# Ottobre 2019



#### **EDITORE**

Luca Santa Maria e Associati Studio Legale

#### COMITATO DI DIREZIONE

Susanna Arcieri (Responsabile), Fabio Basile, Raffaele Bianchetti

#### **COMITATO SCIENTIFICO**

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

#### COMITATO DEI CONSULENTI

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

#### **REDAZIONE**

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



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

ISSN 2704-6516

Via Serbelloni, 1 | 20122 MILANO (MI)

redazione@dirittopenaleuomo.org

Il presente fascicolo raccoglie una selezione di quanto pubblicato nel mese presente sulla Rivista scientifica Diritto Penale e Uomo – DPU.

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



Riflessione

1 INTELLIGENZA
ARTIFICIALE E
DIRITTO PENALE:
QUATTRO POSSIBILI
PERCORSI DI
INDAGINE

Fabio Basile

Riflessione

25 LA PROVA BALISTICA
E GLI ESPERTI
NOMINATI DAL
TRIBUNALE: UN
PROBLEMA APERTO

**Emanuele Paniz** 

Riflessione

40 NOVITÀ LEGISLATIVE IN DIRITTO E PROCEDURA PENALE EUROPEA

Sofia Mirandola

Articolo

44 DIRITTO, DIRITTI, VERITÀ E DEMOCRAZIA

Marco Bouchard

Intervista

57 INTERVISTA A TIZIANA SICILIANO

Colpa medica e responsabilità penale: tutte le criticità del sistema raccontate da Tiziana Siciliano, Procuratore Aggiunto della Procura di Milano

Irene Gittardi

Riflessione

62 DIRITTO E
LETTERATURA HANNO
IN COMUNE L'UOMO E
LA SUA VITA

Un viaggio letterario e giuridico

Padazione

## 10/2019

Riflessione

93 LA "MATERIA PENALE"
E IL SUO STATUTO
NELLA
GIURISPRUDENZA
INTERNA E
SOVRANAZIONALE

Vincenzo Giglio

Riflessione

126 SESSUALITÀ
DIPENDENTE,
RELAZIONI E REATI
SESSUALI: LA PAURA
DI SÉ E DELL'ALTRO

Intervento psicoterapeutico breve di gruppo per detenuti sex offenders presso la Casa Circondariale Torre del Gallo di Pavia

Daniela Barbini, Annalisa Pistuddi

Riflessione

65 INTRODUZIONE. LA LIBERTÀ NELL'ERA DELLA SCIENZA

Mario De Caro, Andrea Lavazza

Storia

69 ESPERIENZE DI PRIGIONIA

Redazione

Intervista

75 INTERVISTA A FABIO
BASILE, COSIMO
PALUMBO E
ALBERTO ERNESTO
PERDUCA

Un dialogo a tre voci in materia di misure di prevenzione

Irene Gittardi

Riflessione

CASSAZIONE SI
PRONUNCIA SULLA
NATURA GIURIDICA DEI
«DIRITTI ALL'AIUTO UE»
E SULLA NOZIONE
DI «ATTIVITÀ
ECONOMICHE O
FINANZIARIE»
RILEVANTE AI SENSI
DELL'ART. 648 TER C.P.

Nota a Cass. pen., Sez. II, sent. 12 febbraio 2019 (dep. 17 maggio 2019), n. 21712, Pres. Gallo, Rel. Di Paola

Gabriele Minì

Riflessione

141 IL PASSO CORAGGIOSO
CHE ANCORA RESTA
DA COMPIERE

Fabio Fiorentin

Riflessione

PROBLEMI
DELL'OSTATIVITÀ
SANZIONATORIA.
RILEVANZA DEL TEMPO E
DIRITTI DELLA PERSONA

Domenico Pulitanò

Riflessione

PERMESSI PREMIO
PER CHI NON HA
COLLABORATO CON
LA GIUSTIZIA, PURCHÉ
SIA ACCERTATA
L'ESCLUSIONE DI
COLLEGAMENTI CON
L'ORGANIZZAZIONE
MAFIOSA

Con un comunicato stampa la Corte costituzionale annuncia la decisione sull"ergastolo ostativo"

Fabio Fiorentin

Articolo

156 DISCREZIONALITÀ
GIUDIZIALE (E SUOI
LIMITI) NELLA
"GIURISDIZIONE
RIEDUCATIVA"

Fabio Fiorentin

# 10/2019

Intervista

# 183 INTERVISTA A PHILIP G. ZIMBARDO - P.TE 2

Da dove nasce il male?

Susanna Arcieri, Giovanna Baer, Matteo Vizzardi, Philip G. Zimbardo

Intervista

# 187 INTERVISTA A MARYANNE WOLF

Susanna Arcieri, Marvanne Wolf



Riflessione

# Intelligenza artificiale e diritto penale: quattro possibili percorsi di indagine

Artificial intelligence and criminal law: four possible research leads

di Fabio Basile

Abstract. Gli ambiti all'interno dei quali la rivoluzione tecnologica messa in moto dall'IA potrebbe più significativamente impattare con le pretese di tutela dei beni giuridici, affidate al diritto penale, sono fondamentalmente quattro: le attività di law enforcement e, in particolare, di polizia predittiva, dove i sistemi di IA possono fornire un importante contributo per contrastare, o meglio ancora prevenire, la commissione di reati; il possibile impiego di algoritmi decisionali per risolvere vertenze penali, così da operare una sorta di sostituzione, o per lo meno di affiancamento, del giudice-uomo col giudice-macchina; la valutazione della pericolosità criminale affidata ad algoritmi predittivi, capaci di attingere e rielaborare quantità enormi di dati al fine di far emergere relazioni, coincidenze, correlazioni, che consentano di profilare una persona e prevederne i successivi comportamenti, anche di rilevanza penale; infine, le possibili ipotesi di coinvolgimento – come strumento, come autore, o come vittima – di un sistema di IA nella commissione di un reato. Il presente contributo si propone di illustrare tali ambiti, indicando problemi e prospettive connessi all'impiego dei sistemi di IA.

Abstract. The areas within which the technological revolution set in motion by the AI could more significantly impact with the claims of protection of legal assets, entrusted to criminal law, are basically four: law enforcement and, in particular, predictive policing, where AI systems can make an important contribution to combating, or better yet preventing, the commission of crimes; the possible use of decision-making algorithms to resolve criminal disputes, in order to operate a sort of replacement, or at least of juxtaposition, of the judge-man with the judge-machine; the crime risk assessment entrusted to predictive algorithms, able to draw and re-elaborate enormous quantities of data in order to bring out relationships, coincidences, correlations, that make it possible to profile a person and predict his or her subsequent behavior, even criminal; finally, the possible hypotheses of involvement - as a tool, as an author, or as a victim - of an AI system in the commission of a crime. This work aims to illustrate these areas, indicating problems and prospects connected to the use of AI systems.

DPU – Diritto Penale e Uomo - Criminal Law and Human Condition | Via Serbelloni, 1 | 20122 MILANO (MI) | redazione@dirittopenaleuomo.org





SOMMARIO: 1. Premessa: limiti e obiettivi dell'indagine. – 2. Che cosa intendiamo per intelligenza artificiale? – 3. Primo percorso d'indagine - IA e attività di *law enforcement.* – 3.1. RoboCop: dalla fantascienza alla realtà? – 3.2. Sistemi di intelligenza artificiale e polizia predittiva. – 3.2.1. Sistemi di individuazione degli *hotspots.* – 3.2.2. Sistemi di *crime linking.* – 3.2.3. Considerazioni conclusive sui sistemi di polizia predittiva. – 4. Secondo percorso d'indagine - IA e decisione giudiziaria: la macchina-giudice? – 5. Terzo percorso d'indagine - IA e valutazione della pericolosità criminale: gli algoritmi predittivi. – 5.1. Considerazioni introduttive. – 5.2. La valutazione "attuariale" della pericolosità criminale. – 5.3. L'impiego di algoritmi predittivi negli Stati Uniti. – 5.3.1. Psa - *Public Safety Assessment.* – 5.3.2. COMPAS - *Correctional Offender Management Profiling for Alternative Sanctions.* – 5.3.2.1. In particolare il caso Loomis e il controverso uso di COMPAS in sede di *sentencing.* – 5.4. Considerazioni conclusive. – 6. Quarto percorso d'indagine - IA e reato: possibili ipotesi di coinvolgimento – come *strumento*, come *autore*, o come *vittima* – di un sistema di IA nella commissione di un reato. – 6.1. Considerazioni introduttive. – 6.2. Il sistema di IA quale *strumento* di commissione del reato. – 6.3. Il sistema di IA quale *autore* del reato: *machina delinquere potest*? – 6.3.1. Tra deresponsabilizzazione dell'uomo e responsabilizzazione della macchina. – 6.3.2. Vacilla il confine tra *machina* e persona? – 6.3.3. Una colpevolezza "disumana"? – 6.3.4. Quali pene per i sistemi di IA? – 6.4. Il sistema di IA quale *vittima* del reato. – 7. Quale futuro ci aspetta?

SUMMARY: 1. Introduction: survey limits and purposes. – 2. What do we mean by artificial intelligence? – 3. First research lead - AI and law enforcement. – 3.1. RoboCop: from science fiction to reality? – 3.2. Artificial intelligence systems and predictive policing. – 3.2.1. Hotspots detection systems. – 3.2.2. Crime linking systems. – 3.2.3. Concluding remarks on predictive policing. – 4. Second research lead - AI and judicial decision: the judge-machine? – 5. Third research lead - AI and crime risk assessment: predictive algorithms. – 5.1. Introductory remarks. – 5.2. The "actuarial" crime risk assessment. – 5.3. The use of predictive algorithms in the United States. – 5.3.1. Psa - Public Safety Assessment. – 5.3.2. COMPAS - Correctional Offender Management Profiling for Alternative Sanctions. – 5.3.2.1. In particular, the Loomis case and the controversial use of COMPAS in sentencing. – 5.4. Concluding remarks. – 6. Fourth research lead - AI and crime: possible hypotheses of involvement – as a *tool*, as an *author*, or as a *victim* – of an AI system in the commission of a crime. – 6.1. Introductory remarks. – 6.2. The AI system as a *tool* to commit crimes. – 6.3. The AI system as the *perpetrator of the crime: machina delinquere potest*? – 6.3.1. Between loss of human responsibility and machine accountability. – 6.3.2. Does the boundary between *machina* and human falter? – 6.3.3. An "inhuman" guilt? – 6.3.4. What penalties for AI systems? – 6.4. The AI system as a crime *victim*. – 7. What future awaits us?

#### 1. Premessa: limiti e obiettivi dell'indagine.

L'intelligenza artificiale (nel prosieguo, anche "IA") è già presente in molti aspetti della nostra vita quotidiana. È alla base di tutte le ricerche su Internet e di tutte le *app*; è in ogni richiesta fatta al GPS, in ogni videogame o film d'animazione, in ogni banca e compagnia di assicurazione, in ogni ospedale, in ogni drone e in ogni auto a guida autonoma, e in futuro – questa la previsione di una delle massime esperte della materia – «ce la ritroveremo dappertutto» l: e, ovviamente, anche in ambiti che hanno immediata rilevanza per il diritto penale. In effetti, tra gli esperti della materia «l'opinione comune è che oggi stiamo vivendo in un mondo sempre più dominato dall'Intelligenza Artificiale [...] grazie alla proliferazione di tecniche di Intelligenza Artificiale che riescono a imparare molto velocemente ed efficacemente, come gli algoritmi di *machine learning*, le tecniche di *mining* e i sistemi predittivi, che sembrano promettere un livello senza precedenti, e forse anche un po' spaventoso, di IA nella nostra vita e nelle nostre società»<sup>2</sup>.

<sup>1</sup> M.A. Boden, *Intelligenza artificiale*, in J. l-Khalili (a cura di), *Il futuro che verrà*, Bollati Boringhieri, 2018, p. 133.

<sup>&</sup>lt;sup>2</sup> G.F. Italiano, *Intelligenza artificiale: passato, presente, futuro*, in F. Pizzetti (a cura di), *Intelligenza artificiale, protezione dei dati personali e regolazione*, Giappicchelli, 2018, p. 216. Per analoghe considerazioni, v. J. Kaplan, *Intelligenza artificiale. Guida al futuro prossimo*, Luiss University Press, II ed., 2018, pp. 81 ss., e pp. 193 ss.; L. Floridi, *What the Near Future of Artificial Intelligence Could Be*, in *Philosophy & Technology*, fasc. 32, 2019, pp. 3 ss. (*online* al link <a href="https://doi.org/10.1007/s13347-019-00345-yp">https://doi.org/10.1007/s13347-019-00345-yp</a>); M.C. Carrozza, *I Robot e noi*, II Mulino, 2017, pp. 3 ss. Per una panoramica sul mondo dei sistemi di IA, dalle sue origini a oggi, raccontata da alcuni esperti della materia, si vedano i saggi raccolti in D. Heaven (a cura di), *Macchine che pensano. La nuova era dell'intelligenza artificiale*, Edizioni Dedalo, 2018.



Se poi volessimo lanciarci in previsioni di lungo termine, potremmo citare Stephen Hawking, ad avviso del quale «nell'arco dei prossimi cento anni, l'intelligenza dei computer supererà quella degli esseri umani»<sup>3</sup>. E che non si tratti di pura fantascienza, è confermato dal fatto che un'analoga previsione è contenuta anche nei *Considerando* della Risoluzione del Parlamento europeo sulla robotica del 16 febbraio 2017<sup>4</sup>, dove si afferma che «è possibile che a lungo termine l'intelligenza artificiale superi la capacità intellettuale umana»<sup>5</sup>.

Peraltro, proprio una scorsa a taluni dei *Considerando* di detta Risoluzione può fornire un potente stimolo al giurista ad indagare approfonditamente i possibili scenari delle correlazioni tra IA e diritto in genere, e diritto penale in particolare. Ivi, infatti, si afferma che:

- «A. [...] dal mostro di Frankenstein ideato da Mary Shelley al mito classico di Pigmalione, passando per la storia del Golem di Praga e il robot di Karel Čapek, che ha coniato la parola, gli esseri umani hanno fantasticato sulla possibilità di costruire macchine intelligenti, spesso androidi con caratteristiche umane;
- B. [...] l'umanità si trova ora sulla soglia di un'era nella quale robot, bot, androidi e altre manifestazioni dell'intelligenza artificiale sembrano sul punto di avviare una nuova rivoluzione industriale, suscettibile di toccare tutti gli strati sociali, rendendo imprescindibile che la legislazione ne consideri le implicazioni e le conseguenze legali ed etiche, senza ostacolarne l'innovazione;
- G. [...] l'andamento attuale, che tende a sviluppare macchine autonome e intelligenti, in grado di apprendere e prendere decisioni in modo indipendente, genera nel lungo periodo non solo vantaggi economici ma anche una serie di preoccupazioni circa gli effetti diretti e indiretti sulla società nel suo complesso;
- H. [...] l'apprendimento automatico offre enormi vantaggi economici e innovativi per la società migliorando notevolmente le capacità di analisi dei dati, sebbene ponga nel contempo alcune sfide legate alla necessità di garantire la non discriminazione, il giusto processo, la trasparenza e la comprensibilità dei processi decisionali»<sup>6</sup>.

È, quindi, facile intuire che le possibili implicazioni anche di rilevanza penale, derivanti dall'impiego delle tecnologie di IA, potrebbero essere in un prossimo futuro assai numerose e significative, sicché appare opportuno – ed è questo il principale obiettivo perseguito col presente lavoro – procedere in tempi rapidi quanto meno a tematizzare tali implicazioni, cominciare a riflettere su di esse e prospettare questioni e soluzioni, al fine di non aggravare il ritardo del diritto, in particolare del diritto penale italiano, di fronte all'evoluzione tecnologica.

In effetti, come è stato efficacemente rilevato:

«il progresso irrompe, non chiede permesso. E nel contesto attuale disegnare questo nuovo rapporto tra esseri umani e macchine non è per niente facile. Anche perché le tecnologie digitali hanno una velocità impressionante. Le tecnologie di ieri, come ad esempio la TV, la radio, l'elettricità, l'automobile hanno impiegato più di 50 anni per raggiungere i 50 milioni di utenti. Ci hanno concesso tutto il tempo per abituarci alle loro innovazioni, per avere nuove regole sul loro utilizzo, e per organizzare le nostre vite e le nostre società di conseguenza. Oggi, le tecnologie digitali irrompono molto più velocemente, e non ci danno affatto il tempo

-

<sup>&</sup>lt;sup>3</sup> Intervento di S. Hawking durante la Conferenza *Zeitgeist*, Londra, maggio 2015 (citazione riportata da Redazione, *Do You Trust This Computer?*, in *questa rivista*, 15 maggio 2019; v. la notizia anche su Newsweek (L. Walker, *Stephen Hawking warns artificial intelligence could end humanity*, 14 maggio 2015).

<sup>&</sup>lt;sup>4</sup> Risoluzione del Parlamento europeo del 16 febbraio 2017, recante raccomandazioni alla Commissione concernenti norme di diritto civile sulla robotica (2015/2103(INL)).

<sup>&</sup>lt;sup>5</sup> Secondo J. Kaplan, *Intelligenza artificiale*, cit., p. 32, il "sorpasso", almeno in alcuni ambiti, sarebbe già avvenuto: «i computer già oggi superano le capacità umane in molti compiti, inclusi alcuni che credevamo avessero bisogno di intelligenza umana per essere svolti».

<sup>&</sup>lt;sup>6</sup> V. nota 4.



per organizzarci e per abituarci alle loro dirompenti innovazioni. Un esempio evidente di questa velocità viene dalle reti sociali: Twitter ha impiegato meno di 3 anni per raggiungere i 50 milioni di utenti; Facebook e Instagram meno di 2 anni. Anche se il record della velocità è quello di Pokemon Go, che è riuscito a raggiungere i 50 milioni di download in soli 19 giorni!»<sup>7</sup>.

Anche il diritto penale si deve, quindi, attrezzare per tenere il passo di questa rapidissima evoluzione tecnologica, per non rischiare di soccombere di fronte a quello che si preannuncia essere un nuovo, sconvolgente «shock da modernità»<sup>8</sup>, che comporterà problemi «analoghi a quelli che hanno contraddistinto altre "transizioni" tecnologiche: verificare l'idoneità delle norme esistenti ad applicarsi alle nuove tecnologie, così da valutare se sia opportuno, per i legislatori, coniare delle regole ad hoc, nuove, ovvero persistere, non senza possibili forzature avallate, magari, sul piano giurisprudenziale, nell'applicazione delle norme preesistenti»<sup>9</sup>.

Nelle pagine seguenti cercheremo, pertanto, di individuare, senza alcuna pretesa di esaustività, quattro scenari all'interno dei quali la rivoluzione tecnologica messa in moto dall'IA già solleva, o è destinata a sollevare, problemi, dubbi e questioni, rilevanti per il diritto penale:

- 1. le attività di law enforcement, in particolare le attività di c.d. polizia predittiva;
- 2. i c.d. *automated decision systems*, che potrebbero in futuro conoscere un impiego anche all'interno dei procedimenti penali, sostituendo, in tutto o in parte, la decisione del giudice-uomo;
- 3. i c.d. *algoritmi predittivi*, impiegati per valutare la pericolosità criminale di un soggetto, vale a dire la probabilità che costui commetta in futuro un (nuovo) reato;
- 4. infine, le possibili ipotesi di coinvolgimento come *strumento*, come *autore*, o come *vittima* di un sistema di IA nella commissione di un *reato*.

Nel procedere a sondare tali scenari terremo ben presente il monito di Stephen Hawking, il quale – dopo aver formulato la previsione, già sopra riportata, secondo cui «nell'arco dei prossimi cento anni, l'intelligenza dei computer supererà quella degli esseri umani» – subito dopo avvertiva: «quando questo accadrà, dovremo assicurarci che i computer condividano i nostri stessi obiettivi» 10.

#### 2. Che cosa intendiamo per intelligenza artificiale?

Prima di inoltrarci negli scenari preannunciati nel precedente paragrafo, conviene tuttavia chiarirsi le idee sul concetto di IA, almeno nei limiti del possibile, dal momento che una definizione univoca e universalmente condivisa di IA, come pure di robotica<sup>11</sup> (un ambito in cui innumerevoli sono le applicazioni di IA), non esiste<sup>12</sup>.

<sup>11</sup> Per un primo inquadramento della tematica della robotica, v. N. Sharkey, *La robotica*, in J. Al-Khalili (a cura di), *Il futuro che verrà*, cit., pp. 189 ss.

<sup>&</sup>lt;sup>7</sup> G.F. Italiano, <u>Intelligenza artificiale, che errore lasciarla agli informatici</u>, in <u>Agendadigitale.eu</u>, 11 giugno 2019.

<sup>&</sup>lt;sup>8</sup> L'espressione è di F. Stella, *Giustizia e modernità. La protezione dell'innocente e la tutela delle vittime*, Giuffré, 2003, pp. 292 ss., e con essa il grande Maestro intendeva indicare l'affannosa rincorsa del diritto penale alle evoluzioni tecnologiche che si sono succedute nei decenni passati e che, a quanto pare, interverranno anche – e forse ancor più rapidamente – nei decenni futuri.

<sup>&</sup>lt;sup>9</sup> M. Bassini, L. Liguori, O. Pollicino, *Sistemi di Intelligenza Artificiale, responsabilità e* accountability. *Verso nuovi paradigmi?*, in F. Pizzetti (a cura di), *Intelligenza artificiale*, cit., p. 334.

<sup>10</sup> Intervento di S. Hawking, citato supra, nota 3.

<sup>&</sup>lt;sup>12</sup> Constatano l'assenza di una definizione, tra i tanti, M. B. Magro, *Biorobotica, robotica e diritto penale*, in D. Provolo, S. Riondato, F. Yenisey (a cura di), *Genetics, Robotics, Law, Punishment,* Padova University Press, 2014, pp. 510 s.; R. Calo, *Artificial Intelligence Policy: a Primer and Roadmap*, in *University of Bologna Law Review*, 3:2, 2018, p. 184; C. Trevisi, *La regolamentazione in materia di Intelligenza artificiale, robot, automazione: a che punto siamo*, in *Medialaws*, 21 maggio 2018, p. 1.



Esiste, invece, una precisa data di nascita dell'espressione "intelligenza artificiale", utilizzata per la prima volta da John McCarthy, divenuto poi uno dei padri fondatori dell'IA, il quale nell'estate del 1955, nella sua qualità di assistente universitario di matematica al Dartmouth College di Hanover, New Hamphsire, organizzò, insieme ad altri colleghi, un convegno sull'"intelligenza artificiale" <sup>13</sup>, descrivendone l'oggetto nei seguenti termini: «lo studio procederà sulla base della congettura che tutti gli aspetti dell'apprendimento o qualsiasi altra caratteristica dell'intelligenza possa essere di principio descritta in modo così preciso che una macchina la possa simulare. Si tenterà di scoprire come si possa fare in modo che le macchine usino il linguaggio, formulino astrazione e concetti, risolvano tipi di problemi ora riservati agli esseri umani, e migliorino sé stesse»<sup>14</sup>.

Circa trent'anni dopo, quando ormai il fenomeno dell'IA non solo aveva preso forma ma si era anche significativamente espanso, Roger Schank, uno dei massimi teorici dell'IA e tra i fondatori della linguistica computazionale, più che fornire una definizione o perlomeno una descrizione omnicomprensiva di IA, in un suo saggio del 1987 invitava a riconoscere l'esistenza di una forma di IA sulla scorta della presenza dei seguenti cinque attributi: la capacità di comunicazione; la conoscenza di sé; la conoscenza della realtà esterna; una condotta teleologicamente orientata, ossia tesa al perseguimento di un fine; infine, l'esistenza di un apprezzabile grado di creatività, intesa come capacità di assumere decisioni alternative laddove il piano di azione iniziale fallisca o non sia realizzabile<sup>15</sup>.

Già queste prime indicazioni ci consentono, allora, di sgombrare il campo da un paio di equivoci:

- innanzitutto, quando parliamo di IA non dobbiamo necessariamente pensare ad un umanoide simile in tutto e per tutto all'essere umano: l'umanoide può essere, sì, un'applicazione di IA (forse la più eclatante), ma di certo non l'unica e non, almeno nella fase attuale, la più rilevante dal punto di vista pratico<sup>16</sup>;

- in secondo luogo, per quanto possa essere suggestivo parlare di *intelligenza* artificiale, occorre rimarcare che, in realtà, «poco, oltre alla speculazione e a un modo di pensare ingenuo, collega il lavoro odierno nel campo dell'IA ai misteriosi meccanismi della mente umana; in realtà, almeno a questo stadio, si tratta di una disciplina ingegneristica con relazioni più che altro metaforiche e di 'ispirazione' con gli organismi biologici» 17, tanto più che l'intelligenza (quella degli esseri umani, prima ancora che quella delle macchine), per quanto sia oggetto di numerosissimi studi di psicologi, biologi e neuroscienziati, costituisce ancora un concetto indeterminato<sup>18</sup>.

Per questo e per altri motivi talora i ricercatori di IA preferiscono parlare – più che di intelligenza - di razionalità, laddove per "razionalità" si intende la capacità di scegliere la

<sup>13</sup> In argomento, v. J. Kaplan, Intelligenza artificiale, cit., p. 37; G. F. Italiano, Intelligenza artificiale: passato, presente, futuro, cit., p. 208; L. Floridi, *What the Near Future*, cit., p. 2.

14 L'intero testo di presentazione del convegno può essere letto *online* al presente *link*.

<sup>&</sup>lt;sup>15</sup> R.C. Schank, What's IA, Anyway?, in IA Magazine, Winter 8(4), 1987, pp. 59 ss.

<sup>&</sup>lt;sup>16</sup> Così C. Trevisi, *La regolamentazione in materia di Intelligenza artificiale*, cit., p. 1.

<sup>&</sup>lt;sup>17</sup> Così J. Kaplan, *Intelligenza artificiale*, cit., p. 41.

<sup>18</sup> Si noti, per altro verso, che proprio dagli studi sull'intelligenza artificiale stanno pervenendo importanti contributi per scoprire come funziona l'intelligenza umana e il cervello umano. Si veda, ad esempio, un recente progetto europeo di integrale simulazione del cervello umano, realizzato grazie all'impiego di tecniche di IA: Redazione, <u>Il progetto europeo sul cervello umano</u>, in questa rivista,



migliore azione da intraprendere per conseguire un determinato obiettivo alla luce di alcuni criteri di ottimizzazione delle risorse a disposizione<sup>19</sup>.

Ma come fa un sistema di IA a pervenire ad una scelta razionale<sup>20</sup>? Vi perviene percependo tramite *sensori* l'ambiente in cui è immerso, e dunque raccogliendo e interpretando *dati*, *ragionando* su ciò che viene percepito o *elaborando le informazioni* desunte dai dati, *decidendo* quale sia l'azione migliore e agendo di conseguenza attraverso i suoi *attuatori*, eventualmente producendo una modifica del proprio ambiente.

Per meglio comprendere questa descrizione della razionalità dei sistemi di IA occorre altresì considerare che:

- i sensori potrebbero essere fotocamere, microfoni, una tastiera, un sito Internet o altri sistemi di immissione dati, nonché sensori di quantità fisiche (ad esempio, sensori di temperatura, di pressione, di distanza, di forza/coppia o sensori tattili);
- i *dati* acquisiti tramite i sensori sono dati digitali, di cui oggi vi è un'immensa disponibilità; e a proposito dei *dati* va fin da subito sottolineato che la qualità del risultato finale dipende, in larga misura, proprio dalla correttezza logica e dalla completezza dei dati raccolti; per contro, se i dati utilizzati per alimentare o addestrare il sistema di IA sono distorti, nel senso che non sono sufficientemente equilibrati o inclusivi, il sistema non sarà in grado di generalizzare in maniera corretta e potrebbe adottare decisioni inique che possono favorire alcuni gruppi rispetto ad altri;
- il *ragionamento* o l'*elaborazione delle informazioni* è un processo operato attraverso un algoritmo che acquisisce come input i suddetti dati per poi proporre un'azione da intraprendere alla luce dell'obiettivo da raggiungere;
- infine, il sistema di IA esegue l'azione prescelta tramite gli *attuatori* a sua disposizione, che possono essere sia *software*, sia elementi fisici (ad esempio, bracci articolati, ruote automatiche), quest'ultimi capaci di intervenire, modificandolo, sull'ambiente circostante<sup>21</sup>.

Oggi si riconosce unanimemente che i grandi e rapidi progressi, compiuti dall'IA in tempi recenti, sono stati consentiti dalla felice combinazione di due fattori<sup>22</sup>: *da un lato*, il recente, impressionante aumento delle capacità computazionali, grazie alle quali oggi disponiamo di computer sempre più veloci, potenti, con capacità di memoria (e, quindi, tra l'altro, di archiviazione dati) straordinariamente grandi; *dall'altro lato*, il recente, impressionante aumento di dati digitali, raccolti anche grazie a sensori ad alta definizione e a basso costo: dati provenienti dalla digitalizzazione di documenti o generati da ognuno di noi scattando foto, facendo video o inviando messaggi tramite le reti sociali o altri strumenti di messaggistica, come Whatsapp, Messenger, etc. (c.d. dati *people-to-people*); oppure dati raccolti da istituzioni pubbliche o soggetti privati, inerenti i cittadini o gli utenti, come dati fiscali, sanitari, ricerche sul *web*, transazioni commerciali, bancarie (c.d. dati *people-to-machine*); infine, dati di tipo *machine-to-machine*, generati, automaticamente e indipendentemente dall'intervento di esseri umani, da

<sup>&</sup>lt;sup>19</sup> Così, ad esempio, S. Russell, P. Norvig, in quello che è forse il manuale più consultato sull'intelligenza artificiale: *Artificial Intelligence: A Modern Approach*, Prentice Hall, 3ª edizione, 2009, pp. 36 ss.

<sup>&</sup>lt;sup>20</sup> Nel rispondere a questa domanda ci gioveremo principalmente del documento "<u>Una definizione di IA: principali capacità e discipline scientifiche</u>", elaborato dal Gruppo Indipendente di 52 esperti ad alto livello, nominato dalla Commissione europea per svolgere a suo favore funzioni di consulenza sull'intelligenza artificiale. Si noti, infine, incidentalmente, che di tale gruppo fa parte anche un professore di diritto penale, il prof. Hilgendorf dell'Università di Würzburg (<u>https://ec.europa.eu/digital-single-market/en/high-level-expert-group-artificial-intelligence</u>).

<sup>&</sup>lt;sup>21</sup> V. il documento cit. nella nota precedente.

<sup>&</sup>lt;sup>22</sup> Così, tra i tanti, J. Kaplan, *Intelligenza artificiale*, cit., p. 72; G.F. Italiano, *Intelligenza artificiale*: passato, presente, futuro, cit., p. 220; R. Calo, *Artificial Intelligence Policy*, cit., p. 186.



dispositivi fisici, come ad esempio vari tipi di sensori, dispositivi di geo-localizzazione, *werables*, *smart devices*, tra di loro connessi nell'Internet delle Cose<sup>23</sup>.

La combinazione di tali due fattori – unitamente ad altri progressi nella ricerca – hanno, tra l'altro, consentito di elaborare e di diffondere su larga scala i sistemi di *machine learning* che possiamo, in estrema sintesi, descrivere così: il *software impara* autonomamente dall'ambiente esterno (tramite i dati che immagazzina ed elabora) e modifica le proprie prestazioni adattandole agli esiti del procedimento di apprendimento<sup>24</sup>.

Per tentare, infine, una sintesi "ufficiale" di tutte le nozioni e informazioni sopra riportate, possiamo rivolgerci ad una recente Comunicazione del 2018 elaborata dalla Commissione europea, intitolata "Artificial Intelligence for Europe" 125, la quale fornisce la seguente definizione di IA:

«l'intelligenza artificiale (IA) indica sistemi che mostrano un comportamento intelligente analizzando il proprio ambiente e compiendo azioni, con un certo grado di autonomia, per raggiungere specifici obiettivi. I sistemi basati sull'IA possono consistere solo in *software* che agiscono nel mondo virtuale (ad esempio, assistenti vocali, software per l'analisi delle immagini, motori di ricerca, sistemi di riconoscimento vocale e facciale), oppure incorporare l'IA in dispositivi *hardware* (ad esempio, in robot avanzati, auto a guida autonoma, droni o applicazioni dell'Internet delle Cose)»<sup>26</sup>.

Partendo proprio da tale definizione, il gruppo indipendente di 52 esperti ad alto livello sull'intelligenza artificiale, già sopra ricordato<sup>27</sup>, ha a sua volta elaborato un documento contenente "*Una definizione di IA: principali capacità e discipline scientifiche*"<sup>28</sup>, in cui, dopo aver fornito alcune ulteriori delucidazioni ed effettuato talune precisazioni (di cui ci siamo già giovati nelle pagine precedenti), formula la seguente *definizione aggiornata* di "Intelligenza artificiale o sistemi di IA", ritenendo che siano tali:

«sistemi software (ed eventualmente hardware) progettati dall'uomo che, dato un obiettivo complesso, agiscono nella dimensione fisica o digitale percependo il proprio ambiente attraverso l'acquisizione di dati, interpretando i dati strutturati o non strutturati raccolti, ragionando sulla conoscenza o elaborando le informazioni derivate da questi dati e decidendo le migliori azioni da intraprendere per raggiungere l'obiettivo dato. I sistemi di IA possono usare regole simboliche o apprendere un modello numerico, e possono anche adattare il loro comportamento analizzando gli effetti che le loro azioni precedenti hanno avuto sull'ambiente.

Come disciplina scientifica, l'IA comprende diversi approcci e diverse tecniche, come l'apprendimento automatico (di cui l'apprendimento profondo e l'apprendimento per rinforzo sono esempi specifici), il ragionamento meccanico (che include la pianificazione, la programmazione, la rappresentazione delle conoscenze e il ragionamento, la ricerca e

7

<sup>&</sup>lt;sup>23</sup> Per un primo inquadramento della tematica dell'Internet delle Cose, v. N. Climer, *Il* cloud *e l'Internet delle cose*, in J. Al-Khalili (a cura di), *Il futuro che verrà*, cit., pp. 133 ss.

<sup>&</sup>lt;sup>24</sup> Sul *machine learning*, v., in una prospettiva tecnica, S. Russell, P. Norvig, *Artificial Intelligence: A Modern Approach*, cit., pp. 634 ss.; L. Floridi, *What the Near Future*, cit., pp. 4 ss.; P. Domingos, *L'algoritmo definitivo: la macchina che impara da sola e il futuro del nostro mondo*, Bollati Boringhieri, 2016, pp. 7 ss.; in una prospettiva giuridica, R. Calo, *Artificial Intelligence Policy*, cit., p. 185; H. Surden, *Machine Learning and Law*, in *Wash. L. Rev.*, 89, 1, 2014, pp. 87 s..

<sup>&</sup>lt;sup>25</sup> COM(2018) 237 final, del 25 aprile 2018.

<sup>&</sup>lt;sup>26</sup> Il corrispondente testo in inglese è il seguente: «artificial intelligence (IA) refers to systems that display intelligent behaviour by analysing their environment and taking actions – with some degree of autonomy – to achieve specific goals. IA-based systems can be purely software-based, acting in the virtual world (e.g. voice assistants, image analysis software, search engines, speech and face recognition systems) or IA can be embedded in hardware devices (e.g. advanced robots, autonomous cars, drones or Internet of Things applications)».

<sup>&</sup>lt;sup>27</sup> V. *supra*, nota 20, e testo corrispondente.

<sup>&</sup>lt;sup>28</sup> V. *supra*, nota 20, e testo corrispondente.



l'ottimizzazione) e la robotica (che comprende il controllo, la percezione, i sensori e gli attuatori e l'integrazione di tutte le altre tecniche nei sistemi ciberfisici)»<sup>29</sup>.

Ebbene, a questo punto, dopo questo rapido "chiarimento di idee" sul concetto di IA, siamo finalmente in grado di descrivere i quattro scenari in cui i sistemi di IA potrebbero assumere, o hanno già assunto, implicazioni di rilevanza penale.

#### 3. Primo percorso d'indagine - IA e attività di law enforcement.

Nel documento di presentazione del Convegno annuale di esperti di Polizia, organizzato dall'OSCE, dedicato quest'anno (2019) proprio al tema "Artificial Intelligence and Law Enforcement", può leggersi quanto segue:

«nei loro sforzi per aumentare l'efficienza e l'efficacia e per stare al passo con le innovazioni tecnologiche, le autorità e le agenzie di *law enforcement* di tutto il mondo stanno esplorando sempre più i potenziali dell'IA per il loro lavoro. La crescente quantità di dati ottenuti e archiviati dalla polizia ha anche richiesto metodi e strumenti più sofisticati per la loro gestione e analisi, per l'identificazione di modelli (*pattern*), la previsione dei rischi e lo sviluppo di strategie per allocare le risorse umane e finanziarie dove sono maggiormente necessarie. Anche se l'uso dell'IA nel lavoro delle forze dell'ordine è un argomento relativamente nuovo, alcuni strumenti basati sull'intelligenza artificiale sono già stati testati e sono persino attivamente utilizzati dai servizi di polizia di diversi Paesi del mondo. Questi includono *software* di analisi di video e immagini, sistemi di riconoscimento facciale, di identificazione biometrica, droni autonomi e altri robot e strumenti di analisi predittiva per prevedere le "zone calde" del crimine o anche per identificare potenziali criminali futuri, in particolare i criminali ad elevata pericolosità»<sup>30</sup>.

L'impiego di sistemi di IA nelle attività di *law enforcement* è, quindi, già una realtà, e anzi se ne prevede una crescita ed intensificazione nei prossimi anni a vari livelli<sup>31</sup>. Del resto, l'importanza strategica dell'impiego di sistemi di IA nelle attività di *law enforcement* e i preziosi risultati grazie ad essi raggiungibili, sono ben messi in evidenza da un episodio riferito da Giuseppe Italiano in un suo recente saggio:

«già nel recente passato si sono verificati casi in cui l'utilizzo di opportune (anche semplici) analisi algoritmiche avrebbe potuto prevenire il verificarsi di pericolosi eventi terroristici. Ad esempio, è famoso il caso di Umar Farouk Abdulmutallab, noto anche come il "terrorista delle mutande" (*Underwear Bomber*), che è riuscito a imbarcarsi sul volo Amsterdam-Detroit nel giorno di Natale 2009, con dell'esplosivo cucito all'interno della biancheria intima che indossava, e che ha cercato di farsi esplodere durante il volo. Per una fortunata coincidenza

8

<sup>&</sup>lt;sup>29</sup> Pag. 6 del documento. Il corrispondente testo in inglese è il seguente: «artificial intelligence (AI) systems are software (and possibly also hardware) systems designed by humans3 that, given a complex goal, act in the physical or digital dimension by perceiving their environment through data acquisition, interpreting the collected structured or unstructured data, reasoning on the knowledge, or processing the information, derived from this data and deciding the best action(s) to take to achieve the given goal. AI systems can either use symbolic rules or learn a numeric model, and they can also adapt their behaviour by analysing how the environment is affected by their previous actions.

As a scientific discipline, AI includes several approaches and techniques, such as machine learning (of which deep learning and reinforcement learning are specific examples), machine reasoning (which includes planning, scheduling, knowledge representation and reasoning, search, and optimization), and robotics (which includes control, perception, sensors and actuators, as well as the integration of all other techniques into cyber-physical systems)».

<sup>&</sup>lt;sup>30</sup> II documento completo di presentazione del 2019 OSCE Annual Police Experts Meeting: Artificial Intelligence and Law Enforcement: An Ally or an Adversary?, 23-24 September, Wien, può essere letto su questa rivista (Redazione, Artificial Intelligence and Law Enforcement: an Ally or an Adversary?, 23 settembre 2019).

<sup>&</sup>lt;sup>31</sup> In argomento, v. anche il documentato studio di A. G. Ferguson, *The Rise of Big Data Policing: Surveillance, Race, and the Future of Law Enforcement*, New York University Press, 2017, pp. 3 ss.



[l'intervento di alcuni passeggeri insospettitisi], l'attacco terroristico non è andato a buon fine [...]. L'intelligence aveva dati e informazioni a sufficienza per valutare il grado di pericolosità del terrorista e aveva anche elementi sufficienti per inserirlo nella black list, così da negargli la possibilità di imbarco su voli diretti negli Stati Uniti. Ma in quel caso l'intelligence non è semplicemente riuscita a connettere le molteplici informazioni, provenienti da varie fonti, che erano a sua disposizione. Come dire, nel patrimonio informativo c'erano tutti i dati necessari, ma è semplicemente mancata l'utilizzazione di un buon algoritmo per mettere in correlazione tutti questi dati»<sup>32</sup>.

#### Riflettendo su tale episodio, Giuseppe Italiano rileva, quindi, che:

«sicuramente, e non soltanto in questa circostanza, tecniche di IA sono e possono essere impiegate con successo nell'analisi delle informazioni disponibili, delle transazioni, dei file di *log*, del traffico sulla rete, e di tutte le "impronte" che ogni individuo lascia in rete e nei sistemi digitali, allo scopo di identificare possibili anomalie e attività sospette, o semplicemente per comporre in una visione coerente le informazioni provenienti da sorgenti multiple ed eterogenee, ed estrarne conoscenza, in modo tale da prendere in maniera automatica decisioni oppure fornire il supporto a decisori umani, che devono essere in grado di reagire sempre più velocemente agli stimoli esterni» 33.

Ebbene, nelle pagine seguenti cercheremo di fornire una sintetica rassegna dei possibili impieghi di sistemi di IA nelle attività di *law enforcement* rivolte alla prevenzione dei reati, dedicando particolare attenzione allo specifico ambito denominato "predictive policing" o "polizia predittiva".

#### 3.1. RoboCop: dalla fantascienza alla realtà?

Probabilmente molti di noi ricordano la figura di RoboCop, il poliziotto con un corpo di titanio e kevlar, un cervello informatico e sensori ultrapotenti: se nel 1987, anno di uscita del celebre film, tale immagine apparteneva decisamente alla fantascienza, oggi la realtà ci propone alcune applicazioni delle tecnologie di IA – in uso, per lo più in via sperimentale, presso le forze di polizia di alcuni Stati – che si avvicinano molto a RoboCop<sup>34</sup>: si tratta, nella maggior parte dei casi, di macchine robotiche, non necessariamente umanoidi, utilizzate per una varietà di compiti, come ad esempio attività di pattugliamento, sorveglianza, disinnesco di bombe, individuazione di atteggiamenti sospetti, riconoscimento facciale, etc<sup>35</sup>.

Applicazioni di questo tipo, se da un lato hanno il gran merito di preservare da una serie di pericoli gli agenti (umani), e se in talune circostanze assicurano un ottimo livello di efficienza nelle prestazioni erogate, sollevano, dall'altro lato, una serie di problematiche<sup>36</sup>:

<sup>&</sup>lt;sup>32</sup> G. F. Italiano, *Intelligenza artificiale: passato, presente, futuro*, cit., p. 222.

<sup>33</sup> Ibidem.

<sup>&</sup>lt;sup>34</sup> In argomento, v. N. Sharkey, 2084: <u>Big robot is watching you. Report on the future of robots for policing, surveillance and security,</u> 2008; una versione più breve di tale saggio, intitolata *The robot arm of the law grows longer*, e originariamente pubblicata sulla rivista *Computer*, 2009, p. 113, può essere letta anche <u>a questo indirizzo web</u>; v. pure L. Royakkers, R. van Est, *A Literature Review on New Robotics: Automation from Love to War*, in *International Journal of Social Robotics*, Volume 7, Issue 5, 2015, pp. 549 ss.; E.E. Joh, *Policing Police Robots*, in *UCLA Law Rev. Disc.*, 2016, p. 516; L. Pasculli, *Genetics, Robotics and Crime Prevention*, in D. Provolo, S. Riondato, F. Yenisey (a cura di), *Genetics, Robotics, Law, Punishment*, cit., pp. 197 ss.

<sup>&</sup>lt;sup>35</sup> Un sofisticato programma di riconoscimento facciale – S.A.R.I., Sistema Automatico di Riconoscimento Immagini – è in dotazione anche alla Polizia scientifica italiana, stando a quanto si apprende dalle notizie riportate dall'agenzia giornalistica ANSA: Redazione ANSA, *Ladri individuati grazie al nuovo sistema di riconoscimento facciale*, 7 settembre 2018.

<sup>36</sup> Cfr. Autori citati alla nota 34.



- in primo luogo, occorre interrogarsi sulla opportuna ampiezza che il controllo umano deve assumere su tali applicazioni, soprattutto nel caso in cui esse utilizzino sistemi di intelligenza artificiale che ne assicurino ampi margini di autonomia: il controllo dell'uomo si deve limitare alla scelta degli obiettivi, al monitoraggio, o deve essere un controllo più intenso, esercitato anche a costo di compromettere le prestazioni stesse del RoboCop?
- In secondo luogo, nient'affatto trascurabile è la questione della *privacy*, in considerazione della gran mole di dati che queste applicazioni (fornite, ad esempio, di sensori e telecamere avanzate) possono acquisire in relazione alla vita, anche privata, dei cittadini: dati che, peraltro, potrebbero essere manipolati abusivamente, sottratti, deformati, con grave pregiudizio per le persone cui essi si riferiscono.
- Da ultimo, occorre considerare che alcune di queste applicazioni sono equipaggiate con armi non letali (ad esempio, il *taser* o lo *spray* al peperoncino) o addirittura letali (ad esempio, classiche armi da fuoco), il che crea indubbie preoccupazioni in ordine al tasso di fallibilità di queste applicazioni e quindi in ordine all'individuazione del responsabile (uomo o macchina?) di eventuali uccisioni o lesioni commesse per errore<sup>37</sup>, nonché in ordine alla presumibile assenza, in capo a questi dispositivi robotizzati armati, di doti tipicamente umane − la pietà, l'intuito, la capacità di improvvisazione, il c.d. senso comune<sup>38</sup> − la cui presenza, in operatori della polizia, è sempre auspicabile<sup>39</sup>.

Applicazioni di questo tipo, pertanto, andranno monitorate accuratamente, anche dal punto di vista giuridico, tra l'altro al fine di elaborare un preciso quadro normativo che ne regoli il legittimo utilizzo, nel rispetto dei diritti fondamentali delle persone<sup>40</sup>.

#### 3.2. Sistemi di intelligenza artificiale e polizia predittiva.

Per "polizia predittiva" possiamo intendere l'insieme delle attività rivolte allo studio e all'applicazione di metodi statistici con l'obiettivo di "predire" *chi* potrà commettere un reato, o *dove* e *quando* potrà essere commesso un reato, al fine di prevenire la commissione dei reati stessi. La predizione si basa fondamentalmente su una rielaborazione attuariale di diversi tipi di dati, tra cui quelli relativi a notizie di reati precedentemente commessi, agli spostamenti e alle attività di soggetti sospettati, ai luoghi, teatro di ricorrenti azioni criminali, e alle caratteristiche di questi luoghi, al periodo dell'anno o alle condizioni atmosferiche maggiormente connesse alla commissione di determinati reati; tra i dati utilizzati a questi fini talora compaiono anche informazioni relative all'origine etnica, al livello di scolarizzazione, alle condizioni economiche, alle caratteristiche somatiche (... una rivincita di Lombroso?), riconducibili a soggetti appartenenti a determinate categorie criminologiche (ad es., potenziali terroristi), etc<sup>41</sup>.

<sup>38</sup> Come giustamente sottolinea M. B. Magro, *Biorobotica, robotica e diritto penale*, cit., p. 512, «ai robot dotati di intelligenza artificiale, dotati di conoscenze altamente specialistiche, manca, al di sotto di queste conoscenze, il livello di conoscenze comuni, il c.d. "senso comune", ciò che tutti gli umani posseggono senza aver fatto studi particolari. Il "senso comune" è quello che consente di collegare conoscenze specialistiche di campi diversi e di affrontare i problemi e di risolverli senza la rigidità tipica dell'approccio simbolico dell'intelligenza. Spesso una reazione intelligente ad una certa situazione è quella che, sì, tiene in considerazione il contesto, ma che non è capace di selezionare quale aspetto del contesto sia rilevante».

 $<sup>^{37}</sup>$  Su questo profilo, v. anche *infra*, parr. 6.2 e 6.3.

<sup>&</sup>lt;sup>39</sup> Sulle c.d. *autonomous weapons*, v. in particolare N. Sharkey, *La robotica*, cit., pp. 195 s.; R. Calo, *Artificial Intelligence Policy*, cit., p. 196, con ulteriori riferimenti.

<sup>&</sup>lt;sup>40</sup> N. Sharkey, *La robotica*, cit., p. 196, riferisce, ad esempio, dei lavori, in corso presso le Nazioni Unite, per l'adozione di un Trattato internazionale che proibisca lo sviluppo e l'uso delle armi robotizzate.

<sup>&</sup>lt;sup>41</sup> Per un completo inquadramento della materia della *predictive policing*, v. W.L. Perry, B. McInnis, C.C. Price, S.C. Smith, J.S. Hollywood, *Predictive Policing: The Role of Crime Forecasting in Law Enforcement Operations*, Rand Corporation, 2013, consultabile <u>a questo link</u>.



In tempi recenti, l'impiego di *software* basati sull'IA ha consentito di fare un salto di qualità nelle attività di polizia predittiva, dal momento che è ora possibile l'acquisizione e la rielaborazione di una mole enorme di dati, scoprendo connessioni prima difficilmente individuabili dall'operatore umano<sup>42</sup>.

I *software* di polizia predittiva – siano essi assistiti o meno da sistemi di IA<sup>43</sup> – possono dividersi fondamentalmente in due categorie:

- quelli che, ispirandosi alle acquisizioni della criminologia ambientale, individuano le c.d. "zone calde" (*hotspots*), vale a dire i luoghi che costituiscono il possibile scenario dell'eventuale futura commissione di determinati reati (*infra*, par. 3.2.1);
- quelli che, ispirandosi invece all'idea del *crime linking*, seguono le serialità criminali di determinati soggetti (individuati o ancora da individuare), per prevedere dove e quando costoro commetteranno il prossimo reato (*infra*, par. 3.2.2).

Va subito detto che, almeno per ora, sia gli uni che gli altri sistemi possono fornire adeguate previsioni solo in relazione a limitate, determinate categorie di reati (ad esempio, reati attinenti alla criminalità da strada, come rapine e spaccio di stupefacenti), e non in via generalizzata per tutti i reati.

#### 3.2.1. Sistemi di individuazione degli hotspots.

Rientra nel primo tipo di sistemi il *Risk Terrain Modeling* (RTM): un algoritmo che, rielaborando quantità enormi di dati inerenti i fattori ambientali e spaziali favorenti la criminalità, sembrerebbe consentire la predizione della commissione di reati di spaccio di sostanze stupefacenti in determinate aree urbane<sup>44</sup>. I ricercatori hanno elaborato questo sistema sottoponendo all'algoritmo RTM dati inerenti i fattori ambientali e spaziali più frequentemente connessi alla commissione dei reati suddetti: presenza di luminarie stradali scarse o non funzionanti, vicinanza di locali notturni, di fermate di mezzi pubblici, di stazioni ferroviarie, di snodi di strade ad alta percorribilità, di bancomat, di compro-oro, di parcheggi scambiatori, infine, di scuole. Ciò ha consentito di elaborare una vera e propria "mappatura" di alcune grandi aree metropolitane al fine di individuare le "zone calde" dove più elevato risulta il rischio di spaccio di sostanze stupefacenti, con conseguenti benefici in termini di programmazione e attuazione di interventi di prevenzione della delinquenza connessa allo spaccio<sup>45</sup>.

Parimenti finalizzato all'individuazione degli *hotspots* ma in relazione ad un numero più elevato di reati (non solo quelli di spaccio) è anche un *software*, già in uso da alcuni anni negli

<sup>45</sup> V. Autori citati alla nota precedente.

11

<sup>&</sup>lt;sup>42</sup> C. Cath, S. Wachter, B. Mittelstadt, M. Taddeo, L. Floridi, *Artificial Intelligence and the "Good Society": the US, EU, and UK approach*, in *Science and Eng. Ethics*, 2018, pp. 505 ss.; L. Bennet Moses, J. Chan, *Algorithmic Prediction in Policing: Assumptions, Evaluation, and Accountability*, in *Policing and Society*, 2016, pp. 1 ss.; G. Mastrobuoni, *Crime is Terribly Revealing: Information Technology and Police Productivity*, 2017, consultabile *online* al presente *link*; per un sintetico quadro, in lingua italiana, dei sistemi di IA finalizzati ad attività di polizia predittiva, v. R. Pelliccia, *Polizia predittiva: il futuro della prevenzione criminale?*, in *cyberlaws it* 9 maggio 2019

cyberlaws.it, 9 maggio 2019.

43 Non sempre risulta chiaro se, e in quale misura, i software di cui parleremo nelle pagine seguenti si basino su sistemi di IA. Ciò dipende anche dal fatto che alcuni di questi software sono di proprietà privata e sono coperti da segreto industriale, sicché i dettagli sul loro funzionamento non sono resi pubblici.

44 In argomento, v. J.M.Caplan, L.W. Kennedy, J.D. Barnum, E.L Piza, Crime in Context: Utilizing Risk Terrain Modeling and

<sup>&</sup>lt;sup>44</sup> In argomento, v. J.M.Caplan, L.W. Kennedy, J.D. Barnum, E.L Piza, *Crime in Context: Utilizing Risk Terrain Modeling and Conjunctive Analysis to Explore the Dynamics of Criminogenic Behavior Setting*, in *Journal of Contemporary Criminal Justice*, 33(2), 2017, pp. 133 ss.; J.M.Caplan, L.W. Kennedy, *Risk Terrain Modeling: Crime Prediction and Risk Reduction*, Univ. of California Press, 2016; L.W. Kennedy, J.M.Caplan, E.L Piza, *Risk Clusters, Hotspots and Spatial Intelligence: Risk Terrain Modeling as an Algorithm for Police Resource Allocation Strategies*, in *Journal of Quantitative Criminology*, 2010, pp. 339 ss.



Stati Uniti e nel Regno Unito, originariamente elaborato da alcuni ricercatori dell'UCLA (Università della California di Los Angeles) in collaborazione con la locale polizia, e oggi venduto, parrebbe con grande successo commerciale, da un'azienda privata americana col marchio *PredPol*, il cui sito pubblicizza tale dispositivo con le seguenti parole:

«utilizzando solo tre tipologie di dati – tipo di reato, data/ora del reato e luogo del reato – per fare previsioni, la tecnologia PredPol ha aiutato le forze dell'ordine a ridurre drasticamente il tasso di criminalità in giurisdizioni di tutti i tipi e di tutte le dimensioni, negli Stati Uniti e all'estero. PredPol può vantare una comprovata sperimentazione: il Dipartimento della polizia di Los Angeles ha registrato un calo del 20% dei reati previsti di anno in anno e una divisione della locale polizia ha potuto sperimentare per la prima volta, un'intera giornata senza ricevere denunce di reati. Il Dipartimento dello Sceriffo della contea di Jefferson ha registrato una riduzione del 24% nelle rapine e una riduzione del 13% nei furti con scasso. A Plainfield, New Jersey, da quando si usa PredPol si è avuta una riduzione del 54% delle rapine e una riduzione del 69% dei furti di auto»<sup>46</sup>.

Sembrerebbe ispirarsi ad una analoga logica predittiva anche un dispositivo in uso presso la polizia italiana: si tratta del sistema informatico X-LAW, originariamente predisposto dalla Questura di Napoli, che parrebbe aver già ottenuto ottimi risultati sul territorio italiano nel campo della prevenzione di talune tipologie di reati<sup>47</sup>. Stando alle notizie riferite<sup>48</sup>, il software X-LAW si basa su un algoritmo capace di rielaborare una mole enorme di dati estrapolati dalle denunce inoltrate alla Polizia di Stato. Tale rielaborazione consente di far emergere fattori ricorrenti o fattori coincidenti, come ad esempio la ripetuta commissione di rapine negli stessi luoghi, da parte di persone con lo stesso tipo di casco o di moto, e con analoghe modalità. Ciò consente di tracciare una mappa del territorio dove vengono evidenziate le zone a più alto rischio fino a raggiungere il livello massimo in determinati orari, così consentendo – nelle zone e negli orari 'caldi' – la predisposizione delle forze dell'ordine per impedire la commissione di tali reati e per cogliere in flagranza i potenziali autori degli stessi.

#### 3.2.2. Sistemi di crime linking.

Si rifà, invece, all'idea del *crime linking*, seguendo le serialità criminali di determinati soggetti (individuati o ancora da individuare), per prevedere dove e quando essi commetteranno il prossimo reato, il software Keycrime, originariamente elaborato presso la Questura di Milano, e poi divenuto di proprietà di un'azienda privata<sup>49</sup>. Altri software parimenti ispirati all'idea del crime linking, e quindi all'individuazione delle persone, più che delle zone calde, sono stati

 <sup>46 &</sup>lt;a href="https://www.predpol.com/">https://www.predpol.com/</a>, visitato il 9 agosto 2019.
 47 Notizie riferite da M. Iaselli, X-LAW: la polizia predittiva è realtà, in Altalex.com, 28 novembre 2018.

<sup>&</sup>lt;sup>48</sup> *Ibidem*. Ulteriori informazioni e filmati relativi a X-LAW sono facilmente reperibili *online*.

<sup>&</sup>lt;sup>49</sup> In argomento, v. A.D. Signorelli, *Il* software italiano che ha cambiato il mondo della polizia predittiva, in Wired.it, 18 maggio 2019; C. Parodi, V. Sellaroli, Sistema penale e intelligenza artificiale: molte speranze e qualche equivoco, in Diritto penale contemporaneo, 2019, fasc. 6, p. 56. Per una descrizione di Keycrime, fornita dal suo stesso ideatore, Mario Venturi, v. Id., La chiave del crimine, in Profiling, 5, 4, 2014.



elaborati, e sono in uso, in Germania (*Precobs*)<sup>50</sup>, in Inghilterra (*Hart - Harm Assessment Risk Tool*)<sup>51</sup>, e negli Stati Uniti<sup>52</sup>.

Questi *software* si basano sull'idea di fondo che alcune forme di criminalità si manifesterebbero in un arco temporale e in una zona geografica molto circoscritti (c.d. *near repeat crimes*, o reati a ripetizione ravvicinata): ad esempio, la commissione di una rapina sembrerebbe essere associata ad un elevato rischio di commissione di una nuova rapina, da parte degli stessi autori e in una zona geografica assai prossima al luogo del primo delitto, entro le successive 48 ore e, sia pur con un tasso di rischio decrescente, fino a tutto il mese successivo. Attraverso la raccolta e l'incrocio di una gran mole di dati, provenienti da varie fonti (ad esempio, immagini riprese da una telecamera o informazioni relative a precedenti analoghi reati), questi *software* cercano, infatti, di "profilare" il possibile autore della serie criminale e prevederne la prossima mossa.

Peraltro, i risultati forniti da questi *software* in alcuni casi potrebbero essere usati non solo a fini predittivi, ma anche per ricostruire la carriera criminale del soggetto profilato, vale a dire per avere una traccia di indagine da seguire per imputargli non solo l'ultimo reato commesso (in occasione del quale egli è stato individuato), ma anche i precedenti reati costituenti la serie criminale ricostruita grazie all'archiviazione e all'elaborazione dei dati.

#### 3.2.3. Considerazioni conclusive sui sistemi di polizia predittiva.

I sistemi di polizia predittiva sopra sinteticamente descritti possono indubbiamente apportare grandi benefici nella prevenzione almeno di alcuni tipi di reati, ma il loro utilizzo suscita più d'una perplessità<sup>53</sup>.

Prima di tutto, infatti, occorre rilevare che il loro uso non pare essere stato finora regolato, in nessun Paese, a livello normativo, sicché le condizioni e le modalità del loro utilizzo, nonché la valutazione e la valorizzazione dei loro risultati finiscono per essere affidate alla sola prassi, e quindi all'iniziativa, alla sensibilità, all'esperienza degli operatori di polizia.

Eppure il loro uso potrebbe implicare gravi attriti quanto meno con la tutela della *privacy* (in considerazione della gran mole di dati personali raccolti), e con il divieto di discriminazione (nella misura in cui, ad esempio, identifichino fattori di pericolosità connessi a determinate caratteristiche etniche, o religiose o sociali)<sup>54</sup>.

<sup>&</sup>lt;sup>50</sup> Su Precobs, v. l'accurata voce di Wikipedia <a href="https://en.wikipedia.org/wiki/Precobs">https://en.wikipedia.org/wiki/Precobs</a>.

<sup>&</sup>lt;sup>51</sup> Sul software HART, v. M. Oswald, J. Grace, S. Urwin, G. Barnes, Algorithmic risk assessment policing models: lessons from the Durham HART model and "Experimental" proportionality, in Information & Communications Technology Law, 2018, pp. 223 ss.; nella dottrina italiana, v. M. Gialuz, Quando la giustizia penale incontra l'intelligenza artificiale: luci e ombre dei risk assessment tools tra Stati Uniti ed Europa, in Diritto penale contemporaneo, 29 maggio 2019, pp. 10 ss. Il software HART è stato sottoposto a studi di validazione da parte di alcuni ricercatori della Cambridge University: cfr. il presente indirizzo web.

 <sup>&</sup>lt;sup>52</sup> Per un progetto pilota avviato nella città di Chicago, v. J. Saunders, P. Hunt, J. S. Hollywood, <u>Predictions put into practice: a quasi-experimental evaluation of Chicago's predictive policing pilot</u>, in *Journal of Experimental Criminology*. 2016, p. 347.
 <sup>53</sup> Le considerazioni contenute nel prosieguo del testo rielaborano spunti e riflessioni formulati da L. Pasculli, *Genetics, Robotics and*

<sup>&</sup>lt;sup>53</sup> Le considerazioni contenute nel prosieguo del testo rielaborano spunti e riflessioni formulati da L. Pasculli, *Genetics, Robotics and Crime Prevention*, cit., p. 192, e da R. Pelliccia, *Polizia predittiva*, cit., che rinvia, tra l'altro, alle ricerche compiute in materia, e alle relative perplessità espresse, dall'Human Rights Data Analysis Group (Hrdag), raccolte nel sito <a href="https://hrdag.org/usa/">https://hrdag.org/usa/</a>, alla voce "*The Problem with Predictive Policing*".

<sup>&</sup>lt;sup>54</sup> Su questi aspetti, v. A. Bonfanti, Big data e polizia predittiva: riflessioni in tema di protezione del diritto alla privacy e dei dati personali, in MediaLaws 24 ottobre 2018; E. Thomas, Why Oakland Police Turned Down Predictive Policing, in Vice.com, 28 dicembre 2016; J. Kremer, The end of freedom in public places? Privacy problems arising from surveillance of the European public space, 2017, in particolare il capitolo 3.4.2, "Prediction", p. 269 ss.



Si tratta, poi, di sistemi che in una certa misura si auto-alimentano coi dati prodotti dal loro stesso utilizzo, col rischio di innescare circoli viziosi: se, ad esempio, un software predittivo individua una determinata "zona calda", i controlli e i pattugliamenti della polizia in quella zona si intensificheranno, con inevitabile conseguente crescita del tasso dei reati rilevati dalla polizia in quella zona, che diventerà, quindi, ancora più "calda", mentre altre zone, originariamente non ricondotte nelle "zone calde", e quindi non presidiate dalla polizia, rischiano di rimanere, o di diventare, per anni zone franche per la commissione di reati.

Inoltre, questi sistemi sollecitano una prevenzione dei reati attraverso l'intervento attivo della polizia, attraverso, quindi, una sorta di "militarizzazione" nella sorveglianza di determinate zone o di determinati soggetti, senza invece minimamente mirare alla riduzione del crimine attraverso un'azione rivolta, a monte, ai fattori criminogeni (fattori sociali, ambientali, individuali, economici, etc.).

Infine, non si deve trascurare il fatto che la maggior parte di questi software sono coperti da brevetti depositati da aziende private, i cui detentori sono, giustamente, gelosi dei relativi segreti industriali e commerciali, sicché non si può disporre di una piena comprensione dei meccanismi del loro funzionamento, con evidente pregiudizio delle esigenze di trasparenza e di verificazione indipendente della qualità e affidabilità dei risultati da essi prodotti.

#### 4. Secondo percorso d'indagine - IA e decisione giudiziaria: la macchina-giudice?

Algoritmi basati sull'IA vengono, già da qualche tempo, utilizzati anche a fini decisionali nei più svariati ambiti<sup>55</sup>: si tratta dei c.d. automated decision systems, in via di crescente diffusione<sup>56</sup>, sia in ambito privato, sia in ambito pubblico<sup>57</sup>.

Tra le decisioni che siffatti algoritmi sono in grado di assumere vi sono, ovviamente, anche decisioni finalizzate a comporre, o prevenire, liti e risolvere controversie. Anzi, in quest'ambito, le nuove tecnologie – grazie alla possibilità di attingere a quantità enormi di dati da fonti quali banche-dati giurisprudenziali, legislative, raccolte di precedenti, e simili - hanno già messo a punto dispositivi molto sofisticati, che utilizzano teoria dei giochi, analisi dei risultati positivi e strategie di negoziazione per risolvere le questioni, impiegando, così, una metodologia che i soggetti coinvolti percepiscono come oggettiva e priva di pregiudizi<sup>58</sup>. Si tratta di metodi alternativi di risoluzione delle controversie, spesso gestiti esclusivamente online<sup>59</sup>, i quali, rispetto ai sistemi tradizionali, comportano riduzione dei tempi e significativi risparmi di spesa sia per i soggetti coinvolti, sia per i soggetti responsabili della decisione<sup>60</sup>.

<sup>55</sup> J. Kleinberg, H. Lakkaraju, J. Leskovec, J. Ludwig, S. Mullianathan, Human Decisions and Machine Predictions, in Quarterly Journal of Economics, 2017, p. 237.

<sup>&</sup>lt;sup>56</sup> D. Reisman, J. Schultz, K. Crawford, M. Whittaker, <u>Algorithmic Impact Assessments: a Practical Framework for Public Agency</u>

Accountability, 2018.

57 Sull'impiego, all'interno della pubblica amministrazione, di sistemi decisionali basati sull'IA in Italia e in Argentina, v. ad esempio D.U. Galetta, J.G. Corvalàn, Intelligenza Artificiale per una Pubblica Amministrazione 4.0? Potenzialità, rischi e sfide della rivoluzione tecnologica in atto, in federalismi.it, Rivista di diritto pubblico italiano, comparato, europeo, 6 febbraio 2019, pp. 1 ss. <sup>58</sup> J. Kaplan, *Intelligenza Artificiale*, cit., p. 137 s.

 $<sup>^{59}</sup> A.R.\ Lodder, J.\ Zeleznikow, \textit{Artificial Intelligence and Online Dispute Resolution}, in A.R.\ Lodder, J.\ Zeleznikow, \textit{Enhaced Dispute Resolution}, in A.R.\ Lodder, J.\ Zelezniko$ Resolution through the Use of Information Technology, Cambridge University Press, 2010, pp. 7 ss. della versione digitale, consultabile online al presente link.

<sup>60</sup> E. Latifah, A.H. Bajrektarevic, M.N. Imanullah, Digital Justice in Online Dispute Resolution: The Shifting from Traditional to the New Generation of Dispute Resolution, in Brawijaya Law Journal – Journal of Legal Studies, vol. 6, No. 1, April 2019.



Per ora gli *automated decision systems* sono stati utilizzati prevalentemente per questioni civili (risarcimento danni, gestione di pratiche assicurative, danni da prodotto, etc.)<sup>61</sup>: ad esempio, da notizie di stampa si apprende di un progetto, avviato in Estonia, di creazione di un algoritmo capace di prendere decisioni in ambito civilistico, destinato a risolvere, in primo grado, le controversie di minore entità (del valore fino a sette mila euro)<sup>62</sup>. Nulla esclude, tuttavia, che a breve gli algoritmi decisionali possano trovare impiego anche in ambito penale.

La possibilità di una diffusione di decisioni giudiziarie algoritmiche anche in materia penale ha, però, già richiamato l'attenzione, e destato la preoccupazione, del Consiglio d'Europa il quale, tramite la propria Commissione per l'efficacia della giustizia (CEPEJ), il 4 dicembre 2018 ha adottato la *Carta etica europea per l'uso dell'intelligenza artificiale nei sistemi di giustizia penale e nei relativi ambienti*<sup>63</sup>. Come è stato opportunamente evidenziato, si tratta di un «documento di eccezionale rilevanza»<sup>64</sup>, poiché è la prima volta che, a livello europeo, «preso atto della crescente importanza dell'intelligenza artificiale nelle nostre moderne società e dei benefici attesi quando questa sarà pienamente utilizzata al servizio della efficienza e qualità della giustizia», vengono individuate alcune fondamentali linee guida, alle quali «dovranno attenersi i soggetti pubblici e privati responsabili del progetto e sviluppo degli strumenti e dei servizi della IA»<sup>65</sup>.

In particolare, la Carta etica enuncia i seguenti principi:

- 1) principio del rispetto dei diritti fondamentali;
- 2) principio di non discriminazione;
- 3) principio di qualità e sicurezza;
- 4) principio di trasparenza, imparzialità e correttezza;
- 5) principio di garanzia del controllo umano.

Quest'ultimo principio, in particolare, è finalizzato a «precludere un approccio deterministico» e ad «assicurare che gli utilizzatori agiscano come soggetti informati ed esercitino il controllo delle scelte effettuate» 66, al fine di evitare un eccessivo automatismo o una cieca standardizzazione delle decisioni.

Il documento esplicativo, allegato alla Carta etica, ci informa, altresì, che «nel 2018, l'uso di algoritmi di intelligenza artificiale nei sistemi giudiziari europei rimane principalmente un'iniziativa commerciale del settore privato, rivolta a compagnie assicurative, uffici e studi legali, avvocati e privati» (p. 16), pur evidenziando che l'utilizzo di tali algoritmi è meritevole di essere preso in considerazione «nel campo della giustizia civile, commerciale e amministrativa al fine di una risoluzione precontenziosa *online* delle controversie, purché un ricorso successivo al giudice rimanga possibile» (p. 41). Quanto ai procedimenti penali, il documento avverte che «anche se non sono specificamente progettati per essere discriminatori, l'uso di algoritmi basati

15

<sup>&</sup>lt;sup>61</sup> Di recente, sul tema è stata pubblicata una pregevole monografia di un processualcivilista spagnolo, J. Nieva Fenoll, *Inteligencia artificial y proceso judicial*, 2018, trad. in italiano di P. Comoglio, *Intelligenza artificiale e processo*, Giappichelli, 2019, recensita da D. Dalfino, *Stupidità (non solo) artificiale, predittività e processo*, in *Questione Giustizia online*, 3 luglio 2019.

<sup>&</sup>lt;sup>62</sup> Segnala tale notizia A. Cappellini, Machina delinquere non potest. *Brevi appunti su intelligenza artificiale e responsabilità penale*, in *Criminalia* 2019 (online su disCrimen dal 27 marzo 2019), rinviando all'articolo di C. Lavalle, <u>In Estonia il giudice sarà un'intelligenza artificiale</u>, 4 aprile 2019, in *La Stampa*.

<sup>&</sup>lt;sup>63</sup> Consultabile *online* al presente *link*. Per un primo commento ai contenuti della Carta, v. S. Quattrocolo, *Intelligenza artificiale e giustizia: nella cornice della Carta etica europea, gli spunti per un'urgente discussione tra scienze penali e informatiche, in www.lalegislazionepenale.eu, 18 dicembre 2018; C. Barbaro, <i>Cepej, adottata la prima Carta etica europea sull'uso dell'intelligenza artificiale (IA) nei sistemi giudiziari, in <i>Questione Giustizia online*, 7 dicembre 2018.

<sup>&</sup>lt;sup>64</sup> A. Traversi, Intelligenza artificiale applicata alla giustizia: ci sarà un giudice robot?, in Questione Giustizia online, 10 aprile 2019.

<sup>&</sup>lt;sup>65</sup> I virgolettati sono tratti dal testo della Carta (v. *supra*, nota 63).

<sup>&</sup>lt;sup>66</sup> I virgolettati sono tratti dal testo della Carta (v. *supra*, nota 63).



sull'IA [...] ha mostrato il rischio di favorire la rinascita di teorie deterministiche a scapito delle teorie dell'individualizzazione della pena» (p. 48).

Oltre alla preoccupazione di evitare discriminazioni e automatismi, l'impiego di algoritmi decisionali nell'ambito di un giudizio penale potrebbe risultare particolarmente problematico per tre ordini di ragioni<sup>67</sup>:

- in primo luogo, perché il mezzo di prova più frequentemente usato nel processo penale per l'accertamento dei fatti è la testimonianza ed un *computer* incontrerebbe serie difficoltà nel giudicare se un teste abbia detto la verità, sia stato reticente o abbia mentito;
- in secondo luogo, perché plurimi e non predeterminati sono i criteri di valutazione della prova per cui, specialmente in un processo indiziario, ancor più difficile sarebbe per un algoritmo stabilire se determinati indizi possano essere considerati "gravi, precisi e concordanti" ai sensi dell'art. art. 192, comma 2, c.p.p.;
- infine, sembra pressoché impossibile aspettarsi da un algoritmo la capacità di intendere e applicare la regola di giudizio, di cui all'art. 533, comma 1, c.p.p., basata sull'"oltre ogni ragionevole dubbio", dal momento che possiamo immaginare *software* capaci di dare risposte secondo una logica binaria (sì/no; bianco/nero; vero/falso), o anche secondo una logica probabilistica (sì al 70%; bianco all'80%; vero al 90%), ma difficilmente *software* capaci di esprimere valutazioni, nella cui assunzione giochino un ruolo irrinunciabile per quanto non ponderabile in termini precisi fattori irriducibilmente umani<sup>68</sup>.

Su tali questioni i processualpenalisti, anche in Italia, hanno già avviato un fecondo dibattito<sup>69</sup>. Nelle pagine seguenti noi ci limiteremo, invece, ad esplorare un particolare ambito di utilizzo degli algoritmi in ambito penale, costituito, segnatamente, dagli algoritmi destinati a fornire una prognosi circa la futura commissione di un (nuovo) reato da parte del soggetto sottoposto a valutazione.

### 5. Terzo percorso d'indagine - IA e valutazione della pericolosità criminale: gli algoritmi predittivi.

#### 5.1. Considerazioni introduttive.

Quali probabilità sussistono che un individuo, avente determinate caratteristiche, possa in futuro commettere un (nuovo) reato?

Si tratta di un quesito la cui risposta è necessaria, tra l'altro, quando si tratta di applicare una misura di sicurezza, una misura cautelare o una misura di prevenzione, o anche per concedere

68 Sul punto, v. pure S. Gaboriau, Libertà e umanità del giudice: due valori fondamentali della giustizia. La giustizia digitale può garantire nel tempo la fedeltà a questi valori?, in Questione Giustizia, fasc. 4, 2018, p. 11.

<sup>&</sup>lt;sup>67</sup> A. Traversi, *Intelligenza artificiale applicata alla giustizia*, cit., p. 3.

<sup>&</sup>lt;sup>69</sup> Tra gli altri, v. G. Canzio, *Il dubbio e la legge*, in *Diritto penale contemporaneo*, 2018, pp. 1 ss.; M. Gialuz, *Quando la giustizia penale incontra l'intelligenza artificiale: luci e ombre dei* risk assessment tools *tra Stati Unite ed Europa*, in *ivi*, 2019, pp. 1 ss.; A. Natale, *Introduzione. Una giustizia (im)prevedibile?*, in *Questione Giustizia*, fasc. 4, 2018, pp. 1 ss.; nello stesso fascicolo, v. pure i contributi di C. Costanzi, *La matematica del processo: oltre le colonne d'Ercole della giustizia penale*, e di C. Castelli, D. Piana, *Giustizia predittiva. La qualità della giustizia in due tempi*; vedasi, infine, il fascicolo monografico di *Giurisprudenza Italiana* per i Centosettanta anni della Rivista, dedicato all'argomento dell'Intelligenza Artificiale (di prossima pubblicazione).



la sospensione condizionale di una pena o l'affidamento in prova al servizio sociale<sup>70</sup>. Ebbene, a tale fondamentale quesito oggi i nostri giudici forniscono risposte per lo più intuitive, affidate esclusivamente alla loro esperienza personale e al loro buon senso, oppure, quando consentito dalla legge, basate su valutazioni cliniche di periti<sup>71</sup>, mentre in futuro (e già nel presente di altri ordinamenti giuridici) siffatte valutazioni prognostiche della pericolosità criminale potrebbero essere affidate a specifici algoritmi (*risk assessment tools*, o algoritmi predittivi), capaci di attingere e rielaborare quantità enormi di dati al fine di far emergere *relazioni*, *coincidenze*, *correlazioni*, che consentano di profilare una persona e prevederne i successivi comportamenti, anche di rilevanza penale.

#### 5.2. La valutazione "attuariale" della pericolosità criminale.

Prima, tuttavia, di entrare nel vivo dell'analisi di questi "algoritmi predittivi" della pericolosità criminale, conviene anteporre alcune considerazioni sulla valutazione c.d. attuariale di siffatta pericolosità, che costituisce il presupposto teorico per l'utilizzo degli algoritmi predittivi.

Negli ultimi anni, infatti, come ben evidenzia Georgia Zara<sup>72</sup>, si sta facendo sempre più strada una concezione *evidence-based* di valutazione del rischio individuale di commissione di un (nuovo) reato: una concezione, quindi, basata su riscontri oggettivi, destinata a soppiantare, o quanto meno integrare, le valutazioni intuitive dei giudici, tuttora ampiamente diffuse.

La valutazione *evidence-based* della pericolosità criminale presuppone la previa individuazione di una serie di *fattori di rischio* (o *predittori*) direttamente coinvolti nel comportamento criminoso, fattori che possono, tra l'altro, riguardare:

- -1'età,
- il sesso,
- l'origine etnica,
- il livello di scolarizzazione,
- la situazione familiare e lavorativa,
- la posizione sociale.
- i precedenti penali,
- le precedenti esperienze carcerarie,
- − i luoghi e le persone frequentati,
- la presenza di autori di reato nella cerchia familiare o nella rete di conoscenze,
- il luogo di residenza,
- le difficoltà di regolazione della rabbia e aggressività,
- il discontrollo degli impulsi,
- una storia di precedente violenza agita,
- una storia di ospedalizzazione,
- un pensiero pro-criminale,

<sup>70</sup> Sui plurimi ambiti, all'interno dei quali risulta necessario formulare una prognosi di futura commissione di un (nuovo) reato, sia consentito rinviare a F. Basile, *Esiste una nozione ontologicamente unitaria di pericolosità sociale? Spunti di riflessione, con particolare riguardo alle misure di sicurezza e alle misure di prevenzione*, in *Riv. it. dir. proc. pen.* 2018, pp. 644 s.

<sup>&</sup>lt;sup>71</sup> Sul cui grado di affidabilità, tuttavia, la dottrina è fortemente scettica: v., per tutti, J. Monahan, *Predicting violent behavior: An assessment of clinical techniques*, SAGE Library of Social Research, 1981.

<sup>&</sup>lt;sup>72</sup> G. Zara, *Tra il probabile e il certo. La valutazione del rischi di violenza e di recidiva criminale*, in *Diritto penale contemporaneo*, 20 maggio 2016, con riferimento, in particolare, al lavoro di J. P. Singh et al., *A comparative study of violence risk assessment tools: a systematic review and meta-regression analysis of 8 studies involving 25980 participants*, in *Clin Psychol Rev*, 31, 2011, pp. 499



- alcune variabili contestuali (quali, ad esempio, la mancanza di sostegno familiare e sociale).
  - il consumo di sostanze stupefacenti o alcoliche,
  - le psicopatie.

Ebbene, tutti questi fattori, una volta raccolti grazie a studi longitudinali prospettici, possono consentire un *approccio di tipo attuariale* (*o statistico*) alla valutazione della pericolosità criminale. Attraverso, infatti, una loro combinazione, si possono predisporre delle 'scale' che consentono l'attribuzione di un punteggio (*score*) al soggetto preso in esame<sup>73</sup>.

Peraltro, le "scale", utilizzate per la valutazione attuariale della pericolosità criminale, si differenziano tra di loro, in base, tra l'altro, alla *popolazione* in relazione alla quale sono state elaborate (ad esempio, popolazione di adulti, di minori, di maschi, di femmine, di pazienti psichiatrico-forensi, di detenuti o ex-detenuti); in base alla *tipologia di reati implicati* (esistono scale generiche, cioè relative a tutti i reati, e scale specifiche, relative a singole tipologie di reati, come i reati sessuali o i reati violenti); in base alla *temporalizzazione del rischio* (immediato, o a medio o a lungo termine); in base, infine, al *contesto applicativo* (comunità civile, istituti di pena, centri di salute mentale, ospedali psichiatrico-giudiziari)<sup>74</sup>.

Ovviamente, poi, non tutti i fattori di rischio sono uguali e non tutti impattano in modo univoco e nello stesso modo. I fattori di rischio, inoltre, hanno un differente tasso di *dinamicità*, nel senso che esistono: *i*) fattori statici, non modificabili (ad esempio, il sesso e l'origine etnica); *ii*) fattori dinamici stabili, che sono modificabili grazie al trattamento terapeutico (ad esempio, il discontrollo degli impulsi); *iii*) infine, fattori di rischio acuti, che cambiano rapidamente e sono associati ad una condizione facilitante la reazione violenta (ad esempio, l'uso di sostanze stupefacenti)<sup>75</sup>.

Un altro concetto fondamentale in proposito, infine, è la c.d. *dose-exposure relationship*: se è, infatti, innegabile che più numerosi sono i fattori di rischio, più alta la probabilità di *outcomes* criminali, occorre altresì considerare che «precocità, durata e intensità dell'esposizione a più fattori di rischio che interagiscono in modo cumulativo, equifinale, dinamico, aumentano la probabilità di violenza e manifestazioni criminali»<sup>76</sup>.

Pensiamo ora alla possibilità che queste valutazioni attuariali – e prima ancora la raccolta e rielaborazione dei dati che consentono la predisposizione delle "scale" – siano affidate, come di fatto già avviene negli Stati Uniti, a sistemi di intelligenza artificiale, quindi ad algoritmi predittivi, forniti di procedure di autoapprendimento (*machine learning*) e straordinaria capacità e rapidità nel far emergere *relazioni*, *coincidenze*, *correlazioni*, e non sarà difficile immaginare i grandi vantaggi (ma anche, come vedremo, i grandi rischi) che l'evoluzione tecnologica sembrerebbe promettere nella valutazione della pericolosità criminale.

<sup>&</sup>lt;sup>73</sup> L. Castelletti, G. Rivellini, E. Straticò, Efficacia predittiva degli strumenti di Violence Risk Assessment e possibili ambiti applicativi nella psichiatria forense e generale italiana, in Journal of Psychopathology, 2014, pp. 153 ss.; G. Rocca, C. Candelli, I. Rossetto, F. Carabellese, La valutazione psichiatrico forense della pericolosità sociale del sofferente psichico autore di reato: nuove prospettive tra indagine clinica e sistemi attuariali, in Rivista Italiana di Medicina Legale (e del Diritto in campo sanitario), n. 4, 2012, pp. 1442

<sup>&</sup>lt;sup>74</sup> G. Zara, *Tra il probabile e il certo*, cit., pp. 17 ss.

<sup>&</sup>lt;sup>75</sup> G. Zara, *Tra il probabile e il certo*, cit., p. 12.

<sup>&</sup>lt;sup>76</sup> G. Zara, *Tra il probabile e il certo*, cit., p. 14.



#### 5.3. L'impiego di algoritmi predittivi negli Stati Uniti.

Negli Stati Uniti, in effetti, già da una decina d'anni sono in fase di diffusione algoritmi predittivi della pericolosità criminale. Essi sono, ad esempio, usati nella fase del *parole* (per decidere se un individuo, nelle more della celebrazione del processo, possa essere rilasciato dietro il pagamento di una eventuale cauzione), o per misurare il rischio di recidiva del condannato, ai fini della sua ammissibilità al *probation* o ad altra misura alternativa alla detenzione.

#### 5.3.1. Psa - Public Safety Assessment.

Stando a quanto riferito dalla giornalista Ephrat Livni<sup>77</sup>, ad esempio, lo Stato del New Jersey (e, in misura minore, anche altri venti Stati), nell'intento di riformare il sistema del *parole*, ha introdotto un sistema algoritmico di valutazione della pericolosità criminale, denominato *Public Safety Assessment* – Psa, ideato da una organizzazione *non profit* (la "Laura and John Arnold Foundation") col proposito di fornire ai giudici, impegnati a formulare una prognosi criminale, indicazioni scientifiche ed imparziali in tempi rapidi.

L'algoritmo Psa mette a confronto i fattori di rischio del soggetto sotto valutazione con un *database* di 1,5 milioni di casi provenienti da trecento giurisdizioni di tutti gli Stati Uniti e, in base alle informazioni a disposizione, attribuisce al medesimo un punteggio su una scala da uno a sei.

I fattori di misurazione di rischio presi in esame sono nove (tra cui l'età, i precedenti penali, le passate apparizioni in tribunale e le denunce ricevute in casi precedenti), e tra di essi non compaiono né la razza, né l'origine etnica e geografica.

Da quando il Psa è stato adottato, nello Stato del New Jersey il numero delle persone che sono state rilasciate su *parole* è decisamente aumentato; soprattutto è aumentato il numero delle persone rilasciate *senza* il pagamento di una cauzione. L'algoritmo sembra, quindi, aver favorito i soggetti non-pericolosi non abbienti: si consideri, infatti, che uno studio del 2013 aveva messo in evidenza che quasi il 40 % degli imputati che in teoria avrebbe potuto uscire su cauzione, alla fine restava in prigione perché non aveva abbastanza soldi per il pagamento della cauzione; oggi, invece, gli imputati sono rilasciati, indipendentemente dalle loro condizioni economiche, in base alla valutazione "neutrale" fornita dal Psa (valutazione che, tuttavia, si affianca a quella del giudice, senza sostituirla).

#### 5.3.2. COMPAS - Correctional Offender Management Profiling for Alternative Sanctions.

L'algoritmo predittivo di gran lunga più famoso, utilizzato (e controverso) negli Stati Uniti è, tuttavia, quello di COMPAS - Correctional Offender Management Profiling for Alternative Sanctions, un software elaborato e commercializzato da una società privata, la Northpointe (da gennaio 2017, ridenominata Equivant)<sup>78</sup>.

<sup>&</sup>lt;sup>77</sup> E. Livni, *Nei tribunali del New Jersey è un algoritmo a decidere chi esce su cauzione*, in *Internazionale*, marzo 2017 (trad. F. Ferrone).

<sup>&</sup>lt;sup>78</sup> J. Dressel, H. Farid, *The accuracy, fairness, and limits of predicting recidivism*, in *Science Advances*, fasc. 4, 2018, pp. 1 ss.: gli Autori riportano stime dalle quali risulterebbe che COMPAS, da quando è stato sviluppato nel 1998, è stato utilizzato in più di un milione di casi



Per avere un'idea di come funzioni COMPAS è possibile sfogliare *online* una versione del relativo "Manuale operativo", risalente a marzo 2015, da cui tra l'altro si apprende che:

«COMPAS è uno strumento di valutazione dei rischi [di commissione di reato] e delle esigenze [trattamentali] di quarta generazione. Le agenzie di giustizia penale in tutto il Paese utilizzano COMPAS per assumere decisioni in merito al collocamento, alla supervisione e alla gestione degli autori di reati. COMPAS è stato sviluppato empiricamente con un focus sui predittori di cui è nota l'influenza sulla recidiva. Esso prende in considerazione anche fattori di rischio dinamici e fornisce informazioni su una varietà di fattori di rischio ampiamente convalidati [dalla ricerca scientifica] al fine di agevolare gli interventi correttivi rivolti a ridurre le probabilità di recidivanza [...]. COMPAS è stato sviluppato per la prima volta nel 1998 e da allora è stato rivisto più volte man mano che la base di conoscenze fornite dalla criminologia e dalla prassi correzionale si è evoluta [...]. Continuiamo a apportare miglioramenti a COMPAS sulla base dei risultati di ricerche empiriche e di studi sulla recidiva, condotti in carcere o presso agenzie preposte a seguire la *probation*. COMPAS viene periodicamente aggiornato per stare al passo con le migliori pratiche emergenti e i progressi tecnologici [...].

