

# Dicembre 2021

---

dpu

DIRITTO PENALE  
E UOMO

*Criminal Law and Human Condition*

FASCICOLO  
**12**/2021



DIRITTO PENALE  
E UOMO

*Criminal Law and Human Condition*

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

**ISSN 2704-6516**

Via T. Salvini 10 | 20122 MILANO (MI)

**redazione@dirittopenaleuomo.org**

Il presente fascicolo raccoglie una selezione di quanto pubblicato nel mese presente sulla Rivista scientifica Diritto Penale e Uomo (DPU) – Criminal Law and Human Condition.

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





Un progetto di Luca Santa Maria

## **EDITORE**

Diritto Penale e Condizione Umana

## **COMITATO DI DIREZIONE**

Susanna Arcieri (Responsabile), Fabio Basile, Raffaele Bianchetti

## **COMITATO EDITORIALE**

Pietro Buffa, Ciro Grandi, Paolo Oddi, Alessandro Rudelli, Piergiorgio Strata

## **COMITATO SCIENTIFICO**

Alberto Aimi, Giuseppe Amarelli, Stefania Amato, Carla Bagnoli, Giuditta Bassano, Elio Romano Belfiore, Filippo Bellagamba, Giovanni Berlucchi, Alessandro Bernardi, Costanza Bernasconi, Paolo Bernasconi, Giovanni Boniolo, Riccardo Borsari, Gabriella Bottini, Pietro Buffa, Antonella Calcaterra, Lucio Camaldo, Stefano Canestrari, Stefania Carnevali, Patrizia Catellani, Mario Caterini, Maurizio Catino, Cristina Cattaneo, Antonio Cerasa, Pierluigi Chiassoni, Paola Emilia Cicerone, Francesco Cingari, Mauro Croce, Claudio Dalpiaz, Giulio De Simone, Paolo Della Sala, Patrizia Di Fulvio, Gian Paolo Demuro, Giovanna Di Rosa, Giandomenico Dodaro, Tommaso A. Dragani, Paola Felicioni, Fabrizio Filice, Fabio Fiorentin, Giovanni Flora, Desiree Fondaroli, Novella Galantini, Paolo Garbolino, Alberto Gargani, Loredana Garlati, Bruno Giordano, Fausto Giunta, Ciro Grandi, Roberto Guerrini, Carl L. Hart, Marco Iacoboni, Gaetano Insolera, Marina Lalatta Costerbosa, Silvia Larizza, Isabella Leoncini, Carlo Longobardo, Alfio Maggiolini, Raffaello Magi, Vincenzo Maiello, Letizia Mancini, Gianfranco Martiello, Franco Martelli, Oliviero Mazza, Carlo Melzi d'Eril, Enrico Mezzetti, Dario Micheletti, Lorenzo Milazzo, Marco Miletta, Alberto Mittone, Daniele Negri, Paolo Oddi, Caterina Paonessa, Lorenzo Pasculli, Baldassarre Pastore, Stefania Pellegrini, Davide Petrini, Paulo Sergio Pinto de Albuquerque, Nicola Pisani, Luca Pistorelli, Daniele Piva, Federico Gustavo Pizzetti, Oreste Pollicino, Lucia Riscato, Alessandro Rudelli, Federica Russo, Alessandra Sanna, Luigi Santangelo, Amedeo Santosuosso, Cristina Saottini, Domenico Siciliano, Alessandro Simoni, Piergiorgio Strata, Mario Tantalò, Persio Tincani, Valeria Torre, Vico Valentini, Gianluca Varraso, Giulio Enea Vigevani, Tiziana Vitarelli, Giovanni Ziccardi, Carlo Zocchetti

## **COMITATO DEI CONSULENTI**

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

## **REDAZIONE**

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

*Articolo*

## 16 **RISK ASSESSMENT: UNA NUOVA SFIDA PER LA GIUSTIZIA PENALE?**

La pericolosità criminale al vaglio  
algoritmico delle probabilità  
nell'esperienza statunitense

Diana Zingales

*Riflessione*

## 38 **LA SENTENZA DEL TRIBUNALE COSTITUZIONALE POLACCO, IL PRIMATO DEL DIRITTO COMUNITARIO, IL LIMITE DEI PRINCIPI SUPREMI**

Maria Rosaria Donnarumma

*Riflessione*

## 49 **IL PROCESSO DI FRANZ KAFKA: A CIASCUNO IL SUO**

Francesco Provinciali

## 1 **SOCIOLOGIA E LINGUISTICA**

*Fonte storica*

Una sociologia del linguaggio. Marcel  
Cohen, *Pour une sociologie du langage*,  
Parigi, A. Michel, 1956, pp. 300

Corrado Grassi

## 8 **LA STORIA DI AGATA: PER FARE TUTTO CI VUOLE UN FIORE... (1/4)**

*Storia*

Usura: il coraggio di denunciarla  
(e raccontarla).  
Quattro storie di vittime di usura  
per cambiare lo sguardo

Eleonora Montani

**Fonte storica**

# Sociologia e linguistica

Una sociologia del linguaggio. Marcel Cohen, *Pour une sociologie du langage*, Parigi, A. Michel, 1956, pp. 300

## *Sociology and linguistics*

*A sociology of language. Pour une sociologie du langage, Parigi, A. Michel, 1956, pp. 300*

*di Corrado Grassi (a cura di Susanna Arcieri)*

---

*Originariamente pubblicato sulla rivista Indici Comunità, 51, 1957, pp. 90 ss.*

L'interesse che gli studiosi odierni portano per i fenomeni sociali ha avuto come risultato tutta una serie di tentativi intesi a ordinare in sistema universalmente valido i rapporti intimi tra la storia dei fatti della cultura umana e quelli della struttura sociale che li ha originati. L'esempio più insigne non tanto per i suoi risultati, quanto piuttosto per i problemi e le discussioni che ha suscitato ci pare in questo senso la complessa rassegna che nel campo dell'arte e della letteratura è stata compiuta da A. Hauser, nell'intento di tracciare una storia sociale dell'arte e degli artisti dell'Occidente. Non è naturalmente nostra intenzione soffermarci qui su quest'opera se non per farne il nostro punto di partenza che vuole inquadrare nella stessa atmosfera creata dall'indirizzo particolare di queste ricerche il primo tentativo sistematico di portare la stessa questione anche in linguistica; in un campo, cioè, dove forse meglio e più immediatamente di ogni altro viene fedelmente rispecchiata l'attività culturale di una determinata società.

Non che fino a questo momento siano mancati autori che abbiano messo in rilievo le connessioni intercorrenti tra le caratteristiche di una determinata struttura linguistica con quelle della società che le ha prodotte; comunque, ripetiamo, quello di M. Cohen rappresenta un tentativo per la prima volta sistematicamente inteso ad impostare la questione in tutti i suoi vari e molteplici aspetti. Aduna impresa di tal genere, non poteva dedicarsi che un consumato linguista come il C., ricco di esperienze dirette in un gran

numero di lingue, dall'arabo e dal semitico in generale, al gruppo camitico, a quello romanzo e sensibile sempre ai problemi generali del linguaggio; sicché tutta l'opera, che di volta in volta «vuol tener conto di ogni specie di linguaggio e di ogni specie di società, delle azioni dei linguaggi dentro e sulla società, dei modi con cui le società agiscono sui loro linguaggi» (p. 1) si svolge attraverso una casistica fitta e sorvegliata, esauriente e convincente, corredata da una bibliografia ben più che semplicemente informativa.

Consapevole della complessità e della difficoltà del soggetto, l'A. premette (p. 11) che non intende compilare un trattato di sociologia del linguaggio, ma compiere un primo tentativo di raccogliere certi materiali utili a quel fine e di esaminare il modo con cui se ne possano ricercare altri. L'opera viene divisa in quattro parti: la prima (pp. 41-101) cerca di definire in breve il fenomeno linguaggio mettendone in evidenza le sue connessioni sociali in generale; la seconda (pp. 105-224) rende conto, almeno nella sua parte centrale (cap. III) , delle distinzioni sociali in rapporto al linguaggio: vi si trattano, cioè, i complessi problemi delle differenze linguistiche tra paesi e città, o di quelle all'interno dello stesso abitato o ancora dovute ai vari «toni» scelti dai soggetti e alle varie condizioni sociali di questi – e stupisce qui il fatto di non vedere trattata la questione dell'«unità» di una data comunità di parlanti (manca ogni accenno anche nell'apparato bibliografico), alla quale molto deve la metodologia della moderna geografia linguistica, soprattutto grazie all'esplicita tematica di P.J . Rousselot, L. Gauchat, B. Terracini; la terza parte (pp. 227-267) considera in breve le azioni particolari di cui il linguaggio è lo strumento nelle attività delle diverse società (motivo per cui essa porta il titolo di «Potenza del linguaggio») e passa in rassegna i modi con cui il parlante dà spesso alla parola un valore magico rispetto ai rapporti con l'extra-umano o di efficacia persuasiva verso i propri simili; la quarta parte, infine (pp. 271-349), mostra «i diversi modi con cui gli avvenimenti concernenti le società possono agire sul linguaggio, le condizioni che ne risultano e in particolare le azioni volontarie in materia di lingua». È questa la parte che più interessa all'assunto dell'A. in quanto vi si trattano i problemi più imponenti in materia di sociologia linguistica: dall'azione della lingua del popolo vinto su quella del vincitore (sostrato) al caso contrario dell'assorbimento di elementi importati dai conquistatori (superstrato), agli scambi cui danno luogo le lingue adiacenti comprese in un medesimo dominio culturale (astrato); naturalmente, non vi si dimenticano le questioni connesse con l'immigrazione e con la estensione di una lingua nazionale sul territorio definente i limiti della nazione stessa. Seguono le «Considerazioni finali» (pp. 355-362).

Va da sé, che il punto di partenza dell'opera doveva prescindere da ogni presupposto asociale e astorico del linguaggio, considerato sempre nella sua concretezza di prodotto umano e quindi legato incessantemente al suo soggetto creatore, sia esso astrattamente individuo singolo o sia – nell'unica realtà possibile – membro di una società resa valida dal riconoscimento e dal consenso dei suoi componenti e da quelli di altre società consimili; ne consegue una negazione senza condizioni della concezione saussuriana (e post-saussuriana) della lingua come «istituto» (p. 81) in quanto «l'opposizione lingua-parola e i correttivi a tre o quattro suddivisioni sono... nozioni aprioristiche, idealistiche, che impediscono di considerare rettamente la realtà linguistica e sociale» (p. 89). Ne consegue pur e una posizione di assoluto apriorismo nei confronti della linguistica strutturalista, o meglio di certi eccessi strutturalisti sfocianti in una sorta di logica astratta, o nel cosiddetto «meccanismo» e nel «mentalismo» (p. 76) che più nulla hanno a che vedere con il linguaggio, così come esso viene inteso dalla coscienza dei parlanti. Inseriamo a questo punto una osservazione di carattere generale per far notare

come il C., che trae le ragioni più intime della sua sociologia da una considerazione di stretta osservanza marxista del linguaggio – non per nulla uno dei motti preposti all'opera viene tratto dallo scritto di G. Stalin, A proposito del marxismo in linguistica originato dalla nota discussione con i seguaci della scuola di N. Marr – sa poi servirsene come di un semplice punto di partenza non ignorando, da quel grande e vero linguista che è, tutte le varie esigenze che si inseriscono nel vasto e complesso problema assommandosi, intrecciandosi, e talvolta anche contrastandosi tra di loro.

Del resto, sarebbe vano cedere alla facile illusione di poter rilevare ovunque e comunque nel prodotto linguistico una documentazione sicura della società che l'ha generato; la distinzione, cui il C. si mantiene sempre fedele, tra i fatti esterni di una lingua (vale a dire la sua estensione, la sua decadenza o il suo affermarsi rispetto ad altre lingue con le quali è a contatto) e quelli interni (che sono gli elementi di sintassi, di vocabolario, di suoni e di forme che compongono la lingua stessa) comporta una distinzione negli effetti della struttura sociale sul fatto linguistico; effetti, che sono per lo più imprevedibili e misurabili soltanto «a posteriori», in base a quegli elementi extralinguistici che lo studioso potrà avere a sua disposizione. A torto, pertanto, ci si ridurrebbe all'esclusivo esame della grammatica (della sintassi e della morfologia, cioè, nel senso datole dal C.) poiché «delle circostanze possono essere tali, che delle concezioni importanti nella vita sociale non si manifestano che nel vocabolario»; su questo punto il C. insiste a più riprese, convinto com'è che «il mettere in relazione diretta dei fatti linguistici di dettaglio che non siano di vocabolario sia sempre difficile da giustificare...» (p. 38). Veniamo qui a toccare un argomento molto delicato che vogliamo sottolineare in modo particolare perché la posizione del C., rappresentante la linguistica materialista che nel marxismo riscontra la giustificazione più valida del proprio assunto, viene in questo punto ad innestarsi su una delle tendenze più nettamente seguite e più caratteristiche della linguistica contemporanea, con la prevalenza di studi di onomasiologia e di lessico rispetto a quelli fonetici. Da questa comunanza di punti di vista scaturisce pertanto tutto il nostro consenso alla impostazione generale dell'opera del C., cui non possiamo che augurare i più proficui sviluppi di temi e di discussioni per l'avvenire, secondo la speranza formulata dal suo stesso autore.

Prima di esporre le nostre osservazioni personali sull'argomento, vogliamo accompagnare il C. nei suoi tentativi di determinare il problema fissando i limiti della futura metodologia dell'indagine sociologica nel campo del linguaggio.

Questa parte del libro è anzi diventata, senza essere nelle intenzioni dell'autore, una sorta di rassegna storica della questione presso gli autori – ci duole non vedervi ricordato il Whitney – che hanno voluto rilevare i rapporti intercorrenti tra il linguaggio e la società; così, senza escludere la cosa «a priori», l'A. nega valore ai tentativi finora effettuati di mettere in rapporto i diversi modi di vita della società umane conseguenti al diverso clima, con delle particolarità linguistiche, specie se fonetiche (p. 135 e p. 145, alla nota 13); allo stesso modo egli si mostra piuttosto scettico per quei fatti specifici che si sono voluti collegare con lo stato di civiltà «primitivo» di determinate comunità linguistiche (per esempio presso certe tribù australiane; v. p. 146 sgg.); e, da ultimo, ammonisce a non lasciarsi attrarre da certe considerazioni su fatti sociali determinati (in particolare delle istituzioni caratteristiche) in rapporto a determinati fatti linguistici che non siano di vocabolario: dette considerazioni sono destinate tutte a fallire lo scopo, almeno finché si basino su dei fatti arbitrariamente isolati (p. 135 e nota alla p. 150 e sgg.). Abbiamo



volutamente ricordato queste pagine per sottolineare la serietà, la concretezza e la prudenza raccomandate dal C. in indagini di questo genere; aggiungiamo ancora il giusto ammonimento a non scambiare per riflessi grammaticali di determinate condizioni sociali quei fatti che si interpretano più rettamente come dovuti alla «forma interna» propria di ogni comunità di parlanti (p. 136 sgg.).

Sulla bontà di queste osservazioni vale forse la pena di soffermarsi per ricordare, con un esempio che ci concediamo alla nostra esperienza diretta di raccoglitore dell'Atlante Linguistico Italiano, quanto sia vano basarsi su un semplice fatto di fonetica per riuscire a definire il tipo di società che l'ha generato. Si potrà infatti dire che nell'attuale parlata di Taranto esiste una distinzione tra la comunità di pescatori della città vecchia e quella per lo più di borghesi e di commercianti – della città nuova in quanto, mentre questa è caratterizzata da una «a» tonica di pronuncia piuttosto aperta (che indicheremo con a), quella si serve di un corrispondente suono molto più aperto e per di più tendente all'indistinto (che indicheremo con a); ora la opposizione tra le due comunità, o meglio tra i due gruppi in cui si divide la comunità linguistica tarantina, definita dalla opposizione fonetica à - a, ad es. di capo – capo «testa» (come del resto anche da molti altri elementi non solo fonetici ma anche morfologici, lessicali e sintattici), viene effettivamente spiegata dalla struttura di quella società, ripartita in due nuclei abitati urbanisticamente distinti. Il risultato ottenuto in base alla considerazione sociologica è dunque molto importante; tuttavia, se bisogna riconoscere che il fenomeno fonetico è per lo più l'elemento primo ad attirare l'attenzione del linguista, è, per così dire, lo stimolo iniziale per riportare il fenomeno linguaggio a quelle strutture culturali e sociali alle quali esso è sempre strettamente connesso, si deve altresì ammettere che la linguistica in questo campo trova un serio limite nel fatto che l'«effetto» linguistico di quella determinata situazione sociale non è prevedibile in anticipo da essa, in quanto le stesse circostanze avrebbero potuto avere un diverso esito. Ci troviamo cioè qui sullo stesso piano di chi voglia cercare un modulo universale per interpretare i rapporti intercorrenti tra l'arte e la società di cui è espressione, in quanto, come osserva lo Hauser, «nella storia dell'arte non sempre le stesse cause hanno gli stessi effetti, o forse le stesse cause sono troppo numerose e spesso l'analisi scientifica non riesce ad esaurirle».

Nondimeno, a differenza dello storico dell'arte, il linguista ha a sua disposizione un mezzo di inconfutabile valore per una indagine nel nostro senso, vale a dire il lessico, che è l'aspetto del linguaggio con il maggior potere di arricchirsi e di rinnovarsi, rispecchiando direttamente le trasformazioni della vita sociale di una determinata comunità linguistica: a voler portare un solo esempio, fra i molti che abbiamo a disposizione, ricordiamo i neologismi entrati nella nostra lingua durante la particolarissima esperienza condotta dalla società italiana nell'ultima guerra, per cui termini come «borsa nera», «sfollato», «sinistrato», ecc. hanno acquistato un indiscutibile valore attuale.

Bisognerebbe ora aprire un capitolo per illustrare quali siano i rapporti tra lessico e fonetica – sui quali il C. non si sofferma (ed è questo un appunto che facciamo al suo libro) – per spiegare perché la seconda non sia in grado di esprimere quello che prima traduce immediatamente in termini di materia sociologica.

Senza trattare a fondo la questione, assai complessa, diremo dunque che chi comanda il turbamento delle serie «normali», cioè attualmente valide, dei suoni di una determinata parlata, è proprio la innovazione lessicale. Per portare un esempio molto



semplice, faremo il caso dei vari modi con cui oggi in Piemonte si indica il «fratello». Per solito, nelle campagne, si ha *frel* derivato dal latino *fratellum*<sup>1</sup> secondo una regolare trasformazione fonetica delle parlate pedemontane rispetto al latino di origine, per la quale la *t* posta tra due vocali diletta, come del resto la desinenza *-um*; quindi: *Fra(t)ell(um)* → *fraél* → *frel*.

A Torino, al contrario, e per riflesso nelle zone più vicine, la forma più comune è *fraté*, dove la restituzione della *t* è evidentemente dovuta all'influsso del termine letterario italiano *fratello*. Abbiamo cioè qui la prova di come una innovazione lessicale, dovuta al prestigio della lingua nazionale sul torinese, abbia importato dall'esterno una «anomalia» di suono, una «irregolarità» che a lungo andare può minacciare l'antica serie fonetica. Non vogliamo ora affrontare una questione di principio assai dibattuta dai linguisti; a noi basta far osservare che la «conseguenza» sulla fonetica del «cambio» lessicale è per lo più puramente occasionale, potendo toccare un suono anziché un altro. Di conseguenza, la sola considerazione fonetica non è sufficiente, data la intermediarietà del lessico, ad esprimere con valore assoluto una determinata situazione sociale. D'altra parte, il C. vede invece bene (p. 293) come gli stessi cambi fonetici non vadano soli, accompagnandosi spesso con dei cambi morfologici, di cui sono in parte causa.

Tenuto per certo che la mediazione esercitata dalla innovazione lessicale tra il fatto più propriamente umano e quello di dettaglio linguistico è di natura tale da rendere troppo incerti e difficilmente controllabili quei rapporti che eventualmente vi si volessero intravedere, rimane da considerare quale è la legge generale che presiede al cambio lessicale presso una determinata comunità di parlanti.

Si tratta cioè di vedere se veramente il lessico è in ogni circostanza e illimitatamente in grado di esprimerci, con i suoi cambi, il cambio di una corrispondente situazione sociale.

Questo è un argomento cui attribuiamo la massima importanza, in quanto è soprattutto quello valido a controllarne il fine ultimo, e più ambizioso, che il C. accarezza con la sua rassegna: quello di trovare un principio di reciprocità tra le due sfere di fenomeni; se la nota norma sociologica ci aiuta a capire il perché di determinate situazioni linguistiche, fino a che punto il fatto linguistico può permetterci di risalire al tipo di società presso la quale vive o è vissuto in passato? Il problema dunque è quello di «scoprire questo punto di vista teorico generale» (p. 129). In tale problema i linguisti riconoscono immediatamente una delle più gravi questioni dibattute dalla linguistica storica sotto l'aspetto di rapporto tra lingua e cultura, fenomeni che talora si confondono tra di loro, mentre altrove paiono presentarsi più o meno distinti e come strumenti in grado di interpretarsi l'un l'altro. Lasciamo il tema a chi ne ha trattato direttamente e limitiamoci ad alcune semplici considerazioni sulla «natura» di questi cambi che il C., coerentemente con i principi teorici generali cui s'ispira, sembra voler attribuire per la massima parte alla «necessità» materiale dell'adozione di sempre nuovi strumenti di lavoro e di produzione presso i parlanti (pp. 51, 61, 79, 130) mentre noi, secondo i criteri formulati dalla linguistica storica, preferiamo dare importanza soprattutto all'accettazione di un prestigio culturale proveniente dall'esterno (il che spiegherebbe ad esempio il cambio, insufficientemente

---

<sup>1</sup> Non consideriamo volutamente il canavesano *fradél*, che partecipa dell'area bassopiemonese - lombardo - veneto-emiliana; *frel* è tipico dell'alto Piemonte (pianura fra Torino e Cuneo).

messo in luce dal C.) indipendente da ogni regola che non sia la libertà di scelta del parlante secondo certe sue esigenze di gusto e di espressività. A parte ciò, è comunque certo che in base al principio dell'economia del linguaggio non è detto che ad ogni nuovo concetto, ad ogni nuovo elemento che una determinata società formula o accetta dal di fuori debba necessariamente corrispondere un nuovo termine, bastando talvolta una estensione nel significato di quello preesistente.

Si pensi ai successivi valori assunti, nel corso della storia della lingua latina, da un titolo come *imperator*, passato da «capo dell'esercito vittorioso» nel periodo repubblicano a «capo dello stato riconosciuto di fatto» nell'epoca augustea, a «monarca assoluto» nell'età successiva, fino a quello particolare preso al tempo di Diocleziano.

Tutto ciò perché, ripetiamo, al cambio lessicale presiedono leggi che nessuno può prevedere; in quanto legate ai fattori più difficilmente determinabili. Per conseguenza, anche il metodo di servirsi esclusivamente dell'innovazione lessicale per rintracciare una mutazione nella struttura sociale ha dei limiti in quanto, in ultima analisi, anche il linguaggio ha delle norme di sviluppo proprie.

Tuttavia, quando il cambio lessicale è avvenuto, noi abbiamo una prova irrefutabile di una avvenuta trasformazione nell'ambiente sociale, non solo, ma in un certo qual modo deve esistere una norma per rendere, almeno entro certi limiti, l'idea dell'una entro l'altro. L'acuta sensibilità del C. gli fa pertanto supporre che una soluzione del problema deve esserci, anche se solo parziale e limitata da dei termini precisi che in alcun modo possono venire superati.

Cogliamo il suggerimento e rileviamo per intanto come egli abbia forse trascurato uno strumento di ricerca che molto ha già dato alla scienza del linguaggio e che potrà molto probabilmente offrire parecchio all'indagine sulla storia sociale di determinate comunità linguistiche: intendiamo la geografia linguistica, soprattutto quella, così come è stata inizialmente concepita, che si rivolge alla ricostruzione delle vicende della cultura rustica e montanara, mai affidata a testimonianze scritte e racchiuse esclusivamente entro il loro patrimonio linguistico attuale.

