

Dicembre 2020

dpu

DIRITTO PENALE
E UOMO

Criminal Law and Human Condition

FASCICOLO
12/2020

Riflessione

**1 UN DIALOGO
(IMMAGINARIO)
FRA UN ERGASTOLANO
OSTATIVO
E UN GIUDICE
COSTITUZIONALE**

SDavide Galliani

Riflessione

**45 AMIANTO/5 – IL
GIUDICE DEVE
DELIBERARE DI
SCIENZA, MATERIA
CHE MOLTO SPESSO
IGNORA**

Luca Santa Maria

**23 ARTIFICIAL
INTELLIGENCE
IN HEALTHCARE:
RISK ASSESSMENT
AND CRIMINAL LAW**

Federico Carmelo La Vattata

*Riflessione**Articolo*

41 LA LIBERTÀ

Gustave Thibon

Riflessione

**50 L'ULTIMA RIFORMA
DEL DELITTO
DI SCAMBIO ELETTORALE
POLITICO-MAFIOSO
(ART. 416-TER C.P.):
DAVVERO UN PASSO
AVANTI?**

Riflessioni a margine della
riforma dell'art. 416-ter c.p.
operata con l. 43/2019

Laura Ninni

**43 LA CIFRA OSCURA
DELLA FRODE FISCALE
IN ITALIA**

Susanna Arcieri

Riflessione

83 ANCHE I RICCHI RUBANO

Elisa Pazé

Conversazione

Riflessione

76 SOLDI SPORCHI. ECONOMIA, SISTEMI FINANZIARI E RICICLAGGIO INTERNAZIONALE – CH. 1

*La criminalità finanziaria oggi:
inquadramento del fenomeno
e questioni sul tappeto.*

*Una conversazione
con Giovanna Marcolongo*

Elisa Padoan, Giovanna Marcolongo

89 CARCERE PER I GIORNALISTI. (FORSE) C'È UNA VIA D'USCITA

*Lo stato dell'arte in tema
di sanzioni per la diffamazione
a mezzo stampa alla luce del dialogo
fra Corti nazionali ed europee*

Paola Bonora

Conversazione

80 MAGISTROPOLI

Prefazione

Antonio Padellaro

Riflessione

99 ALLA RADICE DELL'IMPUTABILITÀ E DELLA COLPEVOLEZZA PENALI. CONVERSAZIONE CON MASSIMO CACCIARI – CH. 1

*Libertà, giustizia e inferno dantesco
del diritto penale.*

*La coscienza umana tra scienze
biologiche e filosofia*

Susanna Arcieri, Fabio Basile, Raffaele
Bianchetti, Paola Emilia Cicerone,
Massimo Cacciari

Fonte storica

103 LA CRIMINALITÀ
DEI “COLLETTI
BIANCHI”

Edwin H. Sutherland, Raffaele
Bianchetti

Riflessione

112 AMIANTO/6 – I GIURISTI
SE NE FACCIANO UNA
RAGIONE: NON C'È ALCUN
DIRITTO AL DI FUORI DI
UN FATTO

Luca Santa Maria

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, Maurizio Catino, Cristina Cattaneo, Patrizia Catellani, Stefania Carnevali, 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 Costerbossa, Silvia Larizza, Isabella Leoncini, Carlo Longobardo, Alfio Maggiolini, Raffaello Magi, Vincenzo Maiello, Letizia Mancini, Gianfranco Martiello, Franco Martelli, 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, Federico Gustavo Pizzetti, Oreste Pollicino, Lucia Risicato, 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, Alberto Sobrero, Rosa Spagnolo, Giuseppe Vallar, Giovanni Venditti, Anna Zappia, Philip G. Zimbardo

REDAZIONE

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



DIRITTO PENALE
E UOMO

Criminal Law and Human Condition

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

ISSN 2704-6516

Via 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



Riflessione

— Un dialogo (immaginario) fra un ergastolano ostativo e un giudice costituzionale

An (imaginary) dialogue between an inmate serving life imprisonment impediment and a constitutional judge

di Davide Galliani

Originariamente pubblicato sulla rivista [Questione Giustizia](#), 21 ottobre 2020.

In questo dialogo (immaginario) tra un ergastolano ostativo e un giudice costituzionale, l'Autore discute i più importanti passaggi argomentativi della n. 253 del 2019 della Corte costituzionale, soffermandosi anche sul primo seguito presso la magistratura di sorveglianza. Il tutto nella consapevolezza che la prossima questione di costituzionalità, pendente alla Consulta, riguardante non il permesso premio ma la liberazione condizionale, potrà segnare uno snodo fondamentale nella giurisprudenza costituzionale in materia di automatismi legislativi: sentenze in forma di legge, che travalicano il perimetro costituzionale riservato al mestiere di giudice, che necessita in ogni caso di svolgersi in osservanza del principio di tassatività.

- Buongiorno giudice.
- Buongiorno a lei.
- Complimenti per la n. 253 del 2019.
- Perché?

- Per i suoi argomenti, tanto incisivi.

- Davvero?

- Sul diritto al silenzio *Viola n. 2 v. Italia* era stata in silenzio. Voi no. Lasciamo alla cognizione il silenzio come diritto, avete scritto. Ma nessuno può negare che ogni detenuto, ergastolano ostativo compreso, abbia la libertà di non collaborare.

- Ci crediamo. L'ordinamento penitenziario non può disconoscere ad alcuno la libertà di non collaborare.

- Sembra di ascoltare Cesare Beccaria. Non lo amo moltissimo, per ciò che pensava della pena perpetua. Ma ne capiva di tortura e dignità umana.

- Discendiamo tutti dagli illuministi.

- Non vi siete risparmiati nemmeno sul regime ostativo. Riscrivereste ogni cosa?

- Ho già capito dove vuole arrivare.

- Della liberazione condizionale, se vuole, ne parliamo dopo. Però sul regime ostativo siete stati incisivi come un punteruolo: prefigura una sorta di scambio, tra informazioni utili a fini investigativi e conseguente possibilità per il detenuto di accedere al normale percorso di trattamento penitenziario.

- Sembrano tutto sommato ovvietà.

- Meglio tardi che mai.

- Le decisioni in questi ambiti non sono facili.

- Sono tutto orecchie.

- La Corte ha diversi interlocutori: legislatori, giudici, avvocati, pubblici ministeri, professori universitari, anche il Capo dello Stato quando promulga o emana con rilievi. E poi l'opinione pubblica. Quando trattiamo questioni riguardanti la mafia ogni cosa è più complicata. E se qualcuno ci descrive come un inutile carrozzone, da chiudere al più presto? Lo sa che a Strasburgo gli Stati iniziano a non pagare più il contributo, che significa meno giuristi in quella Corte?

- Sta dicendo che a Palazzo della Consulta il clima sui giornali gioca un qualche ruolo, e che state a sentire le sparate di qualche politico?

- Non sto dicendo questo. Noi abbiamo i nostri precedenti: siamo nani sulle spalle di giganti. Partiamo da una ordinanza di remissione, che, tranne rare eccezioni, costituisce il perimetro entro il quale possiamo muoverci. Ad esempio, usiamo la illegittimità consequenziale solo se il sistema perderebbe di coerenza o se il vulnus di tutela risulterebbe insopportabile.

- Il peculato ostativo insegna. E poi?
- Ascoltiamo le parti, oggi anche i nuovi terzi intervenienti, importanti come una buona scarpa per un maratoneta.
- Immagino, anche se non posso correre.
- Amiamo la collegialità, una straordinaria risorsa. Ci ritiriamo in camera di consiglio e dentro non entra niente. A volte litighiamo, a volte va liscio. Ma, mettiamola così: non siamo marziani, la Consulta non sta su Marte. Per quanto sia massimo il tentativo dell'indipendenza, non siamo robot, ma uomini e donne in carne e ossa.
- Lo scriveva Carlo Esposito rispetto al Capo dello Stato, l'altra garanzia costituzionale rimasta.
- Non vorrei passare per uno psicologo, ma il nostro cervello ragiona sempre influenzato da qualcosa. Serve governare l'influenza, nasconderla o negarla non serve a nulla. Uno psicologo israeliano ha vinto il Nobel per l'economia sostenendo che la scelta razionale cede il passo al nostro essere troppo umani.
- Sta dicendo che l'indipendenza del giudice è prima di tutto un valore morale?
- Lo abbiamo anche scritto in una sentenza del 1989 sulla responsabilità civile del giudice.
- Mi ha rassicurato. Iniziavo a pensare che il § 9 del *Considerato in diritto* della n. 253 fosse una sorta di rassicurazione rivolta al contesto. Una specie di istinto di sopravvivenza della Corte, onde evitare di essere paragonata ad un inutile carrozzone, che nulla capisce di mafia. Vi avrei compreso: un quotidiano, dopo *Viola n. 2*, ha scritto in prima pagina «hanno riammazato Falcone e Borsellino», con tanto di foto che ritraeva l'aula di udienza pubblica a Strasburgo, seduti cinque giudici, al cui fianco primeggiavano due gigantografie, una di Falcone e l'altra di Borsellino.
- Le ripeto. Siamo esseri umani, non robot, ma non esageri, altrimenti dialoghi con un giornalista.
- Provo a riformulare. Esistono due anime nella n. 253. Una di queste sembra spaventata, preoccupata. Magari sbaglio riferendomi al contesto, forse è l'influsso di Leonardo Sciascia, del quale ho letto tutto. Ma allora è una sorta di compromesso raggiunto in camera di consiglio?
- Insinua che il § 9 è stato inserito perché altrimenti la sentenza sarebbe stata di rigetto magari con monito o di incostituzionalità differita?
- Più o meno. Esiste un modo per eliminare dalla faccia della terra le insinuazioni: introducete le opinioni separate.
- Pensa che siamo insensibili al tema?

- No, ma prima lo fate prima potrete evitare le insinuazioni.

- Un giudice costituzionale, quando era in carica, nel 1964, curò un libro intero sulle opinioni dissenzienti. Membro della Costituente, era uno dei più importanti costituzionalisti del secondo dopoguerra. Delle opinioni dissenzienti ne parliamo da tempo, ma le opinioni sono differenti.

- Capisco bene che la collegialità sia una risorsa straordinaria, e che alcuni di voi penseranno che, introducendo le opinioni separate, possa danneggiarsi. Tuttavia, non è vero che, potendo scrivere in dissenso, un giudice non miri alla collegialità. Dove esistono le opinioni dissenzienti continuano ad esistere le decisioni unanimi.

- Dice che un giudice prima ascolta i colleghi e dopo cerca di convincerli e, solo alla fine, se rimane della sua idea, vota contro e stende la sua opinione separata? In questo modo, la ricerca della collegialità sarebbe garantita.

- E la conseguenza sarebbe anche quella di evitare la presenza in sentenza di due anime contrastanti.

- Se ne intende di giustizia costituzionale.

- Tutto avrei pensato, tranne che di occuparmi di giustizia costituzionale.

- Non faccia del sentimentalismo.

- Per il diritto posso smettere di essere un delinquente, ma per la gente è difficile comprendere che anche un detenuto può masticare la giustizia costituzionale. Però, pure voi, quanto a sentimentalismo, non scherzate, andando nelle scuole e nelle carceri.

- Lasciamo stare. Pensi che inizio a leggere commenti che quasi ci rinfacciano questi viaggi.

- Non dia retta. Ci sarà sempre chi dirà che la Corte va preservata, tutelata, che non si deve aprire. Lasciate stare gli *amici curiae*, i viaggi nelle carceri e nelle scuole, le opinioni dissenzienti: chiudetevi a Palazzo, fate il vostro lavoro, e basta.

- A me interessa che le aperture siano meditate. In ogni caso, chi vivrà vedrà.

- Si vede che non ha mai parlato con un ergastolano ostativo. Per me, e per molti come me, chi vivrà vedrà è un augurio di sventura. Ogni giorno che resto in vita è un giorno in più di galera, non uno in meno. Non la farò finita, anche se il pensiero mi è balenato nella mente tante volte.

- Non ho parole.

- Ho visto di tutto. Praticamente tutte le carceri italiane, basta fossero lontane da casa. Direttori coraggiosi e altri semplici burocrati. Lo stesso gli educatori: alcuni bravi, altri meno. E la polizia penitenziaria: non posso dire di aver trovato una seconda famiglia,

ma a volte mi sembra che anche loro sono detenuti. Ho visto tanto, a parte i magistrati di sorveglianza.

- Volevo dire che per ogni modifica serve tempo, che usiamo per valutare pregi e difetti.

- Non si preoccupi. In ogni caso, mi ha convinto. Ci manca solo che anche la Consulta finisca nel tritacarne mediatico, che ci si metta a fare le pulci nella vita personale di un giudice costituzionale, partendo da un suo dissenso.

- Immagini poi le nomine di origine parlamentare.

- Però, una cosa voglio dirla. Voi usate il ragionamento, la persuasione. Argomentate, non stramazate. Potete sbagliare (mi vergogno a dirlo), ma insomma usate gli strumenti del diritto, che non implicano sete di vendetta. Non dovete arrancare nessuna folla, se non quella della ragione. Leggere una vostra sentenza è interessante.

- Secondo lei tutti leggono le nostre sentenze?

- A leggere quello che certi giornalisti scrivono, direi di no. Io le posso dire solo una cosa: in carcere le vostre sentenze sono lette. Ogni singola parola, frase, pagina. Se entrano, ovvio. A volte mi capita di trovare più piacere nel leggere una vostra sentenza che un romanzo di Charles Dickens, il mio autore preferito. Con *Grandi speranze* e *La piccola Dorrit* sono evaso.

- Mi fa piacere, per le nostre sentenze intendo.

- Non esageriamo. Non sempre è un piacere.

- Ci saranno cose migliori da fare nella vita.

- Lei ha una immagine strana del carcere. Non la biasimo. La verità è che solo un detenuto ha reale contezza di cosa sia la privazione della libertà personale, altro che *lockdown*.

- Già.

- E la Costituzione è così penetrante sul tema perché scritta da persone che in carcere ci sono state. Tanti nostri costituenti hanno poi lasciato memorie, diari, autobiografie. Scrivono che, nonostante tutto, hanno appreso molto dal carcere, ad esempio l'importanza della forma.

- Tutti kelseniani i nostri costituenti.

- Anche quando hai un solo millimetro di libertà residuale, a quel millimetro ti aggrappi e lo fai valere, proprio perché scritto nero su bianco. L'autorità di un regolamento, scriveva Giancarlo Pajetta.

- Si chiama legalità.

- L'ho conosciuta stando in carcere. Ho imparato pure ad usare il diritto per scrivermi i ricorsi, fino a quando la cassazione per la legittimità non mi ha obbligato ad avere un avvocato. Tocca ammettere che la galera mi ha salvato la vita.

- Strano a dirsi, ma ho compreso.

- Piuttosto. Posso abusare della sua pazienza e chiederle chiarimenti sul § 9 del *Considerato in diritto*?

- Non è chiaro?

- Perché lo avete scritto? Il Professor Glauco Giostra ha notato una cosa. Sostenete che è la stessa Costituzione il fondamento dal quale siete partiti per introdurre, accanto alla già esistente attualità dei collegamenti con la criminalità organizzata, anche il nuovissimo pericolo di ripristino. Ma, dice il Professor Giostra, non è un caso che la Corte non indichi da quale articolo della Costituzione prende le mosse.

- Capisco. Prevenire la commissione di nuovi reati, quindi difendere la società, non ha esplicita base costituzionale. Alcuni discutono iniziando dall'art. 2, altri dalla carcerazione preventiva. Di certo, la Costituzione è reo-centrica, quindi concetti come difesa della società possono essere estrapolati solo in chiave di interpretazione sistematica. In ogni caso, mi sento di dirle che, nel momento in cui la sorveglianza svolge il bilanciamento, uno dei due piatti della bilancia misura la pericolosità sociale.

- Siamo alle prese con una immanenza, categorica. Mi viene in mente Kant: la mia libertà finisce dove inizia la tua. Se la persona è socialmente pericolosa, il magistrato negherà il beneficio o la misura. Mi spingo avanti, se posso.

- Prego.

- Intanto, le chiederei subito questo. Per lei è giusto considerare inammissibile una istanza nella quale il detenuto non allega granché sul pericolo di ripristino? Che il detenuto abbia un onere di allegazione è giusto. Se chiedo una cosa, devo anche allegare del materiale per permettere di decidere. Tuttavia, la sorveglianza può procedere d'ufficio, nel momento in cui le allegazioni sono insufficienti. Ma una cosa è procedere d'ufficio, integrare la documentazione e rigettare l'istanza. Altra cosa dichiararla inammissibile. Del resto, non a caso le cause di inammissibilità sono tassative.

- Mi sembra abbia ragione, anche se lo dico da giurista, non da giudice costituzionale.

- Bella distinzione.

- Ogni cosa che dico deve essere calibrata.

- Come quella di ogni giurista.

- D'altro canto, il convincimento del giudice è frutto di un laborioso mettere insieme materiale di diversa provenienza: le allegazioni di chi domanda, le note e le informative delle autorità coinvolte e, appunto, gli approfondimenti operati dallo stesso giudice. E poi, lei è un detenuto: non per questo ha sempre ragione, assolutamente no, ma, proprio perché detenuto, un lavoro importante di completamento rispetto a quello che allega spetterà ad altri, la parte pubblica e specie il giudice.

- Come la ascolto volentieri. Sa cosa mi è capitato una volta? Ho fatto reclamo ex art. 35 ter ord. pen.: per due anni e mezzo ero stato detenuto nel carcere X in cella di 10 metri quadrati con quattro detenuti. Vuole sapere cosa mi ha risposto il giudice?

- Che il trattamento era inumano e degradante.

- Mi ha detto che il carcere gli aveva risposto che non teneva gli archivi dei detenuti passati di lì.

- Non ci credo.