COMPAS prende in considerazione – nella sua configurazione base – la risposta a 137 domande, concernenti le seguenti voci:

- precedenti criminali;
- precedenti illeciti e infrazioni;
- passato di violenza;
- violenza attuale;
- frequentazioni con criminali;
- abuso di sostanze;
- problemi economici;
- difficoltà nell'istruzione e nella formazione professionale;
- ambiente familiare delinquenziale;
- contesto sociale;
- modo di utilizzo del tempo libero;
- instabilità residenziale;
- adeguamento sociale;
- difetti di socializzazione;
- opportunità criminali;
- isolamento sociale;
- pensiero pro-criminale;
- personalità criminale<sup>79</sup>.

[...] Le risposte alle domande vengono fornite dal soggetto sotto valutazione, oppure vengono ricercate negli archivi o nei registri a disposizione delle procure e della polizia. La razza non è un fattore preso in considerazione. In sede di intervista con l'imputato gli vengono rivolte domande del seguente tipo: "Uno dei tuoi genitori è mai stato in prigione o è attualmente in prigione?". Il questionario chiede inoltre alle persone di essere d'accordo o in disaccordo con affermazioni del seguente tipo: "Una persona affamata ha il diritto di rubare" e "Se le persone mi fanno arrabbiare o perdere la calma, posso essere pericoloso".

[...] COMPAS si distingue da altri *software* di calcolo attuariale, in quanto tiene in considerazione anche i fattori di rischio dinamici, oltre a quelli statici, e in quanto fornisce indicazioni non solo sul rischio di recidiva, ma anche sul trattamento più adatto per la singola persona per ridurre tale rischio»<sup>80</sup>.

<sup>&</sup>lt;sup>79</sup> Come risulta immediatamente evidente, le voci rilevanti per COMPAS coincidono in gran parte, salvo qualche scostamento terminologico, con quelle messe a punto dalla dottrina impegnata a consolidare e diffondere la valutazione attuariale della pericolosità criminale (v. *supra*, par. 5.2).

<sup>80</sup> Practitioner's Guide to COMPAS Core.



Nei confronti dell'impiego di COMPAS sono state tuttavia sollevate - sulla scorta di ricerche indipendenti – alcune critiche in ordine alla sua effettiva validità predittiva (accuracy) e alla sua imparzialità (fairness).

In particolare, nel maggio del 2016 un gruppo di ricercatori ha pubblicato, su incarico di una Organizzazione Non Governativa (ProPublica), una ricerca in cui si analizzavano le prestazioni di COMPAS su un campione di oltre 7000 persone arrestate nella contea di Broward, in Florida, tra il 2013 e il 2014. Da questa ricerca emergerebbe che le previsioni formulate da COMPAS erano inaffidabili e risentivano di distorsioni su base razziale, favorendo gli imputati bianchi rispetto agli imputati neri, dal momento che si rilevava una sottostima del rischio di recidiva dei primi e una sovrastima del rischio di recidiva dei secondi<sup>81</sup>.

Anche uno studio successivo<sup>82</sup> ha sollevato gravi perplessità, evidenziando due profili problematici ulteriori rispetto al rischio di pregiudizio razziale:

- l'algoritmo COMPAS fornirebbe previsioni sostanzialmente equivalenti a quelle fornite da persone prive di conoscenze specifiche in materia: quindi, la sua utilità sarebbe estremamente discutibile;
- il grado di affidabilità delle valutazioni, fornite da COMPAS dopo aver preso in considerazione ben 137 voci, sarebbe sostanzialmente equivalente al grado di affidabilità di valutazioni fornite sulla scorta di solo 2 voci.

Al momento, tuttavia, mancano ulteriori e più approfonditi studi di verifica delle prestazioni di COMPAS, anche a causa del fatto che molte delle informazioni utili per effettuare tali studi sono, in realtà, coperte da segreto industriale, ben custodito dalla società privata che commercializza il relativo software.

#### 5.3.2.1. In particolare il caso Loomis e il controverso uso di COMPAS in sede di sentencing.

Critiche ancor maggiori nei confronti di COMPAS hanno riguardato il suo possibile utilizzo in sede di sentencing, vale a dire a fini di commisurazione della pena dell'imputato riconosciuto colpevole<sup>83</sup>.

Tali critiche sono in particolare emerse in relazione al c.d. caso Loomis<sup>84</sup>, dal nome di un imputato che aveva fatto ricorso alla Corte Suprema del Wisconsin per contestare l'entità della pena che gli era stata inflitta dalla Corte locale che, in fase commisurativa, si era per l'appunto avvalsa di COMPAS<sup>85</sup>: l'algoritmo predittivo veniva contestato dal ricorrente per la sua

<sup>81</sup> J. Angwin, J. Larson, S. Mattu, L. Kirchner, Machine Bias, in www.propublica.org, 23 maggio 2016. In replica a tale studio, l'azienda produttrice di COMPAS ha commissionato una sorta di contro-studio, il quale avrebbe evidenziato una serie di errori nella metodica, nella misurazione e nella classificazione dei dati, commessi dai ricercatori di ProPublica: v. A. Flores, K. Bechtel, C. Lowenkamp, False Positives, False Negatives, and False Analyses: A Rejoinder to "Machine Bias: There's Software Used Across the Country to Predict Future Criminals. And It's Biased Against Blacks", in Federal Probation Journal, settembre 2016 (si noti, tuttavia, che tutti e tre gli Autori di questo contro-studio fanno parte del team di ricercatori di COMPAS). Per ulteriori riferimenti si può vedere direttamente <u>la presente pagina</u> del sito di Equivant.

82 J. Dressel, H. Farid, *The accuracy, fairness*, p. 3, con ulteriori rinvii.

<sup>83</sup> Stando a quanto riferito da J. Angwin, J. Larson, S. Mattu, L. Kirchner, *Machine Bias*, cit., negli Stati di Arizona, Colorado, Delaware, Kentucky, Louisiana, Oklahoma, Virginia, Washington e Wisconsin gli algoritmi predittivi (compreso ovviamente COMPAS) sono usati anche in fase di sentencing.

<sup>84</sup> Wisconsin S.C., State v. Loomis, 881, N.W.2d 749 (2016).

<sup>85</sup> Sul caso Loomis esiste una copiosa letteratura, anche fuori dagli Stati Uniti: E. Istriani, Algorithmic Due Process: Mistaken Accountability and Attribution in State v. Loomis, in Harvard JOLT Digest, 31 agosto 2017; K. Freeman, Algorithmic Injustice: How the Wisconsin Supreme Court Failed to Protect Due Process Rights in State v. Loomis, in North Carolina Journal of Law & Technology, Vol. 18, 2016, pp. 75 ss.; Anonimo, State v. Loomis. Wisconsin Supreme Court Requires Warning Before Use of



predisposizione a seguire pregiudizi basati sul genere e sulla razza, nonché per il difetto di trasparenza relativo al suo meccanismo di funzionamento.

La Corte Suprema del Wisconsin, sollecitata da tali rilievi, ha formulato un *warning* in relazione al futuro uso di COMPAS, mettendo in evidenza:

- la sua natura di prodotto coperto da segreto industriale, che impedisce la divulgazione di informazioni relative al suo metodo di funzionamento;
- il fatto che le valutazioni sono effettuate da COMPAS su base collettiva, di gruppo, e non individuale;
- infine, il rischio di una sovrastima del rischio di commissione di reati a carico di talune minoranze etniche<sup>86</sup>.

Ciò nondimeno, nel caso di specie, la Corte ha respinto il ricorso del sig. Loomis, sulla scorta della considerazione che le valutazioni di COMPAS non erano state "decisive", in quanto erano state pur sempre sottoposte al controllo e alla validazione di un giudice umano<sup>87</sup>.

#### 5.4. Considerazioni conclusive.

I sostenitori dell'impiego degli algoritmi predittivi ritengono che questi *software*, grazie all'elaborazione di *big data* e all'apprendimento automatico, rendono le valutazioni di pericolosità criminale più accurate e maggiormente esenti dal rischio di risentire di pregiudizi e condizionamenti culturali.

Per contro, come il dibattito sviluppatosi negli Stati Uniti intorno all'utilizzo di COMPAS ha mostrato, sono state sollevate serie perplessità in ordine all'effettiva validità predittiva (accuracy) e all'imparzialità (fairness) di questi algoritmi, i quali potrebbero produrre risultati poco affidabili o comunque discriminatori. Il loro uso solleva, altresì, attriti rispetto all'esigenza di una valutazione individualizzata della pericolosità criminale.

Vi sono poi problemi di trasparenza di non poco momento: si pensi solo al fatto che gli imputati, ma anche gli stessi giudici, in molti casi (ad esempio, nel caso di COMPAS) non hanno dettagli in ordine al funzionamento interno di questi *software*, giacché tali informazioni sono coperte da segreto industriale.

Oltre a questi profili controversi, dobbiamo inoltre fare i conti, come ben mette in evidenza Giovanni Canzio, con problemi etici e deontologici di deresponsabilizzazione dei giudicanti di non poco momento:

«il dubbio del giudicante in ordine alla propensione dell'imputato a ripetere il delitto non trova più la soluzione in un criterio metodologico di accertamento del fatto e neppure in una puntuale prescrizione della legge, ma viene affidato a un algoritmo di valutazione del rischio, elaborato da un *software* giudiziario [...]. Considerati i risultati pratici – soprattutto in termini di risparmio – conseguiti dall'impiego del modello matematico-statistico, neppure le cautele e il *warning* delle corti e lo scetticismo degli studiosi, quanto al rispetto delle garanzie del

Algorithmic Risk Assessments in Sentencing, in Harvard Law Review, Vol. 130, 2017, pp. 1530 ss.; nella dottrina italiana, v. C. Costanzi, La matematica del processo, cit., p. 234; S. Carrer, Se l'amicus curiae è un algoritmo: il chiacchierato caso Loomis alla Corte Suprema del Wisconsin, in Giur. pen. web., 24 aprile 2019.

<sup>&</sup>lt;sup>86</sup> Su questi aspetti, v. in particolare K. Freeman, Algorithmic Injustice, cit., p. 76.

<sup>87</sup> Ihidem



due process nella raccolta delle informazioni utili per la valutazione del rischio nel mondo reale e all'eventuale pregiudizio discriminatorio, sono riusciti a frenare l'impetuosa avanzata delle tecniche informatiche di tipo predittivo nel sistema statunitense di giustizia penale. Si è forse agli inizi di uno sconvolgente (e però non auspicabile) mutamento di paradigma della struttura e della funzione della giurisdizione? A fronte della complessità tecnica, dei tempi e dei costi delle faticose operazioni giudiziali ricostruttive del fatto, la postmodernità metterà in crisi l'equità, l'efficacia e le garanzie del modello proprio del razionalismo critico, oppure resterà ben salda e vitale l'arte del giudicare reasonig under uncertainty, seppure by probabilities?»<sup>88</sup>.

Per ora, quanto meno in Europa, gli algoritmi predittivi della pericolosità criminale (e, più in generale, gli *automated decision systems*, descritti nel paragrafo 4), non hanno avuto accesso nelle nostre aule penali, anche perché, a precludere loro l'accesso, si erge l'art. 15 della direttiva 95/46/CE, confluito nell'art. 22 del nuovo Regolamento europeo in materia di protezione dei dati personali, entrato in vigore il 25 maggio 2018. Tale articolo stabilisce, infatti, che ogni persona ha il diritto di non essere sottoposta ad una decisione che produca effetti giuridici o abbia effetti significativi nei suoi confronti fondata esclusivamente su *un trattamento automatizzato di dati* destinati a valutare taluni aspetti della sua personalità.

Ancora in ambito eurounitario, occorre altresì ricordare che la già citata Risoluzione del Parlamento europeo sulla robotica del 2017 pone l'accento proprio sul *principio della trasparenza*, sottolineando la necessità che risulti sempre possibile indicare la logica alla base di ogni decisione, presa con l'ausilio dell'intelligenza artificiale, qualora tale decisione possa avere un impatto rilevante sulla vita di una o più persone.

Possiamo allora riportare a questo proposito le parole di Andrea Natale, il quale, riflettendo sull'utilizzo di algoritmi predittivi in sede giudiziaria, svolge le seguenti, condivisibili, considerazioni di sintesi:

- «(a) il risultato fornito dagli algoritmi predittivi è necessariamente influenzato dalla *qualità* dei dati che vengono posti come *input*; ne discende che è indispensabile prevedere meccanismi che assicurino: (a.1) la qualità del dato; (a.2) l'indipendenza della fonte da cui provengono i dati; (a.3) l'indipendenza dell'autorità che raccoglie i dati; (a.4) l'accessibilità a tutti dei dati posti come *input* dell'algoritmo;
- (b) è necessario scongiurare il rischio che l'algoritmo possa avere un esito discriminatorio fondato su dati personali sensibili, tra cui la razza e l'estrazione sociale [...];
- (c) la verificabilità o meno della struttura dell'algoritmo; un algoritmo ha una sua struttura che non è *neutra* [...]; nel concepire l'architettura di un algoritmo, il programmatore fa delle scelte che, necessariamente, influenzano il *risultato* dell'operazione computazionale; il programmatore può fare degli errori di progettazione; un algoritmo la cui struttura sia protetta da diritti di proprietà intellettuale e non open source è sottratto alla possibilità di controllo, verifica e confutazione da parte della parte processuale e, più in generale, della comunità degli utenti; ciò comporta non pochi problemi, tanto sotto il profilo della validazione dell'affidabilità scientifica del risultato che l'algoritmo restituisce, quanto sotto il profilo del diritto di difesa; si ritiene, pertanto, indispensabile che laddove si voglia davvero fare un uso processuale di algoritmi predittivi da parte del sistema giudiziario (che è un sistema per sua natura *pubblico*) nessun segreto possa essere posto sull'architettura degli algoritmi e dei dati che lo alimentano; si deve poi elaborare un meccanismo che assicuri anche l'indipendenza di chi ha elaborato l'algoritmo (che senso ha costituzionalizzare

<sup>&</sup>lt;sup>88</sup> G. Canzio, *Il dubbio e la legge*, in *Diritto penale contemporaneo*, 20 luglio 2018, pp. 3 s. Sul classico ragionamento giudiziario "by probabilities", v. lo stesso G. Canzio, *La motivazione della sentenza e la prova scientifica*: "reasoning by probabilities", in G. Canzio, L. Luparia (a cura di), *Prova scientifica e processo penale*, Cedam, 2018, pp. 3 ss.



l'indipendenza del giudice e la sua soggezione solo alla legge se non si coltiva analoga pretesa a chi elabora uno strumento decisorio di simile portata?);

- (d) l'algoritmo anche ove usato non come strumento decisorio esclusivo, ma come mero supporto alla decisione del giudice richiede formazione; è dunque indispensabile *formare* il personale giudiziario che potrebbe doversene avvalere;
- (e) l'algoritmo predittivo muovendo da una elaborazione della giurisprudenza e dei casi precedenti può indicare non 'il risultato' esatto di una certa controversia, ma il suo possibile esito, evidenziando quali siano le linee giurisprudenziali prevalenti e quali gli esiti concreti che si sono dati in casi simili; ciò, però, comporta più di un rischio: (e.1) l'algoritmo non è in grado di "riconoscere" che *quello a lui sottoposto non è un caso simile*; vi sono delle singolarità che un decisore umano, forse rileverebbe e che lo porterebbero ad operare un *distinguishing*; l'algoritmo non è progettato per prevedere questa evoluzione; (e.2) per la stessa ragione, l'algoritmo può favorire quello che Garapon [...] chiama come *effetto moutonnier* (effetto pecora nel gregge): è concreto, in altri termini, il rischio di indurre il giudice pigro ad adagiarsi sulla proposta dell'algoritmo senza assumere su di sé l'autentica responsabilità del giudizio che egli emette; (e.3) per la stessa ragione, l'uso di algoritmi può favorire una cristallizzazione della giurisprudenza, rendendola meno sensibile ai cambiamenti sociali (e, di fatto, rendendoli meno probabili)»<sup>89</sup>.

Le ragioni di perplessità che accompagnano l'utilizzo degli algoritmi predittivi per la valutazione della pericolosità criminale sono state, infine, condivise anche dalla Commissione per l'efficacia della giustizia (CEPEJ) del Consiglio d'Europa che ha elaborato la già menzionata Carta etica. La Carta, infatti, ricorda che l'uso di algoritmi in materia penale al fine di profilare le persone è stato criticato dalle ONG «a causa dei limiti della metodologia utilizzata», e in particolare del loro «approccio meramente statistico», il quale avrebbe «effetti discriminatori e deterministici», sicché esso andrebbe «sostituito da un altro approccio che risulti più rispettoso delle norme europee in materia di sanzioni penali e che salvaguardi le *chances* di riabilitazione e reintegrazione del singolo individuo. Se i sistemi algoritmici riescono a migliorare la raccolta di informazioni per valutazioni inerenti la *probation*, per esempio, e a rendere possibile che le informazioni pertinenti siano raccolte più rapidamente per la successiva elaborazione umana, allora si tratterebbe sicuramente di un progresso (in particolare nei procedimenti sommari). Qualsiasi altro uso è esposto a pregiudizi destinati ad entrare in conflitto con alcuni principi fondamentali, nazionali e sovranazionali» 90.

Alla luce di tutte queste perplessità il presente paragrafo deve, quindi, necessariamente concludersi con un interrogativo: siamo davvero pronti a delegare valutazioni che possono incidere significativamente sui diritti fondamentali di una persona – come la valutazione della pericolosità criminale – ad un *software*?

- 6. Quarto percorso d'indagine IA e reato: possibili ipotesi di coinvolgimento come strumento, come autore, o come vittima di un sistema di IA nella commissione di un reato.
- 6.1. Considerazioni introduttive.

24

<sup>&</sup>lt;sup>89</sup> A. Natale, *Introduzione. Una giustizia (im)prevedibile?*, in *Questione Giustizia*, fasc. 4, 2018, pp. 3 ss. Trattasi dello scritto introduttivo, che fa da premessa ad alcuni saggi, raccolti nel cit. fasc. 4, e dedicati, sia pur in prospettive diverse, al tema "*Una giustizia (im)prevedibile?*".

<sup>90</sup> Carta Etica, cit., pp. 67 ss.



Droni che uccidono per le strade urbane, come avvenuto nella città di Dallas nel luglio 2016<sup>91</sup>; auto senza conducente coinvolte nella causazione di incidenti a danno di cose o persone, come nel caso del tragico investimento di un pedone, avvenuto nel marzo 2018 in Arizona<sup>92</sup>; *software* che eseguono, in collaborazione o addirittura in sostituzione dell'uomo, compiti sempre più sofisticati, come pilotare un grosso aereo, ma che qualche volta possono interferire negativamente con la condotta umana, come i recenti disastri aerei dei Boeing 737 Max hanno purtroppo dimostrato<sup>93</sup>: qualora in tali episodi si possa riscontrare un fatto di reato, chi ne risponderà penalmente? il programmatore del *software*, il suo produttore o il suo utilizzatore? e siamo proprio sicuri che in queste ipotesi, e in altre simili immaginabili, il sistema di IA sia davvero solo uno *strumento* inanimato per la realizzazione del reato o, in considerazione delle sue caratteristiche, esso potrà essere considerato direttamente l'*autore* del reato?

Non vanno d'altra parte trascurate nemmeno le ipotesi in cui i sistemi di IA potrebbero essere considerati alla stregua di *vittime* di attacchi contro loro specificamente rivolti, sicché potremmo interrogarci circa l'opportunità dell'introduzione di nuove figure di reato destinate a punire, ad esempio, chi sottopone ad un malevole logoramento un robot, capace di riprodurre le sembianze (e i sentimenti?) di un cucciolo di cane, utilizzato in un programma di *doll therapy*, o a punire chi compie, senza prima averne acquisito il consenso, atti sessuali con un androide, progettato originariamente non certo per dare sfogo agli istinti libidinosi, ma per svolgere funzioni di *receptionist* all'interno di un albergo.

Si tratta di interrogativi che nella letteratura, soprattutto d'Oltreoceano, sono già affiorati e di cui anche le istituzioni e i soggetti pubblici sembrano avere consapevolezza. Particolare attenzione a questo problema è stata ad esempio dedicata dal Parlamento UE, che nella sua già citata Risoluzione sulla robotica del 2017 dedica un intero paragrafo dei *Considerando* alla voce "responsabilità". Vale la pena riportare alcuni di tali *Considerando*, in quanto essi – benché si riferiscano esclusivamente all'ambito della responsabilità civile e si focalizzino solo sui *software* di IA incorporati in robot – sono in grado di dare un adeguato abbrivio anche ad una riflessione su IA e responsabilità penale:

«AA. considerando che *l'autonomia di un robot* può essere definita come la capacità di prendere decisioni e metterle in atto nel mondo esterno, *indipendentemente da un controllo o un'influenza esterna*; che tale autonomia è di natura puramente tecnologica e il suo livello dipende dal grado di complessità con cui è stata progettata l'interazione di un robot con l'ambiente:

AB. considerando che *più* i robot sono autonomi, *meno* possono essere considerati come meri strumenti nelle mani di altri attori (quali il fabbricante, l'operatore, il proprietario, l'utilizzatore, ecc.); che ciò, a sua volta, pone il quesito se le regole ordinarie in materia di responsabilità siano sufficienti o se ciò renda necessari nuovi principi e regole volte a chiarire la *responsabilità legale dei vari attori per azioni e omissioni imputabili ai robot*, qualora le cause non possano essere ricondotte a un soggetto umano specifico, e se le azioni o le omissioni legate ai robot che hanno causato danni avrebbero potuto essere evitate;

25

<sup>&</sup>lt;sup>91</sup> N. Sharkey, *La robotica*, cit., p. 197, riferisce di un sospetto cecchino ucciso a Dallas tramite l'intervento di un drone (luglio 2016), commentando con le seguenti parole tale episodio: «in quel caso esisteva una chiara giustificazione e gli esperti di diritto hanno asserito che l'azione era stata legittima, resta il fatto che in quella circostanza si è probabilmente varcato un confine. È giusto proteggere la polizia, e la polizia dovrebbe, fintanto che è possibile, utilizzare mezzi non violenti. Quando questi si dimostrino inefficaci, è certamente necessario elevare il livello della forza impiegata, ma in modo graduale e proporzionale al reato che viene commesso: e sono valutazioni decisamente impegnative per un robot che agisce senza il controllo umano».

<sup>92</sup> L. Butti, <u>Le auto guideranno da sole, ma con quali responsabilità?</u>, in *Il Bo Live*, 9 novembre 2018; F. Suman, <u>Dilemmi morali per</u>

*le auto a guida autonoma*, in *ivi*, 7 novembre 2018.

<sup>93</sup> G. F. Italiano, *Intelligenza artificiale, che errore lasciarla agli informatici*, in *Agendadigitale.eu*, 11 giugno 2019.



AC. considerando che, in ultima analisi, l'autonomia dei robot solleva la *questione della loro natura* alla luce delle categorie giuridiche esistenti e dell'eventuale necessità di creare una nuova categoria con caratteristiche specifiche e implicazioni proprie [...];

IA. considerando che [...] l'attuale quadro giuridico non sarebbe sufficiente a coprire i danni causati dalla nuova generazione di robot, in quanto questi possono essere dotati di capacità di adattamento e di apprendimento che implicano un certo grado di imprevedibilità nel loro comportamento, dato che imparerebbero in modo autonomo, in base alle esperienze diversificate di ciascuno, e interagirebbero con l'ambiente in modo unico e imprevedibile»<sup>94</sup>.

#### 6.2. Il sistema di IA quale strumento di commissione del reato.

Cominciamo dall'ipotesi relativamente più semplice: quella in cui il sistema di IA costituisce lo *strumento* in mano ad altri – segnatamente, *in mano ad un uomo* – attraverso il quale il reato viene commesso<sup>95</sup>. Le enormi potenzialità dell'IA, infatti, potrebbero – e già lo sono state! – essere asservite anche a scopi criminali, e quindi essere utilizzate per la commissione di reati.

Tra le condotte criminali che più potrebbero essere agevolate dall'impiego di sistemi di intelligenza artificiale vi sono i "crimini informatici, economici ed ambientali, i traffici internazionali di sostanze stupefacenti e di altri prodotti illeciti, la trattata di esseri umani" na anche le violazioni in materia di *privacy* e trattamento dei dati personali, le violazioni della proprietà intellettuale ed industriale, i reati di diffamazione e le condotte di abuso della credulità popolare, magari commessi attraverso *bot* che creano *fakenews* destinate alla rete, etc.

Due esempi possono forse illustrare le enormi potenzialità "delinquenziali" dei sistemi di IA allorché essi divengano strumenti per la commissione di illeciti attraverso modalità fino a qualche anno fa assolutamente inimmaginabili.

Il primo esempio è costituito dal c.d. *bagarinaggio online*: quando un sito mette in vendita i biglietti per un concerto o un altro evento di grande richiamo per il pubblico, nel giro di pochi minuti una gran quantità di questi biglietti viene accaparrata da pochi soggetti che li acquistano attraverso i *bot*, programmi informatici capaci di eseguire le operazioni di acquisto ad una velocità inaccessibile per qualsiasi essere umano, per poi rimetterli in vendita su un mercato parallelo (*secondary ticketing*) a prezzi, ovviamente, decisamente maggiorati rispetto a quelli originari: un'attività che, tra l'altro, fomenta fenomeni di elusione ed evasione fiscale da parte dei "bagarini" of tra l'altro, fomenta fenomeni di elusione ed evasione fiscale da parte dei "bagarini" of tra l'altro, fomenta fenomeni di elusione ed evasione fiscale da parte dei "bagarini" of tra l'altro, fomenta fenomeni di elusione ed evasione fiscale da parte dei "bagarini" of tra l'altro, fomenta fenomeni di elusione ed evasione fiscale da parte dei "bagarini" of tra l'altro, fomenta fenomeni di elusione ed evasione fiscale da parte dei "bagarini" of tra l'altro, fomenta fenomeni di elusione ed evasione fiscale da parte dei "bagarini" of tra l'altro, fomenta fenomeni di elusione ed evasione fiscale da parte dei "bagarini" of tra l'altro, fomenta fenomeni di elusione ed evasione fiscale da parte dei "bagarini" of tra l'altro, fomenta fenomeni di elusione ed evasione fiscale da parte dei "bagarini" of tra l'altro, fomenta fenomeni di elusione ed evasione fiscale da parte dei "bagarini" of tra l'altro, fomenta fenomeni di elusione ed evasione fiscale da parte dei "bagarini" of tra l'altro, fomenta fenomeni di elusione ed evasione fiscale da parte dei "bagarini" of tra l'altro, fomenta fenomeni di elusione ed evasione fiscale da parte dei "bagarini" of tra l'altro, fomenta fenomeni di elusione ed evasione el evas

Il secondo esempio è costituito dalle *condotte di manipolazione abusiva del mercato* che possono essere commesse attraverso sofisticati programmi informatici, a cui è affidata non solo l'esecuzione delle transazioni finanziarie, ma anche la stessa decisione di compierle sulla scorta di un algoritmo che compara, in una frazione di secondo, numerose variabili: si tratta degli HFT (acronimo di *High Frequency Traders*), capaci di eseguire migliaia di operazioni al secondo.

<sup>94</sup> Risoluzione del Parlamento europeo del 16 febbraio 2017, cit., corsivi aggiunti.

<sup>95</sup> In proposito, v. già S. Riondato, *Robotica e diritto penale (robot, ibridi, chimere, "animali tecnologici")*, in D. Provolo, S. Riondato, F. Yenisey (a cura di), *Genetics, Robotics, Law, Punishment*, cit., pp. 600 ss.

<sup>&</sup>lt;sup>96</sup> Le ipotesi di reato riportate nel virgolettato sono menzionate nel documento di presentazione del "2019 OSCE Annual Police Experts Meeting: Artificial Intelligence and Law Enforcement: An Ally or an Adversary?", cit. supra, nota 30.

<sup>&</sup>lt;sup>97</sup> Dal 1 luglio 2019 in Italia, con la Legge di Bilancio 2019 (segnatamente, con l'art. 1 comma 1100, legge n. 145 del 2018), è stato introdotto l'obbligo del c.d. biglietto nominativo per talune categorie di eventi con più di 5000 spettatori, proprio al fine di prevenire la pratica illecita del bagarinaggio *online* (v. la presente pagina di Altroconsumo); per un intervento del legislatore californiano, parimenti mirante a contrastare il bagarinaggio *online*, v. P. McGreevy, *California ban on ticket-buying "bots" is signed into law*, in *Los Angeles Time*, 23 settembre 2013.



Come è stato dimostrato da studi e ricerche, un uso distorto degli HFT può provocare fenomeni di improvvisa e rapidissima oscillazione dei prezzi sui mercati finanziari, anche di rilevanza penale (in termini di aggiotaggio, manipolazione abusiva del mercato, etc.), senza che a tali oscillazioni sia associato alcun mutamento del valore sostanziale del titolo oggetto di contrattazione <sup>98</sup>.

Dobbiamo, insomma, prepararci ad un'era in cui la commissione di reati con lo strumento dell'IA potrebbe diventare assai frequente ed incisiva, anche in considerazione dell'accresciuta vulnerabilità di alcuni aspetti della vita umana connessi ad impieghi dell'intelligenza artificiale, a partire dall'impressionante numero di dati sul comportamento e lo stile di vita delle persone che possono essere raccolti tramite vari canali informatici e, da ultimo, tramite l'Internet delle Cose<sup>99</sup>, fino all'eventuale instaurazione di rapporti di vera dipendenza, talora anche affettiva, da macchine e sistemi di servizio che si muovono per noi, lavorano per noi (magari in sostituzione di funzionalità umane "disabilitate"), e addirittura accudiscono i nostri anziani o i nostri figli. L'uomo si ritrova in balia della macchina, sguarnito dei presidi tradizionali di protezione, essendo tali presidi tradizionali concepiti e strutturati per proteggerlo da attacchi "umani".

Occorre, allora, mettere in campo nuove fattispecie di reato (o rimodellare quelle già esistenti) al fine di renderle applicabili alla realizzazione di condotte criminose attraverso lo *strumento* dell'IA, offrendo così tutela ai beni giuridici anche da questa nuova fonte di attacchi?

Si tratta di interrogativi che dovranno entrare nell'agenda degli studiosi di diritto penale e, molto presto, anche in quella del legislatore.

#### 6.3. Il sistema di IA quale autore del reato: machina delinquere potest?<sup>100</sup>

I vari esempi sopra formulati, che abbiamo presentato come ipotesi in cui il sistema di IA è lo strumento, in mano all'uomo, per la commissione di un reato, potrebbero, tuttavia, prestarsi anche ad una differente lettura. Qualora, infatti, il sistema di IA coinvolto nella commissione del reato fosse un sistema di ultima generazione, fornito di capacità di apprendimento e di autonomia decisionale, potremmo chiederci se non risulti già varcata la frontiera del futuro, tanto da potersi individuare direttamente nel sistema di IA l'*autore* del reato: se così fosse, il sistema di IA dovrà rispondere penalmente di tale reato<sup>101</sup>?

A prescindere dalla risposta che si vorrà fornire alla presente questione, sta di fatto che in tutti i casi in cui la condotta dell'uomo si intreccia e si interseca con l'attività di un sistema di IA, il percorso di attribuzione delle responsabilità indubbiamente si complica, giacché le scelte, le

<sup>&</sup>lt;sup>98</sup> Il meccanismo degli HFT e dei suoi effetti distorsivi del mercato finanziario è ben illustrato, anche nelle sue implicazioni penali, da F. Consulich, *Il nastro di Möbius. Intelligenza artificiale e imputazione penale nelle nuove forme di abuso del mercato*, in *Banca Borsa Titoli di credito* 2018, pp. 195 ss.

<sup>&</sup>lt;sup>99</sup> S. Tafaro, *Riflessioni sulle intelligenze artificiali. Neutralità della rete*, in *Diritto@Storia*, quaderno 15, 2017, p. 3.

<sup>100</sup> La suggestiva formula *Machina delinquere non potest* (che noi qui riprendiamo sopprimendo il "non" e aggiungendo il punto di domanda) – formula la quale a sua volta ricalca l'antico brocardo *societas delinquere non potest*, a lungo invocato per precludere una responsabilità da reato a carico degli enti – è stata coniata da A. Cappellini, *Machina*, cit., p. 1.

<sup>101</sup> Oltre agli Autori in seguito citati, si pongono l'interrogativo sulla possibile responsabilità penale dei sistemi di IA, con varietà di risposte, tra gli altri, U. Pagallo, S. Quattrocolo, *The impact of AI on criminal law, and its twofold procedures*, in W. Barfield, U. Pagallo (a cura di), *Research Handbook on the Law of Artificial Intelligence*, Edward Elgar Pub, 2018, pp. 385 ss.; D. Lima, *Could AI Agents Be Held Criminally Liable? Artificial Intelligence and the Challanges for Criminal Law*, in *South Carolina Law Review*, 2018, pp. 677 ss.; T. King, N. Aggarwal, M. Taddeo, L. Floridi, *Artificial Intelligence Crime: An Interdisciplinary Analysis of Foreseeable Threats and Solutions*, in *Science and Engineering Ethics*, 2019; S. Gleß, E. Silverman, T. Weigend, *If robots cause harm, who is to blame? Self-driving cars and criminal liability*, in *New Criminal Law Review*, 2016, pp. 412 ss.; P. Asaro, *A body to Kick, but Still No Soul to Damn: Legal Perspectives on Robotics*, in P. Lin, K. Abney, G.A. Bekey (a cura di), *Robot Ethics*, MIT Press, 2012, pp. 169 ss.



valutazioni, i bilanciamenti, sottesi alla commissione del fatto, non sono più opera esclusiva dell'uomo, ma sono quantomeno condivisi con (se non interamente delegati alla) macchina 102.

Vengono in mente scenari in parte già noti: come si individua il responsabile di un'attività svolta in *equipe*? come si individua il colpevole in quelle ipotesi in cui il procedimento decisionale ed esecutivo è parcellizzato, frazionato e distribuito in capo ad una pluralità di soggetti? La novità sta però ora nel fatto che tra i membri dell'*equipe*, tra i plurimi soggetti coinvolti nel procedimento decisionale ed esecutivo non vi sono più solo esseri umani, ma anche sistemi di IA: e se il sistema di IA presenta autonomia decisionale e capacità di apprendimento e di reazione per effetto della propria esperienza e interazione con l'ambiente, diventa difficile escluderlo del tutto dal meccanismo di attribuzione della responsabilità. In effetti, come è stato acutamente rilevato:

«il presupposto indefettibile per imputare al programmatore, al fornitore e/o all'utente la responsabilità per danni generati dall'IA coincide con il controllo che questi sono in grado di esercitare sul software, un controllo che verrebbe meno specialmente a fronte delle più evolute e sofisticate tecnologie [...]. Le forme più avanzate di Intelligenza Artificiale, a differenza di altri sistemi innovativi fondati sull'automazione, non permetterebbero di apprezzare ex ante e in maniera verosimile il loro funzionamento e le possibili deviazioni rispetto a tali standard. Questo problema troverebbe conforto nello sviluppo di capacità di autoapprendimento che rendono ancora più difficile calcolare le conseguenze dell'utilizzo dell'Intelligenza Artificiale. Proprio la presenza di dinamiche intrinseche al loro funzionamento che permettono alle macchine di apprendere nuove funzioni, acquisendo gradualmente un'autonomia sempre maggiore rispetto a chi ne ha programmato il software, segnerebbe un limite importante alla capacità di tenuta degli standard normativi esistenti. Di conseguenza, le nuove intelligenze sarebbero in grado di porre in essere azioni e movimenti indipendentemente dal contributo del programmatore e/o dell'utente, e che non risalgono a comandi precedentemente impartiti, sia nella fase di progettazione che nella fase di utilizzo, e dunque non sono imputabili giuridicamente ad alcuno» <sup>103</sup>.

#### 6.3.1. Tra deresponsabilizzazione dell'uomo e responsabilizzazione della macchina.

Prima, tuttavia, di approfondire la questione se "machina delinquere potest?", occorre soffermarsi anche su un altro profilo, connesso al precedente. Il coinvolgimento dei sistemi di IA per l'espletamento di talune attività innesca, infatti, inevitabilmente – se non dal punto di vista giuridico, per lo meno a livello di fatto – un processo di «alienazione della responsabilità» dall'agente umano, come efficacemente si esprime Carla Bagnoli<sup>104</sup>, che ben descrive il rischio di un allontanamento, di uno scarico della responsabilità (per lo meno, della «responsabilità morale») dall'agente umano, ricorrendo all'esempio dei droni e al loro impiego nell'aeronautica militare:

«i droni che sostituiscono i piloti dell'aereonautica militare, ovvero i sistemi aeromobili a pilotaggio remoto, [sono] strumenti particolarmente invasivi che semplificano le operazioni militari ed espandono il raggio di azione degli esseri umani, introducendo una sorta di catena di comando molto complessa. Il comando dell'azione rimane all'essere umano, ma l'essere umano non è materialmente l'agente dell'azione; anzi, occupa una posizione distante nel

28

<sup>&</sup>lt;sup>102</sup> In argomento v. C. Bagnoli, *Teoria della responsabilità*, Il Mulino, 2019, pp. 74 ss.

<sup>103</sup> M. Bassini, L. Liguori, O. Pollicino, *Sistemi di Intelligenza Artificiale*, cit., pp. 356 ss. In termini analoghi, v. pure P. Asaro, *The liability problem for autonomous artificial agents*, in *AAIA Symposium on Ethical and Moral Considerations in Non-Human Agents*, 2016, p. 192, il quale ricorre ad un interessante paragone, comparando la posizione del programmatore e dell'utente nei riguardi dei sistemi di IA con quella dei genitori nei confronti dei propri figli una volta che questi siano divenuti "adulti" e abbiano pertanto appreso a sufficienza del funzionamento della realtà per poter sopportare iure proprio le conseguenze giuridiche delle proprie condotte.

104 C. Bagnoli, *Teoria della responsabilità*, cit., p. 77.



tempo e nello spazio e, talvolta, nemmeno ben identificabile. Il fatto che vi sia una catena di comando cui far risalire la responsabilità dell'azione può far pensare che l'azione sia meno soggetta al caso e all'improvvisazione, ma ogni anello della catena ha il suo punto di fragilità. Data la complessità della struttura gestionale e la distanza dall'azione, è difficile dire chi, alla fine, ha la responsabilità dell'azione. Soprattutto, poiché il comando è così frazionato, l'operatore non si identifica immediatamente con l'agente dell'azione, ciò che induce un tipo di alienazione con pericolosi effetti deresponsabilizzanti. Questa caratteristica ha effetti pesanti anche sul tipo di deliberazione in cui si può impegnare un agente alla catena di comando remota. Proprio perché separato e distante dallo scenario di guerra, non è condizionato allo stesso modo. Per esempio, è plausibile che abbia reazioni emotive differenti, di diversa intensità e che operi con una propensione al rischio alterata rispetto a quella che avrebbe se fosse realmente calato nella situazione. Queste differenze incidono significativamente sul modo in cui gli agenti si assumono la responsabilità delle proprie decisioni [...]. L'argomento principale a sfavore [dell'uso dei droni] è che il drone non consente una interazione con l'avversario e quindi priva l'avversario della relazione personale, limitando drasticamente le modalità di negoziazione e le espressioni di reciprocità» 105.

La deresponsabilizzazione (morale) dell'agente umano rischia di indebolire anche la tutela, garantita dal diritto penale, ai beni giuridici<sup>106</sup>: questo indebolimento potrebbe, allora, essere compensato dall'individuazione di un nuovo soggetto responsabile?

A quanto pare, quanto più si attivano meccanismi, anche solo fattuali, di deresponsabilizzazione dell'agente umano, tanto più abbiamo bisogno di interrogarci sulla possibilità di configurare una responsabilità penale direttamente in capo ai sistemi di IA.

#### 6.3.2. Vacilla il confine tra *machina* e persona?

La questione della possibile attribuzione di responsabilità, anche penale, ad entità diverse dall'uomo non è una novità assoluta nel dibattito giusfilosofico: Platone, ne *Le Leggi*, attribuiva la responsabilità anche ad animali e cose<sup>107</sup>; ancora alle soglie dell'Illuminismo venivano celebrati processi penali a carico di animali "delinquenti" dal 2001 anche in Italia è stata configurata una responsabilità da reato in capo agli enti (d.lgs. 231 del 2001), a carico, quindi, di "persone" che sono tali solo per effetto di una *fictio* giuridica (per l'appunto, "persone giuridiche").

L'ultima frontiera è segnata dai sistemi di IA: possono essi essere considerati "persone", o quanto meno possono essere equiparati alle "persone", al fine di una attribuzione di responsabilità, anche penale<sup>109</sup>?

<sup>105</sup> C. Bagnoli, Teoria della responsabilità, cit., p. 78.

<sup>106</sup> V. in proposito anche F. Consulich, *Il nastro di Möbius*, cit., pag. 204, che efficacemente parla di «disumanizzazione delle offese».

<sup>107</sup> Come ci ricorda da ultimo C. Bagnoli, *Teoria della responsabilità*, cit., p. 72.

<sup>&</sup>lt;sup>108</sup> Riferimenti in A. Cappellini, *Machina*, cit., p. 20; C. Bagnoli, *Teoria della responsabilità*, cit., p. 73.

In dibattito in materia è stato inizialmente avviato dai filosofi del diritto e dai filosofi dell'informatica (v., tra gli altri, H. Jonas, The Imperative of Responsibility. In search of an Ethics for the Technological Age, University of Chicago Press, 1984; L.B. Solum, Legal Personhood for Artificial Intelligences, in Illinois Public Law and Legal Theory Research Papers, Series No. 09-13, 2008; L. Floridi, J.W. Sanders, On the Morality of Artificial Agents, in Minds and Machines, 14/3, 2004, pp. 349 ss.; B.C. Stahl, Information, Ethics, and Computers: The Problem of Autonomous Moral Agents, in Minds and Machines, 14, 2004, pp. 67 ss.; Id., Responsible Computers? A Case for Ascribing Quasi-Responsibility to Computers Independent of Personhood or Agency, in Ethics and Information Technology, 8, 2006, pp. 205 ss.; G. Sartor, Gli agenti software: nuovi soggetti del ciberdiritto, in Contratto e impresa, 2, 2002, pp. 57 ss.) e si è di recente acceso anche tra gli studiosi della responsabilità veda, ad esempio, A. Santosuosso, C. Boscarato, F. Corleo, Robot e diritto: una prima ricognizione, in Nuova giur. civ. comm., II, 2012, pp. 497 ss.; A. Santosuosso, If the agent is not necessarily a human being. Some legal thoughts, in D. Provolo, S. Riondato, F. Yenisey (a cura di), Genetics, Robotics, Law, Punishment, cit., pp. 545 ss., nonché il volume, a cura di Ruffolo U., Intelligenza artificiale e responsabilità, Giuffrè, 2018) e tra i



Segnali, per ora ancora molto deboli, a favore di una siffatta equiparazione, provengono da alcune iniziative che hanno, in realtà, più che altro il sapore di ardite operazioni di *marketing*, ma che potrebbero anticipare future tendenze<sup>110</sup>: come ad esempio la decisione dell'Arabia Saudita di concedere la cittadinanza al sofisticato androide Sophia<sup>111</sup>, oppure la scelta di una municipalità di Tokyo di riconoscere la residenza ad un *chatbot*, Shibuya Mirai, in grado di dialogare, con le competenze e le abilità di un bambino di sette anni, con tutti i suoi "concittadini"<sup>112</sup>.

#### 6.3.3. Una colpevolezza "disumana"?

Come è noto, uno dei requisiti fondamentali della responsabilità penale è la colpevolezza. Mentre gli altri requisiti del reato – la commissione di un fatto storico, corrispondente alla previsione di una norma astratta incriminatrice; l'antigiuridicità; la punibilità <sup>113</sup> – non sembrano comportare gravi ostacoli ad una loro riferibilità, pur con i dovuti adattamenti, anche ad un sistema di IA, la possibilità di individuare una colpevolezza vera e propria – e non un simulacro della stessa – in capo ad un sistema di IA solleva, invece, non poche difficoltà, logiche e ontologiche.

La colpevolezza, infatti, esprime il coinvolgimento soggettivo, personalistico, dell'autore al fatto commesso, e la sua presenza comporta la possibilità di muovergli un rimprovero, sul presupposto che in capo a questo soggetto siano ravvisabili l'imputabilità, il dolo o la colpa, la conoscenza, o per lo meno la conoscibilità della legge penale violata, infine l'assenza di cause di esclusione della colpevolezza (detto in positivo: la normalità del processo motivazionale)<sup>114</sup>.

Ebbene: possiamo riferire questi elementi, originariamente concepiti e tradizionalmente riferiti solo all'uomo, anche ad una macchina? In particolare, possiamo parlare di "capacità di intendere e di volere" in relazione ad un *software*? Possiamo configurare una "colpa" (quale mancata osservanza di una regola precauzionale di comportamento) o addirittura un "dolo" (quale volontà consapevole di realizzazione del fatto) dell'algoritmo<sup>115</sup>?

C'è chi dice sì<sup>116</sup>!

Per comprendere le ragioni di una tale risposta affermativa, conviene tornare alle prime pagine di questo nostro lavoro, dove abbiamo descritto brevemente le caratteristiche dei sistemi di IA (v. *supra*, par. 2), e ricordare, in particolare, che «i recenti progressi fatti nella robotica, nella percezione e nel *machine learning*, supportati dai miglioramenti sempre più veloci della

<sup>112</sup> Si veda quanto riportato <u>a questo *link*</u>.

costituzionalisti (si veda, ad esempio, il volume a cura di F. Pizzetti, *Intelligenza artificiale, protezione dei dati personali e regolazione*, cit.).

<sup>&</sup>lt;sup>110</sup> Cfr. C. Trevisi, La regolamentazione in materia di Intelligenza artificiale, cit., p. 2.

<sup>&</sup>lt;sup>111</sup> Si veda quanto riportato <u>a questo *link*</u>.

<sup>&</sup>lt;sup>113</sup> Sulle differenti concezioni del reato – bipartita, tripartita, o quadripartita – v., *ex pluris*, su posizioni differenti, F. Palazzo, *Corso di diritto penale, parte generale*, VII ed., Giappicchelli, 2018, pp. 197 ss.; G. Marinucci, E. Dolcini, *Corso di diritto penale*, III ed., Giuffrè, 2001, pp. 625 ss.

<sup>&</sup>lt;sup>114</sup> V. per tutti F. Mantovani, *Diritto penale, parte generale*, X ed., CEDAM, 2017, p. 288.

<sup>&</sup>lt;sup>115</sup> Su quest'ultimo interrogativo, v. D. Falcinelli, *Il dolo in cerca di una direzione penale. Il contributo della scienza robotica ad una teoria delle decisioni umane*, in *Arch. Pen.*. fasc. 1, 2018, p. 9.

<sup>&</sup>lt;sup>116</sup> Tra gli scienziati di IA, fornisce una convinta risposta affermativa alle questioni formulate nel testo, J. Kaplan, *Intelligenza artificiale*, cit., p. 153: «un sistema di IA può commettere reati? La risposta è sì»; Id., *Le persone non servono. Lavoro e ricchezza nell'epoca dell'intelligenza artificiale*, Luiss University Press, 2016, p. 80. Tra gli studiosi di diritto penale, la posizione più avanzata è quella sostenuta da Gabriel Hallevy, i cui lavori sono oggetto di una meditata presentazione critica da parte di A. Cappellini, *Machina*, cit., pp. 10 ss., e di M. Bassini, L. Liguori, O. Pollicino, *Sistemi di Intelligenza Artificiale*, cit., pp. 363 ss., ai quali, pertanto, è in questa sede possibile rinviare.



tecnologia informatica hanno permesso la messa a punto di una nuova generazione di sistemi capaci di rivaleggiare con le capacità umane in determinati domini o in compiti specifici – o addirittura di superarle. Questi sistemi sono ben più *autonomi* di quanto le persone si accorgano. Sono in grado di imparare dalle loro stesse esperienze e di intraprendere azioni neanche lontanamente contemplate dai loro progettisti. La *frase* di buon senso comunemente accettata secondo la quale "*i computer fanno solo quello che sono programmati a fare*" non è più vera» 117.

I sistemi di IA, perlomeno quelli più evoluti e sofisticati, sono quindi capaci di agire in autonomia, di assumere ed eventualmente attuare decisioni proprie, che non erano prevedibili dai loro programmatori. È, pertanto, del tutto ragionevole congetturare che il margine di decisione autonoma di cui dispongono i sistemi di IA costituirà la breccia attraverso la quale potrebbe farsi strada, in un prossimo futuro, una matura teoria della responsabilità, anche penale, dei sistemi di intelligenza artificiale, teoria che dovrà, ovviamente, indicare presupposti e limiti di una siffatta responsabilità, i quali non necessariamente dovranno coincidere con quelli validi per gli esseri umani – allo stesso modo in cui, del resto, la vigente disciplina della responsabilità da reato degli enti non coincide in tutto e per tutto con la disciplina da reato degli uomini<sup>118</sup>.

Peraltro, la prospettiva di una futura configurabilità di una responsabilità, anche penale, dei sistemi di IA trapela anche in uno dei *Considerando* della già ricordata Risoluzione del Parlamento europeo sulla robotica (per quanto la Risoluzione si occupi esclusivamente di responsabilità civile). Il *Considerando* Z, infatti, così recita:

«considerando che, grazie agli strabilianti progressi tecnologici dell'ultimo decennio, non solo oggi i robot sono in grado di svolgere attività che tradizionalmente erano tipicamente ed esclusivamente umane, ma lo sviluppo di determinate caratteristiche autonome e cognitive – ad esempio la capacità di apprendere dall'esperienza e di prendere decisioni quasi indipendenti – li ha resi sempre più simili ad agenti che interagiscono con l'ambiente circostante e sono in grado di alterarlo in modo significativo; che, in tale contesto, la questione della responsabilità giuridica derivante dall'azione nociva di un robot diventa essenziale».

Concordiamo pienamente: la questione della responsabilità (anche penale) derivante dall'azione nociva di un robot (*rectius*, un sistema IA) è ormai diventata *essenziale*, anche per l'ambito penale, e dovrà essere oggetto, negli anni a venire, di attenta riflessione in dottrina, al fine di elaborare un quadro concettuale che possa adeguatamente supportare il futuro legislatore.

#### 6.3.4. Quali pene per i sistemi di IA?

Una futura, eventuale teoria della responsabilità penale dei sistemi di IA non dovrebbe, ovviamente, trascurare il profilo delle sanzioni comminabili a tali sistemi. Anzi, si tratta di questione centrale, dal momento che, come è noto, il rilievo *penale* della responsabilità è ampiamente, anche se non esclusivamente, connesso alla tipologia di sanzioni che possono essere

<sup>&</sup>lt;sup>117</sup> J. Kaplan, *Intelligenza artificiale*, cit., p. 19 (corsivo aggiunto).

<sup>118</sup> Per un approccio "possibilista" circa la (futura) configurabilità di una responsabilità penale in capo ai sistemi di IA, v. P.M. Freitas, F. Andrade, P. Novais, *Criminal Liability of Autonomous Agents: From the Unthinkable to the Plausible*, in P. Casanovas, U. Pagallo, M. Palmirani, G. Sartor (a cura di), *AI Approaches to the Complexity of Legal Systems. AICOL 2013. Lecture Notes in Computer Science*, Springer, 2014, pp. 145 ss.; S. Gleß, T. Weigend, *Intelligente Agenten und das Strafrecht*, in *Zeitschrift für die gesamten Strafrechtswissenschaften - ZStW* 2014, pp. 561 ss.; infine, S. Beck, *Intelligent agents and criminal law - Negligence, diffusion of liability and electronic personhood*, in *Robotics and Autonomous Systems*, 2016, pp. 138 ss.



applicate all'esito dell'accertamento della responsabilità: insomma, possiamo parlare di responsabilità *penale* (solo) se la sanzione applicata è una *pena*.

Tradizionalmente si riconosce che una pena possa avere, esclusivamente o cumulativamente, una funzione retributiva (viene inflitta la pena per retribuire – far pagare – il male recato con il reato), una funzione general-preventiva (la minaccia della pena funge, per i suoi possibili destinatari, da freno alla spinta criminale) o una funzione special-preventiva (l'inflizione, e l'esecuzione, della pena pone il condannato nella condizione di non commettere più, in futuro, reato)<sup>119</sup>.

Di queste tre funzioni, la prima e la terza sembrano realizzabili anche nei confronti dei sistemi di IA: attraverso lo spegnimento definitivo o temporaneo della macchina, o attraverso la sottoposizione della macchina, dotata di congegni di autoapprendimento, ad un nuovo *training* "rieducativo", si potrebbero realizzare, rispettivamente, la funzione retributiva e la funzione special-preventiva della pena<sup>120</sup>.

Più difficile, al momento, risulta, invece, immaginare l'esplicazione di una funzione general-preventiva della pena nei confronti dei sistemi di IA, salvo dar spazio a ipotesi per ora fantascientifiche: la formulazione del precetto penale in termini (digitali) tali che possa essere recepito ed elaborato dalla "comunità" dei sistemi di IA, oppure la trasmissione, tramite i canali dell'Internet delle Cose, dell'esperienza della pena subita dal singolo computer, punito in quanto riconosciuto responsabile del reato, anche ai computer consimili, futuri potenziali autori di reati.

Accanto, quindi, al quesito *machina delinquere potest*?, occorrerà presto porsi anche il connesso quesito: (*quomodo*) *machina puniri potest*?

#### 6.4. Il sistema di IA quale vittima del reato.

L'ultima tematica, infine, alla quale conviene accennare all'interno di una riflessione dedicato a "intelligenza artificiale e reato", riguarda la possibilità di configurare il sistema di IA quale vittima del reato.

Alcuni degli argomenti che potrebbero, infatti, indurre a considerare il sistema di IA quale "persona" (e, quindi, quale autore di reato), potrebbero fornire elementi anche a favore di un suo riconoscimento quale possibile vittima del reato: non solo, quindi, come "cosa" inanimata che subisce materialmente il reato, ma anche come "persona" o come soggetto equiparato alla persona che soffre del reato subito<sup>121</sup>.

Ad un riconoscimento così impegnativo, quasi una sorta di umanizzazione della macchina, sembrerebbe, tuttavia, ostare la considerazione che i sistemi di IA «non hanno, né avranno mai, veri sentimenti» 122.

32

<sup>&</sup>lt;sup>119</sup> Sulle "teorie della pena", v. per tutti D. Pulitanò, *Diritto penale*, VII ed. Giappichelli, 2017, pp. 47 ss.; F. Palazzo, *Corso di diritto penale*, cit., pp. 16 ss.

<sup>&</sup>lt;sup>120</sup> Per alcune suggestioni in tal senso, v. J. Kaplan, *Intelligenza artificiale*, cit., pp. 156 ss.

<sup>&</sup>lt;sup>121</sup> In proposito, v. S. Riondato, *Robotica e diritto penale (robot, ibridi, chimere, "animali tecnologici")*, in D. Provolo, S. Riondato, F. Yenisey (a cura di), *Genetics, Robotics, Law, Punishment*, cit., pp. 602 ss., secondo il quale, almeno in via di ipotesi ed «entro certi limiti, alcuni raffinati soggetti di intelligenza artificiale potrebbero essere equiparati a "forme di vita" non-umane. Del resto, diversi sistemi di diritto penale tutelano già esseri non-umani da certe offese. L'esempio più evidente è quello della tutela penale degli animali».

<sup>&</sup>lt;sup>122</sup> J. Kaplan, *Intelligenza artificiale*, cit., p. 126.



Ciò non esclude, tuttavia, l'opportunità di riflettere circa la possibile introduzione di nuove figure di reato (o l'eventuale modificazione di figure di reato già esistenti), in modo da rendere punibili anche attacchi rivolti specificamente ai sistemi di IA, che sembrerebbero ad oggi non trovare adeguato e pieno riscontro nelle vigenti disposizioni penali.

Si pensi, ad esempio, a quei robot, riproducenti bambole o animali, di cui si comincia a valorizzare l'utilizzo all'interno di programmi di *doll therapy* o *pet therapy*, rivolti a soggetti autistici, malati di Alzheimer, disabili mentali, rispetto ai quali il paziente potrebbe sviluppare sentimenti e nutrire emozioni (in ciò consistendo lo scopo della terapia!)<sup>123</sup>: ebbene, la distruzione di questi robot, il loro maltrattamento, la loro sottoposizione malevola a logoramento integra un semplice fatto di danneggiamento? o, per lo meno in quei casi in cui i robot siano dotati di capacità cognitiva e siano specificamente destinati a instaurare una relazione affettiva con il paziente, non ci stiamo forse già muovendo in una zona prossima a quella oggi coperta – se non dal reato di maltrattamenti contro familiari e conviventi (art. 572 c.p.), perlomeno – dal reato di maltrattamento di animali (art. 544 *ter* c.p.)?

Per altro verso, si pensi alle preoccupazioni connesse al c.d. fenomeno dello "stupro robotico", e in particolare agli atti sessuali con robot aventi le dimensioni e le fattezze di minori<sup>124</sup>: se, da un canto, la criminalizzazioni di tali condotte parrebbe un'ulteriore concessione ad una visione moraleggiante e paternalistica del diritto penale<sup>125</sup>, dall'altro canto non dovrebbe rimanere priva di ogni rilievo la tematica del "consenso" del robot all'atto sessuale, ovviamente un consenso da ricostruire e interpretare in termini ben diversi da quelli in cui concepiamo il consenso delle persone umane. *Quid iuris*, ad esempio, nel caso di compimento di atti sessuali con un androide, progettato originariamente non per tale scopo, ma per svolgere funzioni di *receptionist* all'interno di un albergo o di un grande magazzino?

Anche tali questioni – sia pur, forse, con minore urgenza rispetto ad altre sopra prospettate – necessitano, quindi, di riflessione in vista di un successivo, eventuale intervento del legislatore.

#### 7. Quale futuro ci aspetta?

Nelle pagine precedenti abbiamo cercato di individuare, senza alcuna pretesa di esaustività (anzi, talora peccando di una certa superficialità, che confidiamo il lettore ci voglia perdonare), quattro scenari all'interno dei quali la rivoluzione tecnologica messa in moto dall'IA già solleva, o è destinata a sollevare, problemi, dubbi e questioni, rilevanti per il diritto penale.

Abbiamo, infatti, indagato le possibile applicazioni di IA nelle attività di *law enforcement*, con particolare attenzione allo specifico ambito della *polizia predittiva*. Siamo poi passati a verificare se i c.d. *automated decision systems* siano già usati, o possano essere in futuro efficientemente e legittimamente usati anche per prendere decisioni all'interno di procedimenti penali. La nostra attenzione si è, quindi, spostata sui c.d. *algoritmi predittivi*, impiegati per valutare la pericolosità criminale di soggetti in vario modo implicati negli ingranaggi della

33

<sup>&</sup>lt;sup>123</sup> Un programma del genere è stato, ad esempio, avviato presso l'istituto Sacra Famiglia di Cesano Boscone, ed è rivolto ai malati di Alzheimer: v. notizia su *Famiglia Cristiana*, n. 35, 2 settembre 2018, , p. 97.

<sup>&</sup>lt;sup>124</sup> In argomento, v. J. Danaher, *Robotic Rape and Robotic Child Sexual Abuse: Should They be Criminalized?*, in *Criminal Law and Philosophy*, 2017, pp. 71 ss.; M. Maras, L. Shapiro, *Child Sex Dolls and Robots: More Than Just an Uncanny Valley*, in *Journal of Internet Law*, 12, 2017, pp. 3 ss.; R. Brown, J. Shelling, *Exploring the implications of child sex dolls*, in *Trends & Issues in Crime and Criminal Justice*, n. 570, 2019, pp. 2 ss.

<sup>&</sup>lt;sup>125</sup> Esprime giustamente questa preoccupazione A. Cappellini, *Machina*, cit., p. 3.



giustizia penale. Infine, ci siamo interrogati sulle possibili ipotesi di coinvolgimento – come *strumento*, come *autore*, o come *vittima* – di un sistema di IA nella commissione di un *reato*.

Tutti questi quattro scenari – per dipingere i quali, a dire il vero, abbiamo dovuto spesso procedere alla formulazione di mere ipotesi e incerte previsioni rivolte al futuro – sembrano accomunati dall'attuale assenza di una regolamentazione normativa, e in particolare di una regolamentazione che prevenga o reprima offese penalmente rilevanti. Le ipotesi e le previsioni, tuttavia, potrebbero presto divenire realtà, e allora quell'assenza normativa comporterebbe conseguenze drammatiche.



Riflessione

## La prova balistica e gli esperti nominati dal Tribunale: un problema aperto

The ballistic evidence and the Court-appointed experts: an open problem

di Emanuele Paniz

Abstract. Quando avviene un crimine consumato con le armi da fuoco, nel processo penale e civile può emergere la necessità di nominare un esperto balistico al fine di ottenere elementi di prova spesso essenziali per definire i fatti del procedimento in essere. L'attuale assetto ordinativo prevede che tale esperto debba essere attinto da un apposito Albo del Tribunale, ovvero da persone fornite di particolare competenza nella specifica disciplina. Ma chi garantisce che gli esperti balistici nominati siano proprio così esperti? Questo è un problema tuttora aperto con riflessi negativi sull'efficienza del sistema giudiziario nazionale.

Abstract. When a gun crime is committed, the need to appoint a ballistic expert in the criminal and civil proceedings may emerge, in order to get evidence which is often essential for defining the facts in the pending proceeding. The current regulatory framework provides that this expert must selected from a special Register at the Court, or from persons provided with particular competence in the specific discipline. But who guarantees that the appointed ballistic experts are really so experienced? This problem is still open with negative effects on the efficiency of the national judicial system.

SOMMARIO: 1. Premessa. – 2. Situazione attuale. – 3. Criticità. – 4. Il modello anglosassone, un esempio da considerare. – 5. Considerazioni finali.

SUMMARY: 1. Premise. - 2. Current situation. - 3. Criticality. - 4. The Anglo-Saxon model, an example to consider. - 5. Final considerations.



#### 1. Premessa.

La prova scientifica, attualmente, riveste un ruolo rilevante nel processo penale e nel processo civile e, da anni, incide sempre di più sull'esito giudiziario.

Per questo motivo, la preparazione e la qualificazione dei periti e dei consulenti tecnici di ufficio (ossia di coloro che sono chiamati dal giudice ad effettuare accertamenti e valutazioni tecniche in diversi campi del sapere), è una questione di estrema importanza e di immensa delicatezza, soprattutto quando questi devono effettuare considerazioni scientifiche complesse, come ad esempio identificare una traccia di DNA o un'impronta digitale e attribuirne l'origine. In genere, le persone che effettuano questo tipo di valutazioni si formano, almeno in parte, in ambito accademico, poiché effettuano percorsi formativi *ad hoc* (ad esempio, un biologo forense, dopo un corso di laurea di biologia, partecipa a corsi post-laurea e/o di alta formazione "tarati" in funzione dell'attività peritale). Tuttavia, non è così per tutti i consulenti tecnici. Ad esempio, l'esperto balistico differisce dagli altri operatori delle scienze forensi (periti, CTU o CTP) per varie ragioni, tra cui il fatto che: a) non esistono, in Italia, corsi formativi dedicati (non esiste, infatti, un percorso accademico riconosciuto in scienze balistiche); b) siffatto professionista deve conoscere e padroneggiare una pluralità di materie scientifiche.

Per essere espliciti, il perito balistico deve avere ampia conoscenza della storia e della meccanica delle armi, della resistenza dei materiali, della chimica degli esplodenti e dei fenomeni connessi alla deflagrazione della polvere da sparo; deve avere piena contezza della fisica e della chimica dei residui di sparo, della balistica esterna e terminale, degli aspetti di medicina legale relativi alle ferite derivanti da armi da fuoco; inoltre, deve essere sempre aggiornato sul mercato delle armi e delle munizioni; deve saper utilizzare, smontare e rimontare armi di ogni genere; deve dotarsi di un laboratorio attrezzato; deve essere in grado di utilizzare al meglio strumentazioni di vario genere.

#### 2. Situazione attuale.

Purtroppo, come si è detto, per la balistica forense manca del tutto, a livello nazionale, un percorso di formazione adeguato e, soprattutto, un sistema di controllo e di verifica della professionalità degli esperti balistici ad oggi operanti. L'unica forma di controllo professionale – se tale può definirsi – è costituito dai c.d. albi dei periti e dei consulenti tecnici di ufficio presenti presso ogni tribunale, ma è evidente che tale forma di controllo è del tutto inadeguata.

Come è noto, infatti, presso ogni tribunale è istituito l'albo dei consulenti tecnici di ufficio (che possono operare nell'ambito dei procedimenti civili) e l'albo dei periti (che possono operare nell'ambito dei procedimenti penali), suddivisi in categorie professionali, all'interno dei quali possono essere iscritti per legge i nomi delle persone dotate di particolari competenze professionali e tecniche alle quali il giudice può affidare l'incarico di effettuare consulenze, stime e valutazioni utili ai fini del giudizio.

L'albo è tenuto dal Presidente del tribunale e tutte le decisioni relative all'ammissione sono deliberate da un Comitato da lui presieduto e composto dal Procuratore della Repubblica, da un rappresentante dell'Ordine Forense, da un rappresentante dell'Ordine professionale competente o, per coloro che fanno parte di categorie che non sono organizzate in ordini o collegi professionali e quindi non sono provviste di albi professionali, della Camera di Commercio.



L'unica azione di controllo sugli albi consiste nell'attività di vigilanza del Presidente del tribunale che può promuovere procedimenti disciplinari (avvertimento, sospensione dall'albo per un tempo non superiore ad un anno, cancellazione dall'albo) nei casi in cui il Consulente non abbia adempiuto agli obblighi derivanti dagli incarichi assunti o non abbia mantenuto un'adeguata condotta morale e professionale<sup>1</sup>.

Nel caso di specie, ad esempio, l'esperto balistico forense è una figura non rappresentata da un Ordine professionale e, pertanto, per poter essere iscritto agli albi del tribunale è sufficiente che autocertifichi la propria competenza in materia e che sia iscritto a ruolo nella locale Camera di Commercio quale perito estimatore.

In realtà, il codice di procedura penale prevede che i magistrati possano anche conferire incarichi a periti e consulenti che non siano iscritti ai relativi albi purché motivino tale scelta, ritenendole, ai sensi dell'art. 221 co. 1 c.p.p., «persone fornite di particolare competenza nella specifica disciplina».

#### 3. Criticità.

Ciò detto, la selezione dei periti e dei consulenti tecnici di ufficio, effettuata attingendo dagli albi del tribunale o per scelta autonoma dei magistrati, non risulta basata su una rigorosa ed obiettiva verifica della comprovata professionalità (in ambito forense) dell'esperto nominato... e questo è, indubbiamente, un problema serio.

Del resto, nello scenario nazionale, manca del tutto un metodo di selezione dei CTU o dei periti forensi e le varie iniziative di formazione nel settore che talvolta esistono, forniscono degli attestati di partecipazione che non garantiscono, o meglio non certificano a pieno, il grado di professionalità raggiunto.

Il meccanismo di selezione dei periti e dei consulenti tecnici di ufficio non tiene poi conto del fatto che gli iscritti agli albi del tribunale, al momento del conferimento dell'incarico, siano: a) sufficientemente aggiornati a livello tecnico-scientifico; b) adeguatamente capaci e competenti a rispondere al quesito posto dal magistrato; c) scevri da addebiti professionali, magari per fatti accaduti presso altri Tribunali.

Alcuni laboratori nazionali, in particolare quelli delle Forze dell'Ordine (Polizia Scientifica, Carabinieri Investigazioni Scientifiche), sono accreditati con sistemi di qualità ISO 9001 e ISO 17025<sup>2</sup>. Ma la presenza di tali accreditamenti non risolve appieno la problematica suddetta. Le direttive di accreditamento, infatti, sono tese principalmente a verificare il rispetto delle corrette procedure di svolgimento degli accertamenti, demandando il vaglio della professionalità dell'operatore ai titoli di studio e alle qualifiche previste.

L'accreditamento di qualità ISO, dunque, non garantisce in realtà quell'attività di effettivo e periodico controllo da parte di un superiore organismo tecnico che sarebbe necessaria per comprovare la professionalità dell'operatore, e questo in particolare nel settore della balistica

<sup>1</sup> Per approfondimenti cfr. gli articoli di legge a ciò dedicati, quali, ad esempio, gli artt. 314 e ss., 366, 373, e 377 e ss. c.p.p. (per i

periti); nonché gli artt. 19, 20, 21 disp. att. c.p.c. (per i CTU).

Per i dettagli, si vedano i testi delle norme norma internazionali ISO 9001:2015 – Quality Management Systems — Requirements e ISO 17025:2017 - General Requirements For The Competence Of Testing And Calibration Laboratories, entrambe sul sito dell'ISO (International Organization for Standardization), www.iso.org.



forense, anche alla luce del fatto che non risulta esserci, allo stato attuale, alcun laboratorio di balistica forense accreditato, né privato, né pubblico.

La mancanza di un sistema di qualificazione degli operatori del settore delle scienze forensi arreca gravi conseguenze sulla giustizia del nostro Paese. Con riferimento alla balistica forense, non è sporadico avere notizia di "problemi" giudiziari causati da gravi errori commessi da esperti balistici o da presunti tali. È accaduto spesso, infatti, che alcune identificazioni dell'arma del delitto, effettuate grazie al confronto dei bossoli e proiettili rinvenuti sulla scena del crimine con quelli ottenuti con l'arma sospettata, siano state totalmente confutate nei successivi gradi di giudizio (si rammenta, ad esempio, un caso in cui la comparazione positiva, poi confutata, è stata fatta su di un'arma che al momento del delitto era depositata presso una caserma dei Carabinieri!). Oppure, è avvenuto più volte che le ricostruzioni della dinamica di svolgimento dell'azione di fuoco non reggessero l'esame dibattimentale, in quanto rivelatesi illogiche ed in contrasto con il complessivo impianto probatorio.

Il quadro che ne deriva, purtroppo, è vario e lascia inevitabilmente spazio allo sconforto, soprattutto per le gravi ripercussioni che si riversano sui singoli e sulla collettività<sup>3</sup>.

#### 4. Il modello anglosassone, un esempio da considerare.

Per ovviare a tali "inconvenienti" sarebbe opportuno intervenire al più presto, prendendo ispirazione, ad esempio, dal modello anglosassone.

L'Inghilterra, infatti, da anni gestisce questa problematica in modo semplice ed efficace<sup>4</sup>. Ad esempio, se in un processo si scoprisse che un perito ha commesso degli errori, d'ufficio si andrebbero a rivedere le perizie precedenti effettuate dallo stesso consulente e, se vi si scoprisse qualche errore, si procederebbe – sempre d'ufficio – alla revisione del processo.

Esemplare appare inoltre la funzione svolta dal *Forensic Sciences Regulator* (FSR), un'organizzazione governativa, sottoposta al controllo parlamentare, che raccoglie i maggiori esperti di ogni settore e che fornisce, all'Autorità Giudiziaria ma anche al privato qualora lo richiedesse, assistenza di tipo scientifico<sup>5</sup>. Accanto al FSR vi è anche la *Forensic Science Society*, un ente che organizza a cadenza annuale esami rigorosi per gli aspiranti periti, controlla periodicamente l'attività svolta dai periti inglesi, accerta il loro stato di aggiornamento professionale, verifica l'assenza di errori negli elaborati peritali, ed effettua revisioni e comparazioni valutative alla luce delle migliori e delle più recenti metodiche scientifiche.

#### 5. Considerazioni finali.

In ragione di quanto sopra esposto, si ritiene auspicabile un intervento ordinativo teso ad affrontare la problematica della qualificazione professionale degli esperti balistici. A tal fine, si ritiene fondamentale, al pari di come avviene in Inghilterra, l'intervento di un organo nazionale regolato che permetta di effettuare in modo imparziale l'attività di verifica e qualificazione degli operatori che intendono esercitare l'attività di esperto balistico.

<sup>5</sup> Regolata da <u>Statuto dell'8 novembre 2013</u>.

<sup>&</sup>lt;sup>3</sup> Per chi volesse approfondire l'argomento o avere ulteriori esemplificazioni casistiche cfr. ampiamente www.earmi.it/varie/periti.htm.

<sup>&</sup>lt;sup>4</sup> Promossa ed annunciata il 10 gennaio 2008 dal deputato del Parlamento britannico Meg Hillier.



Una possibile soluzione potrebbe essere costituita dall'istituzione di un corso di alta formazione in balistica forense accreditato dal MIUR con finalità di formazione e di aggiornamento professionale degli esperti balistici. Il corso (se non addirittura una scuola) di alta formazione dovrebbe ospitare al suo interno una commissione composta da rappresentanti delle istituzioni (Magistrati, esponenti della Polizia Scientifica e dei Carabinieri delle Investigazioni Scientifiche, docenti universitari) e delle Associazioni di categoria con finalità di gestione dell'albo nazionale specifico dei professionisti, della verifica periodica dei requisiti professionali per l'appartenenza all'albo, nonché dell'istruzione di procedimenti disciplinari su segnalazione dei tribunali.



Riflessione

## Novità legislative in diritto e procedura penale europea

Recent Developments in EU Criminal Law

di Sofia Mirandola

Il presente contributo costituisce un breve resoconto della relazione che l'autrice ha tenuto alla ERA 2019 Conference on White Collar Crime a Trier il 4 giugno 2019 sulle recenti novità legislative in diritto penale europeo. Numerosi sono infatti gli strumenti che sono stati proposti o adottati nell'ultimo anno a livello europeo in materia di diritto e procedura penale.

Il più significativo è senz'altro il Regolamento UE n. 2018/1805 relativo al riconoscimento reciproco dei provvedimenti di congelamento e di confisca, adottato il 14 novembre 2018 ma che sarà applicabile soltanto a partire dal 19 dicembre 2020 e con l'esclusione di Irlanda e Danimarca che hanno scelto (per il momento) l'opt-out.

Si tratta di un nuovo ed unico strumento che sottopone al principio del mutuo riconoscimento l'esecuzione transfrontaliera dei provvedimenti di sequestro e confisca in materia penale. In tal senso, il Regolamento innova sostanzialmente il quadro giuridico previgente abrogando le due distinte fonti esistenti in materia, la decisione quadro 2003/577/GAI relativa ai provvedimenti di sequestro e la decisione quadro 2006/783/GAI sull'esecuzione dei provvedimenti di confisca, estendendone considerevolmente il campo di applicazione. Se infatti gli strumenti precedenti imponevano il mutuo riconoscimento esclusivamente delle misure di confisca "ordinaria", ovvero aventi ad oggetto il prezzo, profitto, prodotto del reato ed emanate a seguito di condanna, il nuovo Regolamento si applicherà invece a qualsiasi provvedimento di sequestro e confisca emanato «nel quadro di un procedimento in materia penale»<sup>1</sup>, concetto più ampio di quello di procedimento penale in senso stretto. Sono inclusi quindi non solo i provvedimenti di confisca estesa, di confisca nei confronti dei terzi, ma soprattutto le misure di confisca senza condanna adottate in procedimenti distinti da quello penale – anche qualora esse non siano previste nell'ordinamento dello Stato di esecuzione.

<sup>&</sup>lt;sup>1</sup> Art. 1 par. 1 del Regolamento UE n. 2018/1805.



Da un punto di vista teorico, inoltre, questo nuovo strumento si rivela particolarmente interessante perché è la prima volta che in materia penale viene adottata una misura legislativa sotto forma di regolamento, direttamente applicabile in modo uniforme in tutti gli Stati Membri<sup>2</sup>. Tale scelta è stata motivata, in particolare, dalla necessità di evitare le numerose differenze a livello di trasposizione nazionale che avevano caratterizzato le precedenti decisioni quadro e che avevano costituito un serio ostacolo ad un'efficace cooperazione giudiziaria in materia di recupero dei beni illeciti.

Riprendendo la struttura tipica degli strumenti di mutuo riconoscimento inaugurata con il mandato d'arresto europeo<sup>3</sup>, il Regolamento prevede la trasmissione diretta dell'ordine di confisca o sequestro, nella forma di un certificato standard, all'autorità competente dello Stato di esecuzione, il quale avrà l'obbligo di riconoscerlo ed eseguirlo entro termini brevi e secondo le proprie regole nazionali, a meno che non ritenga di invocare uno dei limitati motivi di rifiuto del riconoscimento tassativamente indicati nel Regolamento. Tra questi, su richiesta del Parlamento europeo e di alcuni Stati Membri, figura peraltro uno specifico motivo di rifiuto legato al rispetto dei diritti fondamentali, circoscritto tuttavia a «casi eccezionali», sulla scia di quanto affermato dalla Corte di Giustizia nella recente giurisprudenza sul mandato d'arresto europeo (nelle sentenze del 5 aprile 2016 sul caso C-404/15 PPU Aranyosi e Caldararu, e del 25 luglio 2018 sul caso C-216/18 PPU L.M). Sempre nell'ottica di irrobustire le garanzie procedurali per le persone coinvolte, il Regolamento prevede altresì l'obbligo per lo Stato di esecuzione di informare i soggetti coinvolti circa l'avvenuta esecuzione del provvedimento di sequestro o confisca nonché dei motivi sui quali esso è fondato, in modo che essi possano effettivamente esercitare il diritto di impugnare, da un lato, la decisione di riconoscimento ed esecuzione nello Stato di esecuzione e, dall'altro, l'ordine sottostante nello Stato emittente.

Inoltre, il 17 aprile scorso è stata adottata dal Parlamento europeo (ed è in attesa ora soltanto dell'approvazione formale da parte del Consiglio) la Direttiva sull'agevolazione dell'uso di informazioni finanziarie e di altro tipo ai fini di prevenzione, accertamento, indagine o perseguimento di determinati gravi reati. Tale provvedimento mira ad affiancarsi e completare la normativa europea in materia di prevenzione del riciclaggio, in particolare la IV e la V Direttiva antiriciclaggio, introducendo le misure di cooperazione di polizia necessarie a consentire l'accesso e lo scambio, da parte delle autorità competenti in materia penale, delle informazioni sui conti bancari e delle informazioni finanziarie detenute dalle Unità di Informazione Finanziaria (FIU), accesso e scambio attualmente ostacolati dall'esistenza di soluzioni nazionali differenti e comunque limitate ai soli fini di prevenzione del riciclaggio e reati presupposti, nonché del finanziamento del terrorismo. La Direttiva definisce dunque regole minime comuni in materia di accesso e scambio di tali informazioni a livello europeo e ne estende l'ambito di applicazione al di là della mera prevenzione del riciclaggio e finanziamento del terrorismo, consentendoli più in generale per le indagini e per la prevenzione di tutti quei gravi reati per cui Europol è competente ai sensi del Regolamento UE n. 2016/794.

A tal fine, la Direttiva introduce, innanzitutto, l'obbligo per gli Stati membri di consentire l'accesso diretto ed immediato da parte delle autorità compenti in materia penale (da definirsi in base alla normativa nazionale) alle informazioni contenute nei registri centralizzati dei conti bancari istituiti in virtù della V Direttiva antiriciclaggio. In secondo luogo, viene disciplinato lo

<sup>2</sup> In precedenza, infatti, gli atti legislativi in materia penale erano adottati in forma di Decisione quadro o, dopo l'entrata in vigore del Trattato di Lisbona, di Direttiva.

<sup>&</sup>lt;sup>3</sup> <u>Decisione quadro 2002/584/GAI del 13 giugno 2002</u> relativa al mandato d'arresto europeo e alle procedure di consegna tra Stati membri.



scambio di informazioni a livello nazionale tra le autorità competenti in materia penale e le FIU. Si prevede, da un lato, che le FIU «siano in grado di rispondere» tempestivamente alle richieste di accesso a qualsiasi informazione finanziaria da esse detenuta, presentate dalle autorità competenti in materia penale in relazione ad indagini sui gravi reati; dall'altro, che queste ultime «siano tenute a rispondere» alle richieste di informazioni provenienti dalle FIU e finalizzate alla prevenzione del riciclaggio, dei reati presupposti e del finanziamento del terrorismo. Da ultimo, gli Stati Membri sono tenuti a consentire, a determinate condizioni, lo scambio di informazioni finanziarie a livello transazionale tra le autorità competenti in materia penale e tra le rispettive FIU.

Resta invece pendente <u>la proposta presentata nel maggio 2018</u> di **modificare il** <u>Regolamento UE n. 883/2013</u> relativo alle indagini svolte da OLAF (European Anti-Fraud Office), al fine di adeguarlo all'entrata in campo della futura Procura europea (EPPO – European Public Prosecutor's Office) e di rafforzarne l'efficacia rimediando alle principali carenze individuate nella recente valutazione del Regolamento effettuata dalla Commissione.

La proposta della Commissione, in linea con il Regolamento istitutivo di EPPO n. 2017/1939/EU, disciplina dunque le relazioni e le modalità di cooperazione tra i due soggetti entrambi competenti, seppure con mezzi differenti, a tutelare gli interessi finanziari dell'UE. La Procura europea, che dovrebbe diventare operativa a partire dal 2020 nei 20 Stati Membri partecipanti al progetto di cooperazione rafforzata, sarà infatti tenuta a svolgere indagini penali sui reati che arrecano danno agli interessi finanziari dell'UE, quali definiti dalla Direttiva PIF n. 2017/1371; trattasi tuttavia di condotte che resteranno comunque oggetto anche delle indagini amministrative di OLAF.

Al fine quindi di evitare una duplicazione delle attività e di garantire la complementarità delle azioni ed una collaborazione efficace, viene introdotto innanzitutto il dovere per OLAF di comunicare alla Procura europea qualsiasi condotta in relazione alla quale essa potrebbe esercitare la propria competenza, nonché di procedere ad una valutazione preliminare delle segnalazioni di ipotesi di reato trasmesse da altri enti dell'UE per verificarne la fondatezza. OLAF diventa in tal modo una fonte di informazione privilegiata della Procura europea. In aggiunta, si sancisce il divieto generale per OLAF di condurre indagini parallele su fatti per cui sono in corso le indagini di EPPO, fatte salve due sole eccezioni. Da un lato, sarà la stessa Procura europea a poter richiedere ad OLAF di svolgere specifiche indagini amministrative integrative, a sostegno delle proprie attività investigative. Dall'altro, OLAF potrà comunque di propria iniziativa avviare o continuare indagini complementari a quelle di EPPO, qualora esse siano rivolte non all'individuazione di possibili elementi di reato, bensì a consentire l'adozione di misure cautelari o di misure finanziarie, disciplinari o amministrative. Rispetto a tali indagini complementari, tuttavia, la Procura europea ha il potere di opporsi al loro svolgimento, nel caso in cui esse possano arrecare pregiudizio alle proprie indagini in corso. Per facilitare il coordinamento in questo senso tra i due enti, sono introdotti infine meccanismi di consultazione e di scambio di informazioni tra OLAF e EPPO.

Per quanto riguarda invece le misure tese ad incrementare l'efficacia delle indagini di OLAF, tre sono le modifiche proposte. In primo luogo viene risolta l'ambiguità creatasi in merito alla legge applicabile ai controlli e alle verifiche sul posto svolte da OLAF, chiarendo – sulla scorta di quanto indicato anche dalla Corte di Giustizia nella recente sentenza del 3 maggio 2018 sul caso T-48/16 Sigma Orionis SA c. Commissione europea – che esse sono disciplinate esclusivamente dalla normativa europea qualora il soggetto consenta a tali atti di indagine, mentre nel caso opposto, in cui il soggetto si opponga e sia pertanto necessaria la cooperazione delle autorità nazionali, la misura investigativa verrà eseguita sulla base delle sole condizioni previste



nel diritto nazionale. In secondo luogo, viene specificato, altresì, l'obbligo per gli Stati membri di garantire ad OLAF l'accesso alle informazioni contenute nei registri centralizzati sui conti bancari. Infine, si tenta di aumentare il valore probatorio del rapporto finale di indagine di OLAF nei procedimenti nazionali, affermando il principio di ammissibilità dello stesso in tutti i procedimenti diversi da quelli penali, per i quali resta invece inalterata la regola previgente per cui essi hanno lo stesso valore probatorio dei rapporti redatti dalle autorità amministrative nazionali secondo il diritto interno.

Mentre la proposta della Commissione aveva intenzionalmente evitato di mettere mano al delicato argomento delle garanzie procedurali riconosciute ai soggetti sottoposti alle indagini di OLAF, per consentire un'adozione delle modifiche in tempi rapidi ed in particolare prima che l'EPPO entri in attività, questo punto di vista non è stato invece condiviso dal Parlamento Europeo che, nella sua posizione del 16 aprile scorso, ha introdotto numerose e significative modifiche volte a rafforzarle. Tra di esse, merita di essere menzionata la possibilità di impugnare il rapporto finale di OLAF di fronte al Tribunale dell'UE attraverso un ricorso per annullamento, oltre al diritto di accesso a tale documento e al fascicolo inerente, garanzie entrambe la cui esistenza è stata finora costantemente esclusa dalla giurisprudenza europea.



Articolo

## Diritto, diritti, verità e democrazia

Law, Rights, Truth and Democracy

di Marco Bouchard

Abstract. La diffusione straordinaria di notizie e informazioni false attraverso i media e la rete ad ogni livello danneggia la convivenza civile e getta nel discredito l'affidabilità delle stesse istituzioni democratiche. Occorre creare una nuova alleanza tra verità e democrazia anche attraverso il linguaggio dei diritti. Merita attenzione una recente proposta per formulare dei diritti aletici come base anche per una riforma della giurisdizione, in particolare quella penale, la cui finalità – unica tra tutte le attività giuridiche – è proprio quella di accertare e verificare la verità. Ma quale verità? Non solo quella processuale ma una verità che unisca il sapere scientifico, la logica, l'esperienza vissuta dagli attori della vicenda umana e la polifonia delle voci che intervengono nel giudizio.

Abstract. The extraordinary diffusion of fake news and bad information through the media and the network at every level damages civil cohabitation and discredits the credibility of the democratic institutions themselves. We need to create a new alliance between truth and democracy also by the language of rights. A recent proposal to formulate "alethic rights" to be used as a basis also for a jurisdiction reform, particularly the criminal one, deserves attention. Its purpose – unique among all judicial activities – is precisely to ascertain and verify the truth. But what truth? Not only the procedural one but a truth that combines scientific knowledge, logic, the experience lived by the actors of the human story and the polyphony of the voices that intervene along the trial.