Consideriamo ad esempio lo sfaldamento delle parlate di tipo provenzale e franco-provenzale vive ancora nelle valli cisalpine piemontesi sotto la pressione esercitata su di esse dai dialetti della pianura pedemontana: non è difficile intravedervi una vera e propria crisi sociale delle comunità alpine che cercano sempre più di adeguarsi a quelle della pianura, economicamente più progredite; dove l'ambiente non permette tale adeguamento, si ha la decadenza economica, il cui fenomeno più appariscente è costituito dallo spopolamento montano. Ma qual è in particolare il processo di questo sfaldamento culturale e linguistico? A chi, prendendo in esame le carte dell'Atlante linguistico francese, dell'Atlante italo-svizzero e le schede dell'Atlante linguistico italiano volesse cercare di definire le caratteristiche delle parlate della regione aostana rispetto a quelle circostanti e alle due grandi aree romanze, l'italiana e la francese, entro le quali la Val d'Aosta è posta come un raccordo molto stretto, non potrà sfuggire il diverso tipo di opposizione lessicale lungo i confini fisici della valle a seconda dell'ambito di vita e di cultura cui i diversi termini appartengono. Così, se da un lato per gli elementi più astratti è assai stretta la dipendenza del valdostano dal modello della lingua letteraria francese – si vedano i concetti impersonali «bisogna», «c'è», la particella affermativa «si», numerosi

elementi strettamente legati alla costruzione sintattica, come la correlativa «tantòt... tantòt» la congiunzione «dove?», le preposizioni «prima» «dopo», «con», gli avverbi «sempre», «lontano», «altrove», alcuni pronomi come «io», «ognuno», «niente», l'impersonale «si», oltre a gran parte dei termini di commercio e a buon numero di verbi, soprattutto quelli indicanti azioni puramente psichiche e morali – dall'altra quei termini che rappresentano lo aspetto più normale della vita rustica, riferendosi all'ambiente familiare o a quello contadino dell'allevamento del bestiame e delle coltivazioni sono per solito opposti a quelli corrispondenti dell'area francese, mentre concordano con quelli delle regioni limitrofe (Savoia, Vallese, altre valli alpine), vale a dire per massima parte con quello che viene definito come il dominio culturale e linguistico francoprovenzale.

In altre parole, accettando la proposta di discussione sul tema di una sociologia del linguaggio formulata dal C., non possiamo fare a meno di acconsentire a riconoscere nel lessico la possibilità di fornire i maggiori risultati nell'ambito di una ricerca intesa in tal genere pur tenendo naturalmente conto delle immancabili limitazioni al metodo – insistendo soprattutto sul fatto che il lessico offre il grandissimo vantaggio di riflettere con immediatezza l'ambito di appartenenza nella vita della comunità che lo possiede lo elabora. Di conseguenza, storia delle parole significa anche storia dell'ambiente cui le parole stesse appartengono entro il corpo più vasto di una comunità sociale e linguistica. Donde, una circolarità di effetti ricostruttivi tra lingua e società, che dal la storia dei vari ambienti che la compongono viene definita nelle sue vicende passate.

**Storia**

# — La storia di Agata: per fare tutto ci vuole un fiore... (1/4)

Usura: il coraggio di denunciarla (e raccontarla).  
Quattro storie di vittime di usura per cambiare lo sguardo

*The story of Agata: It takes a flower to do it all... (1/4)*

*Usury: the courage to denounce it (and tell about it). Four stories of victims of usury to change the look*

*di Eleonora Montani*

---

**Abstract.** L'usura è un reato la cui cifra oscura è particolarmente significativa. Una spiegazione di questa evidenza è da ricercarsi nella scarsa propensione della vittima alla denuncia. Diverse sono le ragioni che concorrono a descrivere questo fenomeno: una è sicuramente da rinvenirsi nella natura collusiva di questa fattispecie, la presentazione della denuncia, inoltre, rende palese la situazione di difficoltà economica dell'operatore e, ancora, sulla scarsità delle denunce incide la diffidenza nei confronti delle Istituzioni a cui si accompagna lo stigma sociale veicolato dal pregiudizio che una vittima di usura, in qualche modo, abbia contribuito a costruire la propria condizione. Questa la ragione per la quale si è scelto di soffermarsi sulle storie di alcune vittime di usura, ripercorrendo la narrazione dei fatti di reato dal loro punto di vista per restituire loro centralità e cercare di vincere la precomprensione che ancora resiste, per cui la vittima di usura è un soggetto che, in qualche modo, "se l'è andata a cercare".

**Abstract.** Usury is a crime whose unrecorded crime is particularly significant. An explanation for this evidence is to be found in the victim's low propensity to report. There are several reasons that combine to describe this phenomenon: one is certainly to be found in the collusive nature of this crime, the presentation of the complaint also makes clear the situation of economic difficulty of the operator and, again, the scarcity of complaints affects the mistrust in institutions that is accompanied by the social stigma conveyed by the prejudice that a victim of usury, in some way,



*has contributed to building their condition. For these reasons we have chosen to dwell on the events of some victims of usury, retracing the narration of the facts of the crime from their point of view to restore its centrality and try to overcome the preconception that still resists, for which the victim of usury is a subject who, in some way, "went looking for him".*

SOMMARIO: 1. Premessa. – 2. La costruzione del sinallagma criminale. – 3. Il giogo si stringe. – 4. L'emersione del reato. – 5. A testa alta.

SUMMARY: 1. Introduction. – 2. The construction of the criminal balance. – 3. The yoke tightens. – 4. The come to light of the crime. – 5. With theirs head held high.

## 1. Premessa.

L'usura è un reato subdolo, rimane sommerso perché la vittima di questo delitto, colei alla quale il diritto attribuisce il potere di denunciare, è quella stessa persona che si è vista costretta a rivolgersi al reo, contribuendo così, con la sua richiesta, all'instaurarsi del sinallagma criminale. La genesi di questo reato fa sì che nell'immaginario collettivo l'usurato, che è la vittima del reato, colui che cade nella rete criminale, venga etichettato come chi, in qualche modo, scegliendo di rivolgersi al sottobosco criminale per procurarsi del denaro, è artefice del proprio destino. Nella mente dei più si fa strada il vecchio adagio «chi è causa del suo mal pianga sé stesso» e, in questo modo, si inibisce qualsiasi approccio empatico.

Questa precomprensione che la magistratura sta cercando di scardinare affermando come «ai fini dell'integrazione del reato di usura, non occorre che l'iniziativa di instaurare la negoziazione sia stata presa dall'usuraio, e non rileva che la conclusiva pattuizione connotata da usura sia stata accettata dalla vittima senza subire pressioni, poiché la *ratio* dell'incriminazione s'incentra sul carattere oggettivamente usurario della pattuizione» (Cass. pen., sez. II, sent. 18 settembre 2019, n. 38551), è in realtà latente e torna a emergere, quale sottotesto, anche nella struttura degli istituti posti a sostegno delle vittime di questi reati. Basti il riferimento al Fondo di solidarietà per le vittime di estorsione e usura<sup>1</sup>, che garantisce alle vittime di estorsione un'elargizione a ristoro dei danni subiti mentre riserva alle vittime di usura un mutuo senza interessi che va restituito allo Stato in 10 anni, differenza la cui *ratio* appare difficile da comprendere alla luce della scelta solidaristica effettuata dal legislatore con questo Fondo e dichiarata già nel nome dell'Istituto oltre che alla luce delle indicazioni contenute nella Direttiva 2012/29/UE in materia di diritti, assistenza e protezione delle vittime di reato<sup>2</sup>.

Questa la ragione per la quale si è scelto di soffermarsi sulle storie di alcune vittime di usura, ripercorrendo la narrazione dei fatti di reato dal loro punto di vista per restituire

---

<sup>1</sup> Il Fondo di solidarietà per le vittime di estorsione e usura è disciplinato dalla legge 44/1999. Per un approfondimento sul funzionamento del Fondo di solidarietà, i danni risarcibili e i criteri di liquidazione si veda l'Appendice al Report [Il Fondo di solidarietà per le vittime di estorsione e usura: uno studio](#) in questa rivista, 1 luglio 2021.

<sup>2</sup> Direttiva 2012/29/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 25 ottobre 2012, che istituisce norme minime in materia di diritti, assistenza e protezione delle vittime di reato.

loro centralità e cercare di vincere la precomprensione che ancora resiste, per cui la vittima di usura è un soggetto che, in qualche modo, “se l’è andata a cercare”.

Le storie che racconteremo sono quelle di Agata, titolare di un’azienda agraria, che è stata costretta a cambiare paese per ricominciare; di Luca, un imprenditore edile che ha affrontato il terribile periodo dell’imposizione del giogo usurario da solo riuscendo a confidare tutto alla moglie solo dopo aver denunciato; di Claudio, titolare di una società di servizi e autonoleggio, prima vittima di estorsione e poi, dinnanzi a una richiesta di pizzo dall’importo spropositato, costretto a rivolgersi, su indicazione dello stesso estortore, agli strozzini; di Giovanni, un agricoltore appartenente a una famiglia molto nota in paese che si indebiterà per poche migliaia di euro per far fronte a imprevisti legati alla ristrutturazione di una casa e finirà per perdere tutto, legato in un giogo che non riuscirà a spezzare.

La storia di Agata così come quella di Luca, Claudio e Giovanni – i nomi sono di fantasia ma le storie sono reali – sono storie di vita come ce ne sono molte, sono storie di vittime che hanno trovato la forza di denunciare. Le testimonianze di queste vittime sono state raccolte nel corso di uno studio sul ruolo del Fondo di solidarietà<sup>3</sup>. Ciascuno degli intervistati ha poi acconsentito a che la propria storia venisse qui narrata con la speranza che questi racconti possano essere utili non solo ad altre vittime perché si sentano meno sole e trovino, nel percorso di riscatto qui narrato, uno stimolo per spezzare il giogo che le vincola all’usuraio, ma anche per tutti noi, membri della società civile, perché, con uno sforzo di empatia possiamo riuscire, leggendo le storie di Agata, Claudio, Luca e Giovanni a metterci nei loro panni e a superare l’odioso pregiudizio che perpetuandosi rende le vittime di usura ancor più sole.

Questa è la storia di Agata.

## **2. La costruzione del sinallagma criminale.**

Agata è un’imprenditrice di successo, lavora nel biologico – un settore in piena espansione – presiede un’importante associazione di categoria e collabora attivamente alla realizzazione di un progetto di rilancio e riqualificazione della zona in cui risiede.

Gli affari vanno bene tanto che, di recente, ha chiesto un prestito alla banca che ha investito per ampliare il proprio magazzino e acquistare nuovi mezzi.

Un giorno riceve una telefonata da una sua fornitrice: un caro amico è alla ricerca di un immobile da acquistare in zona e Marisa, la fornitrice che con Agata condivide l’impegno nel biologico e nel progetto di riqualificazione dell’area agricola, le chiede la disponibilità ad accompagnarlo durante un sopralluogo per supportarlo in questa avventura imprenditoriale. È così che Agata e Guglielmo si conoscono. Guglielmo si

---

<sup>3</sup> Il progetto di ricerca dell’Università Bocconi co-finanziato da CONSAP e promosso in accordo con il Ministero dell’Interno e il Commissario Straordinario del Governo per il coordinamento delle iniziative *antiracket* ed *antiusura* dal titolo *Strategie di contrasto a racket e usura: il fondo di solidarietà delle vittime di estorsione e usura* iniziato nel 2020 si è concluso, nel 2021, con la pubblicazione del già citato Report dal titolo *Il Fondo di solidarietà per le vittime di estorsione e usura: uno studio*, che è stato presentato in Prefettura a Milano il 21 luglio 2021. Lo Studio comprende una sezione di approfondimento dedicata alle vittime di estorsione e usura.

presenta come un consulente finanziario, è un signore distinto, arriva sempre con macchine eleganti e ben vestito tanto che Agata lo soprannomina presto "il Lord inglese".

Di quell'affare non si farà nulla: Guglielmo non acquisterà l'immobile al quale pareva essere interessato, ma il contatto è creato. Con cadenza periodica Guglielmo passa a trovare Agata, fermandosi a prendere un caffè o invitandola a pranzo. Le scuse sono le più diverse ma i suoi modi galanti e la sua cortesia ispirano una naturale fiducia. Quando escono a colazione Guglielmo, impeccabile, non manca mai di offrire alla propria ospite e, come Agata racconta, nel pagare fa scorrere lentamente le molte carte di credito che custodisce nel portadocumenti estraendo sempre «quella d'oro».

Agata si sente lusingata dall'attenzione di Guglielmo, uomo distinto, colto, sempre molto interessato a lei e ai suoi affari.

Passa così quasi un anno.

Gli affari continuano ad andare bene, tanto che Agata sta pensando di ampliare i propri investimenti acquistando una partita particolarmente significativa di merci, così da fare un salto di qualità e affermarsi sul mercato tra i principali distributori.

Si reca in banca per chiedere un fido, che però le viene negato: l'azienda è già esposta a causa degli investimenti fatti di recente per ampliare il magazzino e acquistare un mezzo aggiuntivo. Agata continua a pensare all'affare sfumato senza riuscire a darsi pace. Così, quando Guglielmo passa a farle visita, decide di parlargliene.

Guglielmo si dichiara subito disponibile ad aiutarla: suo fratello, le dice, lavora per una finanziaria che potrebbe agilmente supportare Agata nel suo progetto di espansione. Non si tratta, sottolinea, di un favore ma di affari e l'operazione è sicuramente interessante.

Agata vuole rifletterci: certo l'opportunità di realizzare il progetto desiderato è quello che stava cercando, ma non è persuasa all'idea di passare tramite Guglielmo.

L'uomo le dà tempo, ma non troppo. Alcuni giorni dopo ripassa con una scusa e la invita a pranzo. Le racconta un po' del suo ultimo viaggio di lavoro e della sua recente vacanza alle Cinque Terre e poi torna sull'argomento... «è un peccato lasciar perdere un affare così importante, certe occasioni vanno colte appena si presentano... si sa: ogni lasciata è persa! E questo è un buon momento per investire». Sicuramente il debito potrebbe essere ripagato in breve tempo, non si tratta poi di una cifra molto significativa, e altrettanto certamente Agata si troverebbe in breve in una posizione ancor più invidiabile, nulla lascia ipotizzare un diverso esito...

Ad Agata la prospettiva interessa. Ha costruito la propria azienda da sola e tutto ciò che ha è il frutto dei sacrifici e del lavoro di una vita, è lei che si occupa di tutto e che amministra e gestisce i conti dell'azienda; si sente appagata e riconosciuta nel ruolo di imprenditrice, sente che il momento è propizio: tutti i segnali vanno in quella direzione e sicuramente questo è il momento per crescere... Allo stesso tempo percepisce una paura di fondo, il timore di un'esposizione eccessiva, la paura di non farcela, la precauzione che frena la mano dell'imprenditore che non agisce con avidità e al solo scopo di arricchirsi,

ma con il desiderio di costruire una realtà solida per sé e per le persone che le stanno attorno: il marito che lavora con lei nell'azienda, i loro due figli che un giorno lavoreranno lì. Ma per ora deve preoccuparsi di consolidare ciò che ha costruito.

Guglielmo non si arrende e qualche giorno dopo ripassa. Questa volta ha in mano dei moduli, dice che vengono dal fratello e sono quelli della finanziaria. È molto semplice, basta compilarli. Il fratello gli ha assicurato, dice, che l'iter è estremamente veloce in ragione anche dell'importo richiesto: 10.000 euro è un prestito tutto sommato modesto e Agata potrebbe facilmente restituire quella cifra nell'arco di sei mesi senza troppi pensieri e troppe difficoltà.

Agata ci pensa ancora un po' e poi decide di buttarsi: alla fine tutto pare essersi incastrato perfettamente. Il destino questa volta sembra sorriderle e così Agata compila i documenti per richiedere il prestito e contemporaneamente ordina la merce di cui aveva bisogno.

Da quel momento, però, Guglielmo si fa più difficile da trovare. Agata ha effettuato l'ordine e ha bisogno del denaro per pagare quanto ricevuto.

Guglielmo ritorna dopo una settimana e comunica ad Agata che ci sono dei problemi per ottenere il prestito: la finanziaria deve fare alcuni accertamenti, devono essere verificati alcuni documenti e quindi ci vorrà un po' più di tempo per ottenere quanto richiesto. A questo punto, Agata si agita: deve far fronte a delle spese, ha assunto degli impegni, è sempre stata un'impresaria corretta e vuole onorare il proprio debito. Guglielmo la tranquillizza e si offre di aiutarla. Può sicuramente supportarla lui in questo momento di difficoltà e poi, non appena avrà ottenuto il prestito richiesto, gli renderà quanto anticipato. «Tanto si tratta solo di una formalità, solo di qualche verifica... è solo una questione di tempo, l'elargizione del prestito non è certo in dubbio» dice. Anzi – aggiunge – può fare subito qualcosa e così dicendo prende il libretto degli assegni, compila un assegno per l'importo di cui Agata ha bisogno e glielo consegna. Sono amici, non occorre alcuna formalità, Agata non deve preoccuparsi di nulla: entro la settimana successiva la pratica sarebbe stata istruita, lei avrebbe avuto un regolare prestito da parte della finanziaria e tutto si sarebbe sistemato.

Agata è grata a Guglielmo che le consente di proseguire la sua attività, la supporta e in qualche modo le viene incontro in un momento in cui le istituzioni non avevano scommesso su di lei. La donna vede in Guglielmo l'amico che sa che ce la puoi fare e investe su di te e c'è a dispetto di qualunque rigidità burocratica, ostacolo o ritardo. Guglielmo è veramente, per Agata, la persona sulla quale si può contare e, nonostante lo conosca da poco meno di un anno, sente che la sua figura è stata una presenza costante e affidabile: è sempre stato disponibile ad ascoltarla e a darle un buon consiglio; è una persona a modo, colta, educata, ben vestita... una persona della quale fidarsi, di cui lei si è subito fidata. D'altra parte, le è stato presentato da una collega con la quale lavora da anni e che, oltre ad essere una sua fornitrice, è diventata nel tempo una cara amica. Agata accetta la mano tesa di Guglielmo che le consente di proseguire lungo una strada che in quel momento vede indirizzata verso un successo sicuro, senza doversi esporre con i suoi fornitori e mantenendo rispettabile il suo profilo imprenditoriale. Così, Agata con un sorriso e una stretta di mano prende l'assegno che Guglielmo le porge e mette a tacere quel sottile



disagio che si accompagna alla circostanza dell'essere in debito con un amico. Disagio che imparerà presto a conoscere e che a breve la soffocherà.

### **3. Il giogo si stringe.**

Passano cinque giorni, una macchina parcheggia davanti alla porta d'ingresso dell'azienda di Agata, scende un uomo ben vestito: è Guglielmo.

Non era atteso. Quando si erano salutati alcuni giorni prima aveva detto ad Agata che sarebbe tornato verso la fine del mese e alla fine del mese mancavano ancora tre settimane. «Poco male» pensa Agata andandogli incontro sulla porta «vorrà dire che la pratica si è sbloccata anzitempo e finalmente potrò accedere al prestito sperato».

Guglielmo si dirige verso Agata, la saluta con il consueto calore e la invita a prendere un caffè. Agata accetta volentieri. In quel momento può allontanarsi, non c'è nessuno che ha bisogno di lei e Guglielmo lo sa, ha imparato a conoscere i ritmi del lavoro durante questo anno in cui l'ha osservata. Agata sale in macchina con Guglielmo, raggiungono un locale in centro, ordinano, come di consueto, una spremuta e un caffè macchiato caldo. Passano pochi minuti e Guglielmo, con aria affranta, spiega ad Agata il motivo della visita: ha bisogno di quanto le ha prestato, purtroppo ha una situazione di emergenza di liquidità che lo costringe a chiedere la restituzione di quanto ha dato all'amica... se ne dispiace, non avrebbe mai voluto farlo ma la realtà è questa e lui non può farci niente. Agata è presa dal panico: come può restituire quella cifra? non ha a disposizione liquidità, non l'aveva la settimana prima e non ce l'ha ora... «Che ne è del prestito che la finanziaria avrebbe dovuto erogare?» chiede. «Ancora nulla: la finanziaria sta facendo delle verifiche, si tratta sicuramente di questione di poco tempo ma ad oggi il prestito non c'è» risponde Guglielmo.

Agata non sa come fare: da una parte, l'imbarazzo di non poter restituire ad un amico in stato di bisogno quanto lui le ha prestato nel momento in cui era lei a chiedere aiuto e supporto; dall'altra, la confusione di chi si trova in pochi giorni in una situazione completamente ribaltata senza capire bene cosa stia succedendo. «Come è possibile che tutto sia cambiato in così breve tempo», si chiede. Il sospetto che ci sia qualcosa sotto le parole di Guglielmo si insinua nella sua mente ma viene immediatamente allontanato: «non è possibile che tutto sia stato organizzato con il tentativo di ingannarmi» si ripete «ma come se ne esce, che si può fare?».

Ancora una volta è Guglielmo a prendere in mano la situazione e a indicare la via d'uscita. Per far fronte alla situazione suggerisce ad Agata di dargli in contanti quanto ha in cassa e di consegnargli un assegno postdatato, pari all'importo inizialmente prestato, che lui potrà tenere in garanzia. Agata ha in cassa 4000 euro, non capisce bene questo giro che le viene suggerito, tutto è molto veloce, lei è imbarazzata, confusa e incerta. Sentimenti contrapposti si agitano dentro di lei ma non può tradire la parola data, la fiducia e l'amicizia.

Agata e Guglielmo tornano insieme all'azienda, Agata prende i 4000 euro che ha in cassa e li consegna a Guglielmo insieme ad un assegno postdatato dell'importo di 10.000 euro.

Questa sarà solo la prima di una serie di visite che si ripeteranno a ritmo sempre più sostenuto. Il continuo flusso di denaro che Agata consegnerà a Guglielmo metterà in serie difficoltà la prosecuzione dell'attività e Agata avrà bisogno di altro denaro. Guglielmo in quel momento sarà lì, con il volto amico e il fare tranquillizzante: si farà dare un altro assegno postdatato e invierà un vaglia di pari importo ad Agata e poi, poco dopo, passerà a reclamare quanto presente in cassa, che andrà ad essere conteggiato come interesse. In poco più di un anno il tasso raggiungerà il 147%.

Agata, disperata, comincia a chiedere prestiti dapprima alla madre, poi agli amici e infine anche al prete del paese; e quando nessuno sarà più disposto a farle credito, si rivolge a un altro usuraio, un soggetto appartenente alla criminalità organizzata, e questa volta non ci sarà alcuna assicurazione nel momento in cui non potrà saldare la rata pattuita.

Un giorno Agata, dopo essere stata schiaffeggiata e spinta con violenza, verrà minacciata con una pistola. Altre 24 ore per consegnare il denaro pattuito e poi si dovrà assumere le conseguenze del mancato pagamento.

Il giorno successivo Agata si alza presto, dopo una nottata in cui non è riuscita a chiudere occhio, e si reca dalla Guardia di Finanza, sperando di mettere fine a questa storia.

#### **4. L'emersione del reato.**

Agata in commissariato ha paura, racconta tutto quanto accaduto, è precisa nel racconto e ricorda ogni dettaglio ma non sa come poter provare quanto ha detto: gli usurai non rilasciano ricevute.

Il Maresciallo ascolta le sue dichiarazioni, meglio: il suo sfogo. La tranquillizza. Agata per la prima volta da molto tempo si sente capita. In quella stanza nessuno la sta giudicando, forse lì hanno già visto tanti casi come il suo. Forse le persone che incontra in quell'ufficio sono brave persone e sanno che lei è una vittima, sanno che può aver commesso un errore ma che il criminale, quello da condannare, è un altro.

Il Maresciallo la invita ad andare a casa dalla sua famiglia e a comportarsi come di consueto e poi a tornare il giorno successivo in caserma.

L'indomani Agata si presenta puntuale, è terrorizzata, il tempo sta passando e lei non ha i soldi che deve restituire.

Il Maresciallo ancora una volta la ascolta e la tranquillizza: l'usuraio che l'ha minacciata è già indagato, è coinvolto in una grossa inchiesta, non andrà a cercarla. Quanto al Lord inglese, occorre invece agire per fare in modo che non possa più nuocere.

Agata e il Maresciallo raggiungono insieme l'azienda di Agata, posizionano dei microfoni e aspettano l'arrivo di Guglielmo, il Maresciallo nascosto poco distante con altri colleghi.

