'ordinamento – quindi con la strumentazione concettuale dell'ordinamento giuridico stesso – mutamenti che avvengono “all'esterno” dell'ordinamento medesimo.

Questo primo ordine di risposte, di fatto, è quello più diffuso nel dibattito giuridico. Non manca di una certa diffusione anche nel dibattito sociologico: non soltanto corrisponde a un “senso comune sociologico” secondo il quale i fenomeni culturali (e quindi anche quelli normativi) *derivano* da mutamenti “reali” (dove implicitamente si assume che i mutamenti normativi non siano mutamenti “reali” e viceversa); ma è anche una chiave di lettura apertamente professata da una letteratura sociologica di ascendenza marxista, che continua a fare professione di un materialismo tanto cinico quanto ingenuo. Questo quadro interpretativo non è invero estraneo neanche a una certa tradizione sociologico-giuridica, che concepisce la sociologia del diritto come disciplina che studia i “rapporti tra diritto e società” (implicitamente assumendo che vi sia una separazione concettuale fra i due termini) e si propone come campo di analisi orientate a una relazione “migliore” (di maggiore “adeguatezza”, cioè) del *diritto* rispetto alla *società*.

Il secondo ordine di risposte possibili concepisce invece il mutamento giuridico come elemento integrante della trasformazione sociale e organizzativa. In quest'ottica, la regolazione giuridica del lavoro contribuisce a pieno titolo alla trasformazione regolativa dell'organizzazione aziendale e del lavoro. È una prospettiva, questa, nella quale gli operatori del diritto non sono concepiti meramente come *tecnici* che si occupano di razionalizzare la regolazione giuridica a fronte di trasformazioni sociali a essa “esterne”, ma come agenti pienamente partecipi di una trasformazione che è essa stessa *anche* giuridica. Weberianamente, in quest'ottica si assume che la trasformazione dell'ordinamento giuridico «è condizionata direttamente da rapporti per così dire “intra-giuridici”, cioè dalle caratteristiche della cerchia di persone che sono in grado di influenzare *professionalmente* la formazione del diritto [...]»⁷⁶.

Una prospettiva di questo tipo, al contrario della precedente, non concepisce *diritto* e *società* come due entità separate e distinte (sebbene correlate attraverso il *medium* “neutrale” della tecnica giuridica), ma parte dal presupposto epistemologico che l'azione giuridica sia una

⁷⁶ M. Weber, *Economia e società. III. Sociologia del diritto*, Comunità, Milano, 1995, p. 111.

forma specifica (dotata di una particolare legittimazione e forza normativa) dell'agire sociale. La produzione giuridica, in questa prospettiva, non è un'attività puramente tecnica, ma un'attività intrinsecamente politica, che comporta una dialettica di interessi o – per usare il lessico di Rudolph Jhering – una *lotta per il diritto*. Per conseguenza, in questa seconda prospettiva si rifiuta un importante elemento implicito della prima, ossia l'assunto che le trasformazioni organizzative dell'impresa e del lavoro siano un *presupposto*, del tutto esterno e perciò intangibile dalla produzione giuridica, rispetto al quale il compito degli operatori giuridici (in collaborazione, eventualmente, con altri scienziati sociali) sia soltanto quello di elaborarne una *ottimizzazione* rispetto a istanze sociali di varia provenienza.

In questa seconda prospettiva, insomma, sia l'organizzazione aziendale che la produzione giuridica sono concepite come due sfere di azione sociale nelle quali si confrontano agenti sociali portatori di interessi differenti. L'organizzazione aziendale è – al pari della produzione giuridica – un'azione *normativa*, il cui prodotto essenziale sono quindi delle regole. Le regole dell'organizzazione valgono, com'è noto, nell'ambito consentito dall'ordinamento giuridico. L'impresa è – per usare una espressione dell'antropologa Sally Falk-Moore – un *campo semiautonomo*, che può produrre le sue proprie regole nel quadro di quanto le è permesso dalla regolamentazione giuridica⁷⁷.

Poste queste premesse, nella prospettiva che si sta descrivendo sia la regolamentazione giuridica che la regolazione organizzativa dell'impresa sono due campi di azione normativa nei quali si confrontano agenti sociali portatori di interessi differenti.

2. Un'ipotesi di spiegazione

L'ipotesi di spiegazione che qui si propone muove da questa seconda prospettiva. Si propone, cioè, di presupporre che gli agenti del campo giuridico non siano semplicemente dei *tecnici* incaricati di “adeguare” il diritto a trasformazioni organizzative, ma siano agenti sociali del tutto partecipi – e con una peculiare legittimazione – di *scelte* regolative che ridefiniscono l'ambito di libertà dei detentori dei mezzi di produzione rispetto ai detentori della forza-lavoro. Peraltro, si può osservare come le scelte regolative degli operatori giuridici si autolegittimino, il più delle volte, richiamando a propria giustificazione la prima prospettiva di analisi sopra descritta: quando operano una scelta di ridefinizione della regolamentazione giuridica, gli operatori del diritto solitamente affermano di stare *adeguando* il diritto stesso alle trasformazioni organizzative. Con ciò, essi avallano un'ipotesi *deterministica* di relazione fra trasformazione organizzativa e mutamento giuridico e quindi si liberano, più o meno consapevolmente, della responsabilità delle loro scelte. Se si definisce *ideologia* una rappresentazione con la quale si misconoscono (non importa se consapevolmente o inconsapevolmente) dei *rapporti reali*, ossia delle richieste e degli interessi a cui i discorsi giuridici sono strumentalmente connessi, si può affermare che la prima prospettiva di analisi sopra delineata è il contenuto specifico della *ideologia* degli operatori del diritto del lavoro: una ideologia che rappresenta come un *ovvio e necessario* adeguamento del diritto quel che è invece un complesso di *scelte* operate – entro un determinato quadro economico, sociale e culturale – dagli stessi agenti del campo giuridico.

La prospettiva d'analisi che si propone è, evidentemente, una prospettiva *materialistica*: essa assume che la produzione giuridica sia connessa a una dialettica di interessi (riassumibile, come detto, nella dialettica capitale/lavoro). Questa prospettiva, tuttavia, non asseconda un determinismo materialista: nessun dubbio che nel diritto si osservi un “riflesso” dei rapporti di forza esistenti; ma la vieta metafora dell'infrastruttura e della sovrastruttura, in definitiva, non riesce a cogliere nella specificità del diritto – per dirla con Bourdieu – «l'universo sociale

⁷⁷ S. Falk-Moore, “Law and Social Change. The Semi-autonomous Social Field as an Appropriate Subject of Study”, *Law and Society Review*, Summer 1973, pp. 719-46.

specifico nel quale esso si produce e si esercita»⁷⁸. Insomma, non è possibile sfuggire al determinismo se non si fa oggetto di analisi la dialettica interna al campo giuridico, se non si osserva il ruolo giocato dal corpo dei giuristi, in quanto «agenti specializzati di produzione»⁷⁹ di un sistema simbolico.

Poste queste premesse epistemologiche, quali ambiti di analisi occorre indagare per ricostruire una spiegazione del mutamento giuridico? Se si assume – nel solco di una tradizione socio-giuridica di ascendenza weberiana – che non ci sia comprensione possibile del mutamento giuridico se non si fa oggetto d’analisi l’azione normativa, allora il primo ambito di analisi deve essere l’attività di produzione di rappresentazioni e di interpretazioni svolta dagli agenti del campo giuridico. Bisogna, cioè, osservare come gli operatori del diritto *cambiano punto di vista* sull’oggetto della regolazione: come cambiano, cioè, i loro canoni interpretativi dell’organizzazione dell’impresa e del lavoro. Come la storia del pensiero giuridico in generale, anche la storia del pensiero giuslavoristico è storia dei metodi con i quali i giuristi (ma anche i giudici e, in generale, tutti gli agenti del campo del diritto del lavoro) percepiscono e rappresentano i rapporti sociali sui quali incidono i discorsi normativi.

Il secondo ambito di analisi pertinente a un’ottica socio-giuridica riguarda più strettamente il rapporto fra il mutamento giuridico e la dialettica capitale/lavoro: come e perché gli operatori del diritto del lavoro riconfigurano il loro punto di vista sull’organizzazione e l’impresa? Quali sono, e come si sono sviluppate, le condizioni socio-culturali entro cui avviene questa riconfigurazione? Un approccio teorico fecondo per questa analisi è quello proposto da Pierre Bourdieu: la rimodulazione degli *habitus* (e comunque delle prese di posizione) si produce in relazione a una ricollocazione degli agenti nel campo del diritto e a una complessiva ricollocazione del campo del diritto rispetto al campo dell’economia.

Riservando al secondo ambito di ricerca soltanto alcune notazioni, in questa sede ci si limiterà al primo ambito di indagine, ragionando in particolare sull’utilizzo delle categorie dell’analisi organizzativa da parte degli operatori del diritto del lavoro.