- Potrei raccontarle per ore storie simili, nelle quali chiedono a me di provare una cosa senza che io possa farlo.

- Mi piacerebbe leggere queste sentenze.

- Siamo al medioevo informatico, in sorveglianza.

- Ho capito. Ma a me sembra evidente. Una cosa è una istanza del tutto priva di allegazioni. Qui sarei per la inammissibilità. Ma in tutti gli altri casi, nel momento in cui le allegazioni sono scarse, ma esistenti, il giudice deve decidere nel merito.

- Perfetto. Ne approfitto. Non serve essere un rinomato giurista per rendersi conto che provare l'inesistenza di qualcosa, ossia l'inesistenza dell'attualità dei collegamenti, non è la cosa più facile del mondo. Alcuni la chiamano diabolica.

- Può avere anche ragione, ma sul punto nulla abbiamo detto nella n. 253. Rivolga le sue rimostranze al legislatore, a quello del 1991, un legislatore costituzionalmente orientato. Il primo decreto legge, appunto quello del 1991, che ha introdotto il 4 bis, è stato proposto dal Ministro di Grazia e Giustizia, il cui direttore degli affari penali era Giovanni Falcone.

- Su questo, niente da dire. Giovanni Falcone aveva una intelligenza non comune, in terza media tradusse *Pinocchio* in latino. Strano, non lo ricorda mai nessuno, ma Falcone, agli inizi, svolse anche funzioni di magistrato di sorveglianza. Di sicuro, aveva il senso del limite, il senso costituzionale. Però, non posso rivolgermi al legislatore rispetto al pericolo di ripristino. Se fosse previsto in una legge, ci sarebbero dubbi di costituzionalità, il primo dei quali per violazione della legalità intesa come tassatività. Avendolo inserito voi della Corte, ho solo una possibilità: convincervi che qualcosa non torna.

- Mi vengono in mente le infinite vie del Signore.

- Siete la cuspide. Dopo di voi non esiste più nulla. Altro non posso fare che esprimerle alcune perplessità. Non vorrei tirare in ballo la Corte di Strasburgo, anche perché, quando ci condanna, nove volte su dieci ce la siamo cercata.

- Mi dica, il nostro è un dialogo vero, quello cui pensava Guido Calogero.

- Cosa è il principio di tassatività? Anzi, vorrei prenderla larga. Le piace ragionare per principi?

- Bella domanda. La interpretazione della legge e quella della Costituzione hanno tratti comuni. Non di meno, lo abbiamo scritto in alcune sentenze, se si interpreta la Costituzione, la lettera è la partenza.

- Lo *start* di una corsa ad ostacoli.

- Questo anche perché, a differenza della legge, la Costituzione, per definizione, è un testo pieno di quelli che lei chiama principi. Anche sostenendo, correttamente, che la Costituzione si deve interpretare in modo sistematico, il punto non cambia. Pertanto, la mia risposta è questa: non interessa se piaccia o meno, con i principi si deve fare i conti, quando si interpreta la Costituzione.

- Ci sono principi o anche regole, in Costituzione?

- Ha una laurea in legge, in scienze politiche?

- Alcuni detenuti che conosco, anche ergastolani ostativi, sì. Entrambe. Io no. Ma, come le ho detto, in carcere si leggono le sentenze della Corte. Impariamo in cella il diritto costituzionale penale.

- Torniamo a noi.

- Le chiedevo dei principi e delle regole.

- Per alcuni, la regola è qualcosa di immediatamente operativo, specie in termini di sanzione. Un principio chiede specificazione. Ad esempio: quando la Costituzione afferma che è punita ogni violenza fisica e morale sulle persone comunque sottoposte a restrizioni di libertà, sembra di essere al cospetto di una regola, non di un principio, che ritroviamo altrove.

- E che regola, l'unico istinto punitivo dei nostri costituenti del quale è rimasta traccia nel testo.

- Sempre alle regole mi viene da pensare quando si legge che le pene non possono consistere in trattamenti contrari al senso di umanità. Come vede, non serve alcuna specificazione.

- Basta essere un detenuto o anche una persona libera, ma con buon senso.

- Lasciamo stare i sensi.

- Prendiamo il metro?

- Proviamo a forgiare una massima di questo tipo.

- Non stimo i forgiatori, figurarsi di massime.

- Se li faccia andare bene, ogni tanto. Quando la Costituzione nega che si possa fare qualcosa, il campo è delle regole. Altrimenti, dei principi. Prenda l'art. 25: ogni suo comma inizia con nessuno può essere. Siamo vicini alle regole, è qualcosa più dei principi.

- Ma la tassatività è una regola o un principio?

- Sarei per dire un principio, nonostante tutto. Non perché non esiste esplicitamente in Costituzione, quanto perché necessita di una qualche precisazione, come i principi. Forse ha un suo nocciolo duro, la prevedibilità. Direi che la tassatività è un principio composto da componenti più e meno forti.

- Come i semafori: esiste il rosso, il giallo, il verde. Al rosso ti fermi, al giallo ti dovresti fermare, al verde non ti fermi. A cosa serve il giallo, la tassatività?

- La prima funzione è permettere ad una persona di orientare liberamente il proprio comportamento, al fine di non incorrere in una sanzione, in qualsiasi sventura non prevedibile. La tassatività sta al libero arbitrio come il salvagente ad una persona che non sa nuotare.

- Il libero arbitrio. Esiste?

- Per quanto la realtà stia lì a dimostrarci che nascere nel posto X non è eguale che nascere nel posto Y, noi dobbiamo credere al libero arbitrio. Altrimenti salta tutto il sistema. Ma proprio perché dobbiamo credere di essere tutti e sempre in grado di scegliere, dobbiamo essere tassativi nel prevedere ciò che non si può fare, quindi la sanzione in caso di violazione.

- Una sanzione penale o una sanzione in generale?

- La Costituzione, quando afferma che nessuno può essere punito, se non in forza di una legge, entrata in vigore prima del fatto commesso, si riferisce al campo penale.

- E quello penitenziario? Queste somme distinzioni mi inquietano. Sembrano fatte apposta per dividere la serie A dalla serie B. Il penale sostanziale dal processuale, la cognizione dall'esecuzione, la legittimità dal merito, i vincoli comunitari dagli obblighi internazionali. La più grande castroneria è la distinzione tra fatto e diritto, entrambi, senza persone, gusci vuoti. Non so dove ci condurrà questo estenuante bisogno di classificare.

- Vede un futuro nero?

- Per fortuna, Alessandro Pizzorusso ha scritto che il diritto costituzionale è una disciplina di frontiera. L'esigenza di specializzazione ha scavato una fossa mortale al sapere. Conosciamo tutti di più, ma sappiamo tutti di meno.

- Le piace Ferdinando Camon. Comunque. Mi sta domandando se la tassatività, figlia della madre legalità, riguarda anche la fase esecutiva, il trattamento penitenziario?

- Mi interessa saperlo.

- Fino a poco tempo fa, rispetto alla irretroattività, la risposta era negativa. Di recente, presumo lo sappia, abbiamo rimeditato la tematica, a fronte di un diffuso disagio nella giurisprudenza. Nella n. 32 del 2020, risolvendo una dozzina di ordinanze, e usando Strasburgo, casi statunitensi, riferimenti alla Francia, diciamo questo: quando una legge non prevede alcuna disposizione sul regime temporale, e quando gli effetti di questa legge incidono su natura, qualità e quantità della pena in concreto applicabile al momento del reato, deve valere la irretroattività.

- Deve valere significa che è una regola?

- Lei è curioso, e testardo.

- Sono stato un delinquente, e tra i delinquenti ci sono persone curiose, e testarde. E altre meno.

- Va bene, la perdono.

- Che verbo significativo.

- Mi lascia finire?

- Certo. Non si arrabbi però. Tra i delinquenti o gli ex delinquenti esistono anche quelli che ogni tanto scherzano. Come tra i magistrati. Mica sono tutti seriosi, esistono anche gli spiritosi seriali.

- Dicevamo. Di recente, la Corte ha esteso il divieto di retroattività anche al campo dell'esecuzione penale. Ci siamo subito ritornati. La soluzione è stata la stessa, anzi la n. 193 del 2020, sul favoreggiamento dell'immigrazione clandestina, è ancora più netta. Esiste una sola interpretazione possibile, una sola compatibile con la legalità-irretroattività: la questione di costituzionalità non è fondata, deve valere il divieto di retroattività. Non tornate più alla Corte, interpretate il silenzio del legislatore escludendo la retroattività.

- Che coraggio.

- Un principio di civiltà, di uno stato di diritto.

- Allora siamo d'accordo. La tassatività, essendo un principio di civiltà al pari della madre legalità, deve valere anche in fase di esecuzione della pena. Non aggiungo altro sul

divieto di retroattività. Basti pensare al concorso esterno. Agli ostativi che diventano tali per volere della sorveglianza, non perché scritto in condanna. Per non dire dell'aggravante dell'art. 7, valida retroattivamente, con ciò che ne consegue sul regime penitenziario. D'altro canto, commetto un reato nel 1980, nel 1991 nasce l'ostatività, bizzarro (incostituzionale) applicarla anche a me: non è che si riducono le ore al passeggio, cambia e di molto la natura della pena. Qui mi fermo, se no dovrei parlare pure dei reati non associativi, ma di gruppo, come ha fatto la cassazione.

- Meglio fermarsi.

- Sulla tassatività qualcosa ancora. Se significa possibilità di prevedere la conseguenza dei propri comportamenti, non le sembra che il pericolo di ripristino del quale parlavamo sia un poco carente?

- Mi chiarisca la sua idea.

- Il discorso sull'attualità dei collegamenti è semplice, si fa per dire. So che la sorveglianza, se intrattengo oggi dei collegamenti, mi negherà il permesso. Posso ora concederti un permesso, anche se non hai collaborato e potevi farlo, ma non ho acquisito elementi tali da escludere l'attualità dei collegamenti con la criminalità organizzata. Partiamo pure dal presupposto, solo presupposto, che le autorità coinvolte forniscano informazioni dettagliate, individualizzate, riguardanti la mia persona. Io cercherò di dimostrare le mie ragioni, ma alla fine funziona sempre così: a volte convinci il giudice, altre volte no. Farò ricorso al tribunale e poi in cassazione. Normale amministrazione, che riguarda i miei problemi di oggi, i fatti attuali.

- Quindi?

- Se ora si chiede di provare anche l'esclusione del pericolo di ripristino dei collegamenti, non riesco a capire. Mi sembra evidente il problema tassatività. Che non è solo mio, ma anche del giudice.

- Continui.

- Io posso allegare, con difficoltà, per escludere l'attualità dei collegamenti. Ma non ho chiaro cosa significhi escludere il pericolo di ripristino. Cosa devo fare, cosa mi si chiede di fare?

- Vada avanti, la ascolto.

- Sono in crisi. Il pericolo di qualcosa che potrebbe capitare non comprendo bene cosa sia. Ma questo sono io. E il giudice che dovrà valutare? Dove è il perimetro, il limite della sua discrezionalità? Torniamo al punto: e la tassatività? In tanti dicono che i giudici si allargano troppo, di fronte alla legge cercano giustizia. Io non generalizzerei. Ma ammettiamo la preoccupazione: è il caso di aprire ai giudici una prateria?

- Proviamo a fare chiarezza.

- Serve.

- Partiamo da un assunto. Anche se la Corte non è il legislatore, pure su di noi incombe l'onere della tassatività. Non solo quando scriviamo una motivazione, ma anche e soprattutto quando redigiamo il dispositivo, che spesso è un pezzettino aggiunto ad una disposizione. Incastoniamo in una disposizione un altro pezzettino di disposizione, quindi onori (siamo legislatori positivi) ed oneri (dobbiamo essere tassativi).

- Non sapevo della vostra somiglianza così stretta con il legislatore, ma voglio capire il suo discorso.

- Anche in carcere si deve sapere come comportarsi. Però non sarei allarmato, come sembra lei. In fondo, quando abbiamo scritto il pericolo di ripristino intendevamo introdurre una sorta di pericolosità specifica. Qualcosa in più della pericolosità già presente nell'attualità.

- Siamo al terzo binario della pericolosità. Quello normale, vagliato dal giudice per ogni beneficio o misura. Quello specifico, sull'attualità. E poi questo nuovo, sul pericolo di ripristino. Un binario tira l'altro, il doppio diventa triplo. In ogni caso, il pericolo di ripristino non si riesce a provare perché è una valutazione, non un fatto, e le prove o allegazioni che siano concernono fatti.

- Mi lasci finire. Per noi il pericolo di ripristino significa chiedere alla sorveglianza una prognosi particolarmente rigorosa.

- Questo l'ho capito.

- Quindi di cosa si lamenta?

- La discrezionalità del giudice è come il buco di una ciambella. Grande o piccolo, lo decidono i pasticceri (legislatore, Consulta), ma senza il contorno la ciambella sparisce, diviene altro, un bombolone. A me sembra che il requisito del pericolo di ripristino sfumi talmente tanto il perimetro da trasformare la ciambella in un bombolone. E quindi la discrezionalità del giudice in qualcosa di diverso. Non mi faccia dire in arbitrio, ma la discrezionalità senza tassatività consegna un potere enorme al giudice.

- Legge Ronald Dworkin.

- Quando sente dire che in carcere il tempo non manca è vero. Se sei ergastolano ostativo ti auguri che la durata della vita media torni a essere quella degli anni cinquanta del Novecento. Mi facessero lavorare. Invece leggo, dalla mattina alla sera, roba tosta: Alberto Moravia, Ignazio Silone, Blaise Pascal, Norbert Elias, Herman Hesse, Emmanuel Mounier, Pierre Bourdieu, Marilynne Robinson, ovviamente Charles Péguy.

- Allora non faccia troppo la vittima.

- Vero, io sono il reo. O ero reo?

- Gioca con le parole.

- Non è vietato.

- Direi che è un suo diritto.

- Finché non lo dicono le sezioni unite, sto cauto.

- Torniamo ai nostri discorsi. Sono sicuro, a questo punto, che abbia letto come è andata a finire la storia del vivere onestamente e rispettare le leggi.

- Dopo Raymond Carver, non ho letto niente che mi abbia più impressionato, per l'accumulo di dettagli particolari e specifici.

- Ammetto. La I sezione della cassazione si era data da fare per tassativizzare quella prescrizione che nulla prescriveva. Sia lodata la I sezione.

- Sempre sia lodata.

- Ad un certo punto, per motivi incomprensibili agli umani, si tirano in ballo le sezioni unite, che sganciano la bomba. Ordinano ai giudici di disapplicare la legge, nella parte in cui prescrive di vivere tutti buoni e acquattati, rispettando le ottime leggi. A questo punto, sempre per motivi che non tutti gli umani possono comprendere, un'altra sezione, di quella stessa corte, solleva questione di costituzionalità, e arriviamo noi della Consulta che mettiamo la parola fine: incostituzionale.

- Un romanzo, tra il gotico e il romantico. Non vorrei però aspettare anni di giurisprudenza di legittimità tassativizzante, anche perché non ho idea se tutto possa essere tassativizzato, iniziando dal pericolo di ripristino. Spero mi comprenda: sono entrato ventenne, ne ho quaranta, non è che possa attendere i sessanta. Altrimenti meglio fare come in America Latina, abolire l'ergastolo e introdurre una pena determinata di quaranta anni.

- Ne parli al legislatore.

- Buonanotte.

- Non disperì. E non abbia fretta, che diamine. Deve avere fiducia nella magistratura.

- Facile a dirsi, ma ci provo. Ma il problema del pericolo di ripristino non riguarda solo il detenuto, spaesato. Non riguarda nemmeno solo il giudice, che potrebbe sentirsi, in alternativa, il giudice Ercole (che tutto può) o il giudice Aergia (la dea greca della pigrizia). Ho timore che, se non si ripensa il pericolo di ripristino, la conseguenza sarà che il comitato ordine pubblico, le procure, le direzioni antimafia e la procura nazionale, che potrebbero intervenire in materia, senza mai potere di veto, riprodurranno note e informative generiche, standardizzate, stereotipate.

- Abbiamo scritto anche questo: le informazioni devono essere dettagliate, stringenti.

- Entra da un orecchio ed esce dall'altro, se entra. D'altro canto, siete entrati a gamba tesa negli ambiti della sorveglianza, quasi trattandola come una magistratura

minorenne. Non dico inaffidabile, ma sembra che qualcosa vi abbia autorizzato a trattarla come magistratura sotto osservazione.

- Dice?

- Come no. A volte comunque penso sia la stessa sorveglianza a cercarselo.

- Che strano mondo, iniziando dal nome, che tutti rinnegano, ma poi nessuno cambia.

- Sia quel che sia, dato che in sorveglianza non tutti sono Sandro Margara, che rispediva al mittente le informative che non informavano, il giudice avrà di fronte questo scenario. Io che allego chissà cosa per dire che non esiste pericolo di ripristino dei collegamenti e le autorità che diranno che il clan non è distrutto, anzi è ancora attivo. Nulla su di me, nulla di individuale, ma appunto: se il tema è il pericolo di ripristino, basterà dire che il clan non è smantellato.

- Non era così anche per l'attualità?

- Sì e no. Intanto, non abbiamo molta giurisprudenza a proposito. E questo perché le collaborazioni impossibili, irrilevanti, inesigibili, riconosciute ad ergastolani ostativi, sono poche. Così come pochi sono coloro che hanno utilmente collaborato con la giustizia, grosso modo lo stesso numero degli ergastolani ostativi. In ogni caso, ci sono delle cose che quelle sono e quelle rimarranno. Ad esempio, l'indagine patrimoniale, il sostentamento della famiglia. Continuerà a non mancare il nostro albero genealogico: se ho avuto un colloquio con un mio parente, risultato imputato per un reato della galassia di quelli mafiosi (non le dico condannato, basta l'imputazione), ecco che arriva l'attualità dei collegamenti. La vedo perplesso.