SOMMARIO: 1. L'immaginazione è la chiave del potere cooperativo. – 2. *Aletheia*. – 3. La verità al potere. – 4. Verità e democrazia. 5. Falsità che germogliano dal basso e inaffidabilità delle istituzioni. – 6. Diritti aletici: diritto delle persone vulnerabili ad essere credute. 7. – Diritti aletici: il diritto di disporre di istituzioni affidabili nell'accertamento della verità. – 8. Verità e giustizia. – 9. Le prove come garanzia dall'arbitrio e dall'abuso e della separazione tra poteri. – 10. La formazione del magistrato. – 11. La grande crisi narrativa del processo penale. – 12. Contraddittorio e rispetto del precedente. – 13. Il giudice come buon narratore. – 14. Verità e riconciliazione. – 15. Quattro verità. – 16. La verità è una farfalla.

SUMMARY: 1. Imagination is the key to cooperative power. – 2. *Aletheia*. – 3. Truth in charge. - 4. Truth and democracy. – 5. Sprouting up falsehoods and unreliability of the institutions. – 6. Alethic rights: vulnerable people claim to be believed. – 7. Alethic rights: right to have reliable institutions in ascertaining the truth. – 8. Truth and justice. - 9.







Evidence as pledge against arbitrary acts and violations of the separation of powers -10. Judge's culture. -11. The great narrative crisis of the criminal trial. -12. Cross-examination and the regard of the precedent. -13. The judge as a capable narrator. -14. Truth and reconciliation. -15. Four truths. -16. Truth is a butterfly.

La nostra sete di verità e di conoscenza non è mai stata così soddisfatta come nell'epoca attuale della **rete**, dei *social network* e di tutti i mezzi che la tecnologia mette a disposizione per la comunicazione umana. Al tempo stesso la diffusività e la velocità di trasmissione-dati espongono il nostro bisogno di verità e di conoscenza al rischio – e spesso e volentieri al danno certo – del disorientamento e dell'inganno derivanti dalla falsità o, semplicemente, dalla non veridicità delle informazioni ricevute.

Non sono in gioco solo decisioni private e individuali ma – com'è noto – decisioni collettive, istituzionali, politiche, anche a livello internazionale¹. In altri termini non vengono messe a repentaglio solo le relazioni sociali e, più in generale, la convivenza, ma le basi stesse della democrazia. Di fronte alle gravi conseguenze generate dalla menzogna intenzionale o dalla propalazione incontrollata di notizie prive di fondamento è doveroso chiedersi quale ruolo possa avere il diritto e, in particolare, se esista un diritto tutelato alla verità.

#### 1. L'immaginazione è la chiave del potere cooperativo.

In realtà in tutta la storia dell'umanità la verità ha giocato un ruolo decisivo per delle ragioni che uno storico israeliano, Yval Noah Harari<sup>2</sup>, ha spiegato con sorprendente efficacia. Noi, *homo sapiens*, ci distinguiamo dagli animali non solo perché siamo capaci di cooperare ma perché, soprattutto, la nostra capacità cooperativa si fonda sul "dono" di **creare storie inventate**. La storia della cooperazione umana non indica una ricerca del **bene** e del **vero** ma l'abilità di persuadere un numero significativo di persone della bontà e fondatezza della storia inventata, frutto della nostra immaginazione.

L'immaginazione è, dunque, la chiave del potere cooperativo. La capacità di fabbricare miti permette la costruzione di identità e il tracciamento di percorsi comuni. Noi crediamo ai miti non perché siano veri ma i miti diventano veri perché li raccontiamo.

Questa prospettiva ci aiuta a comprendere quanto sia stato complicato e quanto faticoso continui ad essere il rapporto tra la **realtà** delle cose e la nostra possibilità di apprenderle e definirle. Tale rapporto è infatti strettamente dipendente dal nostro linguaggio, vale a dire dalla nostra capacità di raccontare «le cose come stanno».<sup>3</sup>

<sup>&</sup>lt;sup>1</sup> Una delle vicende più note è quella ricostruita dalla cronista dell'Observer, Carole Cadwalladr, che ha scoperchiato lo scandalo di Cambridge Analityca spiegando come i *social network* avessero influito sulla Brexit, e come stiano facendo del male alle democrazie di tutto il mondo. Il testo in italiano del discorso tenuto al TED di Vancouver è reperibile sul sito dell'agenzia giornalistica AGI (C. Cadwalladr, *Parola per parola, il formidabile discorso della giornalista che ha inchiodato* Facebook, in *AGI*, 21 aprile 2019).

<sup>&</sup>lt;sup>2</sup> Le ricerche e il pensiero di Harari sono documentati in *Da animali a dei. Breve storia dell'umanità*, Bompiani, 2014, *Homo Deus. Breve storia del futuro*, Bompiani, 2017, *21 lezioni per il XXI secolo*, Bompiani, 2018.

<sup>&</sup>lt;sup>3</sup> Nel famoso mito della caverna – Platone, *Repubblica*, a cura di M. Vegetti,, Rizzoli 2006, libro VII, 514a-517d, pp. 841 ss. – la **verità** delle cose è propriamente **disvelatezza** delle cose come stanno.



#### 2. Aletheia.

I greci impiegavano il termine *aletheia* per descrivere la verità: letteralmente «divelamento», «non nascondimento» e, nella storia cristiana, «rivelazione». In uno dei più risalenti impieghi di *aletheia* le muse si rivolgono ad Esiodo, nella Teogonia, per dirgli che

«noi sappiamo raccontare cose false che sembrano vere, e se vogliamo sappiamo anche cantare la verità»<sup>4</sup>.

«Vero – dice Platone – è il discorso che dice le cose come stanno»<sup>5</sup>.

Ma a cosa serve la "verità"? Secondo Platone, «l'elemento che agli oggetti conosciuti conferisce la verità e a chi conosce dà la facoltà di conoscere è... è l'idea del bene». <sup>6</sup> Il disvelamento delle «cose come stanno» è pertanto in funzione del **bene**. Si tratta allora di stabilire quale sia il bene in funzione del quale si sviluppa la ricerca della verità.

#### 3. La verità al potere.

Recentemente Franca D'Agostini e Maurizio Ferrera hanno affrontato il tema cruciale dei rapporti tra verità e democrazia con una pubblicazione dal titolo significativo, *La verità al potere*<sup>7</sup>, anche alla luce di una discussione, con altri contributi, sulla rivista "*Biblioteca della libertà*". I due filosofi<sup>8</sup> non si limitano a definire genericamente il bene ma individuano quattro beni fondamentali ai quali è possibile accedere attraverso la **verità**. Tra essi primeggia proprio quella **capacità di cooperazione** che connota la natura umana. A me piace pensare che gli altri beni – giustizia, convenzioni<sup>9</sup> e fiducia – non siano altro che componenti del principio cooperativo. In questa sede m'interessa approfondire soprattutto il rapporto tra verità e giustizia. Lo farò più avanti.

#### 4. Verità e democrazia.

Mi soffermerei, per un attimo però, sul rapporto tra verità e quella particolare forma di cooperazione che chiamiamo democrazia. Questo rapporto è sempre stato molto problematico fin da quando, nella Grecia del V sec. a.C., Atene, grazie alle riforme di Pericle, scoprì l'importanza di fondare le decisioni riguardanti la *polis* su deliberazioni prese dall'assemblea formata dal corpo elettorale all'esito di discussioni animate essenzialmente da demagoghi. Il bene pubblico veniva perseguito grazie alla forza argomentativa delle convinzioni e delle credenze esposte e sottoposte al vaglio della loro veridicità (*aletheia*) o meno. La degenerazione del sistema "democratico" giustificò un atteggiamento ostile da parte dei filosofi proprio perché non aveva offerto garanzie adeguate per stabilire la verità delle cose e, dunque, il bene da perseguire. Negli ultimi decenni il rapporto tra verità e democrazia è stato duramente messo in discussione in senso del tutto opposto.

<sup>&</sup>lt;sup>4</sup> Esiodo, Teogonia, Rizzoli, 1994, vv. 27, 28, «ἴδμεν ψεύδεα πολλὰ λέγειν ἐτύμοισιν όμοῖα, ἴδμεν δ΄, εὖτ' ἐθέλωμεν, ἀληθέα γηρύσασθαι».

<sup>&</sup>lt;sup>5</sup> Platone, *Cratilo*, Laterza, 2018, frammento 385 c.

<sup>&</sup>lt;sup>6</sup> Platone, *Opere*, vol. II, Laterza, 1967, pp. 329 ss.

<sup>&</sup>lt;sup>7</sup> F. D'Agostini, M. Ferrera, *La verità al potere, Sei diritti aletici*, Einaudi, 2019. Da tempo la filosofa Franca D'Agostini ha dedicato la sua ricerca al tema della verità. Si veda per tutti *Introduzione alla verità*, Bollati Boringhieri, 2011.

<sup>8</sup> Idem, pp. 26 e 27.

<sup>&</sup>lt;sup>9</sup> Le convenzioni, in questo caso,rappresentano le consuetudini sul cui rispetto converge l'opinione diffusa.



Benché nei documenti internazionali e in alcune costituzioni<sup>10</sup> la verità continui ad essere un valore fondante la concezione dei beni fondamentali della convivenza civile e della stessa esistenza umana, si è fatta strada l'idea che, al contrario, proprio la rinuncia a questo valore fondativo – si è parlato di «addio alla verità»<sup>11</sup> – possa essere la base per la democrazia stessa. Non si tratta solo di prendere le distanze da verità dogmatiche e dalle forme dittatoriali di imposizione della verità gradita al potere.

Viviamo in un modo dove la conoscenza della realtà è sempre più filtrata da forme virtuali di verità. È sempre più difficile distinguere ciò che è reale da ciò che è vero. Soprattutto non possiamo più rinunciare al pluralismo delle idee e addirittura dei valori anche quando sono inconciliabili. Basterebbe pensare al contrasto tra chi ritiene che il diritto alla vita debba sempre essere garantito e chi afferma il principio di autodeterminazione per un diritto alla vita buona. Per salvaguardare la forma democratica di governo e, in particolare, i diritti delle minoranze alle loro differenze e al loro dissenso dobbiamo rinunciare alla verità dei fatti come valore unico, obiettivo, riconosciuto e riconoscibile da tutti.

#### 5. Falsità che germogliano dal basso e inaffidabilità delle istituzioni.

La crisi del sistema parlamentare segna un ulteriore drammatico sviluppo. Alla concentrazione del potere deliberativo e decisionale nelle mani dell'esecutivo si aggiunge una impressionante sostituzione nelle funzioni del dibattito politico e degli atti di governo: i *social network* non solo rimpiazzano l'antica "ecclesia" ma si prestano all'esecuzione di atti di alta amministrazione 12 o, addirittura, di atti *extra ordinem* da parte delle massime cariche dello stato 13.

Questi elementi hanno condotto Franca D'Agostino e Maurizio Ferrera a evidenziare due aggravanti: la produzione di falsità avviene anche dal basso, ogni utilizzatore della rete è un potenziale mentitore mettendo in circolazione opinioni e resoconti puramente impressionistici<sup>14</sup>; in secondo luogo, proprio nell'era in cui la scienza raggiunge traguardi straordinari e si dota di strumenti di elevata verificabilità, le istituzioni soffrono un calo di fiducia altrettanto potente proprio come fonti affidabili d'informazione<sup>15</sup>.Tutto diventa opinabile: la sentenza, una terapia, la valutazione d'impatto ambientale, il rischio sismico, i dati sulla disoccupazione, per fare solo qualche esempio. L'inaffidabilità delle istituzioni mette certamente in pericolo la democrazia.

Ma la salvezza della democrazia può essere favorita anche dal recupero di un rapporto virtuoso con la verità piuttosto che da una presa di distanza da essa.

47

<sup>&</sup>lt;sup>10</sup> Valga per tutti il preambolo della Dichiarazione degli Stati Uniti d'America: «noi riteniamo che sono per sé stesse evidenti queste verità: che tutti gli uomini sono creati eguali; che essi sono dal Creatore dotati di certi inalienabili diritti, che tra questi diritti sono la Vita, la Libertà, e il perseguimento della Felicità».

<sup>&</sup>lt;sup>11</sup> G. Vattimo, Addio alla verità, Meltemi, 2009.

<sup>&</sup>lt;sup>12</sup> S. Bentivegna, *A colpi di* tweet. *La politica in prima persona*, Il Mulino, 2015.

La giurisdizione americana ha dichiarato che i "blocchi" eseguiti dal Presidente degli Stati Uniti d'America delle opinioni critiche nei suoi riguardi pubblicate su *Twitter* costituivano violazione della libertà di espressione tutelata dal I Emendamento. La sentenza della Corte d'Appello del 2° Distretto di New York del 9.7.2019 a conferma della sentenza di primo grado si può leggere a questo indirizzo.

<sup>&</sup>lt;sup>14</sup> Per un approfondimento C. Perini, Fake news *e post-verità tra diritto penale e politica criminale*, in *Diritto penale contemporaneo*, 20 dicembre 2017.

<sup>&</sup>lt;sup>15</sup> F. D'Agostini, M. Ferrera, La verità, cit., p. 66.



#### 6. Diritti aletici: diritto delle persone vulnerabili ad essere credute.

Si tratta – dicono i due autori – di guardare alla verità come a un concetto generatore di beni individuali e collettivi e, conseguentemente, di **diritti**: non di diritti "alla verità" ma di diritti **aletici**, diritti a non essere ingannati, a non veder nascoste le informazioni importanti, a ricevere una formazione adeguata a discernere fondatezza e coerenza delle argomentazioni.

Tra i diritti aletici individuati è di particolare interesse **il diritto a non soffrire di un** «*credibility deficit*» <sup>16</sup>. È un diritto, se comprendo bene, che dovrebbe garantire l'apporto di verità offerto dalle persone appartenenti a categorie o minoranze discriminate: marginali, donne, migranti, LGBT. Se ci pensiamo bene, a soffrire, ad essere danneggiate dall'annichilimento della verità, sono proprio le persone più fragili o, meglio, più esposte al rischio di non essere credute quando rendono una dichiarazione di verità: la donna quando denuncia una violenza sessuale, il richiedente asilo quando dichiara di essere stato perseguitato. È un diritto esposto a violazione in ogni contesto in cui la testimonianza della persona è decisiva per l'accertamento della verità. Il procedimento penale è certamente il teatro elettivo per assistere a questo genere di violazioni. In realtà pregiudizio e sfiducia inficiano la verità offerta da queste persone in ogni ufficio pubblico, nei servizi sanitari, nel rapporto di lavoro e in ogni altro luogo dove l'atto umano sia condizionato da una dichiarazione di verità.

I gruppi e le persone più esposte sono esattamente quelle socialmente più **vulnerabili**. Nella mia prospettiva, non intendo affermare che questo diritto aletico sia riservato solo alle vittime di una qualche offesa. Nel processo penale in particolare il diritto a non patire di un deficit di credibilità deve valere tanto per la vittima quanto per l'accusato. Entrambi hanno un diritto a non veder pregiudicata la loro aspettativa di verità su quanto dichiarano dagli innumerevoli *bias* di cui è lastricato il procedimento penale.

Ovviamente per conferire pienezza a questo diritto nel procedimento penale occorrerebbe riconfigurare – in ragione di un diverso ruolo della ricerca della verità – l'intero sistema processuale penale.

#### 7. Diritti aletici: il diritto di disporre di istituzioni affidabili nell'accertamento della verità.

Mi sembra che nella direzione di un ripensamento dell'istituzione giudiziaria penale si collochi proprio il quarto tipo di diritto aletico descritto ne *La verità al potere*, come diritto a disporre di istituzioni affidabili nei loro compiti di accertamento della verità: il che vale per tutte quelle organizzazioni che dispongono di un potere-sapere di tipo scientifico destinato ad incidere sul benessere individuale e collettivo (dalla ricerca alla medicina applicata, dalla giustizia all'agricoltura, dalle analisi statistiche ai dati sulla produzione industriale per fare dei semplici esempi).

Per quel che qui ci interessa maggiormente va ricordato che ogni sistema giuridico è radicato nella gestione del vero e del falso<sup>17</sup>: questo vale per i piccoli fatti quotidiani portati all'attenzione del magistrato quanto per i grandi crimini contro l'umanità che periodicamente infestano la nostra storia sulla terra. È soprattutto in relazione a questi ultimi eventi che si gioca il rapporto tra verità e le principali forme di cooperazione umana.

<sup>16</sup> Idem, pp. 47 ss.

<sup>&</sup>lt;sup>17</sup> *Idem*, p. 26.



L'attitudine degli antichi – nell'affrontare i grandi crimini del passato, all'esito di sanguinose guerre civili o di religione, per costruire nuove basi alla convivenza futura – era rivolta a nascondere la verità piuttosto che a ricercarla.

Le radici dell'amnistia – non ricordare il passato e, per questa via, nascondere a verità dei fatti – si trovano nel decreto di Trasibulo del 403 a.C. che cancellava i procedimenti aperti contro Alcibiade e lo nominava generale con pieni poteri 18.

A distanza di 2.000 anni l'idea dell'occultamento della verità dei fatti criminali del passato come tecnica pacificatoria è ancora più articolata: l'Editto di Nantes promulgato il 13 aprile 1598 dopo l'amnistia concessa da Enrico di Borbone nel 1594 ci illumina sull'ingenua potenza con la quale la corona francese tenta di dominare la memoria delle lotte religiose:

«innanzitutto, la memoria di tutte le cose successe dall'una e dall'altra parte, dall'inizio del mese di marzo 1585 fino al nostro avvento alla corona e durante i disordini o in occasione degli stessi, rimarrà spenta e inattiva, come di cosa non avvenuta. E non sarà legittimo né permesso ai nostri Procuratori generali, né a qualunque altra persona, pubblica o privata, in ogni tempo e in qualunque occasione, farne cenno, oggetto di processo o di azione penale di fronte a qualunque tribunale o qualsivoglia giurisdizione»<sup>19</sup>.

Negli ultimi decenni del secolo scorso si è registrata una completa inversione di tendenza, a livello mondiale, in molte esperienze di "transizione" da regimi dittatoriali o, addirittura, apertamente razzisti come in Sudafrica, verso assetti democratici. Mi sto riferendo alla stagione delle Commissioni per la verità e riconciliazione, variamente denominate, costituite in Cile, Uruguay, Marocco e in numerosi altri paesi<sup>20</sup>.

Come ha giustamente osservato Stefano Rodotà, attraverso questi organismi si è parlato

«di diritto alla verità o diritto di sapere come diritto collettivo e come modalità del risarcimento; come cessazione della violazione del diritto alla integrità fisica e psichica; come prevenzione; come memoria; come obbligazione di mezzo e non di risultato; come comprensivo del diritto alla giustizia; e, infine, come diritto al lutto»<sup>21</sup>.

Sull'importanza dell'espressione assunta dal rapporto verità-giustizia in quelle esperienze tornerò alla fine.

#### 8. Verità e giustizia.

Qui vale la pena entrare nel vivo del rapporto verità-democrazia per come si realizza nel nostro sistema giudiziario penale e, in particolare, nel nostro processo penale.

49

<sup>&</sup>lt;sup>18</sup> M. Bouchard, F. Ferrario, *Sul perdono. Storia della clemenza umana e frammenti teologici*, Bruno Mondadori, 2008, p. 19. La riconciliazione tra Alcibiade e Atene è stata "drammatizzata" da Euripide nell'opera *Le Fenicie*.

<sup>&</sup>lt;sup>19</sup>M. Bouchard, G. Mierolo, *Offesa e riparazione. Per una nuova giustizia attraverso la mediazione*, Bruno Mondadori, 2005, p. 110. <sup>20</sup> Sulle vicende delle Commissioni per la verità e riconciliazione esiste ormai una letteratura sterminata. Nel panorama italiano segnalo una delle prime pubblicazioni a dar conto del ruolo inedito di questi organismi para-costituzionali curata da M. Flores, *Verità senza vendetta. L'esperienza della commissione sudafricana per la verità e riconciliazione*, Manifestolibri, 1999. Per un'analisi più approfondita sotto l'aspetto costituzionale A. Lollini, *Costituzionalismo e giustizia di transizione. Il ruolo costituente della Commissione sudafricana verità e riconciliazione*, Il Mulino, 2005.

<sup>&</sup>lt;sup>21</sup> S. Rodotà, *Il diritto di avere diritti*, Laterza, 2012, p. 217.



Purtroppo ci dimentichiamo che l'attività giurisdizione (civile, penale, amministrativa), il processo davanti ad un giudice terzo, ha come fonte di legittimazione la ricerca della verità dei fatti. Il giudice è soggetto solo alla legge ma il compito che gli viene affidato è, l'unico tra tutte le attività giuridiche, ad avere come finalità quella dell'accertamento e della verifica della verità<sup>22</sup>. Gli altri atti giuridici sono legittimati dalla cura dell'interesse generale, dalla volontà della maggioranza, dall'autonomia dei rapporti privati.

La sentenza ha la sua validità e giustezza nella verità: è appunto un **verdetto**, un aver detto il vero. È giusta la sentenza solo se si assume vero quello che afferma. In questa prospettiva la sentenza è garanzia contro l'arbitrio e l'abuso del potere.

Qualunque condizionamento di potere esterno alla giustizia

«per quanto accreditato eticamente e politicamente, non solo non contribuisce al raggiungimento della verità ma è al contrario a tal fine deviante. Il principio d'autorità, anche se l'autorità è "democratica" ed esprime la maggioranza o addirittura l'unanimità dei consociati, non può mai essere criterio di verità»<sup>23</sup>.

Il sostegno "democratico" ad atti arbitrari della giurisdizione non può costituire garanzia di alcunché. Anzi: rappresenta la negazione della garanzia in sé stessa che deve, invece, essere espressione dell'imparzialità della funzione giurisdizionale.

Tutto sta nell'intenderci sul metodo che garantisca le parti e, in particolare, l'imputato – che nel processo penale è tale in forza di un'accusa pubblica – nell'accesso alla verità senza violazioni dei loro diritti fondamentali.

#### 9. Le prove come garanzia dall'arbitrio e dall'abuso e della separazione tra poteri.

Questo metodo risiede essenzialmente nel sistema delle prove su cui fondare l'accertamento della verità: per questa ragione la **prova processuale** non è solo una questione giuridica applicativa di una teoria scientifica della conoscenza. E' anche e soprattutto una questione di filosofia politica applicativa di una teoria dello stato di diritto e della democrazia costituzionale.

Le prove che consentono l'accertamento della verità costituiscono la garanzia per l'imputato di non essere sottoposto né all'arbitrio né all'abuso del potere, del potere dell'esecutivo e del potere della maggioranza che lo esprime.

Si può comprendere così la ragione secondo cui il

«nesso tra verità e validità degli atti giurisdizionali rappresenta il primo fondamento teorico della divisione dei poteri e dell'indipendenza del potere giudiziario nel moderno stato rappresentativo di diritto»<sup>24</sup>.

<sup>&</sup>lt;sup>22</sup> Luigi Ferrajoli ha ricordato con forza questo elemento distintivo dell'attività giurisdizionale in occasione del Festivalfilosofia 2018 dedicato alla Verità. Si veda la video-lezione di L. Ferrajoli, <u>Prove giudiziarie</u>, in Festivalfilosofia.it.

<sup>&</sup>lt;sup>23</sup> L. Ferrajoli, *Diritto e ragione. Teoria del garantismo penale*. Laterza, 1989, p. 554.

<sup>24</sup> Ihidem



Contro una tendenza demolitiva delle garanzie volta ad affermare responsabilità penali e a pretendere sanzioni anche *extra ordinem* alla prima notizia di reato ovunque si manifestino condotte sgradite al potere costituito, va ribadita la

«necessità di garantire proprio chi è supposto deviante dall'oppressione della maggioranza non deviante, sicché un giudice possa assolverlo anche contro la volontà di tutti»<sup>25</sup>.

Speriamo che l'Italia non segua l'esempio dell'Ungheria, della Turchia o della Russia dove la fonte di ogni legittimazione è il voto<sup>26</sup>.

#### 10. La formazione del magistrato.

Il nostro attuale sistema processuale assicura questi *diritti aletici* a non soffrire di discriminazioni nelle dichiarazioni di verità e a disporre di istituzioni affidabili nell'accertamento della verità? Le forze politiche sono particolarmente interessate ai tempi della giustizia, alle intercettazioni telefoniche, alla separazione o meno delle carriere interne alla magistratura. Personalmente non credo che siano questi i nodi da affrontare per garantire un rapporto virtuoso tra verità e giustizia.

Sono perfettamente d'accordo con l'analisi di Luca Santa Maria secondo cui siamo di fronte ad una emergenza culturale. Oggi i magistrati sono mediamente molto preparati in diritto (tendenzialmente molto di più di quanto non lo siano gli avvocati) ma il lavoro giudiziario che li impegna pretende sempre di più conoscenze scientifiche e specialistiche (di epidemiologia, tossicologia, statistica, neuroscienze) che sono affinate da pochi per passione personale costruita lungo la carriera.

«La ricetta è più e più scienza e scienza cognitiva, - scrive l'avvocato Luca Santa Maria – e se si deve rinunciare a qualcosa, un po' meno diritto (quello s'impara strada facendo, quando al giudice tocca usare quella norma o quell'altra) »<sup>27</sup>.

Inoltre il diritto ignora tutto della psicologia scientifica evoluta e, quindi, non ritiene di predisporre cautele contro la proliferazione di *bias* che percorrono per intero il processo decisionale del giudice e che potrebbero almeno essere ridotte in pericolosità, se il giudice ne fosse al corrente. Il giudice penale oggi è fermo al modello del giudice sfinge (salvo poi perdere il controllo in udienza): e questo anche per colpa degli avvocati che così lo preferiscono.

#### 11. La grande crisi narrativa del processo penale.

Accanto a questo deficit culturale di competenze non giuridiche il rapporto verità-giustizia soffre però di un *handicap* molto più grave che attiene alla capacità del sistema di raccontare storie credibili. Il processo come rito e l'aula di giustizia come proscenio sono sempre stati una

<sup>&</sup>lt;sup>25</sup> Ibidem.

<sup>&</sup>lt;sup>26</sup> Nei mesi scorsi abbiamo avuto una plastica rappresentazione dei rischi di una deriva volta a condizionare l'attività giurisdizionale in base al principio d'autorità. Il Ministro dell'Interno ha più volte invitato i magistrati italiani, rei di aver preso decisioni giudiziarie non conformi alle sue aspettative, a candidarsi alle elezioni. Solo in quel caso, secondo la concezione autoritaria di quel leader politico, un giudice sarebbe legittimato a sostenere il fondamento di quelle stesse decisioni. Sfugge – o forse vi è piena consapevolezza – all'ex vice-primo ministro che in tal modo viene meno la separazione dei poteri e l'esistenza stessa di uno stato democratico.

<sup>&</sup>lt;sup>27</sup> L. Santa Maria, *La verità*, in *Diritto penale contemporaneo*, 1 marzo 2017, p. 16.



fonte inesauribile di fabbricazione di storie credibili. Oggi, l'uno e l'altra, hanno perso totalmente in credibilità perché sono stati soppiantati nella capacità narrativa dalle inchieste giornalistiche e dalle serie televisive su ogni sorta di piattaforma mediatica che anticipano addirittura gli esiti delle indagini ufficiali.

L'esigenza di costruire una verità appetibile e immediata da offrire all'opinione pubblica non solo trasforma il giudiziario in un supporto funzionale alla mediatizzazione del fatto, in particolare di quello criminale. La conseguenza più grave è patita proprio dal ruolo giudicante e dall'esito processuale: ai divoratori di notizie elettrizzanti rimarrà sempre più impressa l'immagine dell'arrestato di quella della sentenza della sua successiva assoluzione.

Di fronte a questa difficoltà come può il racconto giudiziario in quanto tale recuperare "leggibilità" e credibilità?

Come possiamo creare un collegamento fiduciario tra verità e giustizia che restituisca credibilità all'autorità giudiziaria?

Jerome Bruner<sup>28</sup> sostiene che il giudiziario dispone di due tecniche utili ad assicurare la fiducia nei confronti della sua capacità narrativa.

#### 12. Contraddittorio e rispetto del precedente.

L'una – è persino banale osservarlo – consiste nel contraddittorio, nel confronto delle opposte versioni, nell'esame incrociato, nel controinterrogatorio, chiamatelo come volete: questa tecnica garantisce le aspettative fiduciose del lettore, dello spettatore, dell'ascoltatore per la sua intrinseca forza drammatica e, al tempo stesso, permette l'applicazione del criterio e principio di falsificabilità attraverso il quale è possibile controllare (non molto di più, a dire il vero) la veridicità delle storie esposte nell'aula giudiziaria. Il rituale del giudiziario è essenzialmente il rituale del contraddittorio.

L'altra tecnica è quella del precedente. Questa tecnica non è affatto un'esclusiva dei sistemi anglosassoni o di *common law*. È, in realtà, una tecnica radicata nei meccanismi elementari della trasmissione delle conoscenze e delle storie che apprendiamo fin dalla tenera età: il bambino ha bisogno di essere rassicurato sugli sviluppi e, soprattutto, sul finale delle storie che i genitori gli raccontano<sup>29</sup>. La storia che vogliamo raccontare sia attraverso le parole del legale sia con quelle del giudice è tanto più convincente quanto più possiamo dimostrare che è già stata raccontata e che sono tutti d'accordo – dal giudice di Rovereto alle Sezioni Unite della Cassazione – nel raccontarla allo stesso modo.

#### 13. Il giudice come buon narratore.

Queste tecniche – cultura del contraddittorio e del precedente – però funzionano ad un patto: che si dia sostanzialmente per scontato che nel giudiziario si racconti una buona storia e che, soprattutto, il giudice sia accreditato come buon narratore. Ecco il punto fondamentale su cui mi vorrei soffermare: il sistema giudiziario trae la sua legittimità oggi non tanto dall'autorevolezza

<sup>&</sup>lt;sup>28</sup> J.S. Bruner, *La fabbrica delle storie, Diritto, letteratura, vita*, Laterza, 2002, 16.

<sup>&</sup>lt;sup>29</sup> J.S. Bruner, *La costruzione narrativa della realtà*, in *Rappresentazioni e narrazioni*, a cura di M. Ammaniti, D.N. Stern, Laterza, 1991.



con la quale minaccia di portare ad esecuzione le proprie decisioni ma dalla sua capacità di governare l'errore, l'imprevisto e la falsificazione attraverso una narrazione convincente, contro ogni tentazione di raccontare delle storie inconsistenti (risolte con dei formalismi ancora prima di cominciare) oppure compiacenti o, ancora, difensive, per tacere del genere – preferito dalla "gerarchia" giudiziaria – più attento alle statistiche che alla qualità del narrato.

Il giudice come buon narratore non è un obiettivo facile perché c'è una tendenza (non solo di natura persecutoria) a pretendere che il giudice adotti decisioni conformi alle attese del potere e dell'opinione pubblica. Non solo: c'è una tendenza tutta interna all'organizzazione giudiziaria non tanto di raccontare storie credibili ma di realizzare – attraverso i provvedimenti – un prodotto misurabile su foglio *excel* a fini statistici. Di fronte a queste derive è inevitabile che sul piano della capacità di raccontare conflitti e delitti d'interesse pubblico il giudice trova una concorrenza più attrezzata o convincente di lui.

Per restituire credibilità all'istituzione giudiziaria occorre un mutamente strutturale e culturale che estenda il bagaglio di conoscenze del giudice e lo metta nelle condizioni di disporre il maggior numero di informazioni (atti e documenti) nelle mani delle parti fin dall'inizio del processo. I venti, oggi, non sembrano soffiare in quella direzione. Anzi: sembra prevalere una spinta "odiosa" verso l'autonomia del giudice così da riportarne lo statuto entro una cornice precostituzionale.

#### 14. Verità e riconciliazione.

Purtroppo l'unica esperienza internazionale capace di innovare profondamente il rapporto tra verità e giustizia non è stata presa con la necessaria considerazione e attenzione se non da frange marginali dell'accademia e da studiosi appassionati della cd. giustizia di transizione. Mi riferisco ai lavori della Commissione per la verità e riconciliazione istituita dal Parlamento sudafricano con il *Promotion of National Unity and Reconciliation Act n. 34/1995*<sup>30</sup>.

La Commissione aveva il compito di fornire un quadro delle gravi violazioni dei diritti umani nel periodo intercorso tra il 1 marzo 1960 e il 10 maggio 1994 attraverso una complessa attività istruttoria non tradizionale. La legge istitutiva concedeva l'amnistia a coloro che avessero rivelato tutti i fatti riguardanti azioni legate ad obbiettivi politici attribuendo al richiedente l'onere di dimostrare la fondatezza dei fatti affermati. Le vittime venivano coinvolte in prima persona a riscontro del racconto offerto dal richiedente l'amnistia attraverso una modalità "itinerante" della giurisdizione speciale. Alle vittime veniva riconosciuto, successivamente, un risarcimento all'esito di accertamenti svolti da parte di un apposito Comitato per la riparazione e la riabilitazione.

Qui non si vuole certo proporre il sistema d'eccezione della Commissione sudafricana come modello per la giustizia penale ordinaria. Le maggiori criticità di quell'esperienza sono emerse proprio nel garantire un effettivo ed equo percorso riparativo per tutte le vittime e i loro famigliari dopo anni di violenze nel corso del regime di *apartheid*.

Qui interessa evidenziare esclusivamente la teorizzazione di un particolare rapporto tra verità e giustizia che è stato approfondito e illustrato nel rapporto finale dei lavori della Commissione.

<sup>30</sup> Il testo integrale si può leggere in E. Doxtader, P-J. Salazar, *Truth and Reconciliation in South Africa: The Fundamental Documents*, New Africa Books, 2007.

53



#### 15. Quattro verità.

La Commissione ha infatti operato – nel corso della propria attività – una progressiva e lucida distinzione tra quattro tipi di verità: una verità forense-fattuale, una verità personale-narrativa, una verità sociale e, infine, una verità risanatrice-riparatrice.<sup>31</sup> Mentre nel Comitato per l'amnistia prevaleva una tecnica fattuale-forense nel Comitato sulle violazioni dei diritti umani impegnato in lunghe, faticose e drammatiche testimonianze prevaleva una verità personale e narrativa spesso sullo sfondo di una ritualità e di un linguaggio ricco di riferimenti cristiani<sup>32</sup>.

Non vi è, infatti, dubbio che nel corso delle udienze della Commissione sia stata ricercata, sempre più consapevolmente, una verità fondata da un lato sulla **narrazione**, o meglio sull'**ascolto della narrazione** – sia delle vittime che dei richiedenti l'amnistia – e dall'altra sulla possibilità di un recupero della **dignità** attraverso un possibile futuro riparativo<sup>33</sup>. I membri della Commissione sono stati così costretti a misurarsi con uno "spessore" emotivo di difficile controllo se non fossero intervenuti esperti psicologi nel sostegno psichico sia dei protagonisti che dei componenti la Commissione. Davanti alla Commissione sono state ascoltate circa 21.000 vittime durante 2.000 udienze pubbliche nell'arco di sette anni<sup>34</sup>.

#### 16. La verità è una farfalla.

Albie Sachs è stato un giurista di fama mondiale che ha contribuito in prima persona ai lavori istitutivi della Costituzione sudafricana del 1993 e in particolare alla sezione del *Bill of rights* dedicata ai diritti fondamentali. Nelson Mandela lo ha nominato nel 1994 giudice della Corte costituzionale.

Nell'aprile 2016 Albie Sachs ha partecipato ad un dialogo con Pumla Gobodo-Madikizela<sup>35</sup> presso l'Università Cattolica del Sacro Cuore a Milano nel corso di un convegno internazionale<sup>36</sup>. In quella sede Albie Sachs si chiedeva come mai.

«tanta verità scaturiva in quelle occasioni e così poca verità emerge nel processo penale e dal lavoro dei tribunali»<sup>37</sup>.

Per questo emerse la necessità di elaborare diversi tipi di verità. C'è una verità fondata sull'evidenza scientifica, mediante definizione del campo d'indagine, osservando le variabili e l'incidenza del tempo. C'è una verità fondata sulla logica che procede per assunti e di cui è intrisa la verità processuale.

<sup>&</sup>lt;sup>31</sup> Truth and Reconciliation Commission, *Report*, vol. 1, pp. 110 ss.

<sup>&</sup>lt;sup>32</sup> Non va dimenticato che la Commissione era presieduta da Desmond Tutu e che, per molti versi, l'aspetto religioso "cristiano" fu all'origine di critiche severe sull'operato dell'organismo.

<sup>&</sup>lt;sup>33</sup> A. Visconti, *Narrazioni di ingiustizia, giustizia come narrazione. L'esperienza sudafricana come "sperimentazione giusletteraria*", in G.L. Potestà, C. Mazzucato, A. Cattaneo (a cura di), *Storie di giustizia riparativa. Il Sudafrica dall'* apartheid *alla riconciliazione*, Il Mulino, 2017, pp. 81 ss.

<sup>&</sup>lt;sup>34</sup> Per dati più dettagliati si veda Truth and Reconciliation Commission, *Report*, vol. 5.

<sup>&</sup>lt;sup>35</sup> Una psicologa clinica, docente universitaria e studiosa delle relazioni tra memoria, perdono, trauma e processi di cura che prese parte ai lavori della Commissione quale incaricata del coordinamento delle attività per la preparazione e l'assistenza alle vittime in vieta dell'adienza.

<sup>&</sup>lt;sup>36</sup> La trascrizione integrale del dialogo la dobbiamo a C. Mazzucato, Apparteniamo ad una generazione cresciuta con l'ubuntu. Albie Sachs e Pumla Gobodo-Madikizela in dialogo sulla giustizia riparativa. Il Sudafrica, ovvero il problema della presenza dell'"altro" e la sfida della giustizia, in G.L. Potestà, C. Mazzucato, A. Cattaneo (a cura di), Storie di giustizia riparativa, cit., pp. 165 ss.
<sup>37</sup> Idem, p. 208



Durante le udienze davanti alla Commissione ha però preso corpo anche una **verità esperienziale**.

«Il lavoro della Commissione era intenso, ricco e profondo: non si è trattato soltanto di narrazioni di storie; eravamo tutti lì a guardare, ascoltare, riflettere. La verità esperienziale veicolata da questi racconti non assomiglia a quella che affiora davanti al giudice nel corso dell'esame incrociato in dibattimento... il racconto diventava di volta in volta estremamente profondo e significativo per l'intera nazione. Le storie individuali sono divenute storie nazionali» 38.

Infine c'è la verità dialogica, definizione ispirata dal filosofo Jurgen Habermas.

«Una polifonia, una pluralità di voci: ecco la forza della Commissione per la verità e riconciliazione» la cui ricchezza è stato

«il combinarsi della verità esperienziale e della verità dialogica, perché la verità non è mai qualcosa che può essere catturato una volta per tutte, come per l'entomologo una farfalla che finisce in una teca di vetro. Ciò che s'inchioda non è la verità, esattamente come la farfalla fissata nella teca di vetro, non è più una farfalla, se non può volare»<sup>39</sup>.

#### Bibliografia.

S. Bentivegna, A colpi di tweet. La politica in prima persona, Il Mulino, 2015.

M. Bouchard, F. Ferrario, *Sul perdono. Storia della clemenza umana e frammenti teologici*, Bruno Mondadori, 2008.

M. Bouchard, G. Mierolo, *Offesa e riparazione. Per una nuova giustizia attraverso la mediazione*, Bruno Mondadori, 2005.

J.S. Bruner, La fabbrica delle storie, Diritto, letteratura, vita, Laterza, 2002.

J.S. Bruner, *La costruzione narrativa della realtà*, in *Rappresentazioni e narrazioni*, (a cura di M. Ammaniti, D.N. Stern), Laterza, 1991.

F. D'Agostini, M. Ferrera, La verità al potere, Sei diritti aletici, Einaudi, 2019.

E. Doxtader, P-J. Salazar, *Truth and Reconciliation in South Africa: The Fundamental Documents*, New Africa Books, 2007.

Esiodo, Teogonia, Rizzoli, 1994.

<sup>&</sup>lt;sup>38</sup> *Idem*, p. 209.

<sup>&</sup>lt;sup>39</sup> *Idem*, p. 210.



- L. Ferrajoli, Diritto e ragione. Teoria del garantismo penale, Laterza, 1989.
- M. Flores, Verità senza vendetta. L'esperienza della commissione sudafricana per la verità e riconciliazione, Manifestolibri, 1999.
- Y.N. Harari, Da animali a dèi. Breve storia dell'umanità, Bompiani, 2014.
- Y.N. Harari, Homo Deus. Breve storia del futuro, Bompiani, 2017.
- Y.N. Harari, 21 lezioni per il XXI secolo, Bompiani, 2018.
- A. Lollini, Costituzionalismo e giustizia di transizione. Il ruolo costituente della Commissione sudafricana verità e riconciliazione, Il Mulino, 2005.
- G.L. Potestà, C. Mazzucato, A. Cattaneo (a cura di), *Storie di giustizia riparativa. Il Sudafrica dall'* apartheid *alla riconciliazione*, Il Mulino, 2017.
- C. Perini, Fake news e post-verità tra diritto penale e politica criminale, in Diritto penale contemporaneo, 20 dicembre 2017

Platone, Repubblica, M. Vegetti (a cura di), Rizzoli, 2006.

Platone, Opere, vol. II, Laterza, 1967.

- L. Santa Maria, La verità, in Diritto penale contemporaneo, 1 marzo 2017.
- G. Vattimo, Addio alla verità, Meltemi, 2009.
- S. Rodotà, Il diritto di avere diritti, Laterza, 2012.



Intervista

## Intervista a Tiziana Siciliano

Colpa medica e responsabilità penale: tutte le criticità del sistema raccontate da Tiziana Siciliano, Procuratore Aggiunto della Procura di Milano.

#### Interview with Tiziana Siciliano

Medical malpractice and criminal responsibility: all the system criticalities told by Tiziana Siciliano, Assistance Public Prosecutor at the Court of Milano.

di Irene Gittardi

Iniziamo a parlare di numeri. Quante denunce (o denunce-querele) vengono presentate in Procura a Milano ogni anno per fatti attinenti la responsabilità di esercenti le professioni sanitarie?

Nel 2018, guardando il dato complessivo per lesioni e omicidi, sono state depositate circa 250 denunce – quasi una denuncia al giorno.

#### In media, quanti procedimenti proseguono oltre la fase delle indagini preliminari?

In linea di massima, circa l'80% dei procedimenti iscritti si concludono con archiviazioni *de plano*.

Quanto incide, in questo quadro, la presentazione di un'eventuale opposizione alla richiesta di archiviazione, e dunque il ruolo dei Giudici per le Indagini Preliminari?

Si tratta certamente di un aspetto significativo. Il procedimento che porta a una richiesta di archiviazione per questo genere di reati, infatti, è faticoso e complesso: dopo aver svolto attività istruttoria, disposto e studiato una consulenza tecnica, la Procura – se si convince che il

DPU – Diritto Penale e Uomo - Criminal Law and Human Condition | Via Serbelloni, 1 | 20122 MILANO (MI) | redazione@dirittopenaleuomo.org





procedimento non debba proseguire oltre – spesso si impegna nella redazione di richieste di archiviazione ben strutturate, motivando ampiamente le ragioni della propria scelta. Si tratta di un'attività non da poco, anche perché la materia, ovviamente, impone al PM di mutuare e interiorizzare un linguaggio scientifico molto lontano dal mondo giuridico. A valle di questo lavoro, la proposizione di un'opposizione, e soprattutto l'eventuale disposizione da parte del Gip di indagini integrative o, in alcuni casi, dell'imputazione coatta, può comportare un certo senso di frustrazione.

### Dei procedimenti che giungono a giudizio, quanti si concludono con sentenze di assoluzione?

La percentuale di assoluzioni è altissima, soprattutto per i procedimenti che vanno a giudizio in seguito a un provvedimento di imputazione coatta. I dati generali parlano di circa un 90% di assoluzioni.

## Secondo lei, quali possono essere le principali cause di questa notevole sproporzione tra eventi infausti denunciati e condanne in sede penale?

Innanzitutto, la denuncia spesso è il frutto di un momento emotivamente instabile, quello del dolore e della rabbia dei congiunti della persona offesa – o della persona offesa stessa nel caso delle lesioni. Spesso, quindi, si tratta di un atto non ragionato, presentato, anche comprensibilmente, sull'onda dell'emozione.

A ciò si aggiunga che dal punto di vista degli utenti del servizio sanitario c'è un'aspettativa ormai irragionevole: si è diffusa l'idea di avere diritto a essere risarciti per il semplice fatto dell'evento infausto, perché questo, nella rappresentazione collettiva, poteva sempre essere evitato; di conseguenza, nel momento in cui invece si verifica, ci deve essere necessariamente un colpevole – quasi una sorta di "responsabilità aquiliana" trasportata nel penale.

Invece non è sempre così, ovviamente. Certo ci sono i casi di errori colpevoli del medico, ma – per quella che è la mia esperienza – sono certamente molto inferiori rispetto alla rappresentazione collettiva.

#### Che ruolo assume, in questo fenomeno, la classe forense?

Dalla lettura del sistema emerge, secondo me, un aspetto patologico anche della professione forense. C'è una parte dell'avvocatura che, purtroppo, si presta a supportare le parti nel presentare denunce anche in casi in cui è da subito evidente l'assenza di qualunque forma di responsabilità penale del medico. Ormai, ma il fenomeno è noto, ci sono degli studi che si sono strutturati per affrontare queste tematiche, per così dire, "a tappeto", come dimostrano le forme di pubblicità, anche abbastanza aggressiva, che informano i pazienti della possibilità di agire nei confronti dei medici e delle strutture ospedaliere per ottenere risarcimenti.

Moltissime denunce sono infatti puramente strumentali, avendo come unica finalità quella di fare pressione sul professionista – che naturalmente ha ogni interesse ad evitare la sottoposizione a un procedimento penale, con tutti i costi che questo comporta in termini economici, psicologici e professionali – con lo scopo di ottenere in via stragiudiziale un risarcimento.



Esiste, poi, un'altra forma di strumentalità, che si verifica tipicamente nei casi in cui non ci sono elementi per sostenere responsabilità penale, mentre la pretesa potrebbe essere fatta valere in sede civile. In questa ipotesi, è circostanza nota che se viene presentata una denuncia — con esclusione dei casi palesemente privi di fondamento — la Procura dispone sempre l'esecuzione di una consulenza tecnica. Ecco, in questo modo, la parte denunciante entra nella disponibilità, a titolo assolutamente gratuito, di una consulenza richiesta dal PM, che quindi ha anche una sorta di *imprimatur* di terzietà, perfettamente idonea ad essere utilizzata in sede civile.

#### Quali sono i principali effetti negativi di questa proliferazione di denunce?

In primo luogo, tutto ciò ha un importante costo sociale, rappresentato dal fenomeno della medicina difensiva, sul quale non vorrei dilungarmi perché si tratta di un fenomeno di cui molto si è detto e di cui è noto l'impatto sulle finanze pubbliche.

In secondo luogo, la deriva del sistema ha dato origine a un meccanismo preoccupante anche con riferimento al ruolo delle compagnie assicurative. Oggi le assicurazioni chiedono ai medici cifre insostenibili – soprattutto per gli specializzandi e i giovani medici – con premi che superano ampiamente l'ammontare degli stipendi percepiti. L'effetto che desta maggiore preoccupazione, a mio avviso, è che molti giovani decidono di abbandonare, o addirittura di non intraprendere le specialità considerate più a rischio, come la ginecologia e la cardiochirurgia, per timore di venire coinvolti in procedimenti penali e dei costi connessi agli obblighi assicurativi.

## Oltre al numero considerevole di procedimenti, quali sono le difficoltà che incontra la Procura milanese nella gestione dei procedimenti per responsabilità medica?

Una delle principali difficoltà è rappresentata dall'esigenza di formare un gruppo di magistrati altamente specializzato, che possa approfondire una materia scientifica – la medicina – il cui sapere non rientra nel campo di competenze tradizionale del giurista.

Porto la mia esperienza personale. Nel periodo in cui io ho seguito il procedimento per i gravi fatti verificatisi presso la clinica Santa Rita, nel mio ufficio c'erano più libri di oncologia polmonare che non di diritto. Nel corso delle indagini ho esaminato – e con esaminato intendo dire che ho letto personalmente – circa 35.000 cartelle cliniche.

Questo per dire che il vero problema è la necessità di affidarsi in materia talvolta acritica a un consulente. Il processo, a mio parere, dovrebbe essere permeato da una logica giuridica, in cui andrebbero inserite – dopo un'elaborazione critica e consapevole da parte della magistratura – le nozioni e il linguaggio scientifico. Si tratta, però, di un obiettivo molto difficile da raggiungere, perché per quanto un magistrato possa approfondire e cercare di governare le tematiche scientifiche che emergono, di volta in volta, nei casi che deve affrontare, non sarà mai in grado di compensare decenni di studio specialistico.

## In questa prospettiva, qual è il ruolo dei consulenti tecnici? Che apporto sono in grado di dare?

Preliminarmente, rilevo l'esistenza di un serio problema di reperibilità dei medici legali – che devono necessariamente essere presenti tra i consulenti nominati dalla Procura. Pur essendo



in molti, a Milano, non sono sufficienti a coprire tutte le aree della medicina legale – bisogna infatti considerare che in Italia non esiste una figura analoga al *coroner* di matrice anglosassone, completamente dedicato alle attività degli inquirenti.

Questa difficoltà si aggrava poi, soprattutto, con riferimento ai casi in cui la Procura ha bisogno del supporto di uno specialista, perché la Procura purtroppo ha serie difficoltà a retribuire in modo adeguato i propri consulenti.

I consulenti della Procura sono pagati un massimo di 8 euro ogni due ore (fino a un tetto massimo limitato di ore), quindi 4 euro all'ora. Lordi.

Una volta c'era quantomeno la possibilità, quando si nominava un collegio di professionisti, di aumentare il compenso del 40%. Ecco, ora la legge n. 24 del 2017 sembra aver fatto venire meno questa possibilità, quindi nel caso sia necessario nominare tre specialisti, come spesso avviene, il compenso è di circa 1,20 euro lordi all'ora. A ciò si aggiunga l'obbligo di fatturare entro cento giorni – altrimenti la richiesta di pagamento diventa inefficace – e i tempi medi per la liquidazione dei compensi pari a due o tre anni.

A queste condizioni un medico, spesso un professore titolare di una cattedra all'Università, non solo dovrebbe lavorare alla consulenza, ma dovrebbe anche essere a disposizione della Procura e poi del Tribunale per l'attività d'udienza.

Tale situazione – mi pare evidente – non aiuta la Procura a trovare consulenti validi e a istruire al meglio i processi.

#### Come si inserisce, in questo quadro, la riforma apportata dalla legge Gelli-Bianco?

La legge n. 24 del 2017 era animata da buone intenzioni, ma di buone intenzioni sono pavimentate le strade per l'inferno ...

Scopo della riforma era, innanzitutto, sulla scia del decreto Balduzzi, dare ordine alla materia, limitando gli spazi interpretativi e stabilendo il limite oggettivo dato dalle linee guida, e non da tutte, ma solo dalle linee guida emanate dalle società scientifiche accreditate dal Ministero della Salute e pubblicate sul relativo sito. Purtroppo però, come noto, a due anni dalla riforma, di linee guida ne sono state pubblicate tre.

La situazione, quindi, è la stessa di prima, forse addirittura con maggiori incertezze in termini di condotta esigibile, aggravate dall'assenza di uniformità che si riscontra nella giurisprudenza di legittimità. Persino le Sezioni Unite, che erano state chiamate a risolvere lo stato di grave incertezza creatosi a meno di un anno dalla riforma, con la sentenza Mariotti<sup>1</sup>, se possibile hanno complicato il quadro.

Al di là dell'attuazione sinora data alla legge Gelli-Bianco, ritiene che ancorare al rispetto delle linee guida l'esclusione della punibilità sia, ad ogni modo, su un piano più generale, una scelta opportuna?

<sup>&</sup>lt;sup>1</sup> Cass. pen., Sez. Un., 22 febbraio 2018 (ud. 21 dicembre 2017), n. 8770.



Ho affrontato il tema delle linee guida, nella mia esperienza personale, durante i due procedimenti per la casa di cura Santa Rita, perché introdotto in chiave difensiva dalle difese degli imputati. In quell'occasione, ho intuito per la prima volta che le linee guida sono un campo scivolosissimo: sotto la stessa etichetta si trovano studi che hanno un rigore e una valenza scientifica molto diversi tra loro; è successo, infatti, che venissero allegate a supporto delle tesi difensive linee guida che portavano come sostegno scientifico delle tesi che prospettavano lo studio di un singolo caso.

In secondo luogo, e questa è una mia riflessione personale, credo che questa estrema valorizzazione delle linee guida possa rischiare, in qualche modo, di bloccare l'evoluzione della medicina, che ha invece un importante connotato di sperimentazione. Chiudere la medicina dentro un recinto di accettabilità di condotta rigidamente codificata, perché se si esce dal recinto c'è il rischio della responsabilità penale, penso possa costituire un grosso limite.

## Escludendo i casi che vengono archiviati de plano e le denunce chiaramente pretestuose, del contenzioso penale che residua qual è la percentuale di casi di gross negligence?

Esistono ovviamente gli errori marchiani, ma sono una percentuale molto bassa dei casi che arrivano in Procura.

Peraltro – e questo mi pare un dato molto significativo –, i procedimenti in cui la colpa del sanitario è più grave e immediatamente evidente nella maggior parte dei casi non arrivano neanche a giudizio, perché, laddove risulti evidente la probabilità di una condanna, l'azienda ospedaliera interviene e la vicenda si conclude con un accordo transattivo, anche con risarcimenti molto significativi, e la rimessione della querela.

Paradossalmente, quindi, per i casi più gravi il procedimento penale si arresta ancor prima di giungere a giudizio, mentre le vicende in cui la responsabilità del sanitario è più sfumata sono destinate a proseguire.

## Provando a pensare in maniera costruttiva, cosa potrebbe essere fatto per ovviare alle criticità dell'attuale sistema?

L'unica soluzione, a mio parere, è l'abrogazione della responsabilità penale per i fatti colposi degli esercenti le professioni sanitarie. Io credo fermamente la previsioni di sanzioni penali, in questo specifico settore, non costituisca un efficace deterrente, ma che anzi comporti più disagi che non reali vantaggi.

D'altra parte, esistono Paesi in cui la responsabilità penale per la colpa dell'esercente la professione sanitaria è limitata ai casi in cui la colpa è estremamente grave, quasi ai confini con il dolo, quindi non è un modello impossibile, ma una semplice scelta di politica legislativa. Andrebbero, piuttosto ampliati e resi più efficaci i procedimenti risarcitori.



Riflessione

# Diritto e letteratura hanno in comune l'uomo e la sua vita

Un viaggio letterario e giuridico

Law and literature have in common the individual and his life

A literary and legal journey

di Redazione

Contributo di **Vincenzo Vitale**, originariamente pubblicato sulla rivista *Il Dubbio*, il 3 agosto 2019.

Si fa presto a dire letteratura. Ma che cosa è la letteratura? Le risposte fornite sono diverse e spesso in contrasto fra loro. È forse un insieme di leggende? O di racconti fantastici? È forse un passatempo? Oppure un insieme di parole legate fra loro in modo originale ed elegante? O, ancora, un insieme di strutture linguistiche connotate da specifiche caratteristiche?

Qualunque sia la risposta, è difficile negare come la letteratura abbia comunque a che fare con la verità dell'uomo e dei rapporti umani.

Lo ha ribadito in modo convincente, fra gli altri, Tzvetan Todorov, quando ha stigmatizzato come esiziale assurdità che gli studenti di letteratura la studino in via esclusiva per diventare appunto conoscitori di letteratura e, possibilmente, critici letterari. E invece essi, continua lo studioso bulgaro, dovrebbero studiarla per divenire esperti di umanità, perché la letteratura ha questo compito proprio: investigare le più riposte pieghe dell'esistenza umana, portandone allo scoperto la verità.



Allo stesso modo, si fa presto a dire diritto. Ma che cos'è il diritto? Un insieme organizzato di norme di comportamento? Una costellazione di atti linguistici costitutivi di nuove realtà? O, forse, il diritto, lo si ritrova fra la brossura dei codici? O, ancora, nelle sentenze dei Tribunali o delle Corti?

Qualunque sia la risposta, è difficile negare come il diritto abbia comunque a che fare con la verità dell'uomo e dei rapporti umani.

Lo ha ribadito in modo convincente, fra gli altri, Sergio Cotta, quando ha stigmatizzato come esiziale assurdità che gli studenti di diritto lo studino in via esclusiva per diventare appunto conoscitori del diritto e, possibilmente, giuristi. E invece essi, continua il filosofo italiano, dovrebbero studiarlo per divenire esperti d'umanità, perché il diritto ha questo compito proprio: esplorare le più nascoste pieghe dell'esistenza, per giudicarne la verità. Come si vede già da queste poche battute, diritto e letteratura hanno molto di più che elementi in comune, come tanti hanno in passato evidenziato; molto di più che metodologie affini di conoscenza; molto di più che il comune ricorso alla parola detta e scritta.

In realtà, diritto e letteratura si incontrano ad un crocevia fondamentale, quello stesso della verità. E in questo crocevia si consuma il loro rapporto, ammesso che di rapporto si possa parlare, così come hanno fatto negli ultimi anni innumerevoli studi sull'argomento.

Ciò che propongo di considerare, prendendo questo argomento molto sul serio, non è il rapporto fra il diritto e letteratura, al pari di quello esistente fra diritto e psicologia, fra diritto e informatica e via dicendo; quanto come la letteratura rappresenti, a suo modo, una dimensione costitutiva del diritto, tale che lo sostiene e lo vivifica dall'interno, con necessaria esclusione di qualunque rapporto estrinseco.

Questa fondamentale importanza della letteratura per l'esistenza stessa del diritto, e dei giuristi, e che ne promuove sempre la rinascita, si articola in tre specifiche funzioni. La prima è quella *maieutica*, in quanto la letteratura fa da levatrice al diritto, inducendolo a portare alla luce la propria specifica verità, che null'altro è se non la giustizia, colei che ripartisce le ragioni dai torti.

La seconda è quella *rivelativa*, in quanto rivela al diritto la sua propria verità, inducendolo a riorientarsi di continuo in direzione della vita degli uomini e della giustizia che la governa.

La terza è quella *rammemorativa*, in quanto ricorda al diritto ciò che esso sa da tempo immemorabile – cioè che esso deve occuparsi della vita – ma che a volte esso sembra dimenticare.

Ovviamente, si tratta di tre facce della stessa medaglia, ammesso che una medaglia possa avere tre facce, perché chi nomina una di tali funzioni, le nomina tutte.

Sicché, il diritto non entra in rapporto con la letteratura, come molti si ostinano a ripetere, dal momento che invece soltanto in essa trova il necessario alimento, semplicemente in quanto l'oggetto della letteratura e del diritto è il medesimo: la vita stessa. E non è poco, se si pensa che proprio della vita oggi i giuristi sembrano essersi fatalmente dimenticati.

Basti leggere e meditare in proposito alcune massime della Cassazione da dove emerge con dolorosa chiarezza come la vita autentica degli esseri umani sembri distante anni luce: ragionamenti su norme che richiamano altre norme e circolari e regolamenti e precetti e via di questo passo in un delirio di crescente rarefazione che, se pur soddisfa le esigenze di consunti



apparati logici, non è assolutamente in grado di capire nulla del rapporto umano che si tratti di regolare: questo è stato semplicemente dimenticato.

Ecco allora il compito della letteratura farsi ancora più chiaro: cercare di evitare questa mortale autoreferenzialità del diritto, riconducendolo, alla fine del suo tortuoso percorso, lì da dove era partito: ancora e sempre la vita degli esseri umani.

A questo scopo, si presenteranno su queste pagine, nei prossimi giorni, alcune narrazioni più o meno celebri di varia provenienza e diverse fra loro, ma tutte in grado di prestarsi ad una interpretazione univoca e ineliminabile: far intendere che – così come il Sabato – le norme del diritto sono per l'uomo; e mai l'uomo per le norme.



Riflessione

## Introduzione. La libertà nell'era della scienza

Freedom in the age of science

di Mario De Caro e Andrea Lavazza

Estratto del capitolo introduttivo del volume di Mario De Caro, Andrea Lavazza e Giovanni Sartori, Siamo davvero liberi? Le neuroscienze e il mistero del libero arbitrio, Codice Edizioni, Torino, 2019 (pp. VII-XXX).

#### Il libero arbitrio tra impressioni e realtà.

Robert Alton Harris fu giustiziato nel 1992 per un delitto commesso in California quattordici anni prima. Aveva ucciso senza motivo due ragazzi, sparando loro alla schiena dopo averli fatti scendere dall'auto su cui viaggiavano allo scopo di procurarsi un mezzo per la rapina che progettava con il fratello. La corte considerò Harris un criminale incallito: fin da piccolo torturava gli animali per il solo piacere di farlo, aveva commesso reati minori e in precedenza picchiato a morte un vicino di casa durante una rissa (McKenna e Pereboom, 2016, pp. 1-3).

La sua esecuzione nel carcere di San Quintino fu accolta da molti come un atto di giustizia: quell'uomo si era volontariamente macchiato di un crimine orrendo e gratuito, aveva per tutta la vita dimostrato disprezzo per gli altri e non si era mai pentito. In un'esistenza costellata di comportamenti antisociali non aveva mai provato a integrarsi e lavorare onestamente rispettando il suo prossimo e le regole comuni. La società aveva dunque, secondo l'opinione comune, il diritto di punirlo: in definitiva, Harris sapeva bene ciò a cui sarebbe andato incontro.

Negli anni della sua detenzione, tuttavia, i giornali raccontarono anche altri aspetti della sua infanzia. Robert nacque prematuro a causa delle percosse che il padre inflisse alla madre incinta, accusandola di averlo tradito e sostenendo che il figlio non fosse suo. In seguito, il padre molestò sessualmente le sorelle e picchiò ripetutamente tutti i bambini di casa. La madre divenne alcolizzata e venne arrestata più volte. Il giovane Harris crebbe con problemi di apprendimento e di linguaggio, a scuola si sentiva stupido, raccontò la sorella Barbara, e veniva bullizzato dai compagni. A casa la madre non voleva che Robert la toccasse.

redazione@dirittopenaleuomo.org



DPU – Diritto Penale e Uomo - Criminal Law and Human Condition | Via Serbelloni, 1 | 20122 MILANO (MI) |



A quattordici anni fu condannato per furto d'auto e rinchiuso in una prigione minorile, dove venne violentato più volte dai compagni e tentò di suicidarsi tagliandosi le vene. Rilasciato diciannovenne, il bambino che aveva amato gli animali cominciò a tormentarli e a ucciderli, proseguendo un'esistenza difficile e senza sostegni.

Una volta illuminati questi aspetti della vita di Robert Harris, il giudizio su di lui può cambiare radicalmente. Ma, soprattutto, per ciò che qui ci interessa, potremmo chiederci se i suoi delitti siano stati frutto di una libera adesione a piani criminali che aveva lucidamente architettato oppure se la sua storia di sofferenza e abusi abbia "rovinato" il suo carattere – posto che tutti noi in genere non siamo violenti o sadici – o lo abbia orientato in una precisa direzione, offrendogli soltanto una certa prospettiva sul mondo nell'età critica dello sviluppo. In altre parole, la sua storia lo ha *determinato* a essere la persona che poi si e rivelata essere o avrebbe potuto fare altrimenti?

In una vicenda come quella di Harris sono in gioco molte delle nostre intuizioni morali e sociali più importanti, che diamo spesso per scontate ma, a un esame più attento, si rilevano ambivalenti e, a volte, persino contraddittorie. Non si tratta soltanto di casi eclatanti – omicidi e pene da infliggere –, molti aspetti delle nostre interazioni ricadono sotto la valutazione che diamo delle intenzioni e delle motivazioni che stanno dietro ai comportamenti quotidiani delle persone.

Mentre Robert Harris uccideva la coppia di giovani che avevano avuto la sfortuna di finire sulla sua strada, altri due eventi avrebbero potuto attrarre la nostra attenzione. All'università di Princeton due ricercatori impertinenti sottoponevano alcuni seminaristi a un esperimento di psicologia empirica, e nei pressi della sede delle Nazioni Unite a New York un funzionario sovietico veniva aiutato a non mancare a un'importantissima riunione.

Agli studenti di teologia fu chiesto prima di compilare un questionario circa il valore che davano alla religione e al ruolo che essa aveva nella loro vita. Successivamente, divisi in gruppi, lessero la parabola evangelica del buon samaritano o un brano sulle possibili alternative alla vocazione sacerdotale. Quindi, fu detto a tutti di recarsi in un altro edificio del campus per tenere una lezione sulle proprie materie di studio. I gruppi ebbero però indicazioni diverse: ad alcuni fu detto che erano molto in ritardo, ad altri che dovevano affrettarsi, ad altri ancora che avevano tempo. Sulla strada da percorrere, un collaboratore degli sperimentatori si fingeva ferito (come nella parabola) e chiedeva soccorso. I risultati furono i seguenti: diede aiuto il 40% degli studenti, ma se si considerano i singoli gruppi, si fermò il 63% di coloro che non avevano urgenza e solo il 10% di chi era in ritardo. Quanto alle letture, si chinò sul ferito il 53% di coloro che avevano riflettuto sul samaritano e il 29% di chi aveva affrontato un tema più neutro. Se ne può dedurre che variabili situazionali come la fretta e l'esposizione recente a un testo abbiano più peso, almeno in termini di correlazione con il comportamento, di variabili caratteriali come l'importanza della religione per la propria esistenza (Darley e Batson, 1973). Un esito che sfida le nostre convinzioni consuete, in base alle quali avremmo previsto che i seminaristi fossero ben più attenti alloro prossimo in difficoltà e meno influenzati dalle contingenze. Ma forse è la stessa vicenda narrata nel Vangelo di Luca a suggerire che dobbiamo avere una visione più aperta sulla realtà.

Igor Vitalenko stava correndo a un incontro delle Nazioni Unite che poteva contribuire a far calare la tensione fra Unione Sovietica e Stati Uniti, con i loro missili nucleari sempre pronti all'uso. Aveva documenti importanti nella cartella che teneva sotto il braccio mentre a piedi sotto la pioggia raggiungeva il Palazzo di Vetro. Un urto tra la folla e la cartella cadde e si aprì: i preziosi fogli volarono per strada. Un uomo si precipitò fuori dalla cabina telefonica vicina e agguantò alcune carte che stavano per finite in un tombino. Il diplomatico fu sollevato per lo scampato pericolo ma, mentre riprese il cammino, si stupì dell'accaduto: a New York non gli era



mai capitato di ricevere aiuto da estranei, nemmeno quando era scivolato sul ghiaccio, forse anche per il suo aspetto da straniero. In ogni caso, in cuor suo fu davvero grato a quell'uomo, gli aveva evitato un grosso guaio e, pensò, magari un giorno racconterò questa giornata e come un ignaro americano ha aiutato un sovietico ad abbassare la tensione internazionale.

In effetti, se si fosse condotta un'indagine accurata, sarebbe emersa una curiosa spiegazione. L'uomo che forse aveva dato un piccolo, involontario contributo al dialogo tra superpotenze non era affatto un modello di cortesia. Piuttosto, quando aveva riagganciato la cornetta nella cabina telefonica, un guasto dell'apparecchio aveva fatto sì che una pioggia di monete scendesse nella vaschetta sottostante, mettendo il nostro passante di ottimo umore e facendo sì che accorresse ad aiutare Vitalenko a raccogliere i suoi fogli. Che le cose vadano spesso così ce lo dice una notevole mole di studi, i quali evidenziano che le circostanze e gli eventi che caratterizzano il nostro ambiente hanno una grande influenza – senza che noi ce ne rendiamo conto – sulle nostre scelte e sui nostri comportamenti. Probabilmente, se non avesse guadagnato inaspettatamente qualche dollaro, l'"eroe" per un minuto sarebbe rimasto indifferente davanti all'incidente del funzionario sovietico e forse le relazioni USA-URSS avrebbero avuto un corso leggermente diverso in quel periodo.

In definitiva, dovremmo lodare quel passante e riconoscergli un merito, oppure no? E quale giudizio dare di un'altra persona che invece non fosse intervenuta per raccogliere i fogli caduti? Forse si deve valutare quanto è importante lo stato d'animo nel momento specifico rispetto al carattere forgiato nel tempo e ritenuto più stabile. Ma ciò equivale a chiederci se la nostra libertà sia costante o piuttosto legata in qualche misura ad aspetti contingenti e mutevoli. Se così fosse, sarebbe la libertà cui normalmente facciamo riferimento e che pensiamo di possedere?

A questo punto possiamo svelare che i tre fatti raccontati non sono contemporanei: l'esperimento di Princeton è stato condotto alcuni anni prima del delitto di Harris, mentre l'episodio del diplomatico sovietico è inventato da noi, anche se l'esperimento cui si ispira è reale e risale proprio agli anni Settanta del secolo scorso (Isen e Levin, 1972). Il quadro che emerge ci aiuta a entrare nel dibattito contemporaneo sul libero arbitrio, sempre più caratterizzato dalla presenza di dati scientifici, provenienti dalla psicologia e dalle neuroscienze. Un dibattito che però ha una storia lunghissima, perché il "mistero" del libero arbitrio ha radici antiche quanto la filosofia e non sembra essersi diradato con le nuove conoscenze empiriche.

La stessa definizione di libertà di scelta e azione in senso individuale (cioè non sociale o politica) o di libero arbitrio (*free will*), secondo il termine più tecnico, è controversa e non trova accordo pieno tra gli studiosi. In prima istanza, per circoscrivere il concetto in fase introduttiva, si può dire che il libero arbitrio è quella capacita, tipica degli esseri umani, di avere un (senso di) controllo sulle proprie azioni tale da giustificare la responsabilità morale, un controllo che ha a che fare con la "sorgente" causale dell'azione (tipicamente deve essere interna all'agente). Si tratta di una definizione densa con fortissime implicazioni, come vedremo (tra le quali che il controllo sia consapevole). A essa, secondo molti, va aggiunta la condizione di avere aperta davanti a sé più di una possibilità di azione in ogni momento in cui prendiamo una decisione (la possibilità di fare altrimenti). E poi va considerato se la decisione sia in qualche modo razionale, cioè non puramente casuale.

In base a questa definizione, Robert Harris era apparentemente libero, perché avrebbe potuto sparare o non sparare ai due ragazzi e di tale scelta ha pagato le conseguenze. Lo stesso vale per i seminaristi che hanno soccorso o meno il ferito e per il passante che ha aiutato il diplomatico. Ma da sempre la prima obiezione a questa apparenza di libertà è stata quella suscitata dall'idea del determinismo fisico, in contraddizione con la libertà umana.



#### Un'antica controversia.

Se la volontà degli uomini fosse libera, cioè ognuno potesse agire come gli talenta, tutta la storia sarebbe una serie di casi fortuiti slegati. Se anche un solo uomo fra milioni di uomini nel corso di un millennio avesse la possibilità di agire liberamente, e cioè a suo talento, evidentemente un solo libero atto di quell'uomo, contrario alle leggi, annienterebbe la possibilità dell'esistenza di qualsiasi legge per tutto il genere umano. Se invece esiste una sola legge che governa le azioni degli uomini, non può esistere la libertà dell'arbitrio, poiché la volontà degli uomini deve essere soggetta a questa legge. In questa contraddizione consiste il problema del libero arbitrio, che dai tempi più remoti ha preoccupato i maggiori ingegni dell'umanità, e da sempre è stato posto in tutto il suo significato<sup>1</sup>.

Così Lev Tolstoj, dopo aver narrato la Russia di inizio Ottocento e la guerra contro Napoleone, sintetizza nell'epilogo di *Guerra e pace* la sua poderosa riflessione su ciò che muove i protagonisti delle vicende umane. Un compendio del sapere del suo tempo concluso con il riconoscimento che è «necessario rinunciare a un'inesistente libertà e riconoscere una dipendenza che non sentiamo»<sup>2</sup>.

[...] Se siamo davvero liberi resta una domanda a cui non risulta legittimo dare risposte apodittiche, nell'una o nell'altra direzione. E nostro auspicio, però, che la lettura di questo volume riesca a fornire qualche nuovo elemento di riflessione a chi da tempo è alla ricerca di una soluzione; e che possa anche fare riflettere chi, sino a ora, tale problema non s'era mai posto.

68

<sup>&</sup>lt;sup>1</sup> L. Tolstoj, Guerra e pace, Mondadori, Milano, 1951, tomo IV, p. 382 [ed. or. 1863-1869].

<sup>&</sup>lt;sup>2</sup> L. Tolstoj, *Guerra e pace*, cit., p. 402.



Storia

### Esperienze di prigionia

#### Experiences of imprisonment

di Redazione

Contributo di Altiero Spinelli, originariamente pubblicato ne Il Ponte - Rivista di politica economia e cultura fondata da Piero Calamandrei, anno V, n. 3, marzo 1949, pp. 308 ss.

#### Caro Calamandrei,

durante il mio lungo soggiorno in carcere ed al confino ho naturalmente avuto fin troppo agio di riflettere non solo sulle particolari condizioni in cui vivevo, ma anche sul principio stesso della pena carceraria. Non ho tuttavia pressoché alcuna conoscenza circa la letteratura desmoteriologica, ed ignoro perciò assolutamente se quel che ho pensato sia ormai un luogo comune di quanti hanno meditato su questo argomento o se abbia una qualche originalità e meriti di essere pubblicato. Perciò non ti scriverò un articolo, ma una lettera che mi permetterà di esprimermi confidenzialmente e senza troppo grande impegno.

Durante i miei dieci anni di prigione ho assistito ad alcuni lievi addolcimenti della severità del regime carcerario. La segregazione cellulare e stata ridotta a più piccole proporzioni; la durata delle punizioni in celle di rigore e stata quasi dimezzata; i reclusi hanno visto il loro corredo accrescersi di calze e di una forchetta di legno; le biblioteche si sono arricchite; la pasta asciutta e stata distribuita cinque volte all'anno anziché tre; l'intervallo fra le visite dei familiari è diminuito, e si è ottenuto di scrivere lettere più frequenti. Non si trattava però che di lievi increspature su una superficie che rimaneva monotonamente eguale.

A pensarci bene, credo che, per quanto si voglia trasformare e perfezionare il carcere, non lo si può modificare in modo sostanziale. Naturalmente è possibile migliorare il cibo, rendere più igieniche le celle e le camerate, dare più svaghi e più lavoro, e simili. Ma ciò non altera il dato essenziale, che consiste nel tenere degli uomini in gabbia, nella impossibilità di sviluppare una vita normale, privi quasi completamente di una tutela giuridica. Vorrei perciò parlarti non già di questo o quel difetto da correggere nel sistema carcerario, ma del suo significato profondo.

DPU - Diritto Penale e Uomo - Criminal Law and Human Condition | Via Serbelloni, 1 | 20122 MILANO (MI) |



Dal punto di vista della società il carcere è un metodo come un altro di tener fuori dal consorzio civile quella determinata frazione dell'umanità che non è capace di rispettare certe leggi vigenti e che costituisce perciò un pericolo per la permanenza della società stessa. Si può naturalmente discutere sui modi atti a ridurre quella frazione, ma sta di fatto che in ogni determinata struttura sociale, morale, economica c'è una percentuale quasi fissa di popolazione che delinque e che va tenuta lontana dalla società. Dal punto di vista della sicurezza sociale è indifferente che essa sia esiliata, confinata, imprigionata, uccisa.

Il problema del significato profondo del carcere sorge quando ci si mette dal punto di vista del delinquente, e lo si considera un essere umano, cioè fornito del diritto di essere rispettato malgrado il suo delitto.

Da questo punto di vista si comprende il carcere preventivo che ha il solo compito di assicurare che il delinquente non si sottragga al giudizio. Ed anche in questo caso molto ci sarebbe da dire circa il modo in cui è organizzato. Il presunto delinquente dopo essere stato arrestato dovrebbe teoricamente essere tenuto in segregazione cellulare fino al momento in cui il giudice abbia concluso l'istruttoria. Di fatto è tenuto segregato solo fino al primo interrogatorio, e viene poi messo in compagnia. Ciò significa semplicemente che egli è messo alla scuola del vizio e del delitto. Le camerate e le celle delle carceri giudiziarie traboccano dei peggiori delinquenti che insegnano con piacere le loro arti. Il presunto delinquente è, nella enorme maggioranza dei casi, un essere incerto che ha soggiaciuto alla tentazione di violare la legge. Nel carcere preventivo impara che ci sono mille modi di violarla, e mille modi di eludere la pena. Contraae amicizie che dureranno anche quando sarà tornato fuori. Il carcere preventivo è una succursale del quartiere di malavita ed ha una influenza corruttrice enorme, soprattutto sui delinquenti giovani.

Una riforma del carcere giudiziario dovrebbe perciò mirare anzitutto a ridurre al minimo la durata della detenzione preventiva. La magistratura penale dovrebbe essere retta dal principio che ogni giorno di permanenza dell'imputato nel carcere preventivo lo spinge un po' di più sulla via della delinquenza.

Riducendo la durata della prigionia preventiva, si può farla consistere tutta in segregazione cellulare durante l'istruttoria, ed in compagnia libera con familiari ed amici (non con altri carcerati) nell'intervallo fra chiusura dell'istruttoria e giudizio.

Assai più problematico è il caso del carcere penale. Se non erro, il carcere e concepito comunemente come uno strumento di pena e di rieducazione alla vita civile. Per quel che possono valere le mie osservazioni ed esperienze, ti assicuro che si tratta di due grossolane mistificazioni.

L'uomo è nella sua media un adimale talmente abitudinario da esser capace di soffrire solo se la pena è di breve durata. La condanna al carcere è sentita come una sofferenza per uno o due anni al massimo. Il condannato soffre per l'interruzione delle sue abitudini, delle sue relazioni umane, dei suoi bisogni sessuali, per il peggioramento del cibo, per la soggezione in cui si trova rispetto ai suoi guardiani. Soffre perché è tutto teso verso la libertà che gli manca. Nei suoi primi anni di prigionia egli fa regolarmente un sogno assai caratteristico. Sogna di essere in libertà ma con l'incubo di dover presto tornare in carcere perché la licenza scade. Dopo pochi anni questo sogno scompare. Col passare del tempo infatti i rapporti con il mondo esteriore diventano qualcosa di evanescente.

Il prigioniero sente che ormai non si pensa più molto a lui, ed egli stesso non pensa più molto alle vecchie relazioni, salvo che per parlarne, col tono con cui si narra una vecchia storia. Nuove abitudini, imperniate intorno alla vita carceraria, si formano. Nuovi rapporti con i



compagni si stabiliscono, con relative passioni, antipatie, simpatie, odi, amori, ed intrighi. Il desiderio sessuale in parte si attutisce, in parte si perverte nella masturbazione e, soprattutto, nella pederastia, che è diffusissima in prigione come in tutte le comunità composte di soli uomini. La minestra quotidiana, il brodo e la carne della domenica, la pasta asciutta delle feste e i supplementi di vitto che si possono acquistare od ottenere dall'infermeria, diventano avvenimenti importantissimi. Fra detenuti e guardiani si stabiliscono complicati rapporti, fatti di sottomissione ipocrita, di tentativi di corruzione per ottenere favori, e di vigilanza diffidente da parte del recluso, e di un misto di bonarietà e di prepotenza da parte del guardiamo.

In poche parole, il carcere diventa una piccola società cenobitica, in cui si vive, cioè si soffre e si gode, si piange e si ride, come in tutte le società. È una vita meschina, monotona, ripugnante a vederla dal di fuori. Il posto assegnato ad ognuno non può essere modificato, e perciò non possono svilupparsi ambizioni né in bene né in male, oltre quelle di diventare spazzino o scrivanello. Non ci si può elevare al di sopra, né cadere al di sotto del livello di vita fissato dalle leggi carcerarie. Il governo dei guardiani e dei direttori è dispotico, mancando in questa società ogni divisione di poteri fra i governanti; e si verificano perciò abusi ed ingiustizie di ogni genere. Ma anche a questa mancanza di diritti ci si abitua.

Cosa resta più allora dell'idea della pena? Il carcere è un insieme di regole asettiche imposte al delinquente allo scopo di indurlo a riflettere sul delitto commesso. Ma la purificazione mediante l'ascesi è un procedimento che ha efficacia solo per chi ha la vocazione della santità. E poiché il delinquente non è davvero uno stinco di santo, egli non viene incontro al carcere con animo contrito, ma con l'animo dell'uomo medio che si prepara a studiare le circostanze in cui è ormai obbligato a vivere, per sistemarvisi nel modo migliore possibile.

Chi pensa che una condanna a dieci-venti o più anni di carcere sia una "pena" è, per così dire, vittima di una illusione ottica. Egli resta inorridito e oppresso dalla cifra enorme, e non riflette – cosa che invece sa ogni carcerato – che dieci anni non si fanno tutti d'un colpo, ma un giorno alla volta, e che ogni giorno ha le sue cure. Ricordo che quando, verso la fine della mia prigionia, vedevo arrivare compagni condannati a dieci o più anni di carcere, mi meravigliavo nello scorgerli così tranquilli e sorridenti, e mi chiedevo con uno stringimento di cuore come avrebbero potuto sopportare un così lungo periodo di prigionia. Solo riflettendoci constatavo che dieci anni erano né più né meno che il periodo scontato da me, senza nessuna difficolta.

Ma chi pensa che il carcere, comunque modificato, possa essere uno strumento di redenzione morale e sociale e vittima non di una illusione, ma di una ipocrisia. Il regime carcerario fascista, accanto ai miglioramenti, cui ti accennavo al principio della lettera, ha introdotto nel carcere, ed ha largamente applicato nel confino, la regola che il prigioniero poteva essere liberato prima di aver scontato tutta la pena se teneva buona condotta. Poche istituzioni sono in ugual misura corruttrici dell'animo umano come questa. Il prigioniero è spinto a tutte le bassezze, a tutte le ipocrisie, a tutte le viltà per riuscire a convincere i suoi superiori che egli ha buona condotta. Ed il superiore, fornito com'è di potere dispotico, tende inevitabilmente a considerare come buona condotta il comportamento umile e servile. Dietro quest'umiltà, può fiorire una orrida vegetazione di risentimenti, di cattiverie e di pervertimenti, ma il guardiano non se ne accorge, non può accorgersene. E noto che i migliori carcerati sono i delinquenti abituali, i quali appena in carcere diventano modelli di disciplina e di laboriosità, poiché sanno che è questo il modo di accattivarsi i superiori. Appena usciti dalla prigione tornano a rubare, a truffare, a rapinare.

Una delle più impressionati esperienze che ho fatte in carcere è quella degli ergastolani. Chi è condannato a tempo, può essere vecchio, ma ha sempre la speranza di uscire un giorno dal carcere. È questo un piccolo faro che non influisce molto sulla vita quotidiana, ma che pur sempre



è acceso e fa pensare alla vita in un altro mondo. Chi è condannato a vita non può contare più i giorni che gli mancano per la liberazione. Egli può contare solo sulla grazia, che gli verrà forse data un giorno, se avrà tenuto buona condotta. L'ergastolano è di conseguenza il detenuto di cui i reclusi più diffidano perché e quasi regolarmente una spia della direzione, un servitore abbietto dei guardiani. Egli dovrebbe portare una matricola scritta in stoffa nera, ma, per poco che si rilassi la severità della regola carceraria, se la toglie e la sostituisse con la matricola su stoffa bianca o verde dei condannati a tempo. Ciò non serve a molto, perché l'ergastolano si riconosce senza difficoltà per l'occhio smorto non ravvivato da altre speranze fuorché quelle fondate sull'abbiezione.

In realtà se si ha un'idea di quel che sia la dignità umana, bisogna dire che nessuno ha il diritto di giudicare sulla redenzione di un altro essere umano, perché chi è obbligato a cercare che un tal giudizio sia reso su lui, è con ciò stesso obbligato a dannarsi.

Ma lasciamo pure queste considerazioni che sfiorano la teologia, ed esaminiamo il problema nel suo solo aspetto sociale. I delinquenti sono normalmente esseri deboli, che non banno saputo proporre a se stessi il rispetto di quei vincoli alla propria libertà che la società esige. È una ben strana maniera di rieducare quella che consiste nello staccarlo completamente da tutta la rete dei rapporti sociali, e nel metterlo in un insieme di regole nuove, per rispettare le quali egli non ha più bisogno di alcun senso di responsabilità.

Il carcerato si alza, si lava, scopa, mangia, lavora, riposa, parla, tace, legge, scrive, va a dormire a suon di campana. Gli si richiede di essere una macchina e nulla più. No ha preoccupazioni di sorta sulla sua esistenza. C'è chi velia per lui.

Si acuisce cioè in modo morboso quella inconsistenza della volontà, che lo ha portato al delitto. E durante un adeguato numero di anni, accanto a questa cura debilitante, se ne fa un'altra. Lo si tiene in compagnia di altri delinquenti. Le conversazioni più eccitanti fra condannati sono quelle che vertono sui loro delitti, sugli errori commessi che hanno portato alla loro scoperta, sull'ammirazione per i delitti rimasti impuniti.

Accade perciò che riacquistata la libertà il delinquente si trova in una società con cui non ha più legami, tenuto in sospetto per il suo passato, con una ancor minore capacità di autodisciplina, con una educazione a delinquere e.... con il miraggio ambivalente eli ritornare in quel luogo sicuro che e il carcere.

A dirti la verità, più penso al problema del carcere e più mi convinco che non c'è che una riforma carceraria da effettuare: l'abolizione del carcere penale. Non che voglia con ciò fare una affermazione anarchica. Sono convinto che in ogni società c'è un certo numero di persone che non sanno vivere nella legge e che vanno espulse per sempre o a tempo dalla società. Ma non c'è solo il metodo dell'incarcerarli. Ci sono state società civilissime ed ordinate (quella greca e quella romana) che non conoscevano il carcere penale, ma solo quello preventivo.

Il carcere penale proviene idealmente, se non erro, da un'idea tutta cristiana: maciullare il corpo, perché l'anima si salvi. Non escludo che ciò sia possibile. Ma lo è solo quando è l'anima stessa a decidere di mortificare il proprio corpo, quando l'ascesi è liberamente scelta, e non quando è imposta da una autorità esterna. In tal caso si stritola l'anima prima ancora del corpo.

Se dovessi occuparmi del problema carcerario, sosterrei questa tesi: i delinquenti che si debbono allontanare dalla società, possono, a scopo intimidatorio, essere condannati ad una prigionia dura, ma brevissima, e devono poi essere mandati in una qualche località appartata (isola, colonia o simili) dalla quale non devono andarsene prima del tempo stabilito. Ivi devono



poter vivere una vita sottoposta a leggi più severe e più restrittive, ma una vita normale, controllata da regolari magistrati, con possibilità di guadagnare, di sposarsi, di aver casa, di vivere civilmente. La colonia deve conservare il carattere di colonia penale non a tempo indeterminato, ma solo per un certo periodo, fino a che abbia raggiunto le dimensioni di un paese vitale. Dopo scontata la pena, chi si sia ricostituita una vita ordinata e voglia restarvi ha il diritto di farlo, e dopo un debito periodo la colonia si trasformerà in un paese come tutti gli altri con un adeguamento completo alle leggi comuni dello Stato, ed altre colonie saranno via via costruite.

Inghilterra e Russia hanno applicato con modalità rudimentali questo metodo quando avevano i vasti spazi dell'Australia e della Siberia da colonizzare. Oggi il problema e più complesso, ma non insolubile.

In tal modo, mi sembra, si può solo risolvere insieme il problema di eliminare i delinquenti dalla società, e dare tuttavia loro la «chance» che si deve dare ad ogni uomo di ricostruirsi una vita anche dopo che la vecchia è crollata.