Nel complesso, gli ultimi quindici anni di elaborazione giuslavoristica manifestano una progressiva mutazione, da parte degli operatori giuridici, di teorie e categorie elaborate e utilizzate in campo manageriale, e un progressivo abbandono dell’analisi sociologica dei contesti organizzati. Questo progressivo avvicinamento al punto di vista manageriale consiste, complessivamente, nella transizione da una metodologia di analisi sociologico-relazionale (come quella implicitamente adottata dai giuslavoristi nell’arco del trentennio Sessanta-Ottanta del Novecento, ma già proposta nel dibattito giuslavoristico weimariano) a una metodologia di tipo funzionalista, nella quale emergono principalmente due aspetti rilevanti.

Il primo aspetto saliente, nelle argomentazioni del giuslavorismo “postfordista”, è la tendenza a una concezione *reificante* dell’organizzazione: l’organizzazione viene concepita sempre meno come *azione organizzativa*, ossia come un’azione normativa nella quale nella quale entrano in gioco dialetticamente interessi differenti, e sempre più spesso, invece, come un’unità organizzata. Diventano sempre meno evidenti così, agli occhi dell’operatore del diritto, le relazioni *di potere* fra gli agenti coinvolti nell’azione organizzativa (quelle relazioni, cioè, che il diritto del lavoro, nella sua impostazione “tradizionale”, si proponeva di regolare).

Il secondo aspetto rilevante è la centralità dell’idea di *flessibilità*: un’idea di matrice funzionalista, che fa riferimento alla capacità di *adattamento* del comportamento delle unità costitutive di un complesso organizzato in relazione al mutamento delle esigenze di quest’ultimo (ovvero degli agenti in esso dominanti). Bisogna tenere presente, a questo proposito, che molto spesso quest’idea si declina, nei discorsi giuridici, in termini differenti. Molto ricorrente, nelle argomentazioni dei giuristi, è il termine *autonomia*, impiegato – impropriamente – per indicare i margini di *discrezionalità* di cui si fa carico a ciascun

⁷⁸ P. Bourdieu, “La force du droit. Eléments pour une sociologie du champ juridique”, in *Actes de la recherche en sciences sociales*, 64, 1986, pp. 3-19, p. 3.

⁷⁹ P. Bourdieu, *Ragioni pratiche*, Il Mulino, Bologna, 1995, p. 116.

lavoratore in un'ottica funzionalista, proprio laddove lo si voglia indurre o costringere ad *adeguarsi* costantemente alle esigenze espresse dal management. Come si dirà, l'equivoca sovrapposizione del termine *autonomia* alla *discrezionalità/flessibilità* del lavoratore è uno dei principali veicoli di legittimazione del processo di ridefinizione delle regole giuridiche del lavoro nell'impresa. Essa serve, infatti, a giustificare sulla base di un'etica pluralistica e individualistica una ristrutturazione delle regole giuridiche del lavoro tale da permettere una valorizzazione flessibile (ossia sempre orientata ai *desiderata* manageriali) della prestazione lavorativa.

Occorre peraltro tener presente che il termine *flessibilità*, nei discorsi degli operatori giuridici, spesso non si riferisce alla prestazione lavorativa né alla sua regolamentazione giuridica, ma è un connotato attribuito in chiave normativa al complessivo ordinamento giuslavoristico. Sempre in un'ottica di matrice funzionalistica, un ordinamento *flessibile* è un ordinamento proceduralmente orientato a convalidare giuridicamente le mutevoli istanze di imprenditori e manager, implicitamente riconoscendo a costoro un ruolo di *guida*, scientificamente legittimata, della trasformazione sociale e, dunque (ossia sulla base della concezione deterministica del "rapporto fra diritto e società"), della trasformazione giuridica.

3. Immagini e teorie dell'organizzazione nel diritto del lavoro: per una critica del giuslavorismo postfordista

Come già accennato, la storia del diritto del lavoro presenta una continua trasformazione delle prospettive epistemologiche e teoriche: di quei presupposti, cioè, che fondano la percezione e la rappresentazione dei fenomeni sociali oggetto dei discorsi normativi.

Quanto queste prospettive incidano sulle scelte normative, ossia sull'effettivo intervento delle prescrizioni giuridiche nei rapporti sociali, è superfluo notare. Senza potere in questa sede procedere a una analisi dettagliata delle rappresentazioni giuridiche dell'impresa, si può proporre di considerare come la decostruzione del diritto del lavoro "tradizionale" proceda attraverso una ridefinizione dei canoni di percezione e di rappresentazione delle relazioni produttive. Le trasformazioni *assiologiche* del diritto del lavoro, la continua oscillazione della disciplina giuridica fra una finalità di razionalizzazione del processo di accumulazione e una finalità di protezione del "contraente debole" del contratto di lavoro (o comunque di regolazione del potere sociale), si producono non tanto per esplicita proclamazione di intenti da parte degli operatori giuridici, quanto per il tramite di mutamenti metodologici, atti a convalidare giuridicamente ora l'una ora l'altra delle finalità in questione.

Un'analisi diacronica delle argomentazioni giuridiche permette di cogliere con chiarezza la centralità della *questione organizzativa* nel mutamento giuslavoristico. In altri termini, i giuristi hanno fatto e continuano a fare, della teoria organizzativa, uno strumento di legittimazione "scientifica" delle loro prese di posizione: gli assunti *sull'organizzazione* vengono introdotti, nelle argomentazioni dei giuristi, come *presupposti* pertinenti a una specifica competenza *scientifica*, esterna alla competenza del giurista. L'*oggettività* (data per scontata e quindi non discussa) della teoria organizzativa diventa elemento di giustificazione *scientifico* di prese di posizione altrimenti discutibili. La *questione organizzativa* – privata di ogni profilo di problematicità – può diventare, così, il "grimaldello" attraverso cui i discorsi giuridici destrutturano un ordine giuridico preesistente.

Oggi come nel passato è forte la tentazione di orientare il contributo delle scienze sociali alla convalidazione e alla razionalizzazione delle strategie di accumulazione. È di rappresentazioni deterministiche della trasformazione sociale che si nutre quella che Beck chiama l'ideologia del *globalismo*: quel punto di vista secondo il quale «il mercato mondiale rimuove o sostituisce l'azione politica, vale a dire l'ideologia del mercato mondiale, l'ideologia del neoliberalismo»⁸⁰. Entro questo punto di vista, le trasformazioni economiche, politiche e

⁸⁰ U. Beck, *Che cos'è la globalizzazione. Rischi e prospettive della società planetaria*, Carocci, Roma 1999, p.22.

giuridiche vengono rappresentate come fenomeni ineluttabili, sottratti alla disponibilità dell'agire politico e persino dell'analisi scientifica.

In questo panorama, l'obiettivo del sociologo del diritto (e del giurista sociologicamente avvertito) dovrebbe essere quello di esplorare se e a quali condizioni sia possibile mantenere al diritto del lavoro una funzione di regolazione del potere sociale nell'impresa, una funzione di controllo e di governo dell'arbitrio dei soggetti economici. È un obiettivo, questo, ben giustificabile sul piano assiologico e di politica del diritto, dal momento che la letteratura sociologica ha messo chiaramente in evidenza numerosi profili di inaccettabilità sociale di una disciplina giuridica orientata alla massimizzazione dell'utilità dell'impresa⁸¹. Ed è un obiettivo che si può forse raggiungere se si accetta di considerare – come qui si è proposto – che la cosiddetta *crisi* del diritto del lavoro non è il portato *necessario* della ricomposizione dei rapporti produttivi, ma scaturisce essenzialmente dal mutamento delle prospettive di osservazione (e di trattamento normativo) dei fenomeni economico-organizzativi. A partire da questa consapevolezza, si tratta poi di iniziare un lavoro interpretativo che torni, con una strumentazione analitica rinnovata, ad osservare e regolare le dinamiche del potere nell'impresa.

Se sia ancora proponibile un programma di questo tipo, in un'epoca segnata dalla valorizzazione capitalistica di ogni azione e pulsione sociale, non può dipendere da un'opzione di mero realismo: la necessità dell'analisi critica non viene meno quando essa è rimasta soverchiata dagli impetuosi processi di mercificazione del mondo sociale. Come scriveva Theodor Adorno, «che la cultura abbia finora fallito il suo compito, non è una buona ragione per promuovere questo fallimento, e fare come Caterinetta, che, dopo aver versato la birra, versa anche tutta la farina. Gli uomini in rapporto tra loro non dovrebbero né tacere dei loro interessi materiali né livellarsi alla loro stregua, ma accoglierli riflessivamente nel loro rapporto e così superarli»⁸².

⁸¹ Cfr., a puro titolo di esempio, P. Ceri, *La società vulnerabile. Quale sicurezza, quale libertà*, Laterza, Roma-Bari 2003; A. e R. Figlioli, *Stress economy*, Mondadori, Milano 2001; L. Gallino, *Il costo umano della flessibilità*, Laterza, Roma-Bari 2001; F. Chicci, *Derive sociali. Precarizzazione del lavoro, crisi del legame sociale ed egemonia culturale del rischio*, Angeli, Milano 2001; A. Tiddi, *Precari*, DeriveApprodi, Roma 2002.