- Sta pensando al divorzio o a cambiare cognome?

- La mia è una corsa ad ostacoli, ma non demordo, cerco di allegare. Quello che mi si chiede è dimostrare, o meglio, convincere il giudice che oggi, lo sottolineo, oggi, i collegamenti (che sono fatti) non esistono più.

- Mi sta dicendo che se questo è complicato con l'attualità, diviene particolarmente difficile nel momento in cui lei deve allegare per dimostrare che è escluso il pericolo di ripristino dei collegamenti.

- Intendo dire che non vedo come si possa tassativizzare. Non mi riferisco tanto al ripristino, ma proprio al pericolo di ripristino. Sa cosa penso?

- Cosa?

- La sorveglianza sta diventando sempre più giudice della pericolosità e sempre meno della rieducazione. Lo ha scritto il Professor Francesco Palazzo, una grande persona, un grande giurista, un grande penal-costituzionalista.

- D'accordissimo. A parte la brutta parola.

- Il penale moderno nasce costituzionale. Oggi non vi è penalista serio che non possa dirsi anche costituzionalista serio. La parola è brutta, ma il senso è che ha vinto Franco Bricola.

- Anche Ettore Gallo, partigiano, presidente della Consulta.

- Che stima.

- E i costituzionalisti, come li vede?

- Se si interessano di penale come i penalisti di costituzionale, siamo a posto.

- Riprendiamo.

- Almeno, nella collaborazione impossibile, irrilevante, inesigibile, la sentenza di condanna era il limite della discrezionalità della sorveglianza. Ora il limite dove sta? Il pericolo di ripristino non ha limiti. Ha presente la medicina difensiva, il medico che, per paura di sbagliare, prescrive ogni medicina, così se ne lava le mani? Noi in carcere la conosciamo. Temo che sarà così anche in sorveglianza: per non saper né leggere né scrivere, il pericolo di ripristino sarà la medicina difensiva dei giudici.

- Si stava meglio quando si stava peggio?

- Spero si sia capito che non avete cancellato la impossibile, inesigibile, irrilevante. Ma converrà: dire che è più semplice la collaborazione impossibile, inesigibile, irrilevante della non collaborazione suona come una beffa. Come a dire: la n. 253 non serve a niente, visto che nel primo caso basta l'attualità, mentre nel secondo serve anche il pericolo di ripristino. Tutto questo mi rende perplesso, anche perché non ho mai stimato la collaborazione impossibile, inesigibile, irrilevante, da voi introdotta.

- Che criticone.

- Una clamorosa violazione dell'eguaglianza. Se il reato per il quale puoi collaborare è prescritto, entri nel girone del purgatorio, in vista del paradiso. Se non è prescritto, resti in quello dell'inferno. Da cosa dipende? Dal caso, dalla fortuna.

- Il problema prescrizione non esiste più.

- Vedremo. Poi guardi, ma è meglio lasciare stare.

- Dica.

- Esisteranno sempre due cose. La prima sono i giudici della cognizione precisi e profondi, e quelli confusi e superficiali. Capisce cosa significa in termini di collaborazione impossibile?

- La seconda?

- Esisteranno delle zone d'ombra fino a quando esisterà lo Stato.
- Non la seguo.
- Capita che non si dia la collaborazione impossibile perché restano da chiarire delle cose, che spesso hanno a che fare con gli intrecci tra mafia e Stato.
- Continuo a non seguirla, anche se ho sempre ammirato moltissimo Pippo Fava.
- Pensi ai mandanti di un omicidio di mafia, alla capacità delle mafie di riunirsi a grappolo e disarticolarsi in ogni via di ogni paese. Ha presente cosa significa ragionare in termini di zone d'ombra?
- Mi sta dicendo che, se vuole, il giudice, in un modo o nell'altro, troverà il modo per negargli la collaborazione impossibile, inesigibile, irrilevante?
- Perfetto. E mi rassicura la giurisprudenza di legittimità più recente, secondo la quale, in caso di zone d'ombra, non bisogna riconoscere l'impossibilità della collaborazione, ma serve una motivazione rinforzata per negarla, in ossequio al *favor rei* e all'oltre ogni ragionevole dubbio.
- Come ci stiamo allargando.
- Per quanto mi possa rassicurare la cassazione, resta il fatto che le organizzazioni criminali di stampo mafioso sono un intreccio di reticoli inestricabili, che toccano i piani alti del potere. Si figuri, quindi: io posso anche essere una persona ricreduta, ma siccome, per quanto piccolo o grande, ero dentro questo infernale ingranaggio, qualcosa da dire alla giustizia ci sarà sempre. Si stava meglio quando si stava peggio? Se prima esistevano confini sfumati, con il pericolo di ripristino vedo una prateria, non vedo alcun confine, non vedo il fine e quindi la fine della mia pena.
- Ma se in condanna vi è scritto che non è chiaro se sul luogo del delitto è andato da solo a piedi o accompagnato in auto, mi sta dicendo che questa zona d'ombra porta a negare la collaborazione impossibile?
- Le dico che non dovrebbe essere così, ma vada lei a spiegare in sorveglianza e in alcune sezioni della cassazione che il *favor rei* e l'oltre ogni ragionevole dubbio riguardano anche la serie B, la fase esecutiva, non solo la serie A, la cognizione.
- Non ama le distinzioni, le classificazioni. Sembra studiare all'università. Comunque, una cosa mi sembra chiara: lei vuole uscire di galera. Converrà con me che, se fraponiamo al suo ritorno in società qualche cautela, non stiamo attentando alla Costituzione.
- Sarà, ma il secondo capoverso del § 9 del *Considerato in diritto* della n. 253 mi turba.
- Non esageri.

- Come superare la presunzione non più assoluta? Scrivete: non certo in virtù della sola regolare condotta carceraria o della mera partecipazione al percorso rieducativo, e nemmeno in ragione di una soltanto dichiarata dissociazione. Mi sembra di leggere una intervista ad uno dei soliti pubblici ministeri o ex pubblici ministeri, quelli che fanno solo loro di mafia.

- Offende.

- Se si offende vuol dire che il problema esiste. Intanto, va bene, la regolare condotta non basta, ma se in carcere combino un danno dopo l'altro, forse è meglio la regolare condotta.

- Alcuni dicono: i mafiosi sono tutti buoni ed educati in carcere.

- Una fesseria. Si pensa siano tutti uguali, invece non sono tutti uguali. Fossero tutti uguali, avremmo sconfitto la mafia da tempo.

- Andiamo avanti.

- La mera partecipazione al percorso rieducativo? Che significa mera? Di quale percorso parlate? Ho sbagliato, questo lo dice la condanna e lo dico anche io. Ma sul percorso rieducativo non esageriamo. Se mi avessero dato più trattamento avrei fatto di più. Non scrivete più la mera partecipazione alla rieducazione. Una briciola di pane in carcere vale al pari di un diamante, a chi piacciono.

- Non volevamo sminuire niente.

- Dovevate scrivere diversamente.

- E poi?

- Discutete di una soltanto dichiarata dissociazione. A voi sembra facile fare quella che chiamate una soltanto dichiarata dissociazione? Le mura delle carceri parlano. Se intendete che non basta un pezzo di carta con scritto mi dissocio, non era necessario dirlo. In sorveglianza non sono fessi.

- Ci mancherebbe.

- Decidono sul 41 bis, sulla collaborazione impossibile, sul 35 bis ord. pen., insomma, si occupano dalla mattina alla sera di mafia.

- Non facile il mestiere di giudice in sorveglianza.

- Quanto parlano i fenomeni dell'antimafia. Pensi che Giovanni Falcone, quando era già al Ministero, prima di accettare una collaborazione con un quotidiano, andò a casa di Norberto Bobbio a chiedere consigli.

- Non dilatiamoci.

- Ha ragione. Però quel capoverso appena citato è strano. L'ho ricordato perché stavamo parlando di pericolo di ripristino. Vedrà che arriveranno le decisioni della sorveglianza che diranno: l'attualità non esiste, esiste il pericolo di ripristino. In fondo, stai in carcere da venti anni, a centinaia di chilometri da dove abitavi, anche per questo il comitato ordine pubblico mi ha detto che non sa chi sei. Attualità zero. Però dalle informative (non sempre univoche) si può desumere che esistono dei movimenti per ricostituire il clan al quale appartenevi o che è ancora esistente. Meglio non rischiare, del resto non è che mi posso basare sulla sola regolare condotta e sulla mera partecipazione alla rieducazione. Poi non hai mai collaborato, il permesso si nega: pericolo di ripristino.

- Ho capito il ragionamento. Non di meno, non capisco cosa c'entri il fatto che non abbia collaborato, dato che è una sua libertà farlo.

- Nemmeno io. Come pure non capisco perché si voglia desumere qualcosa dalla professione di innocenza.

- In quanto tale è un fatto, coperto dalla libertà di non collaborare.

- Non dico che la professione di innocenza debba essere sempre intesa come distacco dal clan, ma intenderla come non ancora matura rieducazione mi pare assai sbagliato.

- Siamo verso la fine, devo tornare in Corte.

- Anche io devo tornare, in cella. Volevo chiederle qualcosa sul prossimo caso, riguardante la liberazione condizionale, non il permesso premio.

- Non si pone limiti, ma probabile che, se fossi al suo posto, farei ancora più domande. Essere giurista è essere curiosi, inquisitori, indiscreti.

- Quando mi ricapita di dialogare con un giudice costituzionale. Lo sa che dei 1.271 ergastolani ostativi credo che il 90% abbia chiesto almeno una volta la collaborazione impossibile, inesigibile, irrilevante? E lo sa che, facendo due calcoli, sempre di questi 1.271, la maggioranza è in carcere da più di due decenni?

- Traduca.

- Non sto dicendo che oggi tutti gli ergastolani ostativi hanno soddisfatto il requisito temporale per domandare la liberazione condizionale. Tutti no, ma quasi tutti probabile. Di certo quello del permesso, quasi certo quello della semilibertà, verosimile quello della liberazione condizionale. Ne conosco alcuni che hanno anche sei anni di liberazione anticipata, che non ti danno in automatico, ma se hai dato prova di partecipazione all'opera di rieducazione.

- Che parole nell'ordinamento penitenziario. Opera di rieducazione, ad esempio.

- L'altro giorno ho letto Arthur Schopenhauer, secondo il quale la prima regola, e forse l'unica, del bello stile è che si abbia qualcosa da dire.

- I dati che citava li conosco, il problema è strutturale. La Corte di Strasburgo non ha usato la pilota solo perché erano depositati pochi ricorsi.

- Sarà d'accordo che basta la nostra Costituzione.

- Rispettarla significa rispettare la Convenzione.

- Avrei moltissime altre cose.

- Ci sto prendendo gusto. A volte curiosare è curare. Magari ancora due o tre cose.

- Ho capito che il permesso è un beneficio, mentre la liberazione condizionale una misura alternativa, che, se va bene, estingue la pena. La liberazione condizionale modifica la natura della pena, a differenza del permesso.

- Casi uguali trattamenti uguali, casi differenti trattamenti differenti. Permesso e liberazione condizionale sono differenti, quindi trattamenti differenti. Però esiste l'ambito riservato al legislatore.

- Vero, ma esisteva anche rispetto ai permessi.

- Prendo nota.

- A proposito. Conosce il sistema di protezione dei collaboratori di giustizia?

- Non è un tema del quale si discute molto.

- Mi basta dirle una cosa. In commissione antimafia è andato il procuratore nazionale antimafia, dicendo che il sistema protezione va riformato. Servono personale, esperienza, professionalità. Uno dei problemi maggiori è l'automatismo.

- Anche lì?

- Proprio così. Ti fanno indossare un camice non ritagliato su chi sei, ma uguale per tutti i 1.200 collaboratori e i 4.800 famigliari. Poi vi è dell'altro, la burocrazia, la sensazione di essere abbandonato.

- Che peccato.

- Non lo dica a me. In molti decidono di non collaborare anche perché lo Stato italiano non è in grado di essere più forte della mafia. La mafia è intelligente, lo Stato a fasi alterne. La mafia non dimentica, lo Stato ti sprema e una volta spremuto si dimentica di te. Caro giudice, la mafia è una montagna di merda, come diceva Peppino Impastato. Ma a volte mi viene da pensare che la vita di un collaboratore di giustizia sia un inferno tanto quella di un ergastolano ostativo, quindi faccia lei.

- Io non faccio niente, prendo appunti.

- E allora le dico ancora che sulla liberazione condizionale la competenza è sempre collegiale, del tribunale. Magari questo potrebbe indurvi a non estendere il pericolo di ripristino dal permesso alla liberazione condizionale.

- Non le dico che la strada sia segnata. Le dico che alla Corte saremo cauti.

- Ho detto del tribunale, invece del magistrato, perché in apertura ha detto che la collegialità è una risorsa straordinaria. In sorveglianza è pure multidisciplinare.

- Mi segno tutto.

- Inoltre, esiste la libertà vigilata, automatica e fissa per ogni ergastolano. Sempre e comunque, dura cinque anni. Non è la stessa cosa di avere delle prescrizioni da rispettare, come nel permesso. La libertà vigilata è esattamente quello che sembra: una libertà a metà. Non un secondo carcere, ma se fai un minuscolo errore, arriverci, quasi addio.

- Mi vuole dire che la diversa natura, i diversi requisiti sostanziali, la collegialità e la libertà vigilata automatica di cinque anni dovrebbero indurci a ripensare il pericolo di ripristino, nel momento in cui la questione sarà la liberazione condizionale, non il permesso?

- Sempre non vogliate sollevare questione di costituzionalità dell'automatismo e della fissità della libertà vigilata per gli ergastolani. Potrebbe essere coerenza con la vostra giurisprudenza in tema di automatismi e fissità, che stanno alla individualizzazione come Victor Hugo alla superficialità.

- Lasciamo stare la fantascienza.

- Vero, anche perché, dovesse lasciarsi campo libero alla sorveglianza, ci ritroveremo con liberi vigilati a vita, e così l'americanizzazione della penisola sarebbe completa.

- L'idea mi solletica. Non gli americani, non la loro cultura penalistica. Ma qualcosa di sensato in quello che dice esiste. Esisteranno ergastolani da vigilare per tre anni, altri per cinque, altri per sette. Che bella cosa l'individualizzazione. Teniamoci l'automatismo, eliminiamo la fissità.

- Accetto. Per me è una sfida. Convincerò il giudice che bastano tre anni invece di cinque, sapendo che potrebbe vigilarmi per sette. Ma altri automatismi proprio non li sopporto. In quanto ergastolano, mi hanno privato della potestà genitoriale. Quasi a dirmi che tanto sarò un cattivo padre e tanto dal carcere non uscirò mai.

- Chi era questo legislatore?

- Quello fascista.

- Esiste ancora quella previsione?

- A.
- Sì, anche se a nessuno interessa, eppure la cognizione dovrebbe essere la serie
 - Stiamo al tema, però.
 - Dimenticavo, il nostro tema è l'ergastolo ostativo, non quello ordinario, sul quale stranamente si fa fatica anche solo a domandare una opinione.
 - In che senso?
 - Si può chiedere ad un magistrato cosa ne pensa della pena di morte, ma le cose cambiano rispetto alla pena perpetua. Per non imbarazzare nessuno abbiamo finito di porci le domande. Pazzesco. Una volta un pubblico ministero mi ha detto che chiedeva l'ergastolo per evitare una guerra civile.
 - Il silenzio forse dipende anche dal fatto che la pena capitale non è ammessa dalla Costituzione, mentre della pena perpetua non se ne parla.
 - Come avviene con la tortura.
 - Comunque, stiamo andando in lungo e in largo.
 - Tornando a noi. Non fate rientrare dalla finestra quello che avete fatto uscire dalla porta, il tipo di autore non può tornare a vivere sotto forma di pericolo di ripristino. Il pericolo è il ripristino della presunzione assoluta, il partecipe sempre partecipe.
 - Possiamo fermarci. Il dialogo è stato interessante.
 - La ringrazio. Mi sono sentito importante.
 - Non si dimentichi le vittime.
 - Ha ragione. La Costituzione è uno scudo per i detenuti, ma anche per le vittime.
 - La Costituzione è di tutti.
 - Ho tradito la Costituzione. Non ho mostrato alcuna solidarietà, nei confronti di nessuno. Ho messo davanti a tutti solo me stesso. Ho trattato le persone come oggetti, finendo in questo modo per ledere la loro e la mia dignità.
 - Proprio così.
 - Vorrei dimostrare che la persona del reato è lontana, cambiata. Non è facile, ho distrutto vite. Mi chiedo però a cosa serve tenermi rinchiuso qui dentro fino alla fine dei miei giorni. L'ergastolo ostativo non ha niente di retributivo. Posto che, per me, la scelta di collaborare non sempre dipende dalla sua utilità, se avessi collaborato sarei fuori da decenni. Non posso fare altro che chiedere scusa, spiegando perché ho capito di aver sbagliato.

- Esatto.

- Che sia scritto o meno in una legge, è la cosa giusta da fare. Tocca il nostro essere persone. Ho un sacco di dubbi a proposito. Ho paura di far soffrire ancora i famigliari delle vittime.

- Lo comprendo, è umano.

- Il timore è la premessa della concentrazione. Ce la metterò tutta. Ho capito che la comunità è costituita in larga misura da un amore immaginativo per persone che non conosciamo o conosciamo appena. Che la comunità non sopravvive se ragioniamo in termini di noi e loro.

- Ineccepibile.

- Non voglio fare del sentimentalismo, che va evitato. Non voglio però rinnegare i sentimenti, che sono inevitabili. I miei sono questi, una profonda inquietezza per come potranno i famigliari delle vittime comprendere ciò che ho da dire.