Tutto avviene in pochi minuti. Agata è molto agitata e spaventata, Guglielmo non si accorge di nulla, saluta affettuoso, fa alcune domande sull'andamento degli affari e poi chiede ad Agata la cifra pattuita: la consueta provvista di denaro per pagare gli interessi. Agata prende tempo, cerca di fare domande che inducano Guglielmo a scoprirsi perché egli stesso riveli la natura del loro rapporto. Guglielmo risoluto e senza scomporsi incalza Agata ricordandole il debito contratto e la necessità di farvi fronte. In quel momento entra il Maresciallo della Guardia di Finanza.

Agata piange. È finita.

## **5. A testa alta.**

Nella valigetta di Guglielmo verranno trovati numerosi assegni postdatati firmati da Agata, da sua madre e dalle amiche. I documenti di diverse società a lui intestate e altre carte relative ai suoi affari. Durante il processo Agata scoprirà che Marisa, la fornitrice e amica che le aveva presentato Guglielmo, era anch'essa una sua vittima.

Guglielmo verrà riconosciuto colpevole del reato di usura.

Agata, che ha denunciato, farà istanza di accesso al Fondo di Solidarietà per le vittime di estorsione e usura, ottenendo l'accoglimento della propria richiesta. Perderà la casa e l'azienda, non riuscirà a continuare la propria attività lì dove tutto è successo, troppo il peso del giudizio della comunità. Ma si rialzerà: cambierà paese e caparbiamente ricomincerà con un piccolo negozietto di fiori. La sua battaglia non è finita, continua giorno dopo giorno testimoniando con il suo esempio che l'usura si può vincere.

# — ***Risk assessment: una nuova sfida per la giustizia penale?***

La pericolosità criminale al vaglio algoritmico delle probabilità nell'esperienza statunitense

***Risk assessment: a new challenge for Criminal Justice?***

*Future criminal behavior under algorithmic examination of the likelihood in the American experience*

*di Diana Zingales*

---

**Abstract.** Perché il legislatore dovrebbe affidare ad un sistema algoritmico la valutazione della pericolosità di un imputato? Quali sono le prospettive di imparzialità e precisione che un output ci promette nel "prevedere" il rischio di recidiva? E quali limiti potrà porre il diritto penale all'evoluzione tecnologica, rappresentata dai risk assessment tools basati sull'Artificial Intelligence? I risultati prodotti dal ricorso a tali strumenti nel sistema penale statunitense ci offrono le prime risposte a questi interrogativi, delle quali converrà tener conto se e quando ci troveremo, anche in Italia, a confrontarci con questi "sistemi predittivi", tanto innovativi quanto pericolosamente confliggenti con i diritti costituzionali a tutela dell'imputato.

**Abstract.** Why should the legislator reentrust to an algorithmic system the assessment of the dangerousness of the defendant? What are the perspectives of neutrality and accuracy that an output promises in "predicting" the risk of recidivism? What limits will Criminal Law establish to the technological evolution represented by AI-based risk assessment tools? The outcomes produced by the use of these tools in the American criminal law system offer the fundamental answers to such questions, whose will be convenient to be aware of, if and when, in Italy as well, we will manage these "predictive systems" as innovative as opposing to the constitutional principles which protect the defendant.



SOMMARIO: 1. Il *criminal risk assessment* della modernità: algoritmi e predizione del rischio. – 2. La California sceglie di limitare il ricorso ai sistemi algoritmici di valutazione del rischio: l'eloquente esito della *Proposition 25* sul *replacement* del *cash bail* con i *pretrial risk assessment tools*. – 3. Il *First Step Act* e il nuovo *recidivism risk assessment system* del *Department of Justice*: PATTERN. – 4. Le insidie nascoste dei *risk assessment tools* sotto la lente dei principi costituzionali del giusto processo: l'antesignana prospettiva statunitense. – 5. Gli orientamenti della giurisprudenza statunitense e le soluzioni prospettate dalla dottrina per un uso "costituzionalmente orientato" degli *AI-based risk assessment tools*.

SUMMARY: 1. Criminal risk assessment in the modern era: algorithms and risk prediction. – 2. California chooses to limit the use of algorithmic risk assessment tools: the eloquent outcome of Proposition 25 on the cash bail replacement by pretrial risk assessment tools. – 3. The First Step Act and the new recidivism risk assessment system of the Department of Justice: PATTERN. – 4. The hidden dangers of risk assessment tools in the light of the Due process clause. – 5. The trends of the American jurisprudence and the solutions proposed by scholars to use AI-based risk assessment tools in compliance with the Due Process Clause.

## 1. Il *criminal risk assessment* della modernità: algoritmi e predizione del rischio.

Anelare ad una sentenza "giusta" o ad una valutazione prognostica "esatta" della pericolosità criminale sembra costituire non solo l'auspicio di chi si trovi coinvolto in un procedimento penale nella qualità di imputato, ma l'ambizioso obiettivo dell'essere umano che protende incessantemente verso il superamento di confini che vengono spostati sempre più in là.

I progressi, fino a qualche decennio fa inimmaginabili, che le scienze informatiche hanno raggiunto in vari ambiti si manifestano in misura sempre più prepotente anche nel campo del diritto, grazie allo sviluppo di *software* in grado di consegnare "decisioni algoritmiche" in sostituzione di quelle del giudice umano. Gli algoritmi di oggi possono persino conferire maggiore certezza al diritto e garantire la prevedibilità delle decisioni, come accade nel sistema penale cinese, dove i sistemi algoritmici più evoluti generano un *warning* che segnala la difformità della decisione giurisdizionale adottata rispetto all'orientamento giurisprudenziale consolidato – limitando in tal modo la discrezionalità del giudice – con l'obiettivo finale di assicurare la "ragionevolezza" della sentenza e l'uniformità delle pronunce<sup>1</sup>.

Un'area che è risultata particolarmente florida per lo sfruttamento delle potenzialità degli algoritmi è quella del *risk assessment*<sup>2</sup>, ovvero della valutazione prognostica del rischio-ricidiva di un imputato e della sua pericolosità sociale<sup>3</sup>: ad oggi

---

<sup>1</sup> T. Sourdin, *Judges, Technology and Artificial Intelligence. The Artificial Judge*, Elgar, 2021, pp. 13-14; M. Yu, G. Du, *Why Are Chinese Courts Turning to AI?*, in *The Diplomat*, 19 gennaio 2019.

<sup>2</sup> Nella dottrina penale statunitense si evidenzia che il "risk assessment" implica l'utilizzo di sistemi attuariali e algoritmici per elaborare previsioni sulla probabilità di futuri reati. Sul punto, tra gli altri, M. Stevenson, *Assessing Risk Assessment in Action*, *Minnesota Law Review*, vol. 103, No. 58, 2018, p. 314: «The term "risk assessment," however, usually refers to the use of formal, actuarial, and algorithmic methods of predicting the likelihood of future crime or misconduct».

<sup>3</sup> Per una disamina degli strumenti di *risk assessment* e del loro utilizzo nel sistema della giustizia penale statunitense si vedano B.L. Garrett, J. Monahan, *Judging Risk*, in *California Law Review*, vol. 108, 2020, p. 450.

risultano in uso su scala mondiale circa quattrocento *risk assessment tools*<sup>4</sup>, la cui evoluzione risulta scandita da quattro fasi temporali<sup>5</sup>.

Mentre in una prima fase il *risk assessment* si basava su procedure informali lontane da logiche di *scores* e di calcoli statistici operati su base collettiva e si incentrava su interviste al soggetto da valutare, nella seconda generazione di *tools*, risalente ai primi anni '70, le metodologie della valutazione diventavano di natura attuariale e si basavano su fattori "statici" (come l'età, il genere e i precedenti penali).

È tra la fine degli anni '70 e gli inizi degli anni '80, con l'introduzione dei *tools* di terza generazione caratterizzati dall'inserimento anche di fattori "dinamici" di rischio (come l'impiego e l'*educational status*), che gli strumenti statistici di *risk assessment* divengono "*RNA tools* (*Risk and Needs Assessment tools*), in quanto volti non solo ad individuare il rischio-reato, ma anche a diminuire il rischio di recidiva del soggetto e a favorire il suo reinserimento sociale<sup>6</sup>. I *risk assessment tools* contemporanei sono quelli di quarta generazione: si tratta di modelli RNA che presentano maggiore complessità perché dotati di un *dataset* con un più elevato numero di *items* da elaborare rispetto ai modelli precedenti, caratteristica che dovrebbe garantire una maggiore predittività. Il *risk assessment* di quarta generazione si caratterizza inoltre per la massimizzazione della prevenzione e gestione del rischio attraverso la predisposizione di specifici programmi di trattamento del soggetto sottoposto a valutazione<sup>7</sup>.

La quinta generazione di *risk assessment tools* è infine rappresentata dai sistemi algoritmici di *machine learning*<sup>8</sup>, caratterizzati da *software* programmati per eseguire certi compiti e che aggiornano i loro codici man mano che "imparano" dai risultati osservati<sup>9</sup>, anche se ad oggi l'esiguità del numero di informazioni disponibili – dovuta alla segretezza dei dati sul loro funzionamento – non permette di concludere nel senso di una loro più efficace predittività<sup>10</sup>. Secondo le definizioni della dottrina statunitense, solo questi ultimi sistemi rientrano nell'*Artificial Intelligence*, in quanto dotati della capacità di autoapprendimento<sup>11</sup>: se è vero infatti che parlare di *AI* significa necessariamente far

---

<sup>4</sup> N. Scurich, *An Introduction to the Assessment of Violence Risk*, in *International Perspectives on Violence Risk Assessment*, 3, 10, J.P. Singh, S. Bjørkly, & S. Fazel eds., 2016, 3, p. 10.

<sup>5</sup> Sulla progressiva evoluzione che ha contraddistinto i *risk assessment tools* succedutisi nel tempo si rinvia a B.L. Garrett, J. Monahan, *Judging Risk*, cit., p. 451; C.D. Stimson, *The First Step Act's Risk and Needs Assessment Program: A Work in Progress*, pp. 4 ss.

<sup>6</sup> Cfr. B.L. Garrett, J. Monahan, *Judging Risk*, cit., p. 451.

<sup>7</sup> William D. Burrell, *Risk and Needs Assessment in Probation and Parole: The Persistent Gap Between Promise and Practice*, in *Handbook on Risk and Need Assessment: Theory and Practice*, Faye S. Taxman, ed., 2017, p. 26.

<sup>8</sup> A.S. Niederman et al., *The Institutional Life of Algorithmic Risk Assessment*, in *Berkeley Technology Law Journal*, vol. 34, No. 3, 2019, pp. 711-712.

<sup>9</sup> A.B. Cyphert, *Reprogramming Recidivism: The First Step Act and Algorithmic Prediction of Risk*, in *Seton Hall Law Review*, vol. 51, 51, 2020, p. 339; *Id.*, *Tinker-ing with Machine Learning: The Legality and Consequences of Online Surveillance of Students*, in *Nevada Law Journal*, vol. 20, No. 2, 2020, pp. 457 ss.; F. Basile, *Intelligenza artificiale e diritto penale: qualche aggiornamento e qualche nuova riflessione*, in F. Basile, M. Caterini, S. Romano (a cura di), *Il sistema penale ai confini delle hard sciences. Percorsi epistemologici tra neuro-scienze e intelligenza artificiale*, Pacini Giuridica, 2021, p. 14.

<sup>10</sup> Cfr. J.S. Wormith, *Automated Offender Risk Assessment: The Next Generation or a Black Hole?*, in *American Society of Criminology*, vol. 16, No.1, 2017, pp. 281, 288 ss.

<sup>11</sup> J. Villasenor, V. Foggo, *Artificial Intelligence, Due Process and Criminal Sentencing*, in *Michigan State Law Review*, vol. 2020, No. 2, 2020, p. 296.

riferimento a degli algoritmi, non è anche vero il contrario, perché non tutti gli algoritmi sono di AI<sup>12</sup>.

Gli strumenti di *risk assessment* contemporanei sono sistemi algoritmici basati sulla regressione logistica e altri metodi statistici di classificazione e vengono annoverati tra i “*simple machine learning*” tools<sup>13</sup>, distinguendosi dai “*real machine learning*” tools, rappresentati da sistemi algoritmici più complessi ed evoluti.

Nel caso di algoritmi di AI che “imparano dall’esperienza” e sono suscettibili di evoluzione anche indipendentemente dalla supervisione dell’uomo, si pongono così problematiche ulteriori rispetto a quelle già sollevate dagli strumenti correntemente in uso; la segretezza che ancora caratterizza le regole sul funzionamento di questi tools non permette peraltro di escludere che essi siano già utilizzati nel *criminal risk assessment*<sup>14</sup>.

Le ragioni per le quali il legislatore italiano potrebbe decidere di dare ingresso a sistemi algoritmici di *risk assessment* nel procedimento penale dovrebbero risiedere nella maggiore attendibilità<sup>15</sup> e imparzialità che *tali tools* garantirebbero nella valutazione della pericolosità criminale<sup>16</sup>, seguendo l’esempio degli USA, dove da quasi mezzo secolo si ricorre a metodi statistici di valutazione del rischio<sup>17</sup>, sul presupposto che essi assicurino valutazioni scevre da *bias* cognitivi che potrebbero invece caratterizzare quelle di un giudice in persona. Eppure, oggi i risultati prodotti dal ricorso a tali strumenti possono portarci ad affermare che tali promesse così allettanti non sembrano in concreto mantenute sul fronte delle garanzie di maggiore imparzialità che dovrebbero derivarne.

Fino ad ora gli algoritmi utilizzati per calcolare la pericolosità criminale di un imputato sembrano riprodurre infatti quegli stessi *bias* di natura discriminatoria, poiché essi si basano su calcoli statistici riferiti ad una pluralità di persone accomunate da medesime caratteristiche e raggruppate entro “classi di rischio”, e prendono quindi in considerazione anche elementi che non riguardano solo l’imputato e finiscono per essere spesso influenzati dall’etnia e dallo *status* socio-economico<sup>18</sup>.

Peraltro, anche quando si considerano fattori che riguardano solo l’imputato, come ad esempio precedenti arresti o condanne, invero non si tratta di una valutazione

---

<sup>12</sup> *Idem*, p. 301: «an algorithm is a sequence of steps to move towards a goal [...]. By contrast, an AI algorithm learns from experience, leading to changes over time in the nature of the algorithm itself» [«Un algoritmo è una sequenza di steps verso un obiettivo [...]. Al contrario, un algoritmo di AI impara dall’esperienza, determinando nel corso del tempo cambiamenti nella natura dell’algoritmo stesso»].

<sup>13</sup> A.S. Niederman et al., *The Institutional Life of Algorithmic Risk Assessment*, cit., p. 713.

<sup>14</sup> J. Villasenor, V. Foggo, *Artificial Intelligence*, cit., pp. 301-302.

<sup>15</sup> Secondo alcuni studi, un sistema algoritmico di calcolo della recidiva garantirebbe maggiore precisione rispetto a quella di un essere umano: A.M. Holsinger et al., *A Rejoinder to Dressel and Farid: New Study Finds Computer Algorithm is More Accurate than Humans at Predicting Arrest and as Good as a Group of 20 Lay Experts*, 2018, pp. 50 ss., disponibile a [questo indirizzo](#).

<sup>16</sup> Per un’analisi in chiave critica di tale aspetto, F. Basile, *Intelligenza artificiale e diritto penale: qualche aggiornamento e qualche nuova riflessione*, cit., p. 21; M. Amisano, *Profetica-mente: neuroscienze, intelligenza artificiale e previsione*, *ivi*, pp. 138 ss.

<sup>17</sup> William D. Burrell, *Risk and Needs Assessment in Probation and Parole*, cit., pp. 23-24.

<sup>18</sup> Si genera così il c.d. “*algorithmic bias*”, che riguarda situazioni nelle quali un individuo o un gruppo di individui è ingiustamente favorito o discriminato: per tale definizione, v. Sourdin, *Judges, Technology and Artificial Intelligence*, cit., p. 72.

“individualizzata”, ma che può riflettere delle vere e proprie “tendenze” della giustizia penale: è quanto avviene proprio nel sistema statunitense, caratterizzato da un accentramento delle funzioni di polizia verso alcune categorie di soggetti già ritenuti “più a rischio” di comportamenti antisociali, che si traduce in numeri sensibilmente più alti di condanne per imputati appartenenti a tali categorie, determinando così *outputs* distorti<sup>19</sup>. Ed anzi, i *risk assessment tools* non solo sembrano riprodurre gli stessi errori del passato<sup>20</sup> perché consegnano risultati “contaminati” da fattori anche indirettamente influenzati dalle condizioni economico-sociali e talvolta anche etniche<sup>21</sup>, ma determinano il rischio di moltiplicare i casi di *biased outputs* a causa di errori di calcolo o di codificazione, anche quando siano elaborati proprio allo scopo di annullare tale rischio, come i modelli di *risk assessment* più avanzati<sup>22</sup>.

In ordine all’obiettivo perseguito con il ricorso ai sistemi algoritmici di *risk assessment* durante le varie fasi del procedimento penale, si tratta di temperare una duplice esigenza: da un lato, la tutela della sicurezza e dell’ordine pubblico e, dall’altro, i diritti di libertà dell’imputato. In particolare, i *risk assessment tools* possono essere utilizzati al fine di:

- 1) valutare l’eventuale sussistenza di condizioni per mantenere la carcerazione preventiva quando prevista (*pretrial risk assessment instruments-PRAIs*);
- 2) valutare il rischio di recidiva o l’ammissibilità di misure alternative alla detenzione (*risk assessment instruments-RAIs*).

---

<sup>19</sup> Tale aspetto si interseca con le criticità sollevate dall’uso di *software* di c.d. polizia predittiva: in tema, F. Basile, *Intelligenza artificiale e diritto penale*, cit. p. 18: «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 “fredde”, ove la commissione di reati non viene adeguatamente monitorata».

<sup>20</sup> Si veda C. O’Neil, *Weapons of Math Destruction. How Big Data Increases Inequality and threatens Democracy*, Penguin Books Ltd., New York, 2016, pp. 14, 40 e 162, secondo cui gli algoritmi riprodurrebbero gli errori dei giudici nel processo penale, in quanto elaborati da un essere umano e poiché codificano regole ed errori delle esperienze pregresse; S. Barocas, A.D. Selbst, *Big Data’s Disparate Impact*, in *California Law Review*, vol. 104, No. 3, 2016, pp. 671 ss.

<sup>21</sup> Ne costituisce un esempio l’*IOWA Risk Revised (IRR) tool*, che utilizza anche *inputs* che riguardano l’impiego dell’imputato, l’*housing status* e precedenti condanne, tutti fattori storicamente influenzati da disuguaglianze sociali e discriminazioni razziali. Negli Stati Uniti, una fascia di popolazione significativamente discriminata dall’utilizzo di tale algoritmo per il calcolo della recidiva è rappresentata dagli afro-americani, che risultano statisticamente più inclini alla recidiva perché si registra un numero elevato di condanne a carico di soggetti di tale origine etnica. Bisogna tuttavia considerare che alla base di una condanna può esservi anche l’impossibilità economica dell’imputato ad affrontare le spese processuali: i *Public Attorneys* spesso spingono infatti i loro assistiti al patteggiamento, con la conseguenza che la percentuale di persone condannate sarà inevitabilmente influenzata dalle risorse economiche a disposizione, come rilevano B. Kutateladze *et al.*, *Cumulative Disadvantage: Examining Racial and Ethnic Disparity in Prosecution and Sentencing*, in *Criminology: An Interdisciplinary Journal*, vol. 52, No.3, 2014, pp. 514 ss.

<sup>22</sup> Cfr. J.J. Avery, *An Uneasy Dance with Data: Racial Bias in Criminal Law*, in *Southern California Law Review Postscript*, vol. 93, No. 28, 2020, p. 32: «The fear is that, at best, algorithmic decisionmaking perpetuates historical bias; at worst, it exacerbates bias» («la paura è che, nel migliore dei casi, le decisioni algoritmiche riproducono i bias del passato; nel peggiore, li aggravano»).

Tali strumenti di “predizione del rischio”, utilizzati nel sistema penale statunitense come strumenti di attuazione della c.d. “giustizia preventiva”<sup>23</sup>, sembrano dunque già preludere a quella propensione del diritto penale – in Italia ad oggi solo paventata<sup>24</sup> – ad affidare a un algoritmo la tutela dei beni giuridici: in tal caso, dell’ordine pubblico.

Sebbene negli Stati Uniti il sistema penale sia caratterizzato dall’ampio ricorso a tali *tools*, anche sul presupposto che ciò dovrebbe contribuire a contrastare il fenomeno della “*mass incarceration*”, che oggi li rende il Paese con il numero più alto di detenuti su scala mondiale, la dottrina penale americana si interroga sull’effettiva imparzialità di tali sistemi. Le perplessità sollevate riguardano l’attendibilità degli *outputs*, suscettibili di errori di calcolo o di codificazione oppure basati su *inputs* discriminatori, nonché la stessa compatibilità di tali sistemi con i principi del giusto processo sancito nel 5° e nel 14° emendamento alla Costituzione americana<sup>25</sup>.

Dinanzi a queste nuove frontiere che ridefiniscono i tratti della pericolosità criminale di un imputato, la discrezionalità del giudice continua comunque a rivestire un ruolo centrale: lungi dal disporre che si sostituissero all’organo giudicante, infatti, le legislazioni dei vari Stati statunitensi hanno reso l’uso di tali sistemi non obbligatorio bensì raccomandato, lasciando margini di discrezionalità all’organo giurisdizionale circa l’*an* e il *quomodo* del loro utilizzo<sup>26</sup>.

## 2. La California sceglie di limitare il ricorso ai sistemi algoritmici di valutazione del rischio: l’eloquente esito della *Proposition 25* sul *replacement* del *cash bail* con i *pretrial risk assessment tools*.

Nonostante le prospettive di maggiore precisione e obiettività che i sistemi algoritmici di *risk assessment* promettono di raggiungere nella valutazione della pericolosità criminale, sembra opportuno soffermarsi sull’esito di un recente referendum tenutosi in California il 3 novembre 2020, che rappresenta l’epilogo di un *iter* legislativo intrapreso dal Senato e che offre un quadro chiaro del clima di generale diffidenza che ancora sembra caratterizzare il ricorso a tali strumenti nel sistema della giustizia penale.

Con la *Proposition 25* i californiani sono stati chiamati a esprimere la propria preferenza in ordine all’abrogazione della legge sul *cash bail*, che prevedeva il rilascio

---

<sup>23</sup> La “giustizia preventiva” ha come obiettivo la prevenzione dei reati e non la punizione *tout court* del colpevole, tipica della concezione retributiva: così, C. Slobogin, *Preventive Justice: A Paradigm in Need of Testing*, in *Behavioral Sciences & the Law*, vol. 36, No.4, 2018, pp. 1 ss.

<sup>24</sup> F. Basile, *Intelligenza artificiale e diritto penale*, cit., p. 12.

<sup>25</sup> XIV Amendment, Section 1, *US Constitution*: «[...] *nor shall any state deprive any person of life, liberty, or property, without due process of law; nor deny to any person within its jurisdiction the equal protection of the laws*» [« (...) né ciascuno Stato dovrà privare una persona della vita, della libertà o della proprietà, senza un giusto processo; e non dovrà negare ad alcuna persona entro la propria giurisdizione l’uguale protezione delle leggi»]. La disposizione, ratificata nel 1868, garantisce il giusto processo all’interno dei singoli Stati, richiamando il medesimo principio già sancito sul piano federale dal XV Amendment.