⁸² Th.W. Adorno, *Minima moralia. Meditazioni della vita offesa*, Einaudi, Torino 1954, aforisma 22.

RAPPRESENTANZA E RAPPRESENTATIVITA' SINDACALE NELLA SOCIETA' DEL NON LAVORO

di Carlo Olcese (Università di Milano)

“IL SINDACALISMO RAPPRESENTA UN RIPUDIO DELL'INDIVIDUALISMO [..]. E' FONDATA SUL GRUPPO, SULLA SOCIETA' ORGANIZZATA, MODELLATA DALLA MINIERA, DALL'OPIFICIO E DALLA FABBRICA”
(A. TANNENBAUM⁸³)

Nel corso del presente lavoro cercherò di svolgere alcune riflessioni intorno ai concetti di rappresentanza e rappresentatività sindacale in relazione al d.lgs. 276/2003 che, modificando il meccanismo della rappresentatività, ha inciso sul ruolo attribuito alla organizzazione sindacale. Il concetto di rappresentatività tuttavia va posto in relazione con quello di rappresentanza⁸⁴ di cui, altro non è, se non la sua misura ovvero, più precisamente, il coefficiente di misurazione⁸⁵.

Per effetto di tale meccanismo, la rappresentanza del lavoro, sociologicamente intesa, come attore collettivo entra in relazione con l'attore collettivo imprenditoriale nell'ambito delle relazioni industriali.

Assumendo che la rappresentanza del lavoro, ed il corretto rapporto tra rappresentanza e rappresentatività, sia ancora centrale nel lavoro post fordista, in quanto in grado di garantire il bilanciamento di forze nell'ambito delle relazioni industriali, l'effettività dell'azione sindacale ed espressione di tratti fondativi della democrazia pluralista, si cercherà di valutare in che direzione si muova la legge di riforma.

In altre parole ci si vuole interrogare se tale legge abbia effettivamente perseguito, e sia atta a perseguire, gli scopi in vista della realizzazione dei quali è stata elaborata ed introdotta, a fronte delle intenzioni e delle funzioni dichiarate.

In particolare, per accertare se i principi ispiratori della riforma si sono convertiti in moduli legislativi compatibili con la nostra tradizione e il quadro socio-giuridico italiano del rapporto di lavoro, è necessario analizzare la riforma partendo dalle idee guida espressamente enunciate dal legislatore stesso, laddove dichiara “che le disposizioni di cui al presente decreto legislativo si collocano nell'ambito degli orientamenti comunitari [...] e sono finalizzate ad aumentare i tassi di occupazione ed a promuovere la qualità e la stabilità del lavoro”⁸⁶.

Sotto l'impulso della normazione comunitaria⁸⁷, il processo di modernizzazione e flessibilità del lavoro, avviato nel 1997⁸⁸ e proseguito nel 2001 con il nuovo contratto a termine qualificato “contratto di lavoro europeo”⁸⁹, riformulando con la legge 30/2003 una parte cospicua delle regole del mercato del lavoro, ha inciso anche sugli spazi tradizionalmente legati all'autonomia collettiva.

⁸³ A. Tannenbaum, *Una filosofia del sindacato*, p. 9, Edizioni Lavoro, Roma, 1995.

⁸⁴ Inteso nell'accezione giuridica di agire in nome e per conto di terzi in forza di mandato conferito dal rappresentato al rappresentante.

⁸⁵ Nel senso che un soggetto è molto o poco rappresentativo a seconda che abbia avuto da molti o da pochi il mandato a curare i loro interessi.

⁸⁶ Art. 1 d. lgs. 276/2003.

⁸⁷ Il riferimento è, tra le altre, alle direttive 91/383/Cee; n. 91/533/Cee; n. 93/104/Cee; n. 97/81/Cee. A tal riguardo si noti che anche il “Libro Bianco sul mercato del lavoro in Italia” è iniziativa di ispirazione comunitaria volta a consentire un forum di consultazione che coinvolga le associazioni di categoria interessate.

⁸⁸ Occorre citare il decreto n. 469/1997 con il quale viene sancita la fine del monopolio pubblico sul collocamento e la legge 196/1996 cd. “Pacchetto Treu” che introdusse le prime deroghe al divieto di interposizione nel rapporto di lavoro.

⁸⁹ Nella relazione di accompagnamento si precisava che la nuova disciplina si affiancava alla tradizionale forma di contratto a tempo indeterminato, avendo entrambe medesima dignità, nel rispetto delle indicazioni europee.

In vero l'Europa ribadiva che la “forma comune”, principale e privilegiata del rapporto doveva essere e continuare ad essere il contratto a tempo indeterminato, cui si affiancava, in via residuale il contratto a tempo determinato.

La prima considerazione che l'analisi del testo suggerisce verte su un elemento di innegabile innovazione del decreto, consistente nella circostanza che i rinvii ai contratti collettivi, non predeterminando il livello nel quale esercitare il diritto stesso, lasciano libere le parti sociali se dare attuazione alle disposizioni del provvedimento attraverso contratti nazionali, territoriali o aziendali.

Viene così introdotto un nuovo modello dei rapporti fra legge ed autonomia collettiva attraverso l'equiparazione della contrattazione aziendale a quella nazionale, non più considerata sede privilegiata di contrattazione collettiva.

Per effetto di tale norma le organizzazioni sindacali sono titolari di un diritto di modifica della normativa e alla loro forza negoziale viene affidato il compito di reperire soluzioni contrattuali atte a contenere la liberalizzazione compiuta dalla legge.

Per meglio comprendere la portata del cambiamento normativo sul punto, è necessario richiamare la previgente normativa in base alla quale, in tema di flessibilità e atipicità dei contratti di lavoro, era affidato alle organizzazioni sindacali il compito di attenuare le rigidità legislative, consentendo la stipulazione di contratti atipici in misura controllata e previo avvallo sindacale⁹⁰.

Con l'introduzione della L. 30/2003 e dei decreti attuativi la situazione sopradescritta ne risulta, per così dire, capovolta e sbilanciata.

Liberalizzando la flessibilità contrattuale e concedendo alle organizzazioni sindacali la possibilità di negoziare solo per l'apposizione di limiti, il legislatore lascia che la contrattazione avvenga in un contesto non favorevole al sindacato, esposto, da un lato, alla discrezionalità di scelta delle organizzazioni datoriali, dall'altro, all'intervento del Ministro a cui è concessa facoltà di emettere nuove norme in caso di mancato raggiungimento dell'accordo.

Attraverso tale sistema di regolazione della flessibilità sul lavoro, si osserva che il legislatore delegato abbia, più che indicato, imposto alle organizzazioni sindacali il livello al quale debba essere condotta la contrattazione, con conseguente difformità di trattamento a seconda del luogo in cui il contratto viene stipulato. Da ciò ne risulta pregiudicato il principio di uguaglianza di trattamento dei lavoratori e, con esso, il ruolo unificante storicamente assunto dal sindacalismo.

Tuttavia, la riforma di forse maggior portata, per i fini che qui vengono in rilievo, è stata introdotta circa la legittimazione attiva dei soggetti stipulanti i contratti collettivi.

Il d.lgs. 276/2003 attribuisce, infatti, la titolarità della contrattazione collettiva "alle organizzazioni comparativamente più rappresentative"⁹¹, in luogo del richiamo a contratti collettivi stipulati dalle associazioni sindacali maggiormente rappresentative, operato dalla previgente normativa.

In altre parole, in presenza di una pluralità di contratti concorrenti tra loro e riguardanti lo stesso settore "merceologico", la nozione utilizzata dal decreto svolge la funzione di selezionare il contratto collettivo stipulato dall'associazione che, comparata con le altre, abbia una maggiore rappresentatività.

Assolve essenzialmente alla medesima finalità anche la formula utilizzata nella istituzione degli enti bilaterali che, definiti come "organismi costituiti ad iniziativa di una o più associazioni di datori o prestatori di lavoro comparativamente più rappresentative"⁹², per volontà del legislatore divengono sedi privilegiate per la regolazione del mercato, svolgendo attività di intermediazione, promozione e programmazione.

⁹⁰ Attraverso la contrattazione tra sindacato ed imprese avveniva un contemperamento tra opposte esigenze che consentiva l'accoglimento di richieste di flessibilità garantendo tuttavia una predeterminata percentuale di personale occupato con contratti a tempo indeterminato.

⁹¹ Decreto legislativo 276/2003 art.2, lett. m

⁹² *Ivi*, art. 2, lett. h

Simile scelta, modificando profondamente la nostra tradizione sindacale per effetto del passaggio dall'una all'altra formula, ha dato luogo, fin da subito, a differenti giudizi di valore circa conseguenze e portata.

Particolari dubbi tale norma li solleva sul piano diacronico per la possibilità che all'interno della unità produttiva vengano stipulati accordi cd. separati da associazioni sindacali dall'oscura consistenza rappresentativa, in quanto la legge di riforma tace circa i criteri atti a misurare la rappresentatività comparata delle singole organizzazioni. Da ciò ne consegue la eventualità che si formino sia sindacati di dubbia o ambigua natura, sia associazioni sindacali che non abbiano alcuna o scarsa rappresentanza a livello nazionale, o che non siano riconducibili alle confederazioni firmatarie degli accordi collettivi nazionali.