- Lina Merlin diceva che la vita è un continuo trascendersi, porsi dei limiti e superarli. Continui a leggere i nostri costituenti e della buona letteratura.

- Ora sto leggendo un diario di un direttore di carcere. Non vedo l'ora di leggere libri scritti da giudici sulla loro esperienza alla Corte.

- Quali sono i suoi orizzonti?

- Qualunque siano, sono ristretti.

- Ma lei ha fede?

- Ho speranza.

- Prosegua il ravvedimento.

- Sicuro.

Ringrazio per la critica lettura Elvio Fassone, prima di tutto un caro amico. Lo scritto è aggiornato al 15 ottobre 2020.

Riflessione

— Artificial Intelligence in Healthcare: Risk Assessment and Criminal Law

Intelligenza artificiale in ambito sanitario: valutazione del rischio e diritto penale

di Federico Carmelo La Vattiated

Contributo originariamente pubblicato all'interno del volume collettaneo [Special Collection on Artificial Intelligence](#), edito dal United Nations Interregional Crime and Justice Research Institute (UNICRI), 2020, pp. 4 ss.

Il presente contributo, del quale è stata autorizzata la ripubblicazione all'interno di questa Rivista, è parte integrante del volume collettaneo *Special Collection on Artificial Intelligence*, recentemente pubblicato dall'Istituto di ricerca sul crimine e la giustizia delle Nazioni Unite (UNICRI). UNICRI ha in tal modo voluto realizzare un'opera di carattere interdisciplinare su un argomento che, verosimilmente, impegnerà i giuristi nei prossimi anni. Occorrerà individuare, infatti, delicati punti di equilibrio tra diversi interessi, certamente non tutti aventi la medesima importanza avuto riguardo alle scale valoriali consacrate nelle Carte costituzionali e nelle Carte internazionali in tema di diritti umani, ma comunque meritevoli di protezione (sia pure di variabile intensità) da parte del diritto.

A ben vedere, la *Special Collection* rappresenta solo l'ultimo "tassello" del più ampio programma di ricerca dell'Istituto (in particolare dal suo *Centre for Artificial Intelligence and Robotics*) in materia di rapporti tra l'intelligenza artificiale (IA o AI) e il settore della giustizia penale. L'impegno profuso è testimoniato dalla pubblicazione di diversi lavori (oltre a quello in parola), tra i quali vanno rammentati: [Artificial Intelligence: an overview on state initiative](#) (luglio 2019); [Artificial Intelligence and Robotics for Law Enforcement](#) (marzo 2019); nonché [Towards Responsible Artificial Intelligence Innovation](#) (maggio 2020) – queste due ultime opere prodotte in collaborazione con INTERPOL –.

L'articolo qui ripubblicato, in particolare, analizza il tema della gestione dei rischi legati alle attività di produzione e impiego di sistemi di IA, con particolare riguardo alle applicazioni in ambito medico (segnatamente i *Software as a Medical Device* o SaMD). L'intento è quello di definire le questioni rilevanti sotto il profilo penalistico. A questo riguardo, viene indagata la tenuta delle categorie tradizionali del diritto penale di evento, a fronte di una così dirompente innovazione tecnico-scientifica. L'approccio adottato si contraddistingue per due elementi: l'interdisciplinarietà e il metodo della comparazione. Da quest'ultimo punto di vista, lo studio fa riferimento a tre tradizioni giuridiche differenti (quella di *common law*, quella tedesca e quella italiana), allo scopo di cogliere gli elementi ad esse comuni, senza con ciò ignorare i tratti differenziali. Infine, viene proposto un modello alternativo di *AI-risk assessment*, basato su una integrazione degli strumenti propri del diritto penale, del diritto civile e del diritto amministrativo. Invero, alla luce del principio del diritto penale come *extrema ratio*, una corretta calibratura delle sfere di rilevanza di tali settori dell'ordinamento garantirebbe la contemporanea tutela degli interessi, da un lato, dell'imputato/indagato a un processo equo e, dall'altro, delle vittime a una soddisfazione per i danni subiti.

Abstract. *The advances in the field of artificial intelligence (AI) are changing the nature of medical care. They involve both the sectors of diagnostics and therapeutics. Medical literature has widely analysed the advantages and the risks of AI. Researchers have found that early diagnoses are essential in order to avert the decline of patients' health status. This can be achieved through improving the analysis procedures on healthcare data by means of AI techniques. However, in order to guarantee the security of AI medical devices, their clinical evaluation is crucial. This article aims at conceptualising and solving the questions related to the application of AI in healthcare from the point of view of criminal law. The traditional criminal law categories will be investigated, so as to understand whether it is possible to consider deaths and injuries occurring in the context of medical care as criminal offences to prevent and prosecute, when AI techniques are used. The study will be carried out in a comparative perspective. In conclusion, this will allow to propose a new AI-risk assessment paradigm, based on the integration of criminal law, civil law, and administrative law measures, so as to guarantee an equilibrium between the fundamental rights of the accused (a fair trial) and of the victims (a compensation for damages they have suffered).*

Abstract. *I progressi nel campo dell'intelligenza artificiale (IA) stanno modificando l'essenza delle cure mediche. Essi interessano sia il versante della diagnostica sia quello della terapeutica. La letteratura medica si è diffusamente soffermata sull'analisi dei vantaggi e dei rischi connessi all'IA. I ricercatori hanno riscontrato come le diagnosi precoci risultino essenziali per evitare il peggioramento delle condizioni di salute dei pazienti. Questo risultato può essere conseguito perfezionando le procedure di analisi dei dati sanitari tramite il ricorso a tecniche di IA. Tuttavia, per garantire la sicurezza dei dispositivi medici di IA, è fondamentale la loro valutazione clinica. Il presente contributo mira a inquadrare e risolvere le questioni relative all'applicazione dell'IA in ambito sanitario dal punto di vista del diritto penale. Verranno indagate le tradizionali categorie del diritto penale, al fine di comprendere se sia possibile ricondurre i decessi e le lesioni occorsi in ragione dell'utilizzo di applicazioni mediche di IA a fatti-reato da prevenire e perseguire. La disamina sarà condotta secondo una prospettiva comparativa. All'esito dell'analisi, sarà possibile proporre un nuovo paradigma di valutazione del rischio connesso all'IA, basato sul ricorso integrato a misure di*

diritto penale, diritto civile e diritto amministrativo, allo scopo di assicurare un equilibrio tra i diritti fondamentali dell'imputato (garanzia di un processo equo) e delle vittime (diritto al risarcimento dei danni subiti).

SUMMARY: 1. Introduction. – 2. Ethics Guidelines for Trustworthy Artificial Intelligence. – 3. AI in Healthcare. – 4. Criminal Law Questions Raised by the Use of AI in Healthcare. – 5. AI Entities as Legal Persons. – 6. AI Entities as Instruments: Responsibility of the *Producers* and the *Users*. – 7. A New Paradigm. – 8. Conclusions.

SOMMARIO: 1. Introduzione. – 2. Linee guida etiche per un'intelligenza artificiale affidabile. – 3. L'IA nell'assistenza sanitaria. – 4. Interrogativi penalistici posti dall'uso dell'IA nell'assistenza sanitaria. – 5. Sistemi di IA come persone giuridiche. – 6. Sistemi di IA come strumenti: responsabilità dei produttori e degli utenti. – 7. Un nuovo paradigma. – 8. Conclusioni.

1. Introduction.

The advances in the field of artificial intelligence are changing the nature of medical care. AI refers to «systems that display intelligent behaviour by analysing their environment and taking actions – with some degree of autonomy – to achieve specific goals. AI-based systems can be purely software-based, acting in the virtual world [...] or AI can be embedded in hardware devices»¹. In other words, an **intelligent system** consists of a set of algorithms that can use data, to solve (more or less complex) problems in different contexts.

One should clarify a fundamental technique in the field of AI, i.e., **machine learning** (ML). The latter is based on complex mathematical techniques, since the related knowledge-representations involve the theory of probability and the statistics. The **artificial neural nets** (ANNs) are crucial elements. They are neural computational systems that are inspired by the functioning of the human brain, i.e., **biological neural nets** (BNNs). In particular, there are two similarities between them. Firstly, the building blocks of both nets are highly interconnected computational “tools”. Secondly, ANNs consist in computing networks that are distributed in parallel and function like the varying synaptic strengths of the biological neurons: there are many **input signals** to neurons, and the impact of each input is affected by the **weight** given to it, namely the adaptive coefficient within the network that determine the intensity of the input signal. In conclusion, «the output signal of a neuron is produced by the summation block, corresponding roughly to the biological cell body, which adds all of the weighted inputs algebraically»².

There are three kinds of ML:

¹ EU Commission, *Artificial intelligence for Europe*, Communication from the Commission to the European Parliament, the European Council, the Council, the European Economic and Social Committee and the Committee of the Regions, 2, April 25, 2018.

² Y.-S. Park, S. Lek, *Artificial Neural Networks: Multilayer Perceptron for Ecological Modelling*, in *Developments in Environmental Modelling*, 28, 2016, p. 124.

- a) the **supervised learning**, where the programmer **trains** the system by defining a set of expected results in relation to a certain in-put range, and by constantly evaluating the achievements of the objectives. The system then formulates a hypothesis. Every time it makes a mistake, the hypothesis is reviewed;
- b) the **unsupervised learning**, where the user provides for neither expected results nor error-reports;
- c) the **reinforcement learning**, where the system is led by a sort of *reward-punishment* mechanism, i.e., feedback messages about what has been done well or badly. In complex situations, the success or the failure of the system is reported after many decisions, and a sort of procedure for **assignment of credits** identifies the decisions that likely lead to success.

Another important technique is the so-called **deep learning** (DL), a subset of ML: it is a technique that allows the machines to better identify patterns through a more complicated use of neural nets. Because of this characteristic, it is possible to recognise data's patterns at various hierarchical levels. In other words, DL can identify a multilevel representation of knowledge³.

In brief, the ML algorithms use statistics and mathematics to find a pattern and correlations in big data⁴. The more a system processes data, the more it improves. Hence, the **detention** of big data is important. Very few persons and entities hold this new kind of **wealth**. This involves the emersion of new power, which is particularly difficult to control and limit by virtue of the traditional means. For this reason, new **checks and balances** are needed, so as to balance two interests: a) to promote the advantageous developments of AI; and b) to prevent abuses that can cause threats to individual rights⁵.

In general, there are four classification criteria of risks and opportunities resulting from the use of AI. When the AI is well used, it allows the human **self-regulation** and **agency**, as well as the improvement of societal **potential** and **cohesion**. Instead, when the AI is misused or overused, it reduces the **competences** of humans, it removes their **responsibilities**, and it undervalues their skills of **self-control** and **self-determination**⁶.

2. Ethics Guidelines for Trustworthy Artificial Intelligence.

In 2018 the European Commission set up an independent High-Level Expert Group on Artificial Intelligence (AI HLEG) that published a document, entitled "Ethics Guidelines for Trustworthy Artificial Intelligence", with the aim to promote trustworthy AI.

³ M.A. Boden, *Artificial Intelligence. A Very Short Introduction*, Oxford University Press, 2018, (Italian trans. *L'intelligenza artificiale*, Il Mulino, 2019), p. 46.

⁴ The definition of "big data" is: very large sets of data that are produced by people using the internet, and that can only be stored, understood, and used with the help of special tools and methods. See <https://dictionary.cambridge.org/it/dizionario/inglese/big-data>.

⁵ C. Casonato, *Potenzialità e sfide dell'intelligenza artificiale*, in *BioLaw Journal*, 1, 2019, p. 178.

⁶ L. Floridi, J. Cowls, M. Beltrametti, R. Chatila, P. Chazerand, V. Dignum, C. Luetge, R. Madelin, U. Pagallo, F. Rossi, B. Schafer, P. Valcke, E. Vayena, *AI4People-An Ethical Framework for a Good AI Society: Opportunities, Risks, Principles, and Recommendations*, in *Minds and machines*, 28, 4, 2018, pp. 689 ff.

According to the document, «trustworthiness is a prerequisite for people and societies to develop, deploy and use AI systems»⁷. Trustworthy AI should be: a) **lawful**; b) **ethical**; and c) **robust**.

The document provides a framework for achieving trustworthy AI based on fundamental rights, that are enshrined in the Charter of Fundamental Rights of the European Union, and relevant international human rights law, such as the European Convention on Human Rights. Furthermore, the document sets three series of key guidance. First, it «identifies the ethical principles and their correlated values that must be respected in the development, deployment and use of AI systems»: a) **respect for human autonomy, prevention of harm, fairness and explicability**; b) the need for attention to situations involving more vulnerable groups, and to situations which are characterised by asymmetries of power or information; and c) acknowledgment of the risks that AI involves (including impacts which may be difficult to anticipate, identify or measure), and adoption of adequate measures to mitigate them. Secondly, guidance on how trustworthy AI can be realised is provided, and for this purpose seven key requirements that AI systems should meet are listed: i) human agency and oversight; ii) technical robustness and safety; iii) privacy and data governance; iv) transparency; v) diversity; non-discrimination and fairness; vi) environmental and societal well-being; and vii) accountability. Finally, the document provides an assessment list that will need to be tailored to the specific use case of the AI system.

As we will see in the following paragraph, AI can be widely applied in medicine, and its potential contributions to this field seem limitless. However, ethical challenges can arise, given that **intelligent** systems have a tremendous capability to threaten patients' preferences, safety and privacy. Benefits and risks due to AI application in healthcare need to be balanced carefully⁸. Furthermore, criminal law issues can arise with respect to the area of medical malpractice, such as black-box problems concerning the etiological link between the use of AI and damages, as well as difficulties in identifying precautionary rules whose culpable violation justifies convictions for gross negligence or recklessness.

3. AI in Healthcare.

Experts started to debate the topic of difficult decisions in complex clinical situations assisted by computers in 1959⁹.

⁷ EU High-Level Expert Group on AI, *Ethic Guidelines for Trustworthy AI*, 4, April 8, 2019.

⁸ M.J. Rigby, *Ethical Dimensions of Using Artificial Intelligence in Health Care*, in *AMA J Ethics*, 21, 2, 2019, pp. 121 ff.

⁹ R.S. Ledley, L.B. Lusted, *Reasoning foundations of medical diagnosis; symbolic logic, probability, and value theory aid our understanding of how physicians reason*, in *Science*, 130, 3366, July 3, 1959; E.H. Shortliffe, M.J. Sepúlveda, *Clinical Decision Support in the Era of Artificial Intelligence*, in *JAMA*, 320, 21, December 4, 2018, p. 2199.

AI in healthcare involves both the sectors of diagnostics and therapeutics¹⁰. Applications are diverse, from mobile apps that make a diagnosis to surgical robots¹¹. The advertising hyperbole of AI medical devices, however, «has led to skepticism and misunderstanding of what is and is not possible» with ML¹². One should investigate the reasons for the doubts of credibility that affect the adoption of clinical decision support systems (CDSS). There are complexities that limit the ability to move ahead quickly. They reflect the ones of clinical practice: a) black boxes are unacceptable, since CDSS require transparency; b) time is a scarce resource, given that CDSS should be «efficient in terms of time requirements and must blend into the workflow of the busy clinical environment»; c) «complexity and lack of usability thwart use», as CDSS «should be intuitive and simple to learn and use»; d) «relevance and insight are essential», in fact «CDSS should reflect an understanding of the pertinent domain and the kinds of questions with which clinicians are likely to want assistance»; e) delivery of knowledge and information must be respectful, and CDSS «should offer advice in a way that recognizes the expertise of the user, making it clear that it is designed to inform and assist but not to replace a clinician»; and finally f) scientific foundation must be strong, as CDSS «should have rigorous, peer-reviewed scientific evidence establishing its safety, validity, reproducibility, usability, and reliability»¹³.

Although human physicians cannot be replaced by AI systems in the foreseeable future, AI could play a key-role in assisting physicians to make better clinical decisions. In some cases, intelligent systems could even replace human judgement in certain fields of healthcare.

As a matter of fact, a large volume of healthcare data can be computed efficiently by AI algorithms, in order to assist clinical practice. Intelligent systems can be equipped with learning and self-correcting skills to improve their accuracy, and support physicians in reducing diagnostic and therapeutic errors. Moreover, AI systems can be used so as to extract information from a large patient population and assist in making real-time inferences for a health risk alert and outcome prediction¹⁴.

AI medical devices can be classified into two categories: a) ML techniques that analyse healthcare data (e.g., imaging, genetic and EP data) in order to cluster patients' characteristics or infer the probability of the outcome of certain diseases; b) natural

¹⁰ Within the **genus** «therapeutics», three *species* can be distinguished: a) medical therapy; b) surgical therapy; c) mixed therapy (e.g., some neoplasia needs to be treated by means of: first, an oncological intervention, so as to reduce the **critical mass**; secondly, a surgical intervention to remove it; and finally, another oncological intervention in order to prevent the risk of metastasis).

¹¹ However, recent studies have compared the level of diagnostic efficiency of humans and AI systems. The outcome was the humans' **victory**. The spread between the samples is directly proportional to the rarity of diseases: the more a disease is atypical, the more humans take advantage of their personal skills, since the clinical question cannot be simply solved by means of statistics. Instead, when a disease is common, AI systems can use their (potentially boundless) skills in data processing. See H.L. Semigran, D.M. Levine, S. Nundy, A. Mehrotra, *Comparison of Physician and Computer Diagnostic Accuracy*, in *JAMA Internal Medicine*, 176, 12, 2016, pp. 1860-1861.

¹² S. Saria, A. Butte, A. Sheikh, *Better medicine through machine learning: What's real, and what's artificial?*, in *PLoS Med*, 15, 12, 2018, p. 1.

¹³ E.H. Shortliffe, M.J. Sepúlveda, *Ibidem*.