<sup>26</sup> Si interroga sull’ampiezza della discrezionalità da lasciare al giudice nell’uso dei *risk assessment tools*, rilevando come proprio tale aspetto sia invero determinante sull’impatto di tali strumenti nella giustizia penale, M. Stevenson, *Assessing Risk Assessment*, cit., pp. 333 ss. Nello stesso senso, rilevando altresì come il vasto spazio di discrezionalità di cui dispongono gli organi giurisdizionali sarebbe la conseguenza dell’assenza di una normativa che renda obbligatorio l’utilizzo dei *tools*, B.L. Garrett, J. Monahan, *Judging Risk*, cit., p. 450.



dell'imputato dietro pagamento di una cauzione in attesa della celebrazione del processo, e al suo posto l'entrata in vigore del *California Money Bail Reform Act*, anche conosciuto come *Senate Bill 10 (SB 10)*<sup>27</sup>, che avrebbe subordinato il mantenimento della carcerazione preventiva alla sussistenza di un pericolo di fuga calcolato da sistemi algoritmici di valutazione del rischio; in caso di esito positivo del referendum, la California sarebbe diventata il primo Stato d'America ad aver modificato tale legislazione mediante la sostituzione della cauzione in contanti con il ricorso a sistemi algoritmici di *risk assessment*<sup>28</sup>.

Le ragioni che avevano condotto all'approvazione della legge muovevano dall'esigenza di ripristinare condizioni di sostanziale uguaglianza: per i promotori della riforma, subordinare il mantenimento di una misura di carcerazione preventiva all'impossibilità economica dell'imputato di sostenere l'impegno economico della cauzione significava favorire la permanenza di situazioni discriminatorie in danno dei soggetti meno abbienti, scardinando ingiustificatamente la *ratio* della carcerazione preventiva dalla pericolosità dell'imputato o dal pericolo di fuga.

La novella si sviluppava parallelamente all'evoluzione giurisprudenziale che si manifestava progressivamente nello stesso senso nelle Corti penali californiane, inaugurata dalla sentenza della Corte d'Appello di San Francisco *Humphrey on Habeas Corpus*<sup>29</sup> che, richiamando l'indirizzo legislativo espresso già da diversi decenni sulla necessità di una riforma, accoglieva l'impugnazione dell'imputato affermando l'incostituzionalità della legge sul *bail* per contrasto con i corollari del *due process*.

Il *Senate Bill 10* prevedeva l'istituzione di organi di valutazione preliminare presso i Tribunali superiori ("*Pretrial Assessment Services*"), ai quali sarebbe stato demandato il compito di valutare i rischi di recidiva o il pericolo di fuga<sup>30</sup> e formulare raccomandazioni per le condizioni di rilascio<sup>31</sup>.

---

<sup>27</sup> *Senate Bill 10* del 28 agosto 2018, pubblicato a [questo indirizzo](#). In tema, A.S. Niederman et al., *The Institutional Life of Algorithmic Risk Assessment*, cit., pp. 705 ss.

<sup>28</sup> T. Fuller, *California Is the First State to Scrap Cash Bail*, in *New York Times*, 28 agosto 2018. È opportuno comunque notare che in molte giurisdizioni della California il sistema del *cash bail* è affiancato dall'utilizzo di strumenti di valutazione del rischio. Per tale aspetto e per un'analisi dei paventati pericoli della riforma, si rinvia a T.A. Merkl, L. Arzy, *California's Referendum to Eliminate Cash Bail, Explained*, 2 ottobre 2020, disponibile a [questo link](#). Il documento è antecedente al referendum e in particolare risalta la raccomandazione di non ricorrere a strumenti di *risk assessment* in alternativa alla cauzione in contanti in caso di esito contrario alla modifica della legge sul *bail* e quindi di riforme future, allo scopo di non favorire discriminazioni razziali che sarebbero sottese ai calcoli operati da tali sistemi.

<sup>29</sup> *Humphrey (Kenneth) on H.C. (A152056)*, *First Appellate District of San Francisco City*, 25 gennaio 2018.

<sup>30</sup> Sulla definizione di "*risk*" si veda *Senate Bill 10 (SB 10)*, *Article 1. Definitions*, § 1320.7 (h): «"*Risk*" refers to the likelihood that a person will not appear in court as required or the likelihood that a person will commit a new crime if the person is released before adjudication of his or her current criminal offense» [«Il "rischio" si riferisce alla probabilità che una persona non si presenti in tribunale quando previsto, o alla probabilità che una persona commetta un nuovo reato se viene rilasciata prima della pronuncia della sentenza»].

<sup>31</sup> *Idem*, *Article 1*, § 1320.7 (g).

Il testo legislativo faceva riferimento all'utilizzo di *risk assessment tools* corroborati e validati dalla ricerca scientifica<sup>32</sup>, che avrebbero qualificato i soggetti come a "basso", "medio" o "alto" rischio, e il dato che sembra più significativo riguarda il ruolo che avrebbero giocato tali sistemi nella determinazione giudiziale: lungi dal sostituire l'organo giurisdizionale, l'*output* generato da tali strumenti sarebbe comunque rimasto soggetto a revisione da parte del giudice<sup>33</sup>, il quale avrebbe avuto ampia discrezionalità nella valutazione sottesa alla decisione finale<sup>34</sup>.

Ciononostante, il referendum si è concluso con una sensibile prevalenza di voti contrari alla riforma, pari al 56,41% dei votanti contro il 43,59%, sebbene comunque il ricorso ai *pretrial risk assessment tools* sia ricorrente su larga scala nelle Corti penali della California, come risulta da un report di dicembre 2019 elaborato dal *Public Policy Institute of California*, secondo cui 49 contee su un totale di 58 già facevano uso dei *pretrial risk assessment tools*<sup>35</sup>.

Aver scelto dunque di mantenere in vigore una legge in sé discriminatoria, perché i suoi effetti sono condizionati dalla capacità economica dell'imputato, pur di non dare ingresso a sistemi algoritmici di valutazione del rischio in quanto ritenuti forieri di discriminazioni razziali, ha significato optare per quella che tra le due è stata ritenuta, a torto o a ragione, la disciplina normativa più "garantista" per l'imputato.

Sul caso *Humphrey* si è infine pronunciata la *Supreme Court of California* nel marzo 2021, confermando l'arresto della Corte d'Appello di San Francisco e dichiarando l'incostituzionalità del *cash bail*, in quanto misura che subordina il mantenimento della carcerazione preventiva unicamente all'incapacità economica dell'arrestato di impegnarsi al pagamento della cauzione e non invece alla sussistenza di ragioni di pubblica sicurezza o di obiettivo e concreto pericolo di fuga<sup>36</sup>.

---

<sup>32</sup> Sulla definizione di "pretrial risk assessment" si veda *Senate Bill 10 (SB 10)*, Article 1, § 1320.7 (f): «"Pretrial risk assessment" means an assessment conducted by Pretrial Assessment Services with the use of a validated risk assessment tool, designed to provide information about the risk of a person's failure to appear in court as required or the risk to public safety due to the commission of a new criminal offense if the person is released before adjudication of his or her current criminal offense» [«Per "pretrial risk assessment" si intende una valutazione condotta dai servizi di valutazione pre-processuale con l'uso di uno strumento di valutazione del rischio convalidato, progettato per fornire informazioni sul rischio che una persona non compaia in tribunale quando previsto, o sul rischio per la pubblica sicurezza dovuto alla commissione di un nuovo reato se la persona viene rilasciata prima della pronuncia della sentenza»].

<sup>33</sup> *Senate Bill 10 (SB 10)*, Article 5, § 1320.13.

<sup>34</sup> A.S. Niederman et al., *The Institutional Life of Algorithmic Risk Assessment*, cit., p. 719, che evidenziano però come la progettazione e l'uso di *risk assessment tools* comprimano comunque la discrezionalità dell'organo giudicante perché implicano scelte di natura tecnica e politica.

<sup>35</sup> H. Harris, J. Goss, A. Gumbs, *Pretrial Risk Assessment in California*, *Public Policy Institute of California*, report di dicembre 2019.

<sup>36</sup> *In re Humphrey (S247278)*, *Supreme Court of California*, 25 marzo 2021. La *California Supreme Court* ha ricordato che il pagamento della cauzione a cui è subordinato il rilascio del soggetto arrestato è finalizzato ad assicurare la presenza dell'imputato al processo e a tutelare la sicurezza collettiva. Purtroppo, ha precisato la Corte, in tale fase la colpevolezza non è ancora stata accertata, di talché la limitazione della libertà personale dovrebbe essere svincolata dalle capacità economiche dell'arrestato, perché solo così il *due process* può dirsi effettivamente rispettato, anche nel rispetto delle garanzie di uguaglianza: «An arrestee's release pending trial is often conditioned on whether the arrestee can make bail. To do so, an arrestee posts security – in the form of cash, property, or (more often) a commercial bail bond – which is forfeited if the arrestee later fails to appear

### 3. Il *First Step Act* e il nuovo *recidivism risk assessment system* del *Department of Justice: PATTERN*.

Restando in tema di riforme, stavolta sul piano federale, negli Stati Uniti grandi aspettative sono ora riposte sull'imponente riforma della giustizia penale attuata con il *First Step Act (Formerly Incarcerated Reenter Society Transformed Safely Transitioning Every Person Act)* del 21 dicembre 2018<sup>37</sup>, che mira a contrastare il fenomeno della *mass incarceration*<sup>38</sup> e a depurarla dalle distorsioni originate da discriminazioni razziali; il progetto si presenta ambizioso alla luce degli obiettivi prefissati, tra cui quello di limitare il ricorso a misure restrittive favorendo programmi di reinserimento elaborati dal *Department of Justice*.

Il *First Step Act* ha affidato ai sistemi algoritmici un ruolo centrale e anzi determinante per il conseguimento delle finalità perseguite: nel *Title I, Section 101*<sup>39</sup>, con il § 3632 dell'articolato, rubricato *Development of risk and needs assessment system*<sup>40</sup>, il Congresso ha autorizzato il Procuratore Generale degli Stati Uniti a sviluppare un nuovo *risk assessment system*<sup>41</sup> destinato all'utilizzo da parte del *Bureau of Prisons (BOP)*, strumentale all'ammissione alla *early release* e a concedere riduzioni di pena ai soggetti detenuti negli istituti penitenziari federali<sup>42</sup> che presentino un rischio "basso" o "minimo" di tornare a delinquere.

---

*in court. Those who can't afford to satisfy the bail condition remain in jail until the end of the criminal proceedings. Underlying this arrangement is a major premise: that the state has a compelling interest in assuring the arrestee's appearance at trial and protecting the safety of the victim as well as the public. Yet those incarcerated pending trial – who have not yet been convicted of a charged crime – unquestionably suffer a "direct 'grievous loss'" of freedom in addition to other potential injuries (...). We find merit in Humphrey's claim. The common practice of conditioning freedom solely on whether an arrestee can afford bail is unconstitutional (...). Allowing the government to detain an arrestee without such procedural protections would violate state and federal principles of equal protection and due process that must be honored in practice, not just in principle».*

<sup>37</sup> *First Step Act (Public Law 115-391)*, pubblicato a [questo indirizzo](#).

<sup>38</sup> Nel disegno di legge [H.R. 5682-First Step Act del 23 maggio 2018](#) si indicava la riduzione del *recidivism* quale finalità principale del *First Step Act*, che veniva originariamente definito come «*an Act to provide for programs to help reduce the risk that prisoners will recidivate upon release from prison, and for other purposes*».

<sup>39</sup> Le cui disposizioni sono ora contenute nel nuovo *Subchapter D ("Risk and needs assessment system")* del *Chapter 229, Title 18, US Code*.

<sup>40</sup> *First Step Act, Sec. 101, §3632*.

<sup>41</sup> La definizione di *risk assessment tool* si trova nella *Sec. 101, § 3635 (6)* del *First Step Act*: «RISK AND NEEDS ASSESSMENT TOOL– The term "risk and needs assessment tool" means an objective and statistically validated method through which information is collected and evaluated to determine: "(A) the risk that a prisoner will recidivate upon release from prison; (B) the recidivism reduction programs that will best minimize the risk that the prisoner will recidivate upon release from prison; and"(C) the periodic reassessment of risk that a prisoner will recidivate upon release from prison, based on factors including indicators of progress and of regression, that are dynamic and that can reasonably be expected to change while in prison». » [«Il termine "*risk and needs assessment tool*" indica un metodo oggettivo e statisticamente convalidato attraverso il quale vengono raccolte e valutate le informazioni per determinare: "(A) il rischio che un detenuto sia recidivo al momento della liberazione; (B) i programmi che meglio ridurranno il rischio che il detenuto torni a delinquere dopo la liberazione; e (C) la rivalutazione periodica del rischio di recidiva al momento del rilascio dal carcere, sulla base di fattori tra cui gli indicatori di progresso e di regressione, che sono dinamici e che ci si può ragionevolmente aspettare che cambino durante il periodo di detenzione »].

<sup>42</sup> Ad eccezione dei detenuti che abbiano commesso uno dei reati indicati nella *Sec. 101, § 3632(d)(4)(D)* del *First Step Act*.

Il nuovo sistema è stato annunciato dal *Department of Justice (DOJ)* il 19 luglio del 2019<sup>43</sup>, è denominato PATTERN (*Prisoner Assessment Tool Targeting Estimated Risk and Needs*) e rappresenta uno strumento algoritmico di valutazione del rischio-ricidiva di natura istituzionale, per tale ragione non coperto dal segreto industriale che caratterizza tutti gli altri *tools* simili che per questo non avevano trovato il consenso della dottrina penale statunitense<sup>44</sup>.

Il *DOJ* sembra aver puntato sulla trasparenza delle informazioni e sul coinvolgimento dei vari portatori di interessi privati e pubblici e ciò risulta evidente sin dalla fase "genetica" di PATTERN: durante lo sviluppo del *tool* sono state infatti tenute tre *listening sessions* con l'obiettivo di dare voce ad esperti, *stakeholders* tra cui organizzazioni rappresentative delle vittime di reati e di interessi pubblici.

Nel *report* pubblicato il 15 gennaio 2020, il *DOJ* annunciava così che gli aggiornamenti e le migliorie apportate a PATTERN hanno rappresentato il risultato diretto dei suggerimenti e delle sollecitazioni provenienti da tali organismi coinvolti nel procedimento di elaborazione del nuovo sistema<sup>45</sup>.

PATTERN rappresenta quindi un significativo passo in avanti verso il superamento di una delle maggiori criticità sollevate dai sistemi utilizzati nelle varie fasi del procedimento penale, ovvero l'assenza di trasparenza.

Purtuttavia, tra le critiche sollevate, vi è quella relativa all'utilizzo di alcuni dati elaborati da un altro sistema, BRAVO (*Bureau Risk and Verification Observation*)<sup>46</sup>, del quale sono poche le informazioni disponibili al pubblico; di talché, si afferma, PATTERN è ancora lontano dal garantire il soddisfacimento delle aspettative in esso riposte<sup>47</sup>.

---

<sup>43</sup> DOJ, Office of the Attorney General, *The First Step Act of 2018: Risk and Needs Assessment System – Update*, gennaio 2020, p. 1.

<sup>44</sup> Tra gli altri, R. Wexler, *Life, Liberty, and Trade Secrets: Intellectual Property in the Criminal Justice System*, in *Stanford Law Review*, vol. 70, No. 5, 2018, pp. 1343 ss; A. Rizer, C. Watney, *Artificial Intelligence Can Make Our Jail System More Efficient, Equitable, and Just*, in *Texas Review of Law & Politics*, vol. 23, No. 1, 2019, pp. 214-215. Si rimanda altresì allo *statement* di D.E. Patton, *Executive Director del Federal Defenders of New York*, *Oversight Hearing on "The Federal Bureau of Prisons and Implementation of The First Step Act"*, 2019, pp. 3,8, il quale osservava che la segretezza dei modelli black box genera dubbi sulla ragionevolezza dei risultati prodotti dall'algoritmo: «Across risk assessments in criminal justice, the secrecy that permeates black box instruments causes significant concerns about how reasonable they are in practice».

<sup>45</sup> Si vedano il *report* del DOJ, *The First Step Act of 2018: Risk and Needs Assessment System*, 2019, e il comunicato stampa del 15 gennaio 2020, *Department of Justice Announces Enhancements to the Risk Assessment System and Updates on First Step Act Implementation*.

<sup>46</sup> BRAVO è un sistema di classificazione afferente al BOP e realizzato negli anni '70: A.B. Cyphert, *Reprogramming Recidivism*, cit., p. 346; C.D. Stimson, *The First Step Act's Risk and Needs Assessment Program*, cit., p. 13. Il DOJ ha precisato che gli *items* e gli *scores* di PATTERN derivano da quelli di BRAVO e non dalla sua versione aggiornata, BRAVO-R ("*Bureau Risk Assessment Verification and Observation Revised*"), come erroneamente era stato comunicato nel precedente *report*: v. *The First Step Act of 2018: Risk and Needs Assessment System – Update*, cit., p.35. La mancanza di trasparenza caratterizza peraltro anche il successivo BRAVO-R, come rilevava A.P. Albert nel corso di una delle *listening sessions*: *Stakeholder Statements Submitted to NIJ's September Listening Sessions: Comments on the Department of Justice's Report, The First Step Act of 2018: Risk and Needs Assessment System*, 2019, p.28.

<sup>47</sup> A.P. Albert, *Stakeholder Statements Submitted to NIJ's September Listening Sessions*, cit., p. 356 ss., che evidenziava come fossero state disattese le indicazioni del Congresso, che al § 3632(a) del *First Step Act*

È comunque evidente l'affidabilità che il Congresso ritiene caratterizzi le decisioni algoritmiche assunte sulla base dei *risk assessment systems* per determinare il rischio di recidiva, definiti strumenti "obiettivi e statisticamente convalidati"<sup>48</sup>. Tra i profili di maggiore interesse della riforma risulta quello per cui, oltre ad assegnare uno score che determina l'inserimento in una fascia più o meno alta di rischio, il sistema è in grado di permettere al detenuto di diminuire il proprio *risk score* (recte: i c.d. fattori "dinamici" di valutazione, che si contrappongono a quelli "statici"<sup>49</sup>) nel caso in cui partecipi attivamente e con profitto ai programmi specifici elaborati dal *Department of Justice* volti al reinserimento dei soggetti detenuti<sup>50</sup>, sebbene qualche perplessità sia stata comunque sollevata in ordine alle modalità con cui gli organi preposti all'espletamento di tale procedura negli istituti penitenziari federali eserciteranno la discrezionalità per effettuare tali valutazioni<sup>51</sup>.

PATTERN sfrutta l'evoluzione informatica già sviluppata per mettere a punto i precedenti sistemi algoritmici come COMPAS, e mette in campo altresì le più recenti tecnologie che fanno di tale *tool* il più evoluto strumento di *risk assessment*, in grado di dare informazioni più accurate degli altri sistemi in una misura stimata pari al 15%<sup>52</sup>.

Il nuovo sistema algoritmico, ultimato nel gennaio 2019, è programmato per prevedere il rischio di recidiva entro tre anni dalla liberazione<sup>53</sup>, distingue il "*violent recidivism*" dal "*general recidivism*" – nonostante sia stato evidenziato un *deficit* di determinatezza sotto il profilo di tali definizioni<sup>54</sup> – e assegna diversamente gli scores per ciascuna delle due tipologie, differenziando altresì il rischio-recidiva delle donne da quello degli uomini e prendendo in considerazione diciassette *items*.

---

aveva incaricato il Procuratore Generale di rendere pubbliche le informazioni sul funzionamento del sistema non oltre 180 giorni dall'entrata in vigore del *First Step Act*. Si veda anche la *Comment Letter to the Department of Justice on PATTERN First Step Act* della *Leadership Conference on Civil and Human Rights*, 3 settembre 2019.

<sup>48</sup> *First Step Act*, Sec. 101 (a), § 3635 (3).

<sup>49</sup> DOJ, *Office of the Attorney General, The First Step Act of 2018: Risk and Needs Assessment System – Update*, cit., pp. 7 ss. I fattori "statici" di rischio condizionano comunque negativamente la valutazione poiché si basano su elementi quali l'età e i precedenti penali: il risultato è che più della metà dei soggetti risulta ad "alto" o "medio" rischio. Sul punto, si vedano le critiche mosse nel corso di una delle *listening sessions*: K. Gotsch, *Stakeholder Statements Submitted to NIJ's September Listening Sessions*, cit., p. 5.

<sup>50</sup> Qualche perplessità è stata sollevata in ordine all'adeguatezza dei programmi del *Bureau of Prison* (BOP) a favorire la rieducazione e il reinserimento del condannato: su tale aspetto si rinvia a R. Anspach, *How the First Step Act Got People Out of Prison and Back With Their Families*, dicembre 2019.

<sup>51</sup> B. L. Garrett, J. Monahan, *Judging Risk*, cit., pp. 439 ss.

<sup>52</sup> Tale è la stima riportata dal DOJ, *Office of the Attorney General*, in *The First Step Act of 2018: Risk and Needs Assessment System*, 2019, p. 57, fig.3, disponibile a [questo indirizzo](#). Si veda altresì C.D. Stimson, *The First Step Act's Risk and Needs Assessment Program*, cit., 14-15, che riporta i risultati di studi secondo i quali PATTERN ha registrato una capacità predittiva pari all'80% per gli uomini e al 70% per le donne, a fronte del 67% di quella di COMPAS.

<sup>53</sup> DOJ, *Office of the Attorney General*, cit., p. 50; *id.*, *2020 Review and Revalidation of the First Step Act Risk Assessment Tool*, gennaio 2021, p.2

<sup>54</sup> Manca, ad esempio, una definizione che consenta di individuare i "*violent arrests*": sul punto, A.B. Cyphert, *Reprogramming Recidivism*, cit., p. 348. La bipartizione operata tra *general* e *violent recidivism* rappresenta peraltro una recente evoluzione dei *risk assessment tools*, come riportato dal DOJ nel *The First Step Act of 2018: Risk and Needs Assessment System*, cit., p. 44.



Il *tool* è stato già utilizzato su larga scala nel 2020, permettendo di individuare circa 7000 detenuti presso gli istituti penitenziari federali ritenuti idonei all'isolamento domiciliare durante la pandemia da Covid-19<sup>55</sup>. "Inaugurato" durante la pandemia, PATTERN ha contribuito così alla salvaguardia della salute dei soggetti valutati positivamente, grazie alla intuibile rapidità con cui tali valutazioni sono state effettuate.

Nonostante gli sforzi compiuti dal *DOJ* per garantire massima trasparenza al nuovo sistema per lo meno nella fase della sua implementazione, al momento rimangono irrisolti alcuni interrogativi riguardo al raggiungimento dell'auspicata imparzialità di giudizio che dovrebbe contraddistinguere uno strumento algoritmico di *recidivism risk assessment*: secondo uno studio preliminare effettuato dal *Brennan Center for Justice* infatti, sul campione utilizzato per lo studio PATTERN ha individuato oltre la metà di tutti i *black men* (53%) ad alto rischio di recidiva, rispetto al 29% di *white men*; il 30% di *white men* è stato classificato "a basso rischio", mentre solo il 7% dei *black men* ha avuto la stessa classificazione<sup>56</sup>.

Dunque, si conclude nello studio preliminare, anche se PATTERN è stato progettato per essere "neutrale" rispetto alle origini etniche dei soggetti sottoposti a valutazione<sup>57</sup>, nei suoi *outputs* rischia di produrre risultati discriminatori<sup>58</sup> e ciò, si afferma, merita un attento monitoraggio: ciò perché a differenza di quanto avviene nell'utilizzo di altri sistemi algoritmici di *risk assessment* come ad esempio COMPAS, il cui risultato rappresenta uno degli elementi su cui basare la decisione, per le finalità del *First Step Act* l'*output* generato da PATTERN è l'unico elemento da cui dipende la valutazione<sup>59</sup>.

Alla luce della rilevanza determinante degli *output* generati da PATTERN, quindi, il *First Step Act* ha opportunamente previsto l'istituzione di una *Independent Review*

---

<sup>55</sup> Si veda il *Memorandum from the Office of the Attorney General for Director of Bureau Prisons* del 26 marzo 2020, nel quale si indica lo score fornito dal sistema PATTERN tra i requisiti da considerare per determinare i detenuti idonei all'isolamento domiciliare, pubblicato a [questo indirizzo](#). L'elevato numero di detenuti appartenenti alle minoranze etniche ha determinato che su di essi si sono abbattuti in misura preponderante gli effetti della pandemia da Covid-19: cfr. il Rapporto del CDC (*Centers of Disease Control and Prevention*), pubblicato a [questo indirizzo](#), in cui si indica la giustizia penale come uno degli ambiti di discriminazione delle minoranze che ha generato un'esposizione maggiore di questi soggetti al rischio malattia o morte da Covid-19.

<sup>56</sup> Fonte: *Brennan Center for Justice*, disponibile a [questo indirizzo](#).