Occorre osservare, inoltre, che il criterio della rappresentatività ha invaso anche quel campo tradizionalmente dominio della rappresentanza, vale a dire la tematica del contratto collettivo di diritto comune che, teoricamente, vale solo per i rappresentati⁹³ ma in concreto ha caratteristiche ed effetti ben diversi, poiché la parte datoriale è disposta a firmare un solo contratto collettivo "con chi ci sta"⁹⁴, con la conseguenza che esso ha efficacia generale per tutti i lavoratori iscritti a quella categoria.

E ciò non esclude che il contratto collettivo applicato a tutta la categoria sia quello concluso da un sindacato anche minoritario e molto arrendevole rispetto alla controparte datoriale⁹⁵.

Se si ritiene che la rappresentanza sia ancora centrale nel lavoro post fordista alla luce di quanto sopra esposto, "bisogna evitare che la rappresentatività soffochi la rappresentanza"⁹⁶, che, nel suo significato sociologico di *voce collettiva*, incontra crescenti difficoltà di affermazione per tre ordini, principali, di ragioni.

Il primo gruppo di ragioni attiene alle politiche imprenditoriali, rivolte alla ricerca continua di flessibilità e di coinvolgimento dei lavoratori attraverso strumenti di partecipazione diretta che non passano attraverso la rappresentanza collettiva o altre forme tradizionali di rappresentanza.

Per molti aspetti tali politiche di coinvolgimento che si propongono di prescindere dalla rappresentanza collettiva palesano un comune denominatore costante alla cultura dell'impresa capitalista nelle sue applicazioni concrete: il rifiuto delle relazioni pluralistiche.

Il secondo insieme di motivi inerisce al processo di internazionalizzazione dei mercati, ovvero di una marcata interdipendenza transnazionale dei sistemi economici. I processi di internazionalizzazione dei sistemi produttivi, di integrazione monetaria europea, la nascita di un nuovo diritto internazionale privato, infatti, sembrano opporsi alla tradizionale logica di regolazione delle relazioni industriali e all'efficacia dell'azione sindacale, per la tendenza a dar luogo alla creazione di aree sottoposte alla regolazione del mercato, che comporta la riduzione degli spazi riservati alla contrattazione collettiva e conduce all'indebolimento dei sistemi nazionali di regolazione e del potere esercitato dagli attori sindacali tradizionali.

Il terzo ordine di ragioni attiene alla composizione qualitativa della forza lavoro che si presenta come un fronte sociale eterogeneo, disperso ed invisibile, sdoppiato in un mercato duale composto da due categorie di lavoratori definiti, sociologicamente, *core workers* e *contingency workers*.

Se con il primo termine si intendono i lavoratori stabili, incardinati nel processo economico produttivo attraverso tradizionali contratti di lavoro subordinato ed identificabili con la piattaforma sindacale dei decenni passati, maggiori problemi definitivi si pongono innanzi alla seconda categoria, i cd. *contingency workers*.

⁹³ Cioè gli iscritti al sindacato stipulante.

⁹⁴ P.G. Alleva, , Atti del Convegno *Rappresentanza, Rappresentatività, Diritti*, Roma, Maggio 2005.

⁹⁵ Sembra dunque comprensibile la reazione che rivendica l'applicazione del criterio della rappresentatività maggioritaria anche alla contrattazione collettiva, dovendosi prendere atto della sua concreta valenza *erga omnes*.

⁹⁶ P.G. Alleva, Atti del Convegno: "*Rappresentanza, Rappresentatività diritti*", Roma, Maggio 2005.

Questi ultimi sono individuabili nei lavoratori atipici, portatori cioè di interessi troppo eterogenei e temporanei per essere sindacalizzati, non inseriti in percorsi lavorativi prevedibili e, soprattutto, normativamente non omogenei.

Accanto a tali figure lavorative, e riconducibili alla categoria in parola, vi è poi quel fronte di lavoratori che, subordinati di fatto, vengono qualificati giuridicamente come parasubordinati, o aventi natura giuridica di lavoratori autonomi.

Tra la destandardizzazione del lavoro, da un lato, e la disgregazione del modello socialtipico di lavoratore dall'altro, sembra delinarsi un sostanziale detrimento della costituzione stessa del lavoro⁹⁷, dovuta principalmente all'azione di due fattori.

In primis, il processo di ridefinizione giuridica compiuto dal diritto del lavoro nel corso dell'ultimo decennio, a cui non si è accompagnato un effettivo cambiamento della prestazione lavorativa che resta pur sempre eterodiretta; in secondo luogo, le spinte normative per soluzioni di rappresentanza decentrata, sia a livello aziendale che territoriale, o di rappresentanza apparente, che vanno consolidando il processo, già in atto, di "individualizzazione del diritto sindacale"⁹⁸.

La ragione della preclusione o della forte limitazione alle organizzazioni sindacali di essere espressione dei propri tradizionali valori e sostegno di autoregolazione sociale, mi sembra pertanto risiedere in misura preponderante, sebbene non esclusiva, nella visione del mercato del lavoro deregolato e deistituzionalizzato, adottata dal legislatore nel corso dell'ultimo decennio.

A tale giudizio critico non mi pare essere aliena la riforma del mercato del lavoro sostanziata nella legge 30/2003 e nel relativo decreto di attuazione.

Se la legge in parola è stata predisposta dal legislatore in funzione di realizzare "un miglioramento della qualità oltre che della quantità del lavoro" e di garantire "la stabilità e adeguate forme di tutela al lavoratore nel mercato del lavoro", dovrebbe "servire" a realizzare i fini per i quali si è avvertita l'esigenza di introdurla attraverso la predisposizione di strumenti idonei.

In vero, e in sintesi, il superamento della "contrattazione centralizzata", la previsione di nuovi strumenti di formazione della rappresentatività sindacale, l'intervento dell'associazionismo sindacale solamente limitativo della flessibilità, sembrano destinare il diritto del lavoro "ad un abbandono del collettivo per appiattirsi sull'individuale"⁹⁹. Non senza conseguenze.

Se la rappresentatività non riuscirà più ad essere effettiva ed il ruolo del sindacato tenderà a perdere peso specifico attraverso la diminuzione dei tassi di sindacalizzazione e la crisi di partecipazione, si dovrà mettere in conto la perdita, più grave, di due valori che sottendono, più che altrove, al diritto del lavoro: il principio di eguaglianza e il valore fondativo della solidarietà, che dal principio di fraternità si muove.

Il primo, che postula valutazioni eguali per situazioni di fatto eguali, è quello che ha forse maggiormente consentito il passaggio dall'individuale al collettivo, con la conseguente attribuzione ai soggetti sindacali del potere di autoregolazione.

Il secondo, pervadendo il diritto del lavoro, consente l'aggregazione di interessi che per loro natura tendono a frantumarsi ed a contrapporsi.

Una legislazione che non dia effettività al principio di uguaglianza sul lavoro e contempli in chiave meramente evocativa il principio di fraternità non può che produrre, come effetto remoto, un graduale e inesorabile disincanto della cittadinanza del lavoro, in quanto fondante appartenenze sociali particolari che si frappongono fra l'uomo e il mercato, le sole polarità considerate dall'economia globale contemporanea.

⁹⁷ Intesa quale sistema che governa l'erogazione della prestazione lavorativa.

⁹⁸ R. Voza, *Lavori e solidarietà nella stagione dei diritti*, in *Democrazia e Diritto*, III/2004, Roma, Franco Angeli, p.39.

⁹⁹ M. Napoli, *Lavoro, Diritto, Mutamento Sociale (1997 – 2001)*, p. 18, Torino, Giappichelli Editore, 2002.

In ultima analisi, la riforma del mercato del lavoro colta nel suo insieme, ma con specifica attenzione ai temi della rappresentatività e rappresentanza, induce a un'ulteriore riflessione conclusiva.

Accogliendo quella che enfaticamente definisce la “sfida della flessibilità”, la riforma appare manifestamente protesa a realizzare un adeguamento della legislazione del lavoro italiana alla normativa comunitaria, in adempimento a quanto dichiarato nei prolegomeni della L. 30/2003 e del d. lgs. 276/2003.

In vero, alla luce di quanto fin qui sposto, mi sembra fondatamente possibile ipotizzare un ridimensionamento del ruolo del sindacato percepito quale fattore distorsivo della concorrenza nel mercato individuale dell'offerta di lavoro, ovvero ostacolo all'affermarsi di un'etica del lavoro individualista e lontana dagli “interessi specifici frazionali del capitale”, che la legge di riforma, affidandosi alla sua conformistica applicazione, sembra latentemente voler promuovere.

RIFLESSIONI SULLA DURATA RAGIONEVOLE DEL PROCESSO CIVILE DI PRIMO GRADO

di Gisella Russo (Università di Milano)

Quadro di riferimento teorico

Nello Stato sociale di diritto le libertà fondamentali sono necessariamente correlate da diritti sociali. Tra questi viene in evidenza l'accesso alla giustizia che << di tutti i diritti sociali rappresenta la caratteristica e finalità fondamentale >>¹⁰⁰, idoneo a garantire agli individui la tutela dei propri interessi .