Quest'idea andrebbe certamente studiata in tutti i particolari, con un esame delle difficoltà che essa comporta e dei modi occorrenti per superarle, i1 che non ho la competenza per fare. Te la presento perciò nella speranza che qualcuno la faccia sua e le dia lo sviluppo che mi sembra meritare.

Ti assicuro che quando in carcere leggevo dei delinquenti sacri della Bibbia e delle tragedie greche, dei delinquenti che erano bando dal popolo, ma che bisognava rispettare, se non si voleva incorrere in una maledizione sette volte maggiore, pensavo che queste civiltà dovevano avere un'idea della dignità dell'uomo ben più alta di quella che ha la nostra, la quale chiude in gabbia diecine di migliaia eli esseri umani senza nessun senso, poiché con tale misura né annulla il delitto commesso né redime il delinquente.

Naturalmente in tutte queste considerazioni ho tenuto presente solo la delinquenza comune. Altro discorso andrebbe fatto per quella politica, ma la lettera diventerebbe troppo lunga.

Nella speranza di non averti annoiato ti ringrazio dell'occasione che mi hai offerta di esporre alcuni miei vecchi pensieri e ti saluto cordialmente.

Altiero Spinelli

Altiero Spinelli è nato a Roma il 31 agosto 1907. Avendo cominciato a militare nelle file comunista fin dal 1924, venne arrestato il 3 giugno 1927 a Milano e condannato dal Tribunale Speciale a sedici anni ed otto mesi di reclusione per cospirazione contro i poteri dello Stato.

Rimase in prigione fino all'aprile 1937. Trascorse i dieci anni di carcere a Lucca, in segregazione cellulare durata due anni e nove mesi, a Viterbo ed a Civitavecchia.

Scontata la pena, anziché essere liberato, fu inviato per cinque anni al confino, prima nell'isola di Ponza; e poi in quella di Ventotene. Terminati i cinque anni... nel 1942, gliene furono dati altre tre.

Durante la prigionia ed il confino si staccò dal comunismo, e divenne federalista.

Fu liberato il 18 agosto 1943, dopo la caduta di Mussolini.

Il 27 agosto fondò a Milano insieme a Ernesto Rossi il Movimento federalista europeo del quale



è attualmente segretario.



Intervista

# Intervista a Fabio Basile\*, Cosimo Palumbo† e Alberto Ernesto Perduca‡

Un dialogo a tre voci in materia di misure di prevenzione

Interview with Fabio Basile, Cosimo Palumbo and Alberto Ernesto Perduca

A trilogue about prevention measures

di Irene Gittardi

**Avv. Palumbo.** Vorrei fornire un primo inquadramento storico della evoluzione delle misure di prevenzione.

Da metà '800 alle soglie del '900, l'Italia ha potuto contare una dozzina di provvedimenti legislativi in tema di prevenzione. Dalla legge Galvani del 1852, al testo unico Crispi del 1889, transitando per la nota legge 20 marzo 1865, di estensione all'Italia unita del decreto di pubblica sicurezza del 15 novembre 1859, senza dimenticare la legge Pica del 1863, che applicava ai camorristi il domicilio coatto.

Nel secolo scorso, il governo fascista varò, dapprima, la legge di pubblica sicurezza numero 1848 del 1926 e, poi, il ben noto testo unico di pubblica sicurezza del 1931, che ha introdotto in particolare la misura del il confino di polizia, all'epoca largamente utilizzato contro i dissidenti e gli oppositori politici.

<sup>&</sup>lt;sup>‡</sup> Procuratore della Repubblica presso il Tribunale di Asti.



<sup>\*</sup> Professore ordinario di diritto penale all'Università degli Studi di Milano

<sup>†</sup> Avvocato del Foro di Torino, componente Osservatorio Misure Patrimoniali e Prevenzione UCPI.



Prima di procedere oltre, vorrei soffermarmi su un aspetto, che mi pare possa rappresentare un utile strumento di discussione: fino al 1926 era il Presidente del Tribunale competente a emettere, su proposta del Questore, i provvedimenti di prevenzione, nell'ambito di un procedimento caratterizzato da garanzie analoghe a quelle dei giudizi ordinari. A partire dal '26, e poi specialmente col testo unico del '31, le misure di prevenzione hanno invece assunto carattere pienamente amministrativo, e il procedimento è stato demandato ad una commissione prefettizia. Il Testo Unico è sopravvissuto all'entrata in vigore della Costituzione e la Corte Costituzionale se ne è occupata plurime volte fin dal '55.

Segnalo già ora (molto sinteticamente) una "evoluzione" – *post* sentenze della Corte europea dei Diritti dell'Uomo, De Tommaso, e della Corte Costituzionale, n. 24 del 2019 –, che lascia in qualche modo intravedere un ritorno alle misure di prevenzione di tipo amministrativo e questorile. Una sorta di "ritorno al passato", all'epoca precedente al testo unico del 1931, e devo confessare che questa circostanza sta suscitando in me non poca inquietudine.

**Prof. Basile.** Solo un chiarimento in merito alla Sua ultima affermazione: intende dire che, a Suo avviso, le misure questorili stanno oggi assumendo grande rilievo pratico o che, di fatto, attualmente i tribunali tendono in qualche misura ad "amministrativizzare" le misure, vale a dire a trattarle senza le garanzie proprie di un organo giudiziario?

**Avv. Palumbo.** Il riferimento è, in effetti, a entrambi i profili. Provo a spiegarmi tramite un esempio: in quest'ultimo periodo, uno strumento cui viene fatto ampiamente ricorso nella prassi è il cosiddetto "avviso orale qualificato". Con questo provvedimento, viene imposto al destinatario (un soggetto già condannato per delitti non colposi con sentenza passata in giudicato) il divieto di possedere e utilizzare –

«qualsiasi apparato di comunicazione ricetrasmittente, *radar* e visori notturni, indumenti ed accessori per la protezione balistica individuale, mezzi di trasporto blindati e/o modificati, ovvero comunque predisposti al fine di sottrarsi ai controlli di polizia, armi di modesta capacità offensiva, riproduzioni di armi di qualsiasi tipo compresi giocattoli riproducenti armi, oltre ad armi e strumenti di libera vendita in grado di nebulizzare liquidi e miscele irritanti non idonee a recare offesa».

Quanto letto, è riportato testualmente in un avviso orale emesso dal Questore della provincia di Torino. Per chiarire quali sono, a mio avviso, le criticità connesse a questa misura di prevenzione, vorrei sottolineare in particolare tre aspetti.

Il primo: il provvedimento cita espressamente gli «apparati ricetrasmittenti»; il destinatario della misura, dunque, non può portare con sé neppure un telefonino.

Il secondo: nel caso dell'avviso orale – misura di prevenzione di tipo amministrativo –, l'intervento del tribunale è previsto solo in relazione alle prescrizioni, e non anche sul contenuto del procedimento, il quale può essere impugnato solo dinanzi al TAR.

Infine, il terzo: ai sensi dell'art. 120 del codice della strada<sup>1</sup>, il destinatario della misura non possiede più i requisiti morali necessari per il possesso della patente di guida, che gli viene

<sup>&</sup>lt;sup>1</sup> Art. 120 Codice della strada (d.lgs. 30 aprile 1992, n. 285): «1. Non possono conseguire la patente di guida [...] coloro che sono o sono stati sottoposti [...] alle misure di prevenzione previste dalla legge 27 dicembre 1956, n. 1423, ad eccezione di quella di cui all'articolo 2, e dalla legge 31 maggio 1965, n. 575 [...]



pertanto ritirata dal Prefetto quale conseguenza automatica dell'avviso orale. Sotto questo profilo, sappiamo bene che, come effetto di una misura di prevenzione personale, il Prefetto autonomamente apre un provvedimento amministrativo avente ad oggetto il possesso dei requisiti morali di cui all'art. 120 c.d.s.<sup>2</sup> e ritira la patente, che potrà essere riottenuta a seguito della cosiddetta riabilitazione, che presuppone che siano trascorsi tre anni dal termine della misura di prevenzione.

Nel caso di cui stiamo discutendo, la misura non ha limiti di tempo, onde per cui i tre anni necessari per richiedere la riabilitazione non iniziano mai a decorrere: ciò significa che la patente non potrà mai più essere ottenuta.

Dott. Perduca. In merito all'evoluzione delle misure di prevenzione vorrei formulare alcune osservazioni.

Innanzitutto, la ricostruzione appena fatta segnala come nella storia del nostro Paese la giustizia penale da sola non si mostri in grado di contrastare la criminalità. Abbisogna cioè del sostegno del procedimento di prevenzione, la cui natura, a seconda dell'epoca di riferimento, propende ora verso il giudiziario, ora verso l'amministrativo. Oggi, anche in forza delle robuste sollecitazioni di Corte europea dei diritti umani, Corte costituzionale e Corte di cassazione il pendolo del sistema centrato sul d.lgs 159/2011 è nettamente spostato verso il giudiziario.

Quanto poi all'attuale *revival* in taluni settori anche della prevenzione amministrativa, forse non deve stupire se si considera che l'orientamento della giurisdizione internazionale e domestica è di sottoporre i presupposti e le procedure di applicazione giudiziaria delle misure di prevenzione a criteri e regole più rigorosi. La recente caduta, con la sentenza costituzionale 24 /2019<sup>3</sup>, dell'ipotesi di pericolosità generica di cui alla lett. a) dell'art. 1 del Codice antimafia<sup>4</sup> ne fornisce uno dei più recenti e chiari esempi. In futuro sarà interessante vedere se la conseguente contrazione dell'applicazione della prevenzione giudiziaria, già adesso percettibile, verrà - in ragione dei bisogni di sicurezza che agitano il nostro tempo- compensata da nuovi spazi della prevenzione ammnistrativa con rafforzamento del ruolo dell'esecutivo rispetto alla giurisdizione.

In merito al rapporto giustizia penale/giustizia di prevenzione, vorrei aggiungere come quest'ultima spesso fornisca lo specchio impietoso della crisi della prima. Credo sia esperienza abbastanza diffusa tra gli uffici di Procura la difficoltà di reperire – a sostegno del giudizio di pericolosità generica – tracce di accertamenti giudiziali, ancorché non definitivi, di responsabilità per i delitti da profitto sintomatici. Spesso ci si imbatte in una molteplicità di notizie di reato che però il procedimento penale non riesce a smaltire con l'esercizio dell'azione penale e la pronuncia di merito. In generale si assiste ad un grande divario tra la massa iniziale di notitiae criminis e la quantità di epiloghi giudiziali. Il che non è un bene né per la giustizia penale né quella di prevenzione.

<sup>2. [...]</sup> Se le condizioni soggettive indicate al primo periodo del comma 1 del presente articolo intervengono in data successiva al rilascio, il prefetto provvede alla revoca della patente di guida. La revoca non può essere disposta se sono trascorsi più di tre anni dalla data di applicazione delle misure di prevenzione [...].

<sup>3.</sup> La persona destinataria del provvedimento di revoca di cui al comma 2 non può conseguire una nuova patente di guida prima che siano trascorsi almeno tre anni».

<sup>&</sup>lt;sup>2</sup> È stata recentemente sollevata una questione di legittimità costituzionale dal TAR delle Marche proprio su questo aspetto.

<sup>&</sup>lt;sup>3</sup> Corte cost., 24 gennaio 2019, n. 24

<sup>&</sup>lt;sup>4</sup> Ai sensi della disposizione citata, «i provvedimenti previsti dal presente capo si applicano a coloro che debbano ritenersi, sulla base di elementi di fatto, abitualmente dediti a traffici delittuosi».



Dalla citata sentenza 24/2019 della Corte costituzionale emerge altresì che perché il fatto delittuoso sia util(izzabil)e ai fini del giudizio di pericolosità, esso debba esser stato sottoposto ad accertamento giurisdizionale- ancorché non definitivo-, non essendo sufficienti le valutazioni del PM e l'esercizio dell'azione penale. Sono evidenti le ragioni di garanzia che tale principio intende soddisfare. Senonché è possibile che in tal modo finisca per affievolirsi il ruolo del giudice di prevenzione, passandosi cioè da giudice con piena autonomia di giudizio sui fatti – così come emergono tanto dall'accertamento di polizia che dalla verifica di giustizia – ad un giudice dipendente da quanto stabilito – ovvero non stabilito – da un giudice penale. Insomma, estremizzando, è ipotizzabile il rischio che l'attività del giudice di prevenzione si riduca, di fatto, alla valutazione di pericolosità o meno di un individuo – soprattutto se generica – sulla sola base delle sentenze – per lo più non definitive emesse dal giudice penale. Ovviamente, può ritenersi che trattasi di rischio da accettare in nome della più intensa tutela dei diritti individuali. Ma così facendo occorre altresì accettare l'eventualità che anche per tale via lo strumento della prevenzione giudiziaria perda di incisività.

**Prof. Basile**. Vorrei intervenire per aggiungere qualche parola sulle evoluzioni storiche e, poi, anche sul problema connesso all'avviso orale.

Con riferimento all'evoluzione storica mi sembra che l'Avv. Palumbo abbia già fornito le coordinate necessarie. Siamo a metà-fine '800; abbiamo un codice penale, il codice Zanardelli, che si alleggerisce di alcune figure di reato (come il vagabondaggio e l'accattonaggio) ritenute non offensive di beni giuridici, le quali però non scompaiono del tutto dall'ordinamento giuridico, ma vanno a confluire all'interno delle misure di prevenzione. In tal modo, il codice penale diventa un codice liberale e si ripulisce di alcune "scorie", che però non vengono eliminate dal sistema.

All'inizio questo nucleo di "scorie" è tenuto un sotto controllo, entro limiti emergenziali, quantitativamente contenuti; tuttavia, operando in tal senso si predispone un sistema che, davanti a un legislatore autoritario come quello del fascismo, esplode – amministrativizzazione delle misure, con un ruolo del giudice che diventa del tutto secondario, e contestuale aumento sia della vaghezza delle previsioni sia del numero delle figure dei soggetti destinatari delle misure di prevenzione –. Il fascismo, dunque, non fa altro che esasperare vizi presenti nella legislazione di fine '800 e inizio '900.

Entra quindi in funzione la Corte costituzionale: due delle primissime sentenze, la n. 2 e la n. 11<sup>5</sup>, hanno a oggetto proprio le misure di prevenzione. Sembra quasi che la Corte non aspettasse altro che l'occasione per "ripulire" la legislazione da quelli che apparivano i più palesi punti di contrasto con la Costituzione. C'è poi un periodo di tempo intermedio, che va dal 1956 all'entrata in vigore del codice antimafia; si tratta di un periodo di "tira e molla", dove il "tira" è rappresentato da una espansione nella tipologia dei destinatari e nella tipologia delle misure (occorre ricordare che le misure di prevenzione patrimoniali nascono solo nel 1982), cui si contrappone un moto, di senso contrario, teso a valorizzare e rafforzare i presidi costituzionali. In questo periodo, viene pronunciata la sentenza del 1980<sup>6</sup> in materia di soggetti proclivi a delinquere, entra in vigore la legge del 1988<sup>7</sup> e, infine, nel 2011, viene emanato il codice antimafia.

<sup>&</sup>lt;sup>5</sup> Cfr. Corte cost., sent. 14 giugno 1956, n. 2; Corte cost., sent. 19 giugno 1956, n. 11.

<sup>&</sup>lt;sup>6</sup> Cfr. Corte cost., sent. 16 dicembre 1980, n. 177.

<sup>&</sup>lt;sup>7</sup> L. 3 agosto 1988, n. 327 – Norme in materia di misure di prevenzione personali.



Cosa accade però nel frattempo? Accade che i giudici – giustamente – si rendono conto che le misure di prevenzione possono ora avere un ambito applicativo molto più ampio di quello tradizionalmente riconosciuto loro, il quale non è più limitato alla sola criminalità organizzata, o a soggetti ritenuti marginali (prostitute, piccoli spacciatori, ecc.) ma, al contrario, si estende anche agli autori di criminalità economica (bancarottieri, corruttori, ecc.). Si apre così un nuovo fronte, che in realtà nella legge era già previsto da tempo – già dagli anni '80, infatti, la confisca era applicabile anche a soggetti qualificabili come pericolosi generici – ma che, apparentemente, non era stato intuito dalla giurisprudenza, prima di allora.

Tornando poi all'avviso orale, mi pare importante sottolineare che il codice antimafia – così eccedendo, peraltro, i limiti posti dalla legge delega – eleva quest'ultimo provvedimento ad autonoma misura di prevenzione. L'avviso orale, fino al 2011, era prodromico alla sorveglianza speciale; invece, dal 2011, il legislatore delegato qualifica l'avviso orale come misura di prevenzione personale autonoma. E qui, allora, si pone il problema: tutte quelle previsioni che intervengono in seconda battuta, che presuppongono cioè l'applicazione di una misura di prevenzione personale, e che fino a quel momento si riferivano alla sorveglianza speciale e al foglio di via, possono oggi riferirsi anche al destinatario dell'avviso orale, il quale – in teoria – è la misura più blanda?

Poco fa, è stato fatto l'esempio dell'art. 120 del codice della strada, che contiene un riferimento non al «soggetto destinatario dell'avviso orale», ma al soggetto destinatario «delle misure di prevenzione personali», che fino al 2010 si riducevano alla sola sorveglianza speciale, anche perché, all'epoca, l'art. 120 esplicitamente escludeva la rilevanza del foglio di via. Posto che la dizione di oggi è «misure di prevenzione personali», possiamo ritenere incluso nel campo di applicazione della predetta disposizione anche il foglio di via? Allo stesso modo, quando gli articoli 73 e 74 del codice antimafia<sup>8</sup> prevedono circostanze aggravanti nel caso di applicazione di una misura di prevenzione personale, il riferimento vale anche con riguardo al destinatario dell'avviso orale?

In precedenza, il testo normativo si riferiva ai destinatari della sorveglianza speciale; con la fusione della legge antimafia del 1965 e della legge 1956 all'interno di in un unico testo, però, diviene importante capire se i precedenti riferimenti ai destinatari delle misure di prevenzione personali siano adesso estensibili anche ai destinatari del foglio di via e dell'avviso orale. Il soggetto che ha ricevuto l'avviso orale è sottoposto all'obbligo di comunicare le variazioni patrimoniali? Se guardiamo alla lettera della legge, parrebbe possibile rispondere positivamente, posto che il riferimento dell'art.  $80^9$  è ai soggetti già sottoposti a una misura di prevenzione personale.

<sup>&</sup>lt;sup>8</sup> Art. 73: «1. Nel caso di guida di un autoveicolo o motoveicolo, senza patente, o dopo che la patente sia stata negata, sospesa o revocata, la pena è dell'arresto da sei mesi a tre anni, qualora si tratti di persona già sottoposta, con provvedimento definitivo, a una misura di prevenzione personale».

Art. 74: «1. Il pubblico amministratore, il funzionario o il dipendente che, intervenuta la decadenza o la sospensione di cui all'articolo 67, non dispone, entro trenta giorni dalla comunicazione, il ritiro delle licenze, autorizzazioni, abilitazioni o la cessazione delle erogazioni o concessioni ovvero la cancellazione dagli elenchi, è punito con la reclusione da due a quattro anni.

<sup>2.</sup> Le stesse pene si applicano in caso di rilascio di licenze, concessioni, autorizzazioni o abilitazioni ovvero di iscrizioni e di attestazioni di qualificazione nonché' di concessione di erogazioni in violazione delle disposizioni di cui all'articolo 67.

<sup>3.</sup> Il pubblico amministratore, il funzionario o il dipendente dello Stato o di altro ente pubblico ovvero il concessionario di opere e di servizi pubblici nonché' il contraente generale che consente alla conclusione di contratti o subcontratti in violazione dei divieti previsti dall'articolo 67, è punito con la reclusione da due a quattro anni.

<sup>4.</sup> Se il fatto di cui ai commi 1, 2 e 3 è commesso per colpa, la pena è della reclusione da tre mesi ad un anno».

<sup>&</sup>lt;sup>9</sup> Art. 80: «1. Salvo quanto previsto dall'articolo 30 della legge 13 settembre 1982, n. 646, le persone già sottoposte, con provvedimento definitivo, ad una misura di prevenzione, sono tenute a comunicare per dieci anni, ed entro trenta giorni dal fatto, al nucleo di polizia tributaria del luogo di dimora abituale, tutte le variazioni nell'entità e nella composizione del patrimonio concernenti elementi di valore non inferiore ad euro 10.329,14. Entro il 31 gennaio di ciascun anno, i soggetti di cui al periodo precedente sono altresì tenuti



Per concludere: da un lato, va certamente riconosciuto un grande merito al codice antimafia per aver ricondotto in un unico testo legislativo una disciplina che, fino ad allora, era disseminata in tante sedi, con grande difficoltà per l'operatore giuridico nell'individuazione della disciplina applicabile. Dall'altro lato, però, sicuramente non sono mancati difetti di coordinamento e di complessiva sistemazione della materia, i quali stanno oggi portando all'emersione di alcune aporie e difficoltà interpretative.

**Avv. Palumbo.** Se posso esprimere una personale preoccupazione, alla luce di quanto detto finora, è che la creazione di un meccanismo – lo ha espresso molto chiaramente il Dott. Perduca – caratterizzato da un ampliamento delle misure di prevenzione amministrative e da una maggiore garanzia riferita alle misure di prevenzione di tipo giurisdizionale, reca con sé il pericolo di un disequilibrio tra i poteri dello Stato. L'aumento delle garanzie, infatti, produce anche l'effetto di "rallentare" il procedimento giurisdizionale, così stimolando il potere esecutivo a intervenire (autonomamente), attraverso il ricorso a misure di tipo amministrativo.

Come già detto, vedo in queste circostanze il concreto rischio di una rottura dell'equilibrio tra i poteri, o meglio di un'invasione di campo da parte di un potere nei confronti di un altro, il che è a sua volta indice del fatto che il sistema non è più in grado di usare quei pesi e contrappesi che rappresentano il punto di equilibrio del nostro apparato costituzionale.

Si tratta di una preoccupazione che io personalmente avverto, anche alla luce dell'ultima sentenza della Corte costituzionale, la n. 24 del 2019. A tal proposito, a mio avviso questa sentenza rappresenta una sorta di invito a chiederci dove siamo arrivati, se siamo ormai giunti al termine di un percorso o se, viceversa, c'è ancora qualcosa può essere ancora modificato.

La mia mia opinione è che, quantomeno nel breve periodo, nulla potrà essere ancora modificato, posto che la Corte costituzionale, con la sentenza in esame, e stante la legislazione vigente, ha fatto tutto quanto era concretamente possibile fare in via interpretativa. È cioè intervenuta sull'unica norma, quella sui traffici illeciti, che appariva totalmente irrispettosa del principio di tassatività. Ciò che di questa operazione mi lascia perplesso, tuttavia, è che l'intervento della Consulta era finalizzato a garantire il rispetto del principio di tassatività alla categoria di cui alla lettera b) dell'art. 1 del codice antimafia, ossia la categoria del «vivere abitualmente con i proventi delle attività illecite». Sotto questo profilo, l'operazione effettuata con la sentenza 24/2019 mi pare si sostanzi in un mero recepimento della giurisprudenza della Corte di cassazione. A ben vedere, infatti, tutti i criteri attraverso i quali vengono oggi individuati i cd. "indici", o elementi di fatto, dai quali desumere se un soggetto viva o meno abitualmente con i proventi delle attività illecite, sono tutti frutto di principi enunciati nelle recenti sentenze della Corte di Cassazione.

Sorge allora una domanda: quanto è rispondente ai canoni di equilibro del sistema il fatto che la Corte Costituzionale, invece di svolgere la sua funzione abrogativa o confermativa della rispondenza ad un principio costituzionale, affermi che una norma è rispondente ai principi della Costituzione nella misura in cui vengano rispettati criteri che sono in realtà il frutto di un'elaborazione giurisprudenziale? Si tratta di un problema che, a mio avviso, nei prossimi mesi o anni andrà affrontato. Se, cioè, e fino a che punto, la giurisprudenza è in grado oggi non solo di interpretare norme, ma di crearle.

a comunicare le variazioni intervenute nell'anno precedente, quando concernono complessivamente elementi di valore non inferiore ad euro 10.329,14. Sono esclusi i beni destinati al soddisfacimento dei bisogni quotidiani».



**Dott. Perduca.** Mi permetto di formulare un'osservazione con riguardo all'art. 1 lett. *a)* del codice antimafia, ritenuta non sufficientemente precisa dalla Corte costituzionale nella cit. sentenza 24/2019. Molto sommessamente, se dovessi scegliere tra l'ipotesi della lettera *a)* e quella della lettera *b)* dell'art. 1 del codice antimafia, sarei portato a ritenere che, sul piano letterale, la seconda è più generica della prima se non altro perché il "traffico" della lett. *a)* sembra rinviare a nozione più limitata di quella espressa da "attività. Ma ciò che conta, puntualizza la Corte costituzionale, è che nel diritto vivente i giudici non siano riusciti a convergere su che cosa debba intendersi per "traffico" sicché l'incertezza che permane sul fondamento della pericolosità generica della lett. *a)* rimane troppo alta per poter essere accettata.

Riprendendo poi le ultime considerazioni dell'Avv. Palumbo sull'equilibrio tra i poteri, credo che dovremmo valutare con estrema attenzione la rispondenza del procedimento di prevenzione al rispetto dei diritti fondamentali alla luce del criterio di "proporzionalità".

Così rimango perplesso di fronte a confronti troppo veloci tra procedimento di prevenzione e procedimento penale fatti sul presupposto che il secondo sia il "fratello maggiore" del primo e che il secondo debba emularlo. Innanzitutto perché proprio il procedimento penale che pratichiamo ogni giorno mostra ormai limiti preoccupanti tanto sul versante dell'efficacia che della garanzia sicché non mi pare sia il caso di assumerlo come modello virtuoso. E poi, occorre non dimenticare la differenza degli interessi in gioco. All'esito del procedimento di privazione il prevenuto può vedersi limitato – e non privato – della libertà. E quanto alla confisca, essa – anche secondo l'insegnamento della Corte costituzionale – assolve a funzione ripristinatoria neutralizzando l'arricchimento di cui si ha ragione di ritenere di origine delittuosa. E per convincersi che tale arricchimento indebito non sia soltanto categoria giuridica ma realtà imponente – oltre che allarmante – basta ricordare le stime elaborate da più organizzazioni su scala internazionale ed europea, tutte d'accordo nel fissare ad una sola cifra percentuale la porzione del recupero dei profitti da delitto. Non è un caso che la normativa europea di recente abbia manifestato un certa apertura al *nostro* procedimento di prevenzione patrimoniale<sup>10</sup>.

Il principio di proporzione credo poi debba essere d'aiuto nella corretta applicazione delle norme sul procedimento di prevenzione con la consapevolezza di navigare tra una sorta di Scilla e Cariddi, con un potere esecutivo naturalmente portato a non tollerare il vuoto di prevenzione ed una giustizia penale che opera con fatica anche in ragione del suo dispositivo processuale. Insomma, per dirla con una battuta, la scommessa è di riuscire ad esercitare la prevenzione giudiziaria con modalità giuste ed incisive, evitando da un lato il "cortocircuito" del processo ammnistrativo e dall'altro il "sogno" del processo penale.

Voglio ora fare una domanda diretta soprattutto all'avv. Palumbo. Pensando al procedimento di prevenzione, così come praticato nei Tribunali e nelle Corti – e modellato dalla Corte europea dei diritti umani, dalla Corte costituzionale e dalla Corte di cassazione – l'esercizio della difesa viene assicurato in misura adeguata oppure si versa in una situazione che necessita ancora di modifiche radicali?

Anticipo la risposta di Pm. Il procedimento di prevenzione è caratterizzato da una fase totalmente segreta, interamente gestita dai pubblici ministeri e alle forze di polizia, che in seguito producono, a giudici e controparti, il risultato del proprio lavoro, il quale è quindi esposto a

 $<sup>^{10}</sup>$  V.Art.1.1 Regolamento UE 2018/1805 relativo al riconoscimento reciproco dei provvedimenti di congelamento e di confisca



critiche, controdeduzioni e produzioni avverse. Al contempo, si assiste oggi alla diffusa tendenza dei giudici a mostrarsi particolarmente disponibili dinanzi alle varie richieste di ammissione di prove. Sotto questo profilo il procedimento di prevenzione è una sorta di "happening" o se si preferisce di "campo aperto" dove le parti hanno la massima possibilità di confrontarsi/scontrarsi per far valere le loro ragioni, essendo davvero minime – e del tutto ragionevoli – le regole di esclusione probatoria.

\*\*\*

#### Il giudizio di prevenzione è un giudizio di stampo accusatorio o inquisitorio?

**Dott. Perduca**. Il giudizio di prevenzione si compone di due fasi. Quella preparatoria è senza dubbio di stampo inquisitorio puro.

**Avv. Palumbo**. Provo a rispondere prendendo le mosse da quanto affermato in un passaggio della sentenza 24/2019 della Corte costituzionale. A proposito del procedimento di prevenzione, si legge che esso «pur non dovendo necessariamente conformarsi ai principi che la Costituzione detta specificamente per il processo penale, deve tuttavia rispettare i canoni generali di ogni "giusto" processo», di cui agli artt. 111 commi 1, 2 e 6 Cost.». Ad avviso della Corte, dunque, l'art. 111 Cost. può essere sì ritenuto applicabile al procedimento di prevenzione, ma non per intero. Solo i commi 1, 2 e 6. D'altra parte, è ben nota la distinzione tra procedimento e il processo, e la stessa Corte ci dice che il procedimento di prevenzione non deve necessariamente conformarsi ai principi che la Costituzione detta per il processo penale.

Tanto chiarito, occorre però domandarsi: qual è il rapporto tra gli scopi del procedimento di prevenzione e quelli del procedimento penale? Pensiamo ad esempio agli *standard* probatori. Il procedimento penale è retto dal principio dell'oltre ogni ragionevole dubbio; per converso, nel procedimento di prevenzione ragioniamo su elementi di fatto che possono essere qualificati – in senso molto lato – come "indizi", i quali però non rispondono ai canonici requisiti di gravità, precisione e concordanza, richiesti in sede penale (spesso, anzi, non presentano neppure uno dei predetti requisiti). Nel procedimento di prevenzione, infatti, possiamo considerare "sufficiente" un indizio semplice per irrogare una misura di prevenzione. Si tratta di *standard* probatori a mio avviso ancora insufficienti, specie se si considera il fatto che, nel procedimento di prevenzione, entrano in gioco diritti costituzionalmente garantiti, come il diritto di proprietà e quello di circolazione.

Vero è, d'altra parte, che alcuni recenti interventi legislativi hanno notevolmente avvicinato il procedimento di prevenzione al procedimento ordinario dal punto di vista procedurale. Penso in particolare alla legge n. del 2017<sup>11</sup>; inoltre, per effetto di alcune recenti pronunce giurisprudenziali, lo "standard probatorio" è stato innalzato rispetto al passato.

Tuttavia, le preoccupazioni a mio avviso permangono. Infatti, la procedura per l'accertamento di responsabilità, nell'ambito del procedimento di prevenzione, è tutto fuorché scientifica, e finisce di fatto col tradursi in un giudizio di merito affidato al giudice. Il rischio, allora, è che venga a crearsi una sorta di "giudice della prevenzione", il quale – per riprendere le considerazioni del Dott. Perduca – si trova ad avere a che fare soprattutto con atti amministrativi.

<sup>&</sup>lt;sup>11</sup> L. 17 ottobre 2017, n. 161 – Modifiche al codice delle leggi antimafia e delle misure di prevenzione, di cui al decreto legislativo 6 settembre 2011, n. 159, al codice penale e alle norme di attuazione, di coordinamento e transitorie del codice di procedura penale e altre disposizioni. Delega al Governo per la tutela del lavoro nelle aziende sequestrate e confiscate.



Per tornare alla domanda iniziale, in merito alla natura del procedimento di prevenzione, risponderei in questo modo: a mio avviso, non c'è niente di più inquisitorio nel nostro ordinamento processuale penale del giudizio abbreviato e, se ci pensiamo, il giudice della prevenzione ragiona ancora oggi sulla base delle carte che fanno parte del fascicolo del pubblico ministero, che trasmigra direttamente nel fascicolo del giudice. Si tratta forse di un parallelo eccessivo ma, in questo senso, credo che il procedimento di prevenzione presenti (come il giudizio abbreviato) molte caratteristiche tipiche del "processo inquisitorio".

**Prof. Basile**. Vorrei ora soffermarmi su un altro tema oggetto della nostra discussione, vale a dire gli effetti prodotti nel nostro ordinamento dalla sentenza De Tommaso<sup>12</sup>. Si tratta senza dubbio di una sentenza fondamentale, che richiama fortemente l'attenzione, tanto della dottrina quanto della giurisprudenza – quasi dando uno "scossone" –, sulle misure di prevenzione.

La sentenza De Tommaso è del 2017 e prende dunque in considerazione la giurisprudenza esistente fino al 2014, senza poter dare conto delle evoluzioni che hanno interessato gli anni successivi. Infatti, tra il 2010 e 2017 – dunque anche dopo la pronuncia della De Tommaso –, la giurisprudenza di Cassazione ha fatto enormi progressi in tema di misure di prevenzione, specie con riferimento agli indici sintattici presenti nell'art. 1 del codice antimafia, di cui la Corte si è in più occasioni sforzata di attribuire un significato preciso.

Per converso, tale evoluzione è stata ampiamente presa in considerazione dalla recente sentenza della Corte costituzionale, la quale ha rilevato come, se la lettera a) nell'art. 1 del codice antimafia è di fatto "incorreggibile", stante impossibilità di attribuirle un significato preciso, la lettera b), invece, abbia acquisito – grazie appunto all'interpretazione giurisprudenziale – connotati di maggior precisione. Peraltro, ritengo che la Corte costituzionale fosse effettivamente legittimata a compiere questa operazione.

Intravvedo semmai, in questo percorso intrapreso dalla Corte costituzionale con riguardo alla pericolosità generica, un diverso problema, vale a dire il fatto che, a valle della suddetta pronuncia, il riconoscimento della pericolosità generica presuppone, di fatto, un previo accertamento circa la commissione di delitti. Le misure di prevenzione rischiano così di assumere le sembianze di un duplicato della pena o, talora, di un surrogato della pena. Ad esempio, laddove non sia stato possibile applicare la pena – per intervenuta prescrizione nelle more del giudizio di cassazione, o in ragione dell'intervento di una condizione personale di non punibilità, quale la remissione di querela –, se vi è stato l'accertamento del fatto di reato, se è stata pronunciata una sentenza di condanna ed è stata data esecuzione alla pena, ecco che, in virtù di tutti questi elementi, può farsi applicazione di una misura di prevenzione, perché sussiste il requisito della "attività delittuosa".

La misura di prevenzione, infatti, guarda ora a quello che "il soggetto ha fatto"; va a colpire, cioè, il soggetto che ha già commesso delitto e non quello di cui si vuole prevenire la commissione di un delitto. Tanto è vero che, stando ai risultati di una ricerca condotta all'Università di Milano, i destinatari delle misure di prevenzione, sia generici sia qualificati, sono pressoché tutti recidivi (almeno a Milano).

83

<sup>&</sup>lt;sup>12</sup> Corte Europea dei Diritti dell'Uomo, Grande Camera, 23 febbraio 2017, de Tommaso c. Italia.



A tali considerazioni si può aggiungere quella per cui anche il contenuto afflittivo, sanzionatorio e prescrittivo della misura di prevenzione non si differenzia in misura sostanziale da quello proprio della pena. Infatti, la misura di prevenzione non presenta contenuti positivi miranti alla prevenzione del reato, alla socializzazione del soggetto o al cambiamento di ruolo sociale del soggetto, ma si traduce in una serie di provvedimenti che limitano, più o meno fortemente, il soggetto; talvolta si tratta di provvedimenti interdittivi di una serie di attività, il cui contenuto, tuttavia, non è – e non è mai stato, purtroppo – un contenuto positivo di prevenzione.

Uno spazio, pur ridottissimo, di contenuti positivi di natura risocializzante rimane nell'ambito delle prescrizioni atipiche: sempre con riferimento alla realtà milanese, fra le prescrizioni atipiche, si è di recente cominciato a discutere di obblighi di volontariato, di frequentazione del Sert, associazioni e circoli in cui discutono di problematiche di reati sessuali, ecc. Percorsi, cioè, finalizzati alla creazione di condizioni favorevoli a prevenire condotte recidivanti. Lo spazio delle prescrizioni atipiche è però estremamente limitato; inoltre, si tratta di misure al limite della costituzionalità, poiché rischiano di rappresentare una facile via di ingresso per prescrizioni che incidono in modo anche significativo sulla libertà personale. Solo per fare un esempio, si pensi al caso di un individuo sospettato di terrorismo: tra le prescrizioni a contenuto libero che può imporre il giudice, viene disposto tra l'altro il divieto di frequentare la moschea, o di frequentare determinate persone, non propriamente rientranti nelle categorie dei condannati o dei prevenuti, ma che si muovono in un'area che può, a vario titolo, "destare sospetto".

In definitiva, credo sia importante capire prima di tutto dove questo percorso ci sta portando. Il rischio, a mio parere, è che ci stia portando verso un sistema di misure applicate con garanzie sempre più simili a quelle del procedimento penale, tese a dimostrare, per il passato, la commissione i delitti e i cui contenuti appaiono chiaramente orientati in senso restrittivo-afflittivo. In tal modo, ci ritroveremmo così dinanzi a "un duplicato" delle pene e delle misure di sicurezza.

**Avv. Palumbo.** Concordo pienamente. Aggiungerei che il percorso cui ha fatto cenno il Prof. Basile è già stato intrapreso. In particolare, è possibile cogliere, a mio avviso, alcuni "indici" di un progressivo avvicinamento, o addirittura di sovrapposizione, tra misure di prevenzione e misure di sicurezza.

A tal proposito, mi pare interessante notare innanzitutto come tanto le prime, quanto le seconde, pur con le rispettive differenze in punto di momento applicativo (*ante-delictum* le misura di prevenzione e *post-delictum* le misure di sicurezza), perseguano il medesimo scopo, ossia la prevenzione di ulteriori reati.

In secondo luogo, un ulteriore spunto di riflessione è a mio avviso suggerito da una sentenza della Corte costituzionale, la n. 291 del 2013<sup>13</sup>, che ha imposto *ex officio* la rivalutazione della pericolosità sociale al momento della concreta esecuzione della misura di prevenzione. Si tratta, mi pare, del medesimo percorso seguito dal legislatore negli anni '90 per far sì che la misura di sicurezza, comminata dal giudice a pena espiata, venisse poi rivalutata dal magistrato di sorveglianza, al momento della sua concreta applicazione. Una delle conseguenze della predetta sentenza della Consulta è stata quella di precludere la possibilità di applicare una misura di prevenzione in mancanza di una rivalutazione della pericolosità. Il che ha comportato, in punto di evoluzione legislativa (è questa una delle modifiche più importanti attuate dalla legge n. 161

<sup>&</sup>lt;sup>13</sup> Corte cost., 2 dicembre 2013, n. 291.



dell'ottobre 2017)<sup>14</sup>, il fatto che, se un soggetto ha trascorso più di due anni in stato di custodia cautelare, o comunque in stato di privazione della libertà personale, la pericolosità dev'essere rivalutata.

Insomma, mi pare che in linea generale si vada sempre verso una sovrapposizione tra gli scopi, le modalità, addirittura tra gli stessi requisiti strutturali, delle misure di sicurezza e delle misure di prevenzione. Coglie nel segno, in questo senso, l'osservazione formulata poc'anzi dal Prof. Basile: se il giudice, tra i criteri di cui deve tenere conto per irrogare una misura di prevenzione, deve comunque in qualche modo accertare la commissione di un reato, ecco che anche il carattere fondamentale della misura di prevenzione, cioè la sua applicabilità *ante-delictum*, viene meno.

A mio avviso – e qui faccio un'affermazione probabilmente impopolare (soprattutto in questo periodo storico) –, le misure di prevenzione dovrebbero essere eliminate. Il tanto evocato "bisogno di sicurezza", alla cui soddisfazione esse sono deputate, mi pare sia in realtà un falso bisogno. D'altra parte, in un clima come quello attuale, caratterizzato da una percezione di minaccia costante alla sicurezza, tanto del cittadino singolo quanto della collettività, è estremamente difficile pensare di poter incidere su un meccanismo – quale è quello alla base delle misure di prevenzione – che, purtroppo, si adatta perfettamente al clima politico corrente.

**Dott. Perduca.** Intervengo brevemente su questi ultimi aspetti. Con riguardo alla natura della misura di prevenzione, la Corte costituzionale ne riconosce il peso afflittivo, che viene tuttavia ritenuto una sorta di "collateral damage" alla misura posto che il suo scopo è quello di controllare la pericolosità sociale. Si tratta di concettualizzazioni che, ovviamente, si prestano a contestazioni, perplessità e dubbi; tuttavia ritengo che, in linea di principio, sia importante tenere ferma questa summa divisio tra i due istituti, misura di prevenzione e pena, quantomeno con riguardo alle finalità.

Con riferimento poi alle osservazioni formulate dall'Avv. Palumbo, mi pare di comprendere che la preoccupazione, in punto rispetto delle garanzie e dei diritti fondamentali nell'ambito del procedimento di prevenzione, attenga soprattutto al tema degli *standard* probatori. Anche sotto questo profilo, occorre chiarire un aspetto importante. E'chiaro cioè che la prognosi non potrà mai essere espressa in termini di certezza oltre ogni ragionevole dubbio e che, pertanto, dovremo necessariamente accontentarci di una previsione in termini di ragionevole possibilità, o di probabilità apprezzabile. Nondimeno, dobbiamo al contempo esigere – e la giurisprudenza mostra di procedere risoluta in questa direzione – è che la suddetta prognosi si basi su un accertamento rivolto al passato, e non su una previsione del futuro.

Tanto chiarito, la domanda centrale diventa: in presenza di quali condizioni potremo qualificare un fatto come "sufficientemente accertato" per costituire elemento sintomatico di pericolosità? Che sia stata esercitata l'azione penale, che sia stata pronunciata una sentenza in primo grado, che sia intervenuta una sentenza definitiva? Naturalmente, la circostanza che uno specifico fatto sia stato vagliato da più giudici, nel rispetto del contraddittorio, in più fasi e gradi del processo penale, dà forte garanzia a che le cose siano andate proprio in un certo modo. Ma quando ciò non accade, la notizia su un fatto di delitto solo perché ancora priva del vaglio di un giudice penale – è il caso ad es. in cui sulla ricostruzione di esso fino a quel momento abbiano

85

<sup>&</sup>lt;sup>14</sup> L. 17 ottobre 2017, n. 161 – <u>Modifiche al codice delle leggi antimafia e delle misure di prevenzione, di cui al decreto legislativo 6 settembre 2011, n. 159, al codice penale e alle norme di attuazione, di coordinamento e transitorie del codice di procedura penale e altre disposizioni. Delega al Governo per la tutela del lavoro nelle aziende sequestrate e confiscate.</u>



lavorato unicamente il Pm e la Polizia giudiziaria – va ritenuta *tamquam non esset*? O al contrario merita comunque di attenzione da parte del giudice di prevenzione, così pienamente legittimato a decidere se il fatto – così fino a quel momento conosciuto – sia comunque in grado di essere assunto quale elemento di conoscenza su cui fondare il giudizio di pericolosità?

Teniamo anche conto, peraltro, dell'esistenza del correttivo, previsto dall'art. 1 del codice antimafia, finalizzato tra l'altro a contenere e impedire il rischio di valutazioni arbitrarie ed incontrollabili. Si tratta dell'avverbio "abitualmente" contenuto nella superstite cit.lett. *b*). Ciò fa sì che il giudice di prevenzione può e deve tenere conto di tutti gli elementi a sua disposizione al fine di operare un giudizio di sintesi che gli consenta di ritenere il proposto persona che non solo viva in tutto o in parte dei proventi di attività delittuose ma che lo faccia abitualmente. Emerge qui, di nuovo, la differenza di "mestiere" tra giudice penale e quello di prevenzione, l'uno concentrato sul fatto di reato e l'altro sui profili devianti della vita di una persona.

Mi domando allora – e mi piacerebbe conoscere la loro opinione sul punto – se il necessario accertamento su delitti ed abitualità di approfittamento dei relativi profitti – e sempre tenendo conto della natura non punitiva, ancorché afflittiva del procedimento di prevenzione – non costituisca un'ulteriore garanzia.

Detto questo, nulla vieta ai *policy makers* di ritenere che l'unica risposta al crimine debba essere la sanzione penale applicata dopo il processo celebrato nel totale rispetto dei requisiti dell'art. 111 Cost. Come accennato, temo però che questo "futuro senza prevenzione" non abbia prospettiva anche perché, come abbiamo già visto, l'esperienza storica segnala come in Italia, si sia sempre avvertita la necessità di una risposta di questo tipo, collaterale a quella penale in senso stretto.

**Prof. Basile**. Raccolgo qualche spunto a partire dai Vostri ultimi interventi. Una prima osservazione riguarda l'accertamento dell'abitualità, il quale, come si è rilevato, guarda necessariamente al passato, alla carriera criminale del soggetto. A questo proposito, tra l'altro, è bene ricordare che la giurisprudenza della Cassazione non richiede a tal fine che sia intervenuta una sentenza definitiva di condanna, ma esclude espressamente che possa essere utilizzata una sentenza assolutoria. In tale ipotesi, infatti, la Corte ha chiarito l'inutilizzabilità degli accertamenti effettuati nell'ambito di quel procedimento per ricostruire l'abitualità del soggetto. Con riguardo ai "proscioglimenti", invece, la Cassazione purtroppo non è stata altrettanto chiara e, perciò, sussistono ancora oggi dubbi in ordine all'eventuale utilizzabilità degli accertamenti condotti nell'ambito di vicende giudiziarie conclusesi con una sentenza di proscioglimento.

Ad ogni modo, quello relativo alla pericolosità è senza dubbio un accertamento rivolto al passato: per questa ragione, a mio modo di vedere, la pericolosità generica rischia di diventare sempre più uno strumento per colpire i recidivi, ossia soggetti che hanno già commesso delitti, i quali sono stati accertati, se non da sentenza definitiva di condanna, perlomeno da più giudici.

Se mi è consentito un parallelo, mi pare possibile individuare una qualche analogia con quanto è accaduto con la sentenza Lucci<sup>15</sup>, nella quale è stato affermato che la confisca penale può essere disposta anche se è intervenuta la prescrizione a condizione, però, che il fatto, nella sua materialità, sia stato oggetto di accertamento nell'ambito di un primo grado di giudizio. Similmente, anche con riguardo all'accertamento della pericolosità generica, non occorre una

86

<sup>&</sup>lt;sup>15</sup> Cass. pen., Sez. Un., 26 giugno 2015 (dep. 21 luglio 2015), n. 31617, Pres. Santacroce, Rel. Macchia, Ric. Lucci, in *Diritto penale contemporaneo*, 30 luglio 2015.



sentenza di condanna, essendo tuttavia necessario, perlomeno, l'accertamento del fatto nella sua materialità.

Per passare a un diverso argomento, vorrei dedicare una breve riflessione su un diverso tipo di accertamento, rivolto questa volta al futuro, ossia alla prognosi. Da quel che mi è dato di comprendere – ma non ho esperienza professionale diretta sul tema – per applicare una misura di sicurezza, il giudice è tenuto a motivare sulla pericolosità del soggetto e dunque effettuare una prognosi, magari con il supporto di una perizia. Nulla del genere esiste con riguardo alla valutazione della pericolosità finalizzata all'applicazione di una misura di prevenzione. Se quindi, da una parte, sta diventando sempre più accurato l'accertamento che guarda al passato – anche su sollecitazione della giurisprudenza della Cassazione –, dall'altra parte, con riguardo alla prognosi per il giudizio di pericolosità rivolto al futuro (del resto, la pericolosità in senso stretto non può che essere rivolta al futuro) non mi pare si riscontri uno sforzo analogo. Mi pare cioè che la domanda "posto che abbiamo accertato che Tizio ha tenuto una certa condotta nel passato, per quale motivo riteniamo che lo possa fare anche nel futuro?" resti ad oggi priva di risposta. Infatti, nei decreti che ho potuto leggere, non ho trovato passaggi motivazionali stringenti in tema di valutazione prognostica. Pur riconoscendo che tale tipologia di valutazione di pericolosità non potrà mai, in nessun caso e in nessuna sede, presentare lo stesso tasso di solidità di una valutazione "storica", nondimeno ritengo che proprio questo, l'accertamento della pericolosità rivolta al futuro, rappresenti un fronte sul quale si potrebbe irrobustire il grado di corrispondenza ai principi costituzionali, il grado di civiltà e di equità del sistema di prevenzione.

In questo modo, a mio avviso, si potrebbe poi approdare a un diverso fronte, parimenti bisognoso di modifiche positive, che è quello delle prescrizioni della sorveglianza speciale. In quel contesto, infatti, l'art. 8<sup>16</sup> del codice antimafia contiene un elenco di prescrizioni obbligatorie che il giudice della prevenzione è di fatto costretto a applicare, senza possibilità di modularle, anche laddove appaiano inadeguate, in virtù delle caratteristiche della singola situazione concreta. Solo per fare un esempio, pensiamo al caso di un soggetto abitualmente dedito ad attività delittuose (bancarotta fraudolenta, corruzione): è evidente che, in questa ipotesi, l'imposizione dell'obbligo di rientrare nella propria abitazione entro le 10 di sera non rappresenta una misura

<sup>&</sup>lt;sup>16</sup> Art. 8: « 1. Il provvedimento del tribunale stabilisce la durata della misura di prevenzione che non può essere inferiore ad un anno ne' superiore a cinque.

<sup>2.</sup> Qualora il tribunale disponga l'applicazione di una delle misure di prevenzione di cui all'articolo 6, nel provvedimento sono determinate le prescrizioni che la persona sottoposta a tale misura deve osservare.

<sup>3.</sup> A tale scopo, qualora la misura applicata sia quella della sorveglianza speciale di pubblica sicurezza e si tratti di persona indiziata di vivere con il provento di reati, il tribunale prescrive di darsi, entro un congruo termine, alla ricerca di un lavoro, di fissare la propria dimora, di farla conoscere nel termine stesso all'autorità di pubblica sicurezza e di non allontanarsene senza preventivo avviso all'autorità medesima.

<sup>4.</sup> In ogni caso, prescrive di vivere onestamente, di rispettare le leggi, e di non allontanarsi dalla dimora senza preventivo avviso all'autorità locale di pubblica sicurezza; prescrive, altresì, di non associarsi abitualmente alle persone che hanno subito condanne e sono sottoposte a misure di prevenzione o di sicurezza, di non accedere agli esercizi pubblici e ai locali di pubblico trattenimento, anche in determinate fasce orarie, di non rincasare la sera più tardi e di non uscire la mattina più presto di una data ora e senza comprovata necessità e, comunque, senza averne data tempestiva notizia all'autorità locale di pubblica sicurezza, di non detenere e non portare armi, di non partecipare a pubbliche riunioni.

<sup>5.</sup> Inoltre, può imporre tutte le prescrizioni che ravvisi necessarie, avuto riguardo alle esigenze di difesa sociale, e, in particolare, il divieto di soggiorno in uno o più comuni o in una o più regioni, ovvero, con riferimento ai soggetti di cui agli articoli 1, comma 1, lettera c), e 4, comma 1, lettera i-ter), il divieto di avvicinarsi a determinati luoghi, frequentati abitualmente dalle persone cui occorre prestare protezione o da minori.

<sup>6.</sup> Qualora sia applicata la misura dell'obbligo di soggiorno nel comune di residenza o di dimora abituale o del divieto di soggiorno, può essere inoltre prescritto:

<sup>1)</sup> di non andare lontano dall'abitazione scelta senza preventivo avviso all'autorità preposta alla sorveglianza;

<sup>2)</sup> di presentarsi all'autorità di pubblica sicurezza preposta alla sorveglianza nei giorni indicati ed a ogni chiamata di essa.

<sup>7.</sup> Alle persone di cui al comma 6 è consegnata una carta di permanenza da portare con se' e da esibire ad ogni richiesta degli ufficiali ed agenti di pubblica sicurezza.

<sup>8.</sup> Il provvedimento è comunicato al procuratore della Repubblica, al procuratore generale presso la Corte di appello ed all'interessato e al suo difensore».



particolarmente utile o efficace. Diverso sarebbe se si trattasse di fatti di criminalità di strada, nel quel caso la medesima prescrizione avrebbe certamente più senso, posto che il buio notturno potrebbe in qualche modo agevolare l'attività delittuosa. Con riguardo alla sorveglianza speciale, insomma, la mia impressione generale è che ci troviamo davanti un sistema di prescrizioni fortemente "ingessato".

Certo, esistono anche una serie di prescrizioni facoltative, che hanno a mio avviso un potenziale molto positivo, dal momento che si tratta dell'unico strumento al quale è possibile dare contenuti effettivamente risocializzanti; nondimeno – posto che la dizione è «qualsiasi prescrizione utile alla difesa sociale» – mi pare che esse espongano al rischio di atteggiamenti eccessivamente "paternalistico", o autoritario, da parte dei tribunali, che potrebbe tradursi nell'imposizione prescrizioni a contenuto, di fatto, "libero". Occorre peraltro dare anche conto del fatto che, con riguardo alle prescrizioni dell'art. 8, è attualmente in corso un'attenta riflessione da parte della giurisprudenza (se non erro, siamo in attesa delle motivazioni di una pronuncia a Sezioni unite, a seguito di un'ordinanza di rimessione di fine gennaio, proprio su questi temi)<sup>17</sup>. A tal proposito, mi pare importante evidenziare che, in uno dei primissimi pronunciamenti della Cassazione in merito all'art. 8, è stato affermato che deve esserci una corrispondenza tra la tipologia di queste ultime e l'effettiva pericolosità del soggetto. Si tratta di un'interpretazione "positivissima", senza dubbio apprezzabile, orientata nel senso la personalizzazione delle prescrizioni; purtroppo, però, per quanto costituzionalmente conforme, questa interpretazione rischia di porsi in contrasto con il dato legislativo. È pertanto auspicabile, a mio parere, un intervento diretto da parte del legislatore, ad esempio con la previsione di un elenco – ampio – di prescrizioni di vario contenuto, nell'ambito del quale il giudice dovrà scegliere quella più adeguata al pericolo da prevenire, rappresentato da quel determinato soggetto, e compatibilmente con le esigenze di risocializzazione.

\*\*\*

A vostro avviso, l'affermazione contenuta nella sentenza Gattuso<sup>18</sup>, in relazione alla necessaria attualità della pericolosità mafiosa, può rappresentare uno spunto anche per il giudizio di prognosi di pericolosità?

**Prof. Basile.** La sentenza Gattuso contiene un riferimento alla pericolosità attuale, ma l'aggettivo "attuale", in quella sede, è inteso nel senso che l'accertamento della pericolosità deve essere riferito, non tanto all'"oggi", quanto, più in generale, al complessivo periodo di riferimento.

L'equivoco terminologico nasce dal fatto che il sistema delle misure di prevenzione mira a colpire la pericolosità del soggetto e, pertanto, vi è la tendenza a continuare a parlare del relativo accertamento come di qualcosa che è rivolto anche al passato. Forse, al fine di uscire dall'equivoco, sarebbe opportuno modificare leggermente i termini del discorso. Sarebbe cioè necessario, a mio avviso, ragionare nel senso di considerare il soggetto inquadrabile non tanto in una delle categorie di pericolosità, quanto in una delle categorie dei destinatari della prevenzione (guardando al passato). Nel caso poi della misura di prevenzione personale, egli deve essere "pericoloso", con giudizio rivolto al futuro; per contro, ai fini della confisca, possono essere colpiti i beni acquisiti nel periodo coincidente con quello nel quale il soggetto era inquadrabile in una delle suddette categorie. A tale ultimo proposito, credo che un particolare merito vada

<sup>17</sup> Cass., Sez. I, ord. 19 dicembre 2018 (dep. 17 gennaio 2019), n. 2124, Pres. Bonito, Rel. Magi, ric. Acquaviva e altro, in *Diritto penale contemporaneo*, 6 marzo 2019.

<sup>&</sup>lt;sup>18</sup> Cass, pen., Sez. Un., 30 novembre 2017 (dep. 4 gennaio 2018), n. 111, Pres. Canzio, Rel. Petruzzellis, Ric. Gattuso, in ivi, 14 gennaio 2018.



riconosciuto alla sentenza Spinelli<sup>19</sup>, che ha chiarito espressamente la necessità (poi ribadita anche dalla Consulta nella sentenza 24/2019) che esista un legame di ragionevolezza tra la delittuosità e l'acquisizione patrimoniale. Ai fini della confisca, cioè, non occorre un vero e proprio nesso di pertinenzialità; deve tuttavia esserci perlomeno una ragionevole coincidenza temporale.

Avv. Palumbo. Mi collego a una delle ultime considerazioni formulate dal Prof. Basile, il quale ha giustamente osservato che, nell'ambito delle misure di prevenzione, il termine "pericolosità" è usato in modo improprio. Questo è profondamente vero anche perché, a mio avviso, la pericolosità sociale è un connotato proprio delle misure di sicurezza. In sede di misure di prevenzione, infatti, occorre operare un altro tipo di valutazione di pericolosità, che attiene non alla pericolosità sociale, ma alla pericolosità per la sicurezza pubblica. Si tratta di due concetti diversi. In particolare, quello di pericolosità per la sicurezza pubblica è a mio avviso un concetto particolarmente difficile da definire (e, sul quale, quindi, è anche estremamente difficile motivare).

Questo dato mi offre lo spunto per riflettere anche su un'altra questione, che si ricollega alla domanda posta poc'anzi dal Dott. Perduca, in ordine alla differenza, in termini di garanzie, tra il procedimento di cognizione e quello di prevenzione. Vorrei provare ora a formulare una parziale risposta, a partire da alcune osservazioni.

La prima è la seguente: nell'ipotesi in cui la sussistenza del pericolo per la sicurezza pubblica – presupposto indispensabile dell'art. 6 del codice antimafia<sup>20</sup> per applicare una misura di prevenzione – venga motivata in maniera maldestra o illogica, non è possibile ricorrere in Cassazione avverso la decisione, posto che la possibilità di ricorso è limitata alla la violazione di legge, che si ha solo nei casi di motivazione mancante o apparente.

Una seconda osservazione riguarda la misura del sequestro anticipato dei beni, disposto dal Tribunale *inaudita altera parte* (art. 20 del codice antimafia) e non autonomamente impugnabile. Come noto, nel procedimento penale, un'analoga possibilità è prevista dall'art. 321 *bis* in via del tutto eccezionale, posto che, in tutti gli altri casi, è sempre garantita la facoltà di presentare ricorso immediato a un organo giurisdizionale, qual è il Tribunale del riesame.

Si tratta solo di alcuni esempi, che mi paiono però indicativi dell'esistenza di significative differenze tra i due procedimenti, di cognizione e di prevenzione.

Ad ogni modo, un profilo sul quale vorrei concentrare per un momento l'attenzione riguarda il corretto significato da attribuire alla nozione di "pericolosità per la sicurezza pubblica". In particolare, mi chiedo – e chiedo a voi –: che cosa si intende per sicurezza pubblica, e in che cosa si differenzia dalla sicurezza privata? In alcune ipotesi, certo, il termine appare sufficientemente chiaro. Si pensi ad esempio al caso del soggetto indiziato di appartenere a

<sup>&</sup>lt;sup>19</sup> Cass. pen., Sez. II, 13 marzo 2018 (dep. 27 marzo 2018), n. 14165, Pres. Diotallevi, Est. Ariolli, ricc. Alma e Brulicchio, in *ivi*, 19 aprile 2018.

<sup>&</sup>lt;sup>20</sup> Art. 6: «1. Alle persone indicate nell'articolo 4, quando siano pericolose per la sicurezza pubblica, può essere applicata, nei modi stabiliti negli articoli seguenti, la misura di prevenzione della sorveglianza speciale di pubblica sicurezza.

<sup>2.</sup> Salvi i casi di cui all'articolo 4, comma 1, lettere a) e b), alla sorveglianza speciale può essere aggiunto, ove le circostanze del caso lo richiedano, il divieto di soggiorno in uno o più comuni, diversi da quelli di residenza o di dimora abituale, o in una o più regioni.

3. Nei casi in cui le altre misure di prevenzione non sono ritenute idonee alla tutela della sicurezza pubblica può essere imposto l'obbligo di soggiorno nel comune di residenza o di dimora abituale.

<sup>3-</sup>bis. Ai fini della tutela della sicurezza pubblica, gli obblighi e le prescrizioni inerenti alla sorveglianza speciale possono essere disposti, con il consenso dell'interessato ed accertata la disponibilità dei relativi dispositivi, anche con le modalità di controllo previste all'articolo 275-bis del codice di procedura penale».



un'associazione mafiosa: qui viene in luce una condotta delittuosa riconducibile alla categoria dei reati di pericolo, la quale appare di per sé abbastanza coerente con la nozione di pericolosità per la sicurezza pubblica. Ma, nei casi di pericolosità generica, mi pare che sussistano diversi problemi.

**Dott. Perduca**. Credo che il concetto di sicurezza pubblica debba necessariamente essere interpretato in senso ampio, dovendo essere inteso come qualcosa di strettamente connesso al carattere seriale e abituale della condotta illecita. Certo che, se invece lo intendiamo come sinonimo di ordine pubblico, o di "sicurezza nelle strade", allora il procedimento di prevenzione troverà applicazione in un numero di casi decisamente ridotto. Forse un aiuto, in punto di definizione, può arrivare dall'elaborazione dottrinale.

**Prof. Basile.** A mio parere, per fare luce sul significato da attribuire alla locuzione in parola, può essere utile fare riferimento alla giurisprudenza della Cassazione che afferma che la pericolosità va riferita alle stesse tipologie di reati richiamate tanto nelle categorie di cui alle lettere *a*), *b*), e *c*) dell'art. 1 del codice antimafia – relativamente alla pericolosità generica –, quanto in quelle di cui all'art. 4 del codice medesimo<sup>21</sup>. Il soggetto dedito ad attività delittuose che procurino un provento deve essere pericoloso in quanto potenziale autore di reati di questo stesso tipo. Il soggetto deve cioè essere inquadrato in una di queste categorie, e la sua pericolosità deve essere riferita alle stesse categorie delittuose di cui all'art. 1 o di cui all'art. 4. Si tratta di una valutazione rivolta prima al passato e poi al futuro.

Così, ad esempio, l'indiziato di appartenere ad associazioni mafiose presenta elementi che ci consentono di ritenere che egli possa essere stato parte dell'associazione (valutazione rivolta al passato) e che, adesso, egli sia pericoloso per la sicurezza pubblica non in

 $<sup>^{21}</sup>$  Art. 4: «1. I provvedimenti previsti dal presente capo si applicano:

a) agli indiziati di appartenere alle associazioni di cui all'articolo 416-bis c.p.;

b) ai soggetti indiziati di uno dei reati previsti dall'articolo 51, comma 3-bis, del codice di procedura penale ovvero del delitto di cui all'articolo 12-quinquies, comma 1, del decreto-legge 8 giugno 1992, n. 306, convertito, con modificazioni, dalla legge 7 agosto 1992, n. 356, o del delitto di cui all'articolo 418 del codice penale;

c) ai soggetti di cui all'articolo 1;

d) agli indiziati di uno dei reati previsti dall'articolo 51, comma 3-quater, del codice di procedura penale e a coloro che, operanti in gruppi o isolatamente, pongano in essere atti preparatori, obiettivamente rilevanti, ovvero esecutivi diretti a sovvertire l'ordinamento dello Stato, con la commissione di uno dei reati previsti dal capo I del titolo VI del libro II del codice penale o dagli articoli 284, 285, 286, 306, 438, 439, 605 e 630 dello stesso codice, nonché' alla commissione dei reati con finalità di terrorismo anche internazionale ovvero a prendere parte ad un conflitto in territorio estero a sostegno di un'organizzazione che persegue le finalità terroristiche di cui all'articolo 270-sexies del codice penale;

e) a coloro che abbiano fatto parte di associazioni politiche disciolte ai sensi della legge 20 giugno 1952, n. 645, e nei confronti dei quali debba ritenersi, per il comportamento successivo, che continuino a svolgere una attività analoga a quella precedente;

f) a coloro che compiano atti preparatori, obiettivamente rilevanti, ovvero esecutivi diretti alla ricostituzione del partito fascista ai sensi dell'articolo 1 della legge n. 645 del 1952, in particolare con l'esaltazione o la pratica della violenza;

g) fuori dei casi indicati nelle lettere d), e) ed f), siano stati condannati per uno dei delitti previsti nella legge 2 ottobre 1967, n. 895, e negli articoli 8 e seguenti della legge 14 ottobre 1974, n. 497, e successive modificazioni, quando debba ritenersi, per il loro comportamento successivo, che siano proclivi a commettere un reato della stessa specie col fine indicato alla lettera d);

h) agli istigatori, ai mandanti e ai finanziatori dei reati indicati nelle lettere precedenti. È finanziatore colui il quale fornisce somme di denaro o altri beni, conoscendo lo scopo cui sono destinati;

i) alle persone indiziate di avere agevolato gruppi o persone che hanno preso parte attiva, in più occasioni, alle manifestazioni di violenza di cui all'articolo 6 della legge 13 dicembre 1989, n. 401, nonché' alle persone che, per il loro comportamento, debba ritenersi, anche sulla base della partecipazione in più occasioni alle medesime manifestazioni, ovvero della reiterata applicazione nei loro confronti del divieto previsto dallo stesso articolo, che sono dediti alla commissione di reati che mettono in pericolo l'ordine e la sicurezza pubblica, ovvero l'incolumità delle persone in occasione o a causa dello svolgimento di manifestazioni sportive;

i-bis) ai soggetti indiziati del delitto di cui all'articolo 640-bis o del delitto di cui all'articolo 416 del codice penale, finalizzato alla commissione di taluno dei delitti di cui agli articoli 314, primo comma, 316, 316-bis, 316-ter, 317, 318, 319, 319-ter, 319-quater, 320, 321, 322 e 322-bis del medesimo codice;

i-ter) ai soggetti indiziati dei delitti di cui agli articoli 572 e 612-bis del codice penale».



relazione alla futura commissione di furti o di atti corruttivi, ma esclusivamente nei termini in cui egli continuerà a partecipare all'associazione (valutazione rivolta al futuro). Penso a un caso ancora più semplice, vale a dire la situazione del soggetto riconducibile all'art. 4, nella specifica parte in cui fa riferimento alla pericolosità di tipo sportivo. In questa ipotesi, ciò che interessa non è verificare se vi sia o meno il pericolo che, in futuro, questo soggetto possa commettere furti o rapine; al contrario, egli può essere destinatario della misura di prevenzione solo se, guardando al passato, e tenuto conto di quelle specifiche condotte inerenti alle manifestazioni sportive, si ritiene sussistente il pericolo che egli continui a porre in essere comportamenti analoghi.

**Dott. Perduca.** In tal modo, però, non vi è un rischio di sovrapposizione del giudizio circa la sussistenza del requisito di cui all'art. 6 co. 1, con il giudizio sull'attualità della pericolosità? O meglio, perché non sostenere che il requisito dell'attualità si fonda proprio sull'art. 6 co. 1?

**Prof. Basile.** Assolutamente sì, tanto è vero che, in mancanza del requisito dell'attualità della pericolosità, la misura personale non è applicabile. Con riferimento poi all'applicabilità di una misura patrimoniale, a fronte di una pericolosità personale non più attuale, proprio in questi giorni è stata data notizia della prima confisca applicata a un soggetto ritenuto riconducibile alla categoria dei pericolosi sportivi.

Vorrei concludere il mio intervento chiarendo un ultimo aspetto. La prevenzione è utile. La prevenzione è fondamentale. Ci vuole la prevenzione, ci vuole un ordinamento giuridico che miri a prevenire i reati perché, altrimenti, esso è destinato al fallimento. Soprattutto per i beni personali e per alcuni beni collettivi fondamentali, non è sufficiente un intervento successivo, a reato già consumato, da parte dello Stato. Occorre che lo Stato intervenga prima, per impedire e bloccare la commissione del fatto. In questo senso, la prevenzione è un compito essenziale dello Stato. Il dibattito, quindi, deve a mio avviso focalizzarsi su quali siano gli strumenti non solo efficaci, ma anche costituzionalmente conformi, per realizzare questo obiettivo fondamentale.

Oggi continuiamo a lavorare con un sistema di vecchia generazione, che stiamo lentamente e progressivamente cercando di correggere e riadattare, con risultati spesso (purtroppo) modesti. Forse, allora, occorrerebbe un vero e proprio cambio epocale, che porti a un sistema di prevenzione concepito *ex novo*, il quale miri non a punire velatamente il passato (che è lo scopo del diritto penale in senso stretto), ma a evitare la commissione futura di reati. Un sistema di prevenzione, cioè, che ben si coordini con il sistema delle pene, con il sistema delle misure di sicurezza e con il sistema delle misure cautelari.

**Avv. Palumbo**. La mia impressione è che, oramai, il legislatore di oggi – così mettendo in difficoltà, non di rado, anche il giudice si merito – abbia sussunto sotto il concetto di sicurezza pubblica quello che comunemente è definito "ordine pubblico". In termini di possibili riforme, sono dell'avviso che la prevenzione dei reati non debba necessariamente passare attraverso il sistema delle misure di prevenzione. Si possono cioè prevenire i delitti attraverso vie differenti, come nel caso delle attività di indagine condotte con strumenti di *intelligence*, potenziando ad esempio la prevenzione sul territorio, con una gestione più efficace delle forze dell'Ordine.

Infine, un'ultima riflessione che mi suggerisce la sentenza della Corte costituzionale n. 24/2019. Ritengo che dopo la sentenza si possa seriamente pensare di lavorare – almeno sul versante processuale della difesa – sul concetto di sicurezza pubblica, che è presupposto



indispensabile per l'applicazione della misura di prevenzione. Questa, credo, è la frontiera sulla quale la difesa tecnica nel procedimento di prevenzione deve concentrare la propria attenzione, chiedendo espressamente al giudice un maggiore sforzo per indicare che cosa si intende con "pericolosità per la sicurezza pubblica", che è un concetto certamente diverso da quello, che oramai siamo abituati a usare (e che appartiene alle misure di sicurezza), di "persona socialmente pericolosa". A mio avviso, delle due l'una: o si afferma che le due nozioni indicano di fatto la stessa cosa, e allora non vedo la necessità di mantenerle in vita entrambe, oppure – come sembra desumersi anche dalla giurisprudenza costituzionale – si chiarisce che si tratta di concetti distinti, nel qual caso occorrerà allora uno sforzo superiore per risolvere l'attuale confusione interpretativa.



Riflessione

## La "materia penale" e il suo statuto nella giurisprudenza interna e sovranazionale

The "criminal matter" and its statute in internal and supranational jurisprudence

di Vincenzo Giglio

Abstract. Lo scritto ripercorre il dibattito storico ed attuale sul concetto di "materia penale" e sullo statuto garantistico che i giudici interni e sovranazionali sono disposti a riconoscere nei procedimenti finalizzati all'applicazione di istituti riconducibili a detto concetto.

**Abstract.** The paper focuses on the historical and current debate on the concept of "criminal matters" and on the guarantee status that internal and supranational judges are willing to recognize in proceedings aimed at the application of institutions related to this concept.

SOMMARIO: 1. Introduzione. – 2. La voce delle Corti. – 2.1. La Corte EDU. – 2.2. La Corte di giustizia dell'Unione europea. – 2.3. La Corte costituzionale. – 2.3.1. La sentenza 102/2016. – 2.3.2. La sentenza 43/2018. – 2.3.3. La sentenza 223/2018. – 2.3.4. La sentenza 63/2019. – 2.3.5. La sentenza 112/2019. – 2.3.6. L'ordinanza 117/2019. – 3. La Corte di Cassazione. – 4. La giurisprudenza di merito: un esempio. – 5. La nozione di "materia penale" nella giurisprudenza nazionale. – 6. La casistica. – 6.1. Quello di cui si è parlato... – 6.2. ... e quello di cui non si è parlato. – 7. Conclusioni.

SUMMARY: 1. Introduction. -2. The voice of the Courts. -2.1. The ECHR. -2.2. Court of Justice of the European Union. -2.3. The constitutional Court. -2.3.1. Judgment n. 102/2016. -2.3.2. Judgment n. 43/2018. -2.3.3. Judgment n. 223/2018. -2.3.4. Judgment n. 63/2019. -2.3.5. Judgment n. 112/2019. -2.3.6. Order n. 117/2019. -3. The Court of Cassation. -4. The merit jurisprudence: an example. -5. The notion of "criminal matter" in national jurisprudence. -6. The case-law. -6.1. What we discussed about ... -6.2. ... and what has not been discussed. -7. Conclusions.



«"Il mondo è una mia rappresentazione": ecco una verità valida per ogni essere vivente e pensante»

A. Schopenhauer<sup>1</sup>

#### 1. Introduzione.

Sono passati più di quarant'anni da quando l'adunanza plenaria della Corte europea dei diritti dell'uomo (di seguito Corte EDU) emise la **sentenza Engel ed altri c. Paesi Bassi, 8 giugno 1976**, mettendo a fuoco i parametri, gli *Engel criteria*, utili per l'identificazione di un illecito penale<sup>2</sup>.

A partire da allora quei criteri sono stati richiamati in una congerie di decisioni che li hanno ora valorizzati, ora messi in discussione, ora modificati e aggiornati, secondo le esigenze delle vicende concrete sottostanti al giudizio e la sensibilità giuridica e sociale del momento.

A questa incessante rielaborazione hanno concorso non solo i giudici di Strasburgo ma anche altre istanze giudiziarie quali la Corte di giustizia dell'Unione europea (di seguito CGUE) e, in primo piano nel panorama nazionale, la Corte costituzionale e la Corte di Cassazione.

Ne è derivato un dibattito complesso che, soprattutto negli ultimi anni, ha assunto un'intensità senza precedenti ed è ancora ben lontano dall'esaurirsi.

È propria di questo tempo, infatti, e si diffonde velocemente, la tendenza di un numero crescente di legislatori contemporanei – e le democrazie occidentali non fanno eccezione – a servirsi dell'intervento penale come strumento privilegiato della risposta istituzionale alle emergenze sociali.

Emerge peraltro un'ulteriore e altrettanto diffusa prospettiva, fondata su interventi compositi nei quali lo strumento penale è affiancato da altri non penali, così da costituire una tutela multilivello e difendere con maggiore efficacia i beni giuridici che si ritengono meritevoli di speciale protezione.

All'aumento della spinta punitiva hanno corrisposto una maggiore domanda di protezione dei diritti umani che con essa si incrociano e più frequenti occasioni di chiarimenti e prese di posizione dei giudici cui quella domanda è rivolta.

In questo scritto si vuole ripercorrere questo dibattito, sia pure per sintesi e con focalizzazione prioritaria sulle decisioni più recenti, e coglierne i punti salienti e gli approdi più consolidati.

Si ritiene altrettanto importante provare a comprenderne le prospettive future e i temi che potrebbero ampliarne l'oggetto.

<sup>2</sup> La sentenza è rintracciabile sul sito *web* istituzionale della Corte europea dei diritti umani, <u>a questo *link*</u>.

94

<sup>&</sup>lt;sup>1</sup> A. Schopenhauer, *Il mondo come volontà e rappresentazione*, Mondadori, 1989, p. 31.



#### 2. La voce delle Corti.

#### 2.1. La Corte EDU.

Tre furono i criteri messi a punto dalla sentenza Engel.

Il primo fu individuato nella **qualifica formale** che l'ordinamento nazionale, secondo la propria tecnica giuridica, assegna all'istituto preso in esame. I giudici di Strasburgo ebbero cura di precisare che questo parametro è solo un punto di partenza per l'analisi da compiere e non è affatto decisivo.

Il secondo atteneva alla **natura sostanziale dell'illecito** e, a differenza del primo, gli fu riconosciuta un'influenza decisiva. È importante sottolineare che la Corte EDU, pur valorizzando questo parametro, non ne descrisse puntualmente il contenuto, verosimilmente per non imbrigliarne la definizione con paletti troppo rigidi e consentire ogni arricchimento successivo che la prassi rendesse necessario.

Il terzo riguardava la severità della **sanzione comminata per l'illecito** e la sua finalità repressiva.

Non era richiesto che i tre parametri concorressero sicché anche uno solo di essi era sufficiente a giustificare l'attribuzione della natura penale a un istituto non formalmente penale.

La decisione Engel definì un meccanismo che, prendendo in considerazione sia il fatto e la sua qualificazione formale che la sanzione, conciliava le due opzioni possibili e risultava applicabile sia a tradizioni nazionali fondate, come quella italiana, sulla legalità formale, sia alle altre più attente alla legalità sostanziale. Offrì così agli interpreti una metodica di classificazione che consentiva il rigore e insieme la flessibilità indispensabili per l'analisi degli istituti candidati a rientrare nella "materia penale".

Prerogative, queste, che ben si adattavano alla speciale attenzione che i giudici di Strasburgo sono soliti riservare agli aspetti sostanziali delle questioni di cui sono chiamati ad occuparsi.

Un'altra tappa importante fu la sentenza Öztürk c. Germania, 21 febbraio 1986<sup>3</sup>.

Nell'occasione, in cui veniva in rilievo un illecito penale depenalizzato e riconfigurato come illecito amministrativo, i giudici della corte EDU ribadirono che la classificazione formale dell'illecito adottata dallo Stato nazionale non era decisiva mentre era tale la reale natura della fattispecie che doveva essere considerata congiuntamente alla natura della sanzione. Speciale importanza fu data in quel caso all'indeterminatezza dei destinatari del precetto legislativo ed alla sua finalità insieme punitiva e dissuasiva.

Un aggiornamento di pari importanza si ebbe con la **sentenza Welch c. Regno Unito, 9 febbraio 1995**<sup>4</sup>.

95

<sup>&</sup>lt;sup>3</sup> La sentenza è rintracciabile sul sito web istituzionale della Corte europea dei diritti umani, <u>a questo link.</u>

<sup>&</sup>lt;sup>4</sup> La sentenza è rintracciabile sul sito *web* istituzionale della Corte europea dei diritti umani, a questo *link*.



Si deve ad essa la prima estensione dell'art. 7 CEDU, rubricato "Nulla poena sine lege", agli illeciti sostanzialmente ma non formalmente penali i quali, in precedenza, erano stati presi in considerazione esclusivamente ai fini dell'art. 6 che fissa il decalogo del giusto processo.

Merita di essere segnalata anche la sentenza **Zolotukhin c. Russia, 10 febbraio 2009**, riferita ad un caso in cui lo stesso fatto era stato perseguito sia penalmente che amministrativamente<sup>5</sup>.

È particolarmente indicativo un passaggio contenuto nel § 56:

«la Corte ritiene che l'uso della parola "reato" nel testo dell'articolo 4 del protocollo n. 7 non può giustificare l'interpretazione di coloro che aderiscono ad un approccio più restrittivo. Ribadisce che la Convenzione deve essere interpretata e applicata in un modo da rendere i diritti in essa sanciti pratici ed efficaci, non teorici e illusori»;

affermazione alla quale segue la conclusione tracciata nel paragrafo 69:

«la Corte ribadisce che l'articolo 4 del protocollo n. 7 non si limita a garantire il diritto a non essere punito due volte, ma si estende al diritto a non essere perseguito o condannato due volte (vedi Franz Fischer, già citata, § 29). Se non fosse così, non sarebbe stato necessario aggiungere la parola "puniti" alla parola "processato" in quanto questo sarebbe mera duplicazione. L'articolo 4 del protocollo n. 7 si applica anche nel caso in cui l'individuo è stato perseguito in un procedimento che non ha portato a una condanna».

Alle decisioni Öztürk e Zolotukhin seguirono plurime pronunce affini tra le quali la nota sentenza Grande Stevens ed altri c. Italia, 4 marzo 2014, occasionata da un ricorso in cui si assumeva l'illegittimità convenzionale del doppio binario (penale e amministrativo) riservato dall'ordinamento nazionale alla medesima condotta<sup>6</sup>.

La Corte EDU riconobbe l'appartenenza alla materia penale delle sanzioni prese in considerazione e, constatato che le condotte cui corrispondevano erano alla base anche di un procedimento penale nei confronti dei medesimi ricorrenti, rilevò l'esistenza di una situazione sussumibile nella previsione dell'art. 4 del Protocollo aggiuntivo n. 7 alla CEDU, rubricato "Diritto a non essere giudicato o punito due volte", e affermò di conseguenza che spettava al nostro Paese fare in modo che il procedimento ancora in corso fosse chiuso il più rapidamente possibile e senza che ne derivasse alcuna conseguenza pregiudizievole per gli accusati, così che non risultasse violato il divieto convenzionale di bis in idem.

La convinzione piuttosto diffusa che potesse trattarsi di un approdo ormai consolidato e non facilmente liquidabile fu tuttavia smentita dalla sentenza **A e B. c. Norvegia, 15 novembre 2016**<sup>7</sup>.

I giudici di Strasburgo, invertendo decisamente la rotta rispetto ai principi affermati nella sentenza Grande Stevens, hanno affermato che non c'è violazione del *ne bis in idem* allorché sia celebrato un procedimento penale e sia irrogata la corrispondente sanzione nei confronti di chi sia già stato sanzionato amministrativamente per lo stesso fatto (la fattispecie sottostante consisteva in un'evasione fiscale cui era seguita la condanna al pagamento di una sovrattassa sull'imposta evasa).

<sup>&</sup>lt;sup>5</sup> La sentenza è rintracciabile sul sito *web* istituzionale della Corte europea dei diritti umani, <u>a questo *link*</u>.

<sup>&</sup>lt;sup>6</sup> La sentenza è rintracciabile sul sito web istituzionale del Ministero della giustizia, a questo link.

<sup>&</sup>lt;sup>7</sup> La sentenza è rintracciabile sul sito *web* istituzionale della Corte europea dei diritti umani, a questo *link*.



Questi i punti qualificanti della sentenza A. e B.: gli Stati godono di un certo grado di discrezionalità sul modo in cui rendere effettivo negli ordinamenti nazionali il divieto di *bis in idem*; è legittimo, in via di principio, che uno Stato preveda plurimi procedimenti e plurime sanzioni a fronte di condotte socialmente offensive; tali sistemi sono tuttavia legittimi solo in quanto espressivi di una strategia unitaria che permetta di affrontare i diversi aspetti dell'illecito in modo prevedibile e proporzionato e tale da evitare che il cumulo di sanzioni implichi un sacrificio eccessivo per il destinatario.

Un importante parametro di verifica dell'equilibrio di tali sistemi è quello della connessione sostanziale e temporale sufficientemente stretta tra i distinti procedimenti; il modo migliore di rispettare questo parametro sarebbe l'unificazione dei procedimenti in modo da garantire l'irrogazione delle differenti sanzioni ad opera di un unico giudice e nell'ambito di un procedimento unitario; può essere tuttavia considerato legittimo anche un sistema che preveda lo svolgimento parallelo dei distinti procedimenti purché vi sia, appunto, una **stretta connessione sostanziale e cronologica in grado di assicurare risposte sanzionatorie proporzionate e prevedibili**. Sempre nella medesima prospettiva, la decisione indica ulteriori requisiti e, tra questi, in primo luogo, la **necessità che l'autorità cui è affidato il secondo procedimento tenga adeguatamente conto della sanzione già inflitta nel primo così da assicurare la proporzionalità complessiva del cumulo di sanzioni: «più la procedura amministrativa presenta caratteristiche punitive che si possono assimilare in larga parte alla procedura penale ordinaria, più le finalità sociali perseguite per la punizione del comportamento delittuoso all'interno di procedure differenti rischiano di ripetersi (***bis***) invece di completarsi».** 

La Corte EDU ha quindi considerato i distinti procedimenti come parti di un unico giudizio ed escluso di conseguenza la violazione del divieto di *bis in idem* purché strettamente connessi dal punto di vista sostanziale e cronologico.

La presa di distanza dalla sentenza Grande Stevens non avrebbe potuto essere più vistosa.

Così tanto da avere spinto un componente del collegio, il portoghese Paulo Pinto de Albuquerque, a redigere un'opinione dissenziente allegata alla sentenza A. e B., che meriterebbe un commento a sé per l'ampiezza e l'importanza delle critiche rivolte alla decisione assunta dalla maggioranza.

Se ne riporta un singolo e illuminante passaggio:

«questo diritto penale a due velocità nasconde una politica repressiva dilagante, che punta a punire più speditamente e più severamente, con minori garanzie sostanziali e procedurali. In questo nuovo contesto a mo' di Leviatano, gli illeciti amministrativi non sono altro che una truffa delle etichette dell'essenza della strategia punitiva e la legge amministrativa diventa una scorciatoia per aggirare le ordinarie garanzie del diritto penale e della procedura penale. La Convenzione non è indifferente a questa politica criminale. Al contrario non lascia questioni di diritto di questa importanza alla discrezione di ciascuno Stato. Nessun margine di apprezzamento è accordato agli Stati dall'articolo 7 della Convenzione e dall'articolo 4 del Protocollo n. 7 che sono previsioni non derogabili. La definizione dei confini della legge penale, e l'applicazione dei principi di legalità e del ne bis in idem non dipendono dalle specificità di ogni sistema legale nazionale. Al contrario sono soggetti a una stretta supervisione europea ad opera della Corte».

È interessante notare che la *dissenting opinion* del giudice Pinto de Albuquerque è stata fondata in larga parte sui principi che la Corte di Strasburgo aveva solennemente proclamato nella citata sentenza Zolotukhin.



I giudici di Strasburgo sono tornati recentissimamente sul tema con la sentenza **Bjarni Armannsson c. Islanda, 16 aprile 2019**<sup>8</sup>.

Il ricorrente, cui era contestato di non avere dichiarato al fisco i profitti della vendita di azioni, ha dapprima subito un procedimento tributario che si è concluso con l'irrogazione di una sovrattassa calcolata nella misura di un quarto dei tributi evasi. Per lo stesso fatto è stato poi perseguito e condannato in sede penale. Da qui il suo ricorso, accolto, per asserita violazione dell'art. 4 del Protocollo 7 CEDU.

La Corte EDU ha riconosciuto che entrambe le sanzioni avevano natura penale e che riguardavano lo stesso fatto.

Ha dato atto che l'eventualità di subire due distinti procedimenti era prevedibile e che il trattamento sanzionatorio, considerato complessivamente, non risultava sproporzionato anche perché il giudice penale, intervenuto per secondo, aveva modulato la pena tenendo conto della sanzione inflitta nella sede amministrativa.

Non è stato invece osservato, e ne è derivata la violazione del *ne bis in idem* convenzionale, il parametro della connessione temporale.

La Corte ha infatti rilevato che i due procedimenti hanno convissuto solo per pochi mesi e che, dopo la conclusione di quello amministrativo, l'altro penale ha continuato il suo corso per anni.

Non solo: la prova ritenuta necessaria nei distinti procedimenti è stata acquisita e valutata in modo autonomo in ognuno di essi, secondo il suo proprio livello di garanzie, ed è quindi mancata l'unitarietà che anche per questo aspetto i giudici della corte EDU ritengono indispensabile.