¹⁴ F. Jiang, Y. Jiang, H. Zhi, Y. Dong, H. Li, S. Ma, Y. Wang, Q. Dong, H. Shen, Y. Wang, *Artificial intelligence in healthcare: past, present and future*, in *Stroke and Vascular Neurology* 2, 4, 2017, p. 230.

language processing (NLP) methods that process unstructured data (e.g., clinical notes and medical journals) in order to develop structured medical data. In particular, DL is very performing in the interpretation of data in the form of images, by virtue of the complexity of factors that it can take into account.

Medical literature has widely discussed the advantages of AI, mainly regarding three disease types: cardiovascular disease, cancer and nervous system disease. These are the leading causes of death. Thus, early diagnoses are essential in order to avert the decline of patients' health status. This can be achieved through improving the analysis procedures on healthcare data by means of AI techniques.

Having said this, several challenges still need to be faced. In the first place, current regulations lack standards to assess the AI systems' safety and efficacy. Furthermore, scientists deal with problems of data-exchange. From this point of view, one should consider that intelligent systems need to be constantly trained by clinical data: the first training can be based on historical datasets; however, the following steps require a continuation of the information. This is a crucial issue for the development and improvement of the system¹⁵.

4. Criminal Law Questions Raised by the Use of AI in Healthcare.

Many questions in the field of criminal law arise from the development of software as a medical device (SaMD). In brief, we need to clarify:

- a) whether AI systems must be considered as **agents**, in as much as they can be **legal persons**, or mere **instruments**, through which humans might commit crimes;
- b) how AI crimes (AIC) – i.e. crimes involving an AI system – can be performed in the field of medical devices, namely whether they are crimes typically based on specific conduct or requiring a specific event to occur¹⁶; also, in the latter case, how we can solve the questions concerning the etiological link between the agent's conduct and the event, and the varieties of fault; and
- c) finally, whether a new fairer model may be theorised.

5. AI Entities as Legal Persons.

Gabriel Hallevy theorised possible forms of AI systems' criminal liability based on the attribution to them of a legal personality. He postulated three models:

- i. the **perpetration-through-another** model, where the AI system is considered as an **innocent agent**, a mere **instrument** used by the actual perpetrator (**principal**), i.e. the programmer or the user;

¹⁵ F Jiang *et al.*, *Ivi*, p. 241.

¹⁶ T.C. King, N. Aggarwal, M. Taddeo, L. Floridi, *Artificial Intelligence Crime: An Interdisciplinary Analysis of Foreseeable Threats and Solutions*, in *Sci. Eng. Ethics*, 26, 2020, pp. 90-91.

- ii. the **natural-probable-consequence** model, where programmers/users may be held criminally liable for a crime committed via AI and occurring as a natural and probable consequence of their intentional or negligent behaviour;
- iii. the **direct liability** model, where it is assumed that AI is endowed with *mens rea*, and therefore compatible with a burden of liability for conduct materially executed by itself.

In the last model, Hallevy hypothesises a possible application of punishment constructed according to a principle of equivalence between machine and man. It would be a matter of eliminating the software, intending to neutralise the system, or deactivating it for a pre-established length of time in order to encourage its re-education. Yet, Hallevy's third model cannot be accepted. It is based on vitiated arguments.

First, AI systems are not actually **intelligent**. In law, speculation without scientific evidence cannot constitute a valid reference. As Luciano Floridi, a professor at the Internet Oxford Institute, argues, the best definition of AI is still the one provided by John McCarthy in 1955: the AI problem «is taken to be that of making a machine behave in ways that would be called intelligent if a human were so behaving»¹⁷. Thus, we can call such a behaviour intelligent in as much as a human behaves in that way, but it does not mean that the machine is intelligent¹⁸.

Hallevy argues that the objections against the criminal liability of AI entities (above all concerning the requirement of *mens rea*) are based on arguments that are similar to the ones relating to the liability of corporations. Then, there would be «no substantial legal difference between the idea of criminal liability imposed on corporations and on AI entities». Yet, there is a substantial difference: «under the [...] 'superior agent' rule, corporate criminal liability [...] is limited to situations in which the conduct is performed or participated in by the board of directors or a high managerial agent»¹⁹. Instead, Hallevy's third model «does not assume any dependence of the AI entity on a specific programmer or user»²⁰.

Finally, criminal responsibility is based on the two crucial concepts of **wrongdoing** and **attribution**²¹, which presuppose two requisites:

¹⁷ J. McCarthy, M.L. Minsky, N. Rochester, C.E. Shannon, *A proposal for the Dartmouth Summer Research Project on Artificial Intelligence: August 31, 1955*, in *AI Magazine* 27, 4, 2006, p. 12.

¹⁸ L. Floridi, *Digital's Cleaving Power and Its Consequences*, in *Philos. Technol.*, 30, 2017, pp. 123 ff.

The author argues that if one affirmed that the machine is **intelligent**, it would be «a fallacy that smacks of superstition (compare: the river reaches the lake by following the best possible path, removing obstacles in its way; if this had been done by someone, we would have considered that behaviour intelligent; so the river's behaviour is intelligent)».

¹⁹ W.R. LaFave, A.W. Scott Jr., *Substantive Criminal Law*, Volume 1, West Publishing Co., 1986, p. 360.

²⁰ G. Hallevy, *The Criminal Liability of Artificial Intelligence Entities - from Science Fiction to Legal Social Control*, in *Akron Intellectual Property Journal*, 4, 2, Article 1, 2010, p. 186.

²¹ An act is **wrongful** when it satisfies the definition of an offence and is unjustified. The definition of an offence is composed by a set of (objective and subjective) elements that constitutes the so-called **incriminating case** against the charged person. It is provided for in a *basic norm*, i.e., a norm, directed to the citizens, which **prohibits** particular acts or **requires** particular acts to be performed. So, they impose **duties of compliance** on individuals. Therefore, the concept of **wrongful conduct** is formal, being defined by the incompatibility of the act with respect to the norms of the legal system. Instead, the concept of **wrongdoing** is substantial: to say

- a) a **human** (and **voluntarily taken**) act or omission²² (also known as *actus reus*)²³;
- b) the *mens rea* (varieties of fault), i.e., the act/omission needs to be *covered* by a guilt mind.

6. AI Entities as Instruments: Responsibility of the *Producers* and the *Users*.

We have clarified that AI systems are not **subjects**. Instead, they have to be considered as **instruments**, through which the actor can commit a crime. In the field of AI medical devices, we can distinguish two types of offences: the ones committed by the **producers** and the ones committed by the **users**.

Producers can be found liable for having committed crimes either within the pattern of **manifest criminality**, or within the pattern of **harmful consequences**. In the first case, «the significance of the criminal act is that it manifests criminality and unnerves the community's sense of security»²⁴. In other words, what is merely punished is that the actor puts in **danger** a legal interest (e.g., life, or public health). These offences are forms of **direct** liability that can consist of either **active** or **omissive** conduct (the breach of a specific statutory duty to act), and are characterised by considerable anticipation of the threshold to trigger criminal law protection. In this respect, we may generally distinguish:

- a) the responsibility for the **type** of production, when the perpetrator develops certain types of AI devices **absolutely prohibited** by the law, since they involve a high risk of causing harmful events, that cannot be (substantially) reduced through the respect of some precautionary measures; and
- b) the responsibility for the **modality** of production, that relates to areas of production (**allowed** by the law) characterised by a lower risk-coefficient, since the available nomological skills permit to set precautionary measures in order to prevent/reduce the risk of harmful events²⁵. Thus, producers can be held accountable for having produced AI devices without complying with the aforementioned precautionary rules.

that the perpetrator is a **wrongdoer** (or that he/she engaged in wrongdoing) is to pass judgment on the intrinsic quality of his/her deeds. The concept of **attribution** can be referred to in two dimensions:

- **objective** attribution is the term used in Germany to qualify the general process of holding individuals accountable for the occurrence of harm or the acts of other persons; and
- **subjective** attribution, instead, refers to the distinct question of the **criteria for holding persons accountable** for their deeds.

With particular reference to **subjective** attribution, it is based on norms other than *basic* ones, directed (not to the citizens but) to the judge. These rules do not generate exceptions to the basic norms, they only **excuse** their violation.

In this regard, see *amplius* the fundamental work by G.P. Fletcher, *Rethinking Criminal Law*, Oxford University Press, 2000, pp. 454 ff..

²² G.P. Fletcher, *Ivi*, p. 475.

²³ T.C. King *et al.*, *Ibidem*.

²⁴ G.P. Fletcher, *Ivi*, p. 420.

²⁵ F. Bricola, *Responsabilità penale per il tipo e per il modo di produzione*, in *Scritti di diritto penale*, 1, II, ed. S. Canestrari, A. Melchionda, Giuffrè, 1997; C. Piergallini, *Danno da prodotto e responsabilità penale: profili dommatici e politico-criminali*, Giuffrè, 2004, pp. 40 ff.

Furthermore, they can be found guilty of a crime within the pattern of **harmful consequences**, e.g., manslaughter, in as much as, within the productive cycle of an AI device, they have not respected the precautionary rules mentioned above, and, because of this violation, they have caused the **actual occurrence of a harm** to the legal interest protected by the law (individuals' life), such as a man/woman's death.

With regard to the **users**, namely physicians, they can commit crimes within the aforementioned patterns too. As for offences within the pattern of **manifest criminality**, in the field of SaMD, these forms of responsibility can consist in violating the ban of merely using devices with certain characteristics, i.e., involving a risk-level that is considered excessive and unacceptable by the law. As for crimes within the pattern of **harmful consequences**, physicians can be found liable for having committed manslaughter due to **medical malpractice**. These offences could fulfil forms of:

- a) **direct** liability, when the physician commits **active** deeds, i.e., he/she uses a SaMD, and, as a **direct** consequence, the patient dies; and
- b) **derivative** liability, when he/she is responsible for a so-called **commission by omission**.

Indeed, the paradigm of **commission by omission** is based on the criteria of the so-called **duty to avert the harmful event**. The duty to act – a **legal** duty, not merely a **moral** duty – can arise according to:

- i. a statute («other than the criminal statute whose violation is in question»)²⁶;
- ii. a personal relationship, e.g., between the physician and the patient;
- iii. a contract;
- iv. the voluntary assumption of care; and
- v. the creation of a risk by the defendant.

In other words, the physician can be held accountable for the event that is to be averted only if – in the light of a special **protection-link** –, in a particular situation, he/she can be considered as the **defender** (the **guarantor**) of a certain legal interest, namely a patient's life²⁷. For instance: a physician used a SaMD; he/she had the **duty to control** it, so as to prevent (**as much as possible**) the occurrence of harmful outcomes; nevertheless, he/she failed in doing it (either because he/she **absolutely** did not control the **causal progress** activated by the device's use, or because he/she **erroneously** controlled it, namely not complying with the applicable guidelines). According to the prevailing view, the perpetrator must know the facts indicating a duty to act, and the jurisprudence retains that the imposition of strict liability in omission cases is inappropriate²⁸. Certainly, «sometimes there may be a duty to take care to know the facts, as well as a duty to go into action when the facts are known»²⁹. Also, the actor must be physically capable of performing the actions necessary to avert the harmful event³⁰. In the pattern of **harmful consequences**,

²⁶ W.R. LaFave, A.W. Scott Jr., *Ivi*, 286.

²⁷ This element is common to several legal systems. In this regard, one could mention the Italian notion of "*posizione di garanzia*", or the German concept of "*Garantenstellung*".

²⁸ *Harding v. Price*, 1948, 1 K.B. 695.

²⁹ W.R. LaFave, A.W. Scott Jr., *Ivi*, pp. 290-291.

³⁰ W.R. LaFave, A.W. Scott Jr., *Ivi*, p. 291.

when an event occurs due to the use of AI systems, a problem might arise with reference to **causation**. As things stand, we are not able to identify the etiological links within the **neural nets** in terms of certainty. In other words, one can affirm that an AI system causes a certain event *y* (e.g., a diagnosis), from a certain data-set *x* (e.g., some tests on the patient). However, the reconstruction of every single **intermediate** step through which the system reaches that result (especially in cases of DL) is currently impossible.

Nonetheless, by means of the counterfactual analysis, judges only need to establish whether a certain conduct is a contingently essential condition of the event. They never achieve a result that is **deductively sure**. Indeed, their reasonings are almost always **probabilistic** (i.e., rationally plausible), due to the lack of **explicative preconditions** and to the use of **statistical laws** in the explanation of naturalistic events³¹. In this sense, as a matter of common knowledge, the actor's conduct, namely the use of a SaMD, must be the *condicio sine qua non* of the harmful event³², or that **but for** the conduct, the event would not have occurred³³.

In **commission-by-omission cases**, the judge must:

- i.* reconstruct the omitted action³⁴, i.e., the (correct) supervision of the device that would have avoided the deterioration of a patient's health condition;
- ii.* reconstruct the **causal process**, as it actually occurred, i.e., how and why the harmful event occurred; and
- iii.* clarify – in the light of an established scientific law – whether the actor's (**hypothetical**) conduct would have affected the causal process averting the harmful event.

A point must be stressed: the standard of proof expressed by the formula **beyond any reasonable doubt** (*alias* "BARD rule") arises from the consideration that «it is far worse to convict an innocent man than to let a guilty man go free»³⁵. Therefore, in this field, an established scientific **covering-law** is essential to prove the etiological process and then the actor's liability. Otherwise, the accused physician must be declared **not guilty**.

³¹ F. Stella, *La nozione penalmente rilevante di causa: la condizione necessaria*, in *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale*, 4, 1988, p. 1217.

³² For the purpose of criminal law, one can affirm that there is an etiological link between an antecedent (e.g., a – wrong – diagnosis obtained by means of an AI system) and an event (e.g., the patient's death) when two elements subsist, namely:

- i.* an established (universal or statistical) covering-law, in the light of which the causal process in question can be explained; and
- ii.* the agent's conduct (i.e., the use of an AI system) is an **essential condition in all the feasible (or probable) explanations**.

³³ The American Law Institute, *Model Penal Code*, § 2.03, 1, May 24, 1962.

³⁴ G. Grasso, *Il reato omissivo improprio: La struttura obiettiva della fattispecie*, Giuffrè, 1983, pp. 370-371.

³⁵ *In re Winship*, 397 U.S. 358, 1970; *Barnes v. United States*, 412 U.S. 873, 1973; *Carella v. California*, 491 U.S. 263; *Albright v. Oliver et al.*, 510 U.S. 266, 1994; *Victor v. Nebraska*, 511 U.S. 1, 1994; *United States v. Gaudin*, 515 U.S. 506; *Spencer v. Kemna*, 523 U.S. 1, 1998. As for the jurisprudence of the Italian Supreme Court see above all: Cassazione Penale, Sezioni Unite, no. 30328 *Franzese*, 2002.

In order for the crime to be fulfilled, the perpetrator must meet the so-called *mens rea* requirements. In this regard, the offences can be basically committed in the light of the following varieties of fault³⁶:

- a) intention;
- b) knowledge;
- c) recklessness;
- d) negligence.

Among these varieties of fault, **recklessness** and **negligence** are the most questionable, relating to the notion of **risk** (that must be **substantial** and **unjustifiable**)³⁷. The actor – respectively – consciously has disregarded it, or should have been aware of it³⁸. The threshold of substantiality and unjustifiability of the risk is due to a *gross deviation* from the standard of conduct/care³⁹ that a **law-abiding/reasonable person**⁴⁰ would respect in the actor's situation⁴¹.

³⁶ One might observe that the various legal systems adopt different solutions concerning the varieties of fault. As a matter of fact, this consideration is only partially true. Instead, the comparative analysis demonstrates that, regardless of terminological differences, substantial similarities are often more than dissimilarities. Sure, solutions are rarely the same. Nevertheless, modern jurists' task – living in a globalised world – is to **build bridges not walls**, to find points of contact between different legal traditions, especially in areas – such as AI – where criminality (and its prevention and punishment) no longer concerns one State solely, but requires stronger mechanisms of judicial cooperation.

From this point of view, one might refer to the rules and principles set in the Rome Statute of the International Criminal Court (where applicable). Sure, the ICC exercises its jurisdiction over crimes that are other than the ones we are dealing with, i.e., artificial intelligence crimes ("AIC") in the field of healthcare. However, some definitions – especially the ones concerning the so-called **general part** of criminal law – may represent valid references. As a matter of fact, the Statute's drafters (most of which were comparative law experts) made the effort to formulate definitions that could have been a sort of synthesis between the various legal traditions. In this regard, for example, one might mention the definition of *mens rea*, based on the elements of **intent** and **knowledge**, pursuant to article 30: «[...] a person has intent where: (a) In relation to conduct, that person means to engage in the conduct; In relation to a consequence, that person means to cause that consequence or is aware that it will occur in the ordinary course of events. [...] 'knowledge' means awareness that a circumstance exists or a consequence will occur in the ordinary course of events [...]».

³⁷ The American Law Institute, *Model Penal Code*, § 2.02(2)(d): «A person acts negligently with respect to a material element of an offense when he should be aware of a substantial and unjustifiable risk that the material element exists or will result from his conduct. The risk must be of such a nature and degree that the actor's failure to perceive it, considering the nature and purpose of his conduct and the circumstances known to him, involves a gross deviation from the standard of care that a reasonable person would observe in the actor's situation».

³⁸ In this respect, we should distinguish three elements: a) the **recognisability** ("Erkennbarkeit" in Germany, "riconoscibilità" in Italy) of the unreasonable/unjustifiable risk; b) its **foreseeability** ("Vorhersehbarkeit" in Germany, "prevedibilità" in Italy); and c) its **preventability** ("Vermeidbarkeit" in Germany, "evitabilità" in Italy).

³⁹ The notion of «gross deviation from the standard of care» expresses what is commonly understood as the **something extra** that distinguishes the **criminal** (or **gross**) negligence and the **ordinary** negligence, which is relevant in the area of tort law solely.