Lo Stato in una società complessa, conflittuale e democratica come la nostra deve divenire << ricettivo di bisogni complessi, capace di interpretare il conflitto e di aiutarlo ad esprimersi >>¹⁰¹.

L'art. 6 della Convenzione per la Salvaguardia dei Diritti dell'Uomo e delle Libertà Fondamentali stabilisce che "ogni persona ha diritto ad un'equa e pubblica udienza entro un termine ragionevole", diritto che veniva già annoverato nella nostra Carta Costituzionale all'art. 24 e ancora ribadito nel novellato art. 111 Cost¹⁰².

In relazione alla ragionevole durata del processo va precisato che affinché i diritti vengano effettivamente tutelati, il relativo processo deve svolgersi in un tempo che sia il più breve possibile, tenendo conto delle altre tutele costituzionali in materia di giusto processo, in relazione al diritto delle parti di agire e difendersi in giudizio.

La questione della lunghezza del processo costituisce ormai un problema secolare, quasi connaturato al processo,- già nel 1742 Muratori parlava della <<eternità delle liti >> in termini di <<male familiare >>¹⁰³ - che ha appassionato studiosi di varie discipline e operatori giuridici, che di volta in volta hanno denunciato i difetti del processo e suggerito i rimedi per un processo più sollecito e pertanto efficiente.

Non è questa la sede per fare una completa disamina di tutte le ipotesi sostenute, basti osservare che esse si possono dividere in tre categorie :
variabili interne strutturali- organizzative, variabili interne legislative o istituzionali¹⁰⁴, variabili interne soggettive.

Le prime due categorie attengono a fattori oggettivi e alla cattiva organizzazione o alle inefficienze del sistema legislativo e di giustizia, la terza attiene invece al *modus operandi* dei veri protagonisti del processo civile: il giudice e le parti . In merito alla prima categoria , va evidenziato che dagli studi e dalle indagini sul sistema giustizia, è risultato che la variabile interna che si riferisce alla struttura dell'apparato giudiziario influisce direttamente sulla durata dei procedimenti . Un numero insufficiente di magistrati, la carenza di personale ausiliario e

¹⁰⁰ M. Cappelletti, *Dimensioni della giustizia nella società contemporanea*, Il Mulino, Bologna 1994, p.81.

¹⁰¹ V. Ferrari, *Funzioni del diritto. Saggio critico ricostruttivo*, Laterza, Roma-Bari 1993, p. 154.

¹⁰² Con la legge costituzionale 23 novembre 1999 n.2 – pubblicata nella Gazzetta Uff. n. 300 del 23 dicembre 1999- al primo comma dell'articolo 111 Cost., sono stati premessi i seguenti: "La giurisdizione si attua mediante il giusto processo regolato dalla legge. Ogni processo si svolge nel contraddittorio tra le parti, in condizioni di parità, davanti a giudice terzo e imparziale. La legge ne assicura la ragionevole durata".

¹⁰³ L. A. Muratori, *Dei difetti della giurisprudenza*, Venezia 1742, p. 111.

¹⁰⁴ R. L. Abel, "A Comparative Theory of Dispute Institutions in society", *Law & Society Review*, Winter 1973/74, pp. 250 ss.

l'altissima percentuale di vacanze, pari all'11,4% nell'anno 2004¹⁰⁵, appesantiscono notevolmente il carico di lavoro dei giudici e rendono il cammino verso la sentenza lungo, tortuoso e pieno di insidie.

In relazione alla variabile legislativa, essa influenza direttamente la durata del processo almeno nei suoi tempi minimi, stabilendo il tempo necessario del processo.

Per quanto, infine, attiene alla variabile endemica soggettiva, si è ricordato che spesso si assiste a tempi dilatati del processo da inutili estenuanti attese, che certo non sono in sintonia con le due regole auree della ragionevolezza- necessità e proporzione- del tempo del processo¹⁰⁶. Tali tempi morti sono stati più volte imputati al comportamento tenuto dagli avvocati spesso pronti a sollevare questioni formali e problemi inconsistenti basate su un diritto processuale informato al principio della disponibilità, orientate, almeno in apparenza, esclusivamente ad allungare il gioco del processo, dimenticando, almeno in quella fase, l'esigenza di economicità e ragionevolezza del tempo del giudizio. Si pensi, ad esempio, alle richieste di escussione testi su circostanze che si sanno infondate e irrilevanti, ai rinvii richiesti congiuntamente dalle parti. Tale dato – “il prendere tempo delle parti”- tuttavia può essere interpretato come tempo necessario alle parti per una eventuale “risoluzione consensuale” della lite: le parti, infatti, attraverso la comunicazione del processo dipanano il conflitto riuscendo a volte a trovare una volontaria soluzione dello stesso.

Finalità della ricerca

La ricerca mira a comprendere in quale misura la durata dei procedimenti civili sia il frutto di disposizioni processuali formali normative, o piuttosto, di comportamenti delle parti processuali intervenute nel processo, o ancora, dell'insieme di altre variabili interne e strutturali e quanto, pertanto, l'effettiva durata del processo influisca sulla domanda di giustizia.

Passando all'analisi della variabile centrale – durata del processo civile di cognizione – va considerata la variabile endogena strutturale che, più di tutte, incide direttamente sulla durata del processo ossia il diritto processuale vigente, inteso quale strumento indispensabile per qualsivoglia disamina che abbia ad oggetto il processo e che, in quanto frutto di scelte legislative e di compromessi tra diverse visioni ideali dei diritti individuali e della garanzia di difesa, manifesta inadeguatezze funzionali.

In particolare, attraverso le norme processualistiche attualmente vigenti viene calcolata la durata “ideale”o necessaria di un processo di cognizione tipo, distinguendone tre tipi: rapido, medio, complesso.

A tale scopo va premesso che per durata del processo si intende il tempo necessario impiegato dall'inizio alla fine, ove l'inizio coincide con la data di iscrizione a ruolo del procedimento e il momento finale viene considerato quello del deposito della sentenza, atto che conclude quel grado di giudizio.

Ipotesi di durata di un processo civile di cognizione di primo grado secondo le norme del codice di procedura civile

L'attuale processo di cognizione di primo grado convoglia un po' tutte le vicende litigiose nelle quali un cittadino può essere coinvolto, dalle più minute alle più complesse. Le scansioni sono identiche e le possibilità di accelerare i tempi piuttosto ridotte.

¹⁰⁵ In base ai dati del C.S.M. la situazione del ruolo organico in magistratura alla data del 15/10/2004 è così costituita: organico previsto per legge – l. del 13 febbraio 2001 n. 48- è pari a 10.109 e le vacanze in organico sono di 1154 magistrati, pubblicati nel sito www.csmog.it.

¹⁰⁶ In questi termini S. Pellegrini, “Litigiosità civile e ADR in Italia”, in Atti del Convegno su *L'Amministrazione della giustizia e la società italiana del 2000*, Cormayeur 17-19 settembre 2004, p.7.

In tale prospettiva, con un ottica concreta ho provveduto ad immaginare una serie di ipotesi, secondo le quali il processo rapido necessita comunque di circa cinque mesi; mentre i tempi del modello del procedimento complesso hanno una durata di quasi due anni e sei mesi .

Criteria adottati nella formulazione ideale della durata del processo

Nella prospettazione dello schema ipotizzato e nei relativi conteggi ho considerato:

1. il mese composto da quattro settimane
2. l'esclusione del sabato dai giorni di udienza
3. tre udienze civili alla settimana
4. una sopravvenienza di 20 cause mensili
5. una media di 15 sentenze mensili (e l'estinzione – per conciliazione o per rinuncia – di altre 5 cause mensili)

Nelle scansioni procedurali, ho operato una stretta interpretazione letterale delle norme codicistiche alla luce delle disposizioni di attuazione, tenendo, altresì, conto di formulazioni dottrinarie e applicazioni giurisprudenziali, secondo cui:

6. l'udienza di prima comparizione serve essenzialmente a controllare la regolarità del contraddittorio (anche se con la possibilità di esaminare la richiesta di provvisoria esecuzione del decreto ingiuntivo)
7. deve essere in ogni caso fissata un'altra udienza (prima di trattazione) dando il termine di cui all'art. 180 c.p.c.
8. quando l'assegnazione di termini è affidata al giudice, quello minimo va calcolato, in via di principio, in 20 giorni (v. anche disp.att.del c.p.c.)

Pertanto, secondo i punti 1, 2 e 3 , ciascun giudice può tenere dodici udienze mensili. I tempi preventivati sono stati mediamente calcolati – alla stregua della prassi ambrosiana- in:

prima comparizione	15 minuti
tentativo di conciliazione	30 minuti
statuizione sulle istanze istruttorie	30 minuti
interrogatorio formale	20 minuti
escussione di un testimone	20 minuti
giuramento ctu e formulazione quesiti	30 minuti
precisazione delle conclusioni	10 minuti
discussione orale e sentenza <i>ex art. 281-sexies c.p.c.</i>	30 minuti

Così articolando l'udienza su fasce orarie, il numero di cause trattabili in un giorno d'udienza, oscilla intorno alle quindici.