Sulla stessa lunghezza d'onda si sono mantenuti i giudici di Strasburgo con la sentenza **Nodet c. Francia, 6 giugno 2019**, connessa al doppio binario di sanzioni penali e amministrative per condotte di manipolazione del mercato. L'aspetto di maggior rilievo della pronuncia sta nella sottolineatura dell'autonoma rilevanza di ognuno dei quattro indici messi a fuoco dalla sentenza A. e B., solo in presenza dei quali è possibile affermare la stretta connessione temporale e sostanziale: perseguimento di obiettivi complementari legati ad aspetti differenti della condotta lesiva; prevedibilità del doppio binario; coordinamento tra le diverse autorità procedenti, idoneo ad impedire la duplicazione dell'acquisizione degli elementi di prova e della loro delibazione; previsione ed applicazione di meccanismi tali da consentire proporzionata e non eccessivamente afflittiva la sanzione complessivamente irrogata. Il mancato rispetto anche di uno solo di questi indici comporta, secondo la sentenza Nodet, la violazione del *ne bis in idem*<sup>9</sup>.

#### 2.2. La Corte di giustizia dell'Unione europea.

La più recente giurisprudenza della CGUE sembra essere perfettamente allineata alla visione espressa dalla Corte EDU nella sentenza A. e B.

<sup>&</sup>lt;sup>8</sup> La sentenza è rintracciabile sul sito web istituzionale della Corte europea dei diritti umani, <u>a questo link</u>.

<sup>&</sup>lt;sup>9</sup> La sentenza è rintracciabile sul sito *web* istituzionale della Corte europea dei diritti umani, a questo *link*.



Il parametro normativo di riferimento è facilmente individuabile nell'art. 50 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea (di seguito CDFUE), rubricato "Diritto di non essere giudicato o punito due volte per lo stesso reato" secondo il quale «nessuno può essere perseguito o condannato per un reato per il quale è già stato assolto o condannato nell'Unione a seguito di una sentenza penale definitiva conformemente alla legge».

Nel 2018 la Grande Sezione della CGUE ha avuto più volte l'occasione di esprimersi sulla portata di tale norma.

Spiccano tre decisioni emesse il 20 marzo 2018 che, tra l'altro, hanno tutte ad oggetto vicende italiane.

La prima di esse è la sentenza che ha definito il **procedimento Di Puma c/o CONSOB** e CONSOB c/o Zecca, cause riunite C-596/16 e C-597/16<sup>10</sup>. Nel suo paragrafo 43 si afferma che il cumulo di sanzioni penali e amministrative è legittimo solo quando sia rigorosamente rispettato il principio di proporzionalità.

Segue la pronuncia che ha deciso il **procedimento C-537/16 (Garlsson Real Estate SA** in liquidazione, Stefano Ricucci e Magiste International c/o CONSOB)<sup>11</sup>.

#### Vi si legge che

«[ai fini della] valutazione della natura penale di procedimenti e di sanzioni come quelli di cui al procedimento principale, si deve ricordare che, secondo la giurisprudenza della Corte, sono rilevanti tre criteri: il primo consiste nella qualificazione giuridica dell'illecito nel diritto nazionale, il secondo nella natura dell'illecito e il terzo nel grado di severità della sanzione in cui l'interessato rischia di incorrere (v., in tal senso, sentenze del 5 giugno 2012, Bonda, C-489/10, punto 37, e del 26 febbraio 2013, Åkerberg Fransson, C-617/10, punto 35)» (paragrafo 28); «nella fattispecie, l'articolo 187-ter del TUF prevede che chiunque abbia commesso manipolazioni del mercato sia punito con una sanzione amministrativa pecuniaria da ventimila a cinque milioni di euro, sanzione che in talune circostanze, come risulta dal comma 5 di tale articolo, può essere aumentata fino al triplo o fino al maggiore importo di dieci volte il prodotto o il profitto conseguito dall'illecito; inoltre, il governo italiano ha precisato, nelle sue osservazioni presentate alla Corte, che l'applicazione di tale sanzione comporta sempre la confisca del prodotto o del profitto ottenuto grazie all'illecito e dei beni utilizzati per commetterlo; risulta quindi che tale sanzione non ha soltanto lo scopo di risarcire il danno causato dall'illecito, ma persegue anche una finalità repressiva – il che del resto corrisponde alla valutazione del giudice del rinvio – e presenta, pertanto, natura penale» (paragrafo 34); «occorre rilevare che una sanzione amministrativa pecuniaria che può raggiungere l'importo di dieci volte il prodotto o il profitto conseguito con le manipolazioni di mercato presenta un grado di gravità elevato, tale da corroborare la tesi secondo cui tale sanzione riveste natura penale ai sensi dell'articolo 50 della Carta» (paragrafo 35).

#### E dunque:

«risulta che la normativa nazionale di cui al procedimento principale consente di celebrare un procedimento riguardante una sanzione amministrativa pecuniaria di natura penale ai sensi dell'articolo 50 della Carta nei confronti di una persona, per condotte illecite che integrano una manipolazione del mercato per le quali è già stata pronunciata a suo carico una condanna

<sup>10</sup> La sentenza è rintracciabile sul sito web istituzionale della Corte di giustizia dell'Unione europea a questo link.

La sentenza è rintracciabile sul sito *web* istituzionale della Corte di giustizia dell'Unione europea <u>a questo link</u>.



penale definitiva. Orbene, un simile cumulo di procedimenti e di sanzioni costituisce una limitazione del diritto garantito da detto articolo 50» (paragrafo 41).

Sulla base di questo complessivo ragionamento, la Grande Sezione ha ritenuto che

«l'articolo 50 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea dev'essere interpretato nel senso che esso osta a una normativa nazionale, che consenta di celebrare un procedimento riguardante una sanzione amministrativa pecuniaria di natura penale nei confronti di una persona per condotte illecite, per le quali è già stata pronunciata una condanna penale definitiva a suo carico, nei limiti in cui tale condanna, tenuto conto del danno causato alla società dal reato commesso, sia idonea a reprimere tale reato in maniera efficace, proporzionata e dissuasiva. Il principio del ne bis in idem garantito dall'articolo 50 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea conferisce ai soggetti dell'ordinamento un diritto direttamente applicabile nell'ambito di una controversia come quella oggetto del procedimento principale».

Segue infine la sentenza che ha definito il **procedimento C-524/15 (Menci c/o Procura della Repubblica**), derivante da una domanda di pronuncia pregiudiziale inviata dal Tribunale di Bergamo<sup>12</sup>.

La questione di fatto sottostante è affine a quelle precedenti e la decisione rispecchia la medesima sequenza logica della sentenza Garlsson: la sanzione amministrativa della maggiorazione del 30% sull'importo non versato persegue una finalità repressiva ed è connotata da particolare rigore, caratteristiche, queste, che le conferiscono natura penale (paragrafi 32 e 33); ne deriva che la normativa italiana consente di avviare due procedimenti di natura penale e di applicare due sanzioni penali per il medesimo fatto (paragrafo 39); in via astratta tale possibilità è consentita dall'art. 52 paragrafo 1 CDFUE (paragrafo 40); ai fini della sua legittimità è tuttavia richiesto, tra l'altro, che «il cumulo di procedimenti e di sanzioni previsto da una normativa nazionale, come quella in discussione nel procedimento principale, non superi i limiti di quanto idoneo e necessario al conseguimento degli scopi legittimi perseguiti dalla normativa di cui trattasi, fermo restando che, qualora sia possibile una scelta fra più misure appropriate, si deve ricorrere alla meno restrittiva e che gli inconvenienti causati non devono essere sproporzionati rispetto agli scopi perseguiti» (paragrafo 46), che «gli oneri derivanti, a carico degli interessati, da un cumulo del genere siano limitati a quanto strettamente necessario» (paragrafo 52) e che, come affermato dalla Corte EDU, ricorra l'ulteriore requisito del nesso temporale e materiale sufficientemente stretto (paragrafo 61).

#### 2.3. La Corte costituzionale.

La giurisprudenza italiana si è sempre mostrata piuttosto restia a seguire incondizionatamente la strada indicata dalla sentenza Grande Stevens, una tendenza alla quale non si è sottratta neanche la Consulta.

#### 2.3.1. La sentenza 102/2016.

Si può iniziare, restringendo l'analisi agli ultimi anni, dalla **sentenza 102/2016**, emessa prima della decisione A. e B. c. Norvegia<sup>13</sup>.

<sup>12</sup> La sentenza è rintracciabile sul sito web istituzionale della Corte di giustizia dell'Unione europea, a questo link.

<sup>&</sup>lt;sup>13</sup> La sentenza è rintracciabile sul sito *web* istituzionale della Consulta, <u>a questo link</u>.



La quinta sezione penale della Cassazione aveva sospettato di incostituzionalità l'art. 187-bis, comma 1, d.lgs. 58/1998 (di seguito TUF) per violazione dell'art. 117, comma 1, Cost., in relazione all'art. 4 del Protocollo 7 CEDU nella parte in cui dispone «salve le sanzioni penali quando il fatto costituisce reato», dicitura che secondo il giudice rimettente avrebbe dovuto essere sostituita con quella «salvo che il fatto costituisca reato».

In via subordinata ed indicando il medesimo parametro costituzionale, aveva chiesto la dichiarazione di incostituzionalità dell'art. 649 c.p.p. nella parte in cui non prevede il divieto di un secondo giudizio quando l'imputato sia stato giudicato con provvedimento irrevocabile per il medesimo fatto in un procedimento amministrativo cui consegue l'applicazione di una sanzione alla quale si debba riconoscere natura penale ai sensi della CEDU.

Nel caso di specie era appunto avvenuto che l'istante, dopo essere stato sanzionato dalla CONSOB per l'illecito previsto dall'art. 187-bis, comma 1, TUF, era stato incriminato penalmente, ai sensi dell'art.184, lettera b), TUF, per avere diffuso informazioni privilegiate di cui era in possesso, e quindi condannata in primo grado con sentenza di seguito confermata in grado di appello.

A sostegno del percorso interpretativo proposto alla Consulta, il giudice *a quo* aveva richiamato i principi affermati dalla Corte EDU nella sentenza Grande Stevens.

Un'analoga questione era stata sollevata dalla sezione tributaria della Cassazione in relazione all'art. 187-*ter*, comma 1, TUF, nella parte in cui prevede la comminatoria congiunta della sanzione amministrativa indicata ivi indicata e la sanzione penale di cui all'art. 185 TUF.

Le due questioni sono state riunite.

In motivazione, la Consulta ha constatato che la nozione di *ne bis in idem* avallata dalla Corte EDU (*ne bis in idem* convenzionale) è significativamente differente da quella propria dell'ordinamento italiano.

La prima diversità sta nel modo di apprezzare l'identità del fatto che, nella giurisprudenza di Strasburgo, va valutata in concreto e non in riferimento agli elementi costitutivi dei due illeciti in comparazione.

La seconda riguarda la nozione di sanzione penale e la sua identificazione in base ai criteri Engel.

Fatta questa ricognizione preliminare, la Corte costituzionale ha dichiarato inammissibile per difetto di rilevanza la questione posta in via principale dalla quinta sezione penale, attenendo la stessa all'art. 187-bis TUF che era già stato applicato in via definitiva e non all'art. 184, comma 1, TUF che era invece ancora sub judice.

La stessa sorte ha riservato alla questione sollevata in via subordinata. Il suo eventuale accoglimento determinerebbe infatti un intervento additivo che tuttavia non sarebbe in grado di stabilire un ordine di priorità, lasciando sostanzialmente al caso (cioè al grado di sollecitudine dei due organi competenti) la risposta sanzionatoria da collegare alla condotta illecita che, secondo il procedimento di volta in volta divenuto definitivo per primo, potrebbe essere amministrativa o penale.



Una simile eventualità, se risolverebbe il problema della duplicazione dei procedimenti, creerebbe per contro gravi lesioni ai principi di determinatezza e tassatività della sanzione penale e agli ulteriori principi di effettività, proporzionalità e dissuasività delle sanzioni imposti dal diritto eurounitario come interpretato dalla CGUE.

Uguale esito ha avuto la questione posta dalla sezione tributaria. In questo caso l'inammissibilità è derivata dal carattere perplesso delle ragioni addotte dal rimettente, cui viene addebitato di non avere sciolto i dubbi circa la compatibilità tra la giurisprudenza della Corte EDU e quella della CGUE e di non avere chiarito adeguatamente la portata dell'intervento richiesto alla Corte.

#### 2.3.2. La sentenza 43/2018.

Dato l'orientamento della Consulta prima della sentenza A. e B. c. Norvegia, si comprende bene che le decisioni successive non solo non se ne sono discostate ma hanno trovato nuova linfa nella difesa del principio di legalità formale.

Un primo esempio è offerto dalla **sentenza 43/2018**<sup>14</sup>.

Il Tribunale di Monza ha sollevato una questione di legittimità costituzionale dell'art. 649 c.p.p. per contrasto con l'art. 117, comma 1, Cost., in riferimento all'art. 4 del Protocollo 7 CEDU poiché non vieta un secondo giudizio nei confronti dell'imputato al quale, per lo stesso fatto, sia stata inflitta in via definitiva una sanzione amministrativa di carattere sostanzialmente penale se considerata in base ai parametri della CEDU e dei suoi protocolli aggiuntivi.

Il giudizio incardinato dinanzi al giudice rimettente si svolgeva nei confronti di una persona imputata del reato di cui all'art. 5, comma 1, d.lgs. 74/2000, per avere omesso di presentare per un certo anno fiscale la dichiarazione relativa all'imposta sui redditi e sul valore aggiunto allo scopo di evadere le imposte dovute in misura superiore alla soglia di punibilità.

La stessa omissione costituiva tuttavia anche un illecito tributario ed era stata perseguita in sede amministrativa, infliggendo all'interessato una sanzione pecuniaria pari al 120% delle imposte evase.

La Consulta ha attribuito un'importanza essenziale, ai fini della soluzione del caso, allo sviluppo interpretativo impresso dalla Corte EDU con la sentenza A. e B. c. Norvegia.

Ha osservato che in precedenza

«la rigidità del divieto convenzionale di bis in idem, nella parte in cui trova applicazione anche per sanzioni che gli ordinamenti nazionali qualificano come amministrative, aveva ingenerato gravi difficoltà presso gli Stati che hanno ratificato il Protocollo n. 7 alla CEDU, perché la discrezionalità del legislatore nazionale di punire lo stesso fatto a duplice titolo, pur non negata dalla Corte di Strasburgo, finiva per essere frustrata di fatto dal divieto di bis in idem».

Ha di seguito sottolineato che

<sup>&</sup>lt;sup>14</sup> La sentenza è rintracciabile sul sito web istituzionale della Consulta, a questo link.



«per alleviare tale inconveniente la Corte EDU ha enunciato il principio di diritto secondo cui il ne bis in idem non opera quando i procedimenti sono avvinti da un legame materiale e temporale sufficientemente stretto («sufficiently closely [close] connected in substance and in time»), attribuendo a questo requisito tratti del tutto nuovi rispetto a quelli che emergevano dalla precedente giurisprudenza. In particolare la Corte di Strasburgo ha precisato (paragrafo 132 della sentenza A e B contro Norvegia) che legame temporale e materiale sono requisiti congiunti; che il legame temporale non esige la pendenza contemporanea dei procedimenti, ma ne consente la consecutività, a condizione che essa sia tanto più stringente, quanto più si protrae la durata dell'accertamento; che il legame materiale dipende dal perseguimento di finalità complementari connesse ad aspetti differenti della condotta, dalla prevedibilità della duplicazione dei procedimenti, dal grado di coordinamento probatorio tra di essi, e soprattutto dalla circostanza che nel commisurare la seconda sanzione si possa tenere conto della prima, al fine di evitare l'imposizione di un eccessivo fardello per lo stesso fatto illecito. Al contempo, si dovrà valutare anche se le sanzioni, pur convenzionalmente penali, appartengano o no al nocciolo duro del diritto penale, perché in caso affermativo si sarà più severi nello scrutinare la sussistenza del legame e più riluttanti a riconoscerlo in concreto».

#### È stato conseguenziale riconoscere che

«con la sentenza A e B contro Norvegia, per quanto qui interessa, entrambi i presupposti intorno ai quali è stata costruita l'odierna questione di legittimità costituzionale sono venuti meno. Il ne bis in idem convenzionale cessa di agire quale regola inderogabile conseguente alla sola presa d'atto circa la definitività del primo procedimento, ma viene subordinato a un apprezzamento proprio della discrezionalità giudiziaria in ordine al nesso che lega i procedimenti, perché in presenza di una "close connection" è permesso proseguire nel nuovo giudizio ad onta della definizione dell'altro. Inoltre neppure si può continuare a sostenere che il divieto di bis in idem convenzionale ha carattere esclusivamente processuale, giacché criterio eminente per affermare o negare il legame materiale è proprio quello relativo all'entità della sanzione complessivamente irrogata. Se pertanto la prima sanzione fosse modesta, sarebbe in linea di massima consentito, in presenza del legame temporale, procedere nuovamente al fine di giungere all'applicazione di una sanzione che nella sua totalità non risultasse sproporzionata, mentre nel caso opposto il legame materiale dovrebbe ritenersi spezzato e il divieto di bis in idem pienamente operante. Così, ciò che il divieto di bis in idem ha perso in termini di garanzia individuale, a causa dell'attenuazione del suo carattere inderogabile, viene compensato impedendo risposte punitive nel complesso sproporzionate. È chiaro il carattere innovativo che la regola della sentenza A e B contro Norvegia ha impresso in ambito convenzionale al divieto di bis in idem, rispetto al quadro esistente al tempo dell'ordinanza di rimessione. In sintesi può dirsi che si è passati dal divieto imposto agli Stati aderenti di configurare per lo stesso fatto illecito due procedimenti che si concludono indipendentemente l'uno dall'altro, alla facoltà di coordinare nel tempo e nell'oggetto tali procedimenti, in modo che essi possano reputarsi nella sostanza come preordinati a un'unica, prevedibile e non sproporzionata risposta punitiva, avuto specialmente riguardo all'entità della pena (in senso convenzionale) complessivamente irrogata. Questa svolta giurisprudenziale è potenzialmente produttiva di effetti con riguardo al rapporto tra procedimento tributario e procedimento penale. In precedenza, come si è visto, l'autonomia dell'uno rispetto all'altro escludeva in radice che essi potessero sottrarsi al divieto di bis in idem. Oggi, pur dovendosi prendere in considerazione il loro grado di coordinamento probatorio, al fine di ravvisare il legame materiale, vi è la possibilità che in concreto gli stessi siano ritenuti sufficientemente connessi, in modo da far escludere l'applicazione del divieto di bis in idem, come testimonia la stessa sentenza A e B contro Norvegia, che proprio a tali procedimenti si riferisce».

La Consulta ha voluto comunque precisare che



«naturalmente la decisione non può che passare da un giudizio casistico, affidato all'autorità che procede. Infatti, sebbene possa affermarsi in termini astratti che la configurazione normativa dei procedimenti è in grado per alcuni aspetti di integrare una "close connection", vi sono altri aspetti che restano necessariamente consegnati alla peculiare dinamica con cui le vicende procedimentali si sono atteggiate nel caso concreto [...] Questa Corte tiene a sottolineare che la nuova regola della sentenza A e B contro Norvegia rende meno probabile l'applicazione del divieto convenzionale di bis in idem alle ipotesi di duplicazione dei procedimenti sanzionatori per il medesimo fatto, ma non è affatto da escludere che tale applicazione si imponga di nuovo, sia nell'ambito degli illeciti tributari, sia in altri settori dell'ordinamento, ogni qual volta sia venuto a mancare l'adeguato legame temporale e materiale, a causa di un ostacolo normativo o del modo in cui si sono svolte le vicende procedimentali. Resta perciò attuale l'invito al legislatore a «stabilire quali soluzioni debbano adottarsi per porre rimedio alle frizioni» che il sistema del cosiddetto doppio binario «genera tra l'ordinamento nazionale e la CEDU (sentenza n. 102 del 2016)».

Il giudizio è stato quindi concluso con la restituzione degli atti al giudice a quo.

#### 2.3.3. La sentenza 223/2018<sup>15</sup>.

Sono state in questo caso sottoposte all'attenzione della Consulta sette analoghe ordinanze della seconda sezione civile della Corte di Cassazione, tutte incentrate sulla questione di legittimità dell'art. 9, comma 6, l. 62/2005 (Legge comunitaria 2004) per contrasto con gli artt. 3, 25, secondo comma, e 117, primo comma, Cost, quest'ultimo in relazione all'art. 7 CEDU.

Nell'opinione dei giudici rimettenti la citata disposizione normativa è illegittima nella parte in cui consente che la confisca per equivalente prevista dall'art. 187-sexies, TUF, si applichi, nel caso in cui il procedimento penale non sia ancora concluso, anche alle violazioni commesse anteriormente all'entrata in vigore della suddetta Legge comunitaria, anche quando il trattamento sanzionatorio derivante dalla depenalizzazione sia meno favorevole di quello vigente al momento della condotta.

La Corte costituzionale ha riconosciuto la fondatezza della questione in riferimento agli artt. 25, secondo comma, e 117, primo comma, Cost. in relazione all'art. 7 CEDU.

Ha in primo luogo affermato che il divieto costituzionale di irretroattività sfavorevole si applica anche al "diritto sanzionatorio amministrativo", da intendersi, come specificato subito dopo, nel complesso delle "sanzioni amministrative a carattere punitivo".

Ha escluso che sia vera in assoluto l'affermazione per cui la depenalizzazione di un illecito penale e la sua trasformazione in illecito amministrativo implichino necessariamente un maggior favore per chi la subisce.

Se è vero che l'illecito penale porta con sé una più intensa stigmatizzazione sociale ed è in grado di incidere sul bene della libertà personale, è altrettanto vero, per contro, che la capacità di impatto delle sanzioni amministrative è cresciuta nella legislazione più recente, fino a raggiungere, talvolta, una considerevole carica afflittiva.

È quanto avviene nel caso in esame in cui si sommano sanzioni pecuniarie che possono spingersi fino al limite di 15 milioni di euro e sanzioni interdittive che limitano gravemente la

 $<sup>^{15}</sup>$  La sentenza è rintracciabile sul sito web istituzionale della Consulta, a questo link .



sfera professionale e il diritto al lavoro del destinatario, con l'ulteriore danno reputazionale che consegue alla loro obbligatoria pubblicazione nei siti web istituzionali della Banca d'Italia o della CONSOB.

La Consulta ha comparato questo nuovo trattamento sanzionatorio con quello previsto prima della depenalizzazione e, concordando con l'opinione del giudice *a quo*, ha ritenuto che quello previgente fosse significativamente più favorevole e fosse di conseguenza incostituzionale la norma ordinaria che ne consentiva l'applicazione retroattiva.

#### 2.3.4. La sentenza 63/2019.

A conclusioni simili la Consulta è pervenuta nella recentissima sentenza 63/2019<sup>16</sup>.

Nel 2016 la Commissione nazionale per le società e la borsa (di seguito CONSOB) ha irrogato ad una persona una sanzione amministrativa pecuniaria dell'importo di € 100.000, la misura interdittiva accessoria della sospensione per due mesi dall'esercizio dell'attività e la pubblicazione per estratto della delibera medesima nel bollettino della CONSOB, avendolo ritenuto responsabile dell'illecito amministrativo di abuso di informazioni privilegiate sanzionato dall'art. 187-bis, comma 1, lettera b), del d.lgs. 58/1998 (Testo unico delle disposizioni in materia di intermediazione finanziaria, di seguito TUF).

L'interessato, costituitosi dinanzi alla Corte di Appello di Milano, si è opposto alla decisione, addebitando tra l'altro alla CONSOB la violazione dell'art. 6, comma 3, del d.lgs. 72/2015, che rendeva inapplicabile la quintuplicazione, introdotta dall'art. 39, comma 3, della Legge 262/2005, delle sanzioni amministrative pecuniarie previste dal TUF.

Costituitasi anch'essa nel giudizio, la CONSOB ha osservato che la norma invocata dall'opponente è superata dal comma 2 della medesima disposizione e dalla disciplina generale della Legge 689/1981, la prima escludendo espressamente l'applicazione retroattiva favorevole delle modifiche del trattamento sanzionatorio degli illeciti amministrativi regolati dal TUF, la seconda esprimendo il medesimo principio con portata generale.

Con un'ordinanza del 19 marzo 2017, la prima sezione civile della Corte di appello di Milano, cui è stata affidata la controversia, ha sollevato questione di legittimità costituzionale dell'art. 6, comma 2, del d.lgs. 72/2015, per contrasto con l'art. 77 Cost., limitatamente alla parte in cui ha modificato le sanzioni previste dall'art. 187-bis TUF.

Il collegio ha inoltre dubitato della legittimità costituzionale della stessa norma, questa volta per contrasto con gli artt. 3 e 117, comma 1, Cost., quest'ultimo in riferimento all'art. 7 della Convenzione per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali (di seguito CEDU), nella parte in cui ha modificato le sanzioni di cui all'art. 187-bis TUF, escludendo la retroattività della normativa più favorevole prevista dal comma 3 della medesima disposizione.

L'opinione del giudice *a quo* è fondata su un preciso percorso concettuale: la sanzione prevista dall'art. 187-*bis* è particolarmente severa e afflittiva, soprattutto se applicata nel massimo edittale, e persegue palesemente finalità deterrenti e punitive; queste caratteristiche inducono a classificarla come sanzione punitiva senza che abbia alcun rilievo la denominazione formale di

 $<sup>^{16}</sup>$  La sentenza è rintracciabile sul sito web istituzionale della Consulta, a questo link.



illecito amministrativo che il legislatore attribuisce alla fattispecie; l'istituto è pertanto soggetto al principio della legalità penale sancito dall'art. 7 CEDU ed a tutti i suoi corollari, tra i quali è compresa la necessaria retroattività della legge penale più favorevole entrata in vigore dopo la commissione del fatto.

Sottolineata in tal modo la «natura sostanzialmente penale della sanzione», il giudice *a quo* osserva che la disapplicazione del principio di retroattività favorevole si pone in conflitto con l'art. 3 Cost. poiché nel caso di specie difettano i gravi motivi di interesse generale, solo in presenza dei quali sono legittime deroghe al principio di eguaglianza formale che impone il trattamento uguale di situazioni uguali.

Sarebbe ugualmente violato, secondo la Corte milanese, il principio affermato dall'art. 49 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea (di seguito CDFUE) che sancisce anch'esso l'obbligo di applicazione della legge più favorevole entrata in vigore dopo la commissione del fatto-reato.

La Corte rimettente ha infine ritenuto di non poter applicare autonomamente i principi da essa stessa affermati, a ciò ostando l'esistenza di un radicato indirizzo interpretativo di legittimità che esclude l'applicazione della retroattività della *lex mitior* agli illeciti amministrativi.

Si sono costituite in giudizio l'Avvocatura generale dello Stato e la CONSOB, sviluppando plurime difese finalizzate ad ottenere una pronuncia di inammissibilità.

La Consulta ha dichiarato anzitutto inammissibile, «in ragione dell'oscurità del *petitum* e della contraddittorietà della motivazione», la questione di compatibilità dell'art. 6, comma 2, del d.lgs. 72/2015 per il suo asserito contrasto con l'art. 77 Cost. (ma in realtà, secondo quanto ritenuto in sentenza, il riferimento va correttamente inteso all'art. 76 Cost. dal momento che si denuncia un eccesso di delega da parte del Governo).

Ha dichiarato infondate, per contro, tutte le altre eccezioni di inammissibilità.

Ha riconosciuto infine la fondatezza delle questioni poste dalla Corte rimettente in relazione agli artt. 3 e 117, comma 1, Cost.

La sentenza, citando la giurisprudenza costituzionale più significativa, ha sottolineato preliminarmente il **principio di retroattività della legge più favorevole** e la sua derivazione dall'art. 2 c.p. a livello di legislazione ordinaria, dagli artt. 3 e 117, comma 1, a livello costituzionale e da plurime fonti di diritto internazionale pattizio, identificabili nell'art. 15, comma 1, terzo periodo, del Patto internazionale sui diritti civili e politici concluso a New York il 16.12.1966 e ratificato ed eseguito internamente con la l. 881/1977, nell'art. 49, paragrafo 1, terzo periodo, della CDFUE e, attraverso la porta di ingresso dell'art. 117, comma 1, Cost., l'art. 7 CEDU come inteso dalla giurisprudenza della Corte EDU, in quanto sua interprete primaria.

La retroattività della *lex mitior* ha quindi un duplice fondamento: il primo, interno al nostro ordinamento, correlato al principio costituzionale di eguaglianza formale di cui le citate norme del Patto internazionale e della CDFUE costituiscono imprescindibili parametri interpretativi; il secondo, di derivazione internazionale ma capace di influenzare l'ordinamento interno, coincidente con l'art. 7 CEDU.

È equo, ha chiarito la Corte,



«equiparare il trattamento sanzionatorio dei medesimi fatti, a prescindere dalla circostanza che essi siano stati commessi prima o dopo l'entrata in vigore della norma che ha disposto l'*abolitio criminis* o la modifica mitigatrice».

#### Al tempo stesso, l'assunzione dell'art. 3 come parametro di riferimento

**«segna però anche il limite della garanzia costituzionale** della quale la regola in parola costituisce espressione. Mentre, infatti, l'irretroattività *in peius* della legge penale costituisce un "valore assoluto e inderogabile", la regola della retroattività *in mitius* della legge penale medesima "è suscettibile di limitazioni e deroghe legittime sul piano costituzionale, ove sorrette da giustificazioni oggettivamente ragionevoli"».

Chiarite le coordinate di fondo, la Corte costituzionale si è interrogata sulla possibilità di estenderle alle sanzioni amministrative che abbiano natura e finalità "punitiva".

Ha richiamato a tal fine la propria **sentenza 193/2016** e l'affermazione ivi contenuta dell'inesistenza di un obbligo costituzionale di applicazione della legge successiva più favorevole anche per tali sanzioni; una regola generale di questo genere contrasterebbe infatti con la necessità di analizzare preventivamente la sanzione amministrativa allo scopo di accertarne, sulla base dei criteri Engel, la natura "convenzionalmente penale" e, solo nel caso di accertamento positivo, assoggettarla allo statuto garantistico proprio delle norme penali, di cui fa parte l'obbligo di retroattività *in mitius*.

Sottolineata la condivisione del precedente, la Consulta ha riconosciuto che, in presenza di una sanzione amministrativa qualificabile come "punitiva", «di regola non vi sarà ragione per continuare ad applicare tale sanzione, qualora il fatto sia successivamente considerato non più illecito; né per continuare ad applicarla in una misura considerata ormai eccessiva (e per ciò stesso sproporzionata) rispetto al mutato apprezzamento della gravità dell'illecito da parte dell'ordinamento. E ciò salvo che sussistano ragioni cogenti di tutela di controinteressi di rango costituzionale, tali da resistere al medesimo "vaglio positivo di ragionevolezza", al cui metro debbono essere in linea generale valutate le deroghe al principio di retroattività *in mitius* nella materia penale».

Non è di ostacolo a questa conclusione l'assenza di specifici precedenti della Corte di Strasburgo: l'interprete può infatti applicare le norme CEDU anche alle questioni sulle quali manchi una puntuale pronuncia dell'istanza giudiziaria primariamente legittimata.

È a questo punto scontata l'attribuzione della natura punitiva alla sanzione amministrativa prevista dall'art. 187-*bis* TUF.

#### La Corte ha rilevato infatti che essa

«non può essere considerata come una misura meramente ripristinatoria dello status quo ante, né semplicemente mirante alla prevenzione di nuovi illeciti. Si tratta, infatti, di sanzione dall'elevatissima carica afflittiva, che può giungere, oggi, sino a cinque milioni di euro (a loro volta elevabili sino al triplo ovvero al maggior importo di dieci volte il profitto conseguito o le perdite evitate), e che è comunque sempre destinata, nelle intenzioni del legislatore, a eccedere il valore del profitto in concreto conseguito dall'autore, a sua volta oggetto, di separata confisca. Una simile carica afflittiva si spiega soltanto in chiave di punizione dell'autore dell'illecito in questione, in funzione di una finalità di deterrenza, o prevenzione generale negativa, che è certamente comune anche alle pene in senso stretto».



Del resto, anche la CGUE – ha osservato la Corte – è arrivata alla stessa conclusione nella **sentenza Di Puma e altri del 20 marzo 2018**, affermando la natura penale della sanzione in esame alla luce della sua finalità repressiva e dell'elevato carico di severità.

La Consulta ha proceduto quindi all'ultima verifica: se lo sbarramento alla retroattività del più favorevole regime sanzionatorio introdotto dal d.lgs. 72/2015 possieda la ragionevolezza che, sola, può giustificarlo.

La risposta è stata nettamente negativa:

«la scelta del legislatore del 2015 di derogare alla retroattività dei nuovi e più favorevoli quadri sanzionatori risultanti dal d.lgs. n. 72 del 2015 sacrifica irragionevolmente il diritto degli autori dell'illecito di abuso di informazioni privilegiate a vedersi applicare una sanzione proporzionata al disvalore del fatto, secondo il mutato apprezzamento del legislatore. Mutato apprezzamento che riflette, evidentemente, la consapevolezza del carattere non proporzionato di un minimo edittale di centomila euro».

Per l'effetto, la Corte ha dichiarato costituzionalmente illegittimo l'art. 6, comma 2, del d.lgs. 72/2015 nella parte in cui esclude l'applicazione retroattiva delle modifiche favorevoli apportate dal comma 3 dello stesso art. 6 alle sanzioni amministrative previste per l'illecito disciplinato dall'art. 187-bis TUF.

La stessa dichiarazione è stata estesa, ai sensi dell'art. 27 della l. 87/1953, alla mancata previsione – da parte del medesimo articolo – della retroattività delle modifiche apportate dal comma 3 dello stesso art. 6 alle corrispondenti sanzioni amministrative previste per l'illecito di cui all'art. 187-ter (Manipolazione del mercato) del TUF.

# 2.3.5. La sentenza 112/2019<sup>17</sup>.

La seconda sezione civile della Corte di Cassazione ha sollevato questione di legittimità dell'art. 187-quinquiesdecies TUF, per contrasto con gli artt. 24, 111 e 117, primo comma, Cost., quest'ultimo in relazione all'art. 6 CEDU, «nella parte in cui detto articolo sanziona la condotta consistente nel non ottemperare tempestivamente alle richieste della CONSOB o nel ritardare l'esercizio delle sue funzioni anche nei confronti di colui al quale la medesima CONSOB, nell'esercizio delle funzioni di vigilanza, contesti un abuso di informazioni privilegiate».

La stessa sezione ha dubitato della legittimità costituzionale dell'art. 187-sexies TUF (nel testo originariamente introdotto dall'art. 9, comma 2, lettera a), della legge n. 62 del 2005), per contrasto con gli artt. 3, 42 e 117, primo comma, Cost., quest'ultimo in relazione all'art. 1 del Protocollo addizionale alla CEDU, firmato a Parigi il 20 maggio 1952, ratificato e reso esecutivo con legge 4 agosto 1955, n. 848, nonché in riferimento agli artt. 11 e 117, primo comma, Cost., in relazione agli artt. 17 e 49 CDFUE, «nella parte in cui esso assoggetta a confisca per equivalente non soltanto il profitto dell'illecito ma anche i mezzi impiegati per commetterlo, ossia l'intero prodotto dell'illecito».

Nella vicenda sottostante la CONSOB aveva inflitto a una persona la sanzione pecuniaria di 200.000 euro per l'illecito amministrativo di abuso di informazioni privilegiate regolato dall'art. 187-bis, comma 1, lettera a), TUF, contestato in riferimento all'acquisto di un consistente

<sup>&</sup>lt;sup>17</sup> La sentenza è rintracciabile sul sito *web* istituzionale della Consulta, a questo *link*.



pacchetto azionario di una società quotata di cui era socio e consigliere di amministrazione, fatto nella consapevolezza dell'imminente lancio di un'offerta pubblica di acquisto ad opera di una seconda società costituita ad hoc e di cui l'incolpato era socio.

La CONSOB aveva inoltre confiscato in suo danno beni immobili per un importo pari all'intero valore delle azioni acquistate abusando delle informazioni privilegiate che deteneva.

L'opposizione dell'interessato alla sanzione era stata respinta dalla Corte di appello competente e ne era seguito un ricorso per cassazione da cui è scaturita la questione di costituzionalità nei termini esposti in precedenza.

La Consulta ha separato il giudizio per la parte attinente all'art. 187-quinquiesdecies e lo ha definito con una ordinanza di rinvio pregiudiziale alla CGUE (si veda paragrafo successivo).

La sentenza ha pertanto riguardato solo le questioni concernenti l'art. 187-sexies TUF. I giudici costituzionali hanno comparato il testo della disposizione vigente al momento del fatto e quello risultante dalle modifiche introdotte dal d.lgs. 107/2018 e ne hanno in primo

luogo desunto che la confisca era ed è tuttora obbligatoria per chi abbia commesso un illecito compreso nel Titolo I-bis, Capo III, TUF.

Hanno poi analizzato il significato dell'eliminazione del riferimento ai «beni utilizzati» per commettere l'illecito e hanno concluso che, a dispetto della prima apparenza, la modifica ha lasciato intatto l'obbligo di confisca del valore equivalente all'intero prodotto della condotta sicché, a fronte di una condotta di *insider trading*, è tuttora obbligatorio confiscare «l'intero ammontare degli strumenti finanziari acquistati da chi disponga di un'informazione privilegiata, ovvero – nel caso in cui essi siano stati nel frattempo rivenduti – l'intero loro valore, e non semplicemente il vantaggio economico realizzato mediante l'operazione finanziaria».

Raggiunte queste prime conclusioni, la Consulta, rilevando che il provvedimento ablativo ha riguardato immobili per un importo corrispondente a quello delle azioni acquistate, lo ha qualificato senza esitazioni come una confisca per equivalente del prodotto dell'illecito.

Ha quindi giudicato fondate le questioni in relazione a tutti i parametri costituzionali prospettati.

Importanza centrale nel ragionamento della Consulta hanno avuto gli elementi della sproporzione della sanzione in quanto estesa al prodotto dell'illecito e della sua eccessiva incidenza sul diritto di proprietà del destinatario).

Elementi che la Corte, attingendo ai propri precedenti, ha ritenuto sufficienti per estendere anche alle sanzioni amministrative di carattere "sostanzialmente punitivo" alcune delle garanzie che la Costituzione riserva alla "materia penale".

A quelle sanzioni si applicano infatti il divieto di retroattività sfavorevole, l'obbligo della retroattività favorevole e il requisito della sufficiente precisione del precetto ma non i principi della responsabilità personale sanciti dall'art. 27 Cost. in quanto inscindibilmente connessi alle pene che colpiscono la libertà personale «attorno alla quale è tutt'oggi costruito il sistema sanzionatorio penale».



L'obbligo del rispetto del canone di proporzionalità della sanzione rispetto alla gravità dell'illecito deriva pertanto, se riferito a sanzioni amministrative punitive, non dal combinato degli artt. 3 e 27 Cost., ma dal solo articolo 3 in abbinamento alle ulteriori norme costituzionali che tutelano le situazioni giuridiche di volta in volta lese dalla sanzione presa in esame.

Nel caso di specie la norma aggiuntiva è identificabile nell'art. 42 Cost. poiché la sanzione limita il diritto di proprietà ed altrettanto appropriato è il richiamo agli artt. 1 Protocollo addizionale CEDU e 17 CDFUE, anch'essi posti a tutela del medesimo diritto a fronte di sanzioni patrimoniali.

La Consulta si spinge anche oltre e considera pertinente anche il riferimento all'art. 49, § 3, CDFUE, disposizione che la CGUE (ad esempio nella sentenza Garlsson Reale Estate) ha inteso riferire non solo alle sanzioni penali ma anche a quelle amministrative di carattere "punitivo".

Lo stesso indirizzo è dato desumere da plurime pronunce della Corte EDU (tra queste, di recente, sentenza Boljević contro Croazia, 31 gennaio 2017).

La Consulta ritiene a questo punto necessari alcuni passaggi definitori.

Identifica la nozione di **prodotto dell'illecito**, in adesione alla definizione adottata dalle Sezioni unite penali della Corte di Cassazione nella sentenza 26654/2008, nel «**risultato empirico dell'illecito**, cioè le cose create, trasformate, adulterate o acquistate mediante il reato».

La stessa nozione, declinata specificamente per la condotta di *insider trading*, coincide, come chiarito da Cass. Civ., sezione prima, sentenza 8590/2018, con l'insieme degli strumenti acquistati o con l'intera somma ricavata dalla loro vendita.

Dal canto suo, il **profitto dell'illecito**, sempre nella specifica prospettiva dell'*insider* trading, consiste

«nel **risultato economico dell'operazione** valutato nel momento in cui l'informazione privilegiata della quale l'agente disponeva diviene pubblica, calcolato più in particolare sottraendo al valore degli strumenti finanziari acquistati il costo effettivamente sostenuto dall'autore per compiere l'operazione, così da quantificare **l'effettivo "guadagno"** (in termini finanziari, la "plusvalenza") ovvero, come nel caso di specie, **il "risparmio di spesa"** che l'agente abbia tratto dall'operazione».

Infine, i beni utilizzati per la commissione dell'illecito consistono necessariamente

«nelle somme di denaro investite nella transazione, ovvero negli strumenti finanziari alienati dall'autore».

La Corte costituzionale ne ricava che la confisca del profitto si esaurisce nel ripristino coattivo della situazione patrimoniale propria dell'autore dell'illecito prima della sua commissione.

Se invece la sanzione si estende al prodotto o ai beni utilizzati, assume per ciò stesso una connotazione punitiva poiché il suo effetto è la diminuzione del patrimonio rispetto alla sua dimensione precedente alla trasgressione.



Nel caso di specie, la combinazione di una confisca punitiva con una sanzione amministrativa pecuniaria di notevolissima severità impone automatismi applicativi e risultati sanzionatori manifestamente sproporzionati.

Ne è conferma quanto concretamente avvenuto nella vicenda da cui è derivato il giudizio di costituzionalità: a fronte di un profitto da illecito dell'importo di 26.850 euro, il trasgressore è stato punito con una sanzione pecuniaria di 200.000 euro e con la confisca per equivalente del valore delle azioni acquistate pari a 149.760 euro. L'importo complessivo, pari a 349.760 euro, è equivalso quindi a tredici volte il profitto.

Né si può dire che un simile trattamento sia il frutto di obblighi derivanti dal diritto eurounitario poiché questo non impone affatto la confisca del prodotto dell'illecito e dei beni utilizzati per commetterlo.

La Corte dichiara quindi l'illegittimità costituzionale dell'art. 187-sexies TUF, nel testo originariamente introdotto dall'art. 9, comma 2, lettera a), della legge 18 aprile 2005, n. 62 (Disposizioni per l'adempimento di obblighi derivanti dall'appartenenza dell'Italia alle Comunità europee. Legge comunitaria 2004), nella parte in cui prevede la confisca obbligatoria, diretta o per equivalente, del prodotto dell'illecito e dei beni utilizzati per commetterlo, e non del solo profitto.

Dichiara inoltre, conseguenzialmente, l'illegittimità costituzionale dell'art. 187-sexies TUF, nella versione risultante dalle modifiche apportate dall'art. 4, comma 14, del decreto legislativo 10 agosto 2018, n. 107, recante «Norme di adeguamento della normativa nazionale alle disposizioni del regolamento (UE) n. 596/2014, relativo agli abusi di mercato e che abroga la direttiva 2003/6/CE e le direttive 2003/124/UE, 2003/125/CE e 2004/72/CE», nella parte in cui prevede la confisca obbligatoria, diretta o per equivalente, del prodotto dell'illecito, e non del solo profitto.

# 2.3.6. L'ordinanza 117/2019<sup>18</sup>.

Come si è anticipato nel precedente paragrafo, la seconda sezione civile della Corte di Cassazione, con ordinanza del 16 febbraio 2018, ha sollevato questione di legittimità costituzionale dell'art. 187-quinquiesdecies TUF, «nella parte in cui detto articolo sanziona la condotta consistente nel non ottemperare tempestivamente alle richieste della CONSOB o nel ritardare l'esercizio delle sue funzioni anche nei confronti di colui al quale la medesima CONSOB, nell'esercizio delle funzioni di vigilanza, contesti un abuso di informazioni privilegiate», per contrasto con gli artt. 24, 111 e 117, primo comma, Cost., quest'ultimo in relazione all'art. 6 CEDU, e all'art. 14, comma 3, lettera g), del Patto internazionale relativo ai diritti civili e politici, nonché con gli artt. 11 e 117, primo comma, Cost., in relazione all'art. 47 CDFUE.

La Consulta, agendo «nel già ricordato spirito di leale cooperazione tra corti nazionali ed europee nella definizione di livelli comuni di tutela dei diritti fondamentali», ha preferito, prima di decidere il giudizio incidentale, trasmettere alla CGUE una domanda pregiudiziale così che sia chiarito se "il diritto al silenzio" proprio dell'accusato in sede penale valga anche di fronte alla CONSOB a favore dell'incolpato di un illecito amministrativo.

<sup>&</sup>lt;sup>18</sup> L'ordinanza è rintracciabile sul sito *web* istituzionale della Consulta, <u>a questo *link*</u>.



# Questi, testualmente, i due quesiti posti alla CGUE:

a) se l'art. 14, paragrafo 3, della direttiva 2003/6/CE, in quanto tuttora applicabile *ratione temporis*, e l'art. 30, paragrafo 1, lettera b), del regolamento (UE) n. 596/2014 debbano essere interpretati nel senso che consentono agli Stati membri di non sanzionare chi si rifiuti di rispondere a domande dell'autorità competente dalle quali possa emergere la propria responsabilità per un illecito punito con sanzioni amministrative di natura "punitiva";

b) se, in caso di risposta negativa a tale prima questione, l'art. 14, paragrafo 3, della direttiva 2003/6/CE, in quanto tuttora applicabile *ratione temporis*, e l'art. 30, paragrafo 1, lettera b), del Regolamento (UE) n. 596/2014 siano compatibili con gli artt. 47 e 48 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, anche alla luce della giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo in materia di art. 6 CEDU e delle tradizioni costituzionali comuni agli Stati membri, nella misura in cui impongono di sanzionare anche chi si rifiuti di rispondere a domande dell'autorità competente dalle quali possa emergere la propria responsabilità per un illecito punito con sanzioni amministrative di natura "punitiva".

#### 3. La Corte di Cassazione.

Alcune recenti decisioni della Corte di Cassazione dimostrano il suo convinto allineamento alla prospettiva tracciata dalla Corte costituzionale con le sentenze citate nel paragrafo precedente.

Due esempi per tutti.

La sentenza 45829/2018 della quinta sezione penale si è confrontata con il consueto tema della duplicazione di procedimenti in relazione ad una fattispecie di manipolazione del mercato la quale, come noto, è rilevante sia penalmente (art. 185 TUF) sia amministrativamente (art. 187-ter TUF)<sup>19</sup>.

Il collegio ha riconosciuto che «la nozione di "illecito amministrativo di natura sostanzialmente penale" è ormai considerata diritto vivente ed è recepita dalla Giurisprudenza delle Corti Europee e da quella di questa Corte di legittimità, che sovente si sono cimentate con la questione del doppio binario sanzionatorio e del conseguente problema della violazione del divieto di bis in idem, cioè della possibilità di sanzionare attraverso procedure parallele lo stesso fatto due volte con provvedimenti, uno di natura penale e l'altro solo formalmente amministrativo ma, per la sua portata afflittiva, di natura penale».

È seguita, nella sentenza in esame, la citazione della sentenza A. e B. la cui analisi ha consentito di concludere che

«l'essenziale novità rispetto al precedente orientamento è individuabile nella considerazione che, secondo la pronuncia, i due procedimenti non solo possono iniziare ma anche concludersi, mutando in tal modo profondamente la natura del *ne bis in idem* convenzionale, che varia da principio eminentemente processuale del divieto del doppio processo, ancor prima che della doppia sanzione sostanzialmente penale, a garanzia di tipo sostanziale. Infatti, **purché la risposta sanzionatoria**, derivante dal cumulo delle due pene inflitte nei diversi procedimenti, **sia complessivamente proporzionata alla gravità del fatto e** 

<sup>&</sup>lt;sup>19</sup> La sentenza è rintracciabile sul sito web istituzionale della Corte di Cassazione, a questo link.



**prevedibile, nulla vieta** ai legislatori nazionali di predisporre un **doppio binario sanzionatorio** ed alle Autorità preposte di percorrerlo fino alla decisione».

La ricognizione è stata inoltre estesa al panorama interno e dunque alla giurisprudenza sia costituzionale che di legittimità, permettendo al collegio di accertare, e valorizzare a sua volta, una significativa convergenza nell'apprezzamento verso la svolta della Corte di Strasburgo, ritenuta idonea ad assicurare «un giusto contemperamento di interessi tra le esigenze repressive dello Stato nazionale verso fatti illeciti di notevole disvalore sociale e le garanzie individuali» e verosimilmente concepita «allo scopo di mitigare gli effetti dell'applicazione del divieto di *bis in idem* processuale, come sancito dalla sentenza Grande Stevens, ritenuto troppo rigido e che aveva provocato difficoltà applicative negli Stati membri».

Tracciate queste coordinate, la Corte ha rilevato, in adesione alla decisione Garlsson della CGUE, che l'art. 187-terdecies TUF, pur limitando la sanzione pecuniaria penale alla parte eccedente quella già riscossa in sede amministrativa, è comunque inidoneo ad assicurare l'equità complessiva del trattamento sanzionatorio perché attribuisce al giudice i poteri che sarebbero necessari a tal fine. Il problema può essere tuttavia ugualmente risolto facendo riferimento all'art. 133 c.p. e al dovere ivi imposto al giudice di commisurare la pena alla gravità del fatto commesso, in linea col principio di legalità della pena che esige, a pena di violazione del divieto di *bis in idem* il rispetto del criterio di proporzionalità e la considerazione di tutte le circostanze della fattispecie concreta.

#### La Corte si è poi chiesta se il

«giudizio di proporzionalità delle sanzioni irrogate nell'ambito dei separati procedimenti costituisca una valutazione di esclusiva competenza del giudice di merito ovvero possa essere effettuata anche in sede di legittimità»

#### ed ha ritenuto che

«in tema di abusi di mercato, come disciplinati dal Tuf, la Corte di Cassazione può valutare la proporzionalità del cumulo sanzionatorio in applicazione dell'art. 620, comma 1, lett. I), cod. proc. pen., qualora non sia necessario procedere ad ulteriori accertamenti di fatto e facendo riferimento ai criteri di cui all'art. 133 cod. pen.».

#### La conclusione è stata che

«il principio affermato dalla sentenza Garlsson, secondo il quale l'art. 187 terdecies non garantisce che la severità dell'insieme delle sanzioni inflitte sia limitata a quanto strettamente necessario e proporzionato rispetto alla gravità del reato, non appare aderente alla peculiarità del caso in esame, caratterizzato da una significativa incidenza delle attività degli imputati sul prezzo del titolo anche a causa della sua protrazione per un lungo periodo, rispetto al disvalore dei quale, invece, la sola sanzione penale inflitta – stabilita in sostanza nel minimo sia per la pena della reclusione che della multa – non appare idonea a reprimere il delitto in maniera efficace, proporzionata e dissuasiva ed il trattamento sanzionatorio derivante dall'insieme delle pene in concreto applicate non risulta eccessivamente oneroso per i soggetti interessati».

La seconda pronuncia è la recentissima **sentenza 5679/2019**<sup>20</sup>, anch'essa della quinta sezione penale, di cui si riportano i passaggi più significativi in tema di proporzionalità:

<sup>&</sup>lt;sup>20</sup> La sentenza è rintracciabile sul sito *web* istituzionale della Corte di Cassazione, a questo *link*.



«con riferimento poi all'ambito decisorio ed al percorso metodologico del Giudice nazionale nel valutare la proporzionalità, sia la sentenza Chiarion Casoni che la sentenza Franconi hanno richiamato i parametri commisurativi di cui all'art. 133 cod. pen. quale norma generale idonea a consentire la tenuta del doppio sistema sanzionatorio sotto il profilo, appunto, della proporzionalità; la disposizione in discorso naturalmente vedrà allargato l'ambito applicativo, che, per un verso, deve essere esteso al trattamento sanzionatorio inteso come comprensivo anche della sanzione formalmente amministrativa e, per altro verso, deve investire il fatto commesso nei diversi aspetti propri dei due illeciti (quello penale e quello formalmente amministrativo)»; «dopo le sentenze Menci e Garlsson Real Estate, è chiaro, infatti, che il doppio binario sanzionatorio in materia di manipolazione di mercato non è violativo, ex se, dell'art. 50 CDFUE, ma che occorre valutare, in ultima analisi, se le sanzioni oggetto del cumulo siano, rispetto alla fattispecie concreta, proporzionate alla gravità del fatto commesso e che, solo in caso di sproporzione, può discutersi della necessità di prosciogliere l'imputato per bis in idem – nei casi limite – ovvero di rimodulare la risposta sanzionatoria», e in tema di applicabilità del ne bis in idem convenzionale: «occorre passare al vaglio del segmento del secondo motivo di ricorso che concerne l'invocata applicazione analogica, in tesi convenzionalmente orientata, dell'art. 649 cod. proc. pen. anche alla materia dei rapporti tra illecito amministrativo (sostanzialmente penale) e illecito formalmente penale che dovrebbe condurre – sostiene il ricorrente – ad un proscioglimento di E. per bis in idem e sulla cui sorte, al contrario, pesano notevolmente le osservazioni già sviluppate circa la compatibilità convenzionale del sistema del doppio binario come applicato all'odierno ricorrente. A tale riguardo, va ricordato che già nell'ordinanza n. 1782 del 2015 di questa sezione (con interpretazione seguita poi dalla terza sezione, con sentenza n. 25815 del 21/04/2016), si era sancito il condivisibile principio dell'impossibilità di un'applicazione analogica della norma in discorso rispetto ai provvedimenti emessi all'esito di procedimenti solo sostanzialmente penali. Ebbene, tale conclusione oggi trova conforto nella giurisprudenza convenzionale (e riscontro in quella della Corte di Lussemburgo) e nell'interpretazione che anche la Consulta e questa Corte ne hanno fornito, come sopra ricordate, il che conduce ad una rapida smentita dell'assunto del ricorrente. A questo proposito va infatti osservato che, giacché, come sostenuto anche dalla Corte Costituzionale nella sentenza n. 43 del 2018, la sentenza A e B contro Norvegia ha indubbiamente ridimensionato la rigidità della giurisprudenza precedente della Corte EDU sul doppio binario sanzionatorio, ne consegue che - essendo significativamente mutati i riferimenti esegetici - non è quella predicata dal ricorrente la corretta interpretazione convenzionalmente orientata dell'art. 649 cod. proc. pen. che oggi potrebbe invocarsi. È da escludere, infatti, sulla scorta delle riflessioni già svolte cui si rinvia, che vi possa essere implicazione automatica alcuna tra convergenza sullo stesso fatto delle due sanzioni e l'epilogo auspicato da E., vale a dire l'improcedibilità e della fattispecie penale oggi sub iudice, dovendo invece esservi una verifica concreta rispetto ai parametri individuati dalla Corte EDU, secondo lo schema già sopra adoperato, verifica che nel caso di specie ha condotto all'esclusione di un contrasto del doppio binario sanzionatorio con l'art. 4, prot. 7, CEDU. La risposta alle altre doglianze - la censura concernente l'applicazione diretta dell'art. 4, prot. 7 CEDU e l'eccezione di illegittimità costituzionale dell'art. 649 cod. proc. pen. per violazione dell'art. 117, comma 1, Cost. in relazione alla norma convenzionale suddetta – fonda su analoghe considerazioni che pure, richiamando la premessa teorica sopra enunciata, possono essere sviluppate in poche battute. Quanto al tema dell'applicazione diretta dell'art. 4, prot. 7, CEDU – tralasciando le questioni sulla sua effettiva praticabilità e sull'esistenza di uno spazio giuridicamente vuoto in cui essa potrebbe inserirsi, agitate dal ricorrente - le considerazioni sopra articolate circa la rispondenza ai criteri enucleati dalla Corte EDU in A e B contro Norvegia del doppio binario sanzionatorio applicato al caso E. e quelle sviluppate in punto di proporzionalità del complesso sanzionatorio privano di significato la doglianza, evidenziando che non vi è alcuna violazione della norma convenzionale paventata dal ricorrente che possa emergere in questa sede».



# 4. La giurisprudenza di merito: un esempio.

Un rapidissimo sguardo alla giurisprudenza di merito permette di affermare che anche a questo livello il *revirement* della Corte EDU con la sentenza A. e B. c. Norvegia è stato accolto senza contestazioni.

Si cita, per tutte, un'ordinanza del 6 dicembre 2016 del Tribunale di Milano<sup>21</sup> in cui si afferma che

«dall'attuale quadro normativo europeo, particolarmente il Considerando n. 8 della Direttiva UE 2014/57 (MAD 1), emerge con chiarezza che l'introduzione da parte degli Stati membri di sanzioni penali almeno per i più gravi reati di abusi di mercato è essenziale per attuare in materia la politica dell'Unione. A sua volta, il Considerando n. 72 del Regolamento UE 596/2014 (MAR) statuisce che gli Stati membri, oltre a sanzioni penali, possono prevedere anche sanzioni amministrative per le stesse infrazioni: dunque, obbligo di sanzioni penali, facoltà di sanzioni amministrative. La duplicità di sanzioni non trova ostacolo nella giurisprudenza dei giudici europei dei diritti umani che, nella sua più recente espressione (Corte EDU, Grande camera, 15 novembre 2016, A e B c. Norvegia, con il solo dissenso del giudice Pinto de Albuquerque), ha considerevolmente ridotto la portata del divieto di bis in idem come definita nella precedente sentenza Grande Stevens c. Italia, valorizzando il criterio di una "close connection in time and substance" tra i procedimenti. Tale criterio, se esistente, consente di considerarli parti di "un sistema integrato che permette di affrontare i diversi aspetti dell'illecito in maniera prevedibile e proporzionata, nel quadro di una strategia unitaria" e quindi di escludere la violazione dell'art. 4 del Protocollo 7 CEDU. È quindi legittima la celebrazione di un processo penale avente ad oggetto l'imputazione di abuso di informazioni privilegiate, anche se gli imputati siano stati in precedenza sanzionati amministrativamente dalla CONSOB per i medesimi fatti e non vi sono le condizioni per un rinvio pregiudiziale alla CGUE allo scopo di valutare la compatibilità del complessivo sistema sanzionatorio interno in materia con l'art. 50 CDFUE».

#### 5. La nozione di "materia penale" nella giurisprudenza nazionale.

Il complesso degli indirizzi giurisprudenziali fin qui esposti permette di comprendere a quali condizioni gli interpreti sono disposti a riconoscere la natura penale di un istituto e la necessità di accordare talune garanzie a chi potrebbe subirne gli effetti.

Emerge al tempo stesso un distinguo che la giurisprudenza italiana, senza eccezioni, considera ineludibile.

Solo gli istituti formalmente penali accedono con pienezza allo statuto proprio della pena: l'irretroattività della legge penale (art. 25, comma 2, Cost.), la personalità della responsabilità penale e il finalismo rieducativo della pena (art. 27 Cost.), le regole sul giusto processo (art. 111, commi 3/5, Cost.), l'obbligatorietà dell'esercizio dell'azione penale (art. 112 Cost.), nonché le ulteriori prerogative contenute nella parte propriamente penalistica dell'art. 6 CEDU, nell'art. 7 della stessa fonte e negli artt. 2 e 4 del suo Protocollo aggiuntivo n. 7 (si confronti sul punto Corte costituzionale, sentenza 68/2017)<sup>22</sup>.

Per contro, solo alcune di queste garanzie si attagliano agli illeciti sostanzialmente penali senza però che, in virtù di questa parziale concessione, gli illeciti amministrativi si

<sup>&</sup>lt;sup>21</sup> Si rinvia per un commento a **E. Fusco**, *La tutela del mercato finanziario tra normativa comunitaria, ne bis in idem e legislazione interna*, in *Diritto penale contemporaneo*, 23 dicembre 2016, pubblicato unitamente al testo dell'ordinanza citata.

<sup>&</sup>lt;sup>22</sup> La sentenza è rintracciabile sul sito *web* istituzionale della Consulta, a questo *link*.



# trasformino in reati, le sanzioni amministrative in pene, i procedimenti amministrativi in procedimenti penali.

Soccorre ancora una volta la giurisprudenza costituzionale, di cui è chiarissimo esempio la **sentenza 43/2017**.<sup>23</sup>

La Consulta, sollecitata nel caso di specie a verificare la sospetta incostituzionalità dell'art. 30, comma 4, l. 87/1953 (cioè la disposizione che impedisce l'esecuzione di una sanzione penale quando la norma che l'ha istituita sia stata dichiarata costituzionalmente illegittima o comunque invalida), nella parte in cui non prevede che tale effetto sia esteso anche alle sanzioni amministrative sostanzialmente penali, ha dichiarato infondata la questione.

#### La Corte ha ritenuto anzitutto necessario

«verificare se nella giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo sia reperibile un principio analogo a quello previsto dall'art. 30, quarto comma, della legge n. 87 del 1953, volto a precludere l'esecuzione di una sanzione sostanzialmente penale, anche se inflitta con sentenza irrevocabile, qualora la norma che la prevedeva sia stata dichiarata costituzionalmente illegittima o altrimenti invalida *ex tunc*»,

#### per poi rilevare che

«nella giurisprudenza della Corte europea non si rinviene, allo stato, alcuna affermazione che esplicitamente o implicitamente possa avvalorare l'interpretazione dell'art. 7 della CEDU nel significato elaborato dal giudice rimettente, tale da esigere che gli Stati aderenti sacrifichino il principio dell'intangibilità del giudicato nel caso di sanzioni amministrative inflitte sulla base di norme successivamente dichiarate costituzionalmente illegittime. Ne consegue la non fondatezza della denunciata violazione degli obblighi internazionali, di cui all'art. 117, primo comma, Cost.».

#### La motivazione si è spinta più oltre:

«la questione non è fondata neppure in riferimento agli artt. 25, secondo comma, e 3 Cost. L'intervento additivo richiesto dal giudice rimettente di estendere la portata applicativa della disposizione censurata anche alle ipotesi di sanzioni che, seppur qualificate come amministrative dal diritto interno, assumono natura convenzionalmente penale, poggia su un erroneo presupposto: ossia, che le garanzie previste dal diritto interno per la pena – tra le quali lo stesso art. 30, quarto comma, della legge n. 87 del 1953 nell'interpretazione consolidatasi nel diritto vivente – debbano valere anche per le sanzioni amministrative, qualora esse siano qualificabili come sostanzialmente penali ai (soli) fini dell'ordinamento convenzionale. Viceversa, come si è detto poco sopra, l'ordinamento nazionale può apprestare garanzie ulteriori rispetto a quelle convenzionali, riservandole alle sole sanzioni penali, così come qualificate dall'ordinamento interno. In tale contesto di coesistenza, e non di assimilazione, tra le garanzie interne e quelle convenzionali, si pone dunque la peculiare tutela di cui all'art. 30, quarto comma, della legge n. 87 del 1953, e la sua applicazione alle sole ipotesi di sopravvenuta dichiarazione di incostituzionalità di norme penali, e non anche di norme amministrative».

$\mathbf{T}^{-1}$		_	_	
Ed	an	CO	7)1	rai

<sup>&</sup>lt;sup>23</sup> La sentenza è rintracciabile sul sito *web* istituzionale della Consulta, a questo *link*.



«l'attrazione di una sanzione amministrativa nell'ambito della materia penale in virtù dei menzionati criteri trascina, dunque, con sé tutte e soltanto le garanzie previste dalle pertinenti disposizioni della Convenzione, come elaborate dalla Corte di Strasburgo. Rimane, invece, nel margine di apprezzamento di cui gode ciascuno Stato aderente la definizione dell'ambito di applicazione delle ulteriori tutele predisposte dal diritto nazionale, in sé e per sé valevoli per i soli precetti e le sole sanzioni che l'ordinamento interno considera espressione della potestà punitiva dello Stato, secondo i propri criteri. Ciò, del resto, corrisponde alla natura della Convenzione europea e del sistema di garanzie da essa approntato, volto a garantire una soglia minima di tutela comune, in funzione sussidiaria rispetto alle garanzie assicurate dalle Costituzioni nazionali. Detto diversamente, ciò che per la giurisprudenza europea ha natura "penale" deve essere assistito dalle garanzie che la stessa ha elaborato per la "materia penale"; mentre solo ciò che è penale per l'ordinamento nazionale beneficia degli ulteriori presidi rinvenibili nella legislazione interna».

# La stessa decisione aggiunge che

«è pur vero che questa Corte ha, occasionalmente (sentenze n. 104 del 2014, n. 196 del 2010, richiamate dalla recente n. 276 del 2016), riferito il parametro di cui all'art. 25, secondo comma, Cost. anche a misure sanzionatorie diverse dalle pene in senso stretto. Ma lo ha fatto limitatamente al contenuto essenziale del richiamato precetto costituzionale, in virtù del quale una misura "è applicabile soltanto se la legge che la prevede risulti già vigente al momento della commissione del fatto sanzionato" (sentenza n. 276 del 2016), e in riferimento a misure amministrative incidenti su libertà fondamentali che coinvolgono anche i diritti politici del cittadino. Diverso è il problema, posto dalla odierna ordinanza di rimessione, dell'applicabilità alle sanzioni amministrative di tutte le garanzie previste dalla legge per le sanzioni penali. Nulla impedisce al legislatore di riservare alcune garanzie, come quelle previste dall'art. 30, quarto comma, della legge n. 87 del 1953, al nucleo più incisivo del diritto sanzionatorio, rappresentato dal diritto penale, qualificato come tale dall'ordinamento interno. Sotto questo profilo deve, infatti, ricordarsi che questa Corte ha, anche di recente, ribadito "l'autonomia dell'illecito amministrativo dal diritto penale" (sentenza n. 49 del 2015), considerando legittima la mancata estensione agli illeciti amministrativi di taluni principi operanti nel diritto penale, sulla considerazione che "[t]ali scelte costituiscono espressione della discrezionalità del legislatore nel configurare il trattamento sanzionatorio per gli illeciti amministrativi" (sentenza n. 193 del 2016). La qualificazione degli illeciti e la conseguente sfera delle garanzie, circoscritta ad alcuni settori dell'ordinamento ed esclusa per altri, risponde, dunque, a "scelte di politica legislativa in ordine all'efficacia dissuasiva della sanzione, modulate in funzione della natura degli interessi tutelati" (sentenza n. 193 del 2016), sindacabili da questa Corte solo laddove trasmodino nella manifesta irragionevolezza o nell'arbitrio».

Si può adesso provare a riassumere i punti fermi allo stato attuale del dibattito giurisprudenziale interno.

Il primo: il riconoscimento della natura punitiva di un istituto non penale gli associa garanzie tipiche degli istituti penali ma non ne snatura l'essenza e non priva il legislatore del monopolio che la Costituzione gli attribuisce in materia penale.

Il secondo: in presenza di un istituto sostanzialmente ma non formalmente penale, i presidi garantistici propri dell'ordinamento interno e della CEDU non si fondono e non possono essere assimilati ma sono invece destinati a coesistere all'insegna della massimizzazione delle tutele.

Il terzo: il legislatore può decidere di riservare talune garanzie ai soli istituti formalmente penali senza che l'esercizio di questo potere discrezionale sia costituzionalmente censurabile.



L'insieme di queste caratteristiche— è arrivato il momento di sottolinearlo — è la causa diretta di incertezze di ogni tipo quanto alla nozione di "materia penale".

Per i giudici europei dei diritti umani vi rientra legittimamente ogni istituto, a prescindere dalla sua qualificazione formale, capace di incidere in modo afflittivo e grave nella sfera giuridica del destinatario. Al riconoscimento di questa capacità consegue la doverosità dell'applicazione delle garanzie convenzionali, sia sostanziali che processuali.

Per la nostra giurisprudenza, invece, fanno parte della materia penale solo gli istituti formalmente penali e solo ad essi è riconosciuta pienezza di tutela. Per contro, agli istituti di natura sostanzialmente penale si possono associare solo alcune garanzie ma non, ad esempio, quelle desumibili dall'art. 27 Cost.

Resta da chiedersi, stando così le cose, come possa credibilmente parlarsi di coesistenza dei sistemi garantistici propri della nostra legalità formale e della legalità convenzionale delineata dalla Corte di Strasburgo e come possa sostenersi plausibilmente che questa coesistenza assicuri la massimizzazione delle tutele.

Più chiaramente: il monopolio legislativo in tema di norme penali è certamente una garanzia di per se stesso considerato poiché protegge i consociati dal duplice rischio di una proliferazione incontrollata di precetti sanzionati penalmente; cessa tuttavia di essere tale se alla lex parlamentaria si attribuisce contemporaneamente il potere, anch'esso monopolistico, di definire ciò che è pena e di attribuire solo ad essa la pienezza delle tutele di fonte costituzionale; pare infatti che in questo modo non si scongiuri affatto la "truffa delle etichette" che pure si afferma di voler smascherare; senza contare che la legalità convenzionale, come da ultimo calibrata dalla Corte EDU con la sentenza A. e B. c. Norvegia, ha reso assai arduo associare alla materia penale uno dei suoi più efficaci baluardi, cioè la possibilità di ravvisare la violazione del ne bis in idem ogni qualvolta la stessa condotta sia perseguibile con una pluralità di sanzioni.

Così come bisognerà pur riflettere sulla più recente giurisprudenza costituzionale che dà l'impressione di una monodirezionalità senza precedenti.

La rassegna condotta nei paragrafi precedenti dimostra che la Consulta sta concentrando la sua attenzione sul doppio binario punitivo adottato dal TUF.

Le risposte sanzionatorie previste per le condotte di abuso di informazioni privilegiate e manipolazione del mercato e le norme di contorno stanno perdendo progressivamente pezzi, come si è visto, per via di ripetute dichiarazioni di incostituzionalità e non è mancata una domanda pregiudiziale alla CGUE allo scopo di stimolare una richiesta di chiarimenti sul diritto al silenzio dei destinatari di procedure finalizzate all'applicazione di sanzioni amministrative, diritto che – in modo piuttosto esplicito – la Corte costituzionale si aspetta venga riconosciuto.

Sono in parte comprensibili le ragioni di una così vistosa focalizzazione: le persone che subiscono procedimenti in applicazione del TUF hanno mediamente i mezzi e la consapevolezza personale per attivare reazioni difensive della massima efficacia, ivi compresa la richiesta di una presa di posizione del giudice delle leggi.

Ma ugualmente si fatica a comprendere perché il TUF, quasi solo il TUF, sia il campo d'esplorazione prediletto come se mancassero nel nostro ordinamento altri ambiti da monitorare e altre disposizioni normative che consentono cumuli sanzionatori e sproporzioni applicative ben



più gravi e irreversibili e infliggono lesioni a beni che nella piramide valoriale propria del nostro ordinamento dovrebbero essere collocati assai più in alto del patrimonio degli *insiders* e dei manipolatori del mercato.

È parimenti priva di giustificazioni adeguate, questa volta secondo una logica tutta interna al nostro principio di legalità formale e senza quindi bisogno di tirare in ballo la legalità convenzionale, la mancanza o la rarefazione di occasioni di verifica del crescente ricorso alla pena propriamente detta come mezzo privilegiato di risoluzione di emergenze sociali vere o presunte e sulla progressiva e inarrestabile tendenza all'inasprimento del trattamento sanzionatorio di fattispecie esistenti, in misura tale da suggerire cambiamenti già in atto di quella piramide valoriale cui si accennava.

Se infatti, come è di recente avvenuto, la pena per il delitto di scambio elettorale politico – mafioso, ove ricorra l'aggravante a effetto speciale connessa all'avvenuta elezione, viene portata nel massimo a 22 anni e sei mesi di reclusione, bisogna desumerne un chiaro messaggio del legislatore: la piramide è cambiata e farsi eleggere con i voti della mafia è comportamento di gravità analoga all'omicidio.

È solo un esempio cui seguirà nei prossimi paragrafi qualcuno dei casi che si ritiene meriterebbero almeno un po' di quella speciale attenzione che i giudici rimettenti e la Consulta hanno finora riservato al TUF.

#### 6. La casistica.

# 6.1. Quello di cui si è parlato...

Occorre adesso mettere meglio a fuoco, al di là delle sanzioni amministrative di cui si è ampiamente detto, gli istituti e i settori normativi sui quali i giudici interni e sovranazionali hanno avuto occasione di pronunciarsi ai fini della loro eventuale inclusione nella materia penale.

La Corte EDU è stata sollecitata ad occuparsi anche di norme di diritto processuale.

Così è avvenuto con la sentenza **Scoppola c. Italia, 17 settembre 2009**<sup>24</sup>.

L'interessato, accusato di reati astrattamente punibili con la pena dell'ergastolo, aveva chiesto e ottenuto di essere giudicato secondo le forme del rito abbreviato in un periodo in cui, ai sensi dell'art. 442, comma 2, c.p.p., questa scelta comportava un'importante premialità: l'ergastolo era sostituito dalla pena di trent'anni di reclusione.

Fu questo in effetti l'esito del primo giudizio che fu definito dal GUP di Roma il 24 novembre 2000.

Tuttavia, il giorno stesso della sentenza di primo grado entrò in vigore il d.l. 341/2000 (successivamente convertito con l. 4/2001) il quale modificò l'art. 442 prevedendo che la pena dell'ergastolo con isolamento diurno fosse sostituita dall'ergastolo semplice nelle ipotesi di concorso di reati o di reato continuato.

<sup>&</sup>lt;sup>24</sup> La sentenza è consultabile a questo *link*.



La decisione fu pertanto impugnata ad iniziativa della pubblica accusa e il giudice di secondo grado la riformò condannando l'interessato all'ergastolo, pena poi divenuta definitiva in seguito al rigetto del suo ricorso per cassazione.

Lo Scoppola adì la Corte di Strasburgo la quale, con la sentenza citata, attribuì natura di norma penale sostanziale alla disposizione dell'art. 442 con la conseguente applicazione della garanzia prevista dall'ultimo periodo dell'art. 7, comma 1, CEDU, secondo il quale nessuno può essere punito con una pena più grave di quella applicabile al momento della commissione del fatto (o di quella più favorevole introdotta successivamente).

La Corte di Cassazione, successivamente adita dall'interessato, accolse il ricorso e rideterminò la pena, ripristinando quella detentiva temporanea (Cass. pen. Sez. 5, 16507/2010).

Si pose di conseguenza la questione dei cosiddetti "figli di un Dio minore", cioè coloro che si erano venuti a trovare nella medesima condizione del Sig. Scoppola ma non avevano adito la Corte EDU.

La soluzione, sollecitata dalle Sezioni unite penali della Corte di Cassazione, è stata risolta dalla Corte costituzionale con la **sentenza 210/2013** che, accogliendo la tesi dei giudici di Strasburgo circa la natura di norma penale sostanziale dell'art. 442, comma 2, c.p.p., ha annullato le disposizioni del d.l. 314/2000 che permettevano la retroattività del trattamento sanzionatorio più sfavorevole.

È sfumata invece l'occasione, per la rinuncia al ricorso dell'interessato, l'ex parlamentare Silvio Berlusconi, di avere una pronuncia della Corte EDU sulla natura da attribuire alle **limitazioni del diritto di elettorato passivo** introdotte dal d. lgs. 235/2012 (cosiddetto decreto Severino dal nome del Guardasigilli pro-tempore) e sull'estensione della loro applicabilità anche in relazione a sentenze di condanna emesse dopo l'entrata in vigore del provvedimento ma inerenti a fatti precedenti.

Si può comunque contare sulla **sentenza 276/2016** della Corte costituzionale<sup>25</sup> la quale, richiamandosi anche alla giurisprudenza di Strasburgo, ha chiarito che

«il principio di irretroattività valido per le pene e per le misure amministrative di carattere punitivo-afflittivo non è predicabile nei confronti delle disposizioni censurate, per la natura non punitiva di quanto in esse previsto [...] rappresentando esse solo "conseguenze del venir meno di un requisito soggettivo per l'accesso alle cariche considerate" [...] dal quadro delle garanzie apprestate dalla CEDU come interpretate dalla Corte di Strasburgo non è ricavabile un vincolo ad assoggettare una misura amministrativa cautelare, quale la sospensione dalle cariche elettive in conseguenza di una condanna penale non definitiva, al divieto convenzionale di retroattività della legge penale. Mentre è compatibile con quel quadro la soluzione adottata dal legislatore italiano con la finalità di evitare che la permanenza in carica di chi sia stato condannato anche in via non definitiva per determinati reati che offendono la pubblica amministrazione [possa] comunque incidere sugli interessi costituzionali protetti dall'art. 97, secondo comma, Cost., che affida al legislatore il compito di organizzare i pubblici uffici in modo che siano garantiti il buon andamento e l'imparzialità dell'amministrazione, e dall'art. 54, secondo comma, Cost., che impone ai cittadini cui sono affidate funzioni pubbliche "il dovere di adempierle con disciplina ed onore" (sentenza n. 236 del 2015)».

<sup>&</sup>lt;sup>25</sup> La sentenza è rintracciabile sul sito *web* istituzionale della Consulta, a questo *link*.



Plurime pronunce della Corte EDU si sono poi occupate delle **misure di prevenzione**, **sia personali che patrimoniali** ed hanno costantemente escluso la loro appartenenza alla materia penale.

Si segnala da ultimo la nota sentenza **De Tommaso c. Italia, 23 febbraio 2017**<sup>26</sup>, che non si è discostata da questo consolidato indirizzo. Vale la pena ricordare che il giudice Pinto de Albuquerque (ed assieme a lui anche altri componenti della Corte) ha anche in questo caso espresso un'indignata opinione dissenziente, sostenendo di considerare le misure in esame come una

«serie di misure penali draconiane, che costituiscono un reliquato superato di strutture giuridiche liberticide, e che sono, alla luce delle condizioni attuali, totalmente in conflitto con lo stato di diritto intrinseco in uno Stato democratico, il diritto alla libertà e i requisiti fondamentali di un equo e pubblico processo, sanciti dagli articoli 5 e 6 della Convenzione, per non parlare degli altri diritti e libertà fondamentali quali la libertà di riunione. La strada da seguire è chiara. Il legislatore italiano deve evidentemente trarre dalla presente sentenza tutte le conclusioni logiche in relazione al recente Decreto legislativo n. 159/2011, e prima lo fa meglio è».

Si segnala infine la sentenza 9184/2018 della seconda sezione penale della Cassazione<sup>27</sup> che ha riconosciuto natura sostanzialmente penale alla **misura disciplinare** dell'isolamento diurno per cinque giorni inflitta a un detenuto in esito ad un procedimento disciplinare condotto ai sensi dell'Ordinamento penitenziario.

# 6.2. ... e quello di cui non si è parlato.

Accanto agli istituti di cui si è detto nel precedente paragrafo, ve ne sono altri degni di nota, pur non essendo mai stati oggetto di un chiarimento giurisdizionale.

Se ne parlerà per sintesi e scegliendo, tra i tanti possibili, due casi emblematici.

Il primo di tali istituti è agevolmente identificabile nel cosiddetto danno punitivo.

Il relativo dibattito giurisprudenziale è stato recentemente rilanciato dalle Sezioni unite civili con la sentenza 16601/2017<sup>28</sup> in un caso in cui era in discussione la possibilità di dichiarare efficaci ed esecutive nell'ordinamento italiano tre decisioni, tutte attinenti alla medesima controversia civilistica, emesse dall'autorità giudiziaria statunitense.

Si assumeva tra l'altro nel ricorso che l'esecutività dovesse essere negata poiché le decisioni avevano liquidato anche danni di tipo punitivo.

Le Sezioni unite, pur escludendo che ricorresse tale evenienza, hanno comunque inteso prendere posizione sull'istituto e sulla sua compatibilità col nostro ordinamento.

Questi i passaggi salienti:

<sup>&</sup>lt;sup>26</sup> La sentenza è rintracciabile sul sito *web* istituzionale della Corte di Strasburgo, <u>a questo *link*</u>.

<sup>&</sup>lt;sup>27</sup> La sentenza è rintracciabile sul sito web istituzionale della Corte di Cassazione, <u>a questo link</u>.

<sup>&</sup>lt;sup>28</sup> La sentenza è rintracciabile sul sito *web* istituzionale della Corte di Cassazione, <u>a questo *link*</u>.



«già da qualche anno le Sezioni Unite (cfr. SU 9100/2015 in tema di responsabilità degli amministratori) hanno messo in luce che la funzione sanzionatoria del risarcimento del danno non è più incompatibile con i principi generali del nostro ordinamento, come una volta si riteneva, negli ultimi decenni sono state qua e là introdotte disposizioni volte a dare un connotato lato sensu sanzionatorio al risarcimento [...] In sintesi estrema può dirsi che accanto alla preponderante e primaria funzione compensativo riparatoria dell'istituto (che immancabilmente lambisce la deterrenza) è emersa una natura polifunzionale (un autore ha contato più di una decina di funzioni), che si proietta verso più aree, tra cui sicuramente principali sono quella preventiva (o deterrente o dissuasiva) e quella sanzionatorio-punitiva [...] Corte Cost. n.152 del 2016, investita di questione relativa all'art. 96 c.p.c. ha sancito la natura «non risarcitoria (o, comunque, non esclusivamente tale) e, più propriamente, sanzionatoria, con finalità deflattive» di questa disposizione e dell'abrogato art. 385 c.p.c. Vi è dunque un riscontro a livello costituzionale della cittadinanza nell'ordinamento di una concezione polifunzionale della responsabilità civile, la quale risponde soprattutto a un'esigenza di effettività (cfr. Corte Cost. 238/2014 e Cass. n. 21255/13) della tutela che in molti casi, della cui analisi la dottrina si è fatta carico, resterebbe sacrificata nell'angustia monofunzionale. Infine va segnalato che della possibilità per il legislatore nazionale di configurare "danni punitivi" come misura di contrasto della violazione del diritto eurounitario parla Cass., sez. un., 15 marzo 2016, n. 5072».

Segue la formulazione del principio di diritto:

«nel vigente ordinamento, alla responsabilità civile non è assegnato solo il compito di restaurare la sfera patrimoniale del soggetto che ha subito la lesione, poiché sono interne al sistema la funzione di deterrenza e quella sanzionatoria del responsabile civile. Non è quindi ontologicamente incompatibile con l'ordinamento italiano l'istituto di origine statunitense dei risarcimenti punitivi. Il riconoscimento di una sentenza straniera che contenga una pronuncia di tal genere deve però corrispondere alla condizione che essa sia stata resa nell'ordinamento straniero su basi normative che garantiscano la tipicità delle ipotesi di condanna, la prevedibilità della stessa ed i limiti quantitativi, dovendosi avere riguardo, in sede di delibazione, unicamente agli effetti dell'atto straniero e alla loro compatibilità con l'ordine pubblico».

Nell'opinione del nostro massimo organo nomofilattico, è dunque sufficiente per una delibazione positiva che la sentenza straniera abbia una base normativa nell'ordinamento dello Stato di provenienza la quale ne garantisca la corrispondenza a un tipo legale e che la condanna che contiene sia prevedibile e contenuta entro limiti accettabili.

Si potrebbe e forse dovrebbe discutere sull'accettabilità di questi striminziti requisiti ed anche sull'opportunità di formulare un principio di diritto così impegnativo senza che ve ne fosse le necessità processuale.

Non è questo che conta tuttavia.

Ciò che interessa in questa sede è che il giudice di legittimità ha ritenuto legittimo sbarazzarsi dell'"angustia monofunzionale" della responsabilità civile e assegnarle aggiuntivamente funzioni esplicitamente preventive e punitive.

Un altro esempio di tale genere è sicuramente identificabile nel danno all'immagine della pubblica amministrazione.

La sua attuale disciplina, configurata nell'ambito della responsabilità per danno erariale, è contenuta nell'art. 1 comma 1-sexies della 1. 20/1994 (come riformato dall'art. 1 comma 62 della 1. 190/2012) il quale stabilisce che «nel giudizio di responsabilità, l'entità del danno



all'immagine della pubblica amministrazione derivante dalla commissione di un reato contro la stessa pubblica amministrazione accertata con sentenza passata in giudicato si presume, salvo prova contraria, pari al doppio della somma di denaro o del valore patrimoniale di altra attività illecitamente percepita dal dipendente».

Si introduce in tal modo il cosiddetto criterio del duplo, fondato sulla presunzione, apparentemente *iuris tantum* ma quasi impossibile da contrastare alla luce dei più diffusi criteri di determinazione del danno, che la condotta del dipendente condannato per un reato contro la p.a. abbia prodotto un danno di entità doppia rispetto al valore economico dell'utilità illecitamente perseguita.

È esemplare la chiarezza definitoria delle Sezioni riunite in sede giurisdizionale della Corte dei Conti nella sentenza 8/2015<sup>29</sup>. Occorre, a loro avviso,

«cogliere alcuni tratti della **responsabilità per danno pubblico** che, pur rimanendo di chiara impronta civilistica, **partecipa di alcuni caratteri tipici della responsabilità penale** che è dominata da principi anche di matrice costituzionale. Ci si riferisce al **principio di legalità ed ai suoi corollari**: il primo, che trova la sua massima espressione nell'**art. 25 Cost.** e nell'**art. 7 della Carta Europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo**; i secondi (corollari), che ai fini che ne occupano hanno una certa rilevanza ed attengono ai **principi di tassatività, determinatezza (o cosiddetta "precisione") e al divieto di analogia** [...]. Si vuole solo ricordare la natura anche personale e sanzionatoria – e quindi afflittiva – della **responsabilità amministrativa**, e che la fattispecie di danno all'immagine della P.A. qui in rassegna è posta in **stretta correlazione con l'accertamento di reati accertati con sentenza irrevocabile**, con ciò anche **derogandosi al generale principio di separatezza** tra giudizio penale e giudizio contabile».

Parole inequivocabili che consegnano l'istituto in esame alla materia penale e scelgono una prospettiva – quella dell'estensione del principio costituzionale di legalità anche agli istituti non formalmente penali – ben più avanzata dell'altra seguita, come si è visto, dalla Corte costituzionale.

# 7. Conclusioni.

Si è provato a dimostrare che **la materia penale** e l'esigenza di definirla in modo preciso e quanto più possibile condiviso non dovrebbero riguardare soltanto la stretta cerchia dei comparatisti e degli osservatori del dialogo/scontro tra le Corti interne e quelle europee.

L'insieme di ciò che è costituito e applicato per scopi punitivi è materia viva e di interesse generale perché incide sulla carne viva degli esseri umani, su ciò che li definisce come tali, sul loro senso di sé e sull'opinione che ne hanno gli altri consociati.

È al tempo stesso, e purtroppo, materia oscura se lo si può intendere in così tanti modi e con così grande distanza tra un orientamento e l'altro, tra un'istanza giudiziaria e un'altra.

Un'oscurità – si è portati a pensare – che, se anche non voluta, è oltremodo vantaggiosa per l'innegabile tendenza contemporanea all'enfatizzazione delle pene, delle punizioni esemplari, del carcere come *prima ratio* cui si accompagna, drammaticamente e paradossalmente, l'ulteriore tendenza a ridurre e minimizzare le garanzie che dovrebbero essere assicurate a chi è chiamato a

<sup>&</sup>lt;sup>29</sup> La sentenza è consultabile a questo *link*.



mettere sul piatto la propria vita e le proprie libertà e a introdurre sanzioni di particolare asprezza sottraendole alla sede penale loro propria e immettendole in circuiti nei quali l'effettività del contraddittorio, della difesa, dell'equità del giudizio si abbassano oltre il livello di guardia.

Questi sono i fatti e se ne può solo narrare l'esistenza.

# **Bibliografia**

È ormai piuttosto corposa la letteratura giuridica sulla "materia penale", sui corollari che l'accompagnano e sul dibattito giurisprudenziale interno e sovranazionale. Se ne indica di seguito una piccola ma significativa rassegna.