<sup>57</sup> DOJ, *2020 Review and Revalidation of the First Step Act Risk Assessment Tool*, cit., p. 7.

<sup>58</sup> La difficoltà nell'epurare dai *bias* originati da diseguaglianze sociali gli *outputs* di PATTERN derivano dal fatto che essi si basano su *dataset* del BOP, che riproducono tutte le discriminazioni razziali che caratterizzano il sistema della giustizia penale statunitense. Rileva che ogni valutazione prognostica basata su dati riferiti al passato produrrà *outputs* discriminatori S.G. Mayson, *Bias In, Bias Out*, in *The Yale Law Journal*, vol. 128, No. 8, 2019, p. 2251. Con l'obiettivo del raggiungimento di una maggiore imparzialità del nuovo *risk assessment tool*, nello *statement* contenuto nella *Brennan Center for Justice letter*, cit., pp. 1 ss., erano state avanzate proposte volte ad eliminare il numero di arresti a carico del soggetto tra i dati da calcolare, mantenendo invece il numero di condanne inflitte e di *incarcerations*. In senso critico sull'inserimento del numero di arresti tra i parametri da valutare, anche A.P. Albert, *Stakeholder Statements Submitted to NIJ's September Listening Sessions*, cit., p. 29: «PATTERN assumes that an arrest itself is proof of a crime without any Due Process» [«PATTERN presume che un arresto sia di per sé prova della commissione di un reato senza alcun giusto processo»]. In accoglimento di tali istanze, il DOJ ha espunto dagli *inputs* l'età del primo arresto e della prima condanna, ritenuti fattori discriminatori, sebbene si sia dimostrato che in seguito a tale modifica l'accuratezza predittiva di PATTERN si fosse ridotta di circa l'1%: in tema, D. Stimson, *The First Step Act's Risk and Needs Assessment Program*, cit., p. 18.

<sup>59</sup> A.B. Cyphert, *Reprogramming Recidivism*, cit., p. 342.

Committee che annualmente revisioni il sistema al fine di garantirne l'affidabilità e proprio nel corso della prima verifica sono stati rilevati errori di codificazione o di calcolo nell'assegnazione degli *scores*<sup>60</sup>, essendo stata ad esempio calcolata nella prima versione la variabile "età al momento della valutazione" del rischio come "età al momento della liberazione", così determinando un errore nell'*output*<sup>61</sup> che ha richiesto una tempestiva correzione e rivalutazione del rischio nei casi coinvolti dagli errori.

Nonostante i passi in avanti compiuti verso il raggiungimento di una maggiore trasparenza e l'apprezzabile coinvolgimento anche di figure giuridiche e di organismi rappresentativi dei vari interessi privati e pubblici nella fase di implementazione del sistema, parte della dottrina statunitense rimarca come ad oggi non si sia, ancora una volta, centrato l'obiettivo.

Più in generale, la segretezza di alcuni dati utilizzati dai sistemi di *risk assessment* correntemente in uso – compreso comunque PATTERN, perché utilizza alcuni *items* del poco esplorato BRAVO – non permette di sapere se qualcuno di questi *tools* sfrutti già le potenzialità dell'AI per l'autoapprendimento<sup>62</sup>.

Ciò varrebbe dunque anche per PATTERN che, si afferma, se alla luce delle sue caratteristiche rappresenta l'ultima evoluzione dei modelli di quarta generazione<sup>63</sup>, dall'altra parte si caratterizza per l'insufficienza di informazioni relative al suo funzionamento<sup>64</sup>, di talché non può escludersi che esso sfrutti le potenzialità del *machine learning* per il calcolo del rischio-ricidiva<sup>65</sup>: nemmeno sotto il profilo della trasparenza, dunque, ad oggi PATTERN sembra segnare l'auspicato iato rispetto ai suoi predecessori.

#### **4. Le insidie nascoste dei *risk assessment tools* sotto la lente dei principi costituzionali del giusto processo: l'antesignana prospettiva statunitense.**

I significativi sforzi compiuti dal Congresso nella fase di implementazione di PATTERN non sono stati supportati da una più ampia riforma del sistema penale che regolamentasse l'utilizzo dei sistemi algoritmici per il *recidivism risk assessment* nel rispetto dei principi costituzionali del *due process*. La dottrina statunitense più sensibile a questi aspetti ha così evidenziato l'impatto dirompente di tali sistemi sulle garanzie costituzionali dell'imputato e i connessi rischi di compromissione del diritto di difesa.

Il pericolo di disattendere gli enunciati della Costituzione si fa poi ancora più insidioso nel caso in cui il *risk assessment* si basi sull'AI, ovvero quando l'algoritmo, per le sue caratteristiche, sia in grado di "apprendere" autonomamente ed evolversi anche indipendentemente dall'intervento, e quindi dal controllo, dell'uomo: in tal caso, si pongono

---

<sup>60</sup> Come riportato dal DOJ in *2020 Review and Revalidation of the First Step Act Risk Assessment Tool*, cit., p. 7.

<sup>61</sup> *Idem*, p. 5.

<sup>62</sup> J. Villasenor, V. Foggo, *Artificial Intelligence*, cit., pp. 301, 302.

<sup>63</sup> C.D. Stimson, *The First Step Act's Risk and Needs Assessment Program*, cit., p. 13.

<sup>64</sup> C.N. Jones, *A broken PATTERN: A Look at the Flawed Risk and Needs Assessment Tool of the First Step Act*, in *Howard Human & Civil Rights Law Review*, vol. 5, No. 2, 2021, pp. 202 ss.

<sup>65</sup> In senso critico sul punto, A.B. Cyphert, *Reprogramming Recidivism*, cit., pp. 360-361.

dunque problematicità ulteriori rispetto a quelle già rilevate sotto il profilo della trasparenza per i sistemi algoritmici tradizionali di *risk assessment*.

Mentre, infatti, un algoritmo tradizionale è statico, poiché non si evolve nel corso del tempo e quindi, per lo meno in assenza della tutela del segreto industriale, sarebbe più facile dimostrare un errore dell'*output* che ha prodotto, ciò non è possibile se l'algoritmo è di *AI* ed è dinamico, ovvero progettato per mutare in forza del *machine learning*, perché è in continua evoluzione e di conseguenza sarebbe arduo per l'imputato dimostrare l'inesattezza degli *inputs* sui quali l'*output* si basa<sup>66</sup>.

Ma anche quando i *risk assessment tools* non siano basati sul *machine learning*, la segretezza che contraddistingue le regole sul loro funzionamento impedisce all'imputato l'accesso alle informazioni su cui si è basata la valutazione e si traduce anche in questo caso in una violazione del giusto processo, precludendo una verifica di eventuali *inputs* distorti che potrebbero aver determinato una significativa sopravvalutazione del rischio.

Un processo "giusto" richiede, infatti, nel quadro delle garanzie costituzionali statunitensi, come anche di quelle italiane, il rispetto dell'imperativo secondo cui non si può precludere all'imputato l'accesso alle informazioni su cui si è basata una data previsione o decisione.

L'enunciato espresso nel 5° e nel 14° emendamento alla Costituzione americana, conosciuto come *Due Process Clause*, rimanda a un insieme di corollari posti a tutela del diritto al giusto processo e a quello di difesa, tra i quali il principio di *accuracy*, secondo cui è diritto dell'imputato che il provvedimento giurisdizionale si basi su fatti puntuali e precisi. Trasposto tale principio nel "giudizio algoritmico", il "fatto" non è altro che l'*input* sul quale la valutazione, e quindi la decisione, si basa: nel caso di *inputs* distorti, un "giusto processo" deve garantire all'imputato la possibilità di impugnare la decisione e dunque di conoscere l'erroneità alla base del calcolo prodotto dal *tool*, dal momento che l'onere della prova nel sistema delle impugnazioni anche nel sistema statunitense grava sul *defendant*.

Dal corollario dell'*accuracy* emerge in tutta la sua evidenza la centralità del rispetto di un altro dei corollari del *Due Process*, quello di *transparency*: si tratta del principio sul cui rispetto probabilmente la dottrina penale, anche italiana<sup>67</sup>, si è soffermata maggiormente quando ha posto in luce i punti di frizione più evidenti dei sistemi algoritmici con il diritto di difesa dell'imputato, ovvero proprio l'assenza di trasparenza degli *outputs* prodotti e posti alla base di provvedimenti giurisdizionali.

Sul piano delle garanzie costituzionali poste a presidio del diritto dell'imputato al giusto processo, l'assenza di trasparenza si traduce sostanzialmente in una *probatio diabolica* che ricade sull'imputato: la segretezza dei metodi di funzionamento e di

---

<sup>66</sup> Su tale aspetto, sulla distinzione tra algoritmi statici e dinamici e in relazione alla diversa funzionalità dell'*AI* nell'uno e nell'altro caso si rinvia a J. Villasenor, V. Foggo, *Artificial Intelligence*, cit., pp. 311 ss.

<sup>67</sup> Nella dottrina penalistica italiana si vedano F. Basile, *Intelligenza artificiale e diritto penale: quattro possibili percorsi di indagine*, in *questa rivista*, 29 settembre 2019, pp. 14 e 22; M. Caterini, *Il giudice penale robot*, in *La legislazione penale*, 2020, pp. 11-12; M. Gialuz, *Quando la giustizia penale incontra l'intelligenza artificiale: luci e ombre dei risk assessment tools tra Stati Uniti e Europa*, in *Dir.Pen.Cont.*, 29 maggio 2019 pp. 4 ss.; S. Quattrocchio, *Equo processo penale e sfide della società algoritmica*, in *BioLaw Journal*, n. 1, 2019, pp. 142 ss..

processamento dei *dataset*, in quanto coperta dalla tutela del segreto industriale, preclude infatti l'esercizio del diritto di difesa e, in definitiva, determina perfino una legittimazione del *deficit* di trasparenza.

Sotto tale aspetto, l'implementazione di PATTERN ha segnato un importante cambiamento di rotta verso il rigoroso rispetto della *transparency*, non solo perché il nuovo sistema algoritmico non è di proprietà di società private e quindi è svincolato dalle regole sul segreto industriale<sup>68</sup>, nonché per le revisioni previste dal *First Step Act*, effettuate da organismi indipendenti nominati dal *DOJ* e i cui primi risultati sono stati già divulgati al pubblico, ma anche per il coinvolgimento, nella fase "genetica" del nuovo *tool*, di enti e associazioni rappresentative degli interessi in gioco, che inaugura un nuovo *modus operandi*.

PATTERN, infine, si rivela il *recidivism prediction tool* di cui ad oggi sono state divulgate più informazioni di quelle rese disponibili dalle società private produttrici di sistemi algoritmici di *risk assessment*<sup>69</sup>. A fronte di questi dati incoraggianti, come si è visto, tuttavia le aspettative riposte sembrano essere state per il momento disattese e da più parti si sollevano istanze volte ad una maggiore divulgazione di dati da parte del *DOJ*<sup>70</sup>.

Sempre sotto il profilo dell'*accuracy*, è stato osservato come i *risk assessment tools* generino potenziali valutazioni distorte, essendo basati su calcoli statistici e non sulla pericolosità specifica del singolo individuo soggetto a valutazione: l'accuratezza della valutazione quindi sconta l'assenza di "individualizzazione" nel giudizio prognostico, di talché un individuo classificato tra i soggetti ad "alto rischio" potrebbe invero non esserlo, proprio perché il sistema prende in considerazione gruppi di individui in base all'alea di rischio.

L'impatto che tali sistemi possono allora produrre sul principio di *accuracy* nel *risk assessment* riguarda anche il tasso di errore che si può verificare nel calcolo, proprio perché di natura statistica e non basato su una valutazione "individualizzata", allorquando l'*output* indichi un "falso positivo", cioè colui che presenti un alto rischio – ma erroneo – di commettere crimini, e un "falso negativo" che rientri erroneamente in un'alea di rischio basso<sup>71</sup>.

---

<sup>68</sup> Proprio la maggiore trasparenza che caratterizzerebbe i *risk assessment tools* afferenti ad organi istituzionali è stata alla base dell'auspicio dell'implementazione di sistemi di questa natura da parte della dottrina: in tema, D. Kehl, P. Guo, S. Kessler, *Algorithms in the Criminal Justice System: Assessing the Use of Risk Assessment in Sentencing*, 2017, 28; A. Roth, *Machine Testimony*, in *Yale Law Review*, vol. 126, No. 7, 2017, pp. 2025-2026. In senso favorevole all'implementazione nel sistema giudiziario italiano di un sistema algoritmico di natura istituzionale, purché le regole sul suo funzionamento siano condivise da esponenti della magistratura e dell'ambito forense, A. Santosuosso, *Intelligenza artificiale e diritto*, Mondadori, 2020, pp. 91-93.

<sup>69</sup> Tale aspetto è sottolineato da A.B. Cyphert, *Reprogramming recidivism*, cit., p. 335, che tuttavia osserva che in termini di trasparenza maggiore sarebbe dovuto essere l'impegno del *DOJ* nel rilasciare informazioni circa il dataset utilizzato per programmare l'algoritmo.

<sup>70</sup> *Idem*, pp. 359 ss.

<sup>71</sup> Cfr. B.L. Garrett, J. Monahan, *Judging Risk*, cit., p. 450.

## 5. Gli orientamenti della giurisprudenza statunitense e le soluzioni prospettate dalla dottrina per un uso "costituzionalmente orientato" degli *AI-based risk assessment tools*.

Guardando alla giurisprudenza statunitense, secondo l'orientamento maggiormente consolidato è da escludersi una violazione dei corollari del *due process* determinata dal ricorso a sistemi algoritmici di *risk assessment*.

La celebre sentenza sul caso *State v. Loomis*<sup>72</sup> emessa nel 2016 dalla *Wisconsin Supreme Court*, chiamata a pronunciarsi in ordine all'asserita violazione dei principi del giusto processo qualora alla base del *sentencing* vi sia un *risk assessment* operato da COMPAS, esprime il tendenziale orientamento dei giudici d'Oltreoceano sull'utilizzo dei *risk assessment tools*: pur se le valutazioni di rischio vengono effettuate su base collettiva e non individuale, e sebbene il funzionamento di tali *software* sia coperto dal segreto industriale, non vi sarebbe alcuna violazione dei principi del giusto processo, poiché gli *outputs* prodotti dall'algoritmo rappresentano solo uno degli indici di pericolosità dell'imputato.

Seguendo tale impostazione, dunque, non vi sarebbe alcuna violazione del giusto processo in quanto il risultato prodotto dall'algoritmo "si limita" a corroborare l'attendibilità di altri elementi sui quali si sia basata la decisione del giudice, lungi dall'assumere efficacia determinante nella valutazione.

Tra gli arresti più recenti, sempre in relazione all'utilizzo di COMPAS, vi è quello sul caso *People v. Younglove*<sup>73</sup>: nel rigettare l'impugnazione dell'imputato, la Corte d'appello del Michigan ha dichiarato che l'utilizzo del sistema COMPAS per il calcolo della recidiva non si poneva in contrasto con il principio del *due process*.

Anche in questo caso, il motivo di doglianza dell'appellante riguardava l'asserita incompatibilità di COMPAS con il diritto ad una sentenza "individualizzata", basata sulle caratteristiche specifiche del *defendant*<sup>74</sup>; si adduceva inoltre la discriminazione generata da *outputs* basati su dati che prendevano in considerazione la razza e il genere<sup>75</sup> e l'inaccessibilità dei dati processati che avevano determinato l'*output* di rischio.

---

<sup>72</sup> *State v Loomis*, disponibile a [questo indirizzo](#).

<sup>73</sup> *People v Younglove*, disponibile a [questo indirizzo](#).

<sup>74</sup> «Because COMPAS statistically analyzes data from a general population in making its determinations (...) its use is inappropriate in an individualized sentencing decision (...) [COMPAS] has discriminatory impacts as concerns race and gender inputs, and that the scores it produces lack transparency»[«Poiché COMPAS analizza statisticamente dati che sono tratti da una generalità di persone (...) il suo utilizzo non è appropriato per una sentenza di condanna individualizzata (...) [COMPAS] ha effetti discriminatori per ciò che riguarda gli inputs di razza e di genere, e gli scores che genera sono carenti di trasparenza»].

<sup>75</sup> A supporto della sua impugnazione, l'appellante citava pubblicazioni scientifiche nelle quali la dottrina aveva espresso dubbi sull'attendibilità degli *outputs* prodotti da un *risk assessment tool*: J. Monahan, *A Jurisprudence of Risk Assessment: Forecasting Harm Among Prisoners, Predators, and Patients*, in *Virginia Law Review*, vol. 92, No. 3, 2006, p. 391; S.B. Starr, *Evidence-Based Sentencing and the Scientific Rationalization of Discrimination*, in *Stanford Law Review*, vol. 66, No.4, 2014, pp. 804 ss. Sulle preoccupazioni sollevate dalla dottrina in ordine all'affidamento che i giudici ripongono in COMPAS, ritenendolo particolarmente attendibile ed accurato nei suoi risultati, si veda E. Yong, *A Popular Algorithm is No Better at Predicting Crimes than Random People*, in *The Atlantic*, 2018, p. 17, anch'esso citato nella sentenza della Corte d'Appello. L'Autore osserva come il sistema sia considerato particolarmente accurato nei risultati ma che, secondo recenti studi



Rilevando che l'imputato non aveva assolto all'onere della prova di dimostrare l'erroneità della valutazione e non aveva specificato quali fossero i diritti fondamentali violati dal ricorso al COMPAS, onere che grava sull'appellante, la Corte d'Appello ha concluso dichiarando l'insussistenza di violazioni del *due process* nel caso di specie. Data la segretezza delle regole che governano il funzionamento dei sistemi di *risk assessment*, *People v. Younglove* rappresenta dunque l'emblema della *probatio diabolica* che ricade sull'imputato che venga "giudicato" da un algoritmo.

Sull'opportunità di ricorrere ai *risk assessment tools* per la dosimetria della pena, poi, secondo un orientamento giurisprudenziale i risultati prodotti dai sistemi algoritmici possono invero migliorare la valutazione individualizzata a fondamento della condanna da parte del giudice e favorire l'individuazione del trattamento sanzionatorio più appropriato per il reo: è quanto affermato in *Malenchik v. State*<sup>76</sup> dall'*Indiana Supreme Court*.

Di diverso avviso era stata, solo due anni prima, l'*Indiana Court of Appeal* in *Rhodes v. State*<sup>77</sup>, che aveva accolto l'impugnazione dell'appellante circa l'asserito illegittimo ricorso al *Level of Service Inventory-Revised (LSI-R) risk assessment* nel *sentencing* per la commisurazione della pena. Nel caso di specie, lo *score* risultante dall'elaborazione dell'LSI-R aveva determinato l'applicazione di una circostanza aggravante a carico dell'imputato, il quale rivendicava il diritto ad un trattamento sanzionatorio "individualizzato" e non basato su modelli di punteggio standardizzato. Dopo aver rilevato che le sentenze di condanna emesse in primo grado sono soggette a revisione solo se, pur irrogando una pena ricompresa entro i limiti edittali, sia ravvisabile un abuso di discrezionalità da parte del tribunale, in *Rhodes v. State* la Corte d'appello dell'Indiana riconosceva che «l'uso di un modello di punteggio standardizzato, come il LSI-R, sminuisce la responsabilità del tribunale del processo di emanare un'appropriata sentenza individualizzata» e che aveva costituito «un abuso di discrezionalità affidarsi a modelli di punteggio per determinare una condanna»<sup>78</sup>.

A fronte dunque dell'impostazione seguita da parte di quella giurisprudenza statunitense riluttante nel riconoscere quella che sembra invece essere un'ineludibile compromissione delle garanzie costituzionali dell'imputato "giudicato" pericoloso o potenzialmente recidivo da un algoritmo tradizionale, la dottrina più sensibile al rispetto dei corollari del giusto processo è già andata oltre, proiettandosi sulle future ulteriori

---

di ricercatori del Dartmouth College, tale accuratezza nella previsione del rischio risulta invero solo maggiore di quella che assicurerebbe quella effettuata da un gruppo di persone casualmente interpellate su internet: «COMPAS is no better at predicting an individual's risk of recidivism than random volunteers recruited from the internet». Per approfondimenti su tale indagine e sui risultati emersi, si vedano J. Dressel, H. Farid, *The accuracy, fairness, and limits of predicting recidivism*, in *Science Advances*, 2018, p. 1 ss., disponibile a [questo indirizzo](#). In senso diverso, A.M. Holsinger et al., *A Rejoinder to Dressel and Farid*, cit.

<sup>76</sup> *Anthony Malenchik v. State of Indiana*, disponibile a [questo indirizzo](#).

<sup>77</sup> *Rhodes v. State*, disponibile a [questo indirizzo](#).

<sup>78</sup> «The use of a standardized scoring model, such as the LSI-R, undercuts the trial court's responsibility to craft an appropriate, individualized sentence [...]. Therefore, it is an abuse of discretion to rely on scoring models to determine a sentence». Il riferimento all'abuso di discrezionalità è contenuto anche nella citata sentenza della *Wisconsin Supreme Court* sul caso *Loomis*, ma in quella circostanza i giudici hanno ritenuto che l'utilizzo del sistema COMPAS nel *sentencing* non aveva integrato gli estremi di un abuso di discrezionalità nell'esercizio del potere giurisdizionale.

problematiche che saranno generate dai *risk assessment tools* di ultima generazione che sfrutteranno le potenzialità dell'AI<sup>79</sup>.

Nel tentativo di non rinunciare aprioristicamente a questi sistemi, sono così stati tracciati alcuni principi-guida che dovrebbero ispirare il ricorso a tali strumenti nel rispetto dei diritti costituzionalmente sanciti dalla *Due Process Clause*.

I criteri elaborati muovono dall'esigenza di bilanciare la tutela del segreto industriale con il principio di trasparenza (*transparency*), e si estendono alle garanzie di verificabilità (*auditability*) e di coerenza (*consistency*) dei dati utilizzati e degli *outputs* prodotti.

Sotto l'aspetto della verificabilità della decisione algoritmica – obiettivo che nel sistema penale italiano potrebbe essere raggiungibile con l'ostensione della motivazione nel provvedimento giurisdizionale, onere che dovrebbe essere "rafforzato" nel caso di scelta dell'opzione ermeneutica più sfavorevole per il *defendant*<sup>80</sup> – nella dottrina statunitense il *focus* è posto su soluzioni che permettano di "cristallizzare" il risultato fornito dall'algoritmo e di raccogliere e conservare questi dati a tutela del diritto di difesa dell'imputato che potrà così accedervi in un momento successivo. Si evidenzia, tuttavia, l'ardua scelta sull'individuazione di "chi" dovrà espletare tale compito e di "come" verranno raccolte le informazioni, snodi che saranno cruciali per un'effettiva "comprensione" della decisione algoritmica da parte di chi dovrà impugnarla.

Il principio della coerenza della decisione punta poi ad assicurare l'identità dell'*output* nel corso del tempo: l'obiettivo è quello di garantire che il sistema che ripeta l'operazione in un momento cronologicamente successivo utilizzando i medesimi *inputs*, generi sempre lo stesso *output*, sebbene nel frattempo l'algoritmo si sia evoluto grazie al *machine learning*. Proprio la capacità di autoapprendimento dell'algoritmo, infatti, determina il rischio che uno stesso *dataset* utilizzato più volte dal *tool* per il calcolo del rischio generi una varietà di *risk scores* dissimili. La diversità delle valutazioni generate nel corso del tempo, pur se basate sempre sugli stessi *inputs*, dipenderebbe così unicamente dal "caso", ovvero dal momento nel quale il calcolo viene effettuato. Trasposto nel sistema penale italiano, un algoritmo di AI di calcolo della pericolosità o della recidiva si porrebbe in evidente contrasto anche con il principio di uguaglianza di cui all'art. 3 Cost.

Forse nell'ordinamento giuridico italiano non sono ancora maturi i tempi per dare ingresso ai *predictive algorithms* nella valutazione della pericolosità criminale di un imputato in funzione di supporto della decisione del giudice umano, ma l'esperienza statunitense sollecita riflessioni sui futuri scenari che potranno profilarsi all'orizzonte del legislatore, di fronte ai quali quest'ultimo non potrà farsi trovare impreparato. Solo con un

---

<sup>79</sup> J. Villasenor, V. Foggo, *Artificial Intelligence*, cit., pp. 339 ss., ai quali si rinvia per una disamina delle criticità degli *AI-based risk assessment tools* e delle possibili soluzioni volte a rendere tali sistemi compatibili con i principi costituzionali del *due process*.