Nel procedere al calcolo della durata ideale del processo, ho altresì tenuto conto del carico di ruolo dei giudici, elemento che determina in maniera rilevante i rinvii delle udienze che sono ipotizzati con le seguenti cadenze¹⁰⁷:

<i>carico di ruolo</i>	<i>rinvio</i>
180	1 mese
360	2 mesi
540	3 mesi
720	4 mesi
900	5 mesi

Incide inoltre sulla durata del processo, il tempo – normativamente previsto- necessario per permettere alla controparte di difendersi con conseguente fissazione della prima udienza di

¹⁰⁷ Il calcolo è ottenuto secondo la seguente formula – numero cause trattate in un' udienza moltiplicato per n. udienze tenute da un giudice nel periodo di rinvio considerato.

comparizione dopo almeno 60 giorni – termine minimo- dalla notifica dell’atto introduttivo (art. 163 bis c.p.c.)¹⁰⁸.

Pertanto si sono individuati tre modelli o *tipi ideali* di processo civile di cognizione: il processo rapido, il processo medio, il processo complesso.

Nella prospettazione dei modelli si è sostanzialmente considerato, come sopra detto, il dato normativo alla luce delle interpretazioni giurisprudenziali e dottrinarie, senza considerare altre variabili che potrebbero in concreto incidere -come in realtà avviene- negativamente sulla durata del procedimento. Ad esempio nella descrizione dei tre modelli si è considerato un giudice che avesse una sopravvenienza annua di cause pari all’esaurito, se così non fosse è evidente che ciò accrescerebbe il numero di cause del suo ruolo con evidente slittamento dei rinvii delle udienze¹⁰⁹.

a) La durata del modello di processo rapido

Si tratta di causa cosiddetta -nella prassi giudiziaria- “documentale” in cui le parti hanno ben precisato, sin dagli atti introduttivi il *thema decidendum* e prodotto tutti i documenti. All’udienza di prima comparizione il giudice unico rinvia a quella di trattazione, preannunciando che in tale sede le parti potranno precisare le conclusioni e procedere alla discussione orale della causa, in esito alla quale, pronuncerà il dispositivo della sentenza riassumendo i motivi di fatto e di diritto fondanti la decisione .

Per comodità di calcolo si ipotizza che il giudice designato tenga udienza di prima comparizione nel giorno fissato nell’atto di citazione (altrimenti tale udienza dovrebbe slittare alla prima utile, quindi verosimilmente- in una prospettiva ottimistica- di una settimana).

Tabella A

<u>Prima comparizione</u>	<u>Prima trattazione</u>	<u>Totale</u>
gg. 60	gg. 40	gg. 100

Nella tabella A, ai fini del calcolo dei giorni necessari per la fissazione della prima udienza, si è tenuto conto dei termini di legge per la preparazione delle difese del convenuto; mentre per la prima udienza di trattazione si sono considerati 20 giorni per le difese del convenuto e altri 20 giorni *ex art. 180 ult. co. c.p.c.*, ove, i tempi calcolati presuppongono un carico per il giudice rientrante nella prima fascia che consente di rinviare la causa dall’udienza di prima comparizione a quella di trattazione in 40 giorni.

Pertanto 100 giorni costituiscono la durata di questo “ideale” ma verosimile processo, con l’avvertenza tuttavia che per non slittare di 45 giorni, la causa ideale deve iniziare nel periodo intercorrente tra il 15 settembre e la fine del mese di marzo.

Infatti, se il processo iniziasse dopo tale periodo, si imbatterebbe necessariamente nel periodo feriale – che va dal 1° agosto al 15 settembre – e nella conseguente sospensione dei termini e così la durata del processo diviene di giorni 145, cioè circa cinque mesi .

b) La durata del tipo ideale di processo “medio”

Si tratta di causa in cui le parti hanno ben precisato, sin dagli atti introduttivi, il *thema decidendum* e prodotto tutti i documenti.

¹⁰⁸ Peraltro, l’art. 163 bis c.p.c. dopo aver stabilito che il termine minimo in 120 giorni se il luogo della notificazione si trova all’estero, al secondo comma attribuisce all’organo giudicante il potere, su istanza dell’attore, “di abbreviare fino alla metà i termini indicati al primo comma”.

¹⁰⁹ Si veda al riguardo le ipotesi di rinvio formulate nella pagina precedente.

All'udienza di trattazione esperito il tentativo di conciliazione (o dato atto dell'impossibilità di esperirlo) il giudice unico, statuisce sulle istanze istruttorie e fissa l'udienza per l'esperimento delle prove ammesse (interrogatorio formale e prova testimoniale con due testimoni per parte). Posto come sopra si è detto che, il giudice tratta 15 causa a udienza, si è considerato che per l'espletamento di quelle prove occorrono due (ore e quindi) udienze presso un giudice che abbia un carico sul proprio ruolo di 540¹¹⁰ cause e, conseguentemente rinvii di udienza a 3 mesi ossia 90 giorni .

Tabella B

<u>Prima comparizione</u>	<u>Prima trattazione</u>	<u>2 udienze istruttorie</u>	<u>Precisazione Conclusioni</u>	<u>Difese Scritte</u>	<u>Deposito sentenza</u>	<u>Totale</u>
66*	90	90 + 90	90	80	30	gg.536

(*) Si sono aggiunti 6 giorni ipotizzando la non coincidenza tra l'udienza di prima comparizione fissata in citazione e quella tenuta dal giudice designato alla stregua del 168-bis c.p.c..

Alla somma totale va poi aggiunto almeno un periodo di sospensione feriale pari a 45 giorni, pertanto, la durata complessiva di tale tipo di processo sarà 581 giorni ossia **di un anno e circa otto mesi**.

Considerando invece, che - la causa inizi nel periodo marzo/luglio e che quindi- vengano coinvolti due periodi di sospensione feriale -90 gg.- la durata complessiva sarà di 626 giorni pari a **un anno e circa dieci mesi**.

c) La durata del tipo ideale processo complesso

Questo modello concerne una causa in cui le questioni, soprattutto in fatto, sono articolate e complesse, sicchè occorre prevedere che:

- il *thema decidendum* necessita, in relazione alle difese di controparte, di aggiustamenti;
- le udienze istruttorie (considerato il numero delle parti e/o dei testi) diventano almeno quattro;
- la causa necessita di consulenza tecnica d'ufficio, con relativo termine per l'esame della stessa.

Pertanto, sempre ipotizzando il ruolo di un giudice con un carico di ruolo ideale di 540 cause e quindi con rinvii delle udienze a tre mesi (gg. 90), emerge la situazione rappresentata nella seguente tabella C.

Tabella C

<u>Prima comparizione</u>	<u>Prima trattazione</u>	<u>n. 4 ud istruttorie</u>	<u>Esame ctu</u>	<u>Precisazione Conclusioni</u>	<u>Difese scritte</u>	<u>Deposito sentenza</u>	<u>Totale</u>
66*	90	360	90	90	80	30	806

(*) *ut supra*

¹¹⁰ A tal riguardo giova rilevare che in un articolato saggio F. Cipriani – M.G.Civinini- A. Proto Pisani “Una strategia per la giustizia civile nella XIV legislatura” in *Foro it.* 2001, V, p.81 viene dimostrato che solo con un ruolo di cause non superiore a 500-600 è possibile assicurare una durata non irragionevole del processo.

Dal semplice computo dei giorni indicati nella tabella, emerge che la durata complessiva di questo tipo di processo è di giorni 806 pari a due anni e quasi tre mesi, a cui vanno aggiunti due periodi di sospensione feriale (gg. 90) che vengono coinvolti e pertanto la durata complessiva del tipo di processo complesso è di giorni 896, pari a **quasi due anni e circa sei mesi** .

Comparando quindi il modello di durata del processo medio – da un anno e otto mesi/ un anno e dieci mesi- con la durata media del processo civile italiano secondo le statistiche fornite dal Ministero di Giustizia in ordine agli anni 2000- 2001- 2002- 2003 dai quali risulta una durata media di circa un anno e dieci mesi¹¹¹ parrebbe non esservi un forte divario tra la durata ideale secondo le norme processuali vigenti e la durata effettiva media dei procedimenti civili .

Pertanto, se ci si fermasse all'analisi di tali dati secondari¹¹² – con dati medi e mediati- dovremmo concludere che la durata del processo civile di cognizione italiano sia ragionevolmente in linea con la durata necessaria secondo le norme vigenti del nostro ordinamento, essendo la durata del processo il frutto dell'eccessivo formalismo e della generalizzazione a cui il sistema processuale italiano è, forse troppo, informato.

Tuttavia, volendo considerare tale indagine statistica ministeriale eccessivamente generalizzante e pertanto poco rappresentativa della situazione reale, si è proceduto con una ricerca micro-sociologica empirica di tipo quantitativo riguardante esclusivamente la durata del processo civile di cognizione nel Tribunale di Milano.