- G. Amarelli, Legalità costituzionale, legalità convenzionale e diritto giurisprudenziale, in Criminal Justice Network, 16 dicembre 2018.
- M. Bertolino, *Il risarcimento del danno tra pretese riparatorio-compensative e istanze punitive del canone del diritto penale*, in *Diritto penale contemporaneo*, 20 maggio 2019
- S. Bissaro, *L'ambito di operatività del principio di legalità penale: i confini della materia penale, tra diritto nazionale e diritto europeo*, in *Gruppodipisa.it*, 22 settembre 2017.
- M. D'Amico, Corte costituzionale e discrezionalità del legislatore in materia penale, in Rivista AIC, 4/2016.
- M. Gambardella, Il caso Scoppola: per la Corte europea l'art. 7 CEDU garantisce anche il principio di retroattività della legge penale più favorevole, in Cass. Pen., 5/2010, pp. 2026 ss.
- G. Gatta, La "materia penale" oltre oceano: una storica sentenza della Corte suprema U.S.A. innalza lo standard di tutela delle garanzie fondamentali correlata all'espulsione dello straniero, in Diritto penale contemporaneo, 7 maggio 2018.
- M. Mancini, La "materia penale" negli orientamenti della Corte EDU e della Corte costituzionale, con particolare riguardo alle misure limitative dell'elettorato passivo, in Federalismi.it Focus Human Rights, n. 1/2018.
- V. Manes, Common law-isation del diritto penale? Trasformazioni del nullum crimen e sfide prossime future, in Cass. Pen., 3/2017, pp. 955 ss.
- L. Masera, La nozione costituzionale di materia penale, Giappichelli editore, 2018.
- A. Massaro, Europeizzazione del diritto penale e razionalizzazione del sistema sanzionatorio: il superamento dei "doppi binari" nazionali nel segno sostanzialistico funzionale della "materia penale", in Diritto penale contemporaneo, 15 luglio 2015.
- F. Mazzacuva, *Le pene nascoste. Topografia delle sanzioni punitive e modulazione dello statuto garantistico*, Giappichelli, 2017 (in particolare, p. 148 sulla natura punitiva dell'istituto del danno all'immagine della p.a.).



- F. Mazzacuva, *La materia penale e il "doppio binario" della Corte europea: le garanzie al di là delle apparenze*, in *Riv. It. Dir. Proc. Pen.*, 4/2013, pp. 1899 ss.
- F. Palazzo, Principio di legalità penale e giustizia penale, in Cass. Pen., 7-8/2016, pp. 2695 ss.
- C. Salvi, *Risarcimento ultrariparatorio* (*Funzioni della responsabilità civile*), in *Le parole del diritto*. *Scritti in onore di Carlo Castronovo*, Jovene, 2018, III (si veda, in particolare, p. 1823 laddove l'Autore stigmatizza «l'eccesso di funzione sanzionatoria» proprio dell'istituto del danno non patrimoniale e l'assenza «delle garanzie che sul piano del procedimento e soprattutto dell'entità della sanzione circondano l'esercizio della funzione punitiva dello Stato»).
- L. Santa Maria, <u>Pronti ... via! Perché è necessaria una svolta. Seconda parte</u>, in questa rivista, 22 maggio 2019 (in particolare, pp. 3 ss. sugli orientamenti della Consulta in materia di doppio binario e sulla particolare attenzione riservata al TUF).
- F. Viganò, L'impatto della CEDU e dei suoi protocolli sul sistema penale italiano, in AA.VV., Corte di Strasburgo e giustizia penale, a cura di G. Ubertis, F. Viganò, Torino, 2016.
- F. Viganò, *Il nullum crimen conteso: legalità 'costituzionale' vs. legalità 'convenzionale'*, in *Diritto penale contemporaneo*, 5 aprile 2017.
- V. Zagrebelsky, *La Convenzione europea dei diritti dell'uomo e il principio di legalità penale*, in AA.VV., *La Convenzione europea dei diritti dell'uomo nell'ordinamento penale italiano*, a cura di V. Manes, V. Zagrebelsky, Giuffrè, 2011.
- N. Zanon, Matière pénale e principio di legalità nella giurisprudenza costituzionale, in AA.VV., Principio di legalità penale e diritto costituzionale. Problematiche attuali, a cura di I. Pellizzone, Giuffrè, 2017.



Riflessione

# Sessualità dipendente, relazioni e reati sessuali: la paura di sé e dell'altro

Intervento psicoterapeutico breve di gruppo per detenuti sex offenders presso la Casa Circondariale Torre del Gallo di Pavia

Sexual addiction, relations and sex crimes: the fear of oneself and of the other

Short group psychotherapeutic intervention addressed to sex offenders inmates of the Torre del Gallo detention centre in Pavia

di Daniela Barbini\* e Annalisa Pistuddi\*\*

**Abstract.** Questo lavoro descrive il progetto effettuato con un gruppo di detenuti sex offenders e mette in luce il risultato di avere contribuito, attraverso un lavoro psicologico di gruppo, a migliorare la comunicazione delle emozioni di ciascun partecipante.

**Abstract.** This work describes a project made by a group of sex offenders detainee and shows how a psychologycal work-group have helped to improve the communication and the emotional competence of all the participants.

<sup>\*\*</sup>Psicologa Psicoterapeuta, Vice Presidente AIRS (Associazione Italiana per la Ricerca in Sessuologia), Dipartimento Salute Mentale e Dipendenze ASST "Melegnano e Martesana" (MI).



<sup>\*</sup> Psicologa Psicoterapeuta, Criminologa, esperta ex art. 80 o.p., consulente Dipartimento Salute Mentale e Dipendenze ASST "Santi



SOMMARIO: 1. Introduzione. – 2. Il progetto "Attività Espressiva" come funzione comunicativa non basata sulla parola. – 3. Materiali e metodi impiegati nel progetto. – 4. Obiettivi previsti nella progettazione dell'intervento. – 5. Caratteristiche degli utenti afferenti al progetto. – 6. Risultati clinici e considerazioni.

SUMMARY: 1. Introduction. -2. The "Attività Espressiva" project as a non-verbal communication tool. -3. Materials and methods used within the project. -4. Targets set out in the planning of the intervention. -5. Characteristics of the project participants. -6. Clinical results and considerations.

#### 1. Introduzione.

Il presente lavoro ha come scopo quello di rielaborare l'esperienza effettuata da ottobre 2011 a gennaio 2012 presso la Casa Circondariale "Torre del Gallo" di Pavia, in Lombardia, con soggetti detenuti presso il "raggio protetti".

Il progetto che abbiamo denominato "Attività espressiva" è rientrato nel Documento Unico di Programmazione del 2011<sup>2</sup>, ed è durato 4 mesi per un totale di 9 incontri di gruppo.

Al momento dello svolgimento del progetto erano presenti nel suddetto istituto penitenziario 54 detenuti nella sezione "protetta", su una popolazione totale di 505 persone ristrette. Nel 2013, poi, la C.C. di Pavia ha inaugurato un intero padiglione, denominato "C", dedicato all'ubicazione dei "protetti" e al trattamento dei *sex offenders*, nel quale sono stati via via fatti confluire questa tipologia di detenuti dalle altre carceri della Lombardia, per un totale che oggi (vale a dire nel settembre 2019) ammonta a 328 persone; altri 375 detenuti, invece, sono ubicati nei reparti c.d. "comuni" della medesima Casa Circondariale<sup>3</sup>.

I "reparti protetti" rappresentano il carcere nel carcere, il giudizio nel luogo del giudizio, una doppia condanna nel luogo della pena, poiché se il carcere rappresenta il luogo dove vengono ristrette le persone allontanate dalla società, il reparto protetti rappresenta il luogo dove vengono rinchiusi i rei allontanati dal resto della popolazione penitenziaria.

I detenuti che hanno partecipato al progetto, 8 in totale, non avevano una posizione giuridica omogenea (4 erano imputati, 2 erano appellanti e 2 ancora erano condannati definitivi). Si è cercato di coinvolgere nel progetto detenuti che mostrassero la motivazione e la disponibilità a prendere parte ad attività di gruppo a sfondo psicologico e che fossero cognitivamente e socialmente adeguati a intraprendere un percorso che prevede l'interazione con gli altri partecipanti.

# 2. Il progetto "Attività espressiva" come funzione comunicativa non basata sulla parola.

Il progetto, rivolto a soggetti detenuti per reati a sfondo sessuale, si è svolto nelle forme

<sup>&</sup>lt;sup>1</sup> Il "raggio protetti" è un reparto detentivo. Questo tipo di reparti sono stati istituiti per rispondere alle esigenze di tutela di determinate categorie di persone ristrette all'interno degli istituti penitenziari del territorio italiano per alcuni motivi oggettivamente esistenti (es. il rischio di episodi di aggressione o sopraffazione a carico di specifiche categorie di detenuti) o per le caratteristiche soggettive dei detenuti (es. transessualità) – cfr. la circolare DAP n. 500422 del 2 maggio 2001, Sezioni cd. "protette". Criteri di assegnazione dei detenuti. Sono presenti in queste sezioni: i sex offenders, i collaboratori di giustizia, gli appartenenti alle forze dell'ordine, gli omosessuali, i transessuali.

<sup>&</sup>lt;sup>2</sup> Il DUP (Documento Unico di Programmazione), secondo la definizione offerta dall'art. 170 del d.lgs. 267/2000 è un documento che «ha carattere generale e costituisce la guida strategica ed operativa dell'ente» e costituisce altresì «presupposto indispensabile per l'approvazione del bilancio di previsione».

<sup>&</sup>lt;sup>3</sup> I reparti "comuni" sono anch essi reparti detentivi, nei quali sono ristretti i soggetti che, in ragione della tipologia di reato commesso (ad esempio, come furti, rapine, spaccio di sostanze stupefacenti) non sono destinati ai reparti "protetti".



di un intervento terapeutico attraverso attività espressive: ascolto di musica, produzione di disegni ed elaborazione di storie. Attività centrate sulle modalità relazionali, quali la comunicazione con l'altro, l'espressione delle emozioni e la manifestazione dei sentimenti. Infatti, la comunicazione, per un verso, rappresenta il mezzo per esternare l'affettività e per facilitare la spontaneità e, per un altro verso, favorisce lo scambio relazionale e informativo.

Considerando che le problematiche di questi detenuti hanno spesso radici psicopatologiche, che comprendono mancanza di reciprocità e di considerazione dell'altro<sup>4</sup>, si è cercato di stimolare nei partecipanti al progetto modalità di comunicazione che potessero aumentare la consapevolezza delle proprie emozioni e la percezione dell'altro come di un individuo diverso da sé.

L'obiettivo a breve termine del progetto era quello di cercare di alleviare il timore del giudizio negativo e di aumentare la capacità di socializzazione.

Il gruppo è stato guidato da uno psicologo-psicoterapeuta, il quale, per tutta la durata del percorso, ha valorizzato in modo particolare l'attività di riflessione dei partecipanti, ponendo l'accento sulle molte possibili modalità di espressione e di comunicazione alternative a quelle dettate dall'impulsività, tipicamente proprie dei partecipanti.

Il progetto ha previsto anche la presenza di un supervisore, anch'egli psicologopsicoterapeuta, esperto in disturbi gravi della sessualità e della personalità.

Inoltre, fondamentale per la realizzazione del progetto è stata la collaborazione instaurata con gli Educatori ministeriali e con la Polizia Penitenziaria.

La fase preliminare agli incontri di gruppo è stata dedicata ai colloqui individuali con i detenuti selezionati dall'Ufficio Educatori, finalizzati alla conoscenza e alla valutazione dell'idoneità dei partecipanti al lavoro di gruppo. Durante questa prima fase, sono stati svolti in totale 8 colloqui conoscitivi, all'esito dei quali tutti i soggetti individuati sono stati ritenuti idonei.

A questo punto, è stato somministrato ai partecipanti il test *Jail Screening Assessment Tool* (JSAT) con lo scopo di valutare il livello attuale di funzionamento del soggetto, predire un livello di adattamento psicologico all'interno del contesto, identificare i bisogni psicologici reali e segnalare la necessità di cure particolari<sup>5</sup>.

I detenuti ristretti presso i "raggi/reparti protetti" sono sottoposti, per i primi 15 giorni di detenzione, ad attenta sorveglianza da parte dell'Istituzione Penitenziaria e dalla ASST<sup>6</sup>, che ne osservano il comportamento allo scopo di escludere rischi di condotte auto od etero lesive, dato il frequente disvalore dei reati commessi e la difficile accettazione dello stesso da parte del reo<sup>7</sup>.

<sup>&</sup>lt;sup>4</sup> O.F. Kernberg, *Disturbi gravi di personalità*, Bollati Boringhieri, 1987.

<sup>&</sup>lt;sup>5</sup> Più in particolare, il JSAT è uno strumento standardizzato di prima valutazione del soggetto in ambito penitenziario e può essere somministrato per costruire il percorso trattamentale durante la carcerazione. Esso è finalizzato alla rilevazione periodica dei bisogni e della situazione psicologica complessiva del detenuto, spesso fortemente condizionata, se non addirittura alterata, in ragione del reato commesso e della stessa esperienza della carcerazione. Permette, nello specifico, di valutare il "livello attuale di funzionamento", il "livello di adattamento psicologico", e i "bisogni psicologici reali", attraverso la raccolta di informazioni riguardanti perdite attuali (morte, separazione, disoccupazione) e concernenti dati riguardanti la rete di supporto sociale del soggetto, informazioni considerate come fattori di rischio e di protezione. Tramite il ricorso al JSAT, dunque, è possibile valutare il funzionamento psicologico del soggetto (es. tono dell'umore, capacità di adattamento, rischio suicidario, abuso di sostanze, aderenza dell'esame di realtà) al fine di rispondere ai suoi bisogni ed eventualmente segnalare la necessità di procedere a ulteriori e più approfondite valutazioni. Cfr. T.L. Nicholls, R. Roesch, M.C. Olley, J.R.P. Ogloff, J.F. Hemphill, *JSAT*, Giunti O.S., 2011

<sup>&</sup>lt;sup>6</sup> Azienda Socio Sanitaria Territoriale (ASST) che si occupa della sanità e della tutela della salute dei detenuti.

<sup>&</sup>lt;sup>7</sup> R.I. Simon, *I buoni lo sognano i cattivi lo fanno*, Cortina, 1997.



La sorveglianza prosegue anche oltre i primi 15 giorni di detenzione laddove vengano riscontrati i suddetti rischi.

#### 3. Materiali e metodi impiegati nel progetto.

Il gruppo come strumento di lavoro è considerato area fenomenica di comprensione di avvenimenti specifici: vale a dire che, grazie all'attività svolta in gruppo, è possibile osservare la realtà espressiva e relazionale dei partecipanti in modo soggettivo e immediato (ossia nel momento stesso in cui si manifesta), anche attraverso gli organi di senso.

Ai fini della costruzione del progetto, sono stati di riferimento alcune teorie e concetti elaborati nel campo della ricerca psicoanalitica (quali la teoria dello spazio transizionale e lo spazio del gioco<sup>8</sup>, i rapporti tra la realtà interna, composta dall'Io e dai suoi oggetti interni, e la realtà esterna<sup>9</sup>).

#### 4. Obiettivi previsti nella progettazione dell'intervento.

I soggetti presi in carico nell'ambito del progetto "Attività Espressiva" presentavano tutti disagi complessi, in parte connessi alla particolare condizione detentiva e in parte riguardanti la stessa struttura di personalità dei partecipanti, talvolta di importanza tale da rendere necessari, a nostro avviso, interventi supplementari (ad esempio, mediante programmi trattamentali gestiti da personale specializzato e costruiti in modo da tenere in considerazione – appunto – anche la variabile personalità).

Gli obiettivi che l'intervento di gruppo si è posto possono così evidenziarsi:

- **a**) rendere possibile sperimentare, all'interno di un ambiente protetto (il *setting* di gruppo condotto dal terapeuta), la relazione con l'altro, facilitando la riflessione sulle proprie modalità di contatto e di comunicazione con gli altri componenti del gruppo;
- **b**) favorire la comunicazione delle emozioni suscitate dal lavoro comune e lavorare sulla possibile prevenzione del disagio psichico di natura relazionale;
- c) favorire una riflessione individuale sulle difficoltà relative al senso di autostima, e consentire, tramite l'utilizzo di materiali artistici come modalità espressiva, di ridurre il timore del giudizio, di trovare forme di gratificazione sostitutiva dell'agire impulsivo di canalizzare le fantasie personali in modo socialmente accettato;
- **d**) offrire l'opportunità di instaurare una relazione di fiducia tra terapeuta e gruppo, che incoraggi l'espressione di sé, la comunicazione all'interno del gruppo e la capacità di accettare l'intervento degli altri relativamente alla propria espressività, così favorendo, più in generale,

<sup>8</sup> Il termine "spazio del gioco" è definito come uno spazio potenziale che costituisce un luogo di transizione tra l'indifferenziazione primaria (che identifica la fase dello sviluppo psichico dell'infante, caratterizzata da una sostanziale indifferenziazione tra sé e la propria immagine e tra sé e la propria madre) e il riconoscimento dell'alterità; D.W. Winnicott, *Gioco e realtà*, Armando, 1974.

<sup>&</sup>lt;sup>9</sup> In questo senso, alcune attività realizzate dai detenuti nel corso del progetto (ad es., la produzione di disegni ascoltando la musica), sono intese come altrettante modalità espressive della realtà interna al soggetto, e la progressiva costruzione di una storia, a partire da tali manifestazioni espressive, rappresenta – sempre nell'ottica del progetto – il possibile incontro con il principio di realtà. Per approfondimenti sul tema, si veda, in letteratura J.M. Hughes, *La psicoanalisi e la teoria delle relazioni oggettuali. Klein M., Fairbairn W.R.D., Winnicott D.*, Astrolabio Ubaldini, 1991; C. Conforto, A. Rinaldi, *Quale psicoanalisi per le psicosi?*, Cortina, 1997.



l'uscita dall'individualità e dal silenzio;

**e)** trasmettere l'importanza dell'atto creativo a prescindere dal risultato finale ma valorizzando la costruzione di qualcosa di proprio da poter condividere.

# 5. Caratteristiche degli utenti afferenti al progetto.

Sono stati coinvolti nel lavoro 8 soggetti, maschi, di età compresa fra i 35 e i 59 anni. Il 62,5% (vale a dire 5 soggetti) con diploma di scuola secondaria di primo grado e il restante 37,5% (cioè 3 soggetti) con diploma di scuola secondaria di secondo grado.

La maggior parte dei partecipanti, 7 su 8, era di nazionalità italiana; il solo componente sudamericano, si era immediatamente integrato all'interno del gruppo, condividendo i lavori di gruppo e le modalità di interazione, apportando anche spunti creativi e mostrandosi particolarmente propenso alla condivisione, suscitando così l'apprezzamento degli altri componenti.

La maggior parte delle imputazioni riguardava condotte di violenza sessuale (6 soggetti, ossia tre quarti del totale); solo uno dei partecipanti era detenuto per fatti di rapina ed era altresì collaboratore di giustizia, con problemi di abuso di sostanze stupefacenti (eroina e cocaina). Nel contesto di lavoro si era integrato senza alcuna difficoltà sia da parte sua che del gruppo.

Con riguardo alla situazione giuridica dei partecipanti, si trattava sia di soggetti già giudicati in via definitiva (2 soggetti,) sia, per la maggior parte, di persone ancora in attesa di giudizio di primo grado (4 imputati) o di secondo grado (2 appellanti).

Anche se il lavoro non si era focalizzato sul reato e sulle sue conseguenze, i membri del gruppo si erano mostrati disponibili a parlarne e non avevano manifestato atteggiamenti giudicanti o fortemente negativi nei confronti dei compagni di lavoro.

Relativamente alla loro storia criminale, si nota che solo 2 soggetti erano pregiudicati, in entrambi i casi per reati contro il patrimonio (rapina).

Da precedenti ricerche relative ad altri progetti in carcere rivolti ai *sex offenders* emerge che una percentuale significativa di tali soggetti – a differenza di altre categorie di detenuti, imputati o condannati in relazione a reati più frequentemente reiterati – si trovava al primo reato<sup>10</sup>.

Anche nel campione coinvolto in questo lavoro, tutti e 6 i detenuti per reati a sfondo sessuale si trovavano alla prima carcerazione. Gli altri 2 detenuti rapinatori erano invece entrambi recidivi e, quindi, non alla prima esperienza detentiva.

Un'ulteriore riflessione riguarda la sfera relazionale dei partecipanti e la relativa capacità di strutturare e mantenere rapporti stabili con altre persone: 3 soggetti, all'epoca, si erano dichiarati "single"; gli altri 5 avevano invece riferito di aver avuto, nel corso della vita, una relazione stabile e, in alcuni casi, anche dei figli.

Le famiglie dei partecipanti erano risultate presenti a sostegno della vita carceraria,

<sup>10</sup> A. Pistuddi, C. Dominoni, G. Beretta, A. Ermentini, F. Avenia, A. Lucchini, *I reati a sfondo sessuale. Diagnosi differenziale con la pedofilia e la comorbilità con la dipendenza da alcol e sostanze*, in *Rivista di sessuologia*, 31, 3, 2007, pp.199 ss.



nonostante le difficoltà, dovute soprattutto alla distanza (non sempre, infatti, i familiari risiedevano nella provincia di Pavia). La maggior parte dei soggetti coinvolti nel progetto, infatti, aveva mantenuto un contatto con la famiglia, sia di origine sia acquisita (7 soggetti); di questi, 2 soggetti avevano contatti solo sporadici. Un solo partecipante non riceveva visite né comunicazioni dai parenti.

La situazione lavorativa dei componenti del gruppo è indice della loro capacità di integrarsi nella vita collettiva e della futura possibilità, alla fine della carcerazione, di reinserirsi nella società. Alcuni dei partecipanti (precisamente 5) avevano precedentemente un impiego di lavoro a tempo indeterminato; 1era pensionato, ma con precedente lavoro fisso; 1 persona aveva svolto lavori solamente stagionali; un altro era disoccupato. Quindi il 75% dei soggetti aveva sperimentato, nella propria vita, una continuità lavorativa. Questi dati sull'occupazione suggeriscono il possesso, da parte di molte di queste persone, delle capacità ed esperienza lavorative necessarie per poter portare a termine con successo la ricerca di un impiego a seguito del periodo di detenzione.

#### 6. Risultati clinici e considerazioni.

Alla luce di quanto sopra descritto, riteniamo che il progetto "Attività espressiva" abbia rappresentato una preziosa occasione per osservare le dinamiche instaurate – a livello sia di gruppo, sia individuale – da un campione di detenuti *sex offenders*, consentendo così di trarre le considerazioni che di seguito verranno esposte.

Gli incontri di gruppo si sono svolti a cadenza settimanale. Non è stato avviato un gruppo di controllo in quanto le finalità del progetto erano terapeutiche e non di ricerca sperimentale.

Attraverso il questionario e il colloquio clinico somministrati all'inizio del percorso e tramite l'osservazione effettuata durante il lavoro di gruppo sono emerse nei soggetti caratteristiche di personalità ascrivibili all'area dei Disturbi di Personalità<sup>11</sup>, che hanno riguardato sia la sfera intrapsichica, sia quella affettiva e relazionale.

Confrontando ciò che è emerso durante gli incontri con la teoria psicoanalitica della personalità<sup>12</sup>, sono stati riscontrati, in particolare:

- a) difficile comunicazione relazionale profonda, intesa come difficoltà a riconoscere e informare circa i propri vissuti e i propri stati emotivi;
- **b**) riconoscimento dell'altro come figura su cui contare e con cui esprimere le proprie difficoltà di comunicazione:
- c) mancanza di un *partner* o di un famigliare vissuto come figura di riferimento su cui fare affidamento e relativa difficoltà a proporre se stessi come figura di riferimento. Ciò farebbe ipotizzare la stessa difficoltà, anche nell'infanzia dei soggetti, nel ricercare un legame accudente con la madre o con entrambi i genitori<sup>13</sup>.

<sup>&</sup>lt;sup>11</sup> American Psychiatric Association (APA), Manuale Diagnostico e Statistico dei Disturbi Mentali (DSM-IV-TR), Masson, 2001.

<sup>&</sup>lt;sup>12</sup> O.F. Kernberg, Aggressività, disturbi della personalità e perversioni, Bollati Boringhieri, 1987.

<sup>&</sup>lt;sup>13</sup> F. Avenia, A. Pistuddi, *Dipendenza da sesso, disfunzioni sessuali e psicopatologia: frequentatori abituali di prostitute*, in *Rivista di sessuologia*, 32, 3, 2008, pp. 161 ss.



Alla luce dei risultati ottenuti nell'ambito della realizzazione di questo progetto di intervento, è stata inoltre osservata, nei soggetti coinvolti, una scarsa capacità emotiva di creare legami affettivamente stabili, basati su un reciproco accudimento e soccorso nei momenti di bisogno, in ragione presumibilmente di vicende connesse all'esperienza infantile che hanno contribuito a creare, negli anni successivi, una condizione di incapacità di proporsi all'altro come figura di riferimento stabile e, quindi, di ritrovare nell'altro sia una conferma di sé che una sorta di riconoscimento. Ciò che alla prima osservazione sembra connotarsi come timidezza – e che i pazienti stessi hanno descritto in questo modo –, può essere in realtà un marcato timore di subire giudizi negativi, che consegue alla percezione personale di mettere in mostra, all'interno del gruppo di lavoro, parti incomplete di sé, e che, tuttavia, coesiste con un forte desiderio di essere accolti incondizionatamente.

Proprio questo desiderio potrebbe rappresentare, in taluni casi, una richiesta sottesa alla stessa commissione il reato: la richiesta, cioè – frustrata più volte in passato, a causa dell'esperienza dal rifiuto –, di un'accettazione incondizionata. In questo senso, si può altresì ipotizzare che questa condizione abbia contribuito a indurre il soggetto, che possiede una modalità impulsiva e primitiva inglobante, a costringere l'altro, con la violenza, a gratificare i propri impulsi. L'atteggiamento tipicamente mostrato da queste persone suggerisce infatti l'esistenza di una forte ambivalenza (desiderio di essere accettati e contestuale percezione di essere abbandonati) la quale viene riproposta nella relazione con l'altro tanto da indurre una reazione avversa, che genera a sua volta un'insopportabile frustrazione, quasi una sensazione di "non esistere", se non nella veste di colui che viene rifiutato. Il timore dell'abbandono può talvolta tradursi in un impulso di "possedere" l'altro, nell'urgenza che vengano riconosciuti i propri bisogni e per fuggire dalla sensazione di essere rifiutato in ragione della propria incapacità di chiedere qualcosa per sé, ma anche di riconoscere i bisogni dell'altro e dedicarsi a essi<sup>14</sup>.

Questi aspetti sono emersi con forza all'interno del lavoro di gruppo, nell'ambito del quale i partecipanti hanno espresso il bisogno di essere accolti, accettati, non giudicati, compresi nelle proprie necessità, senza però mostrarsi capaci di pensare o riconoscere i bisogni altrui (delle istituzioni, o delle vittime).

L'insieme delle suddette condizioni (l'assenza di riferimenti parentali introiettati che possano prendersi cura di noi e la conseguente incapacità di trasformare tali riferimenti in una personale percezione di un sé accudente e accogliente, la relativa impossibilità di strutturare aspetti sani del Super-Io, in un equilibrio tra valori e punizioni, con conseguente riconoscimento della totalità dell'altro e delle sue emozioni) limita fortemente la capacità dell'individuo di costruire un'identità strutturata, in grado di regolare una vita relazionale improntata alla reciprocità e alla condivisione emotiva. La regolazione dell'autostima del soggetto dipenderà così totalmente dall'ammirazione – o dalla mancata ammirazione – altrui, il che produce un'irreparabile frustrazione. In mancanza di riconoscimenti esterni di successo, il soggetto è dunque costretto a cercare di "dominare il mondo" per non esserne preda e dominato a sua volta<sup>15</sup>.

Ecco che, in questo contesto, la dimensione del gruppo può rappresentare una sorta di "Super-Io esterno" che supplisce alle carenze interne al singolo partecipante, e divenire il luogo nel quale convogliare le emozioni, anche grazie alla presenza del terapeuta, il quale assume altresì – temporaneamente – il ruolo del genitore che, a suo tempo, ha mancato al suo compito.

<sup>&</sup>lt;sup>14</sup> F. Avenia, A. Pistuddi (a cura di), Sessualità e dipendenze: dal desiderio alla violenza. Evoluzione e trattamento. Francoangeli, 2012

<sup>&</sup>lt;sup>15</sup> R.I. Simon, *I buoni lo sognano, cit.* 



Il lavoro di gruppo condotto nell'ambito del progetto "Attività Espressiva" ha dunque permesso di contenere e sperimentare emozioni, delle quali si è cercato di favorire l'espressione secondo modalità non impulsive, in particolare tramite la riflessione. Tali pensieri, convogliati attraverso la relazione costruita tra i partecipanti del gruppo e i lavori realizzati sulla scorta degli stimoli proposti, sono stati dapprima lasciati liberi di svilupparsi individualmente, per essere successivamente condivisi e realizzare, infine, un prodotto finale – la storia. Infatti, è ormai noto in letteratura le che, spesso, uno dei metodi impiegati dai terapeuti per promuovere un cambiamento individuale è quello ricorrere alla narrazione di un racconto che illustri e ripercorra le fasi che preannunciano, preparano, e sostengono un cambiamento. Come le fiabe delle varie tradizioni popolari, infatti, anche queste "storie" raccontano un processo di sviluppo e crescita individuale e favoriscono, se utilizzate in sede terapeutica, l'immedesimazione del paziente con il protagonista.

Il gruppo è stata altresì un'occasione per poter esprimere verbalmente la rabbia proiettata e dunque poterla riconoscere, posto che molti dei partecipanti non hanno avuto la possibilità, anche per limiti temporali, di elaborarla completamente in precedenza.

Il gruppo ha quindi rappresentato un importante spazio di sfogo e di comunicazione dei propri stati emotivi, oltre che un momento di supporto psicologico e un'occasione per consentire di creare uno spazio di pensiero che limita l'*acting out*<sup>17</sup>, perché quando i bisogni, i vissuti e le emozioni vengono visti, ascoltati, riconosciuti, pensati e espressi, vengono agiti in misura minore.

L'aspetto riabilitativo emerso attraverso il lavoro di gruppo, e ciò che da questo lavoro si è ottenuto, è legato a un'espressione di sé non sperimentata prima, in relazioni in cui ciò non era stato né considerato né consentito. L'attività creativa utilizzata a scopo terapeutico nel lavoro di gruppo è stata concepita come un sostituto e una continuazione del gioco simbolico, dimensione nella quale gli altri sono riconosciuti e anche il singolo trova il proprio riconoscimento attraverso gli altri 18.

Un altro aspetto che ha reso possibile ai partecipanti la sperimentazione di nuove forme di espressione emotiva è legato alla breve durata del progetto. Al termine dei 9 incontri, infatti, la prospettiva dell'imminente conclusione del progetto ha generato in molti dei componenti emozioni di ansia e collera, oltre a un forte risentimento nei confronti dell'Istituzione. Nondimeno, i partecipanti hanno saputo attribuire a questi sentimenti un significato costruttivo, anche grazie a un'aumentata consapevolezza di poter continuare, in autonomia, il lavoro personale iniziato all'interno del gruppo.

Un solo partecipante (l'unico detenuto per reato di maltrattamenti) ha deciso di smettere di frequentare il gruppo prima del termine, probabilmente in ragione di una forte sensazione di inadeguatezza e di una percezione di rifiuto.

È importante precisare anche che altri 2 componenti hanno lasciato il gruppo prima del termine del percorso; il primo, un soggetto con problemi di dipendenza da sostanze, perché aveva

<sup>17</sup> Con tale termine ci si riferisce all'espressione di sentimenti, desideri o impulsi attraverso l'azione, anziché che con il linguaggio. Il comportamento manifestato mediante *acting out* è spesso incontrollato, poco riflessivo e incurante delle conseguenze negative delle proprie azioni.

<sup>&</sup>lt;sup>16</sup> F. Marcoli *Il pensiero affettivo*, RED Como, 2013.

<sup>&</sup>lt;sup>18</sup> Secondo Winnicott, l'esperienza del gioco permette al bambino di scoprire l'idea del magico che gli consente di fare un'esperienza di onnipotenza. In questo senso, il gioco come evocatore di illusione è magico e come processo di disillusione progressiva è terapeutico (che, detto in altri termini, significa che il gioco avvicina il bambino alla realtà a piccole dosi e che, analogamente alla funzione materna, alterna sensazioni di magia e di frustrazione, entrambe utili ai fini della crescita); D. Miglietta, *I sentimenti in scena*, UTET, 1998.



ottenuto la revoca della misura cautelare in carcere *ex* art. 89 d.P.R. 309/90 (ha ottenuto la sostituzione della misura con quella degli arresti domiciliari per la cura della tossicodipendenza); l'altro, ristretto per condotte di violenza sessuale su minore, per ragioni di trasferimento presso un altro Istituto (la Casa di Reclusione di Milano-Bollate), finalizzato alla prosecuzione di un percorso trattamentale iniziato nella Casa Circondariale "San Vittore" di Milano all'inizio dell'attuale detenzione. Questi due casi hanno rappresentato, per gli altri partecipanti, uno stimolo a considerare in termini realistici la possibilità di una continuità terapeutica.

L'ultima seduta del gruppo, durante la quale il terapeuta ha donato ai partecipanti una cartella contenente i disegni e le storie prodotte, ha consentito loro di esprimere i sentimenti legati alla separazione e alla privazione del gruppo. L'opportunità di riconoscere il dolore per la perdita rappresenta un passo fondamentale per iniziare un processo terapeutico di uscita dal rimuginio e dall'ostilità attribuita al mondo esterno. Nel momento in cui l'"evoluto" entra in risonanza col "primitivo" e lo strappa dal suo isolamento si assiste a uno sviluppo sia del gruppo sia della personalità dell'individuo.

## Bibliografia.

American Psychiatric Association (APA), Manuale Diagnostico e Statistico dei Disturbi Mentali (DSM-IV-TR), Masson, 2001.

- F. Avenia, A. Pistuddi (a cura di), *Manuale sulla* sexual addiction. *Definizioni, diagnosi, interventi*, Franco Angeli, 2007.
- F. Avenia, A. Pistuddi (a cura di), *Sessualità e dipendenze: dal desiderio alla violenza. Evoluzione e trattamento*. Franco Angeli, 2012.
- F. Avenia, A. Pistuddi, *Dipendenza da sesso, disfunzioni sessuali e psicopatologia: frequentatori abituali di prostitute*, in *Rivista di sessuologia*, 32, 3, 2008, pp. 161 ss.
- C. Conforto, A. Rinaldi, Quale psicoanalisi per le psicosi?, Raffaello Cortina, 1997.
- F. Marcoli *Il pensiero affettivo*, RED Como, 2013
- D. Miglietta, I sentimenti in scena, UTET, 1998.
- D. Miglietta, Dal teatro allo psicodramma analitico, Franco Angeli, 2006.
- K.R. MacKenzie, Psicoterapia breve di gruppo, Erickson, 2002.
- T.L. Nicholls, R. Roesch, M.C. Olley, J.R.P. Ogloff, J.F. Hemphill, JSAT, Giunti O.S., 2011.
- J.M. Hughes, *La psicoanalisi e la teoria delle relazioni oggettuali. Klein M., Fairbairn W.R.D., Winnicott D.*, Astrolabio Ubaldini, 1991.
- O.F. Kernberg, Disturbi gravi di personalità, Bollati Boringhieri, 1987.
- O.F. Kernberg, Aggressività, disturbi della personalità e perversioni, Bollati Boringhieri, 1987.



- A. Pistuddi, C. Dominoni, G. Beretta, A. Ermentini, F. Avenia, A. Lucchini, *I reati a sfondo sessuale. Diagnosi differenziale con la pedofilia e la comorbilità con la dipendenza da alcol e sostanze*, in *Rivista di sessuologia*, 31, 3, 2007, pp. 199 ss.
- R.I. Simon, I buoni lo sognano i cattivi lo fanno, Raffaello Cortina, 1997.
- D.W. Winnicott, Dalla pediatria alla psicoanalisi, Martinelli, 1975.
- D.W. Winnicott, Gioco e realtà, Armando, 1974.



Riflessione

La Corte di Cassazione si pronuncia sulla natura giuridica dei «diritti all'aiuto UE» e sulla nozione di «attività economiche o finanziarie» rilevante ai sensi dell'art. 648 ter c.p.

Nota a Cass. pen., Sez. II, sent. 12 febbraio 2019 (dep. 17 maggio 2019), n. 21712, Pres. Gallo, Rel. Di Paola

The Court of Cassation judges on the legal status of the «EU payment entitlements» and on the notion of «economic or financial activities» relevant under art. art. 648 ter Criminal Code

Note to Cass. pen., Sect. II, judgement of February 12, 2019 (filed on May 17, 2019) Pres. Gallo, Rapp. Di Paola

di Gabriele Minì

I.

Il caso oggetto della pronuncia in commento, relativo ad una truffa ai danni dell'UE per il conseguimento di erogazioni destinate allo sviluppo del settore agricolo, offre alla Corte di Cassazione l'occasione sia per individuare la natura giuridica dei diritti all'aiuto (i c.d. titoli



AGEA)<sup>1</sup>, sia per chiarire la nozione di «attività economiche o finanziarie» all'interno della descrizione legislativa del delitto di impiego di denaro, beni o utilità di provenienza illecita di cui all'art. 648 *ter* c.p.<sup>2</sup>.

#### II.

Al fine di inquadrare la questione giuridica sottoposta all'attenzione della Corte di Cassazione è preliminarmente opportuno soffermarsi sui requisiti richiesti per poter accedere alle misure di sostegno all'agricoltura erogate dall'UE. La vigente normativa eurounitaria dispone che la domanda unica di pagamento (Dup) per l'ottenimento dei contributi europei destinati all'agricoltura possa essere presentata annualmente da soggetti che siano in possesso della qualifica di agricoltore in attività<sup>3</sup>, che siano proprietari o detengano in affitto i diritti all'aiuto oltre che una superficie di terreno ammissibile da abbinarvi e che rispettino gli obblighi di condizionalità<sup>4</sup>. La riforma Fischler del 2003, infatti, ha profondamente innovato il sistema introducendo il regime di pagamento unico: da una parte ha disaccoppiato l'erogazione dei contributi sia dal *quantum* che, salvo particolari eccezioni, dal tipo di produzione; dall'altra ha subordinato la concessione delle erogazioni alla detenzione dei diritti all'aiuto<sup>5</sup> ognuno dei quali, per dare diritto al pagamento dell'importo fissato, deve essere abbinato ad un ettaro di superficie ammissibile<sup>6</sup>. L'aspetto più innovativo della riforma, dunque, è dato dalla suddivisione del sussidio spettante a ciascun agricoltore in quote (i c.d. diritti all'aiuto) che possono essere oggetto di atti di trasferimento.

#### III.

La decisione in esame trae origine da un'ordinanza del G.i.p. del Tribunale di Enna con la quale da un lato veniva parzialmente accolta la richiesta di sequestro per equivalente formulata dal P.M. nei confronti del sig. C., titolare di una società agricola, per il delitto di truffa aggravata per il conseguimento di erogazioni pubbliche (art. 640 bis c.p.) per aver conseguito, attraverso la falsificazione di documenti ed artifici, i diritti all'aiuto; dall'altro veniva rigettata l'analoga richiesta formulata nei confronti della sig.ra M., anch'essa titolare di una società agricola, per il delitto di impiego di denaro, beni o utilità di provenienza illecita (art. 648 ter c.p.) per aver inserito all'interno della domanda volta al conseguimento dei contributi erogati dall'UE nell'ambito della politica agricola comune (PAC) i diritti all'aiuto artificiosamente creati dal sig. C. che, a seguito di una serie di atti di trasferimento ripetuti e ravvicinati, erano stati acquistati dall'indagata.

Il P.M. impugnava l'ordinanza del G.i.p. dinanzi al Tribunale di Enna il quale, evidenziando che per la configurazione del delitto di cui all'art. 648 ter c.p. è richiesta la dissimulazione della provenienza delittuosa dei beni attraverso il ricorso ad «attività economiche o finanziarie», rigettava l'appello. A parere del Tribunale, infatti, la mera qualità di imprenditore agricolo della sig.ra M. e l'utilizzo dei diritti all'aiuto artificiosamente creati dal sig. C.P. non sarebbero stati elementi sufficienti, in assenza di evidenze relative alla destinazione dei contributi

<sup>&</sup>lt;sup>1</sup> I diritti all'aiuto sono stati introdotti dall'art. 43 del regolamento (CE) 1782/2003 ed il loro valore iniziale era stato determinato sulla base del c.d. "metodo storico", ai sensi dell'art. 38 del citato regolamento.

<sup>&</sup>lt;sup>2</sup> Ai sensi del primo comma dell'art. 648 *ter* c. 1 c.p., infatti, «chiunque, fuori dei casi di concorso nel reato e dei casi previsti dagli articoli 648 e 648 *bis*, impiega in attività economiche o finanziarie denaro, beni o altre utilità provenienti da delitto, è punito con la reclusione da quattro a dodici anni e con la multa da cinquemila euro a venticinquemila euro».

<sup>&</sup>lt;sup>3</sup> Art. 9 regolamento (UE) n. 1307/2013 del Parlamento europeo e del Consiglio.

<sup>&</sup>lt;sup>4</sup> Art. 19 regolamento (CE) n. 73/2009 del Consiglio.

<sup>&</sup>lt;sup>5</sup> Introdotti dall'art. 43 regolamento (CE) 1782/2003 del Consiglio.

<sup>&</sup>lt;sup>6</sup> Art. 44 regolamento (CE) 1782/2003 del Consiglio.



conseguiti all'attività agricola svolta o ad attività connesse *ex* art. 2195 c.c., a ritenere integrata la nozione di impiego in «attività economiche o finanziarie» richiesta dall'art. 648 *ter* c.p.

#### IV.

Avverso tale decisione il P.M. presso il Tribunale di Enna proponeva ricorso per cassazione deducendo, tra i motivi del ricorso, la violazione della normativa eurounitaria e della legge penale.

Con il primo motivo di gravame il P.M. lamentava la violazione del diritto eurounitario con riferimento alla natura giuridica dei diritti all'aiuto ed alla loro destinazione nelle domande volte al conseguimento dei contributi europei. A detta del ricorrente i titoli, tenuto conto dell'esistenza di un mercato di quotazione e contrattazione, della possibilità di trasferirli nonché della loro riconducibilità al patrimonio dell'azienda agricola, dovrebbero essere qualificati come beni mobili immateriali registrati<sup>7</sup>. Pertanto l'attività di gestione dei titoli, beni ai quali è attribuito un valore economico autonomo, integrerebbe la nozione di «attività economica o finanziaria» richiesta dall'art. 648 ter c.p.

Con il secondo motivo deduceva la violazione della legge penale in riferimento all'art. 648 ter c.p. per aver escluso che l'inserimento dei diritti all'aiuto di provenienza delittuosa all'interno della domanda unica di pagamento, oltre che a poter essere qualificato quale fraudolento conseguimento di risorse erogate dall'UE, potesse integrare la fattispecie di impiego di denaro, beni o utilità di provenienza illecita, essendo la condotta dell'indagata idonea a falsare il libero gioco della concorrenza ed a creare irragionevoli differenziazioni di trattamento con gli operatori economici che devono far ricorso al credito nel libero mercato per finanziare la propria attività.

Con il terzo motivo lamentava la violazione della legge penale con riferimento all'art. 648 ter c.p. per aver erroneamente individuato le nozioni di imprenditore agricolo, di «attività economiche o finanziarie» e di attività connesse. Per il ricorrente, infatti, l'inserimento dei diritti all'aiuto nelle domande di pagamento, tenuto conto delle caratteristiche delle misure di sostegno previste dalla normativa europea sarebbe una condotta idonea ad integrare la nozione di attività connessa allo svolgimento dell'attività di imprenditore agricolo.

### V.

٧.

I giudici di legittimità, con la sentenza qui annotata, ritengono fondati i motivi del ricorso proposto dal P.M. ed annullano il provvedimento impugnato rinviando al Tribunale di Enna l'accertamento, alla luce dei principi enunciati, della ricorrenza degli elementi della fattispecie di cui all'art. 648 *ter* c.p. (la nozione di reimpiego, di «beni o altre utilità» e di «attività economiche o finanziarie»).

Preliminarmente i giudici della Corte di Cassazione individuano l'esatta natura giuridica dei diritti all'aiuto e la loro riconducibilità alla nozione di «beni o altre utilità», utilizzata dall'art. 648 *ter* c.p. Dopo aver dato atto della funzione che i titoli svolgono nell'esercizio dell'attività agricola, delle modalità con cui sono attribuiti, della trasferibilità e dell'esistenza di un mercato

<sup>&</sup>lt;sup>7</sup> Il Registro Nazionale Titoli (RNT) è istituito da AGEA, presso il SIAN, ai sensi dell'art. 3 del d.l. 182 del 9 settembre 2005 convertito in legge, con modificazioni, dall'art. 1, l. 11 novembre 2005, n. 231.



in cui sono oggetto di quotazione e contrattazione, li qualificano come beni mobili sottoposti ad un regime di pubblicità interna che danno diritto ad accedere alle misure di sostegno per la conduzione di attività agricole. Ai diritti all'aiuto, tenuto conto delle predette caratteristiche, viene attribuito un valore economico autonomo e, pertanto, entrano a far parte del patrimonio aziendale. A sostegno di tale conclusione si ricorda che i titoli possono essere costituiti in pegno per garantire le obbligazioni contratte nell'esercizio dell'attività dell'impresa agricola<sup>8</sup>.

I giudici di legittimità, alla luce della natura giuridica e della funzione svolta dai diritti all'aiuto, giungono alla conclusione che la condotta consistente nel loro inserimento all'interno della domanda unica di pagamento, necessaria per consentire agli imprenditori l'accesso ai contributi per lo svolgimento di attività agricola erogati dall'UE, costituisce un "impiego in attività economiche o finanziarie", rilevante ai sensi dell'art. 648 ter c.p.

La sentenza in esame, richiamando un consolidato orientamento giurisprudenziale<sup>9</sup>, afferma che il significato da attribuire alla locuzione «attività economiche o finanziarie», presente nel testo dell'art. 648 *ter* c.p., «è desumibile dagli artt. 2082, 2135 e 2195 c.c. e fa riferimento non solo all'attività produttiva in senso stretto, ossia a quella diretta a creare nuovi beni o servizi, ma anche a quella di scambio e di distribuzione dei beni nel mercato di consumo, nonché ad ogni altra attività che possa rientrare in una di quelle elencate nelle menzionate norme del codice civile»<sup>10</sup>. Tra le attività ricomprese vi sono anche quelle di finanziamento a titolo oneroso quali la concessione di mutui<sup>11</sup>.

La Corte, inoltre, osserva che anche il semplice inserimento dei diritti all'aiuto di provenienza illecita nel compendio patrimoniale aziendale, incrementandone la consistenza e, conseguentemente, accrescendo l'affidabilità dell'impresa, costituisce attività economica, rilevante ai sensi dell'art. 648 ter c.p.

Da ultimo la Corte di Cassazione, pur non entrando nel merito della questione, dà atto del dibattito esistente in giurisprudenza in merito alla nozione di "reimpiego".

Secondo un primo orientamento giurisprudenziale, la condotta descritta nella fattispecie di reimpiego si caratterizza per l'effetto dissimulatorio della provenienza illecita del bene che, a differenza di quanto previsto dal delitto di riciclaggio, non deve avvenire tramite operazioni materiali o giuridiche ma attraverso l'investimento dello stesso bene in attività economiche o finanziarie<sup>12</sup>.

Secondo un diverso orientamento, la fattispecie di cui all'art. 648 *ter* c.p., essendo principalmente diretta a tutelare l'ordine economico ed il corretto funzionamento del mercato, non richiedere l'occultamento della provenienza illecita del bene<sup>13</sup>.

I giudici di legittimità, invero, ritengono che il contrasto giurisprudenziale sia irrilevante ai fini della soluzione del caso concreto. La stipula di ripetuti e ravvicinati negozi di trasferimento dei titoli a favore di soggetti fittiziamente operanti come imprenditori agricoli, così come risulta

<sup>&</sup>lt;sup>8</sup> Art. 18 del d.lgs. 102 del 29 marzo 2004, come modificato dal d.l. 2 del 10 gennaio 2006.

<sup>&</sup>lt;sup>9</sup> Cass. pen., Sez. II, 14 luglio 2016, n. 33076, che richiama la precedente sentenza Cass. pen., Sez. II, 11 dicembre 2013, n. 5546 sul reato di impiego, 648 *ter* c.p.

<sup>&</sup>lt;sup>10</sup> Cass. pen., Sez. II, 14 luglio 2016, cit.

<sup>&</sup>lt;sup>11</sup> Cass. pen., Sez. II, 11 dicembre 2013, n. 5546.

<sup>&</sup>lt;sup>12</sup> Cass. pen., Sez. II, 14 luglio 2016, cit.; Cass. pen., Sez. VI, 3 ottobre 2013, n. 13085; Cass. pen., Sez. II, 5 ottobre 2011, n. 39756.

<sup>&</sup>lt;sup>13</sup> Cass. pen., Sez. II, 17 giugno 2015, n. 37678; Cass. pen., Sez. II, 5 novembre 2013, n. 9026.



dagli atti di indagine del procedimento, costituisce un'operazione idonea «a dotare di apparente legittimità le caratteristiche dei beni stessi».

# VI.

In conclusione, secondo i giudici della Corte di Cassazione, l'acquisto di diritti di aiuto di provenienza illecita ed il loro successivo utilizzo sono condotte astrattamente idonee ad integrare il delitto di cui all'art. 648 ter c.p. Da una parte, infatti, i ripetuti trasferimenti dei titoli ne dissimulano la provenienza delittuosa, dall'altra la condotta consistente nel loro successivo inserimento nel patrimonio aziendale o nella domanda unica di pagamento è riconducibile all'elemento normativo «in attività economiche o finanziarie» e, alterando il sistema economico dell'imprenditoria agricola ed assicurando agli autori un illecito vantaggio competitivo, è in grado di arrecare pregiudizio all'ordine pubblico economico, bene giuridico tutelato dalla disposizione incriminatrice in esame.



Riflessione

# Il passo coraggioso che ancora resta da compiere

The bold step that is left to take

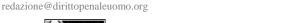
di Fabio Fiorentin

Contributo originariamente pubblicato nel volume Per sempre dietro le sbarre? L'ergastolo ostativo nel dialogo tra le Corti, Atti del Seminario - Ferrara, 27 settembre 2019, a cura di Giuditta Brunelli, Andrea Pugiotto e Paolo Veronesi, pubblicato in Forum di Quaderni Costituzionali – Rassegna, fasc. n. 10, 2019, pp. 107 ss.

Come soldati alla vigilia di una importante battaglia, schiere di giuristi affilano le armi (per fortuna solo dialettiche) con cui affrontare lo scontro imminente. Dormiranno profondamente, fiduciosi nella bontà della propria causa, come si dice abbia fatto il principe di Condé la notte precedente la battaglia di Rocroi per lui vittoriosa? O veglieranno, piuttosto, nel timore che tutto il loro pur generoso impegno possa non risultare, alla fine, sufficiente per indurre i giudici della Consulta a quell'ultimo, coraggioso passo che ancora resta da compiere per trarre la pena dell'ergastolo nella sua forma ostativa da quel buco nero in cui è stato sospinto da un legislatore dimentico dei pilastri costituzionali e da una giurisprudenza spesso immobile nel richiamare risalenti precedenti, salmodiati come antichi mantra? E la "buona battaglia" che l'evolversi della cultura giuridica impone per il recupero di una dimensione della pena coerente con la profonda umanità di quel principio costituzionale che vuole "le pene" - tutte le pene orientate al recupero sociale del condannato sarà vittoriosa o prevarrà la Realpolitik?

In poche altre occasioni la mission dell'amicus curiae è stato più chiaro di oggi: si tratta di far giungere ai giudici costituzionali, attraverso i buoni argomenti del diritto, quella urgenza, così profondamente avvertita tra gli studiosi, della "necessità" del recupero a Costituzione dell'ergastolo (non più) ostativo così completando, con un ultimo passaggio – certo il più difficile, proprio perché decisivo – un cammino intrapreso ormai da molto tempo.

E allora, premessi i profili tecnico-giuridici che altri, ben più autorevolmente, hanno in numerose sedi già approfonditamente illustrato, ponendo in evidenza l'irriducibile contrarietà dell'attuale regime dell'ergastolo "ostativo" con i parametri costituzionali, per la sua intrinseca





DPU - Diritto Penale e Uomo - Criminal Law and Human Condition | Via Serbelloni, 1 | 20122 MILANO (MI) |



irrazionalità e per l'insanabile contrasto con il principio di proporzionalità e con quello della rieducazione del condannato attraverso la pena, l'attenzione sarà qui focalizzata su alcuni aspetti forse satellitari a quelli ma che necessariamente accompagneranno lo scrutinio della Consulta e sui quali appare, pertanto, opportuna una sottolineatura.

Una prima considerazione vuole contribuire a sgomberare il campo da uno dei più insidiosi fraintendimenti che rischiano di offuscare la nitidezza della *quaestio* sollevata dai rimettenti: ciò su cui la Consulta è chiamata a deliberare non è l'abolizione per via giudiziaria dell'ergastolo e non siamo, dunque, di fronte a una sorta di drammatica ordalia destinata a ripercuotersi sul sistema delle pene nel suo complesso, così come lo conosciamo, o sulla natura dell'ergastolo quale unica pena che nasce perpetua. Non si tratta, cioè, di sostenere una battaglia abrogazionista dell'ergastolo, la cui valenza anche (e, nel nostro ordinamento, ormai essenzialmente) simbolica costituisce, nell'attuale momento storico, un ostacolo "psicologico" forse non ancora superabile; si tratta, invece, più semplicemente, di recuperare a costituzionalità quella tipologia di pena, attraendola entro quel perimetro che le Corti di garanzia – in un dialogo sempre più intenso e fecondo – hanno nel tempo tracciato come una sorta di *limes* posto a difesa della civiltà giuridica e dei diritti fondamentali di tutti i consociati e dunque, anche di coloro che, avendo commessi gravissimi delitti, si trovano in espiazione di pena, financo della pena massima che il nostro ordinamento conosce.

Da questo angolo visuale, con una sfumatura paradossale si potrebbe persino affermare che l'auspicabile "messa a regime costituzionale" dell'ergastolo nella sua variante "ostativa" possa indirettamente corroborare la sopravvivenza della versione "ordinaria", nella misura in cui quest'ultima – attraverso la somministrazione di alcuni benefici penitenziari e la concessione della liberazione condizionale – garantisce al condannato quel "diritto alla speranza" a che, verificatisi i presupposti normativamente stabiliti e non essendo più sussistenti valide ragioni penologiche per procrastinare l'accesso alle misure extramurarie o alla definitiva liberazione, si schiuda una concreta prospettiva di rilascio in seguito ad un riesame da parte dell'autorità pubblica.

Il recupero a Costituzione dell'ergastolo "ostativo" è, quindi, operazione non solo doverosa sotto il profilo dei principi costituzionali e convenzionali, ma è anche un intervento che, lungi da svuotare di significato quella grave sanzione, ne lascia intoccato il significato simbolico e ne rafforza, altresì, la legittimità di pena conforme alla cornice costituzionale e convenzionale. Il condannato all'ergastolo che abbia tenuto un comportamento tale da dimostrare un sicuro ravvedimento e venga ammesso dapprima all'esperienza dei permessi premio, quindi alla semilibertà e, infine, alla liberazione condizionale dopo aver espiato determinate soglie di pena (art. 176 c.p.), partecipa infatti alla logica di progressione trattamentale non dissimile da quella che governa l'esecuzione delle pene temporanee e restituisce l'ergastolo al contesto costituzionale, quale tipologia di pena *de iure* e *de facto* comprimibile.

Un secondo profilo essenziale a disinnescare le obiezioni ispirate a mal concepite (e peggio espresse) istanze di difesa sociale riguarda il fatto che l'eventuale tramonto dell'ergastolo nella sua forma ostativa non si tradurrà in un'automatica sorta di "condono" per i condannati che vi sono sottoposti, la cui liberazione o anche il solo accesso alle più limitate forme di benefici penitenziari non è questione né dell'oggi né, probabilmente, dell'indomani del pronunciamento dei giudici costituzionali. Come ha riconosciuto la Corte di Strasburgo, la cui giurisprudenza si è da tempo impegnata su alcuni dei temi fondamentali che anche la Consulta dovrà a brevissimo affrontare, rimuovere una preclusione assoluta alla concessione dei benefici penitenziari non significa affatto che questi ultimi vengano *tout court* concessi, con una sorta di automatismo. Il sistema penitenziario configurato dalla legge di ordinamento penitenziario si fonda, infatti, sul già evocato principio della progressione trattamentale, sulla partecipazione attiva al programma



individuale ed alle offerte rieducative proposte dall'équipe dell'istituto penitenziario. È, inoltre, fondamentale il risultato dell'osservazione sulla personalità del condannato che, attraverso un periodo di tempo anche protratto, attesti gli eventuali effetti positivi del trattamento così da avviare l'esecuzione extra moenia, con l'ammissione del detenuto a benefici progressivamente più ampi (dal lavoro all'esterno, ai permessi premio, alla semilibertà e alle misure alternative alla detenzione fino alla concessione della liberazione condizionale). Si tratta di un graduale e controllato percorso di reinserimento della società civile esterna che non solo non ha natura "obbligata", nel senso che la persona ristretta non matura alcun "diritto" o "aspettativa legittima" all'ammissione ai benefici penitenziari in assenza di un accertamento valutativo del giudice di sorveglianza sui progressi trattamentali e di un vaglio di compatibilità dei benefici esterni con la residua pericolosità sociale del condannato; ma integra una progressione costantemente sottoposta al controllo del giudice, dei servizi sociali e delle forze dell'ordine tale che, in caso di comportamenti del soggetto non conformi alla legge o alle prescrizioni imposte dal giudice, può invertire senso e restituire l'interessato all'espiazione della pena nel contesto detentivo.

Un sistema così concepito dovrebbe tranquillizzare anche i più irriducibili fautori delle esigenze di difesa sociale, i quali dovrebbero, del resto, trovare motivi di rassicurazione considerando tre dati, che paiono eloquenti: la quota nient'affatto "allarmante" di detenuti ammessi ai benefici penitenziari esterni (inferiore al 50% dei ristretti); il ridottissimo numero di detenuti che, ammessi alle misure extramurarie, commettono nuovi delitti o, evadendo, si sottraggono all'esecuzione; per converso, l'altissima percentuale di persone che, ammesse ad un percorso di reinserimento sociale nel corso della detenzione, non incorrono successivamente in fenomeni di recidiva nel reato (percentuale che, come è noto, sostanzialmente si azzera in presenza di un'attività di lavoro stabile e di un effettivo reinserimento sociale).

Un meccanismo di accesso alle misure esterne al carcere connotato da una attenta e finanche severa dosimetria dei benefici penitenziari da parte della magistratura di sorveglianza appare, quindi, in grado di "assorbire" gli effetti di una pronuncia del giudice costituzionale che consenta il dispiegarsi – anche per gli ergastolani "ostativi" – di una valutazione restituita alla competenza tecnica e alla responsabilità della magistratura di sorveglianza, posto che quest'ultima sarà comunque tenuta a una rigorosa disamina dei profili di pericolosità sociale del condannato sulla cui base articolare un eventuale e graduale accesso a forme di esecuzione esterna al carcere senza alcun automatico e incontrollato "liberi tutti". Il sistema dell'esecuzione penale e il governo che dell'ordinamento penitenziario viene fatto dai giudici di sorveglianza merita, dunque, la piena fiducia della Consulta.

Un terzo aspetto che dovrebbe essere tenuto in considerazione riguarda la constatazione che, nell'ambito di un regime penitenziario "ostativo", assolutamente impermeabile alle aperture esterne, non vi sono spazi per esperire neppure un tentativo di recupero della persona detenuta: da una parte, il soggetto resta inchiodato al giorno in cui ha commesso il reato, con lo stigma di irrecuperabilità impresso dal titolo del reato stesso, dall'altro, il sistema penitenziario non può realizzare il tentativo di recuperare il soggetto attraverso il trattamento rieducativo nei cui confronti, del resto, l'interessato non avrebbe alcun interesse o stimolo. A sua volta, al giudice di sorveglianza non sarà consentita alcuna disamina sul percorso penitenziario realizzato dal soggetto, sugli eventuali progressi compiuti e in relazione alla pericolosità sociale eventualmente ancora presente. Si realizza, in altri termini, un corto circuito paralizzante di ogni possibilità di rendere la persona condannata per un delitto "ostativo" un elemento recuperabile e perfino utile alla società civile. Per converso, la via d'uscita rappresentata dalla collaborazione con la giustizia non assicura di per sé che il "collaborante" sia persona non più pericolosa, non richiedendosi in capo a quel soggetto alcuna resipiscenza o ripudio dell'ideologia criminale, ma solo che la



collaborazione sia "utile" alle indagini, ben potendo, la medesima, essere prestata per scopi utilitaristici o, peggio, per scopi di vendetta personale o di odio nei confronti di altri soggetti.

Il quarto profilo da valutare riguarda la possibile ricaduta dell'eventuale *dictum* costituzionale favorevole alle prospettazioni del rimettente sull'istituto della collaborazione con la giustizia disciplinato dall'art. 58-*ter* della l. n. 354/75, indissolubilmente collegato all'ergastolo "ostativo". È stato rimarcato dalla pressoché unanime elaborazione dottrinale che il combinato disposto degli artt. 4-*bis* e 58-*ter* integra un costrutto inserito nella dinamica dell'esecuzione penitenziaria a fini esclusivamente preventivi e di difesa sociale, oltre a perseguire la dichiarata finalità di incentivare, attraverso la collaborazione con la giustizia, la lotta alla criminalità organizzata di stampo mafioso.

Ci si può chiedere se l'eventuale trasformazione della attuale presunzione assoluta di persistenza dei collegamenti del condannato con la criminalità organizzata in una presunzione soltanto relativa affidata al prudente vaglio del giudice di sorveglianza, pur potendo costituire un punto di caduta accettabile nella ponderazione degli equilibri valoriali presidiati dalla Costituzione, incida però in termini eccessivamente pregiudizievoli sull'istituto della collaborazione con la giustizia delineato nel già evocato art. 58-ter ord. penit. e sulle esigenze ad esso sottese. Occorre precisare che, anche nel caso dell'eventuale superamento dell'attuale regime dell'ergastolo "ostativo" per effetto dell'imminente intervento della Corte costituzionale, resterebbe in vigore la disciplina premiale imperniata sull'art. 16-nonies del d.l. 8/1991 che incentiva la collaborazione con la giustizia (sia pure in forme non esattamente sovrapponibili a quelle disciplinate nell'art. 58-ter ord. penit.) lasciando, quindi, sopravvivere il profilo marcatamente premiale di tale speciale disposizione, che istituisce una vera e propria "corsia preferenziale" per i condannati collaboratori di giustizia nell'applicazione di taluni importanti benefici premiali a prescindere dalle condizioni ordinarie previste per i condannati per delitti "comuni". Parimenti intoccata dovrebbe permanere la rimozione dei limiti di pena del regime ostativo che la collaborazione con la giustizia di cui all'art. 58-ter ord. penit. assicura a chi collabora positivamente con la giustizia. Verrebbe effettivamente meno, invece, il profilo penalizzante integrato dalla preclusione assoluta alla concessione dei benefici in assenza di una collaborazione effettiva. In definitiva, la perdita di attrattiva della collaborazione sarebbe limitata – per utilizzare impropriamente una terminologia civilistica – al venir meno della prospettiva de damno vitando che induce l'interessato a collaborare, ma non a quella de lucro captando. Detto questo, occorre altresì ribadire che, anche in una prospettiva sensibile alle esigenze di tutela della collettività sociale, la rimozione dei limiti di pena non equivale certamente alla ammissione tout court del soggetto alle misure esterne, la cui concessione resterebbe comunque subordinata allo scrutinio del giudice di sorveglianza, chiamato a valutare anche le ragioni della mancata collaborazione con la giustizia e le eventuali motivazioni che – nel singolo caso – la giustificano e consentono, pertanto, di superare la presunzione di persistenza dei collegamenti del soggetto con il sodalizio di appartenenza.

Le considerazioni che si sono esposte sembrano univocamente dipingere un quadro non drammatico – sotto il profilo delle esigenze di difesa sociale – dell'eventuale adesione della Corte costituzionale alla linea tracciata dalla giurisprudenza di Strasburgo con la recente sentenza *Viola c. Italia* che, del resto, la Consulta aveva già per alcuni aspetti abbracciato con la pronuncia n. 149/2018.

E tuttavia, un buon motivo per non abbandonarsi al sonno che accompagnò il Gran Condé la notte prima di Rocroi è dato dalla recente sentenza n. 188/2019, con cui il Giudice delle leggi ha impresso il sigillo della legittimità all'opzione legislativa volta ad implementare il "catalogo" dei reati ostativi inseriti nell'art. 4-bis ord. penit. prevedendo un più severo trattamento



sanzionatorio per particolari delitti a motivo dell'allarme sociale da essi suscitato. In questa prospettiva, l'assetto dell'attuale art. 4-bis, comma 1, ord. penit., imperniato sul "doppio binario penitenziario" risulta – ad avviso del giudice costituzionale – compatibile con la Carta fondamentale laddove risponda alla scelta del legislatore di considerare un determinato reato di particolare allarme sociale, ricollegandovi, in forza di una scelta discrezionale, un trattamento più rigoroso in fase di esecuzione.

Non si può, infatti, trascurare l'impatto che l'arresto n. 188/2019 potrebbe avere in tutti i giudizi di costituzionalità che riguarderanno il "doppio binario penitenziario".

Quel legittimo esercizio della discrezionalità legislativa, nel cui ambito trova spazio l'apprezzamento della gravità connessa al titolo di reato per il quale vi è stata condanna, dell'allarme sociale che ne consegue e dell'oggettiva pericolosità del comportamento descritto dalla fattispecie astratta potrebbe costituire, infatti, un fertile terreno di coltura per altre decisioni che, assumendo non arbitrarie le scelte legislative sottese al sistema di presunzioni legali di pericolosità degli autori di determinati reati, facciano pendere la bilancia dalla parte delle esigenze di difesa sociale con sacrificio delle istanze rieducative.

Le affermazioni della Consulta appaiono, in questa prospettiva, molto distanti da quelle utilizzate nella sentenza n. 149/2018 e si pongono a monito per quanti ritengano ottimisticamente in qualche modo "scontato" l'esito del pronunciamento del Giudice delle leggi.

L'ergastolo "ostativo" potrebbe, insomma, avere trovato un importante *assist* alla sua sopravvivenza nella legittimazione conferita dalla pronuncia n. 188/2019 al soddisfacimento delle istanze di prevenzione generale a fini di deterrenza, perseguito dal legislatore con l'implementazione del "doppio binario penitenziario" a detrimento della connotazione rieducativa della pena, in nome dell'allarme sociale suscitato nell'opinione pubblica da taluni fenomeni criminali.



Riflessione

# Problemi dell'ostatività sanzionatoria. Rilevanza del tempo e diritti della persona

Issues of punitive impediment. Relevance of time and individual rights

di Domenico Pulitanò

Contributo originariamente pubblicato nel volume Per sempre dietro le sbarre? L'ergastolo ostativo nel dialogo tra le Corti, Atti del Seminario - Ferrara, 27 settembre 2019, a cura di Giuditta Brunelli, Andrea Pugiotto e Paolo Veronesi, pubblicato in Forum di Quaderni Costituzionali – Rassegna, fasc. n. 10, 2019, pp. 154 ss.

SOMMARIO: 1. Il giudizio sulla persona e il fattore tempo. – 2. La pretesa di collaborazione: il fattore tempo e i diritti della persona. – 3. L'illegittimità costituzionale della ostatività sanzionatoria, non solo peri condannati all'ergastolo. – 4. Problemi del discorso pubblico.

1. La questione dell'art. 4-bis comma 1 dell'ordinamento penitenziario arriva al giudizio della Corte costituzionale, rafforzata dalla non ammissione del ricorso del Governo italiano contro la sentenza Viola della Corte EDU. Vi arriva in un clima politico segnato da emozioni e preoccupazioni legate al problema mafia, sorrette da motivazioni moralmente apprezzabili, ma accompagnate da enfatizzazioni e strumentalizzazioni politiche, che travisano pesantemente il senso della sentenza Viola ("I giudici di Strasburgo intimano all'Italia di dare permessi e benefici agli ergastolani'', intitola 'il Fatto Quotidiano' del 9 ottobre) e della questione che sarà esaminata a Palazzo della Consulta.

La discussione sui c.d. ergastolo ostativo ha senso (il suo senso specifico) sul presupposto della legittimità (a certe condizioni) dell'ergastolo come pena edittale, e non incide sulle valutazioni di opportunità politica a favore del mantenimento della pena a vita per i massimi

DPU – Diritto Penale e Uomo - Criminal Law and Human Condition | Via Serbelloni, 1 | 20122 MILANO (MI) |



delitti. In discussione non è il complessivo *sistema 4-bis* (l'insieme delle preclusioni ivi previste) ma solo il comma 1, in forza del quale la mancata collaborazione con la giustizia e di per sé ostativa alla concessione di benefici penitenziari, a meno che un'utile collaborazione sia impossibile. Ostativa addirittura alla possibilità di uscire dal carcere anche solo occasionalmente (questione dei permessi premio, oggetto specifico delle due ordinanze di remissione).

La giurisprudenza costituzionale, fin dalla sentenza capostipite n. 306/1993, richiamandosi alla relazione ministeriale presentata al Senato sul decreto legge n. 306 del 1992, ha posto in rilievo come fulcro (non l'unico) dell'intervento legislativo il contributo alle indagini che la collaborazione comporta. Ha evidenziato che la scelta collaborativa può essere espressione della volontà di emenda, ma anche frutto di mere valutazioni utilitaristiche e non anche segno di effettiva risocializzazione, e la possibilità, e che possono esserci casi (per es., rischio di esposizione a gravi pericoli per sé o per propri familiari) in cui la mancata collaborazione non può essere assunta come indice di pericolosità specifica.

In questi termini il legislatore "ha preso atto del peculiare significato che assume la collaborazione con la giustizia al fine di accertare la rottura dei collegamenti con le organizzazioni criminali di provenienza" (sentenza n. 273/2001). È peraltro ben chiaro il riconoscimento che ciò che al legislatore interessa è il conseguimento del risultato utile per il contrasto alla criminalità, che si attende dalla collaborazione con la giustizia. Al di là dei riferimenti a profili probatori, la giurisprudenza costituzionale ha sempre ragionato sull'art. 4-bis comma 1 come fattispecie sostanziale autonoma, non già come presunzione assoluta di qualcosa d'altro (la pericolosità personale).

Nella sentenza Viola, la Corte EDU ha dato decisivo rilievo a un profilo temporale: "la personalità del condannato non resta congelata al momento del reato commesso" (§. 125), la legge italiana "disponendo l'equivalenza tra l'assenza di collaborazione e la presunzione assoluta di pericolosità sociale ... collega la pericolosità dell'interessato al momento in cui i delitti sono commessi, invece di tener canto del percorso di inserimento e degli eventuali progressi compiuti dalla condanna" (§. 128).

L'opinione dissenziente del giudice Wojtyczek ha ravvisato (§. 8) un'ambiguità nell'uso della nozione di presunzione assoluta (di pericolosità). Si definisce presunzione assoluta non la premessa di un ragionamento probatorio, ma una regola di diritto che ricollega certe conseguenze giuridiche ad una fattispecie autonomamente costruita. Questa precisazione concettuale consente una corretta impostazione dei problemi relativi all'art. 4-bis, che distingue la fattispecie della mancata collaborazione, di cui al comma 1, da altre ipotesi centrate sulla questione della prova della pericolosità (della persistenza o cessazione del collegamento con la criminalità organizzata).

La lettura del comma 1 come presunzione assoluta è lo schema delle generalizzazioni presentate come valide in assoluto dalle critiche più drastiche (i giudici di Strasburgo "non capiscono che un capomafia resta tale per tutta la vita", leggiamo in un'intervista del Procuratore dott. Gratteri). Un tale irrigidimento trasforma in verità fattuale incontrovertibile un assunto che può essere un monito ragionevole relativo ai problemi di gestione del sistema 4-bis, che restano affidati alla magistratura.

L'origine del sistema 4-bis, nei primi anni '90, è collegata a un momento drammatico di delitti di mafia. Le restrizioni del regime penitenziario sono state pensate in vista di collaborazioni utili al contrasto alla mafia omicida nelle condizioni di quell'epoca. E per questo che il legislatore degli anni '90 ha costruito l'assenza di collaborazione come *fattispecie diversa* dalla fattispecie di pericolosità (la mancata prova del cessato collegamento con la criminalità organizzata), ma



*equivalente negli effetti:* la preclusione di benefici e misure alterative. Correttamente la sentenza Viola parla di *equivalenza* tra l'assenza di collaborazione e la valutazione di pericolosità sociale.

Non tener conto del percorso di inserimento e degli eventuali progressi compiuti dalla condanna, è il punto di contrasto con la CEDU, ravvisato dalla sentenza Viola. La medesima impostazione si ritrova nella giurisprudenza costituzionale, con particolare evidenza nella sentenza n. 149/2018: "la personalità del condannato non resta segnata in maniera irrimediabile dal reato commesso in passato, foss'anche il più orribile, ma continua ad essere aperta alla prospettiva di un possibile cambiamento". Questa bella formulazione esprime un punto di vista normativo, la prospettiva cui guarda il principio della rieducazione del condannato, che la sentenza citata (relativa alla disciplina di un'ipotesi particolare di ergastolo) ha valorizzato come principio base della costruzione della pena detentiva quale percorso di un possibile cambiamento. "Una volta che il condannato all'ergastolo abbia raggiunto, nell'espiazione della propria pena, soglie temporali ragionevolmente fissate dal legislatore e abbia dato prova di positiva partecipazione al percorso rieducativo, eventuali preclusioni all'accesso a benefici penitenziari possono legittimarsi sul piano costituzionale soltanto laddove presuppongano valutazioni individuali da parte dei competenti organi giurisdizionali, relative alla sussistenza di ragioni ostative di carattere special-preventivo, sub specie di perdurante pericolosità sociale del condannato".

Lo scorrere del tempo viene dunque in rilievo per un giudizio sulla personalità *non congelato* al momento della sentenza di condanna, e finalizzato alla funzione rieducativa di cui all'art. 27 Cost., al "principio della non sacrificabilità della funzione rieducativa sull'altare di ogni altra, pur legittima, funzione della pena".

2. Il corso del tempo ha rilievo non solo per il percorso 'rieducativo' del condannato ma anche come fattore di progressivo affievolimento degli interessi cui può servire la collaborazione con la giustizia. Quanto più cresce la distanza temporale dai delitti per i quali v'è stata condanna, tanto meno la collaborazione possibile mantiene interesse per esigenze attuali di contrasto alla criminalità.

Nei casi in cui è stata sollevata la questione di legittimità costituzionale, le condanne riguardano delitti lontani del tempo (20 anni e più): la guerra fra cosche della 'ndrangheta nel territorio reggino alla fine degli anni '80; delitti commessi fra il 1996 e il 1998. I periodi di detenzione hanno superato i 20 anni. Ha senso collegare, oggi, la concedibilità del permesso premio all'assenza di una collaborazione con la giustizia, in ragione dell'ipotetica utilità che potrebbe oggi avere?

A proposito di collaborazione con la giustizia, è d'interesse un confronto fra l'art. 4-bis comma 1 e l'esperienza del contrasto al terrorismo degli anni di piombo, negli anni '80 del XX secolo. Un contributo importantissimo alla dissoluzione delle bande armate venne dalla collaborazione di 'pentiti', favorita da una normativa *premiale* molto spinta, seriamente discussa ma ragionevolmente difendibile sul piano della legittimità costituzionale, e di fatto rivelatasi funzionale.

A battaglia vinta, una normativa speciale di favore fu pensata anche per la dissociazione senza collaborazione (legge 18 febbraio 1987, n. 34): una scelta politicamente sofferta (era sentita l'esigenza di non riconoscere i dissociati dal terrorismo come interlocutori politici), improponibile e di fatto mai proposta sul fronte del contrasto alla criminalità comune organizzata. Anche quella



scelta (premiare la dissociazione dal terrorismo in quanto tale) fa parte del quadro con cui confrontare la scelta operata nell'art. 4-bis.

La struttura del sistema 4-bis è ben diversa dalla struttura della legislazione antiterrorismo degli anni '70 e '80. Non è premiale (il profilo premiale sta nell'art. 58-ter). L'art. 4-bis, giusto al contrario, pone preclusioni all'accesso a benefici e misure alternative: preclusione di percorsi dell'esecuzione penitenziaria, previsti in via generale dall'ordinamento penitenziario, ma preclusi per il caso di mancata risposta alla sollecitazione a collaborare veicolata dall'art. 4-bis comma 1.

Dentro il sistema che legittimamente dà rilievo ostativo al mantenimento di rapporti con la criminalità organizzata, la preclusione del comma 1 cade in concreto sul *dissociato non collaborante*. Una linea di maggiore severità, diametralmente opposta *al favor* per i dissociati dal terrorismo nella legislazione speciale degli anni '80.

Può definirsi ostatività sanzionatoria? Non essendo posto un obbligo formale di collaborazione con la giustizia, l'effetto ostativo dell'assenza di collaborazione non rientra nella definizione di sanzione quale reazione all'inottemperanza a un obbligo. È perciò, nei contenuti e nelle finalità, una restrizione di diritti a supporto di una pretesa di collaborazione con la giustizia. La disciplina dell'art. 4-bis, comma 1, funziona come prospettazione di una perdita di diritti, per il caso che la collaborazione possibile ed utile non venga prestata. È il modo in cui funzionano le sanzioni. Ostatività sanzionatoria non è una bella definizione, ma coglie la sostanza della disciplina.

3. È costituzionalmente legittima la pretesa di collaborazione, sotto pena di preclusione dell'accesso a benefici e misure alternative?

Un problema di analoga struttura, assai più inquietante, è stato posto in discussioni successive agli attentati epocali dell'11 settembre 2001: è accettabile l'uso della tortura per ottenere informazioni che consentano di disinnescare la bomba? Se sostituiamo alla tortura la preclusione di benefici penitenziari, quale strumento di pressione per ottenere collaborazioni utili (di comprovata possibilità per il condannato), una tale prospettiva può essere non irragionevolmente sostenibile, là dove il condannato possa dare un contributo informativo importante per il contrasto attuale contro associazioni criminose attualmente operanti, cioè per la neutralizzazione di pericoli attuali di delitti particolarmente gravi. Sarebbe un ambito assai più ristretto dell'ambito di applicazione dell'art. 4-bis.

Fuori d'un tale ristretto ambito, una *pretesa* di collaborazione con la giustizia non può essere sorretta da tecniche sanzionatorie. Con riguardo a fatti (anche delitti gravissimi) del passato, il condannato mantiene i diritti di parola e di silenzio – che vanno riconosciuti a chiunque. Non è questione di diritto di difesa, ma di diritto della persona. Un diritto di libertà che non è intaccato da incentivi premiali, ma è invece intaccato se una scelta in esso rientrante viene 'sanzionata' con la perdita di diritti.

L'essere stato condannato non fa venire meno l'esigenza di rispetto della personalità cui è collegato il diritto al silenzio. La collaborazione con la giustizia può essere legittimamente premiata, ma la mancata collaborazione non può essere 'sanzionata' con la perdita di diritti, la preclusione di percorsi finalizzati alla rieducazione (un fine *non sacrificabile sull'altare di ogni altra, pur legittima, funzione della pena*). Può essere valutata nell'ambito del giudizio sulla persistenza di legami con la criminalità organizzata, ma non in termini di presunzione assoluta di pericolosità. Appunto questo è il ragionamento della Corte EDU nella sentenza Viola.



Ad una considerazione d'insieme sul problema collaborazione, la legittimità del trattamento *premiale* per scelte di collaborazione utili *fa sistema* con l'illegittimità di un trattamento 'sanzionatorio' (preclusione di diritti altrimenti spettanti) prospettato quale strumento di pressione. Parametri costituzionali, gli articoli 2, 3, 27 Cost.: sono in gioco diritti inviolabili della persona (di *parola e silenzio*, nella dimensione esistenziale), e l'uguaglianza di trattamento dei condannati nella prospettiva della c.d. rieducazione.

Il crescere della distanza dal tempo del commesso delitto affievolisce, fino ad azzerarlo, il valore di eventuali dichiarazioni rispetto ad esigenze attuali di contrasto alla criminalità. Ciò rende più evidente l'implausibilità e più grave l'inaccettabilità della *pretesa di collaborazione supportata da un meccanismo sostanzialmente sanzionatorio*.

In questi termini, il problema di legittimità costituzionale dell'art. 4-bis comma 1 si pone non solo per i condannati all'ergastolo, ma anche per i condannati a pene detentive temporanee. Per questi ultimi l'effetto delle preclusioni è meno drammatico, e meno giustificabile; la recente inserzione di delitti contro la P.A. nel sistema 4-bis (legge c.d. Spazzacorrotti del gennaio 2019) appare un caso limite di irragionevolezza intrinseca.

Per gli ergastolani viene in rilievo anche il diritto alla speranza: illegittimità di un carcere a vita del quale sia stata gettata via la chiave.

Nella disciplina generale dell'ergastolo, il fattore tempo è preso nella dovuta considerazione. L'accesso al lavoro all'esterno e a permessi premio è consentito dopo 10 anni; per le misure alternative (diverse dalla liberazione anticipata, non toccata nel sistema 4-bis) i tempi sono assai più lunghi. 10 anni è un tempo ragionevolmente sufficiente sia per scongelare il giudizio sulla personalità del condannato alla luce del percorso penitenziario, sia per il giudizio su possibilità ed esigenze di una ipotetica collaborazione attuale con la giustizia – ricollegabile ad esigenze attuali di contrasto con la criminalità – da parte di un condannato che *non* abbia mantenuto legami con il mondo della criminalità organizzata.

Per ciascun istituto compreso nel sistema 4-bis, i principi costituzionali pertinenti sono i medesimi. L'insensatezza dell'ostatività sanzionatoria appare più evidente con riguardo al lavoro esterno e ai permessi premio, che hanno una peculiare *connotazione di contingenza* (così l'ordinanza della Cassazione nel caso Cannizzaro). Più vistosi – quantitativamente più gravi – gli effetti del blocco di misure alternative, che dovrebbero essere il normale passaggio verso il pieno recupero della libertà.

**4.** Di fronte al convergere, nel discorso pubblico, di giuste emozioni e preoccupazioni e di aggressiva (e mendace) propaganda, la critica dell'ergastolo ostativo ha la responsabilità di parlare anche alla gente comune: dare conto delle ragioni che aprono alla possibilità e giustizia di trattamenti differenziati, a tempo debito, senza pericolo per la sicurezza attuale, e nel rispetto dovuto alle vittime.

Attenti a togliere l'ergastolo ai boss, e intitolato un articolo (L'Espresso, 6 ottobre 2019) che ravvisa nella norma in discussione uno dei punti fermi del contrasto alle mafie. L'ergastolo ai boss, per gli omicidi aggravati commessi, resta la pena prevista dalla legge (da disciplinare in modi costituzionalmente accettabili).



In questi stessi giorni, ha fatto notizia e suscitato discussioni la richiesta di detenzione domiciliare di un capo mafia che avendo collaborato con la giustizia ha avuto la pena di 30 anni, ne ha finora passati in carcere 23, e ha già beneficato di numerosi permessi premio, e degli sconti di pena, c.d. liberazione anticipata. La scadenza della pena sarebbe a novembre 2021. Tanto clamore per due anni residui, dopo i 23 passati in carcere? Il rigetto della richiesta, che aveva avuto il parere favorevole del Procuratore nazionale antimafia, mostra – comunque lo si valuti – che anche in assenza di disposizioni ostative rigide le esigenze di tenuta della risposta al delitto trovano adeguato riconoscimento.

I diritti di vittime e carnefici, è il titolo di un articolo (la Repubblica, 6 ottobre 2019) che registra opinioni contrapposte, e chiude facendosi portavoce delle vittime: "Chi ha visto cadere i propri cari per mano mafiosa ha diritto di veder scontare una pena rigorosa. Che si può interrompere, come prevede oggi la legge, ma solo dopo comportamenti che azzerano il passato criminale". Dobbiamo farci carico del fatto che sono in gioco diritti di carnefici: di responsabili di delitti all'apice della scala di gravità.

La Corte costituzionale, continuando nella serie di sentenze che stanno rimodulando il sistema sanzionatorio, potrà spiegare che *rivedere l'ergastolo ostativo non vuol dire rimettere i boss in liberta* (così il bel titolo scelto da *Il foglio*, 9 ottobre 2019). Dichiarare l'illegittimità costituzionale dell'art. 4-bis comma 1 significa riconoscimento di diritti non di carnefici in quanto tali, ma in quanto condannati che hanno la dignità propria di qualsiasi persona umana, e hanno diritto a percorsi penitenziari aperti alla speranza *se hanno rotto i collegamenti con la criminalità organizzata*. Per l'ordinamento penitenziario, sarebbe un recupero di razionalità. Per tutti noi, comprese le vittime di delitti, un orizzonte di civiltà preferibile a quello della vendetta e della paura.

Al tempo aurorale della civiltà della *polis* è stato messo in scena il mito della trasformazione delle Erinni, dee della vendetta di sangue, in Eumenidi, ministre di una giustizia della misura. Oggi abbiamo la responsabilità di spiegare che una giustizia costruita da un buon legislatore ed affidata a sagge Eumenidi può (talora deve) essere molto severa, ma non ha bisogno di meccanismi come l'ergastolo ostativo per mancata collaborazione, e tanto meno di previsioni di ostatività sanzionatoria rispetto ai normali percorsi penitenziari, per i condannati per delitti non della massima fascia di gravita.



Riflessione

Ammissibili i permessi premio per chi non ha collaborato con la giustizia, purché sia accertata l'esclusione di collegamenti con l'organizzazione mafiosa

Con un comunicato stampa la Corte costituzionale annuncia la decisione sull'"ergastolo ostativo"

Good behavior licenses are admissible for those who didn't collaborate with the law, provided that any connections with the organized crime are excluded

The Constitutional Court announced the decision on life sentences without parole through a press conference

di Fabio Fiorentin

La Corte costituzionale si è pronunciata, all'esito della pubblica udienza del 22 ottobre, sulle questioni di legittimità costituzionale sollevate, rispettivamente, dalla Prima Sezione penale della Corte di cassazione con <u>ordinanza del 20 dicembre 2018</u>, n. 59, con cui la rimettente ha posto in dubbio la legittimità costituzionale della preclusione al beneficio del permesso premio per il condannato all'ergastolo che non abbia collaborato con la giustizia, che abbia sempre



mantenuto negli anni di detenzione un comportamento improntato alla correttezza comportamentale e all'adesione al trattamento rieducativo, e dal Tribunale di Sorveglianza di Perugia con ordinanza del 28 maggio 2019, n. 135, che ha sollecitato lo scrutinio della medesima disposizione di matrice penitenziaria in relazione agli stessi parametri evocati dalla Cassazione, ma in un caso differente, quello dell'ergastolano condannato quale esponente apicale di un'organizzazione mafiosa.