<sup>80</sup> Sull'onere motivazionale della sentenza emessa sulla base dell'*output* prodotto dall'algoritmo e, nel caso di norme dalla dubbia portata, sulla motivazione "confutativa" con cui i giudici che optassero per l'opzione interpretativa più sfavorevole all'imputato dovrebbero esplicitare le ragioni per le quali risulta implausibile l'interpretazione a quest'ultimo più favorevole, si veda M. Caterini, *Il giudice penale robot*, cit., 15 ss. Sulla motivazione quale strumento per garantire la "controllabilità" della decisione algoritmica, v. anche V. Manes, *L'oracolo algoritmico e la giustizia penale*, in *DisCrimen*, 2020, pp. 20-22.

utilizzo dei sistemi algoritmici di *risk assessment* normativamente disciplinato e soprattutto “costituzionalmente orientato”, si potrà affermare che i diritti di libertà e di difesa celebrati dalla Costituzione non hanno ceduto dinanzi all’inesorabile progresso informatico.

## Bibliografia

### Saggi, articoli e monografie

M. Amisano, *Profetica-mente: neuroscienze, intelligenza artificiale e previsione*, in F. Basile,

R. Anspach, *How the First Step Act Got People Out of Prison and Back With Their Families*, dicembre 2019.

J.J. Avery, *An Uneasy Dance with Data: Racial Bias in Criminal Law*, in *Southern California Law Review Postscript*, vol.93, No. 28, 2020, pp. 28 ss.

S. Barocas, A.D. Selbst, *Big Data’s Disparate Impact*, in *California Law Review*, vol. 104, No. 3, 2016, pp. 671 ss.

F. Basile, *Intelligenza artificiale e diritto penale: qualche aggiornamento e qualche nuova riflessione*, in F. Basile, M. Caterini, S. Romano (a cura di), *Il sistema penale ai confini delle hard sciences. Percorsi epistemologici tra neuro-scienze e intelligenza artificiale*, Pacini Giuridica, 2021, pp. 11 ss.

F. Basile, *Intelligenza artificiale e diritto penale: quattro possibili percorsi di indagine*, in questa rivista, 29 settembre 2019, pp. 1 ss.

William D. Burrell, *Risk and Needs Assessment in Probation and Parole: The Persistent Gap Between Promise and Practice*, in *Handbook on Risk and Need Assessment: Theory and Practice*, Faye S. Taxman, ed., 2017.

M. Caterini, *Il giudice penale robot*, in *La legislazione penale*, 2020, pp. 1 ss.

M. Caterini, S. Romano (a cura di), *Il sistema penale ai confini delle hard sciences. Percorsi epistemologici tra neuro-scienze e intelligenza artificiale*, Pacini Giuridica, 2021, pp. 131 ss.

A.B. Cyphert, *Reprogramming Recidivism: The First Step Act and Algorithmic Prediction of Risk*, in *Seton Hall Law Review*, vol. 51, 2020, pp. 331 ss.

A. B. Cyphert, *Tinker-ing with Machine Learning: The Legality and Consequences of Online Surveillance of Students*, in *Nevada Law Journal*, vol. 20, No. 2, 2020, pp.457 ss.

J. Dressel, H. Farid, *The accuracy, fairness, and limits of predicting recidivism*, in *Science Advances*, 2018.

B.L. Garrett, J. Monahan, *Judging Risk*, in *California Law Review*, vol. 108, 2020, pp. 439 ss.

M. Gialuz, Quando la giustizia penale incontra l'intelligenza artificiale: luci e ombre dei risk assessment tools tra Stati Uniti ed Europa, in *Dir. pen. cont.*, 29 maggio 2019, pp. 1 ss.

A.M. Holsinger et al., *A Rejoinder to Dressel and Farid: New Study Finds Computer Algorithm is More Accurate than Humans at Predicting Arrest and as Good as a Group of 20 Lay Experts*, in *Federal Probation Journal*, vol. 82, No. 2, 2018, pp. 50 ss.

C.N. Jones, A broken PATTERN: A Look at the Flawed Risk and Needs Assessment Tool of the First Step Act, in *Howard Human & Civil Rights Law Review*, vol. 5, No. 2, 2021, pp. 185 ss.

D. Kehl, P. Guo, S. Kessler, Algorithms in the Criminal Justice System: Assessing the Use of Risk Assessment in Sentencing, in *Responsive Communities Initiative, Berkman Klein Center for Internet & Society, Harvard Law School*, 2017, pp. 1 ss.

B. Kutateladze et al., *Cumulative Disadvantage: Examining Racial and Ethnic Disparity in Prosecution and Sentencing*, in *Criminology: An Interdisciplinary Journal*, vol. 52, No.3, 2014, pp. 514 ss.

V. Manes, L'oracolo algoritmico e la giustizia penale, in *DisCrimen*, 2020, pp. 1 ss.

S.G. Mayson, Bias In, Bias Out, in *The Yale Law Journal*, vol. 128, No. 8, 2019, pp. 2218 ss.

T.A. Merkl, L. Arzy, *California's Referendum to Eliminate Cash Bail, Explained*, *Brennan Center for Justice*, 2 ottobre 2020.

J. Monahan, *A Jurisprudence of Risk Assessment: Forecasting Harm Among Prisoners, Predators, and Patients*, in *Virginia Law Review*, vol. 92, No.3, 2006, pp. 391 ss.

A.S. Niederman et al., The Institutional Life of Algorithmic Risk Assessment, in *Berkeley Technology Law Journal*, vol. 34, No. 3, 2019, pp. 705 ss.

C. O'Neil, *Weapons of Math Destruction. How Big Data Increases Inequality and threatens Democracy*, Penguin Books Ltd., New York, 2016.

S. Quattrocolo, Equo processo penale e sfide della società algoritmica, in *BioLaw Journal*, n. 1, 2019, pp. 135 ss.

A. Rizer, C. Watney, *Artificial Intelligence Can Make Our Jail System More Efficient, Equitable, and Just*, in *Texas Review of Law & Politics*, vol. 23, No. 1, 2019, pp. 181 ss.

A. Roth, *Machine Testimony*, in *Yale Law Review*, vol. 126, No.7, 2017, pp. 1972 ss.

A. Santosuosso, *Intelligenza artificiale e diritto*, Mondadori, 2020.

N. Scurich, *An Introduction to the Assessment of Violence Risk*, in *International Perspectives on Violence Risk Assessment*, 3, 10, J P. Singh, S. Bjørkly, & S. Fazel eds., 2016.

A. Slobogin, *Preventive Justice: A Paradigm in Need of Testing*, in *Behavioral Sciences & the Law*, Vol. 36, No. 4, 2018, pp. 391 ss.

T. Sourdin, *Judges, Technology and Artificial Intelligence. The Artificial Judge*, Elgar, 2021.

S.B. Starr, *Evidence-Based Sentencing and the Scientific Rationalization of Discrimination*, in *Stanford Law Review*, vol. 66, No. 4, pp. 803 ss.

M. Stevenson, *Assessing Risk Assessment in Action*, *Minnesota Law Review*, vol. 103, No. 58, 2018, pp. 303 ss.

C.D. Stimson, *The First Step Act's Risk and Needs Assessment Program: A Work in Progress*, in *Heritage Foundation Legal Memorandum, No.265, 2020*.

J. Villasenor, V. Foggo, *Artificial Intelligence, Due Process and Criminal Sentencing*, in *Michigan State Law Review*, vol. 2020, No. 2, 2020, pp. 295 ss.

R. Wexler, *Life, Liberty, and Trade Secrets: Intellectual Property in the Criminal Justice System*, in *Stanford Law Review*, vol. 70, No. 5, 2018, pp. 1343 ss.

J.S. Wormith, *Automated Offender Risk Assessment: The Next Generation or a Black Hole?*, in *American Society of Criminology*, vol. 16, No. 1, 2017, pp. 281 ss.

E. Yong, *A Popular Algorithm is No Better at Predicting Crimes than Random People*, in *The Atlantic*, 2018.

M. Yu, G. Du, *Why Are Chinese Courts Turning to AI?*, in *The Diplomat*, 2019.

### **Documenti istituzionali**

DOJ, *2020 Review and Revalidation of the First Step Act Risk Assessment Tool*, 2021.

DOJ, Office of the Attorney Gen., *The First Step Act of 2018: Risk and Needs Assessment System– Update*, 2020.

DOJ, *Department of Justice Announces Enhancements to the Risk Assessment System and Updates on First Step Act Implementation*, 15 gennaio 2020.

DOJ, *Office of the Attorney General, Memorandum for Director of Bureau Prisons*, 2020.

DOJ, Office of the Attorney Gen., *The First Step Act of 2018: Risk and Needs Assessment System*, 2019.

### **Altri documenti**



Brennan Center's Public Comment on the First Step Act's Risk and Needs Assessment Tool, 2019.

*Comment Letter to the Department of Justice on PATTERN First Step Act*, 2019.

*Oversight Hearing on "The Federal Bureau of Prisons and Implementation of The First Step Act"*, 2019.

*Stakeholder Statements Submitted to NIJ's September Listening Sessions: Comments on the Department of Justice's Report, The First Step Act of 2018: Risk and Needs Assessment System*, 2019.

H. Harris, J. Goss, A. Gumbs, *Pretrial risk assessment in California*, *Public Policy Institute of California*, 2019.

*Stakeholder Statements Submitted to NIJ's September Listening Sessions: Comments on the Department of Justice's Report, The First Step Act of 2018: Risk and Needs Assessment System*, 2019.

#### Fonti normative

*California Money Bail Reform Act (SB 10)*, 2018.

*H.R. 5682-First Step Act*, 2018

*First Step Act (Public Law 115-391)*, 2018.

#### Riferimenti giurisprudenziali

*In re Humphrey (S247278), Supreme Court of California (2021)*.

*People v Younglove* (2019).

*Humphrey (Kenneth) on Habeas Corpus (A152056), First Appellate District of San Francisco City* (2018).

*State v Loomis* (2016).

*Anthony Malenchik v. State of Indiana* (2010).

*Rhodes v. State* (2008).

*Riflessione*

# — La sentenza del Tribunale costituzionale polacco, il primato del diritto comunitario, il limite dei principi supremi

*The judgment of the Polish Constitutional Tribunal, the primacy of Community law, the limit of supreme principles*

di Maria Rosaria Donnarumma

---

**Abstract.** La sentenza del Tribunale costituzionale polacco del 7 ottobre 2021 rende quanto mai attuale la problematica dei rapporti tra diritto dell'Unione europea e diritto interno degli Stati membri.

Di qui l'interesse ad esaminare ancora una volta la giurisprudenza della Corte di giustizia, delineante i tratti essenziali dell'organizzazione europea (carattere sui generis, non riconducibile agli schemi classici del diritto internazionale, primato del diritto comunitario), nonché la giurisprudenza delle Corti supreme di alcuni Stati membri, enuncianti l'unico controlimite possibile: il rispetto dei principi supremi, "identitari" dell'ordinamento costituzionale dello Stato.

Un tale excursus evidenzia la gravità del caso polacco e la necessità per l'Unione europea di reagire alla deriva in atto in Polonia verso il diniego dei principi fondamentali dello Stato di diritto.

**Abstract.** The judgment of the Polish Constitutional Tribunal of 7 October 2021 makes the problem of the relationship between European Union law and the internal law of the Member States as topical as ever.

Hence the interest in examining once again the jurisprudence of the Court of Justice, outlining the essential features of the European organization (sui generis character, not attributable to the classical schemes of international law, primacy of Community law), as well as the jurisprudence of the Supreme Courts of some Member States, stating the only possible counter-limit: respect for the supreme "identity" principles of the constitutional order of the State.

*Such an excursus highlights the gravity of the Polish case and the need for the European Union to react to the drift underway in Poland towards the denial of the fundamental principles of the rule of law.*

SOMMARIO: 1. Introduzione. – 2. La giurisprudenza della Corte di giustizia dell'Unione europea. Il carattere *sui generis* e il primato del diritto comunitario. – 3. La giurisprudenza delle Corti supreme di alcuni Stati membri. Il limite dei principi supremi, "identitari". – 4. Considerazioni conclusive. La difficile soluzione del conflitto.

SUMMARY: 1. Introduction. – 2. The jurisprudence of the Court of Justice of the European Union. The *sui generis* character and the primacy of Community law. – 3. The jurisprudence of the Supreme Courts of some Member States. The limit of the supreme, "identity" principles. – 4. Concluding remarks. The difficult solution to the conflict.

## 1. Introduzione.

La sentenza del Tribunale costituzionale polacco del 7 ottobre 2021<sup>1</sup> merita attenzione, non solo perché espressione di un'involuzione dello spirito europeo, da anni serpeggiante in alcuni paesi membri, *in primis* Polonia e Ungheria, ma anche e soprattutto perché il propagarsi di una tale deriva potrebbe corrodere le fondamenta stesse dell'Unione europea e i due pilastri e condizioni *sine qua non* della sua esistenza: lo Stato di diritto e il primato della normativa comunitaria.

Il giudice polacco, inserendosi in una deriva politica e giuridica che dal 2015, con l'ascesa al potere del partito della destra conservatrice "Diritto e Giustizia" (PiS), segna la storia della Polonia, non ha esitato ad affermare il primato della costituzione interna sul diritto dell'Unione, diritto cui la Polonia si è vincolata con l'adesione, a decorrere dal 1° maggio 2004, all'Unione europea e con la ratifica del successivo trattato di Lisbona del 2007.

Non solo, ma il governo polacco si è anche appellato maldestramente alle giurisprudenze di altri Stati sul c.d. limite dei principi supremi.

Ci sembra quindi utile un *excursus* delle problematiche connesse all'esistenza stessa dell'Unione europea (Stato di diritto e primato della normativa comunitaria dagli effetti diretti), onde meglio inquadrare la gravità della posizione polacca e la conseguente necessità di una adeguata reazione dell'Unione.

---

<sup>1</sup> Pronunciata su ricorso del primo ministro polacco, al fine di accertare eventuali incompatibilità con la costituzione di alcune disposizioni del trattato sull'Unione europea.

## 2. La giurisprudenza della Corte di giustizia dell'Unione europea. Il carattere *sui generis* e il primato del diritto comunitario.

La giurisprudenza della Corte di giustizia europea è stata ed è, come abbiamo sottolineato in altro scritto<sup>2</sup>, un fattore trainante di primaria importanza nel processo di integrazione europea.

Nel delineare i tratti essenziali dell'organizzazione posta in essere dai trattati istitutivi, la Corte enuncia fin dall'inizio i profili principali: a) il carattere *sui generis* dell'organizzazione, non riconducibile agli schemi classici del diritto internazionale; b) il primato del diritto comunitario dagli effetti diretti sul diritto interno degli Stati membri, e il conseguente potere-dovere dei giudici nazionali di disapplicare la norma interna confliggente.

Nella sentenza *Van Gend en Loos* del 5 febbraio 1963<sup>3</sup> la Corte, chiamata a pronunciarsi in via pregiudiziale sull'articolo 12 del trattato CEE, e più in generale sul primato del diritto comunitario, primato e carattere pregiudiziale della questione contestati dai governi olandese e belga, non solo ribadisce la sua competenza a pronunciarsi, trattandosi dell'interpretazione di una norma del trattato e della sua incidenza sui diritti dei singoli, ma traccia un quadro dell'atipicità del fenomeno comunitario e delle sue implicazioni.

La CEE – afferma la Corte – «costituisce un ordinamento giuridico di nuovo genere nel campo del diritto internazionale, a favore del quale gli Stati hanno rinunciato, anche se in settori limitati, ai loro poteri sovrani, ordinamento che riconosce come soggetti non soltanto gli Stati membri ma anche i loro cittadini»<sup>4</sup>. Pertanto – continua la Corte – «il diritto comunitario, indipendentemente dalle norme emananti dagli Stati membri, nello stesso modo in cui impone ai singoli degli obblighi, attribuisce loro dei diritti soggettivi».

Quindi, con riferimento all'articolo 12, conclude che «secondo lo spirito, la struttura ed il tenore del Trattato, l'articolo 12 ha valore precettivo ed attribuisce ai singoli dei diritti soggettivi che i giudici nazionali sono tenuti a tutelare».

Nella famosa sentenza *Costa c. ENEL* del 15 luglio 1964<sup>5</sup> la Corte, interpellata sull'interpretazione di alcuni articoli del trattato CEE, di cui nel corso di un giudizio si presumeva la violazione a seguito della legge italiana del 6 dicembre 1962, n. 1643, istitutiva dell'ENEL, si sofferma ancora una volta sul carattere *sui generis* dell'ordinamento giuridico comunitario e ne ribadisce con forza il primato.

Testualmente: «...a differenza dei comuni trattati internazionali, il Trattato C.E.E. ha istituito un proprio ordinamento giuridico, integrato nell'ordinamento giuridico degli Stati

---

<sup>2</sup> Cfr. M.R. Donnarumma *Intégration européenne et sauvegarde de l'identité nationale dans la jurisprudence de la Cour de justice et des Cour constitutionnelles*, in *Revue française de droit constitutionnel*, 2010, n. 84, pp. 719 ss.

<sup>3</sup> Cfr. *Van Gend en Loos c. Amministrazione olandese delle imposte*, causa 26-62.

<sup>4</sup> Cfr. sent. cit., *In diritto*, II, sub B.

<sup>5</sup> Cfr. *Flaminio Costa c. Ente nazionale per l'energia elettrica*, causa 6/64.

membri all'atto dell'entrata in vigore del Trattato e che i giudici nazionali sono tenuti ad osservare»<sup>6</sup>.

Tale integrazione – prosegue la Corte – ha «per corollario l'impossibilità per gli Stati di far prevalere, contro un ordinamento giuridico da essi accettato a condizione di reciprocità, un provvedimento unilaterale ulteriore, il quale pertanto non potrà essere opponibile all'ordine comune».

E ancora: «... il diritto nato dal Trattato non potrebbe, in ragione appunto della sua specifica natura, trovare un limite in qualsiasi provvedimento interno senza perdere il proprio carattere comunitario e senza che ne risultasse scosso il fondamento giuridico della stessa Comunità. Il trasferimento, effettuato dagli Stati a favore dell'ordinamento giuridico comunitario, dei diritti e degli obblighi corrispondenti alle disposizioni del Trattato implica quindi una limitazione definitiva dei loro diritti sovrani».

Trattasi di una giurisprudenza consolidata, di cui citiamo ancora la sentenza *Simmenthal* del 9 marzo 1978<sup>7</sup>, in cui la Corte, con particolare riferimento ai giudici nazionali, afferma che «qualsiasi giudice nazionale, adito nell'ambito della sua competenza, ha l'obbligo di applicare integralmente il diritto comunitario e di tutelare i diritti che questo attribuisce ai singoli, disapplicando le disposizioni eventualmente contrastanti della legge interna, sia anteriore sia successiva alla norma comunitaria»<sup>8</sup>, «di propria iniziativa [...], senza doverne chiedere o attendere la previa rimozione in via legislativa o mediante qualsiasi altro procedimento costituzionale»<sup>9</sup>.

### **3. La giurisprudenza delle Corti supreme di alcuni Stati membri. Il limite dei principi supremi, "identitari".**

Il limite del rispetto dei principi supremi, altrimenti detti "identitari", invocato da alcune Corti costituzionali degli Stati membri dell'Unione europea, ove correttamente inteso, dovrebbe tradursi in una mera ipotesi di scuola, se è vero – come sanciscono il trattato di Maastricht ed i successivi trattati – che «l'Unione si fonda sui principi di libertà, democrazia, rispetto dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali, e dello Stato di diritto, principi che sono comuni agli Stati membri»<sup>10</sup>, e che «l'Unione rispetta l'identità nazionale dei suoi Stati membri»<sup>11</sup>.

Dal che emerge che solo una degenerazione nell'uno o nell'altro campo (europeo o interno) potrebbe portare ad un conflitto, con la conseguenza, quanto meno *de facto*, del dissolversi dell'Unione europea, ove questa rinnegasse le fondamenta e ragioni irrinunciabili della sua esistenza, o viceversa, del venir meno della legittima appartenenza all'Unione di uno Stato che rinnegasse le condizioni stesse della sua adesione.

---

<sup>6</sup> Cfr. sent. cit., *In diritto*, Sull'interpretazione dell'articolo 177.

<sup>7</sup> Cfr. *Amministrazione delle finanze dello Stato c. S.p.a. Simmenthal*, causa 106/77.

<sup>8</sup> Cfr. sent. cit., *In diritto*, punto 21.

<sup>9</sup> *Idem*, punto 24.

<sup>10</sup> Cfr. Trattato di Amsterdam, art. F, alinea 1.

<sup>11</sup> *Idem*, alinea 3.

Ciò premesso, passiamo all'esame della giurisprudenza delle Corti supreme di alcuni Stati membri nel percorso, talora travagliato, per il riconoscimento delle implicazioni della "clausola d'integrazione", bilanciata dal controlimito dei principi "identitari".

**Italia.** Il parlamento italiano ha individuato, fin dalla discussione della legge di autorizzazione alla ratifica del trattato istitutivo della CEECA<sup>12</sup>, la clausola d'integrazione nell'articolo 11 della costituzione, che consente, a determinate condizioni, «limitazioni di sovranità»<sup>13</sup>.

Gli sviluppi successivi non sono stati conseguenti, in quanto l'accettazione piena del fenomeno comunitario si è scontrata con una tesi radicata nella cultura internazionalistica italiana e fatta propria nei primi anni dal giudice costituzionale: la tesi del c.d. ordine di esecuzione e della "nazionalizzazione" delle norme del trattato attraverso il provvedimento interno di recezione (legge ordinaria), onde la rigida applicazione del criterio cronologico nel caso di un conflitto tra norma interna e norma del trattato.

Una tale tesi informa la sentenza della Corte costituzionale n. 14 del 24 febbraio 1964, *Costa c. ENEL*<sup>14</sup>. Il giudice, nel dichiarare non fondata, alla luce dell'articolo 11 della costituzione, la questione di legittimità della legge istitutiva dell'ENEL, afferma testualmente che un tale articolo «non attribuisce un particolare valore, nei confronti delle altre leggi, a quella esecutiva del trattato», per cui un'eventuale «ipotesi di conflitto [...] non può dar luogo a questioni di costituzionalità» e va risolta con l'applicazione del criterio cronologico. Dal che discende, sempre secondo la Corte, che «ai fini del decidere, non giova occuparsi del carattere della Comunità economica europea e delle conseguenze che derivano dalla legge di esecuzione del Trattato istitutivo di essa, né occorre indagare se con la legge denunciata siano stati violati gli obblighi assunti con il Trattato predetto. Con che resta anche assorbita la questione circa la rimessione degli atti alla Corte di Giustizia delle Comunità europee e circa la competenza a disporre tale rinvio»<sup>15</sup>.

Ben si comprende la reazione negativa che una tale decisione suscitò in ambito comunitario.

È solo nel 1973, con la sentenza n. 183 del 18 dicembre, che la Corte, chiamata a pronunciarsi sull'articolo 2 della legge ordinaria di ratifica del trattato istitutivo della CEE, ribalta il precedente indirizzo<sup>16</sup>, fornendo un'interpretazione corretta dell'articolo 11 della

---

<sup>12</sup> Legge 25 giugno 1952, n. 766.

<sup>13</sup> Art. 11: «L'Italia ripudia la guerra come strumento di offesa alla libertà degli altri popoli e come mezzo di risoluzione delle controversie internazionali; consente, in condizioni di parità con gli altri Stati, alle limitazioni di sovranità necessarie ad un ordinamento che assicuri la pace e la giustizia fra le Nazioni; promuove e favorisce le organizzazioni internazionali rivolte a tale scopo».

<sup>14</sup> Sullo stesso caso si pronuncerà, come abbiamo visto, la Corte di giustizia dell'Unione europea con la sentenza del 15 luglio 1964.