Considerando un periodo limitato di rilevazione dei dati - novembre e dicembre 2001, 2002,2003-si sono ricavati risultati interessanti.

Ad esempio su un campione di 595 sentenze disomogenee pubblicate negli ultimi due mesi dell'anno 2003, è risultato che il 6% delle cause era stato iscritto a ruolo entro il 1997, il 10% nel 1998 il 17% nel 1999, il 19% nel 2000, il 26% nel 2001, il 18% nel 2002 e il restante 4% nel 2003 .

Dall'elaborazioni di questi dati è emerso che la durata media dei processi civili di cognizione presso il Tribunale di Milano nel periodo di riferimento è stata di circa due anni e dieci mesi.

A tale simile risultato si è pervenuti in riferimento ai due anni precedenti, di talchè dalla comparazione dei risultati ottenuti circa la durata media del processo civile milanese con la durata ideale del processo civile medio emerge che il processo ambrosiano dura mediamente un anno di più di quanto dovrebbe durare idealmente necessariamente secondo le regole codicistiche attualmente vigenti .

E' pur vero che il processo come disciplinato nel nostro sistema formale e generalizzato di tutela comporta di per sé una durata relativamente e mediamente lunga.

Se si volesse incidere pertanto sulla eccessiva durata del processo si dovrebbe intervenire sulle norme regolatrici processualistiche al fine di renderle più snelle e preferire, anziché un sistema generalizzato di tutela, la via della settorializzazione della tutela commisurata alla natura ed al peso delle controversie e quindi ad una pluralità di tutele. Un'opzione sicuramente preferibile oltre che realizzabile, tenuto conto che la società contemporanea, complessa e tecnologica, non si può accontentare di una tutela giurisdizionale tradizionale in cui il diritto viene creato nei precedenti in un contesto processuale altamente formalizzato. Si fa riferimento ad una auspicabile riforma processuale di semplificazione ed ad una non meno auspicabile

¹¹¹ In particolare secondo le statistiche del Ministero di Giustizia nell'anno 2000 il processo civile di primo grado presso i Tribunali italiani ha avuto una durata media di 597 giorni; nel 2001 di 620 giorni; nel 2002 di 567 giorni; nel 2003 di 527 giorni.

¹¹² Statistiche del Ministero di Giustizia sulla durata media del processo civile italiano dall'anno 2001 all'anno 2003, dati ottenuti secondo la seguente formula (pendenti iniziali + pendenti finali)/(sopravvenuti + esauriti)*365.

diffusione di sistemi alternativi di giurisdizione civile, soprattutto in campi, come quello di famiglia o dei rapporti contrattuali di durata, ove, in virtù di un rapporto destinato alla continuazione, il risultato mediativo è più efficace di una definizione risolutiva della “crisi” che come tale è solo temporanea.

Peraltro, giova ricordare al riguardo, che il nostro legislatore nella primavera del 2005 con decreto legge n. 35/2005 – cosiddetto “decreto di competitività”- convertito, con modificazioni, dalla legge 14 maggio 2005 n. 80, riformulando alcune norme del codice di procedura civile- tra gli altri gli artt. 180, 183 e 184 c.p.c.- ha apportato rilevanti modifiche al prossimo processo civile, apparentemente semplificandolo nelle fasi e nel tempo.

Tuttavia la riforma trova vari oppositori soprattutto da parte dell’avvocatura, tanto che vi sono state già due proroghe per la sua entrata in vigore, da ultimo prevista per il primo gennaio 2006¹¹³.

Aldilà del formalismo e del poco idoneo sistema generalizzato del nostro processo, vi sono altre cause che possono incidere sui tempi del processo oltre la durata necessaria .

L’analisi viene, infatti, arricchita dell’attenta considerazione dei comportamenti dei protagonisti del processo quali il giudice e le parti e in quale misura essi comportamenti interagiscano con il sistema comunicativo dei diretti interessati.

In particolare, attraverso l’esame a campione di 100 verbali di udienza di cause concluse, viene approfondita l’ipotesi se ed in quale misura l’attività dei difensori, anche beneficiando dei poteri di direzione e coordinamento che ha il giudice – 175 c.p.c.- sia in grado di facilitare la comunicazione tra le parti indirizzandole verso una soluzione conciliativa, o piuttosto, per ipotesi, in taluni casi sia di ostacolo alla sollecita definizione della lite e quindi concause di ulteriori ritardi del processo civile.

E ancora in quale misura il comportamento dilatorio delle parti sia il frutto di scelte strategiche, di un reale interesse delle parti implicate nel ‘gioco processuale’.

Dai risultati finora ottenuti emerge che molto spesso le parti chiedono concordemente rinvii di udienza -“per pendenze di trattative”- e che il giudice quasi sempre concede il rinvio confidando nella serietà delle trattative e nella buona fede della richiesta. Non di rado la fiducia pare ben riposta, considerato che, come risulta dalle statistiche ministeriali e del Tribunale di Milano, le cause civili concluse con sentenza sono di gran lunga inferiori rispetto alle cause concluse “con altre modalità”¹¹⁴ cioè con i provvedimenti di cui agli artt. 309 e 181 c.p.c., cioè con provvedimenti che estinguono il giudizio per un apparente abbandono della causa ma che in realtà presuppongono verosimilmente un accordo conciliativo stragiudiziale delle parti.

A tale stregua, trattandosi di diritti disponibili, si potrebbe dedurne la falsità dell’equazione processo lungo = processo irragionevole; sarebbe così confutata l’opinione tradizionale e, con essa, la principale premessa per giustificare la previsione di eventuali rimedi -oltre quelli già sopra prospettati in ordine alle regole processuali- dal momento che, nella realtà delle cose, i soggetti coinvolti nel processo concorrono a determinarne la durata e, pertanto, essa non deve essere recepita come irragionevole, bensì come la risultante del confronto di due parti contrapposte che si accingono a risolvere la disputa in uno spazio terzo con dei tempi dagli stessi, anche indirettamente, scelti.

¹¹³ In particolare, il decreto legge n. 115 del 2005, convertito con modif. dalla legge n. 168 del 2005, tra le diverse disposizioni riguardanti il settore giustizia al comma 1 dell’ articolo 8 sostituisce le parole << 15 novembre 2005 >> con << 1° gennaio 2006 >>. Di conseguenza l’acquisto di efficacia della riforma è stato spostato al 1° gennaio 2006, e le medesime disposizioni non si applicheranno ai giudizi già pendenti a tale data.

¹¹⁴ Secondo la *Relazione sullo Stato dei servizi basata sui dati statistici relativi all’intero anno 2003*, su un totale di 33.603 procedimenti definiti 15.391 sono stati definiti con sentenza e 18.212 con altre modalità. Mentre in base alle statistiche del 2002 i procedimenti definiti con sentenza sono stati 13.151 e quelli in altro modo sono stati 18.212. Ancora più marcata la situazione nell’anno precedente- 2001- in cui si sono registrati 12.514 contenziosi conclusi con sentenza e addirittura 21. 107 conclusi con altre modalità.

GLOBALE E LOCALE: PROCESSI DI DECENTRAMENTO E MUTAMENTO COSTITUZIONALE

di Sara Fariello (Università del Molise)

In un tempo come il nostro, quello della “seconda modernità”, della “modernità radicale” o, secondo altri, post-moderno, le questioni sollevate dai processi di mondializzazione e le nuove e complesse relazioni tra dimensione globale e dimensione locale costituiscono senz’altro uno dei temi centrali nel dibattito sociologico, economico e giuridico. Una vastissima e, spesso, controversa letteratura sul tema ha fatto della globalizzazione una sorta di paradigma, un concetto ordinatore ed esplicativo generalissimo, come se esso fosse capace, da solo, di dare senso - positivo o negativo - alla transizione dell’umanità verso il terzo millennio. In verità, vi è grande disaccordo su cosa sia la globalizzazione, sulle logiche che la alimentano, sulla “datazione” e persino sulla sua effettiva esistenza. La riflessione su questo concetto, usato e abusato, terreno accidentato per molteplicità di significati e dimensioni, rende necessario accreditare una lettura multidimensionale e multicausale distinguendo, con Beck, il significato di globalizzazione da quello di globalismo e di globalità. Secondo la tesi “globalista”, nel sistema economico attuale i fattori di produzione presentano un altissimo tasso di interdipendenza, di integrazione e di apertura. La liberalizzazione degli scambi commerciali e dei flussi finanziari produce l’effetto di stimolare la concorrenza, aumentare la produttività e ridurre la disoccupazione, con la conseguenza, in definitiva, di incrementare la ricchezza e diffondere, anche in termini di riconoscimento dei diritti, il benessere su scala mondiale. Questo il dogma della professione di fede nei principi del liberismo economico. Il corollario di questo dogma è rappresentato dalla necessità che la politica, ed insieme ad essa il diritto, compia un passo all’indietro e che le istituzioni, nazionali od internazionali, rinuncino gradualmente a regolamentare, gestire, controllare, realizzando così l’utopia anarchico-mercantile dello “Stato minimale”. Il successo dell’affermazione di questa impostazione teorica è segnato dalla stagione delle politiche di deregulation e di privatizzazione che hanno accompagnato il passaggio dallo “Stato gestore” allo “Stato regolatore” e lo smantellamento, quasi totale, del Welfare State. In realtà, le contraddizioni della globalizzazione economica sono molteplici. Alla libera circolazione del capitale non corrisponde la libera circolazione di tutti i cittadini nel mondo né la cosiddetta globalizzazione dei diritti: le imprese multinazionali e i flussi finanziari si spingono al di là dei confini nazionali e si fermano lì dove i sistemi legislativi più permissivi, consentono maggiori profitti a minor costo. E ancora: alla liberalizzazione degli scambi commerciali proclamata dall’organizzazione mondiale del commercio fanno da ostacolo le nuove barriere doganali. Le attività economiche, infatti, anziché dar vita ad un circuito globale, tendono ad organizzarsi attorno a tre blocchi: l’America settentrionale, l’Europa occidentale e l’Asia orientale. Le grandi potenze industriali, nonostante la dichiarazione di adesione al progetto liberista, praticano complesse strategie nelle quali politiche di apertura globale convivono con pratiche di protezionismo e nazionalismo economico. Nell’ambito di queste grandi aggregazioni regionali, si realizza una progressiva liberalizzazione dei fattori produttivi e finanziari, attraverso l’eliminazione delle barriere doganali, ma solo all’interno di queste, e non verso l’esterno. Queste considerazioni inducono, quindi, ad affermare che l’andamento delle relazioni economiche segnala più che altro una “internazionalizzazione” dell’economia, un’intensificazione delle attività di scambio che si realizza nell’ambito di una cornice mondiale di sistemi economici che restano diversi e separati e, non a caso, i sociologi come gli economisti preferiscono parlare di “triadizzazione”