La Corte ha dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'articolo 4-bis, comma 1, della legge 26 luglio 1975, n. 354 (Ordinamento penitenziario) nella parte in cui non consente la concessione di permessi premio nei confronti dei condannati per taluno dei reati "assolutamente ostativi" indicati dalla disposizione censurata che non abbiano collaborato con la giustizia, anche nel caso in cui siano stati acquisiti elementi tali da escludere sia l'attualità dell'affiliazione all'associazione criminale sia, più in generale, il pericolo del ripristino di collegamenti con la criminalità organizzata. Resta salvo che l'interessato deve avere dato piena prova di partecipazione al percorso rieducativo.

La quaestio delibata dalla Consulta riguarda soltanto uno dei benefici penitenziari concedibili alla generalità dei condannati (il permesso premio), così che la decisione annunciata dal comunicato si pone come leading case di un prevedibilmente lungo sciame di pronunce che – applicando il medesimo principio oggi affermato – ne estenderanno la valenza agli altri benefici penitenziari e, in particolare, alle misure alternative alla detenzione. Nella prospettiva della progressione trattamentale che ispira l'ordinamento penitenziario, infatti, l'ammissione all'esperienza dei permessi premio è soltanto il primo passo verso il pieno recupero della libertà che, attuandosi con il termine dell'esecuzione della pena, si sviluppa con la graduale sperimentazione del detenuto attraverso benefici e misure via via più ampi, seguendo i progressi nel percorso rieducativo del soggetto.

La sentenza sembra avere recepito la prospettazione dei rimettenti per cui la presunzione assoluta di pericolosità sociale cristallizzata nel divieto assoluto di ammissione ai benefici penitenziari per il condannato non collaboratore si pone in contrasto con la consolidata elaborazione costituzionale per cui le presunzioni legali assolute che incidono su diritti fondamentali sono illegittime se arbitrarie, irrazionali, ovvero se non riflettano dati esperienziali generalizzati secondo *l'id quod plerumque accidit* (Corte cost., sent. 57/2013). Su questa premessa, la Corte costituzionale – pronunciandosi in tema di custodia cautelare in carcere – già aveva ritenuto irrazionale l'equiparazione, sotto il profilo dei presupposti applicativi della detta misura cautelare, della situazione di chi commetta un delitto al fine di agevolare una consorteria mafiosa (art. 7 d.l. 152/91) a quella di chi abbia commesso un reato che implichi necessariamente l'affiliazione al sodalizio mafioso. Con la successiva sentenza n. 48/2015, la Consulta ha censurato la disciplina delle misure cautelari personali (art. 275, comma 3, secondo periodo, c.p.p.) nella parte in cui non consente al giudice – nel caso di concorrente esterno nel delitto di cui all'art. 416-bis c.p. – di valutare eventuali elementi specifici da cui desumere che le esigenze cautelari possano essere assolte, nel caso specifico, con misure diverse dalla custodia carceraria.

Analoghe criticità sotto il profilo costituzionale affliggono la disposizione dell'art. 4-bis, o.p., che, cristallizzando un'indistinta presunzione assoluta di incompatibilità dei condannati per i delitti ivi indicati ai fini dell'accesso ai benefici penitenziari, anche con riferimento ai soggetti condannati ai sensi dell'art. 7 d.l. 152/91, non consente al giudice di sorveglianza il vaglio della singola posizione, allo scopo di verificare se, nel singolo caso, sia o meno sussistente il vincolo associativo alla base del giudizio di pericolosità soggettiva che la preclusione in esame eleva fondamento della preclusione assoluta all'accesso ai benefici penitenziari.



L'irragionevole "blocco" portato dalle preclusioni assolute finisce, inoltre, per incidere sulla finalità rieducativa della pena ponendosi in contrasto con quelle linee giurisprudenziali delle Corti di garanzia che assegnano valore preminente all'obiettivo della risocializzazione del condannato rispetto ad altri interessi od esigenze (anche di difesa sociale), così come affermato – tra le altre – dalla sentenza della Corte costituzionale n. 149/18, che – richiamando a propria volta la giurisprudenza convenzionale (sentenza *Vinter c. Regno Unito* del 2013) – assegna appunto un ruolo di preminenza alla funzione rieducativa della pena.

Il sistema censurato dalla Consulta appariva, del resto, irrazionale nel prevedere la collaborazione con la giustizia quale unica condizione possibile per l'accesso ai benefici penitenziari anche nei confronti di quei soggetti condannati *ex* art. 7, d.l. 152/91, in rapporto ai quali non è automatica, secondo l'*id quod plerumque accidit*, la sussistenza dell'affiliazione al sodalizio mafioso. Infatti, pur essendo incontestato che la collaborazione con la giustizia determini la rottura del vincolo associativo, nondimeno l'assolutezza della previsione per cui senza collaborazione si presume la persistente appartenenza organica del soggetto alla compagine mafiosa contrasta con la possibilità, nel caso concreto, di rinvenire *aliunde* rispetto al dato giudiziario della prestata collaborazione elementi che consentano di pervenire comunque alla medesima conclusione dell'avvenuta rescissione di tale appartenenza, rendendo pertanto irrazionale l'apodittica equiparazione tra mancata prestazione della collaborazione e persistente pericolosità del condannato.

Per effetto del *dictum* costituzionale, sarà ora il giudice di sorveglianza, nel caso di istanze di permesso premio, a dover vagliare i profili evidenziati dalla Corte e condurre i necessari approfondimenti istruttori al fine di verificare la sussistenza di elementi dai quali desumere la prova positiva della rescissione (o comunque la non perdurante attualità) del vincolo associativo e comunque la inesistenza del rischio che il soggetto, se ammesso al beneficio, possa riallacciare i contatti con l'organizzazione mafiosa. Si tratta di un aggravio non solo per la responsabilità della magistratura di sorveglianza, già in affanno per gli eccessivi carichi di lavoro (come ha recentemente riconosciuto la stessa Corte costituzionale nella recente sentenza n. 216/2019), ma anche per gli organi cui i giudici indirizzeranno le richieste istruttorie volte all'acquisizione di elementi relativi agli eventuali rapporti dei condannati con il sodalizio mafioso di appartenenza (essenzialmente, saranno coinvolte le DDA, ma anche le altre articolazioni inquirenti, oltre agli organi della pubblica sicurezza).

Strumenti essenziali della verifica demandata al giudice dovrebbero essere idonei "criteri individualizzanti" che prendano il posto delle presunzioni legali espunte dalla pronuncia costituzionale. Un'importante indicazione viene offerta, a tal proposito, dalla giurisprudenza costituzionale che, con la sentenza n. 257/2006, ha espressamente individuato – a titolo esemplificativo – tali parametri nella «... valutazione della "qualità" dei comportamenti, del tipo di devianza, della lontananza nel tempo fra le condanne». Ulteriori elementi "individualizzanti" potrebbero essere costituiti dalla valutazione del *tempus commissi delicti*, dell'evoluzione della personalità successiva al delitto, della valutazione della condotta penitenziaria; dell'adesione e la partecipazione attiva al percorso rieducativo "individualizzato" prescritto dalla legge (artt. 13 e 15, o.p.); delle condizioni soggettive del condannato (con particolare riguardo alla situazione familiare, alla sfera lavorativa e alle condizioni di salute); dell'effettuazione di un percorso di revisione critica (art. 27, d.p.r. n. 230/2000).

Alla luce del *dictum* costituzionale, deve riflettersi che ben si sarebbe potuto evitare il ricorso al Giudice delle leggi (e – per inciso – a quello di Strasburgo che si è pronunciato in termini analoghi a quelli della Corte costituzionale nella recente <u>sentenza del 13 giugno di quest'anno, Viola c. Italia</u>) qualora, con solo un poco di lungimiranza in più, il legislatore avesse



accolto una delle proposte elaborate dagli Stati Generali dell'Esecuzione Penale, nel cui ambito era stato affrontato anche il tema dell'ergastolo "ostativo". Tra le proposte di riforma, vi era infatti quella elaborata dal Tavolo XVI, che ipotizzava, da una parte, il superamento del regime ostativo del "doppio binario penitenziario" e, dall'altra, rimodellava l'istituto della collaborazione con la giustizia (art. 58-ter, o.p.), trasformando il giudizio di pericolosità derivante dalla mancata collaborazione con la giustizia da presunzione assoluta di pericolosità in presunzione relativa, come tale superabile in seguito al vaglio del giudice di sorveglianza, mantenendo comunque ferma – a ulteriore garanzia delle esigenze preventive – la condizione dell'assenza dell'attualità di collegamenti dell'interessato con la criminalità organizzata, terroristica o eversiva.

Se queste proposte si fossero trasformate in legge, si sarebbe riportato nell'alveo costituzionale l'istituto dell'"ergastolo ostativo" mettendo al riparo l'ordinamento penale da quelle urticanti censure con cui già la Corte di Strasburgo ed ora anche la Consulta costituzionale hanno stigmatizzato il "fine pena mai".



Articolo

# Discrezionalità giudiziale (e suoi limiti) nella "giurisdizione rieducativa"

Judicial Discretionary power (and its extent) and the "rieducational jurisdiction"

di Fabio Fiorentin

Abstract. L'attività esercitata dalla magistratura di sorveglianza è contraddistinta da procedure giudiziali e giurisdizionali che contemplano ampi margini di apprezzamento discrezionale nella valutazione degli elementi istruttori e nelle decisioni assunte. Se, dunque, l'elevata discrezionalità è uno dei tratti più salienti che connotano la "giurisdizione rieducativa", caratterizzandola in rapporto ad altri plessi giurisdizionali, tale peculiarità suggerisce una riflessione sui profili di elevata criticità che si evidenziano in rapporto al principio di legalità e alla prevedibilità delle decisioni del giudice di sorveglianza, alla luce dei principi elaborati dalla giurisprudenza europea e costituzionale e della progressiva attrazione della disciplina penitenziaria nella "materia penale".

**Abstract.** The magistrates of surveillance activity is characterized by judicial and jurisdictional procedures which display high degrees of discretionary evaluation of all the elements involved. Therefore, if a high level of discretion is one of the main features that distinguish "re-educational jurisdiction" from other jurisdictional practices, such peculiarity suggests to outline the major critical issues regarding the principle of legality and the predictability of magistrates' decisions, in the light of the priciples established by the ECHR and the Constitutional Court, that progressively attract the penitentiary system into the "criminal matters".

SOMMARIO: 1. Premessa. La fine della legalità "legicentrica" e l'avvento di un mondo entropicamente disconnesso. — 1.1. La "giurisdizione rieducativa" come paradigma della funzione "giuscreativa" di matrice giurisprudenziale. — 2. La "conoscibilità" della giurisprudenza della magistratura di sorveglianza. — 3. La "prevedibilità" delle decisioni della







magistratura di sorveglianza. – 3.1. La "prevedibilità" dal punto di vista europeo e il "doppio binario penitenziario". – 3.2. Il profilo soggettivo della "prevedibilità". – 4. "Oltre ogni ragionevole dubbio"? – 5. La corrispondenza tra il "chiesto" e il "pronunciato". – 6. La discrezionalità nel momento esecutivo delle misure alternative. – 7. "Giuscreatività" e vincolo costituzionale – 8. Alcune considerazioni in chiusura.

SUMMARY: 1. Introduction. The end of "legicentrical" legality and the advent of a disconnected entropic world. -1.1. The "re-educational jurisdiction" as paradigm of the creativity of the judiciary. -2. The "knowability" of the jurisdiction of the magistrates of surveillance. -3. The "predictability" of the decisions of the magistrates of surveillance. -3.1. The "predictability" in the light of the European jurisdiction and the "double penitentiary binary". -3.2. The subjective profile of the "predictability". -4 "Beyond any reasonable doubt"? -5. The "non ultra petita" rule. -6. Discretionary evaluation in application of the measures alternative to the detention. -7. "Creativity" in the judiciary and constitutional boundaries. -8. Some thoughts to conclude.

«Ubi pro ratione stat voluntas»

# 1. Premessa. La fine della legalità "legicentrica" e l'avvento di un mondo entropicamente disconnesso.

Il tema della discrezionalità del giudice di sorveglianza nella fase dell'esecuzione penitenziaria, oggetto delle rapsodiche considerazioni che seguono, si interseca strettamente con il fenomeno – ormai ampiamente attestato e scandagliato dalla letteratura – della ingravescente perdita di peso specifico della fonte legislativa<sup>1</sup>.

Il dato fenomenologico che caratterizza il nostro attuale momento storico rimanda, infatti, alla progressiva perdita di quella centralità assoluta in precedenza rivestita dalla legalità "legicentrica" in favore di una molteplicità di altre fonti di diritto tra cui, in posizione di assoluto rilievo, si colloca l'attività "giuscreativa" dei giudici e delle Corti nazionali e convenzionali<sup>2</sup>.

Molteplici sono le ragioni di questa costante erosione, che già Carnelutti registrava (e deprecava): l'indice va puntato, anzitutto, sul sempre più scadente *drafting* legislativo, che rende i testi normativi oscuri nella loro *ratio*, lessicalmente ambigui e contenutisticamente carenti, lasciando ampio spazio a variegate soluzioni interpretative nel momento applicativo, così che la *voluntas legis* come enunciata ed applicata nelle decisioni dei giudici finisce, spesso, per risultare diversa dalla *voluntas legislatoris*<sup>3</sup>.

<sup>&</sup>lt;sup>1</sup> Si vedano, tra i più recenti contributi, E. Addante, *Il principio di prevedibilità al tempo della precarietà*, e M. Cerfeda, *La prevedibilità ai confini della materia penale: la sentenza n. 24/2019 della Corte costituzionale e la sorte delle "misure di polizia"*, entrambi in *Arch. pen.*, 2, 2019. Rileva in particolare E. Addante: «ormai, è sempre più inflazionato nel linguaggio giuridico l'uso del termine "crisi" per identificare la condizione deficitaria e/o di impoverimento in cui si trova, purtroppo da anni, il potere legislativo – a titolo esemplificativo si parla di "crisi della legge", di "crisi della riserva di legge", di "crisi della tipicità" – a cui, inevitabilmente, è corrisposto un potenziamento della giurisprudenza e del potere esecutivo».

<sup>&</sup>lt;sup>2</sup> Sul ruolo nomopoietico della giurisprudenza e, in particolare, delle Corti di vertice è stato giustamente osservato: «(...) le considerazioni della Cassazione sono interessanti perché spiegano come agiscano le massime che essa elabora nell'esercizio della sua funzione nomofilattica, cioè quando enuncia principi di diritto che hanno tutti i requisiti propri della norma giuridica. In questo caso, così come nelle decisioni "additive" della Corte costituzionale o in quelle di interpretazione della Corte di giustizia, siamo di fronte a pronunce giudiziali che hanno, dal punto di vista sostanziale, caratteristiche del tutto simili alla legislazione». (R. Bin, A discrezione del giudice. Ordine e disordine: una prospettiva "quantistica", Angeli editore, 2013, p. 64). Si vedano anche le sempre attuali riflessioni di G. Fiandaca, Diritto penale giurisprudenziale e ruolo della Cassazione, in Cass. pen., 2005, pp. 1722 ss.

<sup>&</sup>lt;sup>3</sup> Come rileva G. Fiandaca, *Diritto penale giurisprudenziale*, cit., p. 1725: «in questo orizzonte, ciò che si è progressivamente smarrita è (per dir così) la razionalità penalistica unitaria di tipo sistemico [...]. Quando entra in crisi la razionalità unitaria a livello normativo, il primato dei legislatori è insidiato dalla crescita di peso del ruolo degli interpreti e, in modo particolare, dei giudici: ai quali spetta di attribuire, comunque, un possibile senso alle varie norme sparse nell'arcipelago ordinamentale».



Non secondarie responsabilità di tale scadimento nella qualità del materiale normativo devono, inoltre, ascriversi al ruolo sempre più predominante dell'Esecutivo, divenuto il vero motore legislativo in vece del Parlamento – ormai relegato a quel ruolo di notarile approvazione della volontà dei leaders politici che fu del senato romano nel periodo del Dominato - ed all'abnorme ricorso alla decretazione di urgenza, ispirata dalle urgenze della politica. L'ormai abituale ricorso a decreti-legge o - più esattamente - "decreti-manifesto", ispirati all'unico obiettivo di fornire una risposta purchessia alle esigenze politiche del momento sacrifica, infatti, un approccio ponderato ai problemi da risolvere<sup>4</sup>, mentre le sincopate tempistiche di confezione e adozione dei testi normativi sovente scontano la poca cura della dizione normativa e non prestano la dovuta attenzione all'esigenza di mantenere la necessaria coerenza sistematica tra il nuovo diritto e l'assetto ordinamentale esistente, con le conseguenze che sono sotto gli occhi di tutti gli operatori: aporie e lacune normative, proliferazione di indirizzi giurisprudenziali difformi, decisioni "a sorpresa", aumento esponenziale delle questioni di legittimità costituzionale, crescenti sfasature nelle prassi applicative tra diversi uffici giudiziari e, non di rado, all'interno dei medesimi uffici. A rendere più complessa e difficile l'attività dell'interprete contribuisce, infine, la progressiva e sempre più stretta compenetrazione tra gli ordinamenti interno, eurounitario e convenzionale, che formano piani in un continuo e spesso complicato moto di reciproca intersezione<sup>5</sup>.

Un tale scenario ha favorito e, in qualche misura, reso necessario un ruolo del giudice sempre meno *bouche de la loi* (dal momento che la *loi* ha perdute da tempo quelle caratteristiche di certezza, determinatezza e coerenza che avrebbero consentito, appunto, al giudice di limitare il proprio apporto alla mera stretta applicazione della stessa) e sempre più *demiurgo* di quel diritto "certo" che la legge formale non è più in grado di assicurare tanto è – sempre più spesso – lacunoso e oscuro il suo dettato<sup>6</sup>. Nello scenario attuale, dominato dall'entropia delle fonti e dell'interpretazione creativa del diritto, l'attività ermeneutica del giudice costruisce, dunque, il diritto: «*law is what judges say it is»*<sup>7</sup>.

Se è vero che l'ordinamento si sviluppa e "vive" attraverso il costante apporto "giuscreativo", in un contesto segnato da importanti disconnessioni e in perenne procinto di implodere nelle sue contraddizioni, la propensione maieutica della giurisprudenza in tanto può assumere un ruolo di legittima integrazione/creazione del diritto in quanto offra ai consociati linee giurisprudenziali caratterizzate da un accettabile tasso di certezza e prevedibilità, valori fondamentali che stanno a fondamento dell'ordinato sviluppo dei rapporti tra i consociati. In

<sup>&</sup>lt;sup>4</sup> Come rileva autorevole dottrina, «mentre per un verso si continua a inseguire il sogno accademico di una riforma – sostanzialmente codicistica – che razionalmente coniughi la revisione delle sanzioni con quella delle fattispecie criminose, per l'altro verso si continua a ritoccare ora qua ora là aspetti particolari del sistema sanzionatorio, senza considerare che il garbuglio inestricabile in cui esso è precipitato rende ogni intervento – al di là delle migliori intenzioni legislative. Necessariamente foriero di ulteriori confusioni, sovrapposizioni, irragionevolezze (F. Palazzo, *Riforma del sistema sanzionatorio e discrezionalità giudiziale*, in *Dir. pen. proc.*, 1, 2013, p. 98). Sulle problematiche della qualità delle leggi v. anche D. Pulitanò, *La cultura giuridica e la fabbrica delle leggi*, in *Dir. pen. cont.*, 28 ottobre 2015.

<sup>&</sup>lt;sup>5</sup> F. Ippolito, *Diritti, giuristi e giudici per l'Europa, in Il filo delle tutele nel dedalo d'Europa*, a cura di E. Falletti, V. Piccone, Jovene, 2016, pp. 563 ss.

<sup>&</sup>lt;sup>6</sup> Cfr. V. Manes, *Il giudice nel labirinto. Profili delle intersezioni tra diritto pen a le e fonti sovranazionali*, Dike Giuridica Editrice, 2012, che osserva (p. 22): «la creatività del giudice [...] è il dato di realtà che segna l'elemento maggiormente caratterizzante l'epoca attuale». Nello stesso senso S. Crispino, *Interpretazione conforme al diritto europeo e internazionale in materia penale*, in *Ars interpr.*, 1, 2019, pp. 171 ss., rileva: «l'entrata in vigore della Costituzione prima, l'adesione al sistema CEDU e l'influenza crescente delle fonti dell'Unione europea poi, hanno scardinato l'ideale di matrice illuministica del giudice *bouche de la loi*, in quanto il giudice è divenuto non solo co-protagonista del legislatore nella produzione del diritto ma anche il protagonista principale del dialogo con le due Corti europee, nonché un attore fondamentale dell'attuazione del diritto europeo».

<sup>&</sup>lt;sup>7</sup> Si tratta, invero, di un fenomeno evidente non solo nell'ambito del *common law*, ma anche negli ordinamenti di *civil law*, tanto che la Corte di Strasburgo ha riconosciuto il ruolo decisivo della nomopoietica di matrice giurisprudenziale, identificando il "diritto vivente" con il testo di legge come interpretato dalle giurisdizioni nazionali, con il limite del divieto di analogia. Sulla necessità, da parte della giurisprudenza, di ricostruire un unico concetto di legalità, uguale sia per i Paesi di *civil law* che di *common law*, cfr. Corte EDU, 24 aprile 1990, *Kruslin e Huving c./ Francia*, in E. Addante, *Il principio di prevedibilità*, cit.



questa prospettiva, tuttavia, è evidente che l'elevato tasso di discrezionalità ermeneutica, nella misura in cui conduce alla incontrollata proliferazione di interpretazioni e prassi applicative tra loro difformi o, addirittura inconciliabili, contribuisce – come in una sorta di paradossale circolo vizioso – ad alimentare quella incertezza che si proponeva, invece, di dissipare<sup>8</sup>.

Nel campo penalistico, tale patologico fenomeno è arginato, in parte, dalla netta distinzione che la Corte costituzionale pone tra la "materia penale" – ove vige l'esclusività della praevia lex scripta et stricta, rispetto alla quale al giudice è riservata una mera funzione dichiarativa/integrativa delle "zone d'ombra" della legge, in conformità ai sistemi giuridici di tradizione continentale<sup>9</sup> – ed altri plessi ad essa limitanei (quali ad es. il sistema delle misure di prevenzione) nei quali la fonte normativa ambigua o lacunosa ammette una eterointegrazione da parte del giudice al fine di soddisfare la condizione della "prevedibilità", da parte dei consociati, delle conseguenze derivanti dalla violazione del precetto normativo. Tale contributo giuscreativo, tuttavia, deve consistere in una integrazione operata dall'interpretazione seguita da una giurisprudenza «costante e uniforme» 10, così come afferma anche la Corte EDU che pone, altresì, all'attività integratrice del formante giurisprudenziale il limite del divieto di interpretazione estensiva e analogica (concetti - si nota - che nella giurisprudenza della Corte di Strasburgo si sovrappongono)<sup>11</sup>.

1.1. La "giurisdizione rieducativa" come paradigma della funzione "giuscreativa" di matrice giurisprudenziale.

Nel sistema dell'esecuzione penitenziaria il fenomeno della creatività giurisprudenziale è particolarmente avvertito, caratterizzando la "giurisdizione rieducativa" al punto che quest'ultima si identifica come la funzione in cui la discrezionalità del giudice è portata alla sua massima espansione.

Tra le ragioni che stanno alla base di tale peculiare aspetto, un rilievo non secondario assume la genesi storica della magistratura di sorveglianza, nata quale "costola" dei tribunali penali (la "sezione di sorveglianza") per svolgere funzioni che, almeno inizialmente, erano ritenute – e si connotavano effettivamente – come lato sensu amministrative o, al più, "giudiziali" ma non propriamente "giurisdizionali", così che appariva quasi scontato che l'espletamento delle dette funzioni si esercitasse con un margine particolarmente ampio di discrezionalità.

Pur essendo, attualmente, questa iniziale caratteristica dell'attività della magistratura di sorveglianza ormai quasi del tutto recessiva, in seguito alla progressiva "giurisdizionalizzazione" dell'esecuzione penale avviatasi dapprima con la "legge Gozzini" del 1986 e – in misura ancor maggiore – a partire dalla "legge Simeone" n. 165 del 1998, la giurisdizione di sorveglianza ha conservato ed, anzi, in qualche misura forse persino accresciuto quell'elevata discrezionalità che appare coessenziale all'oggetto della "giurisdizione rieducativa" quale cognitio che s'incentra sulla personalità del condannato piuttosto che sul fatto-reato.

<sup>&</sup>lt;sup>8</sup> Infatti: «il passaggio dalle disposizioni (selezionate dall'interprete) alla norma da applicare al "caso" (costruito dall'interprete) è un processo entropico, in cui le informazioni di partenza, ben organizzate da quei criteri, si confondono fino a smarrirsi. Le motivazioni della decisione non possono invertire la "freccia del tempo" e restituirci le informazioni ormai perse. Sono una giustificazione del lavoro svolto, più che una descrizione compiuta di esso. Indispensabili in quanto atto di legittimazione, ma incapaci di restituirci un processo che non ha linearità e completa misurabilità, essendo dominato dall'entropia» (R. Bin, A discrezione del giudice, cit., p. 62). Cfr. da ultimo le sentenze "gemelle eterozigote" nn. 24 e 25 del 24 gennaio 2019, in Arch. pen. (web), 2, 2019, con nota di M.

<sup>10</sup> Corte cost., 24 gennaio 2019, n. 24, cit.

<sup>11</sup> Corte EDU, 24 maggio 2007, Dragotoniu e Militaru-Pidhorni c./ Romania, in http://hudoc.echr.coe.int.



Il principio costituzionale iscritto nell'art. 27 della Carta fondamentale, per cui tutte le pene devono tendere alla risocializzazione del condannato, posto alla base dello sviluppo delle misure alternative alla detenzione ben giustifica, infatti, l'ampia possibilità di apprezzamento discrezionale riconosciuto alla magistratura di sorveglianza, incaricata di adeguare in sede esecutiva, nel singolo caso, il trattamento sanzionatorio alle caratteristiche personologiche del condannato, valutando l' "an" della concessione della misura esterna al carcere, il "quomodo" (mediante l'imposizione delle prescrizioni), la relativa durata (potendo procedere alla revoca del beneficio) e l'esito finale della misura stessa<sup>12</sup>.

In tale contesto dinamico della fase esecutiva, al giudice di sorveglianza è necessariamente attribuita una incisiva discrezionalità che assume la duplice connotazione di discrezionalità "in positivo" (nel senso che il giudice deve valutare la probabilità che, nel singolo caso, l'applicazione di una misura di sorveglianza possa concretamente favorire il recupero sociale del condannato) ed una discrezionalità "in negativo" (dovendo il giudice di sorveglianza impegnarsi in un giudizio prognostico circa l'assenza o la ridottissima presenza, nella singola fattispecie delibata, del rischio di recidiva del condannato nel corso dell'eventuale esecuzione esterna al carcere).

Un significativo margine di discrezionalità interpretativa appare, inoltre, coessenziale all'esigenza di risolvere le numerose aporie e lacune generatesi nell'ordinamento penitenziario a causa dell'alluvionale produzione normativa che ha sfigurato l'originaria armonia sistematica della legge n. 354/75. Si tratta di un "attivismo legislativo" che trova solo in parte spiegazione in motivazioni ideali, connesse alla volontà di migliorare le condizioni materiali di detenzione dei condannati e di dare concreta attuazione al dettato costituzionale che vuole le pene orientate alla rieducazione del reo. Ben più pressanti ragioni di contenimento dell'endemico sovraffollamento degli istituti di pena italiani e, per converso, esigenze di soddisfacimento delle istanze securitarie sembrano, infatti, ben più prosaicamente, all'origine delle incessanti modifiche all'Ordinamento penitenziario introdotte sotto la pressione dell'urgenza del momento, seguendo una esiziale "politica del pendolo" che vede prevalere ora le ragioni del reinserimento sociale dei condannati, ora le istanze di difesa sociale<sup>13</sup>.

Tale fenomeno ha reso particolarmente complesso per l'interprete individuare le corrette traiettorie interpretative utili a orientarsi in un sottosistema normativo in perenne divenire e sempre più caratterizzato da una sorta di entropia giuridico-normativa. La confusione ingenerata dalla proliferazione incontrollata di leggi, norme, decreti che hanno introdotto nuovo "materiale legale", per giunta promanante da una molteplicità eterogena di fonti (il Parlamento, il Governo, il DAP, le fonti convenzionali, la giurisprudenza di merito e delle Corti di garanzia, le fonti di soft law) ha reso, invero, utopica l'asserzione per la quale sarebbe, in ogni caso, possibile individuare un'unica esatta soluzione interpretativa della disposizione normativa ed ha, per converso, imposto una sempre più frequente e intensa attività interpretativa del giudice di sorveglianza in funzione dichiaratamente "costitutiva" del diritto e non già meramente "dichiarativa" del medesimo.

<sup>12</sup> F. Palazzo, Riforma del sistema sanzionatorio, cit., p. 99.

<sup>&</sup>lt;sup>13</sup> L'elenco completo della normativa penitenziaria introdotta dal 1975 ad oggi richiederebbe molte pagine di questa Rivista; ci si limita qui a ricordare che, nel solo corrente anno, sono state introdotte modifiche all'Ordinamento penitenziario con le leggi n. 3/19 (c.d. legge "spazzacorrotti") e n. 69/19 (c.d. "codice rosso"); che il Dipartimento dell'Amministrazione Penitenziaria ha emesso alcune importanti Circolari con il fine di regolare alcuni aspetti della vita detentiva; che la Corte costituzionale ha pronunciato almeno tre sentenze rilevanti in materia penitenziaria (n. 99/19; n. 187/19 e n. 188/19) e che la Corte europea dei diritti dell'uomo si è pronunciata sulla questione dell'ergastolo ostativo con la sentenza 13 giugno 2019, *Viola c./ Italia.*.



Si tratta di un dato fenomenico – già presente all'indomani dell'introduzione dell'Ordinamento penitenziario – che si è, tuttavia, enfatizzato quando alla finalità rieducativa dell'esecuzione penale si è affiancata (sovrapposta?) l'esigenza di contenere, attraverso l'applicazione di benefici esterni al carcere, il crescente sovraffollamento degli istituti penitenziari. Come è stato osservato, peraltro, il riconoscimento in capo alla magistratura di sorveglianza di un peculiare margine di discrezionalità dell'esercizio delle proprie attribuzioni è stato, in parte, favorito dallo stesso legislatore, che vi scorge un *commodus discessus* dalle proprie difficoltà (e responsabilità)<sup>14</sup>.

La giurisdizione di sorveglianza costituisce, per queste ragioni, una realtà paradigmatica e particolarmente interessante per quanto attiene al tema della discrezionalità del giudice e alla tipologia di giurisdizione che da essa origina: un modello "discrezionale-personalistico"<sup>15</sup> che consolida quella immagine della magistratura di sorveglianza quale custode della idea rieducativa e della stessa "legittimità della pena" (legittima, appunto, in quanto rieducativa).

Tra i molti, tre profili assumono, nell'ambito della giurisdizione rieducativa, un rilievo particolarmente interessante. Si intende alludere alla "conoscibilità"/"accessibilità" della giurisprudenza della magistratura di sorveglianza; alla "prevedibilità" della decisione che verrà assunta dal giudice in rapporto a determinate fattispecie ovvero a fronte di determinati fatti della vita o circostanze che si verifichino nel corso dell'esecuzione; alla possibilità, infine, che il giudice "crei" egli stesso la regola di diritto da applicare al caso concreto, adottando una vera e propria "interpretazione creativa".

# 2. L' "accessibilità" alla giurisprudenza della magistratura di sorveglianza.

Poiché si tratta di una materia divenuta ormai caratterizzata di elevato tecnicismo e complessità, sia per la già ricordata estesa produzione normativa, sia per l'intersezione particolarmente frequente tra l'ordinamento interno e quello convenzionale, un rilievo centrale nel contesto che si sta esaminando assume il tema della conoscibilità, cioè dell'"accessibilità" alla conoscenza della giurisprudenza della magistratura di sorveglianza. È, infatti, di tutta evidenza la rilevanza, per il soggetto sottoposto ad esecuzione penale (e per il suo difensore), del conoscere il "come" il giudice di sorveglianza affronta e risolve le problematiche connesse agli istituti di matrice penitenziaria e le non infrequenti antinomie della normativa.

Nella visione della Corte EDU, per soddisfare l'accessibility nella materia penale non è necessario che l'ordinamento appronti un metodo specifico di pubblicazione o un determinato grado di pubblicità delle decisioni giudiziarie 16. Tuttavia, se ci si pone dal punto di vista generale e si guarda a quali possibilità concrete vi siano per gli operatori di accedere alla conoscenza della giurisprudenza della sorveglianza è innegabile che in questo settore esista una criticità, particolarmente avvertita sul versante dell'assenza di database delle decisioni di merito assunte nell'ambito della "giurisdizione rieducativa". A tutt'oggi non esiste, infatti, una banca-dati online della giurisprudenza di merito della magistratura di sorveglianza né vi è una rivista scientifica specificamente dedicata alla materia penitenziaria.

161

<sup>&</sup>lt;sup>14</sup> Osserva ancora F. Palazzo, *Riforma del sistema sanzionatorio*, cit., p. 100: «la discrezionalità giudiziale sembra costituire, da un lato, una conseguenza della incapacità o impossibilità del legislatore di percorrere vie radicalmente diverse ed alternative a quel modello, orami ben impiantato nel sistema [il modello "discrezionale-sospensivo" n.d.r.]; dall'altro, pare essere una prosecuzione di quella non commendevole tendenza a scaricare sul giudiziario responsabilità che sarebbero proprie del legislativo».

<sup>&</sup>lt;sup>16</sup> Corte EDU, 9 novembre 1999, Spacek, S.R.O. c./ Repubblica Ceca, § 57, in http://hudoc.echr.coe.int.



Nel settore della sorveglianza, peraltro, il problema della conoscibilità della giurisprudenza di merito affligge gli stessi magistrati e tale esigenza ha spinto due magistrati di sorveglianza, nel 2002, a creare una *mailing-list*, inizialmente riservata ai soli magistrati ma, successivamente, aperta anche a docenti di materie penalistiche, magistrati di cassazione e pubblici ministeri che si occupano di esecuzione penale. Ancor oggi, questo strumento costituisce l'unico "luogo" di confronto e di conoscenza delle prassi e di riflessione sui profili problematici e sulle molte incertezze applicative che caratterizzano il diritto penitenziario.

A finalità conoscitive delle decisioni di merito della sorveglianza rispondono, altresì, alcune iniziative, quali la raccolta di decisioni di merito reperibile sul sito del C.O.N.A.M.S. (il Coordinamento dei Magistrati di Sorveglianza) e le "sezioni" dedicate alla giurisprudenza della magistratura di sorveglianza attivate presso alcune riviste *online*. Si tratta, tuttavia, di un patrimonio conoscitivo di non sempre agevole consultazione e, soprattutto, non costantemente aggiornato, per la difficoltà di assicurare un costante approvvigionamento di aggiornate decisioni dei giudici di merito.

La difficoltà di conoscere gli orientamenti della magistratura di sorveglianza determina ricadute negative non solo – com'è ovvio – sull'utenza formata dai condannati e dagli internati e sui difensori che praticano la materia, i quali devono per così dire "muoversi al buio" nel momento in cui intendano proporre un'istanza o discutere un procedimento davanti al giudice di sorveglianza; ma anche sugli stessi magistrati di sorveglianza, i quali non sono posti materialmente in grado di accedere a banche dati aggiornate di giurisprudenza di merito. Si rappresenta, per inciso, che tale difficoltà è amplificata dalla peculiare frammentazione degli Uffici di sorveglianza sul territorio e dall'esiguità dei relativi organici, ciò che rende in molti casi impossibile un effettivo confronto sulle prassi interpretative da adottare.

Tale rilevata criticità incide pesantemente sulla "prevedibilità" delle decisioni dei giudici di sorveglianza e, in ultima analisi, sulla possibilità dell'interessato e del suo difensore di approntare la strategia difensiva più idonea nel caso concreto alla luce della conoscenza di quella specifica giurisprudenza, in un ambito nel quale la funzione "tassativizzante" del formante giurisprudenziale assume un'importanza di tutto rilievo, come in tutti gli altri plessi non rientranti nella "materia penale" 17.

<sup>17</sup> Funzione, per inciso, definitivamente riconosciuta dalla Corte di Strasburgo nella nota sentenza della Grande Chambre del 28 febbraio 2017, de Tommaso c./ Italia, in Dir. pen. cont., 2017, 8, pp. 870 ss. con nota di F. Viganò. Da tale pronuncia trae ispirazione la già evocata sentenza costituzionale n. 24 del 2019, cit., che, occupandosi di misure che si collochino - come le misure di prevenzione - all'infuori dal diritto penale afferma la possibilità di integrare il dato normativo con il "formante giurisprudenziale" e soddisfare così lo standard qualitativo di "legge" richiesto dalla Costituzione e dalla CEDU: «in materia di responsabilità penale, invero, questa Corte ha da tempo sottolineato come «l'esistenza di interpretazioni giurisprudenziali costanti non valga, di per sé, a colmare l'eventuale originaria carenza di precisione del precetto penale» (sentenza n. 327 del 2008); e ciò in quanto «nei paesi di tradizione continentale, e certamente in Italia» è indispensabile l'esistenza di un «diritto scritto di produzione legislativa» rispetto al quale «l'ausilio interpretativo del giudice penale non è che un posterius incaricato di scrutare nelle eventuali zone d'ombra, individuando il significato corretto della disposizione nell'arco delle sole opzioni che il testo autorizza e che la persona può raffigurarsi leggendolo» (sentenza n. 115 del 2018). Tuttavia, allorché si versi – come nelle questioni ora all'esame – al di fuori della materia penale, non può del tutto escludersi che l'esigenza di predeterminazione delle condizioni in presenza delle quali può legittimamente limitarsi un diritto costituzionalmente e convenzionalmente protetto possa essere soddisfatta anche sulla base dell'interpretazione, fornita da una giurisprudenza costante e uniforme, di disposizioni legislative pure caratterizzate dall'uso di clausole generali, o comunque da formule connotate in origine da un certo grado di imprecisione. Essenziale – nell'ottica costituzionale così come in quella convenzionale – è, infatti, che tale interpretazione giurisprudenziale sia in grado di porre la persona potenzialmente destinataria delle misure limitative del diritto in condizioni di poter ragionevolmente prevedere l'applicazione della misura stessa.» Su tali profili v. ancora M. Cerfeda, La prevedibilità ai confini, cit., p. 11.



# 3. La "prevedibilità" delle decisioni della magistratura di sorveglianza.

La "prevedibilità" può essere definita, sulla scorta di autorevole dottrina, come "obbligo di interpretazione ragionevole della norma penale", declinabile, a sua volta, come sotto-criterio del principio di legalità e irretroattività della legge penale<sup>18</sup>.

Secondo la giurisprudenza convenzionale, la condizione della "prevedibilità", che deve caratterizzare la "base legale" della norma penale, è soddisfatta quando i consociati siano in grado di conoscere, a cominciare dalla formulazione della pertinente disposizione normativa e, se del caso, avvalendosi della sua interpretazione da parte dei tribunali, quali conseguenze giuridiche derivino dal compimento di determinate azioni o omissioni. Nella sua massima estensione logica, la prevedibilità comprende la possibilità, per il soggetto agente, di sapere in anticipo se la propria condotta sarà considerata penalmente rilevante; quale pena o sanzione dovrà eventualmente scontare, pronosticando la cornice edittale da applicare; in che modo verrà esercitata la discrezionalità del giudice nella commisurazione della pena e se saranno applicabili misure alternative o benefici di altro genere<sup>19</sup>.

La prevedibilità, inoltre, come corollario del principio di irretroattività è violata tutte le volte in cui un'interpretazione del tutto innovativa rispetto ad una disposizione legislativa o un imprevedibile *revirement* giurisprudenziale determinino effetti sfavorevoli per l'interessato<sup>20</sup>.

Lo spettro di operatività della garanzia in esame copre certamente anche l'attività della magistratura di sorveglianza<sup>21</sup>, rispetto alla quale la decisione del giudice di merito nelle precedenti fasi processuali funge da cornice e delimitazione sia sotto il profilo della cristallizzazione del titolo di reato, rilevante in rapporto alle problematiche afferenti al "doppio binario penitenziario" (artt. 4-bis e 58-quater, o.p.), sia sotto quello della dimensione quantitativa della pena che, a sua volta, indirizza l'attività del giudice di sorveglianza<sup>22</sup>.

Benché questo *background* assuma non secondario rilievo, dal momento che il *decisum* in sede di cognizione prepara la "materia prima" su cui si innesta l'attività del giudice di sorveglianza, tuttavia l'affermazione per cui "il primo giudice di sorveglianza è il giudice della cognizione" suona forse troppo enfatica, non solo per gli incisivi poteri di "interpretazione" della sentenza di condanna riconosciuti alla magistratura di sorveglianza (di tali profili ci occuperemo nel § 3.1.), ma anche alla luce della sentenza costituzionale n. 41 del 2018, che assegna nuovi e più ampi spazi al perimetro decisorio attribuito alla magistratura di sorveglianza in rapporto ai condannati "liberi sospesi" (art. 656 comma 5, c.p.p.), ciò che rende, in questa prospettiva e nella

<sup>&</sup>lt;sup>18</sup> Così S. Bernardi, Nessuna pena senza legge, in S. Bartole, B. Conforti, G. Raimondi (a cura di), Commentario alla Convenzione europea per la tutela dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali, Cedam, 2001, p. 263. Sul tema della prevedibilità, che ha innescato un vivace dibattito scientifico, si veda, tra gli altri, F. Viganò, Il principio di prevedibilità della decisione giudiziale in materia penale, in AA.VV., La crisi della legalità. Il "sistema vivente" delle fonti penali, Jovene, 2016, pp. 213 ss.; V. Zagrebelsky, La Convenzione europea dei diritti dell'uomo e il principio di legalità nella materia penale, in V. Manes, V. Zagrebelsky, La Convenzione europea dei diritti dell'uomo nell'ordinamento penale italiano, Giuffrè, 2015, pp. 69 ss.

<sup>&</sup>lt;sup>19</sup> M. Cerfeda, *La prevedibilità ai confini*, cit., p. 4.
<sup>20</sup> Con riguardo ai profili dell'accessibilità e della prevedibilità, la Corte EDU adotta un approccio "sostanzialista" considerando fonte del diritto non solo la disposizione legislativa promanante dall'organo legislativo, ma anche alla giurisprudenza nazionale che concretamente attua il precetto normativo (nella concezione europea, il termine *law* ingloba sia il diritto di matrice legislativa sia giurisprudenziale come ricorda M. Cerfeda, *La prevedibilità ai confini*, cit., p. 6: legge e giudice, in altri termini, «non vanno più letti in disgiuntiva (cioè legalità uguale legge *versus* giudice) bensì in congiuntiva, come due addendi (legge più giudice uguale legalità)».
<sup>21</sup> Osserva F. Viganò, *Il principio di prevedibilità*, cit., p. 251, che il concetto di «prevedibilità delle decisioni delle agenzie di *law enforcement* rispetto all'applicazione della legge penale» copre «l'intero spettro di eventi che vanno dal primo atto di indagine (o dall'eventuale applicazione di misure precautelari ad opera della polizia) sino all'effettiva esecuzione della pena inflitta dal giudice della cognizione».

<sup>&</sup>lt;sup>22</sup> Inoltre, il giudice di cognizione applica – ricorrendone le condizioni – una misura di sicurezza.



maggioranza dei casi, non decisiva la dosimetria della pena applicata dal giudice del merito ai fini dell'alternativa *in executivis* tra il carcere e la misura alternativa alla detenzione<sup>23</sup>.

In un contesto fondato sulla *flessibilità* del giudicato penale, ciò che può effettivamente influire sulla decisione del magistrato (o del tribunale) di sorveglianza è, piuttosto, il complesso di elementi conoscitivi sulla personalità dell'autore del reato e le informazioni sull'atteggiamento dello stesso nei confronti del fatto e della vittima: quel patrimonio di conoscenza cui il giudice di sorveglianza ha accesso per il tramite della motivazione della sentenza di condanna. Ai fini del giudizio prognostico che la magistratura di sorveglianza formulerà nei confronti del condannato in relazione all'eventuale percorso esecutivo (recte: rieducativo) extra moenia, giocherà, nei fatti, un più decisivo ruolo il quadro di personalità che emerge dall'esame della sentenza di condanna (sempre che - ca va sans dire -- il giudice del merito abbia fatto buon uso dei criteri di cui all'art. 133 c.p. e ne abbia dato approfondito conto nella motivazione) così come il contesto dei supporti esterni (famiglia, lavoro, etc.) piuttosto che una modulazione della quantità della pena più o meno gravosa per il reo. Avrà, per essere ancor più espliciti, maggiori chances di accedere ad un percorso alternativo alla detenzione il soggetto condannato ad una pena proporzionalmente elevata ma con positivi elementi relativi alla sua personalità (quali, ad es., il corretto comportamento processuale, la condotta riparativa posta in essere in favore della vittima, la resipiscenza dimostrata, un adeguato supporto della rete sociofamiliare e lavorativa) di una persona in espiazione di una condanna relativamente piccola ma connotata da negativi indici valutativi quali, ad es., l'insensibilità dimostrata per le sofferenze causate con il proprio reato, l'emersione di patologie di natura psichica o situazioni di dipendenza da alcolici e stupefacenti mai convenientemente affrontate con un programma terapeutico, l'abituale ricorso al delitto per procurarsi i mezzi di sussistenza, etc.

Al netto di questa realtà fattuale, la questione della prevedibilità delle decisioni della magistratura di sorveglianza è resa problematica non solo dalla già rilevata non agevole conoscibilità dei *precedents* che possono consentire all'interprete di individuare la regola o il criterio che il diritto vivente applica, secondo criteri di normalità e prevedibilità, al ricorrere di una determinata fattispecie, ma anche dalla scarsa precisione diagnostica degli strumenti che la magistratura di sorveglianza utilizza.

Il riferimento è, anzitutto, ai dati dell'osservazione della personalità raccolti nella c.d. "relazione di sintesi" (nel caso di persona detenuta o internata) ovvero della relazione sociale (nel caso di soggetto libero) che, vuoi per il linguaggio tecnico tipico delle scienze sociali non giuridiche, vuoi per la oggettiva difficoltà di "catturare" i tratti salienti di una entità sfuggente e complessa come la "personalità umana", spesso consistono in documenti che non offrono al giudice di sorveglianza elementi dotati del necessario coefficiente di precisione e univocità che sarebbe, invece, necessario alla formulazione del giudizio prognostico sul rischio di recidiva dell'interessato e sulle eventuali possibilità di recupero sociale del medesimo. È, altresì, molto spesso insoddisfacente la qualità delle informative che pervengono dalle forze dell'ordine, redatte sovente in termini generici e stereotipati («frequenta soggetti pregiudicati», «non si esclude la possibilità che il soggetto, se liberato, torni a delinquere»), utilizzando file con stilemi buoni per tutte le occasioni (e i soggetti). È quasi inevitabile che, sulla base di elementi conoscitivi privi del necessario corredo fattuale, così impregnati di valutazioni soggettive e, nei casi più gravi, approssimative, la valutazione prognostica del magistrato sia connotata da un tasso assai elevato di apprezzamento discrezionale.

23 Statisticamente, infatti, la maggioranza delle condanne irrogate applica una pena compresa entro i quattro anni di detenzione.

164



In secondo luogo, mina la prevedibilità delle decisioni dei giudici di sorveglianza l'estrema ampiezza e vaghezza delle espressioni inserite dal legislatore nel testo dell'ordinamento penitenziario, che consentono all'interprete una lettura estremamente discrezionale del dettato normativo relativo agli istituti di volta in volta coinvolti. Tra i moltissimi esempi di tale fenomenologia se ne ricordano qui soltanto due, che paiono particolarmente significativi di altrettanti aspetti "tipici" che connotano la discrezionalità applicativa nella materia della sorveglianza: la tendenza all'interpretazione "creativa" (anche in malam partem)<sup>24</sup> e la coesistenza – su una medesima questione applicativa – di plurimi filoni giurisprudenziali, talvolta in contrasto tra loro.

Quanto al primo profilo sopra evocato, appare particolarmente illuminante la vicenda di un condannato tossicodipendente, ammesso dal giudice di sorveglianza a espiare la pena in regime alternativo alla detenzione, mediante l'applicazione dell'affidamento in prova al servizio sociale ai sensi dell'art. 47 o.p., con inserimento presso una comunità di recupero<sup>25</sup>. Nel corso della prova, l'interessato utilizzava un telefono cellulare per comunicare con soggetti all'esterno della struttura comunitaria, violando in tal modo le regole della comunità terapeutica e subendo, per tale motivo, l'espulsione dalla struttura stessa, la quale palesava, altresì, la volontà di non voler proseguire oltre il rapporto con l'affidato. A fronte di tale condotta, il tribunale di sorveglianza revocava la misura alternativa concessa al condannato, che faceva quindi rientro in carcere. La Cassazione, tuttavia, ha annullato la decisione del tribunale di sorveglianza, censurando l'interpretazione data dal tribunale di sorveglianza circa l'ampiezza delle condotte suscettibili di determinare la revoca del beneficio ed osservando, per un verso, che solo comportamenti contrari alla legge o alle prescrizioni imposte dal giudice assurgono a gravità tale da poter giustificare la revoca della misura<sup>26</sup> e, per l'altro verso, rilevando che il tribunale *a quo* non avesse considerato l'ipotesi di collocare il soggetto presso altra struttura terapeutica per la prosecuzione della prova.

Nel caso giurisprudenziale sopra ricordato, la Suprema Corte ha ritenuto che l'impostazione seguita dal tribunale di sorveglianza violasse il principio di legalità sotto il profilo della prevedibilità, nel senso che l'ordinamento collega la sanzione della revoca del beneficio penitenziario a carattere terapeutico non già a qualsiasi comportamento che possa essere ritenuto dal giudice sussumibile nella fattispecie astratta (nella specie: la violazione di una regola interna della comunità), ma solo quelle condotte che – violando la legge penale ovvero trasgredendo le prescrizioni imposte dal giudice - si palesano di gravità tale da costituire legittimo motivo di revoca della misura. In questo caso, quindi, il giudice di sorveglianza aveva discrezionalmente interpretato in malam partem il disposto normativo, facendo un cattivo uso della proprio potere di apprezzamento discrezionale che la Cassazione ha conseguentemente censurato<sup>27</sup>.

<sup>&</sup>lt;sup>24</sup> Si osserva che il Giudice europeo ritiene violato l'art. 7 CEDU qualora la decisione del giudice consegua a un'interpretazione innovativa delle norme, che conduca ad una applicazione estensiva in malam partem e, dunque, non prevedibile della disposizione (Corte EDU, 17 ottobre 2017, Navalnyye c./ Russia, in Dir. pen. cont., 16 gennaio 2018). Il medesimo principio è stato affermato dalla Corte di Strasburgo con riferimento all'affermata irretroattività dell'overruling "imprevedibile" (Corte EDU, 22 novembre 1995, S.W. e C.R. c./ Regno Unito, in http://hudoc.echr.coe.int). È interessante osservare che la regola dell'irretroattività delle decisioni frutto di interpretazioni innovative in malam partem è ritenuto principio generale dell'ordinamento eurounitario dalla Corte di Lussemburgo, richiamando espressamente l'art. 7 CEDU, di cui il giudice comunitario deve garantire l'osservanza, impedisce l'applicazione retroattiva delle nuove interpretazioni giurisprudenziali sfavorevoli all'accusato, quando il loro risultato non era ragionevolmente prevedibile nel momento in cui l'infrazione è stata commessa (Corte UE, 8 febbraio 2007, Groupe Danone c./ Commissione delle Comunità europee, in Cass. pen., 2007, pp. 2200 ss., con nota di A. Balsamo, La dimensione garantistica del principio di irretroattività e la nuova interpretazione giurisprudenziale "imprevedibile": una "nuova frontiera" del processo di "europeizzazione" del diritto  $\frac{penale}{}$  . Il riferimento è ad una vicenda processuale tuttora pendente.

<sup>&</sup>lt;sup>26</sup> A mente dell'art. 47, c. 11, o.p., «l'affidamento è revocato qualora il comportamento del soggetto, contrario alla legge o alle

prescrizioni dettate, appaia incompatibile con la prosecuzione della prova».

27 La Cassazione si è ispirata ai medesimi principi che hanno determinato la decisione della Corte EDU, 10 ottobre 2006, *Pessino c./* Francia, in http://hudoc.echr.coe.int., che ha ritenuto "imprevedibile" poiché frutto di una lettura estensiva in malam partem la sentenza della Cassazione francese che aveva condannato il ricorrente per il fatto di aver proseguito la costruzione di un immobile



Per quanto concerne il secondo degli aspetti problematici sopra evidenziati, emblematica appare la vicenda che, all'indomani della sua entrata in vigore, ha coinvolto l'interpretazione delle condizioni di ammissibilità del ricorso risarcitorio esperito ai sensi dell'art. 35-ter, o.p., dai detenuti e internati che allegano di essere stati ristretti in condizioni detentive tali da violare l'art. 3 CEDU. Il riferimento è alla querelle che, per molto tempo, ha opposto magistrati attualisti e non attualisti attorno all'interpretazione della disposizione dell'art. 35-ter o.p., il cui incipit statuisce che «quando il pregiudizio di cui all'articolo 69, comma 6, lett. b), consiste [...] in condizioni di detenzione tali da violare [...]» l'art. 3 della Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'Uomo «[...] il magistrato di sorveglianza dispone, a titolo di risarcimento del danno, una riduzione della pena detentiva ancora da espiare [...]». Il richiamo espresso alla situazione indicata dalla lett. b), c. 6, art. 69, o.p. e quindi, testualmente, alla "attualità" (oltre che alla "gravità") del pregiudizio sofferto dal soggetto detenuto e la declinazione al tempo presente del verbo ("dispone") ha suscitato un vivace dibattito in dottrina ed ha originato una biforcazione della giurisprudenza di merito, dando luogo a due letture opposte con riguardo alla natura e alla portata di detto rinvio, che hanno a lungo convissuto anche nella giurisprudenza di vertice<sup>28</sup>.

Secondo una prima interpretazione – recepita anche dal C.S.M. nel parere reso al d.d.l. di conversione del d.l. 92/2014 e da una parte della giurisprudenza di merito – fondata «su un non trascurabile dato letterale»<sup>29</sup>, il richiamo al "pregiudizio di cui all'art. 69, c. 6, lett. *b*)" o.p., integrerebbe un presupposto dell'azione risarcitoria, che potrebbe riferirsi, dunque, soltanto a situazioni di accertato pregiudizio "grave e attuale", la cui sussistenza andrebbe accertata non soltanto al momento della proposizione del ricorso ma anche della relativa decisione<sup>30</sup>. Una tale ricostruzione ermeneutica, pur presentando alcuni indubbi punti di forza sul piano letterale e sistematico (essendo coerente con la natura eccezionale della competenza risarcitoria attribuita alla magistratura di sorveglianza), conduceva, tuttavia, ad esiti pratici di pressoché totale vanificazione del rimedio approntato, la cui utile esperibilità rimarrebbe confinata ad un'esigua minoranza dei potenziali aventi diritto, escludendo tutti coloro che, trovandosi tuttora detenuti, non patiscano più condizioni di restrizione contrarie all'art. 3 CEDU, ma ne abbiano, invece, sofferto in passato.

A tale lettura si è contrapposta la tesi c.d. "non attualista", seguita da altra parte della giurisprudenza di merito e sostenuta dalla dottrina maggioritaria, che ritiene l'ipotesi ermeneutica sopra illustrata in contrasto con l'art. 3 Cost., poiché, a fronte di un medesimo pregiudizio subìto per condizioni detentive inumane e degradanti, si attuerebbero modalità risarcitorie differenziate, secondo che il detenuto si trovi ancora, o no, in una situazione di "attuale pregiudizio", così determinando una irragionevole disparità di trattamento, poiché, in quest'ultimo caso, il danneggiato dovrebbe accontentarsi del risarcimento in forma pecuniaria, mentre la riduzione di pena sarebbe riservata ai soli soggetti "attualmente" sottoposti a trattamento detentivo contrario

nonostante l'ordine di sospensione spiccato dal giudice amministrativo, basandosi sull'equiparazione dell'ordine di sospensione al divieto di costruzione, unico presupposto effettivamente richiesto dalla norma incriminatrice.

<sup>&</sup>lt;sup>28</sup> Emblematico di una tale coesistenza è il caso delle due sentenze "gemelle eterozigoti" pronunciate dalla medesima sezione della Corte di cassazione nella stessa data, l'una favorevole alla tesi "attualista", l'altra a quella "non attualista" (si veda, volendo, F. Fiorentin, "Rimedi compensativi" per l'inumana detenzione: l'attualità del pregiudizio non è (probabilmente) rilevante per il risarcimento, in Giur. pen., 2, 2016, pp. 688 ss. Per un'ampia rassegna delle tesi interpretative circa la rilevanza dell'attualità del pregiudizio subìto, si rinvia a M. Deganello, I rimedi risarcitori, in F. Caprioli, L. Scomparin (a cura di), Sovraffollamento carcerario e diritti dei detenuti, Giappichelli, 2015, pp. 257 ss. e, volendo, a F. Fiorentin (a cura di), La tutela preventiva e compensativa per i diritti dei detenuti, Giappichelli, 2019.

<sup>&</sup>lt;sup>29</sup> L'espressione è di G. Giostra, sub *art. 35*-ter, *Ordinamento Penitenziario commentato*, a cura di F. Della Casa, G. Giostra, V, Cedam, 2015, p. 422.

<sup>&</sup>lt;sup>30</sup>A. Della Bella, *Il risarcimento per i detenuti vittime di sovraffollamento: prima lettura del nuovo rimedio introdotto dal d.l. 92/2014*, in *Dir. pen. cont.*, 13 ottobre 2014, §12.



all'art. 3 CEDU. Lo sforzo interpretativo volto a conferire piena effettività al neointrodotto istituto si è quindi esercitato nel superamento del riferimento testuale alla situazione di "attualità" del pregiudizio, utilizzando l'escamotage di associare tale requisito alla situazione della violazione convenzionale non ancora risarcita (dunque "attuale"). Tale assunto troverebbe fondamento nella sentenza Cedu Torreggiani c./ Italia, ove si afferma, in tema di ricevibilità del ricorso, che, in capo ai ricorrenti, permaneva la qualità di "vittima" della violazione dell'art. 3 CEDU anche se, successivamente alla proposizione del ricorso, alcuni detenuti erano stati trasferiti in altre celle più confortevoli o scarcerati atteso che «una decisione o una misura favorevole al ricorrente è sufficiente, in linea di principio, a privarlo della qualità di "vittima" solo quando le autorità nazionali abbiano riconosciuto, esplicitamente o sostanzialmente, la violazione della Convenzione e vi abbiano posto rimedio [...]».

Da quest'ultimo passaggio si desumerebbe, quindi, che l'"attualità" del pregiudizio permane fino all'intervenuto ristoro del medesimo. Una tale lettura sarebbe preferibile tanto sul piano sistematico, poiché limiterebbe la competenza del giudice civile ai soli casi espressamente previsti dall'art. 35-ter, o.p., c. 3 (avvenuta espiazione della pena o violazione subita nel corso di custodia cautelare non imputabile a detrazione della pena definitiva), quanto su quello letterale, che conterrebbe indizi che «fanno propendere per una volontà legislativa mal espressa e che il rinvio all'art. 69 co. 6 lett. b) o.p. – certo tecnicamente poco sorvegliato – intendesse significare soltanto che la fattispecie disciplinata dall'art. in esame riguarda una particolare species del genus "pregiudizio all'esercizio dei diritti" dovuto a inosservanza da parte dell'amministrazione di disposizioni previste dall'ordinamento penitenziario». 31

A fronte di tali opposte prospettazioni si è, alla fine, consolidato un orientamento, ormai quasi pacifico, che – per prendere a prestito le parole di un'autorevole opinione – ritiene «a parità di plausibilità ermeneutica, si debba privilegiare la lettura che crea meno scompensi al sistema, che evita disparità di trattamento, che rende più accessibile ed efficace l'intervento risarcitorio e che meglio corrisponda alle prescrizioni della C. eur. Vale a dire, quella secondo cui il risarcimento per un trattamento inumano presofferto da soggetto ancora detenuto va disposto dal mag. sorv., la cui giurisdizione sta e termina con lo *status detentionis* del richiedente»<sup>32</sup>.

In entrambi gli esempi sopra considerati, l'emergere di soluzioni interpretative elaborate con ampio tasso di discrezionalità in rapporto a fattispecie normative oggettivamente "oscure" ha determinato, nell'un caso, l'incertezza del soggetto agente circa i divieti e gli obblighi alla cui osservanza egli era tenuto in forza del vincolo costituito dalla misura alternativa applicata nei suoi confronti; nell'altro caso, una più diffusa imprevedibilità circa l'esito giudiziario dei ricorsi risarcitori a motivo del ricordato sincronico contrasto giurisprudenziale.

Gli effetti negativi dell'oggettiva difficoltà di orientamento da parte dei consociati in ambiti caratterizzati dall'entropia giurisprudenziale non si producono soltanto nell'ordinamento interno, con le correlate ricadute in termini di proliferazione del contenzioso, di prolungamento delle tempistiche giudiziarie e di calo della fiducia dei cittadini nel sistema giudiziario<sup>33</sup>, ma si

<sup>&</sup>lt;sup>31</sup> Cfr. G. Giostra, sub *art.* 35-ter, cit., p. 423. Tali elementi si individuerebbero – secondo tale autorevole opinione – nel già indicato contrasto tra la prima soluzione interpretativa (che individua la competenza del giudice civile in caso di pregiudizio non più "attuale") e il disposto che limita la detta competenza alla posizione del soggetto non più detenuto (art. 35-*ter*, c. 3, o.p.). In secondo luogo, il rinvio operato all'art. 69 c. 6 lett. *b*) o.p., non avrebbe inteso recepire i requisiti della "gravità" e "attualità" del pregiudizio (il primo sarebbe, invero, sussistente *in re ipsa* a fronte di una violazione dell'art. 3 CEDU, mentre il secondo sarebbe contraddetto dal dato letterale, che, ai commi 2 e 3, chiaramente si riferirebbe a un pregiudizio non più attuale al momento della decisione del giudice.

<sup>32</sup> G. Giostra, sub *art.* 35-ter, cit., p. 424.

<sup>&</sup>lt;sup>33</sup> La stessa Corte di Strasburgo ha ammonito, invero, che la persistenza di decisioni giudiziarie contrastanti determina uno stato di incertezza giuridica, riducendo, conseguentemente, la fiducia dei consociati nel sistema giudiziario (Corte EDU, 20 maggio 2008, *Santos Pinto c. / Portogallo*, § 41, in http://hudoc.echr.coe.int.).



ripercuotono, altresì, sul versante internazionale e convenzionale. Invero, come rileva acuta opinione, è consolidato patrimonio della cultura giuridica europea il principio per cui una situazione caratterizzata da profondi e duraturi contrasti nella giurisprudenza nazionale e dall'assenza di meccanismi idonei ad assicurare l'uniformità delle decisioni lede il diritto del cittadino all'omogeneità del trattamento giuridico in casi simili, violando il diritto all'equità processuale sancito dall'art. 6 CEDU<sup>34</sup>.

# 3.1. La "prevedibilità" dal punto di vista europeo e il "doppio binario penitenziario".

Il tema della "prevedibilità" delle decisioni giurisprudenziali nella materia dell'esecuzione penale è stato approfondito anche dalla Corte di Strasburgo che, da una posizione tradizionalmente refrattaria ad estendere le garanzie convenzionali (e dunque l'"ombrello" degli artt. 6 e 7 CEDU) alla materia dell'esecuzione penale, ha operato, con la sentenza *Del Rio Prada c. Spagna* del 2013, un deciso *revirement*. La Corte alsaziana, superando il precedente orientamento restrittivo ha, infatti, affermato che, anche nell'ambito esecutivo, un mutamento di indirizzo giurisprudenziale *in malam partem* contrasta con l'art. 7 della Convenzione sotto il profilo, appunto, della prevedibilità (oltre che del divieto di irretroattività *in peius*)<sup>35</sup>.

Con la ancor più recente sentenza *Viola c./ Italia* (2) del 13 giugno 2019, la Corte EDU ha ritenuto il c.d. "ergastolo ostativo" risultante dal combinato degli artt. 4-bis e 58-ter o.p. in contrasto con l'art. 3 CEDU poiché la via della collaborazione con la giustizia posta dal legislatore come unica soluzione idonea al superamento delle preclusioni alla concessione dei benefici penitenziari, altrimenti assolute, limita eccessivamente la concreta prospettiva di liberazione del condannato e preclude, inoltre, la possibilità di un riesame giudiziale della posizione al fine di verificare, sulla base di elementi penologici, se il soggetto abbia effettivamente maturato un sufficiente grado di rieducazione tale da renderlo compatibile con un progressivo accesso alle misure esterne al carcere<sup>36</sup>.

Se l'endorsement europeo all'estensione dei surrichiamati principi garantistici di matrice convenzionale alla materia dell'esecuzione penale non può che essere salutata con favore, dal punto di vista che qui più interessa ne risulta accresciuta la rilevanza della giurisprudenza quale indicatore o parametro della legalità convenzionale di un determinato istituto del diritto interno. Non solo: la Corte EDU, nell'affermare che anche la materia dell'esecuzione penale è assoggettata alle garanzie previste dalla Convenzione in ordine ai principi di prevedibilità e affidamento (quali corollari del principio di irretroattività in malam partem), ha scoperchiato il vaso di Pandora dell'attività interpretativa della giurisprudenza in rapporto al "se" e al "come" della vigenza del principio tempus regit actum in sede di esecuzione penale.

<sup>&</sup>lt;sup>34</sup> Corte EDU, 30 luglio 2015, Ferreira Santos Pardal c./ Portogallo, in http://hudoc.echr.coe.int.

<sup>&</sup>lt;sup>35</sup> Con la sentenza del 21 ottobre 2013, *Del Rio Prada c./ Spagna*, in *Dir. pen. cont.* 30 ottobre 2013, la *Grande Chambre* la Corte ha ritenuto violato l'art. 7 par. 1 della CEDU da parte del governo spagnolo, sotto il profilo del «principio di affidamento» di una persona detenuta rispetto ad un mutamento *in pejus* introdotto per effetto della applicazione giurisprudenziale ("*doctrina Parot*") nella disciplina relativa ad un istituto spagnolo affine alla nostra liberazione anticipata, affermando che, ai fini del rispetto dell'evocato principio di affidamento del condannato circa la «prevedibilità della sanzione penale», occorre avere riguardo non solo alla pena irrogata, ma anche alla sua concreta esecuzione (nel caso esaminato dalla Corte europea, l'istituto dell'ordinamento iberico aveva diretta incidenza sulla durata della pena da espiare).

<sup>&</sup>lt;sup>36</sup> Sulla sentenza Viola c./Italia (2), tra i molti commenti, si rinvia a D. Galliani, A. Pugiotto, L'ergastolo ostativo non supera l'esame a Strasburgo (a proposito della sentenza Viola v. Italia n.2), in AIC, 4, 2019 (www.osservatorioaic.it); V. Manca, Le declinazioni della tutela dei diritti fondamentali dei detenuti nel dialogo tra le Corti: da Viola c. Italia all'attesa della Corte costituzionale, in Arch. pen., 2, 2019.



Per richiamare solo il più recente esempio di un tale fenomeno, l'occasione di un rinnovato attivismo interpretativo è stata offerta dalla criticità dovuta al fatto che il legislatore, nell'introdurre una riforma importante come quella contenuta nella c.d. "legge spazzacorrotti" (l. 9 gennaio 2019, n. 3), in relazione alla modifica l'art. 4-bis o.p., che ha inserito tra i reati ostativi c.d. "di prima fascia" quelli disciplinati dagli artt. 314, comma 1, 317, 318, 319, 319-bis, 319-ter, 319-quater, comma 1, 320, 321, 322, 322-bis, c.p., ha omesso di dettare disposizioni transitorie che disciplinassero sotto il profilo temporale gli effetti della legge. Di fronte alla faglia critica aperta dalla lacuna normativa, la giurisprudenza ha prodotto una panoplia di soluzioni (dalla via della lettura "costituzionalmente e convenzionalmente orientata" alla questione di legittimità costituzionale, alla riaffermazione, quest'ultima con plurime varianti, della persistente validità del tradizionale mantra per il quale nella fase esecutiva tempus regit actum) a tal punto ampia e diversificata che l'effetto finale è quello di un vero e proprio caos interpretativo. Non resta che attendere, sul punto, il pronunciamento della Corte costituzionale<sup>37</sup>.

Un secondo profilo su cui l'estensione della discrezionalità interpretativa in materia di "doppio binario penitenziario" tocca i nervi scoperti degli assetti ordinamentali è quello afferente alla configurazione "a geometria variabile" dell'ostatività di detto regime restrittivo, delineata dalla Cassazione con l'indirizzo (che, al momento, appare granitico), per cui le condanne per i reati finalisticamente collegati ai delitti di criminalità organizzata di stampo mafioso vengono attratte nell'area delle preclusioni assolute di cui al comma 1 dell'art. 4-bis o.p., per effetto dello scrutinio operato dal giudice di sorveglianza sulla sentenza di condanna. Secondo tale orientamento, lo sbarramento preclusivo alla concessione dei benefici penitenziari scatta – anche in assenza di una formale applicazione dell'aggravante di cui all'art. 7 del d.l. n. 152/1991 (espressamente richiamata dall'art. 4-bis, comma 1, o.p.) – per effetto di una operazione interpretativa del titolo in esecuzione da parte del giudice di sorveglianza al quale viene attribuita la verifica in concreto della eventuale sussistenza della connessione teleologica del reato comune al delitto associativo di matrice mafiosa, sulla base dell'esame della sentenza di condanna<sup>38</sup>. È evidente il contrasto che intercorre tra una tale sfera di attribuzione e il principio di prevedibilità e affidamento come garanzia (anche) del condannato alla luce del disposto di cui agli artt. 6 e 7 CEDU che ben difficilmente può ammettere la dipendenza di un percorso penitenziario di esecuzione della condanna dalla discrezionalità interpretativa (eventualmente anche in malam partem) esercitata dal giudice di sorveglianza sulla sentenza di condanna.

#### 3.2. Il profilo soggettivo della "prevedibilità".

La problematiche sopra delineate hanno concorso a determinare un oggettivo problema di "conoscibilità" e "prevedibilità" in capo all'interessato circa l'esito delle procedure dell'esecuzione che lo vede suo malgrado protagonista. Se ci si pone dal punto di vista soggettivo di colui nei cui confronti si esercita l'esecuzione penale, il problema della "prevedibilità" delle decisioni della magistratura di sorveglianza riguarda anzitutto, le procedure per la concessione dei benefici penitenziari e, segnatamente, le misure alternative alla detenzione. La difficile accessibilità alla giurisprudenza dei tribunali di sorveglianza spesso non consente – come si è già rilevato – l'apprestamento di una linea difensiva coerente con le prassi applicative dei singoli tribunali, note sostanzialmente solo al foro locale. Nei tribunali di maggiori dimensioni e

<sup>37</sup> Sui profili di incostituzionalità della "legge spazzacorrotti", L. Baron, "Spazzacorrotti", art. 4-bis ord. pen. e regime intertemporale, in Dir. pen. cont., 5, 2019, pp. 153 ss.

<sup>&</sup>lt;sup>38</sup> Cass. pen., sez. 1, 10 luglio 2019, n. 00473, Iacovelli, inedita, conforme a Cass. pen., sez. 1, 27 giugno 2001, n. 29379, Mammoliti, Rv. 219593; Cass. pen., sez. 1, 11 luglio 2007, n. 34022, Saraceno, Rv. 237295; Cass. pen., sez. 1, 9 aprile 2008, n. 17816, Sanfilippo, Rv. 240005; Cass. sez. 1, 7 gennaio 2010, n. 4091, Dragone, Rv. 246053; Cass. pen., sez. 1, 5 luglio 2013 n. 40043, Parabita, Rv. 257408; Cass. pen., sez. 1, 24 settembre 2013, n. 40394, Russo, Rv. 257603, tutte in CED Cass.



soprattutto negli uffici metropolitani, inoltre, si assiste spesso a significative variabilità delle decisioni in senso più o meno favorevole agli interessati al variare dei collegi giudicanti. Non appare efficace, al proposito, la funzione nomofilattica della Cassazione, poiché la giurisprudenza di legittimità fatica a incidere su decisioni assunte essenzialmente alla luce della valutazione discrezionale degli elementi di fatto che connotano la singola vicenda esecutiva.

In definitiva, non va molto lontano dal vero l'affermazione che i soggetti condannati affrontano il procedimento di sorveglianza per così dire "al buio" e con pochissime informazioni per orientare la propria strategia difensiva sulle migliori coordinate per vedersi concessa una misura alternativa.

Ma è nel momento esecutivo delle misure alternative che il profilo della prevedibilità soggettiva mostra forse il suo lato più critico. In tale fase, invero, una elevata aleatorietà circonda le conseguenze, sul piano giudiziario, dell'eventuale violazione delle prescrizioni da parte del soggetto sottoposto ad una misura alternativa. In assenza di specifici parametri normativi, infatti, è assai ampia la discrezionalità del magistrato di sorveglianza nell'apprezzamento della gravità della violazione commessa dall'interessato, con la conseguenza che un medesimo fatto materiale (tipicamente: il mancato rispetto degli orari di permanenza domiciliare imposti dalle prescrizioni), può comportare – a seconda dei casi – la semplice ammonizione del soggetto, la modifica in senso restrittivo delle prescrizioni o l'avvio della procedura di revoca o sostituzione della misura (art. 51-ter, l. n. 354/75), secondo una scala di reazioni alla violazione calibrata dal magistrato di sorveglianza in base a criteri discrezionali che si fondano su prassi elaborate a livello di singolo magistrato o, al più, di singolo ufficio o tribunale (su tali profili v. anche infra § 6).

Occorre, inoltre, considerare, alla luce delle più recenti decisioni della Corte europea, la rilevanza del criterio "individualistico" che può influenzare la valutazione della conoscibilità della disciplina normativa e – in ultima analisi – della prevedibilità soggettiva. Il riferimento è a quell'indirizzo della giurisprudenza di Strasburgo che ha valorizzato la dimensione soggettiva della prevedibilità, affermando il principio che quest'ultima va parametrata all'esperienza specifica ed al patrimonio di conoscenza in possesso dell'interessato. I giudici europei hanno, sulla base di tale criterio, escluso la sussistenza della dedotta violazione convenzionale laddove, appunto, le sopra indicate qualità soggettive giustificassero la presunzione di conoscenza della norma dell'ordinamento interno violata, che i ricorrenti deducevano, invece, di non avere potuto, senza loro colpa, conoscere<sup>39</sup>. È importante osservare come il giudice alsaziano parametri la prevedibilità delle conseguenze di una determinata condotta al livello professionale o culturale dell'interessato. Viene da chiedersi quali conseguenze potrebbe importare l'applicazione di un tale principio calato nella realtà del diritto penitenziario e quali oscillazioni potrebbe determinare nella valutazione delle condotte poste in essere dai condannati ammessi alle misure alternative, anche alla luce della circostanza che la Corte EDU ha spesso valorizzato in malam partem l'elevato profilo tecnico-professionale del soggetto per trarne una "presunzione di prevedibilità", in forza della quale sull'imputato che il giudice ritenga "esperto" ricade un onere di conoscenza e prudenza particolarmente pregnante, senza tuttavia che siano forniti i criteri per la misurazione di tale qualità soggettiva cui corrisponde un grado di responsabilità così elevato.

Le situazioni che, nell'ambito dell'esecuzione penitenziaria, potrebbero prestarsi ad un giudizio "soggettivistico" sono numerose: basti pensare, per fare solo alcuni esempi, alle possibili

<sup>&</sup>lt;sup>39</sup> Il caso, ricordato anche da E. Addante, *Il principio di prevedibilità*, cit., p. 11, è quello deciso con la sentenza della Corte EDU, 3 maggio 2007, Custers, Deveaux e Turk c./ Danimarca, §§ 94 ss. in http://hudoc.echr.coe.int., pronunciata nei confronti di alcuni attivisti di Greenpeace che, essendo stati arrestati durante una manifestazione di protesta presso una base militare, avrebbero dovuto conoscere - e quindi "prevedere" - l'esistenza del divieto di accesso in quelle determinate zone, nonostante ciò non fosse stato previamente segnalato nelle mappe ufficiali.



conseguenze dell'applicazione di un siffatto criterio valutativo in rapporto alle violazioni di natura disciplinare commesse dai detenuti (che dovrebbero, sulla base di tale parametro, ritenersi condotte ingiustificabili per i detenuti "esperti" mentre potrebbero essere scusate nei confronti dei "nuovi giunti" o dei condannati stranieri ovvero appartenenti a determinate culture o particolari credo religiosi) ovvero alla peculiare valutazione di determinate condotte tenute dai soggetti ammessi a misure alternative quali, ad es., condotte di percosse nei confronti di familiari interpretate – alla luce di particolari tradizioni religiose o culturali – come legittimi "mezzi di correzione"; partecipazione attiva a chat di esaltazione di ideologie violente, intolleranti o razziste; rifiuto di terapie, farmaci o controlli medici fondati su credenze o ideologie e così via).

### 4. "Oltre ogni ragionevole dubbio"?

La questione della discrezionalità attribuita al giudice di sorveglianza si intreccia con due profili meritevoli di approfondimento: la natura dell'apprezzamento che il magistrato è chiamato a esprimere e la rilevanza del principio dell'"oltre ogni ragionevole dubbio". Si tratta, per vero, di due aspetti strettamente correlati.

Il primo elemento che contraddistingue la giurisdizione della magistratura di sorveglianza rispetto a quella esercitata dal giudice di merito concerne la tipologia di valutazione espressa nell'esercizio delle attribuzioni in materia di concessione dei c.d. benefici penitenziari<sup>40</sup>: uno scrutinio che, essendo proiettato nel futuro e consistendo nel giudizio sulla concreta efficacia risocializzante della misura alternativa richiesta e il rischio di recidiva del soggetto, è di tipo prognostico e non diagnostico<sup>41</sup>. Tale riconosciuta natura giustifica – secondo l'opinione tradizionale – il minor tasso di certezza che devono rivestire gli elementi istruttori posti dal giudice di sorveglianza a fondamento della decisione sulla concessione dei benefici penitenziari, che concerne non già l'accertamento della colpevolezza "oltre ogni ragionevole dubbio" dell'imputato, bensì la verifica della sussistenza, nel caso di specie, delle condizioni per l'espiazione della pena con modalità diverse da quelle della detenzione ordinaria.

Ne deriva che al procedimento di sorveglianza non si applicano *tout court* i principi in materia di acquisizione e valutazione delle prove stabiliti dalla legge per il processo penale, né quelli sulla ripartizione dell'*onus probandi*<sup>42</sup> e si ammette un mero onere di allegazione a carico

<sup>&</sup>lt;sup>40</sup> Il riferimento è portato al *core* della c.d. "giurisdizione rieducativa", ma vi sono molti ambiti in cui il giudice di sorveglianza esprime un giudizio che riveste, invece, natura diagnostico-accertativa in materia di liberazione anticipata (art. 54, o.p.), di accertamento della violazione di un diritto fondamentale della persona detenuta o internata (art. 35-*bis*, o.p.) e di accertamento della violazione dell'art. 3 CEDU a causa delle condizioni materiali di detenzione (art. 35-*ter*, o.p.).

<sup>&</sup>lt;sup>41</sup> «Percorriamo ora in sintesi alcune peculiarità del procedimento di sorveglianza: un procedimento dove non può mai aversi aggravamento della sanzione, ma soltanto concessione di benefici; dove l'oggetto del giudizio è la persona, o meglio la sua trasformazione, avvenuta in corso d'opera o almeno progettata; dove il fondamento della decisione è prognostico; dove all'interessato si richiede un atteggiamento di lealtà e di trasparenza; dove hanno essenziale rilievo i profili di pericolosità; dove è ammesso che si proceda d'ufficio; dove il collegio è composto con un magistrato che ha conoscenza della persona anche prima ed oltre gli atti processuali; dove gli atti vengono acquisiti d'ufficio, anche quando l'istanza è proposta dal condannato e persino quando costui sembra l'unico interessato al buon esito del procedimento [...]. Si delinea, attraverso tali caratteristiche, un "diritto penitenziario" ispirato a principi diversi da quelli del diritto penale (sostanziale e processuale). La giurisdizione della sorveglianza agisce in un campo dotato di principi propri. Mi sembra indubbio che siamo fuori dal processo penale disciplinato dai commi terzo, quarto e quinto del nuovo art.111 Cost.» (G. Tamburino, *Le questioni controverse in tema di esecuzione della pena*, relazione tenuta all'incontro di studio promosso dal C.S.M., Roma 2006, in A. Bodrito, F. Fiorentin, A. Marcheselli, G. Vignera, *Giusto processo e riti speciali*, Giuffrè, 2009, p. 192.

<sup>&</sup>lt;sup>42</sup> Nel procedimento di sorveglianza non sussiste, infatti, un onere probatorio a carico del soggetto che invochi un provvedimento giurisdizionale favorevole, ma solo un onere di allegazione, cioè il dovere di prospettare e indicare al giudice i fatti sui quali la richiesta si basa, incombendo poi all'autorità giudiziaria il compito di procedere ai relativi accertamenti (Cass. pen., sez. I, 11 novembre 2009, n. 46649, in *CED Cass.*, n. 245512), disponendo, ai sensi del combinato disposto degli artt. 678, c. 1 e 2, e 666, c. 5, l'acquisizione di tutti i documenti e le informazioni di cui abbia bisogno, inclusi gli accertamenti compiuti dall'autorità di pubblica sicurezza (Cass. pen., sez. I, 22 novembre 2000, Procopio, in *Cass. pen.* 2002, p. 1751). E, correlativamente, dibattuta la sussistenza di un diritto alla



dell'interessato sulle circostanze e sugli elementi a sostegno della domanda; l'istruttoria è perlopiù officiosa ed effettuata dalla cancelleria del giudice e la formazione della "prova" avviene essenzialmente fuori udienza mediante le acquisizioni documentali. Solo nel caso lo ritenga opportuno, il giudice di sorveglianza dispone l'assunzione delle prove nel corso dell'udienza di trattazione, nel rispetto del principio del contraddittorio (art. 185, disp. att. c.p.p.).

Se un minor coefficiente qualitativo del materiale probatorio esigibile ai fini della decisione del giudice di sorveglianza può, forse, giustificarsi in un contesto, quale la giurisdizione rieducativa, non caratterizzato dalla logica *adversary*, seri motivi di perplessità si pongono, invece, qualora si ritenga che i medesimi elementi istruttori possano fondare decisioni che definiscono procedure – pure attribuite alla competenza della magistratura di sorveglianza – connotate, invece, dal rapporto dialettico tra le parti. È emblematico, in questo senso, il caso del procedimento di revoca/sostituzione di una misura alternativa alla detenzione<sup>43</sup>.

In questa ipotesi, infatti, all'ordinaria struttura non contenziosa del procedimento di sorveglianza si sostituisce un processo in cui ad una tesi accusatoria – condensata nell'atto di promovimento della procedura di revoca *ex* art. 51-*ter*, o.p. – si contrappone dialetticamente la tesi difensiva dell'interessato. Nel caso del procedimento di revoca, inoltre, il "giudizio sulla persona", tipico del procedimento di sorveglianza, si trova imprescindibilmente connesso a quello sul fatto (la sussistenza, o no, della condotta rimproverabile, tale da risultare incompatibile con la prosecuzione della misura, attribuita all'interessato).

In tale ambito si delinea, dunque, una criticità dell'attuale assetto, che consente di procedere alla revoca/trasformazione in pejus della misura alternativa sulla base di meri indizi di colpevolezza circa un reato commesso (es. la denuncia della persona offesa) o sulla scorta di relazioni di servizio delle forze dell'ordine (che segnalino, ad es., violazioni delle prescrizioni da parte dell'ammesso alla misura alternativa) o di altre segnalazioni (es. da parte dell'UEPE o del Ser.d.) di valore sostanzialmente indiziario. In queste ipotesi, il principio dell'"oltre ogni ragionevole dubbio", pur non trovando integrale applicazione nel procedimento di sorveglianza, purtuttavia non può che implicare – in quanto espressione dei giusto processo – che il tribunale di sorveglianza eserciti, anche nelle forme dell'esame dell'imputato ed eventualmente di altre persone, le più opportune forme di acquisizione/integrazione probatoria in ordine ai fatti su cui si fonda la proposta di revoca della misura alternativa. A ciò si aggiunga che, se alla materia delle misure penitenziarie fosse riconosciuta l'appartenenza a quella medesima matière pénale che la Corte di Strasburgo ha evocato con riferimento alle misure di prevenzione con la sentenza De Tommaso c./ Italia secondo una lettura che la Corte costituzionale, con la recente sentenza n. 24/19 ha confermato, sarebbe difficile negare che, anche in rapporto alle misure alternative alla detenzione, debbano trovare piena applicazione i principi per cui le relative decisioni non possano essere assunte sulla base di meri indizi o "sospetti" ovvero in base a sentenze non ancora passate in giudicato, valorizzando "principi di prova" privi del necessario riscontro all'esito del contraddittorio tra le parti, ma che sia, invece, necessario che il tasso di certezza della sussistenza

prova della parte privata negata dalla giurisprudenza (Cass. pen., sez. I, 27 aprile 1996, Esposito, in *CED Cass.*), orientata ad affermare che, nel procedimento di sorveglianza, non è deducibile il vizio di mancata assunzione di una prova decisiva ai sensi dell'art. 606, c. 1, lett. *d*), previsto soltanto per il giudizio dibattimentale e non anche per i procedimenti che si svolgono con il rito della camera di consiglio (Cass. pen., sez. I, 1 ottobre 2008, n. 38947, in *CED Cass.*, n. 241309), non essendo applicabili nel procedimento di sorveglianza le norme sulla mancata assunzione di una prova decisiva e sul diritto dell'imputato all'ammissione della prova a discarico sui fatti oggetto di prova a carico (Cass. pen., sez. I, 28 marzo 2008, n. 15605, in *CED Cass.*, n. 240148).

<sup>&</sup>lt;sup>43</sup> Analoghe problematiche si pongono in rapporto ai procedimenti per reclamo sulla violazione di diritti, di cui all'art. 35-bis, o.p.; ai procedimenti per reclamo avverso l'applicazione di sanzioni disciplinari; alle procedure di riesame della pericolosità sociale in materia di misure di sicurezza, etc.



e rimproverabilità al soggetto della condotta realizzata sia provato in termini non troppo distanti dall' "oltre ogni ragionevole dubbio".

#### 5. La corrispondenza tra il "chiesto" e il "pronunciato".

La discrezionalità del giudice di sorveglianza può legittimamente spingersi al punto da applicare una misura diversa da quella chiesta dall'interessato? In altri termini, può ammettersi una "decisione a sorpresa" che applichi, *ex officio*, all'interessato un beneficio diverso da quello richiesto nella domanda introduttiva?

L'opinione favorevole è sostenuta dalla considerazione dell'ampio margine di discrezionalità che, nelle materie della sorveglianza, è attribuito al giudice e dal duplice rilievo che, per un verso, l'art. 678 c.p.p. espressamente attribuisce alla magistratura di sorveglianza il potere di intervento *ex officio* nelle materie di competenza e, per l'altro verso, sussiste pur sempre la possibilità, per il condannato, di rinunziare al beneficio eventualmente "sgradito". È, questa, l'opinione della giurisprudenza, secondo il cui orientamento il tribunale di sorveglianza, nell'ambito del suo potere discrezionale, ben può applicare una misura alternativa non richiesta che comunque rientri in quella più ampia oggetto dell'istanza del condannato<sup>44</sup>.