Analogous (albeit not identical) concepts can be found in the German and Italian legal systems: i.e., the notions of – respectively – "*Leichtfertigkeit*" and "*colpa grave*".

⁴⁰ W.R. LaFave, A.W. Scott Jr., *Id.*, p. 328: «Thus negligence is framed in terms of an objective (sometimes called 'external') standard, rather than in terms of a subjective standard».

⁴¹ In this regard, see also W.R. LaFave, A.W. Scott Jr., *Id.*, pp. 327-328: «"Unreasonable risk" is an expression which takes into account the fact that we all create some risk to others in our everyday affairs without subjecting ourselves to liability for negligence [...]. The test for reasonableness in creating risk is thus said to be determined by weighing the magnitude of the risk of harm against the utility of the actor's conduct. Under such a test, even a slight risk may be unreasonable [...]. Aside from the utility of the actor's conduct, another

With regards to the aforementioned standard, some rules of care are crucial. As for **producers**, norms on the rigorous clinical validation of AI medical devices can be cited⁴². Instead, the standard of care for **users**, i.e., physicians, guidelines and best practices on healthcare are the main reference. However, in both cases, the judge must investigate whether, in the specific situation, the rule of care that the actor violated was aimed at preventing harmful events of the type of the one that occurred⁴³.

7. A New Paradigm.

The abovementioned liability paradigm (still in effect) does not allow to realise the simultaneous **protection of the innocent and the victims**⁴⁴. Another paradigm can be theorised in a *de lege ferenda* perspective.

In the comparative law-panorama, the U.S. model of assessment of technological risks can be a good reference. It is based on the central role of public agencies (e.g., the Food and Drugs Administration) and on five elements⁴⁵:

- i. The agency provides for specific **precautionary rules** that, for example, the companies involved in the production/use of medical devices must respect. These rules set risk-assessment **standards**, i.e. the adequacy threshold of a risk;

variable factor involved in the question of whether a particular risk is unreasonable is the extent of the actor's knowledge of the facts bearing upon the risk [...]. Still another variable concerns the nature and the extent of the harm which may be caused by the defendant's conduct, and the number of persons who may be harmed.

⁴² The International Medical Device Regulators Forum (IMDRF) – of which the WHO is an official observer within the management committee –, in particular the SaMD Working Group, has developed a series of documents in order to provide harmonized principles for individual jurisdictions to adopt based on their own regulatory framework.

The US Food & Drugs Administration (FDA) has adopted these principles. In this respect, see IMDRF SaMD Working Group, *Software as a Medical Device (SaMD): Key Definitions*, December 9, 2013; Id., *Software as a Medical Device: Possible Framework for Risk Categorization and Corresponding Considerations*, September 18, 2014; Id., *Software as a Medical Device (SaMD): Application of Quality Management System*, October 2, 2015; Id., *Software as a Medical Device (SaMD): Clinical Evaluation*, June 22, 2017.

In Europe, on the 5th April 2017 the European Parliament and the Council of the European Union has adopted the Regulation (EU) 2017/745 **on medical devices**. This «lays down rules concerning the placing on the market, making available on the market or putting into service of medical devices, for human use and accessories for such devices in the Union. This Regulation also applies to clinical investigations concerning such medical devices and accessories conducted in the Union» (article 1.1). The abovementioned guidance developed for medical devices at the international level have been taken into consideration by the EU too, so as «to promote the global convergence of regulations which contributes to a high level of safety protection worldwide, and to facilitate trade» (recital 5). In this way, the results of clinical investigations conducted in the EU would be accepted as documentation outside the EU, and those conducted outside the EU in accordance with international guidelines would be accepted within the EU. In this regard, the rules should be in line with the most recent version of the World Medical Association (WMA) Declaration of Helsinki *on ethical principles for medical research involving human subjects* (recital 64).

⁴³ In Germany and Italy this concept is understood as, respectively, "*Risikozusammenhang*" and "*nesso di rischio*". These expressions' translation might be the **risk-link** between the violation of the duty of care (by the actor) and the harmful event, whose nature is normative, not material.

⁴⁴ F. Stella, *Giustizia e modernità: La protezione dell'innocente e la tutela delle vittime*, Giuffrè, 2003.

⁴⁵ S. Jasanoff, *Science at the Bar: Law, Science, and Technology in America*, Harvard University Press, 1995, pp. 69 ff.; F. Centonze, *La normalità dei disastri tecnologici: Il problema del congedo dal diritto penale*, Giuffrè, 2004, pp. 400 ff.

- ii. The adoption of these precautionary rules is **democratically legitimated** (i.e., the Congress approves them);
- iii. The courts review the rationality of the agencies' decisions, i.e., courts of appeals may invalidate them in case they are **arbitrary** or **capricious**, or not supported by **substantial evidence**⁴⁶;
- iv. A rigid and preventive **enforcement** system, i.e., agencies may make **inspections** of the companies and issue **injunctions** to them;
- v. An **education and compliance assistance** system, i.e., the companies can either ask for the agency's **consultation assistance** in arranging an adequate set of cares able to prevent harmful events or accept a **Voluntary Protection Program** in the light of which the agency itself implements a permanent **on-site analysis** on the internal safety-system.

From a broader perspective, international harmonisation/cooperation is desirable in this field. The World Health Organization (WHO) might set general standards, that national – or hopefully supranational agencies, such as the European Medicines Agency (EMA) – should (not might) subsequently implement into more specific guidelines for producers and users.

As for sanctions, a multi-level system can be theorised. Above all, we should distinguish sanctions for the liability of organisations and sanctions for the liability of individuals.

As for the former, two levels can be hypothesised:

- i. Administrative sanctions (imposed by an agency) for minor violations of the precautionary rules concerning the production/use of a SaMD;
- ii. Criminal sanctions (imposed by the courts) for serious violations of the aforementioned precautionary rules and, eventually, for causing harmful events to the patients because of such violation.

As for the individuals, the view is necessarily different: in a field characterised by **scientific uncertainty**, they might be unconscious that, through their deeds, they create a substantial and unjustifiable risk. Thus, their liability should be limited to conducts covered by the psychological coefficients of **intent** and, at most, of **recklessness**. **Negligent** deeds should remain, in this field, immune from penal sanctions⁴⁷.

Finally, two considerations need to be pointed out. First, regardless of whether the accused is an organisation or an individual, the evidentiary and judgment rule in criminal trials is the one expressed by the formula **beyond any reasonable doubt**. Then, in cases where the prosecutors cannot present sufficient evidence so as to satisfy the aforementioned standard (either because they do not find it, or because – especially with

⁴⁶ *US Administrative Procedure Act*, 1946, Section 10.

⁴⁷ T.C. King *et al.*, *Ivi*, 95: «Concerning the knowledge threshold, in some cases the *mens rea* could actually be missing entirely. The potential absence of a knowledge-based *mens rea* is due to the fact that, even if it is understood that an AA [artificial agent] can perform the *actus reus* autonomously, the complexity of the AA's programming makes it possible that the designer, developer, or deployer (i.e., a human agent) will neither know nor predict the AA's criminal act or omission. The implication is that the complexity of AI provides a great incentive for human agents to avoid finding out what precisely the ML [machine learning] system is doing, since the less the human agents know, the more they will be able to deny liability for both these reasons».

reference to individuals' liability – it does not exist), victims can follow the **path** of tort law, in order to obtain fair compensation for the damages they suffered. In this regard, the view of those who theorise definitions of criminal liability without fault requirement cannot be accepted, and *mens rea* is so crucial to the State's entitlement to sanction individuals depriving them of their freedom that we cannot merely abandon it only because of difficulty in proving it.

8. Conclusions.

To sum up, we have seen that AI applications in healthcare entail both benefits and risks, which need to be balanced. The search for an equilibrium between them involves considerations concerning not only the field of medicine, but also ethics and law.

In particular, the protection of human rights deserves attention. Among them, in the field of criminal law, one should stress the interconnection that exists between, on the one hand, the principles of **legality** (*nullum crimen sine lege*) and of **culpability** (*nullum crimen sine culpa*), and, on the other hand, their processual *pendant*, namely the presumption of innocence and the BARD rule (a rule relating both to the admission and evaluation of evidence, and to the verdict on the defendant's guilty). From the point of view of the accused, the observance of these principles is crucial so as to guarantee the fundamental right to a fair trial⁴⁸. Nevertheless, patients-victims deserve **justice** in case of damages caused by mistakes in applying AI techniques to their clinical situation. We have seen how this simultaneous **protection of the innocent** and **of the victims** can be reached. In the first place, one should not confuse the liability of **producers**, and the one of **physicians**. The former can be found responsible for having committed offences either within the pattern of **manifest criminality** (i.e., they violate the **absolute** ban of producing certain types of devices, or they develop devices without complying with the applicable precautionary rules) or within the pattern of **harmful consequences** (in so far as the violation of the precautionary is etiologically linked to a man/woman's death). Instead, the case of physicians' liability is essentially a matter of medical malpractice. Then, from a different point of view, one should distinguish the cases of liability of **individuals** and **legal persons**, given that several legislations can differently apply to each of them. Finally, in a *de lege ferenda* perspective, we have seen that a new paradigm can be theorised. It is inspired to the US model of risk assessment, and involves the integration of criminal law, civil law, and administrative law measures. I think that this model could guarantee an equilibrium between the fundamental rights of the accused (a fair trial) and of the victims (a compensation for damages they have suffered).

⁴⁸ G. Grasso, *La protezione dei diritti fondamentali nella Costituzione per l'Europa e il diritto penale: spunti di riflessione critica*, in *Lezioni di diritto penale europeo*, ed. G. Grasso, R. Sicurella, Giuffrè, 2007, pp. 656 ff.

Bibliography

Books

M.A. Boden, *Artificial Intelligence. A Very Short Introduction*, Oxford University Press, 2018, (Italian trans. *L'intelligenza artificiale*, Il Mulino, 2019).

F. Bricola, *Responsabilità penale per il tipo e per il modo di produzione*, in *Scritti di diritto penale*, 1, II, ed. S. Canestrari, A. Melchionda, Giuffrè, 1997.

F. Centonze, *La normalità dei disastri tecnologici: Il problema del congedo dal diritto penale*, Giuffrè, 2004.

G.P. Fletcher, *Rethinking Criminal Law*, Oxford University Press, 2000.

G. Grasso, *Il reato omissivo improprio: La struttura obiettiva della fattispecie*, Giuffrè, 1983.

G. Grasso, *La protezione dei diritti fondamentali nella Costituzione per l'Europa e il diritto penale: spunti di riflessione critica*, in *Lezioni di diritto penale europeo*, ed. G. Grasso, R. Sicurella, Giuffrè, 2007.

S. Jasanoff, *Science at the Bar: Law, Science, and Technology in America*, Harvard University Press, 1995.

W.R. LaFare, A.W. Scott Jr., *Substantive Criminal Law*, Volume 1, West Publishing Co., 1986.

C. Piergallini, *Danno da prodotto e responsabilità penale: profili dommatici e politico-criminali*, Giuffrè, 2004.

F. Stella, *Giustizia e modernità: La protezione dell'innocente e la tutela delle vittime*, Giuffrè, 2003.

Journal Articles

C. Casonato, *Potenzialità e sfide dell'intelligenza artificiale*, in *BioLaw Journal*, 1, 2019, pp. 177 ff.

L. Floridi, J. Cows, M. Beltrametti, R. Chatila, P. Chazerand, V. Dignum, C. Luetge, R. Madelin, U. Pagallo, F. Rossi, B. Schafer, P. Valcke, E. Vayena, *AI4People-An Ethical Framework for a Good AI Society: Opportunities, Risks, Principles, and Recommendations*, in *Minds and machines*, 28, 4, 2018, pp. 689 ff.

L. Floridi, *Digital's Cleaving Power and Its Consequences*, in *Philos. Technol.*, 30, 2017, pp. 123 ff.

G. Hallevy, *The Criminal Liability of Artificial Intelligence Entities - from Science Fiction to Legal Social Control*, in *Akron Intellectual Property Journal*, 4, 2, Article 1, 2010, p. 186.

F. Jiang, Y. Jiang, H. Zhi, Y. Dong, H. Li, S. Ma, Y. Wang, Q. Dong, H. Shen, Y. Wang, *Artificial intelligence in healthcare: past, present and future*, in *Stroke and Vascular Neurology* 2, 4, 2017, p. 230.

T.C. King, N. Aggarwal, M. Taddeo, L. Floridi, *Artificial Intelligence Crime: An Interdisciplinary Analysis of Foreseeable Threats and Solutions*, in *Sci. Eng. Ethics*, 26, 2020, pp. 90-91.

R.S. Ledley, L.B. Lusted, *Reasoning foundations of medical diagnosis; symbolic logic, probability, and value theory aid our understanding of how physicians reason*, in *Science*, 130, 3366, July 3, 1959.

J. McCarthy, M.L. Minsky, N. Rochester, C.E. Shannon, *A proposal for the Dartmouth Summer Research Project on Artificial Intelligence; August 31, 1955*, in *AI Magazine* 27, 4, 2006, p. 12.

Y.-S. Park, S. Lek, *Artificial Neural Networks: Multilayer Perceptron for Ecological Modelling*, in *Developments in Environmental Modelling*, 28, 2016, p. 124.

M.J. Rigby, *Ethical Dimensions of Using Artificial Intelligence in Health Care*, in *AMA J Ethics*, 21, 2, 2019, pp. 121 ff.

S. Saria, A. Butte, A. Sheikh, *Better medicine through machine learning: What's real and what's artificial?*, in *PloS Med*, 15, 12, 2018, p. 1.

H.L. Semigran, D.M. Levine, S. Nundy, A. Mehrotra, *Comparison of Physician and Computer Diagnostic Accuracy*, in *JAMA Internal Medicine*, 176, 12, 2016, pp. 1860-1861.

E.H. Shortliffe, M.J. Sepúlveda, *Clinical Decision Support in the Era of Artificial Intelligence*, in *JAMA*, 320, 21, December 4, 2018, p. 2199.

F. Stella, *La nozione penalmente rilevante di causa: la condizione necessaria*, in *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale*, 4, 1988, pp. 1217 ff.

Institutional Documents (Statutes, Jurisprudence, Other Official Documents)

Albright v. Oliver et al., 510 U.S. 266, 1994.

Barnes v. United States, 412 U.S. 873, 1973.

Carella v. California, 491 U.S. 263.

Cassazione Penale, Sezioni Unite. no. 30328 *Franzese*, 2002.

E.U. Commission, *Artificial intelligence for Europe*, Communication from the Commission to the European Parliament, the European Council, the Council, the European Economic and Social Committee and the Committee of the Regions, 2, April 25, 2018.

EU High-Level Expert Group on AI, *Ethic Guidelines for Trustworthy AI*, 4, April 8, 2019.

Harding v. Price, 1948, 1 K.B. 695.

IMDRF SaMD Working Group, *Software as a Medical Device: Possible Framework for Risk Categorization and Corresponding Considerations*, September 18, 2014.

IMDRF SaMD Working Group, *Software as a Medical Device (SaMD): Application of Quality Management System*, October 2, 2015.

IMDRF SaMD Working Group, *Software as a Medical Device (SaMD): Clinical Evaluation*, June 22, 2017.

In re Winship, 397 U.S. 358, 1970.

Spencer v. Kemna, 523 U.S. 1, 1998.

The American Law Institute, *Model Penal Code*, § 2.03(1), May 24, 1962.

The European Parliament, and the Council of the European Union, *Regulation (EU) 2017/745 on medical devices*, April 5, 2017.

U.S. Administrative Procedure Act, 1946.

United States v. Gaudin, 515 U.S. 506.

Victor v. Nebraska, 511 U.S. 1, 1994.

Riflessione

— La libertà

Freedom*di Gustave Thibon*

Estratto dal volume di Gustave Thibon, *La libertà dell'ordine: Un sentiero aperto per il ritorno*, pubblicato da Fede & Cultura, 2015.

(4 febbraio 1977)

La parola libertà risponde a uno dei bisogni più profondi della natura umana. È forse per questo che essa dà luogo a così tanta confusione e a numerosi abusi.

Che cos'è la libertà? Non è l'indipendenza assoluta, giacché noi tutti dipendiamo da qualcuno o da qualcosa: dall'aria che respiriamo, dal mestiere che facciamo, dagli esseri che ci circondano e dall'intera società umana, con la quale scambiamo quotidianamente dei servizi.

L'uomo si sente libero *nella misura in cui può amare le cose e gli esseri da cui dipende*: per esempio quando vive in ambiente a lui consono, quando esercita un mestiere che risponde alla propria vocazione interiore, quando sposa la donna di cui è innamorato ecc. Al contrario, egli sperimenta una sensazione di coercizione e schiavitù se è vincolato, per via delle necessità dell'esistenza, a funzioni o persone che gli ripugnano. Chi non possiede la vocazione militare in caserma si sente schiavo. Lo stesso accade a chi non ama più la propria sposa: i vincoli del matrimonio si tramutano in catene.

Così, quando rivendichiamo la nostra libertà non è l'indipendenza assoluta che domandiamo: è *la facoltà di passare da una dipendenza che rifiutiamo a una dipendenza che ci attrae*.

Gli esempi di un siffatto stato d'animo sono innumerevoli. Il bambino pigro annoiato dalla scuola sperimenta un vivo sentimento di liberazione quando gli viene

concesso di giocare o gironzolare. Tuttavia egli è schiavo dell'istinto che lo spinge verso il gioco e il bighellonare.

La giovane "emancipata", ribelle all'autorità genitoriale o alle regole della morale, non reclama libertà che per obbedire in maniera più servile agli idoli di una certa gioventù: danza, cinema, *flirt* amorosi, ecc.

Il teppista che nell'atto di entrare in una banda di malfattori rifiuta di prestare obbedienza alle leggi della società si sottomette facilmente alle "leggi della malavita".