<sup>15</sup> Cfr. Corte cost., sent. n. 14/1964, *considerato in diritto*, punto 6. Circa la competenza a disporre il rinvio ricordiamo che la Corte costituzionale italiana solo molto più tardi, con la sentenza n. 102 del 15 aprile 2008, si è riconosciuta tra i destinatari della norma del trattato ed ha rimesso, per la prima volta, una questione interpretativa in via pregiudiziale alla Corte europea di giustizia.

<sup>16</sup> Un primo avvicinamento alla nuova tematica era però già avvenuto con la sentenza n. 98 del 1965, in cui la Corte aveva riconosciuto l'originalità dell'ordinamento comunitario e la previsione in esso di strumenti di garanzia idonei (cfr. *considerato in diritto*, punti 2 e 3).



costituzione e dell'atipicità del fenomeno comunitario, non riducibile entro gli schemi del diritto internazionale classico.

Con particolare riferimento all'articolo 189 del trattato CEE, che prevede l'applicazione diretta in tutti gli Stati membri dei regolamenti comunitari, la Corte afferma che la formula «limitazioni di sovranità», di cui all'articolo 11, «legittima la limitazione dei poteri dello Stato in ordine all'esercizio delle funzioni legislativa, esecutiva e giurisdizionale [...] necessarie per la istituzione di una Comunità tra gli Stati europei», cui «l'Italia e gli altri Stati promotori hanno conferito e riconosciuto determinati poteri sovrani». Tra questi il potere di emanare «atti aventi contenuto normativo generale al pari delle leggi statuali, forniti di efficacia obbligatoria in tutti i loro elementi, e direttamente applicabili in ciascuno degli Stati membri, cioè immediatamente vincolanti per gli Stati e i loro cittadini»<sup>17</sup>.

Inoltre – tiene ancora a sottolineare il giudice costituzionale – «l'ordinamento comunitario risulta caratterizzato da un complesso di garanzie statutarie, e da un proprio sistema di tutela giuridica»<sup>18</sup>, che rende «difficile configurare anche in astratto» l'ipotesi di disposizioni di un regolamento comunitario in contrasto con i principi fondamentali della costituzione italiana. Tuttavia, ove ciò dovesse avvenire, «sarebbe sempre assicurata la garanzia giurisdizionale di questa Corte sulla perdurante compatibilità del Trattato con i predetti principi fondamentali»<sup>19</sup>.

Tale importante approdo, dopo tuttavia una battuta di arresto sotto il profilo del diniego al giudice di direttamente disapplicare la norma interna confliggente, ove successiva, e l'obbligo in tal caso di sollevare la questione di legittimità costituzionale<sup>20</sup>, trova il suo completamento nella sentenza n. 170 del 5 giugno 1984. In essa la Corte non solo riconosce il potere-dovere del giudice di disapplicare la norma confliggente indipendentemente dalla successione cronologica, senza ricorso al giudice costituzionale<sup>21</sup>, ma riferendosi al limite dei principi supremi, avoca a sé il controllo non solo in caso di conflitto del diritto comunitario con tali principi, ma anche, viceversa, ove sia la legge statale a confliggere con il sistema o il nucleo essenziale dei principi del trattato<sup>22</sup>.

Infine, con un'altra importante sentenza, la n. 1146 del 15 dicembre 1988, la Corte costituzionale estende il limite invalicabile dei principi supremi anche alla revisione costituzionale, in quanto tali principi, «nel loro contenuto essenziale», appartengono all'«essenza dei valori supremi sui quali si fonda la costituzione italiana»<sup>23</sup>. Ove ciò avvenisse, un potere "costituito" (derivato), quale anche quello di revisione, avente la fonte di legittimazione nella costituzione, si trasformerebbe in potere costituente.

---

<sup>17</sup> Cfr. Corte cost., sent. n. 183/1973, *considerato in diritto*, punto 5.

<sup>18</sup> *Idem*, punto 8.

<sup>19</sup> *Idem*, punto 9.

<sup>20</sup> Cfr. Corte cost., sent. n. 232 del 22 ottobre 1975, *considerato in diritto*, punto 6. Secondo la Corte il potere di disapplicazione si tradurrebbe sostanzialmente in facoltà di censurare la legge, tesi non corretta e giustamente superata dalla successiva giurisprudenza, in quanto disapplicare da parte del giudice di merito non equivale a censurare una legge, ma semplicemente a dichiararne inoperante l'efficacia nella sola sfera confliggente e nel caso di specie.

<sup>21</sup> Cfr. Corte cost., sent. n. 170/1984, *considerato in diritto*, punto 5.

<sup>22</sup> *Idem*, punto 7.

<sup>23</sup> Cfr. Corte cost., sent. n. 1146/1988, *considerato in diritto*, punto 2.1.

Ci sia concessa una digressione. La teoria dei valori e l'introduzione di una tale dimensione del diritto nel costituzionalismo contemporaneo richiede – come abbiamo sottolineato in altro scritto<sup>24</sup> – una vigile attenzione sia da parte del legislatore che dell'interprete, onde evitare – come sintetizzò con espressione icastica Nicolai Hartmann<sup>25</sup> – la "tirannia dei valori", nonché il rischio di cadere in una vuota retorica.

**Francia.** Già la costituzione francese del 1946 enunciava nel preambolo, agli alinea 14 e 15, l'obbligo di conformarsi alle norme del diritto pubblico internazionale (al. 14) e il consenso, a condizione di reciprocità, alle limitazioni di sovranità necessarie all'organizzazione e alla difesa della pace (al. 15). La costituzione del 1958 sancisce all'articolo 55, a condizione di reciprocità, il primato sulle leggi dei trattati ratificati.

Partendo da tali premesse il Consiglio costituzionale, dopo un periodo di incertezza<sup>26</sup>, si pronuncia nella famosa decisione n. 74-54 del 15 gennaio 1975 in cui, nel delimitare la propria competenza, fissa la distinzione tra «*contrôle de constitutionnalité*» e «*contrôle de conventionnalité*» (conformità della norma interna, ivi compresa la legge, a un trattato internazionale), per quest'ultimo controllo essendo competente il giudice ordinario (amministrativo e giudiziario). Ciò sulla base della diversa natura dei due controlli, l'uno comportante decisioni aventi un carattere definitivo ai sensi dell'articolo 62 della costituzione, l'altro implicante la mera disapplicazione, nel caso concreto, della norma interna confliggente in virtù del primato del diritto internazionale.

A una tale decisione la Corte di cassazione si conformerà immediatamente con la sentenza del 24 maggio 1975<sup>27</sup>, appellandosi, nel caso di specie, anche alla «*spécificité*» dell'ordinamento comunitario, «*intégré à celui des États membres*». Il Consiglio di Stato, invece, legato nella sua giurisprudenza al criterio cronologico, vi si conformerà solo nel 1989 con la decisione del 20 ottobre nel caso *Nicolo*.

Consegue che in Francia, una volta espletate le procedure, ivi compresa, se del caso, l'adozione di una legge di revisione costituzionale, ed effettuati i controlli preventivi alla ratifica del trattato secondo quanto previsto da ben tre articoli della costituzione (artt. 53, 54 e 61, al. 2), si applica il principio "*pacta sunt servanda*", in altri termini la teoria del "*traité-écran*", ricalcata su quella della "*loi-écran*".

Nel 2004 però, con una serie di decisioni<sup>28</sup>, il Consiglio costituzionale introduce un'incrinatura nel sistema, in quanto non solo accetta di controllare la trasposizione esatta nel diritto interno delle direttive comunitarie, interferendo quindi nel controllo di «*conventionnalité*», ma enuncia un limite alla trasposizione e al primato del diritto comunitario derivato: l'incompatibilità con una «*disposition expresse contraire de la Constitution*», formula quanto mai ampia, e sostituita, nella decisione n. 2006-540 DC del

---

<sup>24</sup> Cfr. M.R. Donnarumma, *Il "limite dei principi supremi" e la teoria costituzionale dei valori*, in *Diritto e Società*, 2006, n. 2, pp. 199 ss., in particolare pp. 249 ss.

<sup>25</sup> Cfr. N. Hartmann, *Ethik*, Berlin und Leipzig, De Gruyter, 1926, pp. 524 ss.

<sup>26</sup> Il Consiglio di Stato, in una decisione del 1° marzo 1968, *Syndicat général des fabricants de semoules de France c. Administration de l'agriculture*, aveva fatto prevalere una norma interna posteriore, in conflitto con la normativa comunitaria, applicando il criterio cronologico.

<sup>27</sup> Arrêt de chambre mixte, *Administration des douanes c. Société «Cafés Jacques Vabre»*.

<sup>28</sup> Cfr. dec. n. 2004-496 DC, n. 497 DC, n. 498 DC e n. 499 DC.

27 luglio 2006, con quella dell'incompatibilità con una norma o principio «*inhérent à l'identité constitutionnelle de la France*», salvo che il costituente vi abbia consentito<sup>29</sup>.

Trattasi del c.d. limite dei principi supremi, intesi come valori fondanti, identitari di una società e del suo assetto costituzionale, il cui rispetto è espressamente garantito, come abbiamo visto, dai trattati istitutivi europei.

**Germania.** La Corte costituzionale federale tedesca, con la decisione del 9 giugno 1971<sup>30</sup>, individua la clausola d'integrazione europea nell'articolo 24, comma 1, della Legge fondamentale di Bonn, che autorizza lo Stato federale a trasferire, con legge, poteri sovrani a organizzazioni internazionali.

«Con la ratifica del Trattato CEE [...] – precisa la Corte – è sorto un ordinamento comunitario autonomo, che si sovrappone all'ordinamento interno e deve essere applicato dai giudici tedeschi». Dal che discende il riconoscimento di due principi cardine dell'organizzazione europea: il primato del suo diritto e il potere-dovere del giudice nazionale di disapplicare la norma interna confliggente. Su quest'ultimo profilo la Corte esclude che, in caso di conflittualità, ricorra un'ipotesi di sindacato di costituzionalità della legge ai sensi dell'articolo 100, comma 1, della costituzione. «La soluzione del conflitto – afferma la Corte – spetta ai tribunali competenti».

Una tale giurisprudenza conosce però una battuta di arresto con la decisione *Solange I* del 29 maggio 1974<sup>31</sup>, in cui la Corte, appellandosi ad alcune carenze, a suo avviso, dell'organizzazione comunitaria (il difetto di un catalogo dei diritti fondamentali equivalente a quello garantito dalla Legge fondamentale, la non elezione, all'epoca, del parlamento europeo a suffragio diretto, la inadeguatezza della Corte di giustizia a garantire da sola la certezza del diritto), riavoca a sé la competenza a giudicare dell'applicabilità del diritto comunitario derivato in pretesa lesione di diritti fondamentali riconosciuti e garantiti dalla Legge di Bonn.

Trattavasi, comunque, come ebbe a precisare il giudice Hirsch, di una deroga transitoria alla precedente giurisprudenza.

Infatti, una volta mutata la situazione in ambito comunitario per ampiezza e livello di protezione dei diritti fondamentali<sup>32</sup>, la Corte, con la decisione *Solange II* del 22 ottobre 1986<sup>33</sup>, riprende le linee-guida fissate nella sentenza del 1971 e declina la propria competenza nel caso di specie. Essa enuncia altresì, rifacendosi peraltro alla

---

<sup>29</sup> Si fa riferimento all'ipotesi di una previa revisione costituzionale. Il che differenzia la posizione francese da quella italiana, che applica il limite anche alla revisione costituzionale, in quanto trattasi anche in tal caso di un potere "costituito".

<sup>30</sup> Cfr. BVerfGE 31, 145.

<sup>31</sup> Cfr. BVerfGE 37, 271.

<sup>32</sup> Il giudice tedesco cita tra i progressi: a) il salto di qualità, dopo un periodo iniziale di *self-restraint*, compiuto dalla giurisprudenza della Corte di giustizia, soprattutto a partire dal caso *Nold* (1974), per ampiezza di riconoscimento e livello di protezione dei diritti fondamentali; b) l'elezione del parlamento europeo a suffragio universale diretto dal 1978; c) l'adozione di importanti Dichiarazioni, quale quella del 5 aprile 1977 sui diritti fondamentali e quella del 7-8 aprile 1978 sulla democrazia.

<sup>33</sup> Cfr. BVerfGE 73, 339.

giurisprudenza costituzionale italiana, il limite invalicabile del rispetto dei principi supremi, "identitari" dell'ordinamento costituzionale.

La giurisprudenza successiva segue questo indirizzo, anche se la Corte costituzionale federale, chiamata a pronunciarsi su pretesi conflitti tra diritto interno e diritto comunitario, nel declinare la propria competenza sulla base di una sorta di presunzione *iuris tantum* di rispetto del limite dei principi supremi, insiste nel sottolineare la fonte pattizia dell'Unione europea (*Staatenverbund*) e l'assenza di automatismo per future evoluzioni in senso federale, nonché richiama il ruolo determinante del *Bundestag* e degli altri parlamenti nazionali che, autorizzando la ratifica dei trattati, assumono, davanti ai rispettivi cittadini, la responsabilità politica e giuridica del processo di integrazione europea.

Una brusca virata in tale indirizzo si è però avuta con la sentenza del 5 maggio 2020, con cui la Corte tedesca, pur avendo chiesto ed ottenuto, relativamente a un procedimento dinanzi ad essa pendente, la pronuncia pregiudiziale della Corte di giustizia europea, si è arrogata il diritto di disconoscerla in quanto a suo avviso *ultra vires*<sup>34</sup>.

Una tale decisione, vertente sulla politica monetaria della Banca centrale europea, costituisce un pericoloso precedente; non solo, ma nel rinnegare uno dei pilastri dell'organizzazione europea (la competenza esclusiva della Corte di giustizia ad interpretare in ultima istanza la normativa comunitaria e giudicare della validità degli atti delle istituzioni), si pone sullo stesso piano della sentenza del giudice costituzionale polacco, anche se per quest'ultima è in giuoco un profilo ben più grave: il controllo dei giudici da parte dell'esecutivo e l'indipendenza del potere giudiziario.

#### **4. Considerazioni conclusive. La difficile soluzione del conflitto.**

Il caso polacco è estremamente grave perché il Tribunale costituzionale, nell'affermare l'incompatibilità con la costituzione dell'articolo 19, par. 1, comma 2 TUE, che prevede l'obbligo degli Stati di «assicurare una tutela giurisdizionale effettiva nei settori disciplinati dal diritto dell'Unione», disposizione considerata da sola o in combinato disposto con l'articolo 2, enunciante i valori su cui si fonda l'Unione, sostiene la prevalenza incondizionata della costituzione polacca. In altri termini, non solo rinnega il primato del diritto comunitario, ma gli stessi valori fondanti di uno Stato di diritto<sup>35</sup>, cui è subordinata la legittima appartenenza all'Unione europea.

Ciò ha indotto alcuni commentatori a parlare di *Polexit* sul modello di quanto avvenuto nel Regno Unito. Ma una tale interpretazione non considera che l'iniziativa difficilmente partirà dalla Polonia, stante i precedenti storici e l'ostilità della maggioranza della popolazione ad un recesso dall'Unione.

---

<sup>34</sup> Cfr. M.R. Donnarumma, *La sentenza della Corte costituzionale federale tedesca del 5 maggio 2020. Una sfida inaccettabile all'Unione europea e al principio di certezza del diritto*, in *Astrid Rassegna*, 2020, n. 10.

<sup>35</sup> Apprendiamo, al termine della stesura del presente saggio, che il Tribunale costituzionale, con una decisione del 24 novembre 2021, ha affermato che l'articolo 6 (diritto a un processo equo) della Convenzione europea dei diritti dell'uomo è incompatibile con la costituzione polacca.

Né l'espulsione di uno Stato membro è contemplata dal trattato sull'Unione, che prevede, all'articolo 7, la sola sospensione, decisa a maggioranza qualificata, di alcuni diritti, ivi compresi i diritti di voto del rappresentante del governo dello Stato in seno al Consiglio europeo (par. 3), ma alla condizione che il Consiglio constati previamente, all'unanimità, l'esistenza di una violazione grave e persistente da parte dello Stato membro dei valori di cui all'articolo 2 del trattato (par. 2). Il che non è ipotizzabile nel caso in esame, stante l'opposizione sicura dell'Ungheria, altro paese in conflitto con l'Unione europea per la violazione dei principi dello Stato di diritto.

Tentando di fare una sintesi del degrado dello Stato di diritto in Polonia e dei difficili rapporti con l'Unione europea, è il caso di ricordare le leggi ordinarie adottate dal 2015 e finalizzate ad un controllo sempre più stringente dell'esecutivo sul potere giudiziario<sup>36</sup>. Al che la Commissione europea ha reagito con numerose raccomandazioni, sollecitanti il ripristino dello Stato di diritto, nonché con l'attivazione, il 20 dicembre 2017, della procedura di cui all'articolo 7, par. 1, del trattato, diretta ad accertare «un evidente rischio di violazione grave [...] dei valori di cui all'articolo 2».

Si aggiungano le numerose sentenze della Corte di giustizia su ricorso pregiudiziale dei giudici polacchi, di cui l'ultima pronunciata dalla Grande Sezione il 16 novembre 2021<sup>37</sup>, su molteplici rinvii del tribunale regionale di Varsavia<sup>38</sup>. In essa la Corte ribadisce il principio fondamentale dell'indipendenza del potere giudiziario, condizione imprescindibile per garantire l'imparzialità dei giudici e una tutela giurisdizionale effettiva (art. 19, par. 1, comma 2, del trattato), nonché assicurare la presunzione d'innocenza nei procedimenti penali, per poi concludere che tali principi fondamentali non risultano rispettati nel caso di specie<sup>39</sup>.

Di fronte alla scarsa o inesistente reazione del governo polacco a tali strumenti, l'Unione europea si è appellata a strumenti di pressione finanziaria. Con l'ordinanza del 27 ottobre 2021 il vice-presidente della Corte di giustizia ha imposto alla Polonia la penalità del pagamento giornaliero di un milione di euro, a decorrere dalla notifica dell'ordinanza

---

<sup>36</sup> Tra esse citiamo le leggi concernenti il Tribunale costituzionale del 24 giugno 2015, del 19 novembre 2015, del 22 luglio 2016, del 1°, 2 e 15 dicembre 2016, nonché, da ultimo, la legge del 14 febbraio 2020 che modifica precedenti leggi sull'organizzazione giudiziaria.

<sup>37</sup> Nello stesso giorno la Corte di giustizia (Grande Camera, 16 novembre 2021, causa C-821/2019, Commissione c. Ungheria) ribadiva l'incompatibilità con il diritto europeo della legge ungherese adottata nel 2018, c.d. "legge anti-Soros", in particolare sotto due profili: l'introduzione del reato di facilitazione dell'immigrazione clandestina (art. 353 c.p.) e la previsione di una causa di irricevibilità delle richieste di asilo, non contemplata dalla direttiva europea 2013/32.

<sup>38</sup> Cfr. Corte di giustizia UE, 16 novembre 2021, cause riunite da C-748/19 a C-754/19, aventi ad oggetto sette domande di pronuncia pregiudiziale proposte dal tribunale regionale di Varsavia

<sup>39</sup> Testualmente: «L'articolo 19, paragrafo 1, secondo comma, TUE, letto alla luce dell'articolo 2 TUE, nonché l'articolo 6, paragrafi 1 e 2, della direttiva (UE) 2016/343 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 9 marzo 2016, sul rafforzamento di alcuni aspetti della presunzione di innocenza e del diritto di presenziare al processo nei procedimenti penali, devono essere interpretati nel senso che essi ostano a disposizioni nazionali in forza delle quali il Ministro della Giustizia di uno Stato membro può, sulla base di criteri che non sono resi pubblici, da un lato, distaccare un giudice presso un organo giurisdizionale penale di grado superiore per un periodo di tempo determinato o indeterminato e, dall'altro, in qualsiasi momento e con decisione non motivata, revocare tale distacco, indipendentemente dalla durata determinata o indeterminata di quest'ultimo».

fino al giorno dell'adempimento di una precedente ordinanza del 14 luglio 2021<sup>40</sup> o, comunque, fino alla pronuncia della Corte nella causa C-240/21. Inoltre il Parlamento europeo ha adottato, il 21 ottobre 2021, una risoluzione<sup>41</sup> in cui «invita la Commissione e il Consiglio a intraprendere azioni urgenti e coordinate»<sup>42</sup>, tra l'altro «astenendosi dall'approvare il progetto di piano per la ripresa e la resilienza della Polonia fino a quando il governo polacco non avrà attuato pienamente e correttamente le sentenze della CGUE e dei tribunali internazionali».

La crisi in corso al confine tra Polonia e Bielorussia non solo aggrava la situazione, ma deve insegnare alla stessa Unione europea che, ove intenda porsi quale credibile baluardo e garante dei principi dello Stato di diritto, essa deve essere esemplare anche in tema di asilo e di rispetto dei diritti umani nei confronti dei migranti, prevedendo – come abbiamo sottolineato in altro scritto<sup>43</sup> – canali legali di immigrazione, nonché un meccanismo di automatico ricollocamento sulla base di quote fisse per ogni Stato membro, in uno spirito di condivisione e solidarietà.

---

<sup>40</sup> Ordinanza con cui la vice-presidente della Corte di giustizia aveva ingiunto alla Polonia di sospendere immediatamente, fino alla pronuncia della Corte nella causa C-240/21, alcune disposizioni concernenti l'ordinamento giudiziario.

<sup>41</sup> Cfr. Risoluzione del Parlamento europeo del 21 ottobre 2021 sulla crisi dello Stato di diritto in Polonia e il primato del diritto dell'UE (2021/2935 (RSP)).

<sup>42</sup> Cfr. Risoluzione cit., punto 12.

<sup>43</sup> Cfr. M.R. Donnarumma, *I decreti sicurezza, l'immobilismo del parlamento, la supplenza del giudice*, in *questa rivista*, 14 ottobre 2020.



*Riflessione*

# — Il processo di Franz Kafka: a ciascuno il suo

*The trial by Franz Kafka: to each his own**di Francesco Provinciali*

**Abstract.** «Qualcuno doveva aver calunniato Josef K., perché senza che avesse fatto niente di male, una mattina fu arrestato». Nell'incipit de "Il processo", il romanzo che più di ogni altro suo scritto ha reso celebre Franz Kafka, si descrive l'esordio di una vicenda grottesca, angosciante e paradossale vissuta dal giovane impiegato di banca Josef K.: egli riceve un ordine di arresto e la comunicazione di un processo che lo attende, senza che gli venga contestato un addebito, senza che alcuno gli spieghi il motivo dell'accusa che pende su di lui.

Lo stesso tribunale dove si reca per avere spiegazioni è un luogo cupo e misterioso, pieno di dedali, scale, stanze, stambugi e sottotetti dove Josef incontra personaggi surreali, ambigui, autoritari che si dimostrano al corrente del procedimento che lo riguarda senza tuttavia esplicitargliene il motivo. Dopo un anno esatto di tentativi volti a capire che cosa stia succedendo, due personaggi simili a quelli che gli avevano comunicato l'arresto e il processo pendente, lo prelevano da casa e lo giustiziano con un fendente al cuore. Josef muore "come un cane": sono queste le parole che pronuncia all'atto dell'esecuzione, senza un processo e senza una sentenza. Il romanzo è l'allegoria dell'angoscia esistenziale, la metafora della soccombenza dei deboli e degli innocenti per mano di una giustizia che è braccio armato del potere. Ma è anche la metafora dell'indifferenza umana e delle paure della vita.

**Abstract.** «Someone must have slandered Josef K., because without doing anything wrong, he was arrested one morning». Debut of a grotesque, distressing and paradoxical story experienced by the young bank employee Josef K. reason for the accusation that hangs on him.

The same court where he goes to have explanations is a dark and mysterious place, full of mazes, stairs, rooms, ibexes and attics where Josef meets surreal, ambiguous, authoritarian characters who prove to be aware of the procedure that concerns him without, however, making explicit the reason.

After exactly one year of attempts to understand what is happening, two characters similar to those who had communicated his arrest and the pending trial, take him from home and execute him with

*a blow to the heart. Josef dies "like a dog", these are the words he pronounces upon execution, without a trial and without a sentence. The novel is an allegory of existential anguish, the metaphor of the succession of the weak and the innocent at the hands of a justice armed arm of power. But also is the metaphor of human indifference and the fears of life.*

«Qualcuno doveva aver calunniato Josef K., perché senza che avesse fatto niente di male, una mattina fu arrestato»<sup>1</sup>.