Un caso del tutto peculiare è costituito dalla recente innovazione che, nei confronti dei condannati "liberi sospesi", nel caso di pene non superiori a 18 mesi, prevede la possibilità che il giudice relatore, nelle more dell'udienza di trattazione davanti al tribunale di sorveglianza, applichi una delle misure alternative richieste dall'interessato, con ordinanza che diviene esecutiva nel caso di mancata opposizione dell'interessato (art. 678, c. 1-ter, o.p.). In questa ipotesi, la discrezionalità del magistrato che concede il beneficio *inaudita parte* è controbilanciata tanto dal fatto che la scelta cadrà comunque su una misura compresa tra quelle richieste dal soggetto, quanto dalla possibilità di provocare, mediante lo strumento dell'opposizione all'ordinanza del magistrato relatore, la decisione del collegio che sostituirà, in ogni caso, quella del relatore 45, in analogia alla disciplina dell'analogo istituto "cautelare" previsto per i condannati in stato di detenzione (art. 47, c. 4, l. 354/75).

#### 6. La discrezionalità nel momento esecutivo delle misure alternative.

Con riguardo al momento esecutivo delle misure alternative, si pongono sul piano applicativo delicate questioni con riferimento all'esercizio della discrezionalità giudiziale. Per esigenze di sintesi, si indicano due profili particolarmente importanti per le ricadute concrete che essi comportano sulla vicenda esecutiva.

Il primo aspetto sul quale la discrezionalità del giudice attinge direttamente la sfera soggettiva del condannato è quello della determinazione delle prescrizioni che il soggetto è tenuto a rispettare. In rapporto ad alcune tipologie di benefici il contenuto del corredo prescrizionale è indicato da espresse disposizioni di legge – come accade, ad es., con riferimento ad alcune

<sup>&</sup>lt;sup>44</sup> Affermando tale principio, la Cassazione ha ritenuto che legittimamente il suddetto tribunale avesse, a fronte di richiesta di affidamento in prova, ammesso il condannato al regime di semilibertà (Cass. pen., sez. I, 19 luglio 1995, n. 3315, Liviotti, in *CED Cass.*).

<sup>&</sup>lt;sup>45</sup> Su tali profili, si rinvia a A. Pulvirenti, *commento all'art. 678 c.p.p.*, in F. Fiorentin, F. Siracusano, *L'esecuzione penale*, Giuffrè, 2019, pp. 1182 ss.



tipologie di detenzione domiciliare<sup>46</sup>; nel caso dell'affidamento in prova al servizio sociale la disciplina delle prescrizioni è, invece, racchiusa nell'art. 47, l. 354/75, i cui commi 5, 6, e 7 prevedono, quali prescrizioni obbligatorie che il soggetto dovrà seguire, quelle «in ordine ai suoi rapporti con il servizio sociale, alla dimora, alla libertà di locomozione, al divieto di frequentare determinati locali ed al lavoro» (comma 5), mentre sono discrezionalmente applicabili ulteriori prescrizioni che dispongono «che durante tutto o parte del periodo di affidamento in prova il condannato non soggiorni in uno o più comuni, o soggiorni in un comune determinato; in particolare sono stabilite prescrizioni che impediscano al soggetto di svolgere attività o di avere rapporti personali che possono portare al compimento di altri reati» (comma 6). Infine, nel verbale delle prescrizioni «deve anche stabilirsi che l'affidato si adoperi in quanto possibile in favore della vittima del suo reato ed adempia puntualmente agli obblighi di assistenza familiare» (comma 7). È, quindi, la disciplina normativa stessa a stabilire *ab initio* che l'esecuzione della pena in regime di affidamento in prova al servizio sociale sia caratterizzata da un nucleo di prescrizioni "obbligatorie" e da altre prescrizioni che possono essere, invece, applicate discrezionalmente dal giudice di sorveglianza.

Ma non basta. La prassi dei tribunali di sorveglianza ha visto il proliferare di "modelli" che, pur avendo come punto di partenza l'evocata disposizione dell'art. 47, o.p., sviluppano in realtà corredi prescrizionali spesso assai complessi e articolati nei quali, sono inseriti obblighi di "fare" (tipicamente, l'obbligo di seguire programmi di disintossicazione presso il Ser.d. o l'Alcologia; obblighi di prestare attività di volontariato, obblighi di documentazione periodica della persistenza di determinati *status* o qualità e simili), di "non fare" (molto frequenti sono il divieto dell'utilizzo dei mezzi a motore) e di "pati" (sono ricorrenti nella prassi prescrizioni che impongono controlli periodici dei fluidi corporei per la verifica dell'astinenza dal consumo di alcol o stupefacenti).

Ma v'è di più. È noto che, nel corso dell'esecuzione della misura, le prescrizioni possono essere modificate – in senso ampliativo o restrittivo – dal magistrato di sorveglianza che ha in gestione il beneficio, con esercizio di un ampio margine di discrezionalità e senza obblighi motivazionali particolarmente pregnanti.

È di tutta evidenza che, di fronte ad un tale ventaglio di possibili prescrizioni che possono essere (o che comunque vengono di fatto) imposte ai condannati ammessi all'affidamento in prova al servizio sociale o alla detenzione domiciliare, appare problematico sostenere che, nella loro concreta dimensione applicativa, un sistema così concepito rispetti un sufficiente tasso di omogeneità sul piano esecutivo, pur al netto delle ineliminabili – e financo opportune e necessarie – "customizzazioni" del corredo prescrizionale che si impongono per ragioni intrinsecamente connesse alla finalizzazione rieducativa del beneficio in questione.

### 7. Giuscreatività e vincolo costituzionale.

Un profilo più generale da considerare riflettendo sulla tema della discrezionalità nell'ambito della giurisdizione di sorveglianza riguarda il principio costituzionale iscritto nell'art. 27, c. 3, Cost., che vuole tutte le pene orientate alla rieducazione del reo.

<sup>&</sup>lt;sup>46</sup> L'art. 47-ter, c. 4, 1. n. 354/75, rinvia infatti, per la determinazione delle prescrizioni, all'art. 284 c.p.p. Altre specifiche indicazioni circa il contenuto delle prescrizioni sono inserite nel c. 3 dell'art. 47-quater, o.p., in tema di misure in favore dei condannati malati di AIDS o di altre gravi deficienze immunitarie e nel c. 2 dell'art. 47-quinquies, della medesima legge, che rinvia al c. 2 dell'art. 284 c.p.p.



Una lettura sistematica potrebbe suggerire che tale principio funzioni da vincolo costituzionale alla discrezionalità del giudice di sorveglianza, che non sarebbe, secondo questa lettura, piena bensì funzionale alla compiuta realizzazione della vocazione rieducativa dei benefici penitenziari. Seguendo ancora il filo del ragionamento, ci si potrebbe chiedere se tale obiettivo costituzionale dell'esecuzione delle pene possa giustificare letture "evolutive" della normativa e possa o – a questo punto debba – tradursi in un'attività dalle franche caratteristiche nomopoietiche in nome della risocializzazione del condannato, in tutti i casi in cui la normativa presenti delle lacune ovvero disciplini determinati istituti in termini non conformi alla lettura "costituzionalmente orientata" del giudice.

Alcuni esempi possono aiutare a comprendere i termini concreti della questione.

Primo esempio. A fronte dell'ingravescente problema del sovraffollamento carcerario, antecedentemente alla sentenza *Torreggiani* si erano sviluppati nella giurisprudenza di merito due orientamenti sulla questione della risarcibilità del pregiudizio sofferto dai detenuti per le condizioni materiali di detenzione dovute all'eccessivo affollamento degli istituti penitenziari. Secondo un primo indirizzo, pur in assenza (in allora) di una specifica disposizione normativa, sarebbe stato possibile riconoscere al detenuto il risarcimento del danno sulla base dell'esigenza convenzionale e costituzionale di assicurare un ristoro effettivo al detto pregiudizio<sup>47</sup>. Secondo tale lettura, nel caso del "danno da sovraffollamento penitenziario", viene in rilievo la diretta violazione degli obblighi di natura pattizia (art. 3 CEDU) e dei principi di derivazione costituzionale (art. 27, c. 3, Cost.), nonché delle norme dell'ordinamento penitenziario che salvaguardano la dignità della persona detenuta quale valore non negoziabile né ponderabile con altri, che impongono la tutela risarcitoria del danno eventualmente subìto, tanto nella sua componente patrimoniale quanto in quella non patrimoniale (Sez. Un., 11 novembre 2008, n. 26972). Su tale base assiologica, si era affermata la risarcibilità di detto pregiudizio, pur in assenza di una specifica normativa che disciplinasse tale possibilità.

Come aveva notato subito la dottrina, la soluzione prospettata «riflette un diffuso atteggiamento di "attivismo giuridico" volto a supplire il vuoto normativo in materia di effettiva tutela dei diritti dei detenuti»<sup>48</sup>.

A tale orientamento si è contrapposto un secondo indirizzo, <sup>49</sup> che – con riferimento al contesto ordinamentale antecedente all'introduzione dei rimedi "compensativi" (art. 35-ter, o.p.) ha ritenuto inammissibile la richiesta di risarcimento del danno da detenzione contraria all'art. 3 CEDU, veicolata con il procedimento di cui all'art. 14-ter, l. n.354/75, non potendosi ritenere sussistente, nella materia dei diritti dei detenuti, una giurisdizione esclusiva del magistrato di sorveglianza estesa alla possibilità di annullamento del provvedimento amministrativo e di condanna dell'amministrazione penitenziaria al risarcimento del danno. Tale asserto è avvalorato dalla collocazione sistematica della disposizione del c. 5, art. 69, o.p., che appare ispirata alla medesima *ratio* dell'intervento del magistrato di sorveglianza previsto dalla prima parte del medesimo comma 5, in relazione alle violazioni riscontrate nel programma di trattamento. L'intervento del magistrato di sorveglianza – per la seconda tesi – è normativamente configurato

<sup>&</sup>lt;sup>47</sup> Uff. Sorv. Lecce, 9 giugno 2011, Slimani, in Cass. pen., 1, 2012, pp. 249 ss.

<sup>&</sup>lt;sup>48</sup> G. Fiorelli, *Reclamo e risarcibilità del danno da trattamento penitenziario: un brusco* dietrofront, in *Riv. it. dir. pen. proc.*, 3, 2012, pp. 1216 ss.

<sup>&</sup>lt;sup>49</sup> Mag. Sorv. Vercelli, ord. 18 aprile 2012, *Rollo*, in *Riv. it. dir. pen. proc.*, 3, 2012, pp. 1212 e ss., annotata da G. Fiorelli, *Reclamo e risarcibilità*, cit.



quale immediato strumento di interdizione in rapporto a situazioni che contrastino con i diritti dei soggetti ristretti, e rappresenta una salvaguardia che va ad aggiungersi, senza peraltro sostituirsi, alla tutela ordinaria assicurata dall'ordinamento a tutti i consociati mediante accesso alla giurisdizione civile, penale ed amministrativa.

La Cassazione, con la sentenza *Vizzari*<sup>50</sup>, ha confermato questo secondo orientamento, valorizzando il dato testuale e sistematico alla luce del quale, in materia risarcitoria ed indennitaria, il sistema normativo prevede in via generale la sua attribuzione alla giurisdizione civile. La *summa divisio* tra giurisdizione civile e penale è sancita invero dall'art. 1 c.p.c. e dall'art. 1 c.p.p., cui corrispondono le pertinenti norme del vigente Ordinamento Giudiziario. Da tale presupposto consegue: «non è chi non veda, dunque, che la tesi di una competenza esclusiva della Magistratura di Sorveglianza in ordine ai diritti dei detenuti prova troppo, perché trascinerebbe in tale ambito tante competenze, creando una sorta di tribunale specializzato del detenuto (simile a quello per i Minorenni) il che l'ordinamento di certo non ha voluto»<sup>51</sup>. Prevalenza delle ragioni sistematiche e del dato normativo, quindi, a discapito della lettura "evolutiva" affacciata da un primo indirizzo, peraltro sempre rimasto isolato nella stessa giurisprudenza di merito.

Secondo esempio. L'art. 30, co. 2, o.p., prevede la concedibilità di un permesso ai detenuti e internati con riferimento a tre elementi: il carattere eccezionale della concessione, la particolare gravità dell'evento, l'attinenza del medesimo alla vita familiare. La previsione è interpretata, dalla prevalente giurisprudenza di merito, nel senso che la collocazione sistematica assegna all'istituto la funzione di rimedio utilizzabile in presenza di accadimenti eccezionali nella vita sociofamiliare del detenuto, tendenzialmente circoscritti nel tempo (la dizione normativa utilizza infatti il termine "eventi" e non "situazioni"). Una parte minoritaria della giurisprudenza di merito ha attribuito, invece, alla misura in esame una funzione trattamentale laddove quest'ultima non possa essere "fisiologicamente" soddisfatta nel caso concreto dai permessi premio (ad es. per la maturazione molto lontana nel tempo del requisito temporale previsto dagli artt. 30-ter co. 4 co. e 30-quater, o.p., oppure esaurimento dei 45 giorni annui stabiliti come tetto massimo dall'art. 30ter co. 1, o.p., per i permessi premio)<sup>52</sup>. Il concetto di "gravità" dell'evento, inoltre, viene riferito non solo a eventi luttuosi ed a situazioni non strettamente pertinenti alla sfera familiare<sup>53</sup>. La giurisprudenza di legittimità è, sul punto, oscillante, opinando un indirizzo per la soluzione contraria all'evocato orientamento minoritario<sup>54</sup> mentre una seconda giurisprudenza si è espressa favorevolmente in relazione alla domanda di un detenuto di poter fruire di un permesso per assistere alla nascita del figlio, alla luce della funzione rieducativa della pena e dell'esigenza di umanizzazione della stessa che impone di considerare, per un verso, la rilevante incidenza che assumono nella vicenda umana del detenuto «il contatto coi familiari ed il ruolo della famiglia nel contesto interpretativo dei requisiti caratterizzanti l'evento che legittima la concessione del permesso c.d. di necessità» e, per l'altro, la «natura eccezionale ed insostituibile, tale da realizzare un unicum indelebile nella sua esperienza di vita [...] dell'evento-parto [...] concorrendo a

<sup>50</sup> Cass. pen., sez. I, 30 gennaio 2013, n. 4772, Vizzari, in *Dir. pen. cont.* 20 febbraio 2013, con nota di F. Viganò, *Alla ricerca di un rimedio risarcitorio per il danno da sovraffollamento carcerario: la Cassazione esclude la competenza del magistrato di sorveglianza.*<sup>51</sup> Cass. pen., sez. I, 30 gennaio 2013, n. 4772, Vizzari, cit.

<sup>&</sup>lt;sup>52</sup> Trib. sorv. Milano, 14 settembre 2005, in *F. ambr.* 05, p. 337, in cui si afferma che i permessi previsti dall'art. 30, c. 2, o.p. possono essere concessi anche per consentire al detenuto di partecipare ad iniziative eccezionali di carattere trattamentale, volte a realizzare finalità rieducative prodromiche al futuro reinserimento sociale. La pronuncia – come quella richiamata nella nota successiva – è citata *sub* art. 30 in F. Della Casa, G. Giostra (a cura di), *Ordinamento penitenziario*, cit.

<sup>&</sup>lt;sup>53</sup> Trib. sorv. Milano, 20 febbraio 2006, in *F. ambr.*, 05, p. 468 (fattispecie relativa a permesso accordato al detenuto al fine di consentirgli di partecipare all'inaugurazione della mostra di pittura allestita con le sue opere presso un museo cittadino).

<sup>&</sup>lt;sup>54</sup> Cass. pen., sez. 1, 19 luglio 2017, Zaccagna, *sub* art. 30, in F. Della Casa, G. Giostra (a cura di), *Ordinamento penitenziario commentato*, VI, Cedam, in corso di pubblicazione.



conferire quel carattere di eccezionalità e di inusualità che caratterizza la particolare gravità dell'evento familiare postulata dall'art 30, comma 2,ord.penit.»<sup>55</sup>.

Ma occorre anche ricordare casi in cui la giurisprudenza ha operato nel senso di colmare lacune normative *in malam partem*, ritenendo, ad es., applicabile il disposto della sospensione cautelativa di cui all'art.51-*ter*, o.p., all'esecuzione della pena presso il domicilio di cui alla l. 199/10 e agli arresti domiciliari esecutivi di cui all'art. 656 co. 10, c.p.p. anche in assenza di una specifica previsione normativa, materializzatasi solo con la riforma dell'ordinamento penitenziario del 2018<sup>56</sup>.

Negli esempi sopra richiamati, la presenza di una lacuna normativa (nel caso dei "rimedi risarcitori") o di una disposizione il cui testo appariva contrastante con le esigenze del trattamento penitenziario (nel caso del permesso "di necessità") ha spinto alcuni giudici di sorveglianza a intraprendere strade interpretative di natura nomopoietica, offrendo una lettura evolutiva – o meglio – "creativa" del disposto normativo. Nel primo caso, la giurisprudenza di legittimità ha censurato tale attività "giuscreativa", mentre nel secondo vi sono state decisioni altalenanti sebbene la lettura "evolutiva" della disposizione evocata (art. 30, c. 2, o.p.) non abbia fatto presa nella prassi applicativa, restando confinata ad un indirizzo minoritario. Nel terzo caso, il giudice ha colmato *in malam partem* una lacuna normativa e solo recentemente il legislatore ha recepito il portato giurisprudenziale.

Come insegna il convergente orientamento delle Corti di garanzia, espresso in riferimento al sistema delle misure di prevenzione<sup>57</sup> (non si vede perché non "esportabile" all'ordinamento penitenziario), il ruolo del formante giurisprudenziale è legittimo purché esercitato nei limiti della necessità di integrare un disposto normativo oscuro, in funzione del valore convenzionale e costituzionale costituito dal principio di legalità (declinato nella sua componente della "prevedibilità", nei termini già accennati). Una attività dai tratti esplicitamente giuscreativi potrebbe, inoltre, ammettersi solo se costituita da una linea di giurisprudenza costante e uniforme e sempre che tale attività non trasmodi nella applicazione analogica o estensiva al fine di salvaguardare il principio di legalità formale caratteristico del nostro ordinamento, come di tutti i sistemi di *civil law*.

Tornando al quesito iniziale: potrebbe un'attività "creativa" della giurisprudenza giustificarsi alla luce dell'esigenza di valorizzare pienamente, nella fase esecutiva della pena, il principio rieducativo scolpito nell'art. 27, c. 3, Cost.? Una recente sentenza costituzionale offre alcuni spunti di riflessione.

La Consulta, infatti, con la sentenza n. 149/2018, ha sancito alcuni importanti princìpi tra cui l'assunto per cui l'«imperativo costituzionale della funzione rieducativa della pena» è «da declinarsi nella fase esecutiva come necessità di costante valorizzazione, da parte del legislatore prima e del giudice poi, dei progressi compiuti dal singolo condannato durante l'intero arco dell'espiazione della pena» (§7)<sup>58</sup> essendo «ineliminabile» nella fase di esecuzione, dove la sua finalità «deve sempre essere garantita» (§7); la pena, inoltre, deve poter «esplicare in concreto la

<sup>56</sup> Cfr. la modifica dell'art. 51-ter, o.p., intervenuta ad opera dell'art. 5, comma 1, lett. b), d.lgs. 2 ottobre 2018, n. 123, su cui v. da ultimo F. Fiorentin, C. Fiorio, *La riforma dell'ordinamento penitenziario – Coll. Le nuove leggi penali*, Giuffrè, 2019, pp. 118 ss. <sup>57</sup> Cfr. Corte EDU, *De Tommaso c./ Italia* e Corte cost., n. 24/2019, cit.

<sup>&</sup>lt;sup>55</sup> Cass. pen., sez. I, 26 maggio 2017, Perrone, Rv. 271476, in *CED Cass*.

<sup>&</sup>lt;sup>58</sup> Corte cost., sent. 11 luglio 2018, n. 149, in *Giur. cost.*, con nota di A. Pugiotto, *Il "blocco di costituzionalità" nel sindacato della pena in fase esecutiva (nota all'inequivocabile sentenza n. 149/2018)*. Sulla pronuncia v. anche D. Galliani, *La sentenza 149/2018 della Consulta: eguaglianza e rieducazione fanno il trattamento penitenziario, il resto è incostituzionale, in Quad. cost.*, 2018, n. 4, in corso di pubblicazione e F. Siracusano, *Dalla Corte costituzionale un colpo "ben assestato" agli automatismi incompatibili con il finalismo rieducativo della pena*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, in corso di pubblicazione.



propria (costituzionalmente necessaria) funzione rieducativa» anche rispetto agli autori dei reati più gravi (§6)<sup>59</sup>. Ciò vuol dire – tra le altre cose – che il governo della fase esecutiva della pena deve essere ispirato alla primazia delle misure alternative rispetto alla detenzione carceraria, che deve configurarsi quale *extrema ratio* dell'ordinamento e che la somministrazione dei benefici penitenziari deve orientarsi sul criterio di gradualità in corrispondenza dei progressi trattamentali del condannato.

A quella che è stata indicata come una «illimitata espansione» del principio rieducativo, tale da irraggiare l'intero sistema penale<sup>60</sup> quale *primum movens*, talché «in uno Stato evoluto, la finalità rieducativa non può essere ritenuta estranea alla legittimazione e alla funzione stesse della pena»<sup>61</sup> non può che conseguire, anche (e soprattutto) nei confronti del giudice di sorveglianza, che la Costituzione indica la rotta e detta una corrispondente obbligazione di natura costituzionale: quella, cioè, di adottare una lettura per quanto possibile orientata alla finalizzazione rieducativa della pena e dunque – esemplificativamente – a privilegiare, sussistendo una pluralità di soluzioni interpretative possibili, quella che più favorisce tale obiettivo costituzionalmente assegnato alla esecuzione di tutte le pene.

Tale asserto necessita, tuttavia, di una precisazione: la legittimità dell'attività giuscreativa in nome dell'imperativo rieducativo non può assumere una valenza assoluta. Oltre a quanto si è già segnalato circa i limiti intrinseci assegnati alla *creativité pretorienne*, si deve, altresì, considerare che la finalizzazione risocializzante non può essere perseguita ad ogni costo, e, ipoteticamente, ponendo in pregiudizio altri valori costituzionalmente presidiati quali, in primo luogo, le esigenze di difesa sociale, che vanno, comunque bilanciate con le istanze rieducative. È questo il *memento* di una recentissima sentenza costituzionale<sup>62</sup>, che riafferma la piena legittimità dell'esercizio della discrezionalità legislativa tradottosi nell'opzione di irrobustire il "doppio binario penitenziario" dell'art. 4-bis, o.p., nel cui ambito trova spazio l'apprezzamento della gravità connessa al titolo di reato per il quale vi è stata condanna, l'allarme sociale che ne consegue e l'oggettiva pericolosità del comportamento descritto dalla fattispecie astratta.

### 8. Alcune considerazioni in chiusura.

Il fatto che, per lungo tempo, il settore della sorveglianza sia stato considerato attività di natura giudiziale o para-giurisdizionale se non proprio, in alcuni specifici ambiti (es. permessi) squisitamente amministrativa, ha reso più facile riconoscere al giudice di sorveglianza un'ampia discrezionalità nell'applicazione dei benefici penitenziari e, più in generale, nel governo della materia penitenziaria.

La progressiva "giurisdizionalizzazione" dell'esecuzione penale ha imposto di riconsiderare questa opinione tradizionale, ponendo in dubbio la pienezza, in precedenza

<sup>&</sup>lt;sup>59</sup> Sul carattere universalistico del finalismo rieducativo si veda Corte cost. n. 78/2007, annotata da R. Sottanis, *Misure alternative e immigrati clandestini: vale per tutti la logica della rieducazione,* in *Dir. pen. proc.* 2007, pp. 195 ss.

<sup>&</sup>lt;sup>60</sup> P.P. Emanuele, *La funzione rieducativa della pena nella giurisprudenza della Corte costituzionale*, in E. D'Orlando, L. Montanari (a cura di), *Il diritto penale nella giurisprudenza costituzionale*, Giappichelli, 2009, p. 100.

<sup>&</sup>lt;sup>61</sup> Corte cost., 26 giugno 1990, n. 313, in www.cortecostituzionale.it., che definitivamente valorizza la finalità rieducativa della pena «nel suo contenuto ontologico», ossia «da quando nasce, nell'astratta previsione normativa, fino a quando in concreto si estingue», qualificandola come «patrimonio della cultura giuridica europea».

<sup>&</sup>lt;sup>62</sup> Corte cost., sent. 5 giugno 2019, n. 188, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, con nota di F. Fiorentin, in corso di pubblicazione. La Consulta, con la evocata pronuncia, ha dichiarato non fondata la questione di legittimità costituzionale dell'art. 4-bis, c. 1, o.p., sollevata, in riferimento agli artt. 3 e 27 Cost., dalla Cassazione, «nella parte in cui non esclude dal novero dei reati ostativi, ivi indicati, il reato di cui all'art. 630 cod. pen., ove per lo stesso sia stata riconosciuta l'attenuante del fatto di lieve entità, ai sensi della sentenza della Corte costituzionale n. 68 del 2012».



indiscussa, di quella discrezionalità. Se, infatti, quest'ultima resta notevolmente ampia nella valutazione dell'*an* della concessione dei benefici e delle misure alternative alla detenzione, la giurisdizionalizzazione ha determinato l'infusione, nella disciplina dei procedimenti di sorveglianza, dei princìpi del c.d. "giusto processo" ed ha – per così dire – incanalato l'esercizio della discrezionalità del giudice di sorveglianza sui binari di un procedimento presidiato da alcune fondamentali garanzie processuali<sup>63</sup>. Lo sviluppo della giurisprudenza convenzionale e la sempre maggiore compenetrazione tra i plessi ordinamentali ha, infine, determinato l'emergere dei princìpi di matrice europea della "prevedibilità" delle decisioni del giudice e dell'affidamento" del consociato, anche in relazione alle dinamiche procedimentali dell'esecuzione penale.

A fronte di tali aspetti, la fase dell'esecuzione penitenziaria resta connotata, anche a causa della bassa qualità del *drafting* normativo<sup>64</sup>, da una vivace funzione di "supplenza interpretativa" della magistratura di sorveglianza, mossa dalla obiettiva esigenza di colmare vuoti normativi e armonizzare una normativa parcellizzata, priva di coerenza sistematica e spesso formulata in termini vaghi ed eccessivamente generici e – in parte ancora maggiore – motivata dalla aspirazione a tradurre nella prassi applicativa concreta il principio rieducativo di matrice costituzionale. Si osserva, a questo proposito, un'accelerazione forse dovuta anche al diffuso senso di frustrazione per la mancata approvazione di molte proposte contenute nello schema di decreto attuativo della delega penitenziaria proposto dalla Commissione ministeriale "Giostra" E un tale attivismo sul fronte giuscreativo sembra trovare una fecondo terreno di dialogo con le Corti di vertice che, nell'ultimo biennio, hanno realizzato per via giudiziale alcune importanti proposte di modifica normativa che erano state oggetto della breve stagione riformatrice chiusasi bruscamente sullo scorcio dell'anno passato.

Le ricadute negative dell'entropia giurisprudenziale, in parte ricordate anche nelle notazioni che precedono, non possono tuttavia essere trascurate. A questa criticità deve porsi rimedio ricorrendo ai princìpi elaborati dalle Corti, che costituiscono altrettante sicure *guidelines* per l'interprete.

Il Giudice europeo riconosce, invero, a fronte di un disposto normativo eccessivamente vago e generico, il ruolo "tassativizzante" della giurisprudenza quale riconosciuta fonte del diritto finalizzata a integrare il disposto normativo carente nei plessi estranei alla "materia penale". La Corte europea impone, tuttavia, alcuni controlimiti alla creatività giurisprudenziale costituiti, per un verso, dal divieto apposto all'interpretazione estensiva o analogica e, per l'altro verso, dal principio sancito dall'art. 7 CEDU che vuole la giurisprudenza "creatrice di diritto" connotata dai requisiti della "accessibilità" e della "prevedibilità".

Le Corte costituzionale, dal canto suo, attingendo al medesimo patrimonio assiologico elaborato dal giudice convenzionale nella già evocata sentenza *De Tommaso c./ Italia*, ha affermato che, nei settori dell'ordinamento posti "al confine della materia penale", la condizione

<sup>&</sup>lt;sup>63</sup> Come ha giustamente rilevato un'autorevole dottrina, l'ordinamento prevede ulteriori presìdi nei confronti delle possibili tracimazioni dell'attività interpretativa dei giudici: l'estesa possibilità di impugnazione delle decisioni dei giudici di merito, anzitutto, appare già strumento efficace nel rimediare a errori o a correggere abusi. Lo sviluppo delle forme di comunicazione elettronica e il facile accesso ai numerosi portali giuridici consente, inoltre, il controllo della pubblica opinione che si esercita (o dovrebbe esercitarsi) in primis sulla lettura delle motivazioni poste dal giudice alle proprie decisioni (R.G. Conti, *Il sistema di tutela multilivello e l'interazione tra ordinamento interno e fonti sovranazionali*, in *Quest. giust.*, 4/2016, pp. 88 ss.).

<sup>&</sup>lt;sup>64</sup> Emblematico è il già ricordato caso della disposizione dell'art. 35-ter o.p., la cui difettosità e lacunosità ha prodotto incertezze applicative e contrasti interpretativi, che hanno molto nuociuto all'effettività del rimedio risarcitorio introdotto in seguito alla sentenza Torreggiani.

<sup>65</sup> I decreti attuativi della c.d. "delega penitenziaria" (decreti legislativi nn. 122, 123 e 124 del 2 ottobre 2018) hanno solo parzialmente recepito i suggerimenti e le proposte elaborate in seno alla Commissione legislativa "Giostra", la cui organica e complessiva proposta di riforma dell'ordinamento penitenziario può essere esaminata in Commissione Giostra, *Il progetto di riforma penitenziaria*, NEU, 2019



della prevedibilità può essere soddisfatta anche avvalendosi di una giurisprudenza "costante e uniforme" (Corte cost., sent. 24/2019)<sup>66</sup>.

Con riguardo all'attività dei giudici della sorveglianza, tali asserti dovrebbero essere intesi nel senso che il rilevante coefficiente di discrezionalità attribuito al giudice deve intendersi servente rispetto alla chiarificazione e "messa a regime costituzionale" di un tessuto normativo ricco di espressioni flessibili ed "elastiche", coerenti con la peculiarità della materia. Le decisioni della magistratura di sorveglianza dovrebbero, in altri termini, riflettere soluzioni applicative di attento bilanciamento tra le esigenze di difesa sociale e l'obiettivo della risocializzazione dei condannati, la traiettoria ideale disegnata dalla Costituzione.

L'attività più francamente giuspoietica dovrebbe, allora, limitarsi a quei soli casi in cui l'ostinata neghittosità del legislatore (soprattutto quando essa si perpetui nonostante uno o più moniti delle Corti di garanzia) ponga in grave pregiudizio la tutela di quei diritti fondamentali veicolati dalla domanda di giustizia. A quest'ultima, infatti, il giudice deve, comunque, offrire una risposta, in modo tale che essa non si risolva in un *non liquet* ma, al contrario, attui concretamente la tutela di un diritto fondamentale anche in quei casi in cui l'ordinamento vigente, in un dato momento storico, non provveda adeguatamente sotto il profilo degli strumenti normativi a disposizione del giudice stesso.

Nella giurisdizione rieducativa, in particolare, l'esigenza di dare attuazione al precetto costituzionale che impone alle pene l'obiettivo della rieducazione del reo e il *gap* che ancor oggi sussiste tra tale meta e gli strumenti a disposizione del giudice non può far dubitare che la giurisdizione rieducativa non possa arrestarsi di fronte alle carenze della normativa ed ai silenzi (se non proprio alla cattiva volontà) del legislatore. L'attuazione dei principi costituzionali e convenzionali – segnatamente di quelli afferenti alla già ricordata vocazione rieducativa di tutte le pene e quello posto a presidio della dignità umana in particolare – non può, infatti, "arrestarsi di fronte alle porte del carcere" of 7.

A questa *impellenza costituzionale* è possibile sovvenire con il costante riferimento ai principi che fungono in prima istanza da faro nell'esercizio della discrezionalità del giudice di sorveglianza, chiamato a dare attuazione concreta, nel singolo caso, alla *mission* indicata nella Carta fondamentale e all'obbligo del (di ogni) giudice dell'Unione europea di garantire all'interno dell'ordinamento nazionale in cui opera la piena attuazione del diritto eurounitario e convenzionale.

In tale prospettiva, l'attività ermeneutica del giudice non può apparire - né effettivamente è - "creativa", dal momento che essa, fin dal suo nascere, non è affatto arbitraria bensì saldamente ancorata (e perimetrata) dall'osservanza di quei fondamentali princìpi fondamentali, di matrice costituzionale e convenzionale che, proprio per effetto del costante adeguamento alle mutazioni della società (e del sentire sociale), ricevono continuamente nuova linfa vitale<sup>68</sup>.

Se dunque «la creatività del giudice [...] è il dato di realtà che segna l'elemento maggiormente caratterizzante l'epoca attuale»<sup>69</sup>, è necessario ribadire che il ruolo del formante

67 Corte EDU, GC, 9 luglio 2013, Vinter e altri c./ Regno Unito, ric. nn. 66069/09, 130/10 e 3896/10, in CED Cass.

180

<sup>66</sup> M. Cerfeda, La prevedibilità ai confini, cit., p. 7.

<sup>&</sup>lt;sup>68</sup> «Rimane la necessità che l'attività di garanzia – sul piano costituzionale, convenzionale e del rispetto del diritto Ue – assicurata dalle giurisdizioni interne si mantenga entro la cornice costituzionale, senza alterarla e senza sostituirsi agli organi di direzione politica, ai medesimi sovrapponendosi in modo da aprire la strada al *governo degli uomini*, in contrapposizione al governo delle leggi.» (R.G. Conti, *Il sistema di tutela*, cit., p. 110).

<sup>&</sup>lt;sup>69</sup> V. Manes, *Il giudice nel labirinto*, cit., p. 22.



giurisprudenziale in tanto si configura legittimo in quanto sia assistito dalle garanzie della accessibilità e prevedibilità e nella misura in cui intervenga con riferimento ad una base normativa il cui rispetto non può mai venir meno. Tale ultimo profilo, in particolare, se rigorosamente inteso, pare utile "controlimite" a letture "evolutive" che non trovino nella lettera della legge un solido fondamento o, peggio, si pongano in contrasto con questa o con le ragioni di coerenza sistematica della disciplina oggetto di interpretazione.

Ogni "fuga in avanti" che si discosti da tale perimetro – a prescindere dalle motivazioni che la animino – oltre a non costituire linee di giurisprudenza costante e uniforme tali da assolvere ai requisiti fondamentali richiesti dalla Corte EDU e dalla Consulta, induce nel diritto vivente pericolose fratture e contrasti che minano alla radice la prevedibilità delle decisioni dei magistrati e la fiducia dei consociati nella giustizia.

Ancora una volta, in definitiva, la tenuta dell'ordinamento è affidata all'equilibrato uso degli strumenti interpretativi in mano ai giudici e al ruolo di indirizzo sempre più decisivo svolto dalle Corti di garanzia<sup>70</sup>.

### Bibliografia.

- E. Addante, Il principio di prevedibilità al tempo della precarietà, in Arch. pen., 2, 2019.
- D. Bifulco, *Il giudice è soggetto soltanto alla legge. Contributo allo studio dell'art. 101, comma 2, della Costituzione italiana*, Jovene, 2006.
- R. Bin, A discrezione del giudice. Ordine e disordine: una prospettiva "quantistica", Angeli editore, 2013.
- M. Cerfeda, La prevedibilità ai confini della materia penale: la sentenza n. 24/2019 della Corte costituzionale e la sorte delle "misure di polizia", in Arch. pen., 2, 2019.

Commissione Giostra, Il progetto di riforma penitenziaria, NEU, 2019.

- R.G. Conti, *Il sistema di tutela multilivello e l'interazione tra ordinamento interno e fonti sovranazionali*, in *Quest. giust.*, 4/2016, pp. 88 ss.
- S. Crispino, *Interpretazione conforme al diritto europeo e internazionale in materia penale*, in *Ars interpr.*, 1, 2019, pp. 171 ss.
- F. Della Casa, G. Giostra (a cura di), Ordinamento Penitenziario commentato, Cedam, 2015.
- G. Fiandaca, Diritto penale giurisprudenziale e ruolo della Cassazione, in Cass. pen., 2005, pp. 1722 ss.
- F. Fiorentin, F. Siracusano (a cura di), *L'esecuzione penale*, Giuffrè, 2019.

<sup>&</sup>lt;sup>70</sup> In chiusura si ricordano, a suggello delle considerazioni che si sono svolte, le parole di G. Fiandaca, *Diritto penale giurisprudenziale*, cit., p. 1723: «riconoscere la "creatività" giurisprudenziale non vuol dire, infatti, essere disposti ad avallare la discrezionalità interpretativa più spinta e disinvolta; al contrario, il riconoscimento degli ampi margini di "inevitabilità" di tale discrezionalità sollecita un controllo critico il più rigoroso possibile dei metodi interpretativi, delle tecniche argomentative e degli stili di ragionamento che la giurisprudenza utilizza nella prassi».



- D. Galliani, *I giudici italiani, la dottrina, la giurisprudenza della Corte di Strasburgo*, Relazione presentata al convegno "Giustizia penale ed economia. Ricordando Giovanni Falcone con Francesca Morvillo e Paolo Borsellino" presso la Corte di Cassazione, Aula Magna, Roma, 22 maggio 2017, organizzato dalla Scuola Superiore della Magistratura Struttura di formazione decentrata della Corte di Cassazione.
- V. Manes, Il giudice nel labirinto. Profili delle intersezioni tra diritto penale e fonti sovranazionali, Dike Giuridica Editrice, 2012.
- F. Palazzo, Riforma del sistema sanzionatorio e discrezionalità giudiziale, in Dir. pen. proc., 1, 2013, pp. 97 ss.
- A. Pugiotto, *Il "blocco di costituzionalità" nel sindacato della pena in fase esecutiva*, in *Giur. cost.*, 4, 2018, pp. 1646 ss.
- F. Viganò, Il principio di prevedibilità della decisione giudiziale in materia penale, in AA. VV., La crisi della legalità. Il "sistema vivente" delle fonti penali, Jovene, 2016, pp. 213 ss.
- V. Zagrebelsky, La Convenzione europea dei diritti dell'uomo e il principio di legalità nella materia penale, in V. Manes, V. Zagrebelsky (a cura di), La Convenzione europea dei diritti dell'uomo nell'ordinamento penale italiano, Giuffrè, 2015, pp. 69 ss.



Intervista

## The roots of evil - Ch. 2

Transcription of the interview with Philip Zimbardo<sup>1</sup>

## 2. Where does evil come from?

## Evil is a product of situational forces, right?

It's a combination of... situation is local. But then above the situation, and this is one of the things I claim that I was one of the first to talk about, is situations are always part of a broader system. A system is political, it's legal, it's cultural. So any prison in the world is part of a correctional system. They call it correction system.

And so here's laws, here's rules, here's economics. So, for example, one of the reasons prison populations have increased in America is prisons are a business. And many prisons are in small towns and everybody in town has their job in the prison, as a cook, bringing the mail in, many, many jobs.

## "So these towns make money having a prison"

And once a population starts going down, they start releasing prisoners, the people in that town go to their politicians, they go to Washington to say, "Send more prisoners here". And so now, for example, in big cities like Los Angeles with big, again, big minority community, we have many prisons, they ship them from Los Angeles to Northern California. So that means it's almost impossible for families to visit. It's like a 10-hour bus drive. And nobody cares about so prisoners never get visitors which is horrible.

"Systems are the combination of economics, political, cultural, and historical forces that shape any particular situation"

<sup>&</sup>lt;sup>1</sup> Prof. Philip Zimbardo, Psychologist, professor emeritus at Stanford University.





## Biology and evil: what about the role of DNA?

It's not clear to me the impact of biological factors. The only thing we know is in terms of personality, there was something called psychopathic personality. And this is about 1% of any population in the world. And what psychopathic personality really is it's really the inability to feel positive emotions, inability to feel guilt, inability to feel empathy.

In my research, I don't focus on or I don't really know the importance of biological genetic factors. Now again, you say, crime runs in families. Well, again, that's systemic. Crime runs in mafia families because you grow up in a family where what you want, you take what you want

My whole focus has always been that we underestimate the power of situations because we overestimate the importance of free will because...

# "...we want to believe in human dignity, that people chose their destiny"

Rather than from birth, depending where you live.

# "Doesn't matter how smart you are, how good you are, how kind you are, how empathy and stuff"

So what I'm saying is it's simply important for all of us, general public as well as politicians, lawyers, others not to underestimate how much, who we are, what we do is influenced by the situations that we grew up in. And when the situations are negative, we should work hard to make them more positive.

## Is it possible to teach moral behavior?

Oh, I think so. Oh sure.

I think for my example in the ghetto in the South Bronx, me and the children who didn't do evil things almost always had a mother who had a moral compass, who said, "This is right. This is wrong. You should not play with these boys. You should not do this. Don't take money from strangers. Before you make a decision, come home and talk to me and your father about it".

Clearly it should be the role of religion. It should be the role of the church to teach moral behavior.

I grew up Catholic. I was very religious much of my life and the problem with the church, Catholic church especially, is it's all about sin. It's all about deliver us from evil. Lead us not into temptation. It's nothing in the whole thing about goodness.

The church should be teaching moral behavior, and what they teach is not about doing good things, only about avoiding temptation.

You're praying to God and you say, "Lead us not into temptation". That's an error. It's not God's job, that's the devil's job. I talked to many religious people, they said it's a mistake. It's a mistake in the translations that if you're praying to God, you don't say, "Please God, don't lead me into temptation". Because God says, "It's not my job. It's not my job.

That's the devil's job. Let him do that work".

[to be continued]



Intervista

# Le origini del male -Ch. 2

Trascrizione dell'intervista a Philip Zimbardo<sup>1</sup>

## Da dove nasce il male?

## Il male è frutto di fattori situazionali, corretto?

Di contesto e di sistema. Entrambi, direi. È una combinazione di... Il contesto è locale.

Ma il contesto, e penso di essere stato uno dei primi ad evidenziarlo, s'inserisce in un sistema più ampio, un sistema politico, giuridico, culturale. Ogni penitenziario fa parte di un sistema correttivo. È così che lo chiamano.

Un sistema dove vigono delle leggi, delle regole, degli aspetti economici... Se in America il numero di detenuti è in aumento, è anche perché le carceri sono un business. Molte prigioni si trovano in piccoli paesi dove ogni abitante lavora nel carcere: cucina, porta la posta e molto altro.

#### "L'economia di questi paesi si regge sulle carceri"

E se il numero di carcerati è in calo, se qualcuno viene rilasciato, gli abitanti chiedono ai politici locali o a Washington di mandargli altri prigionieri. Per esempio metropoli con grandi minoranze come Los Angeles, inviano i detenuti nel nord della California. I questo modo per le famiglie è praticamente impossibile andare a trovarli, visto che il viaggio dura 10 ore di autobus. Ma a nessuno interessa, i detenuti non riceveranno visite ed è orribile.

redazione@dirittopenaleuomo.org

DPU - Diritto Penale e Uomo - Criminal Law and Human Condition | Via Serbelloni, 1 | 20122 MILANO (MI) |

<sup>&</sup>lt;sup>1</sup> Prof. Philip Zimbardo, Psicologo, Professore Emerito presso la Stanford University.



## "I sistemi sono frutto della combinazione di fattori economici, politici, culturali e storici che influenzano una situazione particolare"

## La biologia e il male: qual è il ruolo del DNA?

Non ho ben chiaro l'impatto dei fattori biologici. L'unica cosa che posso dirle è che esiste un disturbo chiamato psicopatia che riguarda l'1% della popolazione mondiale. Questa malattia consiste nell'incapacità di provare emozioni positive, rimorso, empatia.

Nella mia ricerca non mi concentro, o forse ignoro, l'importanza dei fattori generici. Adesso lei mi dirà che il crimine è una questione famigliare, ma anche questo è un aspetto sistemico. Nelle famiglie mafiose il crimine si trasmette perché cresci in una famiglia in cui sei abituato ad ottenere quello che vuoi.

Tutta la mia ricerca è volta a dimostrare che noi sottovalutiamo il potere dei contesti e sopravvalutiamo il libero arbitrio perché...

## "...ci piace credere nella dignità dell'uomo, che la gente si scelga il proprio destino"

E che esso non sia imposto dalla nascita o dalla provenienza.

# "Non importa chi tu sia, quanto tu sia intelligente, buono, gentile ed empatico"

Il mio è un messaggio rivolto a tutti: gente comune, politici, avvocati... Cerco di insegnare a non sottovalutare l'influenza che il contesto in cui cresciamo ha su di noi e sulle nostre azioni. E se un contesto è negativo, dovremmo darci da fare per migliorarlo.

## Il comportamento morale può essere insegnato?

Sì. Credo di sì, sicuramente Tornando al mio caso personale del ghetto nel South Bronx, se io e altri bambini non abbiamo commesso azioni malvagie, era perché alle nostre spalle avevamo una madre con un orientamento morale che ci diceva cos'era giusto e cosa sbagliato. Che ci diceva di non giocare con certi ragazzi, di non fare certe cose, non accettare denaro dagli sconosciuti. E, prima di prendere una decisione, di parlarne a casa con Mamma e Papà. Ovviamente questo dovrebbe essere il compito della religione. Dovrebbe essere la religione a insegnarci la morale.

Sono stato educato al Cattolicesimo. Per molti anni sono stato credente. Il problema della Chiesa, specie di quella cattolica, è il peccato. Liberaci dal male. Non indurci in tentazione.

La Chiesa dovrebbe insegnare la morale, ma tutto ciò che fa è insegnare cosa non fare, a evitare le tentazioni.

Quando preghi Dio dici «Non ci indurre in tentazione», ma è un errore: non è compito di Dio, ma del diavolo. Ne ho parlato con molti credenti e tutti sostengono che sia un errore. È un errore di traduzione, perché se preghi Dio, non gli chiedi di non indurti in tentazione. Perché Dio ti risponde: «Non è compito mio. Non è compito mio. Io mi occupo del bene. La tentazione è di competenza del diavolo. Lascia che sia lui a occuparsene».

[continua]



Intervista

# Interview with Maryanne Wolf

di Susanna Arcieri, Maryanne Wolf

One of the most prominent and eminent reading scientists answered our questions about the power of reading and its effects on the human brain and thinking, starting from her latest book, <u>Reader, Come Home. The Reading Brain in a Digital World</u> (HarperCollins, 2018).

In your book, you explain that the practice of reading, which is in itself unnatural, allows the brain to go beyond its original functions to form a completely new circuit dedicated to reading.

Do you have evidence of other phenomena in human history (behavioural, cultural, social, etc.) so incisive as to have determined the creation of new neural circuits?

My other book, *Proust and the Squid*<sup>1</sup>, begins, in the first line, with the quote: «we were never born to read».

Well, we were also never born to do algebra, or to do sophisticated calculations. Numeracy and literacy are both cultural inventions that require a new brain circuit that represents a new arrangement or set of connections among existing parts of the brain. In my latest book, *Reader, Come Home*, there is a picture I would like to show you.

<sup>&</sup>lt;sup>1</sup> M. Wolf, *Proust and the Squid. The Story and Science of the Reading Brain*, Harper Perennial, 2008.





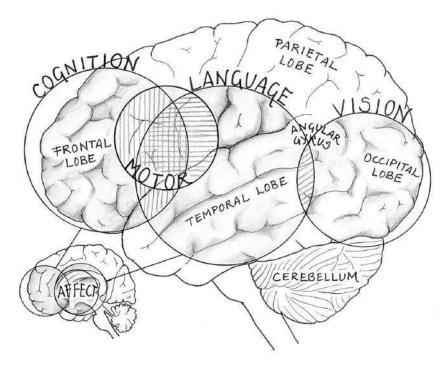


Figure 1 – taken from *Reader*, *Come Home* 

As you can see, some regions of the brain already exist for other functions. Like the visual system and language system. Other regions have to do with our ability to think and make hypotheses, our ability to feel, and to move. All those functions had their own connections, but they were all never connected in one single and unique circuit for the purpose of reading.

The reading circuit, therefore, is made of many networks that already exist. In the beginning, it is just like very primitive connections between vision and language systems, and then it adds motor, affect, feeling, and so on. What reading did was to make it possible for all those systems to influence each other, to come together. Alberto Manguel said that what is so special about reading is that it increases its own capacities for making connections. He used the phrase «like geometric progression». Beautiful term, isn't it?

Thus, in the beginning, when a child reads, he or she is simply putting a visual symbol and a sound together. Then when the child encounters a word, there is the addition of meaning and grammar. In this way, we steadily add new linguistic and cognitive processes. Over time, we begin to become readers who add many more time-consuming and sophisticate processes.

In fact, the practice of reading shapes who we are. We humans are analogy makers. This is who we are. Our basic process is to take what we know, whatever it is, and to build something new starting from what we know. There is a sort of reciprocal relationship between new and old information. When we are reading, we are entering the realm of analogy making and we are building up the circuit at the same time. This is the reason why the act of making an analogy builds our base of knowledge. From this platform we begin to be able to make inferences, deductions, inductions and – most importantly, with regard to the legal system – critical analysis.

Of course, all of this requires time. Of a particular sort: extra milliseconds of brain processing. That is why in a digital culture, my biggest worry is that we have all begun to "skimread" the glut of information we receive and not expend those precious extra milliseconds of time.



If we try to read Italo Calvino skimming on a screen, we necessarily miss some of the most aesthetic aspects of written language. Further, we miss details and the sequencing of information when we "word-spot", which can cause us to misinterpret what we are reading. We think: "oh we've got the gist", but actually, we do not have sufficient information to really analyze it carefully enough, to discern truth from falsehood. In my opinion, the biggest problem is that we don't even realize what is happening to us: we simply don't understand we're missing important information. On the contrary, and worst of all, we think we know.

This may well remind you of Socrates' lament, when he was so worried about reading. In some ways, he was right. For example, he said: «we should not read because our youth will have the illusion of knowledge before they've ever worked for it». Of course, he did not know anything about the reading brain circuit but he was absolutely right about the potential to short-circuit knowledge. When you skim read, you have the illusion of knowledge. You have the illusion of even truth, but actually, you have not begun to evaluate the information sufficiently to distinguish between truth and falsehood.

There is another thing I did not mention yet, which is also important to your work in the legal field: I refer to the so-called "deep reading processes". In a few words, we could say that deep reading processes are all the things that go beyond basic decoding. In fact, they go beyond that basic circuit by adding analogy, inference, deduction, induction and critical analysis and two more things. When we start reading, as children, we read a lot of stories and books that give us the capacity to enter the perspective of another person whom we would never ever meet. What we read turns us into a sort of "repository", or an encyclopedia of information, which not only makes us who we are, but also shapes how we think.

Among the processes of deep reading, there is also the development of empathic skills (i.e., the ability to take on the emotional perspective of others). In fact, through reading, we learn to feel what another person feels and thinks in another epoch, in another religion, in another culture. I think that one of the greatest problems in our society is that people too often do not know about others. Our history shows us many sad examples of this attitude in the past. Just think about the Weimar Republic, which was based on making Jews, communists, and anyone who thought differently, public enemies. They were called traitors; they were called "others". They were made objects of fear.

Well, I firmly believe that reading can help us understand the point of view of others as an antidote to fears and prejudices. As I already said, by reading, we learn who others are and others became a part of the perspective-taking processes within our reading circuit. This is extremely important. The development of empathy is one of the great gifts of the reading circuit.

In fact, empathy enriches our knowledge by adding emotion to reason. We all know the famous phrase of Blaise Pascal: «the heart has reasons which reason doesn't know».

When Barack Obama was asked about how he had learned empathy, he said: through novels. Novels taught Obama, in his words, that everything is not black and white, and there's so much grey. The novel taught him about others. In my book, I also recall the words of the writer Marilynne Robinson, who noted that the trend towards seeing other as enemy is the greatest threat to our democracy. And, mind you, we are talking not only about the past, but also about the present time, and probably the future.

Empathic processes are linked to many other deep reading processes, such as the contemplative function. As I described in my earlier book, *Proust and the Squid*, Proust wrote



that the actual heart of reading is when we encounter the author's wisdom and go beyond it to discover our own. Contemplative function is the opportunity, offered by what we read, to reflect on what the author's thoughts generate in ourselves; and then, if we are very lucky, we can generate a novel thought. The human brain has this extraordinary ability to go beyond its own set processes to make something new.

Pascal also said that there is nothing new under this earth, but there is rearrangement. This is exactly what our brain is doing: it is rearranging its networks. It is not building a new lobe; it is just shaping a new circuitry by rearranging its parts, which already existed. Nevertheless, there are also new connections, and that is where Pascal is wrong. We have some amazing data that show how these connections exist in literate people *versus* non-literate people. However, be careful: this does not mean that a non-literate person – look at Socrates – does not have the capacity for great knowledge. It rather means that, when we learn to read, we also learn to process information in a different way that allows us to consolidate knowledge over time. Reading, the invention of literacy, democratizes knowledge for a society.

From what you are saying, we understand that it is very important for us to be aware of what happens into our brain because of reading. Nonetheless, if I have understood correctly, sometimes there is a lack of awareness. On the one hand, we often live under the illusion of knowledge; we are – wrongly – convinced that digital reading makes us able to learn many things in a very short time. On the other hand, we are often unaware of our fears.

Within this framework, can reading practice be helpful in making us more aware of what we do not know and what we are scared of?

Paradoxically, we would think that the more information and the more knowledge, the less fear. This might seem to make sense. Unfortunately, however, things are quite different. Nowadays, we have access to a lot of information. Too much, actually. Then we tend to go to our familiar sources or silos of information. We select what is most comfortable and easy to us. Therefore, we see things from one angle alone. This is one of the biggest problems with the media – public television, newspapers, and internet – today; by selecting information, we lack the overall view. We all end up selecting our familiar information sources. As we know, knowledge is time-consuming, and we do not have time for that. In addition, what's worse, we think speed is knowledge.

I noticed that this is happening to me, too. Most of the time, especially if the purpose is not that important, I just read on the screen and I skim. However, this approach does not give us the quality of thought we need. I think we need to seriously consider how we absorb information today, in the digital era. We cannot change the context we live in; we are the inhabitants of a digital age. Rather, we must ask ourselves: what are the best ways of teaching our children, so they can learn how to read deeply? We adults can do this, but the very young people do not. In my book, I mention an interesting study of over 171,000 young people, from different cultures and countries, between 2000 and 2017. They were all given the same task, which was to read the same content on print or on a digital screen, and then they were asked to answer some comprehension questions. What the researchers found out was the children who read the printed book understood its contents much better.



Ultimately, we really should ask ourselves what we can do to preserve the best of our civilization and our culture – especially for the new generations – and to preserve a democracy where all voices are heard.

## In your book, you also mention some positive aspects related to the progressive shift from a culture based on printed texts to a digital culture. Can you give us some examples?

Well, I think we should make a distinction between the quality of what we read and the way we get the information. Technology can give us access to a huge amount of information coming from every part of the world. That is an enormous leap forward in many different fields – legal studies, medicine, neuroscience, etc.; I can know almost instantly a new study from somewhere in Japan, for example. It offers us a chance for a democratization of knowledge like never before in our history of the species.

Generally speaking, however, I do not support a great deal of digital reading in the first ten years of childhood. There are caveats: for children and individuals with dyslexia, technology provides us with a lot of new ways of helping them acquire knowledge as they are slowly learning how to read. There are all kinds of really good things about technology. The problem arises when technology is seen as the answer to the question of education. Such unitary thinking about the complexities of education can be extremely superficial.

# In your opinion, can reading help to improve the quality of the decision-making processes of judges and, more generally, of other legal practitioners (e.g. lawyers)? If so, how?

I think there are al least three deep reading processes that are extremely important with regard to the legal system. More specifically, I refer to *i*) empathy skills, *ii*) critical analytic skills, and *iii*) contemplative functions. The combination of the three makes it possible to put together all the information we have. In a word, brainstorming. This is crucially important in the judiciary context, when difficult cases need to be resolved, and you have many clues to be put in connection with each other. Justice is not simple, and I think that an important part of education, in the pursuit of justice, should be to improve those cognitive skills and to be vigilant about using them, particularly when bombarded with too much information.

# With specific regard to the new generations, what does your research suggest about the possibility of modelling the "circuits of reading" of young people, through digital tools?

In my new book I express my thoughts about this. In my view, we should work to build what I call a "biliterate reading brain". In a few words, I believe we would lay the groundwork for a completely new system for teaching our teachers how to instruct young people. Of course, parents also have an enormous role to play. I do not think they fully realize the importance of the first few years of life – between zero and five years: in fact, in those years the child develops his or her interior life with its diverse cognitive, linguistic and social-affective capacities.

Right now, in California, I am trying to help set up a campaign to raise awareness among parents and families about the importance of spending their time reading, talking, even singing to their babies and young children. In fact, music develops many skills that we did not realize.



Then, for the next five years – age five to ten, I suggest to introduce kids to digital devices, so that they can practice coding, programming and (most importantly) they can learn how to think inferentially and spatially. At the same time, however, it is crucial for them to learn how to read – and to read deeply – from traditional printed books. Without going into the details, there is considerable research about why the "traditional" reading practices are so important in those first ten years.

In doing so, we are making them able read deeply and, in parallel, we are teaching kids the beauty and the potential of digital technology.

## How important it is to carefully choose what to read?

It is extremely important. Introducing children to the concept of choice is a fundamental part of the process we are talking about. Children typically choose certain books over and over again, and the parents actually get to know their children better through those choices. In this respect, I believe that the worst thing school can do is not to give choice. As Joseph Epstein said, we are what we read. I would add: we are what we read and *how* we read. Reading is a source of joy. Of course, we read to pursue knowledge, but we also read for pleasure. And the act of choosing is itself part of the joy.

When we have no choice, and we haven't learned the pleasure of reading, we actually don't read as much. Of course, that is a horrifying prospect. I do not even want to think about life without reading, it's one of the greatest gifts in our species' history. However, so many of our children and youth today are not reading.

From your words, we understand that the practice of reading can deeply shape our behavior, and more broadly, the way we think. Do you really believe there is a connection between the exposure to violent contents and the development of aggressive behavior, especially amongst young people?

This is a very tricky and complex question. If you look at those who have committed violent crimes in America, we notice that they were often reading online sites which are supporting violence. What we do not know is whether they read other contents and, if so, what.

I can only say - and I am saying this not as a scientist, but just as an observer of my culture - that there seems to be a terribly tragic connection between people who are reading that material and people who have committed the most violent crimes.

And I might add that, for many years, researchers have been investigating a possible link between violent video games and children's aggressive behaviour, and they have found evidence of such a connection.

Does that mean that all video games are bad? Of course, not. Video games – like everything else – have both good and bad aspects. They can improve visual and motor skills, for example. But they also lead ever more insidiously in many young people to addiction that takes them away from their studies, their friends, and their family.

Therefore, it is no easy question. What I am mainly worried about, as I said earlier, is the current trend of relying solely on one source of information. When I say that we are what we read



and how we read, I mean that there is also a strong connection between being exposed to only one type of content or type of games and thinking a particular way, which – in a weak and fragile personality – might be the trigger to commit violent crime.

I am thinking, for example, of the tragic case of a young man who, in the USA, shot a group of Mexicans because he believed that the migrants were taking over our country: he was using language from the things that he had read on sites dominated by literature on white supremacy and Fascism. He was also parroting language used by some political leaders who use fear to solidify their supporters.

In short, I do not have an easy answer for you;, my answer would always include that it is necessary to foster critical analytical and perspective-taking capacities in our young. Still more importantly, we must strive to provide our children with multiple perspectives and a firm sense that "others" are only those we do not know yet, but are all part of what makes up the diverse voices of a true democracy.

A final consideration. We were very impressed by the concept of "learned ignorance" you mention in one of the final chapters of your book. Philosopher Nicola Cusano coined the term. It means that, since we have to make decisions in the presence of several conflicting perspectives, the wisest choice is to strive first to fully understand the different positions, and then evaluate and decide on the best path to take. In this regard, you write that, in order to develop Cusano's scholarly ignorance we ought to «bring together the research of various disciplines - cognitive neuroscience, technology, human and social sciences». In fact, «none of them is in itself sufficient to make the kind of decisions we need; but each one adds something essential to the combination of knowledge we need»<sup>2</sup>.

What Nicholas of Cusa taught us through his wonderful words is that we will always be confronted with contradictory truths.

How should we deal with those different truths? This wonderful philosopher suggested that we step outside ourselves and to look at each of the different truths with both empathy and critical thinking. We need, therefore, to suspend our initial judgment, bring all the information together and consider it from multiple perspectives. Of course, this is not an answer to the question of what truth is the *real* truth, but it's an approach to truth that can help us today, where too many of our leaders are intentionally disregarding truth in order to gain more power through false promises and falsely raised fears, particularly of "others".

Within your journal, I believe you are taking a similar approach. You are urging your readers to stepping outside their own disciplines to discover what a fresh perspective from a different viewpoint or discipline would add to their understanding. Indeed with this very interview you are stepping outside the legal sphere, and evaluating what insights from the cognitive neuroscience of reading can add to your own knowledge base. Bravi!

<sup>&</sup>lt;sup>2</sup> Our translation from the italian book, p. 158.



Intervista

# Intervista a Maryanne Wolf

di Susanna Arcieri, Maryanne Wolf

Uno dei più illustri neuroscienziati esperti dei processi di lettura ha risposto alle nostre domande in ordine al potere della lettura e agli effetti da essa prodotti sul cervello e sul pensiero umani, a partire dal suo ultimo libro, <u>Lettore, vieni a casa. Il cervello che legge in un mondo digitale</u> (Vita e Pensiero, 2018).

Nel suo libro, spiega che la pratica della lettura, di per sé innaturale, consente al cervello di andare oltre le sue funzioni originarie per formare un circuito completamente nuovo dedicato alla lettura.

È a conoscenza di altri fenomeni, nella storia dell'uomo (comportamenti, tradizioni culturali, ecc.), tanto incisivi da aver determinato la creazione di nuovi circuiti neurali?

Il mio precedente lavoro, *Proust e il calamaro*<sup>1</sup>, inizia, nella primissima pagina, con la seguente citazione di Aristotele: «non siamo nati per leggere».

A ben vedere, non siamo nati neppure per studiare algebra, o per fare calcoli sofisticati. La capacità di calcolo, esattamente come l'alfabetizzazione, è un'invenzione culturale, che presuppone un nuovo circuito cerebrale costruito a partire dalle connessioni tra aree cerebrali preesistenti. Nel mio ultimo libro, *Lettore*, *vieni a casa*, ho inserito una figura che vorrei mostrarvi.

194

<sup>&</sup>lt;sup>1</sup> M. Wolf, <u>Proust e il calamaro. Storia e scienza del cervello che legge</u>, Vita e Pensiero, Milano, 2012.



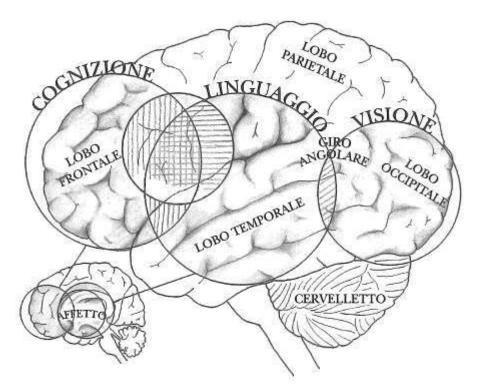


Figura 1 - tratta da Lettore, vieni a casa, cit., p. 27

Come si può vedere, esistono alcune regioni del cervello deputate a specifiche funzioni. È il caso, ad esempio, del sistema visivo e del sistema del linguaggio. Altre aree costituiscono la base delle nostre capacità di pensare, di formulare ipotesi, di percepire con i sensi, e di muoverci. Tutte queste aree presentano alcune connessioni, ma in origine esse non erano collegate tra loro in una sola e unica rete o circuito cerebrale deputato alla lettura.

Il circuito della lettura, dunque, si è strutturato a partire da diverse reti neurali già esistenti. Originariamente, esso era caratterizzato da connessioni molto primitive tra le regioni della visione e del linguaggio, alle quali si sono progressivamente aggiunte le aree motorie, quella deputata alla sfera affettiva ed emotiva, e così via. La pratica della lettura ha cioè permesso che tutti questi sistemi si influenzassero a vicenda, fino a collegarsi tra loro. Alberto Manguel ha affermato che la caratteristica peculiare della lettura è data dal fatto che essa aumenta le capacità del nostro cervello di stabilire connessioni. L'espressione che ha usato è: «come in una progressione geometrica». Un'immagine efficace, non trovate?

Ad ogni modo, quando impariamo a leggere, da bambini, inizialmente ci limitiamo a collegare un simbolo visivo a un determinato un suono. Successivamente, quando per la prima volta ci imbattiamo nella parola, ecco che prendono forma anche il significato e la grammatica. In questo modo, si formano costantemente nuovi processi linguistici e nuovi processi cognitivi. Con il tempo, diventiamo sempre più capaci di sviluppare sofisticati e dispendiosi in termini di tempo.

In realtà, il fatto stesso di leggere ci rende ciò che siamo. Noi esseri umani ragioniamo attraverso l'analogia. Fa parte della nostra natura. Di base, infatti, funzioniamo in questo modo: a partire da ciò che già sappiamo, qualsiasi cosa sia, costruiamo qualcosa di nuovo. Esiste una sorta di relazione reciproca tra vecchie e nuove informazioni. Così, quando leggiamo, entriamo



nel regno dell'analogia e, allo stesso tempo, costruiamo un nuovo circuito. Questa è la ragione cui il ragionamento analogico rappresenta la base della conoscenza; su queste fondamenta, impariamo altresì a di fare inferenze, deduzioni, induzioni e – cosa estremamente importante, per quanto riguarda l'ambito legale – sviluppiamo le nostre capacità di analisi critica.

Naturalmente, tutto questo richiede tempo. In particolare, questi processi richiedono millisecondi extra. Ecco perché, con l'avvento della cultura digitale, abbiamo imparato a leggere superficialmente (*skimming*) una gran mole di informazioni, così da non perdere quei preziosi millisecondi. Se proviamo a leggere Italo Calvino in maniera superficiale su uno schermo, per forza di cose non saremo in grado di cogliere alcuni degli aspetti più raffinati del linguaggio scritto. Ci sfuggiranno alcuni dettagli, non seguiremo tutta la sequenza delle informazioni, rischiando così di fraintendere gran parte di ciò che leggiamo. Siamo portati a pensare di aver "afferrato il concetto", ma la verità è che non abbiamo raccolto informazioni sufficienti per poterle analizzare con la dovuta attenzione, così da distinguere ciò che è vero da ciò che è falso. A mio modo di vedere, il problema maggiore è dato dalla circostanza per cui, la maggior parte delle volte, neppure ci rendiamo conto di ciò che ci accade: semplicemente non siamo consapevoli che ci mancano alcune informazioni fondamentali. Al contrario – e questo è la cosa peggiore in assoluto –, siamo convinti di sapere.

Tutto questo richiama alla mente le parole di Socrate, che era estremamente preoccupato riguardo alla lettura. In qualche modo, egli aveva ragione. Ad esempio, ha affermato: «noi non dovremmo leggere, perché in questo modo i nostri giovani coltiveranno l'illusione di avere la conoscenza prima ancora di dedicarsi a essa». Naturalmente, Socrate non sapeva nulla sul circuito cerebrale della lettura, ma aveva assolutamente ragione rispetto al rischio di un corto circuito nella conoscenza. Quando leggiamo in modo superficiale, ci illudiamo di sapere. Ci sembra persino di conoscere la verità, ma in realtà non siamo nelle condizioni di valutare le informazioni come sarebbe necessario al fine di distinguere ciò che è vero da ciò che non lo è.

C'è poi un altro aspetto, a cui non abbiamo ancora fatto cenno, che risulta particolarmente importante per il vostro settore: mi riferisco ai cosiddetti "processi di lettura profonda". In estrema sintesi, potremmo dire che i processi di lettura profonda sono tutte attività che vanno oltre la decodifica di base. Infatti, essi arricchiscono il circuito di base aggiungendovi l'analogia, l'inferenza, la deduzione, l'induzione, l'analisi critica, e due funzioni ulteriori. Quando leggiamo per la prima volta, da bambini, le storie e i racconti che leggiamo ci consentono di assumere il punto di vista di un'altra persona, che pure non incontreremo mai. Ciò che apprendiamo dai libri ci trasforma in una sorta di "archivio", o enciclopedia di informazioni, che non solo ci rende ciò che siamo, ma addirittura plasma il nostro modo di pensare.

Tra i processi di lettura profonda, vi è anche lo sviluppo delle capacità empatiche (vale a dire la capacità di assumere la prospettiva emotiva delle altre persone). In effetti, attraverso la lettura, impariamo a sentire ciò che sente e pensa una persona che è vissuta in un'altra altra epoca, o che appartiene a un credo religioso o a una cultura diversi dai nostri. Credo che uno dei maggiori problemi della società in cui viviamo oggi sia rappresentato dal fatto che, troppo spesso, gli individui non sanno nulla l'uno dell'altro. La nostra storia passata, purtroppo, ci mostra diversi esempi di questo atteggiamento. Basti pensare alla Repubblica di Weimar, nella quale gli ebrei, i comunisti e chiunque mostrasse di pensare diversamente dagli altri, venivano trasformati in nemici pubblici. Costoro venivano chiamati traditori; erano "gli altri". Diventavano oggetto di paura.

Ebbene, io credo fermamente che la lettura possa aiutarci a comprendere il punto di vista degli altri come antidoto alle paure e ai pregiudizi. Come ho già detto, grazie alla lettura siamo in



grado di capire chi sono gli altri, i quali entrano a far parte della nostra prospettiva, a partire dagli elementi presenti nel nostro circuito della lettura. Questo è estremamente importante. Lo sviluppo dell'empatia è infatti uno dei più grandi doni del circuito della lettura. L'empatia arricchisce la nostra conoscenza aggiungendo alla ragione le emozioni. Conosciamo tutti la celebre frase di Blaise Pascal: «il cuore ha le sue ragioni che la ragione non conosce».

Quando fu chiesto a Barack Obama come avesse imparato a provare empatia, egli diede una risposta di questo genere: attraverso i romanzi. I romanzi, disse, gli avevano insegnato che non è tutto o bianco o nero, ma esiste un'infinità di grigio. Grazie ai romanzi, imparò che esistono anche gli altri. Nel mio ultimo libro, ho citato anche le parole della scrittrice Marilynne Robinson, che ha osservato come la tendenza a considerare il prossimo un nemico rappresenti la più grande minaccia per il nostro sistema democratico. E, si badi bene, non stiamo parlando solo del passato, ma anche di quello che accade oggi e, probabilmente, di ciò che accadrà nel futuro.

La capacità di provare empatia si collega a numerosi altri processi di lettura profonda, tra cui, ad esempio, la dimensione contemplativa. Come ho scritto nel mio lavoro precedente, *Proust e il calamaro*, Proust osservò che il vero e proprio cuore della lettura è dato dall'incontro con la saggezza dell'autore e, da lì, siamo in grado di proseguire fino a scoprire anche la nostra, di saggezza.

La dimensione contemplativa rappresenta la possibilità, che ci è offerta da ciò che leggiamo, di riflettere sugli stimoli prodotti in noi dal pensiero dell'autore; in questo modo – se siamo molto fortunati –, possiamo addirittura generare un pensiero nuovo. Il cervello umano ha infatti questa straordinaria capacità di andare oltre i propri processi naturali per creare qualcosa di nuovo.

Pascal disse anche che non c'è nulla di nuovo sotto questa terra, ma tutto viene riordinato. Il nostro cervello fa esattamente questo: organizza diversamente le proprie reti. Non costruisce aree nuove; semplicemente, plasma un nuovo circuito grazie a alla riorganizzazione di parti preesistenti. D'altra parte, vengono generate anche nuove connessioni; pertanto, sotto questo profilo, Pascal in effetti aveva torto. Abbiamo a disposizione alcuni dati sorprendenti che ci mostrano l'esistenza di queste connessioni nelle persone alfabetizzate, rispetto alle persone non alfabetizzate. Tuttavia, è occorre fare attenzione: non dobbiamo interpretare questi dati nel senso che un individuo non alfabetizzato – pensiamo a Socrate – non abbia le capacità di raggiungere i più alti livelli di conoscenza. Essi indicano piuttosto la circostanza che, quando impariamo a leggere, impariamo anche a elaborare le informazioni in modo diverso, in un modo che ci consente di consolidare nel tempo le nostre conoscenze. La lettura, l'alfabetizzazione, attribuiscono un carattere democratico alla conoscenza, all'interno della società.

Dalle sue parole, ci sembra di capire che un aspetto fondamentale è rappresentato dalla consapevolezza di ciò che accade nel nostro cervello in virtù della lettura. Tuttavia, pare che a volte questa consapevolezza manchi. Da un lato, infatti, coltiviamo l'illusione della conoscenza (si è detto che, spesso, la lettura digitale ci induce a credere di poter apprendere molte cose in pochissimo tempo). Dall'altro lato, spesso nutriamo paure e preoccupazioni che restano inconsce.

In questa prospettiva, ritiene che la pratica della lettura possa renderci più consapevoli dei limiti della nostra conoscenza e consentirci di mettere a fuoco le nostre paure?



Paradossalmente, si potrebbe pensare che una maggiore quantità di informazioni produca una maggiore conoscenza, e quindi una minore paura. In effetti, parrebbe sensato. Sfortunatamente, però, la verità è parzialmente differente. Al giorno d'oggi abbiamo accesso a moltissime informazioni. Troppe, in realtà. Per questa ragione, tendiamo a considerare solo le fonti di informazioni per noi più familiari. Selezioniamo ciò che è più comodo e facilmente accessibile. In questo modo, finiamo per vedere le cose da un'unica prospettiva. Si tratta di uno dei maggiori problemi legati ai *media* – la televisione, la stampa cartacea e internet; a causa della selezione delle informazioni, ci manca la visione d'insieme. Tutti noi ci concentriamo sulle fonti di informazione a noi familiari. Come sappiamo, l'unità di misura della conoscenza è il tempo, e noi non abbiamo abbastanza tempo. E quel che è peggio è che siamo convinti che la velocità coincida con la conoscenza.

Me ne sto rendendo conto io stessa in prima persona. Il più delle volte, specialmente quando la finalità non è così importante, mi limito a scorrere rapidamente il dito sullo schermo. Questo atteggiamento, però, non ci consenti di ottener la qualità del pensiero di cui avremmo bisogno. A mio avviso, dovremmo riflettere seriamente sul modo in cui immagazziniamo le informazioni oggi, nell'era digitale. Non possiamo cambiare il contesto in cui ci troviamo; viviamo in una cultura digitale. Dobbiamo però chiederci: quali sono le strategie migliori per far sì che i nostri figli possano apprendere la lettura profonda? Noi adulti siamo capaci di leggere in questo modo, ma i giovani no. Nel libro, menziono un interessante studio condotto tra il 2000 e il 2017 su oltre 171.000 giovani, di culture e paesi differenti. A ciascuno di loro è stato assegnato lo stesso compito, ossia di leggere uno specifico contenuto, alcuni da un libro stampato e altri direttamente da uno schermo. È stato quindi chiesto loro di rispondere ad alcuni quesiti di comprensione del testo. Ciò che i ricercatori hanno scoperto è che i bambini che avevano letto dal supporto cartaceo hanno compreso molto meglio il contenuto.

In definitiva, dovremmo interrogarci a fondo su ciò che potremmo fare per preservare gli aspetti migliori della nostra civiltà e della nostra cultura – specialmente con riguardo alle nuove generazioni – e per salvaguardare un sistema democratico in cui tutte le voci hanno diritto a essere ascoltate.

# Nel suo libro, viene fatto riferimento anche ad alcuni aspetti positivi connessi al progressivo passaggio da una cultura basata sui libri stampati a una cultura digitale. Può farci qualche esempio in proposito?

Innanzitutto credo che dovremmo fare una distinzione tra la qualità di ciò che leggiamo e il modo in cui otteniamo le informazioni. La tecnologia, infatti, ci consente di accedere a un'enorme quantità di informazioni provenienti da ogni parte del mondo. Si tratta di un significativo balzo in avanti per moltissimi campi del sapere – il diritto, la medicina, neuroscienze, ecc.; siamo in grado di conoscere, quasi in tempo reale, l'esistenza di un nuovo studio condotto da qualche parte in Giappone, ad esempio. La cultura digitale rappresenta un'occasione unica, nella storia della nostra specie, per una democratizzazione della conoscenza.

In linea generale, sono contraria a un ampio ricorso alla lettura digitale nei primi dieci anni di vita. Con alcune eccezioni, però: nel particolare caso dei bambini e degli individui affetti da dislessia, la tecnologia ci offre molti strumenti innovativi per aiutare queste persone ad acquisire conoscenze mentre imparano, pian piano, a leggere. La tecnologia reca con sé un grande potenziale. Le difficoltà sorgono quando essa viene vista come la soluzione al problema dell'educazione. Un approccio unitario al problema dell'educazione può essere estremamente superficiale.



A suo avviso, la lettura può contribuire a migliorare la qualità dei processi decisionali dei giudici e, più in generale, degli altri operatori del diritto (come ad esempio gli avvocati)? Se sì, in che modo?

Ritengo che siano almeno tre i processi di lettura profonda che rivestono un'importanza fondamentale nel contesto giuridico. Mi riferisco, nello specifico, a *i)* l'empatia; *ii)* l'analisi critica e *iii)* la dimensione contemplativa. La combinazione delle tre rende infatti possibile collegare l'una all'altra tutte le informazioni di cui disponiamo. Ci consente, in una parola, di fare *brainstorming*. Il che è estremamente importante in ambito giudiziario, nel quale viene richiesto di risolvere casi difficili in presenza di numerosi indizi, che devono essere messi tra loro in relazione. Quello della giustizia non è affatto un contesto semplice e sono convinta che un punto centrale dell'approccio educativo, per quanto riguarda il sistema della giustizia, dovrebbe essere quello di potenziare le predette capacità cognitive e di utilizzarle con cautela, specie quando siamo bombardati da una quantità eccessiva di informazioni.

Con riguardo specifico alle nuove generazioni, che cosa suggeriscono le sue ricerche in ordine alla possibilità di modellare i circuiti della lettura dei giovani, attraverso gli strumenti digitali?

Nel mio ultimo libro formulo alcune considerazioni al riguardo. A mio avviso, dovremmo lavorare per costruire quello che io chiamo un "cervello bi-alfabetizzato". In poche parole, credo che sia necessario gettare le basi per la creazione di un nuovo modello di istruzione rivolto agli insegnanti, con riguardo all'educazione dei giovani di oggi. Naturalmente, anche i genitori rivestono un ruolo centrale. Credo che spesso i genitori non si rendano pienamente conto dell'importanza attribuita ai primi anni di vita del bambino – da zero a cinque anni: è infatti in quegli anni che l'individuo sviluppa la sua dimensione interiore; prendono forma i processi cognitivi, quelli linguistici e quelli socio-affettivi.

In questo periodo, in California, sono impegnata nella promozione di una campagna finalizzata a sensibilizzare i genitori e le famiglie sull'importanza di trascorrere il proprio tempo leggendo, parlando, addirittura cantare ai propri figli piccoli. Anche la musica, infatti, sviluppa numerose abilità in un modo che non immaginavamo fino a poco tempo fa.

Nell'arco dei successivi cinque anni di età del bambino – dai cinque ai dieci anni –, suggerisco di iniziare a introdurre i dispositivi digitali, di modo che possano prendere dimestichezza con la codificazione e la programmazione e (cosa più importante) possano altresì imparare a ragionare in termini inferenziali e spaziali. Allo stesso tempo, però, è fondamentale che i bambini di quell'età imparino a leggere – e imparino la lettura profonda – a partire dai tradizionali testi stampati. Senza scendere troppo nel dettaglio, abbiamo a disposizione numerose ricerche a sostegno del fatto che le pratiche di lettura "tradizionale" sono estremamente importanti in quei primi dieci anni di vita.

Procedendo in questo modo, consentiremmo ai bambini di leggere in maniera profonda e, in parallelo, insegneremmo loro altresì ad apprezzare i vantaggi e le potenzialità della tecnologia digitale.

Quanto è importante, a suo parere, la scelta in ordine a ciò che leggiamo?



È straordinariamente importante. Introdurre i bambini al concetto di scelta è un aspetto fondamentale del processo di cui stiamo discutendo. I bambini tendono solitamente a scegliere più e più volte gli stessi libri e, proprio grazie alle loro scelte, i genitori imparano a conoscere meglio i propri figli. In questo senso, ritengo che la cosa peggiore che il sistema scolastico possa fare è non dare la possibilità di scegliere. Come ha detto Joseph Epstein, noi siamo ciò che leggiamo. Personalmente, aggiungerei: siamo ciò che leggiamo e siamo *come* leggiamo. La lettura è fonte di gioia. Certo, leggiamo soprattutto per conoscere, ma lo facciamo anche per il piacere di farlo. Anche il semplice fatto di decidere cosa leggere è di per sé parte di questa gioia.

Quando non ci viene concessa la possibilità di scegliere e non abbiamo potuto sperimentare imparato il piacere della lettura, di fatto leggiamo poco. Trovo che sia una prospettiva terrificante. Non riesco neppure a immaginare una vita senza la lettura, è uno dei più grandi doni che abbiamo ricevuto nella storia della nostra specie. Tuttavia, oggigiorno molti dei nostri bambini e dei nostri giovani non leggono alcunché.

Dalle sue parole, appare chiaro che la pratica della lettura è in grado di incidere profondamente sul nostro comportamento e sul nostro modo di pensare. A tal proposito, con specifico riferimento alla cultura digitale, ritiene che vi sia una qualche correlazione tra l'esposizione a contenuti di natura violenta e la manifestazione di condotte aggressive, specialmente tra i giovani?

Si tratta di una domanda estremamente delicata e complessa. Se prendiamo in considerazione coloro che, in America, si sono resi responsabili di crimini violenti, possiamo notare che molti di loro erano soliti consultare siti *web* che incoraggiano comportamenti violenti. Quello che però non sappiamo è se queste persone leggessero anche contenuti differenti, ed eventualmente di che tipo.

Posso solamente dire – e lo dico non come scienziata, ma da semplice osservatore esterno della cultura nella quale vivo – che sembrerebbe in effetti esserci un qualche collegamento, terribilmente tragico, tra la lettura di quel genere di materiali e la commissione di reati violenti. E potrei forse aggiungere che, per molti anni, i ricercatori si sono sforzati di accertare l'esistenza di possibile collegamenti tra i videogiochi violenti e il comportamento dei bambini, trovando diverse evidenze in questo senso. Questo significa che tutti i videogiochi sono dannosi? No di certo. I videogiochi – come ogni altra cosa – presentano aspetti positivi e aspetti negativi. Possono migliorare le capacità fisiche e motorie, per esempio. Ma rappresentano anche una via estremamente insidiosa verso la dipendenza, che allontana molti giovani dagli studi, dagli amici e dalla famiglia.

Dunque, la vostra non è una domanda facile. Come ho già detto, una circostanza che mi preoccupa molto è la nostra attuale tendenza ad affidarci a un'unica fonte di informazioni. Quando affermo che noi siamo quello che leggiamo e come leggiamo, intendo dire che esiste uno stretto legale tra l'essere esposti a un solo tipo di contenuti e di giochi e il cominciare a pensare in un determinato modo. Il che – nel caso di personalità particolarmente deboli e fragili – potrebbe rappresentare la via di accesso alla realizzazione di condotte violenti.

Mi preferisco, ad esempio, al tragico caso di quel giovane che, negli Stati Uniti, ha sparato a un gruppo di messicani perché era convinto che i migranti stessero prendendo il controllo del nostro paese. Egli stava parlando la lingua utilizzata nei materiali che aveva letto su siti web intrisi



di riferimenti alla letteratura sulla supremazia dei bianchi e sul fascismo. Si limitava a ripetere linguaggio usato da alcuni *leader* politici che usano la paura per rafforzare i propri consensi.

Insomma, non c'è alcuna risposta facile che io possa dare alla vostra domanda; nondimeno, è mia opinione che sia necessario rafforzare le capacità di analisi critica e prospettica dei nostri giovani. Ancora più importante, credo che dovremmo sforzarci di offrire ai nostri figli molteplici punti di vista e trasmettere loro con chiarezza il messaggio per cui gli "altri" sono solo coloro che ancora non conosciamo, e che siamo tutti parte del coro che, con le sue diverse voci, dà forma a una vera democrazia.

Una considerazione finale. Ci ha molto colpito, in uno dei capitoli conclusivi del suo libro, il riferimento al concetto di "dotta ignoranza". Il termine è stato coniato dal filosofo Nicola Cusano e indica l'atteggiamento per cui, dovendo prendere una decisione in presenza di più prospettive tra loro contrastanti, la scelta più saggia è quella di sforzarsi dapprima di comprendere appieno le diverse posizioni, per poi valutare e decidere il percorso migliore da intraprendere. A tal proposito, scrive che, per sviluppare l'atteggiamento di dotta ignoranza di Cusano, è necessario «mettere insieme le ricerche di varie discipline – neuroscienze cognitive, tecnologia, scienze umane e sociali. Nessuna di esse è in sé sufficiente per prendere il genere di decisioni di cui abbiamo bisogno; ma ognuna aggiunge qualcosa di essenziale alla combinazione di conoscenze che ci serve»<sup>2</sup>.

Attraverso le sue meravigliose parole, Nicola Cusano ci ha insegnato che ci confronteremo sempre con verità contraddittorie. Come dobbiamo comportarci di fronte a queste diverse verità? Questo eccezionale filosofo sostiene che dovremmo porci al di fuori di noi stessi e guardare entrambe con occhio empatico e, al contempo, analiticamente critico. Occorre, inoltre, sospendere il giudizio iniziale, tenere conto di tutte le informazioni e considerarle da più prospettive. Naturalmente, in questo modo non potremo trovare risposta alla domanda su quale verità sia la *vera* verità, ma si tratta di un approccio alla verità che può esserci molto utile oggi, in un momento in cui troppi dei nostri *leader* intenzionalmente ignorano la verità, al solo scopo di ottenere più potere attraverso false promesse e sollevando false falsamente sollevate, specie con riferimento agli "altri".

Con la vostra Rivista, io credo che anche voi stiate facendo qualcosa di simile. State andando oltre i confini del vostro settore, oltre i confini della sfera giuridica.

State esortando i vostri lettori a uscire dai limiti delle proprie materie, per scoprire quello che una nuova prospettiva, che parte da un diverso punto di vista o da una nuova disciplina, potrebbe aggiungerebbe alla propria comprensione. In effetti, proprio con questa intervista, voi uscite dalla sfera giuridica, per interrogarvi sulle intuizioni delle neuroscienza cognitiva della lettura in grado di arricchire la vostra base di conoscenza. Bravi!

<sup>&</sup>lt;sup>2</sup> M. Wolf, *Lettore*, vieni a casa, cit., p. 158.



www.dirittopenaleuomo.org

redazione @diritto penale uomo.org