Allo stesso modo, l'uomo bramoso di disfarsi della propria moglie per poter sposare l'amante non è libero nei confronti della passione che lo porta a distruggere il focolare domestico.

Questi pochi esempi sono sufficienti a mostrare le schiavitù che ci minacciano sotto il nome e la maschera della libertà.

Essere libero significa poter fare ciò che si desidera. Occorre dunque vigilare sulla qualità e sull'orientamento dei nostri desideri. La libertà non è altro che la capacità di scegliere tra due obbedienze. Se rifiutiamo, nel negarci agli appelli che ci vengono dall'alto, di essere servitori del vero e del bene, allora cadremo sotto il dominio delle passioni inferiori che ci asserviranno all'errore e al male.

La parola libero in greco si dice *autonomos*: colui che obbedisce alla propria legge. Ma la legge dell'uomo, creato a immagine di Dio, è quella di obbedire alla legge di Dio, vale a dire amare e a servire. Ed è in questo senso che Seneca diceva: *parere Deo libertas est*. La libertà è obbedire a Dio.

– "Itinéraires", n. 214, giugno 1977 (con il titolo *La liberté*)

Riflessione

— La cifra oscura della frode fiscale in Italia

Centinaia di miliardi di euro nel mondo finiscono nel nulla, di cui oltre dieci solo in Italia. Le stime del nuovo rapporto del Tax Justice Network

The hidden figure of tax fraud in Italy

Hundreds of billions of euros in the world vanish into thin air, of which over ten only in Italy. The estimates of the new report from the Tax Justice Network

di Susanna Arcieri

Ogni anno, nel mondo, l'evasione e l'elusione fiscale ci costano oltre 427 miliardi di dollari, che equivalgono a circa **360 miliardi di euro di mancati introiti pubblici**. Una cifra che consentirebbe di pagare lo **stipendio di circa 34 milioni di infermieri**, per un intero anno di lavoro.

I principali evasori sono sia le grandi **società multinazionali**, che spostano i propri profitti nei paradisi fiscali per non doverli dichiarare alle autorità nazionali, così sottraendo ogni anno al fisco circa **206 miliardi di euro**, sia i **singoli imprenditori** che, grazie alle proprie ricchezze accumulate *offshore*, evadono le tasse per altri **154 miliardi di euro** annui.

A pagare il **prezzo più alto**, com'è prevedibile, sono soprattutto i **paesi più poveri**, per alcuni dei quali la perdita complessiva equivale a **oltre la metà delle somme** stanziare

annualmente per i propri **servizi sanitari**, più di **sei volte tanto** rispetto ai paesi a più alto reddito¹.

Sono questi i principali dati che emergono dal recentissimo rapporto del **Tax Justice Network (TJN)**, [*The State of Tax Justice 2020: Tax Justice in the time of COVID-19*](#) (*Lo stato della giustizia fiscale: giustizia fiscale al tempo del COVID-19*) nel quale, proprio per consentire di toccare con mano il significato e l'effettiva portata di queste cifre, si è scelto di metterle a **paragone con gli stipendi** annui mediamente percepiti dal **personale infermieristico**, i "nuovi eroi" di questa società in lotta contro la pandemia da Covid-19.

Continente per continente e nazione per nazione, il rapporto del TJN analizza i dati relativi al mancato gettito fiscale di tutto il mondo a partire dai dati diffusi dall'Organizzazione per la cooperazione e lo sviluppo economico (OCSE) a luglio 2020. Accanto al *report* complessivo, con la sintesi dei dati globali, il TJN mette a disposizione del pubblico anche il **quadro di dettaglio** dei mancati gettiti fiscali stimati per **ciascun paese monitorato**.

Compresa l'[Italia](#).

Così, con riguardo al nostro paese, TJN ha stimato che:

1. ogni anno in Italia circa **10 miliardi di euro di tasse** (pari a 12 miliardi e 300 milioni di dollari) si perdono nei paradisi fiscali. Si tratta del **2% del gettito fiscale annuo complessivo** del paese;

2. di questi 10 miliardi, **7,4 miliardi di euro (8 miliardi e 800 milioni di dollari)** sono sottratti al fisco dalle **grandi multinazionali**, mentre gli ulteriori **2,5 miliardi (3 miliardi e 500 milioni di dollari)** sono fatti sparire da imprenditori privati.

In termini concreti, questa somma equivale a:

- una perdita di circa **173 euro per ogni cittadino** (su un totale di 60 milioni di Italiani);
- il **9,00%** circa del *budget* stanziato annualmente per la **sanità italiana**;
- il **15%** delle somme destinate ogni anno **alla scuola e all'istruzione**;
- lo **stipendio annuale di 379.380 infermieri**.

È evidente, quindi, che con quei 10 miliardi di euro **avremmo potuto fare un'infinità di cose**, anche e soprattutto nell'ambito della gestione della pandemia: quelle risorse, infatti, avrebbero potuto significare un sistema scolastico migliore, più personale sanitario, ma anche maggiori sostegni alle attività economiche colpite dalle restrizioni governative.

Resta da capire, naturalmente, se l'Italia **avrebbe davvero speso così questi soldi**.

¹ Cfr. G. Licini, *L'evasione globale costa 427 miliardi \$ (lo stipendio annuo di 34 milioni di infermieri)*, in *Il Sole 24 Ore*, 20 novembre 2020. Per un approfondimento sui contenuti del rapporto, si vedano anche l'articolo di M. Del Corno, *Elusione fiscale, ogni anno l'Italia perde 10 miliardi di euro. "Quanto basterebbe per pagare lo stipendio di 379mila infermieri"*, in *il Fatto quotidiano*, 20 novembre 2020 e quello di A. Mincuzzi, *Evasione fiscale, così l'Italia potrebbe assumere 379mila infermieri anti-coronavirus*, in *Il Sole 24 Ore*, 20 novembre 2020.

Riflessione

— Amianto/5 – Il giudice deve deliberare di scienza, materia che molto spesso ignora

Asbestos/5 – The judge must deliberate on science, a subject that he very often ignores

di Luca Santa Maria

Articolo originariamente pubblicato in Il Fatto Quotidiano, [il 1 ottobre 2020](#), all'interno della rubrica settimanale "Giustizia di Fatto", a cura di Antonio Massari

La cosiddetta probabilità logica

I giudici, allora, come in un grande gregge senza pastore, cominciano a infiocchettare le loro sentenze con la rassicurante espressione "alto grado di credibilità razionale", ma si dimenticano quasi sempre di spiegare come siano giunti a un così alto grado di... convincimento soggettivo. Pare difficile crederlo, ma forse quando i giudici scrivono "alto grado di credibilità razionale" non si avvedono del fatto che stanno solo scrivendo "credo di avere ragioni sufficienti per dire che A causi B».

Che cos'è allora codesta nuova probabilità che suona così bene alle orecchie?

Il giudice, per poter condannare, deve sempre spiegare le ragioni per cui è pervenuto a un "alto grado di credibilità razionale" circa la sussistenza di qualunque elemento costitutivo della fattispecie di delitto. Non solo la causalità, ma anche la colpa o il dolo. Non è forse ovvio?

"Alto grado di credibilità razionale" è, al più, uno standard della prova, cioè una regola di giudizio e quindi "probabilità logica", che della prima espressione è sinonimo, non ha a

che fare con la causalità più di quanto abbia a che fare con la colpa o col dolo, perché ha a che fare con la prova della causalità così come con la prova della colpa e del dolo.

La Cassazione, nella sentenza Franzese, si limita a dire che il giudice deve cercare ovunque la prova della causalità individuale – cioè della causalità *tout court* –, ma nel dire questo, se ha avuto il bisogno di dirlo, lascia nel lettore la strana impressione che, prima del 2002, prima di Franzese, la causalità non dovesse essere provata.

È possibile che le Sezioni Unite della Cassazione abbiano scoperto nel 2002 che la causalità dev'essere provata nel processo penale al pari di qualunque altro elemento della fattispecie? No, non si può credere.

Che cosa c'entra la probabilità logica con la causalità? Nulla.

La vera e interessante domanda è «che cosa ha a che fare questa apparentemente nuova probabilità con la logica?» ovvero «quale logica – certo non la logica aristotelica – è in gioco qui?». In che cosa consiste la ragione, in questa logica? Probabilità logica significa implicazione logica parziale di una proposizione in un'altra? Che cosa significa?

Pare, invece, tant'è elegante il suono della perifrasi “alto grado di credibilità razionale”, che **quei giudici credano d'avere finalmente in mano qualche formula magica che, una volta pronunciata, li esima dalla fatica del dover spiegare quali siano quelle buone ragioni, che essi personalmente hanno considerato sufficienti per ravvisare un rapporto di causalità tra A e B, e quindi condannare.**

Il vuoto che formule di queste tipo velano è imbarazzante.

Il più delle volte, nei fascicoli dei processi per amianto e non solo, **non c'è nemmeno una pubblicazione scientifica, ci sono solo le consulenze tecniche che sono evidenza scientifica di seconda mano** e, come abbiamo detto prima, sempre parziali e cioè faziose, e non è certo un caso perché, se anche qualche pubblicazione ci fosse, il Giudice molto spesso non saprebbe come decifrarla.

Come può un giudice, allora, concludere di avere un'alta fiducia nel credere che l'esposizione ad amianto A abbia causato l'evento lesivo B, se non ha nel fascicolo nemmeno uno dei migliaia e migliaia di lavori scientifici sull'amianto e sul mesotelioma, e se anche li avesse non saprebbe leggerli?

La probabilità logica è soggettiva o oggettiva? Che cosa vuol dire che è oggettiva? Che deve essere basata sulle prove? No. Anche la probabilità soggettiva deve essere basata sulle prove.

La probabilità, però, essendo soggettiva, non è mai oggettivamente certa come il diritto penale pretenderebbe e, soprattutto, varia al variare del soggetto che l'abbia trovata, e con l'evidenza accumulata nel processo, il che vuol dire che **è vero (e non si può più nascondere) che l'evidenza che, per me, è sufficiente a generare in me un alto grado di credibilità intorno a una certa ipotesi, per te, invece non basta.**

Stella ha il torto di non averlo detto, cioè di non aver portato fine alle coerenti conseguenze la sua riflessione.

È necessario un vero e proprio balzo in avanti della cultura penalistica per cambiare il vocabolario e studiare nuove forme di pensiero, ma, in verità, il processo culturale non è ancora nemmeno iniziato. In realtà sarebbe un balzo... all'indietro.

La giurisprudenza medievale, di stampo scolastico tomistico, aveva elaborato il concetto di probabilità logica, pur senza averlo chiamato così, assai meglio di quanto spesso si faccia oggi.

Avete capito dove si arriva incamminandoci su questa strada?

C'è solo il rischio, allora, e non c'è mai la necessità? La poca dottrina nuova sulla causalità post Stella ha solo fatto il gioco di prestigio quasi alchemico di trasformare il piombo dell'aumento del rischio – cioè il concetto se e di quanto il rischio di B è aumentato e quindi è attribuibile ad A – nell'oro della *condicio sine qua non*, ma è ovvio che **dire che A è condicio sine qua non dell'aumento di frequenza di B è, appunto, solo un modo diverso di dire che A aumenta la frequenza di B.**

Qualcuno ha scritto che la differenza tra il rischio di X nella popolazione esposta ad A e il rischio di Y nella popolazione non esposta a A, significa che A è la condizione necessaria... di quella differenza di rischio.

Causare un rischio di B, cioè un aumento di frequenza di casi astratti di B, non è come realizzare una condizione necessaria di B, come evento *hic et nunc*.

Si galleggia fatuamente in un mare vuoto d'acqua. Nel nulla.

La prova è proprio la straordinaria imprevedibilità delle sentenze sull'amianto e, poiché l'amianto è materia molto più maneggevole di altre in cui sia in gioco l'imputazione di una malattia all'esposizione a una sostanza tossica o cancerogena – i rischi relativi dell'amianto sono molto alti –, c'è da temere che la situazione di crisi epistemologica della causalità duri a lungo ancora. E si estenda, ancor più intrattabile, a tanti altri processi che si proverà a far nascere.

Anche perché **la cultura del diritto penale continua a non voler studiare la difficile filosofia della probabilità e della statistica**, la sola che permetta di afferrare la difficile materia del rischio relativo, e così le sentenze dei giudici di merito, sull'amianto come su ogni altro analogo tema, continuano a dir tutto e anche il contrario.

Usano vocabolari forbiti, fatti di coefficienti nomici, di rapporto dose-risposta, concetto statistico regolarmente frainteso, e altre astruserie e amenità che danno l'illusione di sapere, ma che non celano il nulla di cui sono fatte.

Fraintendono però il significato di una correlazione tra dose e risposta perché, in non poche sentenze, si legge che il corollario di essa sarebbe che ogni dose di amianto fu condizione necessaria dell'evento concreto il che è semplicemente falso.

Chi lo dirà ai professori di diritto penale che continuano a insegnare la *condicio sine qua non* o la causalità adeguata o la causalità umana, che devono aggiornare in tutta fretta il centrale capitolo della causalità? Ora dovranno insegnare i misteri della probabilità, ma nessuno li ha ancora insegnati a loro.

Dove si va per questa strada? In un luogo assai insicuro, dove però, almeno, le cose son dette per quel che sono.

Il diritto penale lo fa il giudice *hic et nunc* e, per quanto lo desideri, nessun giudice potrà mai attingere ad alcunché che sia una prova vera oltre il ragionevole dubbio.

Mai. Né nella causa né in qualunque altro campo del diritto penale.

La farsa del giudice gran custode della buona scienza nel processo

La prova è facile, sta nelle cose, cioè nella giurisprudenza d'amianto. Il dibattito in corso usa ancora le vecchie parole e le usa male. Una colta sentenza del 2008, passata alla storia come sentenza "Cozzini", prova ad alzare il livello del dibattito epistemologico della giurisprudenza penale, ma con scarso esito.

Seguendo la Corte Suprema Usa – che ha compreso la gravità del problema del giudice che deve decidere di scienza, ma non sa quasi nulla di scienza e ha aperto il dibattito nel 1992 con la celeberrima sentenza Daubert – **la Corte di Cassazione con Cozzini sancisce, nel 2008, che il giudice deve diventare il custode (il *gatekeeper*) del buon metodo della scienza nel processo.**

Chi può fare però il guardiano di qualcosa che non conosce? Chi può arbitrare una partita di *baseball* se non conosce le regole del gioco?

Per meritare tanto onore è il caso che il giudice torni a studiare e **difatti negli Usa e non solo negli Usa germinano ovunque progetti culturali di ammaestramento del giudice nei vari campi delle scienze che durante i processi sempre più spesso gli capita di dover incontrare.**

La National Academy of Sciences, di concerto con i vertici dell'apparato della Giustizia, chiamano a raccolta i migliori scienziati e dal lavoro nasce un *Manuale di Riferimento dell'Evidenza Scientifica*, giunto ormai alla terza edizione.

Il libro – che contiene un capitolo dedicato alla statistica e uno all'epidemiologia, ma anche a ciascuna di altre plurime scienze che siano le classiche scienze forensi oppure no (ci sono anche le neuro scienze), è inviato a tutti i giudici della nazione. Innumerevoli altre iniziative sorgono quasi ovunque, negli Usa, ma anche nel Regno Unito, in Germania ecc.

In Italia, no, non succede nulla: il ceto dei giuristi si è chiuso a riccio a difesa del proprio monopolio sul linguaggio del diritto penale, e non vuol cambiare o forse non può cambiare, ma ha dimenticato che il diritto penale è affare di tutti e che chiunque oggi è

chiamato a render conto a chi l'amministra delle ragioni per cui la giustizia è caduta così in basso.

Un giudice ignaro di scienza alla lunga produce scarsa fiducia della società nella Giustizia. Un giudice ignaro di scienza ma che ha il potere di decidere sulla scienza può credere facilmente di poter decidere in qualunque modo voglia.

Che cosa accade, allora?

Se la Corte di Cassazione, in Cozzini, dice che il giudice deve stabilire se esiste sufficiente consenso scientifico intorno all'ipotesi – che intanto si è fatta strada – che ogni periodo di esposizione almeno accelera il progresso della malattia, anticipando il momento di verifica dell'evento, i giudici si adeguano.

Un giudice dice che la legge scientifica che stabilisce una correlazione inversa tra durata dell'esposizione e tempo dell'evento è sorretta dal consenso della comunità scientifica, e quindi consente di concludere che qualunque esposizione abbrevia il tempo d'insorgenza dell'evento, accelerandolo.

Ma l'altro giudice non vede quel consenso e anzi gli pare vero l'opposto, perché non vede nemmeno la legge scientifica, e non si comprende se il secondo giudice sia cieco o il primo Giudice veda quel che vuol vedere.

Il primo condanna il secondo assolve, per lo stesso fatto. Né l'uno né l'altro, però, saprebbero rispondere alla domanda, effettivamente molto molto difficile, «che cosa è una legge scientifica?».

La domanda però è del tutto legittima. Il concetto di "legge scientifica" è un costrutto della filosofia della scienza e non della scienza; di più, è un costrutto di una certa filosofia della scienza, e non di un'altra. Lo scienziato fa tranquillamente a meno del concetto di "legge scientifica".

Il giudice non fa scienza e non sa di filosofia, però deve decidere un fatto intriso di scienza. Il giudice deve studiare tutta la scienza pertinente al fatto che ha il dovere di decidere.

Nessun giudice è stato addestrato a valutare il peso dell'evidenza della scienza empirica che pure dovrebbero usare nel processo, e il fatto che il giudice – non per sua colpa incolto di tecnica e limiti propri del metodo delle scienze empiriche – sia pomposamente chiamato e nominato sul campo – da altri giudici come lui – Custode del Metodo della Scienza nel processo penale, da noi, in Italia, è quindi solo una bizzarria.