dell'economia. Il globalismo, è, in definitiva, una "lettura" semplicistica e fuorviante della realtà, che procede in maniera unidimensionale e monocausale poiché "riduce la multidimensionalità della globalizzazione ad una sola dimensione (quella economica, a sua volta, pensata in maniera lineare) e considera tutte le altre dimensioni [...], solo subordinandole al predominio del sistema del mercato mondiale".

La globalità, al contrario, segna l'avvento di una società mondiale laddove per società mondiale si intende l'insieme dei rapporti sociali che non sono integrati nella politica dello Stato nazionale o non sono da essa determinati mentre la globalizzazione è quel processo che crea spazi e legami sociali transnazionali ed è un processo intrinsecamente conflittuale poiché la de-localizzazione comporta sempre una ri-localizzazione. Contro la retorica che tende a presentare la globalizzazione come un processo lineare ed irreversibile e che vorrebbe accreditare come imminente l'effettiva integrazione culturale, politica ed economica della società globale la globalizzazione viene pensata come un processo discontinuo, dialettico e, al pari di ogni processo storico, anche reversibile. Al suo interno, spinte globaliste e nuove forme di localismo interagiscono sul piano culturale e non solo, ed è sempre presente una doppia spinta di segno opposto significativamente sintetizzata da Robert Robertson con il fortunato termine di glocalizzazione. In altre parole, sembra che la contrapposizione tra dimensione globale e dimensione locale abbia perso i tratti del dissidio stesso per assumere quelli di una dicotomia codificata, di un *topos* di questi anni. Il concetto di glocalizzazione, nato soprattutto per interpretare fenomeni principalmente culturali, si avvia a diventare un paradigma teorico che si presta ad interpretare dinamiche sociali e giuridiche diverse inclusi i processi di decentramento politico-amministrativo. All'interno dei singoli sistemi statali, infatti, non solo si rafforzano rivendicazioni di trattamenti differenziati rispetto alle diverse articolazioni sociali, ma le istanze di comunità territoriali che cercano una propria affermazione in un singolo contesto unitario inducono gli Stati a riconsiderare le proprie articolazioni istituzionali attraverso la valorizzazione delle proprie componenti interne e sub-nazionali. Al trasferimento di funzioni dallo Stato alle organizzazioni interstatali o sovranazionali e alla "emigrazione della decisione politica" fa riscontro un processo di riconsiderazione dei rapporti fra Stato centrale ed entità organizzative interne dotate di autonomia. Lo Stato nazionale, unità politica fondamentale della società moderna, ha diminuito la propria capacità organizzativa e regolativa e il raggio di strutturazione dei fenomeni sociali, per certi aspetti, è diventato più grande e per altri aspetti, più piccolo. Se guardiamo alla prima direzione incontriamo il processo di globalizzazione, nella seconda quello di regionalizzazione. Lo Stato è, dunque, minacciato da entrambe le direzioni; la sua autorità diminuisce in un mondo globale ed interdependente e, allo stesso tempo, la sua legittimità viene contestata sul fronte interno. La spiegazione più plausibile di questo apparente paradosso, è con ogni probabilità, da riportare, in primo luogo, al piano delle relazioni politiche. La dimensione mondiale degli scambi economici e culturali si trovata sempre più profondamente in contrasto con la dimensione statale degli scambi politici. Ne è emersa, in molti paesi, la sensazione che nell'arena politica abituale, quella degli Stati-nazione, si conducessero giochi sempre meno reali e che, in realtà, le decisioni fossero assunte in luoghi sempre più lontani da *elites* "globali ed extraterritoriali" così come definite da Bauman, difficilmente individuabili e controllabili dalla maggioranza locale inchiodata alla propria realtà territoriale. E' indubbio, infatti, che la progressiva globalizzazione e comunitarizzazione delle economie, unitamente ai processi di omologazione culturale, spinga verso il rafforzamento delle comunità locali. I rapporti sociali sono "tirati fuori" dai contesti locali di interazione e riallacciati in luoghi lontani ed indefiniti. Questo fenomeno, che Giddens definisce "*dis-embedding*", provoca un senso di insicurezza e precarietà che, a sua volta, attiva processi di "*re-embedding*", di riappropriazione e ridefinizione delle relazioni sociali nell'ambito di coordinate spazio-temporali ristrette e facilmente riconoscibili. Di fronte alla crescente "solitudine del cittadino globale" e alla crisi identitaria che attraversa ogni aspetto della vita degli individui plasmato l'evoluzione stessa del sistema sociale, la difesa della

diversità etnica, culturale e religiosa contro il tentativo dell'omologazione e la (de)localizzazione dell'esercizio del potere ai livelli di governo più vicini al *demos*, rappresentano certamente una significativa conquista. Il maggiore protagonismo delle entità territoriali locali alle quali sono riconosciuti significativi poteri legislativi, oltre la generalità delle funzioni amministrative, indipendentemente dalla caratterizzazione federale o regionale dello Stato di appartenenza, potrebbe, allora, consentire il recupero di "democraticità" della decisione politica che la progressiva destrutturazione dello Stato nazionale ha fortemente ridotto. In altri termini, tanto più le scelte fondamentali sfuggono alla decisione sovrana dello Stato per collocarsi ad un livello gerarchicamente superiore (Europa o mondo), quanto più tenderà a consolidarsi il ruolo degli enti inferiori (Stati o enti locali) capaci di esprimere esigenze specifiche e ricondurre quelle stesse scelte ad uno stadio più vicino ai cittadini. Pertanto, la dimensione nazionale perde costantemente terreno a favore del rafforzamento sia del livello sopranazionale o globale, che di quello regionale o locale. Ora, se appare prematuro prevedere la "fine dello Stato-Nazione", di certo la globalizzazione sta determinando la progressiva perdita di sovranità, una flessibilizzazione delle strutture statali e una continua spinta verso la formazione di stati-regione. Accanto ad un indirizzo teorico disposto a sostenere il definitivo tramonto dello Stato-nazione e di ogni controllo sulle forze del mercato globale, non mancano, però, interpretazioni che considerano tali entità ancora protagoniste della scena mondiale. Da più parti si ritiene che gli Stati ed i governi non siano testimoni passivi della globalizzazione ma soggetti attivi capaci di incoraggiarla o contrastarla con scelte politiche di tipo diverso. Nonostante la visibile erosione dei poteri sovrani, gli Stati non dovrebbero rinunciare a svolgere una funzione di garanzia dei livelli di benessere e protezione sociale contro le pressioni esercitate da pervasivi poteri globali e una funzione equilibratrice e sussidiaria contro pericolose forme di discriminazione e disparità di trattamento all'interno del proprio territorio. Le inevitabili sollecitazioni di tipo endogeno ed esogeno cui è attualmente sottoposto lo Stato potrebbero, lungi dal provocarne la scomparsa, costringerlo a riposizionarsi all'interno di un sistema di "governance multilivello", particolarmente dinamico e mutevole che, accanto alla dimensione europea, da configurarsi in chiave federale con proprie politiche economiche e monetarie, vedrebbe, come nell'analisi di Alain Touraine, una dimensione nazionale che dovrà continuare ad essere quella delle politiche d'integrazione e di solidarietà sociale ed, infine, una dimensione della produzione e del consumo culturale, che deve essere quella della città, multiforme, cosmopolita e ricca di scambi fra tradizioni e progetti.