Franz Kafka – nato a Praga nel 1883 e morto di tubercolosi nella stessa città nel 1924 – scrisse *Il processo* tra il 1914 e il 1915 e, anche se l'opera rimase incompiuta, la prima edizione fu pubblicata postuma nel 1925, a cura del suo amico ed esecutore testamentario Max Brod, uno scrittore boemo che aveva ricevuto in consegna il manoscritto nel 1920 e salvò l'intero archivio delle opere incompiute di Kafka che invece aveva manifestato il desiderio che fossero bruciate alla sua morte<sup>2</sup>.

Come scrisse Bruno Schulz nella prefazione dell'edizione del 1936: «Il romanzo, che Max Brod ricevette nel 1920 dall'autore sotto forma di manoscritto, è incompiuto. Alcuni capitoli frammentari, che avrebbero dovuto trovare la loro collocazione prima del capitolo conclusivo, vennero da lui separati dal romanzo, basandosi su quanto dichiarato da Kafka, e cioè che questo processo in idea è a dire il vero incompiuto e che le sue ulteriori peripezie non avrebbero apportato più nulla di essenziale al senso fondamentale della questione». La prefazione di Schulz viene riportata dall'edizione Feltrinelli come introduzione<sup>3</sup>.

Fu grazie a questo provvido salvataggio dei suoi scritti da parte dell'amico Brod che Kafka, «sconosciuto in vita divenne famoso subito dopo la sua morte»<sup>4</sup>. Lasciandoci in eredità, anche contro la sua stessa volontà, uno dei capolavori assoluti della letteratura mondiale del '900, un romanzo distopico che costituisce l'allegoria dell'angoscia esistenziale (in questo Kafka stesso riconosceva in Kleist e Dostoevskij «una parentela di consanguineità»<sup>5</sup> mentre Thomas Mann vi leggeva una ispirazione metafisica e la ricerca di Dio)<sup>6</sup>.

Tanto che l'espressione "situazione kafkiana" è entrata nell'uso comune per riferirsi a condizioni esistenziali assurde, paradossali, razionalmente inspiegabili, angoscianti appunto.

Anche la persona più metodica, ordinata, abitudinaria, priva di eccessi – e l'impiegato di banca Joseph K. non era dissimile da questa sommaria descrizione –

---

<sup>1</sup> F. Kafka, *Il processo*, a cura di G. Zampa, ediz. Adelphi, 2020, p. 1.

<sup>2</sup> D. Abbiati, *L'archivio di Max Brod ora torna in Israele*, in *il giornale.it*, 23 maggio 2019.

<sup>3</sup> F. Kafka, *Il processo*, trad. a cura di A. Raja, Feltrinelli editore, 1995.

<sup>4</sup> S. Casella, *Il doppio inferno di Franz Kafka*, in *Il Blog di Samantha Casella*, 1 luglio 2019.

<sup>5</sup> Cfr. M. Nervi, *Parenti di sangue. Intertestualità del tragico in Kleist e Kafka*, *Between*, vol. VII, n. 14, 2017.

<sup>6</sup> Cfr. R. Gray, *Franz Kafka*, Cambridge University Press, 1973; cfr. anche G.A. Panichas, *Kafka's Afflicted Vision: A Literary-Theological Critique*, in *Humanitas*, vol. 17, 1-2, Bowie, Maryland, National Humanities Institute, 2004.

improvvisamente una mattina (il giorno del suo 30° compleanno) può ricevere la visita di personaggi sconosciuti che gli comunicano un ordine di arresto, pur consentendogli di continuare da casa l'attesa del processo e di recarsi al lavoro: una soluzione narrativa sui generis che ricorda la condizione degli arresti domiciliari, ma non c'è una notifica formale, un capo di imputazione, tutto resta sospeso in una delirante e continua attesa di un motivo, di una esplicitazione degli addebiti, soprattutto di quale sia il reato di cui viene accusato. Quella sera stessa, al ritorno dal lavoro parla di quanto accaduto con la sua affittuaria, la signora Grubach. La padrona di casa lo rassicura circa l'arresto: «Lei non deve prendersela troppo a cuore. Che cosa non capita nel mondo!»<sup>7</sup>.

La descrizione del tribunale ove Josef si reca come da convocazione, la miriade infinita di stanze, aule, porte, scale, sottotetti comunicanti che si estendono a dismisura fin oltre la pianta del palazzo e di personaggi (figure torbide, inquietanti, ammiccanti, elusive, formali, severe, untuose, grottesche), che si incardinano alla perfezione in questo contesto ambientale, istituzionale e simbolico dove Josef K. pur chiedendola con insistenza non riesce ad avere una spiegazione al suo arresto, una motivazione al suo preannunciato processo, tratteggia un sistema giudiziario sordo e ottuso, in cui la burocrazia è tanto impietosa quanto cieca, pervicace e imprevedibile. Durante la prima udienza, molto affollata, il giovane K. tenta di difendersi spiegando l'illogicità manifesta della situazione: si trova lì, davanti a giudici e ad un folto pubblico senza conoscere i motivi della sua imputazione.

La platea gli è ostile ed ogni sua argomentazione viene confutata o respinta ma senza spiegazione alcuna. L'ambiente è decisamente opprimente, come potrebbe esserlo ogni sede giudiziaria, ma l'intrico di dedali, scale, solai, sottotetti, aule, uffici e la presenza di altri numerosi imputati, tutti in attesa del "loro processo", rende il contesto incomprensibile, non esiste un nesso tra atto di costituzione di K. e accusa, mai chiarita, tutto rende quel luogo assurdo e soffocante, tanto che uno di quei giorni Josef si sente male e viene portato fuori da quegli stambugi, nelle scale.

Sono altresì presenti figure e azioni che nulla hanno a che vedere con il decoro di aule giudiziarie e che Josef incontra: una donna che fa il bucato e dice a K. che è atteso in udienza, un uomo e una donna appartati in atti sessuali (lei è la moglie compiacente di un usciere), un pittore ritrattista per il tribunale che gli anticipa tre esiti possibili del processo. Sono dunque evidenti in modo stridente ed ambiguo i temi dell'incomunicabilità, del turbamento e della tentazione sessuale in una promiscuità fuori luogo e forse lasciva, della solitudine, dell'inquietudine e dei sensi di inadeguatezza e di colpa dell'uomo di fronte al mistero della vita, della sua impotenza a trovare la risposta al problema della precarietà esistenziale, che manda in frantumi ogni tentativo di darle un ordine emotivamente rassicurante.

La percezione indistinta di un implicito che resta inafferrabile ma di cui alcuni – oltre ai burocrati, ai funzionari e ai giudici – tra i presenti e i conoscenti di Josef sembra essere a conoscenza disarma ogni sforzo di comprensione razionale; ciò rende angosciante l'attesa e aumenta la sensazione di inquietudine in K.

---

<sup>7</sup> F. Kafka, *Il processo*, a cura di G. Zampa, cit., p. 329.

Nessuno, tuttavia è in grado di procurargli una razionale, intellegibile spiegazione, un nesso di causalità, nemmeno l'avvocato Huld presentatogli da suo zio Karl: Josef non ricava da lui uno straccio di linea difensiva, tutti esprimono la complessità e la gravità del reato senza tuttavia esplicitarglielo. Anzi proprio l'avvocato difensore, malaticcio e accudito da una giovane donna, Leni, che ciruisce Josef, gli raccomanda prudenza e gli rivela in modo inquietante che in un angolo buio della stanza sta accovacciato il capo cancelliere del tribunale che si occupa del suo processo, ma non accenna ad una linea difensiva tanto che Josef gli revoca il mandato pensando di redigere una personale memoria difensiva. Nemmeno il commerciante Block che Josef trova a casa del legale, a cui fa da servo, riesce a dargli una mano, presentandogli una situazione complicata a motivo di sordide congreghe che agiscono nel palazzo giudiziario in danno degli imputati.

«L'unica, concreta possibilità di salvezza gli viene indicata da Leni, la cameriera del suo avvocato: "La smetta di essere così poco arrendevole – gli dice – .... Faccia la confessione alla prima occasione. Solo allora c'è la possibilità di sgattaiolare, solo allora»<sup>8</sup>.

Un giorno Josef entra in una chiesa vuota e intravede un prete sul pulpito apparentemente intento a preparare una funzione religiosa: il prete lo chiama ad alta voce e lo ammonisce per il suo comportamento con le donne, dimostrando di conoscere la sua condizione di imputato: egli è infatti anche il cappellano del tribunale. È dunque intuibile un nesso tra la colpa presunta di K. le donne e la sua vita sessuale, un tema sottotraccia che ritorna ciclicamente a complicare una vicenda senza capo né coda.

Ciò non significa che il reato di cui K. deve rispondere sia attribuibile ad una condotta sessuale riprovevole, né tanto meno a disturbi comportamentali derivanti dall'inconscio.

Né dal prete né dalla moltitudine dei personaggi che vivono nel tribunale come se fosse una loro dimora riesce ad avere alcuna spiegazione. Tutto è astratto, inestricabile, recondito, nascosto, quasi tipizzato in una immaginifica "rappresentazione universale" che lo riguarda ma senza motivo apparente o sostanziale che sia.

«Lo sconsolato spirito tragico di Josef K. si alzerà anch'esso a questo livello universale quando osserverà che seguendo l'esegesi del prete la menzogna viene considerata l'ordinamento del mondo. Ritengo che Kafka fosse sensibile a questa alternativa ordine/disordine ancor più che alla tematica della giustizia, che invece è quella che ha maggiormente attratto l'attenzione degli interpreti. Josef K. è un uomo metodico: nei suoi cassetti tutto si trova «in perfetto ordine», la sua vita è scandita – persino nei suoi risvolti sessuali – da una regolarità che sembra non modificabile. Tutte le mattine alla stessa ora la cuoca gli porta a letto la colazione: finché, una mattina, questo non succede»<sup>9</sup>. «Ciò che è avvenuto a me [...] è solo un caso singolo e quindi in sé di poca importanza, e non lo prendo molto sul serio. Esso è però il segno di come si procede nei confronti di molte persone. È per questi che io sono qui, non per me ... Il tribunale non vuole niente da te. Ti prende quando vieni e ti lascia andare quando te ne vai»<sup>10</sup>. «La vera domanda è: da chi vengo accusato? Quale autorità

---

<sup>8</sup> R. Cataldi, *Lo stupore di Josef: un uomo nel labirinto della giustizia*, in *studiocataldi.it*, 29 dicembre 2016.

<sup>9</sup> Cfr. M. Nervi, *Parenti di sangue*, cit., pp. 21-22.

<sup>10</sup> *Idem*, pp. 17-18.

gestisce il procedimento? E voi, siete impiegati? Nessuno indossa una uniforme, a meno che non si voglia definire tale il suo vestito ... ma direi che sembra piuttosto un abito da viaggio. Su tali questioni io esigo chiarezza, e sono convinto che dopo questo chiarimento potremo congedarci nella massima cordialità»<sup>11</sup>.

Si veda anche dello stesso critico letterario<sup>12</sup>. L'assurdità della vicenda, dietro cui si può leggere la visione del mondo di Kafka e la sua vicinanza a certi aspetti dell'esistenzialismo – in un saggio Walter Sokel coglie in Kafka i prodromi di questa filosofia di pensiero, espressi soprattutto nei sentimenti di angoscia e disperazione e nell'assurdità della vicenda che riguarda Josef K<sup>13</sup>. – si traduce nella descrizione degli spazi del romanzo: prevalgono infatti i luoghi chiusi e asfittici, come il tribunale, in cui K. si perde più volte e da cui può uscire solo con l'aiuto di altri personaggi<sup>14</sup>.

Analoghe interpretazioni, con spiegazioni o rappresentazioni simboliche le troviamo nella visione di considerevoli autori della letteratura del '900 come André Gide e Jean Louis Barrault<sup>15</sup>. Ogni suo tentativo di venire a capo della vicenda giudiziaria che lo riguarda non sortisce risultato: egli si è trovato evidentemente di fronte a forze sovrastanti, in sostanza a difendersi da una "giustizia costituita" – pur nella continua allegoria di situazioni, contesti e personaggi che ne rappresentato il lato più oscuro, impenetrabile, autoritario persino irridente – e perciò stesso fondamentalmente, assurdamente "ingiusta".

È interessante osservare che il critico James Hawes sostiene che molte delle descrizioni di Kafka circa i procedimenti giudiziari presenti ne *Il processo* che sono evidentemente assurdi, sconcertanti e da incubo, si fondano sulle cognizioni giudiziarie dell'avvocato Franz Kafka (benché lavorasse nel settore delle assicurazioni) circa le descrizioni accurate e informate dei procedimenti penali tedeschi e austriaci del tempo, che erano inquisitori piuttosto che accusatori<sup>16</sup>.

In una pubblicazione di inizio del XXI secolo, che utilizza gli scritti di Kafka come suo punto di partenza, Pothik Ghosh afferma che con Kafka la legge «non ha alcun significato al di fuori del fatto di essere una pura forza di dominazione e determinazione»<sup>17</sup>.

La narrazione, pur se riferita ad una singola persona – «l'imputato senza capo di imputazione» Josef K. – assume un valore simbolico che trascende la pur grottesca parentesi di un anno che va dalla comunicazione dell'arresto (ripetiamo priva di un atto di notifica formale e individuazione di un ipotetico reato) alla esecuzione sommaria della pena di morte, senza che sia stata emessa una sentenza o che il Signor K. abbia mai

---

<sup>11</sup> *Idem*, p. 25.

<sup>12</sup> M. Nervi, «*Il processo*» di Kafka. *Un'altra idea di letteratura*, Carocci, 2019.

<sup>13</sup> Cfr. W.H. Sokel, *The Myth of Power and the Self: Essays on Franz Kafka*, Wayne State University Press, 2001, pp. 102 ss.

<sup>14</sup> P. Levi, *Nota del traduttore*, in F. Kafka, *Il processo*, Einaudi, 1983.

<sup>15</sup> Cfr. A. Gide, J.-L. Barrault *Il processo di Franz Kafka*, Einaudi, 1997, p. 99.

<sup>16</sup> Cfr. J. Hawes, *Why You Should Read Kafka Before You Waste Your Life*, St. Martin's Press, 2008.

<sup>17</sup> Cfr. P. Ghosh, *A Note on Kafka and the Question of Revolutionary Subjectivity*, in *Radicalnotes.com*, 13 marzo 2009; cfr. anche T. Ziolkowski, *The Mirror of Justice: Literary Reflections of Legal Crisis*, Princeton University Press, 2003, p. 224.

potuto ascoltare dal suo giudice il reato che gli veniva addebitato né essere a sua volta ascoltato per poter difendersi.

*Il processo* racconta l'epilogo esistenziale di un uomo che era stato chiamato ad un processo che non si è mai celebrato. Ma l'allegoria dell'angoscia esistenziale vissuta dal Signor K. diventa metafora che si estende all'intera umanità assumendo la condizione di soccombenza come sconfitta di fronte alla rappresentazione simbolica della giustizia quale braccio armato del potere usando la burocrazia come peso asfissiante e insopportabile, refrattario, ottuso che vince ogni tentativo di resistenza.

La coreografia della narrazione descrive una condizione di inaccessibilità: Josef K. non riesce a capire e non riesce a spiegare, in quanto ogni possibile relazione volta alla umana comprensione è espunta a priori sul piano razionale ed emotivo. Lo abbiamo scritto: solitudine e angoscia sono il risultato dello strapotere della burocrazia impenetrabile. Uno schema che si ripete nella storia e ritroviamo ai nostri giorni intatto poiché può riguardare ciascuno di noi, partendo dal senso di inadeguatezza o di colpa che ci pervade nel momento in cui siamo presi dal dubbio di aver commesso qualche errore (a volte sottovalutandolo, altre sovrastimandolo fino all'incubo, al panico che ci fa vedere una realtà stravolta dalla nostra immaginazione) fino ad arrivare alla presunzione di colpevolezza sulla base di sospetti, maldicenze, calunnie, pregiudizi.

Per questo *Il processo* kafkiano è un'opera che trascende un vincolante inquadramento spazio-temporale in quanto nella contrapposizione tra menzogna e verità, ignavia ed empatia, violenza del potere e presunta inattendibilità del singolo la possiamo rivivere e riscrivere in mille modi, all'infinito.

Ciascuno in fondo ha un processo che lo attende: *l'unicuique suum* in questo caso è la rielaborazione del *suum cuique tribuere* ma non in senso distributivo bensì punitivo e di sofferenza.

Tanti sono i processi che aspettano gli uomini quante sono le coscienze con cui fare i conti di fronte ad una giustizia umana intesa come passaggio obbligato al varco del processo e del giudizio.

Trovo interessante che al romanzo di Kafka sia stata dedicata una sceneggiatura televisiva in due puntate: *Il processo* (1978), regia di Luigi Di Gianni. Inoltre, trovo altrettanto interessante anche l'influsso che questa opera letteraria ha esercitato su almeno tre film: *Detenuto in attesa di giudizio* (1971), regia di Nanni Loy, con Alberto Sordi nei panni del Sig. Giuseppe Di Noi (il nome ricorda Josef, il cognome il genere umano); *La più bella serata della mia vita* (1972), regia di Ettore Scola, interpretato da Alberto Sordi, ancorché direttamente ispirato al romanzo "La panne. Una storia ancora possibile" di Friedrich Dürrenmatt; e *Una pura formalità* (1994), regia di Giuseppe Tornatore, protagonisti Gerard Depardieu e Roman Polanski. Ebbene, nella prima pellicola emerge in tutta la sua crudezza il tema della detenzione preventiva ma anche quello dell'insussistenza di un capo di imputazione; nella seconda prevale l'allegoria del processo e della "colpa grave"; nella terza quello dell'interrogatorio dai toni inquisitori e degli equivoci.



La vita trascorre nell'attesa angosciante di un evento, di un coinvolgimento giudiziario che ci chiami a rispondere di colpe di cui potremmo essere accusati di aver commesso.

Si tratta di una condizione latente, poiché comincia nel momento in cui qualcuno ci addebita una qualche responsabilità, sulla base di una calunnia o di un sospetto.

Come peraltro succede nel romanzo al signor Josef K. con un finale che è un'elegia all'ingiustizia umana e giudiziaria. Anche le ultime figure che Joseph ha l'impressione di incontrare recano la simbologia di travagli interiori e di sofferenze nascoste. La signorina Bürstner che Joseph aveva baciato la sera del suo arresto e la figura esile che si affaccia ad una finestra: potrebbe rappresentare l'umanità assente che porge un commiato, il voyeurismo di qualche pavido indifferente o la controfigura di Josef che saluta se stesso.

Alla vigilia del suo trentunesimo compleanno, (esattamente un anno dopo la prima visita, quando gli era stato comunicato lo stato di arresto) due uomini si presentano a casa di Josef K.: senza che sia stata mai emessa alcuna sentenza, i due prendono in custodia il protagonista, che oppone poca resistenza, consapevole della fine che lo attende. I due scortano K. attraverso la città, dove a Josef pare di scorgere per l'ultima volta la signorina Bürstner (una giovane e avvenente affittuaria, sua vicina di casa).

«I signori fecero sedere K. per terra, appoggiato al masso, e su questo adagiarono la sua testa. Per quanti sforzi facessero e per quanto K. si mostrasse loro compiacente, la sua posizione risultava sempre molto forzata e non convincente. Allora un signore pregò l'altro di lasciare provare un po' lui solo a sistemare K., ma neanche così andò meglio. Alla fine lasciarono K. in una posizione che non era nemmeno la migliore tra quelle che già avevano trovate. Poi uno dei signori aprì la finanziaria e da un fodero appeso a una cintura stretta intorno al panciotto estrasse un coltello da macellaio lungo e sottile, a doppio taglio, lo tenne sollevato ed esaminò il filo alla luce. Qui ricominciarono i loro disgustosi convenevoli, uno porgeva al di sopra di K. il coltello all'altro, questi glielo restituiva, sempre al di sopra di K. Adesso K. sapeva con esattezza che sarebbe stato suo dovere afferrare il coltello mentre passava di mano in mano sopra di lui e trafiggersi lui stesso. Ma non lo fece, girò invece il collo ancora libero e si guardò attorno. Non poteva dare pienamente prova di sé, sottrarre alle autorità tutto il lavoro, la responsabilità di quest'ultimo errore cadeva su chi gli aveva negato quanto gli restava della forza necessaria. Il suo sguardo cadde sull'ultimo piano della casa attigua alla cava. Come una luce che si accenda improvvisa, si spalancarono le imposte di una finestra, un uomo, debole e sottile per la distanza e l'altezza, si sporse d'un tratto e tese le braccia ancora più in fuori. Chi era? Un amico? Una persona buona? Uno che partecipava? Uno che voleva aiutare? Era uno solo? Erano tutti? C'era ancora un aiuto? C'erano obiezioni che erano state dimenticate? Ce n'erano di certo. La logica è, sì, incrollabile, ma non resiste a un uomo che vuole vivere. Dov'era il giudice che lui non aveva mai visto? Dov'era l'alto tribunale al quale non era mai giunto? Levò le mani e allargò le dita. Ma sulla gola di K. si posarono le mani di uno dei signori, mentre l'altro gli spingeva il coltello in fondo al cuore e ve lo rigirava due volte. Con gli occhi che si spegnevano K. vide ancora come, davanti al suo viso, appoggiati guancia a guancia, i signori scrutavano il momento risolutivo. «Come un cane!», disse, fu come se la vergogna gli dovesse sopravvivere»<sup>18</sup>.

---

<sup>18</sup> F. Kafka, *Il processo*, a cura di G. Zampa, cit., p. 329.

La scena della fine di Josef assume un valore simbolico che trascende l'ambientazione: vi si colgono alcuni tratti propri di quella "ingiustizia sommaria" che chiude sovente lunghi, estenuanti procedimenti giudiziari. È come se gli eventi subissero un'accelerazione improvvisa: due "funzionari" (gendarmi?, agenti penitenziari?) prelevano Josef da casa sua ad un anno esatto di distanza dal giorno in cui gli venne comunicata la pendenza di un processo a suo carico, e lo giustiziano in modo atroce con azioni quasi coreografiche e repentine. L'esecuzione è rapida e sommaria, quasi come se tutto il lungo processo in realtà mai celebrato e mai chiarito all'imputato ma quasi scandito con rituali esoterici quotidiani avvolti nel mistero del non detto, dovesse necessariamente concludersi in quel modo: la morte rende scontata la colpa ed è l'unico epilogo ad essa consequenziale.

Una simbologia che abbraccia la vita e la morte, perché tutti siamo in fondo colpevoli di qualcosa, l'innocenza non esiste e va dimostrata più di quanto debba esser reso esplicito il reato, l'arresto avviene all'improvviso per spezzare questa inconsapevole latenza di uno stato di coscienza e di presa d'atto delle nostre mancanze, si vive in attesa di morire e di questo non sempre ci si rende conto, offuscati dalle lusinghe dell'esistenza e dall'alternanza delle abitudini che conservano le nostre recondite sicurezze.

Si legge, in questa allegoria, anche una lezione sulla giustizia umana: spesso impegnata a prolungare i preliminari, vittima essa stessa dei pregiudizi e delle lungaggini procedurali, quanto sommaria e frettolosa, a volte persino incoerente nelle conclusioni, per eccesso o per difetto che sia.

La punizione esemplare è a volte un costrutto sociale purché riguardi gli altri e questo (ricordiamo le parole dell'affittuaria Grubach e della signorina Leni) esprime il senso di una colpa sottintesa, nascosta, avvalorata che sia dall'indifferenza dei molti personaggi che frequentano il tribunale o sanzionata dai giustizieri incaricati dell'esecuzione, rendendo persino inutile il lamento con cui Josef chiude la sua esistenza.

Il processo di Kafka celebra dunque il paradosso di una vita fondamentale ingiusta per tutti, che trascorre nell'attesa di dover un giorno "rendere conto" di qualcosa di cui siamo – purtroppo o per fortuna – inconsapevoli fino alla fine.



DIRITTO PENALE  
E UOMO

*Criminal Law and Human Condition*

**[www.dirittopenaleuomo.org](http://www.dirittopenaleuomo.org)**

**[redazione@dirittopenaleuomo.org](mailto:redazione@dirittopenaleuomo.org)**