È un altro curioso esempio di tragedia che diventa farsa.

(5/Continua)

Articolo

— L'ultima riforma del delitto di scambio elettorale politico-mafioso (art. 416-ter c.p.): davvero un passo avanti?

Riflessioni a margine della riforma dell'art. 416-ter c.p. operata con l. 43/2019

The latest reform of the crime of Electoral Political - Mafia Exchange crime (Article 416-ter of the Criminal Code): a step forward?

Some considerations on the reform of art. 416-ter of the criminal code made by law 43/2019

di Laura Ninni

Abstract. A fronte di modifiche al testo dell'art. 416-ter c.p. che paiono codificare gli approdi della giurisprudenza maturata durante il testo previgente, nella breve riflessione che segue ci si interroga sulla bontà della riforma operata con la legge 43/2019. Quest'ultima, infatti, modifica in modo significativo il complessivo trattamento sanzionatorio del delitto di scambio elettorale politico-mafioso, esponendo la fattispecie incriminatrice ad obiezioni di legittimità costituzionale.

Abstract. Changes to art. 416-ter of the Criminal Code, which seem to codify some achievements of the jurisprudence developed during the previous text, in the following thoughts the author tries to wonder about the quality of the reform made by law 43/2019. The reform significantly modifies the overall sanctioning treatment of the crime concerning the political-mafia electoral exchange, exposing the incriminating case to objections of constitutional legitimacy.

SOMMARIO: 1. Introduzione. – 2. Il delitto di scambio elettorale politico mafioso: uno sguardo all'art. 416-ter c.p. prima della riforma del 2019. – 3. L'ultima riforma del delitto di scambio elettorale politico-mafioso operata con l. 21 maggio 2019, n. 43. – 3.1. Le modifiche al trattamento sanzionatorio complessivo. – 3.1.1. Il ripristino della pena edittale *per relationem*. – 3.1.2. La previsione di una nuova circostanza aggravante speciale. – 3.1.3. La perpetuità dell'interdizione dai pubblici uffici. – 3.2. Le modifiche al novero dei soggetti promittenti. – 3.3. L'ampliamento dell'oggetto della promessa: la «disponibilità a soddisfare gli interessi o le esigenze dell'associazione mafiosa» – 3.4. Le altre modifiche alla disposizione: il riferimento agli "intermediari" e a "qualunque" altra utilità. – 4. Conclusioni.

SUMMARY: 1. Introduction. – 2. The crime of Electoral Political - Mafia Exchange: a look to art. 416-ter of the Criminal Code before the 2019 reform. – 3. The latest reform of the crime of Electoral Political - Mafia Exchange made by law 21 May 2019, n. 43. – 3.1. Changes to the overall sanctioning treatment. – 3.1.1. Reinstatement of the penalty *per relationem*. – 3.1.2. Provision of a new special aggravating circumstance. – 3.1.3. Permanent ban from public offices. – 3.2. Changes to the number of individuals promising to collect votes. – 3.3. Extended content of the promise: the "willingness to meet the interests or needs of the mafia association". – 3.4. Other changes to the provision: the reference to "intermediaries" and "any" other benefits. – 4. Final considerations.

1. Introduzione.

Con l'art. 1 della legge 21 maggio 2019, n. 43¹, il legislatore ha nuovamente "messo mano" al delitto di scambio elettorale politico-mafioso, di cui all'art. 416-ter c.p.

La *ratio* sottesa alla riforma appare facilmente intelligibile: "irrobustire" la risposta punitiva dello Stato nei confronti dei fenomeni di "contiguità" alle associazioni di tipo mafioso tramite ricorso pressoché esclusivo al solo inasprimento del trattamento sanzionatorio. In effetti, al di là del mutamento, in senso rigorista, del trattamento sanzionatorio, la novella non presenta alcuna significativa portata innovativa.

Del resto, come già sottolineato dai primi commentatori, la novella si inserisce nel solco di riforme "figlie" del medesimo tempo – il tempo del «populismo penale»² –, concretizzando l'«ennesimo provvedimento-manifesto»³ che segue, a ruota, la c.d. legge "spazza-corrotti"⁴ e quella di modifica della disciplina della legittima difesa "domiciliare"⁵, anch'esse varate nel 2019, e oggetto di ampie riserve da parte della dottrina penalistica.

¹ Recante "Modifica all'articolo 416-ter del codice penale in materia di voto di scambio politico-mafioso". Sull'odierna riforma G. Amarelli, *Scambio elettorale politico-mafioso: diagnosi di una legge sbagliata*, in *Dir. pen. e proc.*, 2019, 9, p. 1224; G. Panebianco, *La nuova configurazione del delitto di scambio elettorale politico-mafioso: un precario equilibrio tra esigenze di tutela e garanzie penali*, in *Leg. Pen.*, 18 ottobre 2019, p. 12. Per un primo commento si v. anche A. Cisterna, *Voto di scambio politico-mafioso: la legge pubblicata in gazzetta*, in *www.quotidianogiuridico.it*, 28 maggio 2019.

² L'espressione è di G. Fiandaca, che ci informa tra l'altro della provenienza francese del termine (D. Salas, *La volonté de punir. Essai sur le populisme pénal*, Hachette littératures, 2005). Con "populismo penale" si vuole indicare «l'idea di un diritto penale finalizzato al (o comunque condizionato dal) perseguimento di obiettivi politici a carattere populistico» (G. Fiandaca, *Populismo politico e populismo giudiziario*, in *Criminalia*, 2013, p. 97).

³ G. Amarelli, *Scambio elettorale politico-mafioso*, cit., § 1.

⁴ L. 9 gennaio 2019, n. 3, recante "Misure per il contrasto dei reati contro la pubblica amministrazione, nonché in materia di prescrizione del reato e in materia di trasparenza dei partiti e movimenti politici".

⁵ L. 26 aprile 2019, n. 36, recante "Modifiche al codice penale e altre disposizioni in materia di legittima difesa".

All'interno del presente lavoro ci proponiamo allora di analizzare le modifiche apportate all'art. 416-ter c.p. dalla novella del 2019, premettendo un breve inquadramento della fattispecie, per verificare l'effettiva portata dell'odierna riforma.

2. Il delitto di scambio elettorale politico mafioso: uno sguardo all'art. 416-ter c.p. prima della riforma del 2019

L'art. 416-ter, originariamente inserito nel codice penale ad opera dell'art. 11-ter, l. 7 agosto 1992, n. 356, fu introdotto per far fronte al fenomeno del c.d. **voto di scambio** e, dunque, con la finalità di recidere i legami che si instaurano tra associazioni mafiose e classe politica, secondo il cosiddetto schema dei «favori reciproci»⁶.

In base a tale schema, da un lato, la consorte mafiosa – forte del controllo sul territorio e della possibilità di imprimere la propria influenza sull'elettorato – è in grado di orientare l'esercizio del voto dei cittadini; dall'altro, l'esponente della classe politica, una volta eletto, contraccambia i voti ricevuti, offrendo all'associazione le più svariate prestazioni.

L'organizzazione mafiosa opera infatti come "collettore di voti" a favore dei candidati con cui sussiste l'accordo, con l'intesa che l'esponente politico favorito nella competizione elettorale, una volta eletto, sarà persona «di riferimento degli interessi mafiosi»⁷ e che a questa la cosca potrà rivolgersi ad ogni esigenza⁸.

L'art. 416-ter c.p. fu poi modificato nel 2014 e, da ultimo, come anticipato, dalla legge 43/2019 in oggetto. Per consentire al lettore uno sguardo d'insieme delle modifiche subite dal testo della norma, riportiamo una tabella sinottica.

Testo 1992	Testo 2014	Testo 2019
------------	------------	------------

⁶ G. Fiandaca, *Riflessi penalistici del rapporto mafia-politica*, in *Foro it.*, 1993, V, c. 137.

⁷ C.F. Grosso, *Le contiguità alla mafia tra partecipazione, concorso in associazione mafiosa ed irrilevanza penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1993, 4, p. 1194.

⁸ La *ratio* dell'incriminazione della "promessa" tra esponente politico e sodalizio mafioso è stata dunque rinvenuta nell'avvertita necessità di dare fondamento punitivo a quella dimensione relazionale delle organizzazioni mafiose con la classe politica e dunque a quelle condotte che "sfuggirebbero" sia alla disposizione incriminatrice *tout court* dell'associazione di tipo mafioso, di cui all'art. 416-bis c.p., sia alla sua "estensione" in virtù delle norme relative al concorso di persone nel reato (artt. 110, 416-bis c.p.). Il "ritardo" con cui si diede esplicito rilievo al mercimonio dei voti si deve alle resistenze, verosimilmente anche di tipo socio-culturale, nei confronti dell'incriminazione di rapporti tra sodalizi mafiosi ed esponenti del mondo politico-istituzionale. Per un'analisi, di tipo diacronico, della possibile rilevanza ed incriminazione del mercimonio del voto *prima* dell'introduzione della disposizione v. G. Amarelli, *La contiguità politico-mafiosa. Profili politico-criminali, dommatici ed applicativi*, Dike Giuridica Editrice, 2016, p. 199 ss.

<p>1. La pena stabilita dal primo comma dell'articolo 416-bis si applica anche a chi ottiene la promessa di voti prevista dal terzo comma del medesimo articolo 416-bis in cambio della erogazione di denaro.</p> <p>2. non presente</p> <p>3. non presente</p> <p>4. non presente</p>	<p>1. Chiunque accetta la promessa di procurare voti mediante le modalità di cui al terzo comma dell'articolo 416-bis in cambio dell'erogazione o della promessa di erogazione di denaro o di altra utilità è punito con la reclusione da quattro a dieci anni (dal 2017: da sei a dodici anni)*.</p> <p>2. La stessa pena si applica a chi promette di procurare voti con le modalità di cui al primo comma.</p> <p>3. non presente</p> <p>4. non presente</p> <p>*La pena prevista con la formulazione del 2014 (reclusione "da quattro a dieci anni") è stata poi innalzata a seguito di quanto disposto dall'art. 1, comma 5, legge 23 giugno 2017, n. 103 - <i>Modifiche al codice penale, al codice di procedura penale e all'ordinamento penitenziario</i> («da sei a dodici anni»).</p>	<p>1. Chiunque accetta, direttamente o a mezzo di intermediari, la promessa di procurare voti da parte di soggetti appartenenti alle associazioni di cui all'articolo 416-bis o mediante le modalità di cui al terzo comma dell'articolo 416-bis in cambio dell'erogazione o della promessa di erogazione di denaro o di qualunque altra utilità o in cambio della disponibilità a soddisfare gli interessi o le esigenze dell'associazione mafiosa è punito con la pena stabilita nel primo comma dell'articolo 416-bis.</p> <p>2. La stessa pena si applica a chi promette, direttamente o a mezzo di intermediari, di procurare voti nei casi di cui al primo comma.</p> <p>3. Se colui che ha accettato la promessa di voti, a seguito dell'accordo di cui al primo comma, è risultato eletto nella relativa consultazione elettorale, si applica la pena prevista dal primo comma dell'articolo 416-bis aumentata della metà.</p> <p>4. In caso di condanna per i reati di cui al presente articolo, consegue sempre l'interdizione perpetua dai pubblici uffici.</p>
--	---	--

2.1. L'art. 416-ter c.p. nel suo testo originario.

Come si evince dalla tabella, la disposizione introdotta nel 1992 prevedeva (e prevede tuttora), dal lato del "promissario" (ossia di colui che **riceve** la promessa di procacciamento dei consensi elettorali), un reato **comune**⁹: soggetto attivo può essere

⁹ M. Pelissero, *Associazione di tipo mafioso e scambio elettorale politico-mafioso*, in Id. (a cura di), *Reati contro la personalità dello Stato e contro l'ordine pubblico*, Giappichelli, 2010, p. 325; G. Fiandaca, E. Musco, *I delitti di*

chiunque. La rubrica della norma («Scambio elettorale politico mafioso») ed il riferimento ai “voti”, tuttavia, suggeriscono che la medesima sia volta ad incriminare le condotte del **candidato in competizioni elettorali** che pattuisca il mercimonio di voti.

L’art. 416-ter c.p., nella sua “versione” originale, puniva – con la **stessa pena** prevista per la condotta di partecipazione ad associazione di tipo mafioso di cui all’art. 416-bis c.p. – il soggetto che otteneva «*la promessa di voti prevista dal terzo comma del medesimo articolo 416-bis in cambio della erogazione di denaro*».

La formulazione aveva fatto sorgere dubbi interpretativi:

- un primo orientamento aveva inteso il riferimento al “metodo mafioso” descritto nel terzo comma dell’art. 416-bis c.p. in termini di necessario riscontro della prova dell’utilizzo, da parte (dell’esponente) dell’associazione mafiosa, di tale *modus operandi* – e, dunque, del concreto ricorso alla violenza o alla minaccia o comunque alla “prevaricazione mafiosa” – per il procacciamento dei voti¹⁰;
- un secondo orientamento, più fedele al dettato normativo, aveva ritenuto sufficiente la prova dell’accordo, riconducendo la fattispecie nell’alveo dei reati-contratto, senza la necessità che si riscontrasse la forza di intimidazione (né la “provenienza” dell’indicazione del voto da parte della cosca) nell’ambito della pattuizione di procacciamento di voti¹¹;
- un terzo, “intermedio”, orientamento, infine, aveva richiesto che l’indicazione del voto fosse “percepita” dagli elettori come “proveniente” dal clan mafioso, senza tuttavia il necessario riscontro di atti intimidatori in tal senso¹².

associazione (*Delitti contro l'ordine pubblico*), in *Diritto penale, Parte speciale*, vol. I, V ed., Zanichelli, 2012, p. 499.

¹⁰ Cass., sez. I, 25 marzo 2003, n. 2777, in *Foro it.*, 2004, II, 508, con nota di C. Visconti e anche in *Dir. e giust.*, 2003, pp. 31 ss. con nota critica di A. Laudati, *Una sentenza troppo “buonista”. Armi spuntate contro il connubio mafia-politica*; Cass., sez. III, 23 novembre 2005, n. 39554. Questo orientamento, oltre a richiedere un requisito non rinvenibile nel testo della disposizione, configurava l’art. 416-ter c.p. quale reato di danno, con le ulteriori conseguenze relative al *locus* e al *tempus commissi delicti*. V. *amplius* sul punto G. Fiandaca, *Scambio elettorale politico-mafioso: un reato dal destino legislativo e giurisprudenziale avverso?*, in *Foro it.*, 2015, c. 523 ss.

¹¹ In questo senso Cass., sez. V, 13 novembre 2002, n. 4293; Cass., sez. I, 25 novembre 2003, *Cito*, in C.E.D. Cass. 229991; Cass., sez. III, 3 dicembre 2003, *Saracino*, in *Foro it.*, 2004, II, c. 508. La fattispecie risulterebbe, secondo questo orientamento, già integrata al momento dello scambio delle promesse, e l’eventuale coartazione della volontà degli elettori non sarebbe pertanto stata necessaria ai fini della consumazione del reato. Concorde rispetto a questa impostazione G. Fiandaca, *Riflessi penalistici*, cit., c. 142. Per questa soluzione v. anche G. Turone, *Il delitto di associazione mafiosa*, Giuffrè, 2015, p. 297; G. Insolera, *I delitti contro l'ordine pubblico*, in Aa.Vv., *Diritto penale. Lineamenti di parte speciale*, Monduzzi, 2014, p. 423 ss.; M. Pelissero, *Associazione di tipo mafioso e scambio elettorale politico-mafioso*, cit., p. 326 ss.

¹² Poiché violenza e minaccia hanno funzione meramente strumentale, sarebbe stato possibile, nel caso concreto, prescindere dal loro accertamento e considerare la “provenienza” dell’indicazione di voto direttamente dall’esistenza e notorietà del vincolo associativo. Così ad esempio Cass., sez. VI, 24 aprile 2012, n. 2765; Cass., sez. II, 30 novembre 2011, n. 46922, Rv. 251374; Cass., sez. I, 14 gennaio 2004, *Milella*, in C.E.D. 227476. Anche in questo caso, tuttavia, l’interpretazione risultava *praeter legem*, laddove richiedeva per l’integrazione della fattispecie elementi non riscontrabili nella disposizione. Valgono, peraltro, le medesime

Sulla questione **non** erano intervenute le Sezioni Unite.

Al di là della problematica interpretazione dell'oggetto dell'accordo, sui cui torneremo *infra* (par. 3.2), in sede di commento all'odierna riforma, la **condotta** incriminata era quella di colui che, verosimilmente candidato a competizione elettorale, conseguisse la promessa di procacciamento di voti e, in cambio, versasse denaro nei confronti dell'associazione mafiosa¹³. Si trattava di un reato di pericolo, dunque a tutela anticipata, plurisoggettivo, in cui assoggettato a pena, **ai sensi dell'art. 416-ter c.p.**, era solamente colui che **riceveva** la promessa di ottenere i voti (nella terminologia della dottrina: reato plurisoggettivo improprio, o plurisoggettivo in senso lato). Ovviamente, l'altro contraente veniva punito, se del caso, e come vedremo subito sotto, direttamente ai sensi dell'art. 416-bis c.p.

Oltre alla non agevole individuazione del bene giuridico tutelato¹⁴ e alla problematica interpretazione dell'oggetto della promessa cui s'è fatto cenno poc'anzi, ulteriori furono le criticità rilevate¹⁵.

riflessioni svolte *supra*: questo orientamento mutava di fatto la struttura della norma, trasformando il delitto in reato di danno.

¹³ G. Fiandaca, E. Musco, *I delitti di associazione*, cit., p. 499; M. Pelissero, *Associazione di tipo mafioso e scambio elettorale politico-mafioso*, cit., p. 325; N. Madia, *Scambio elettorale politico-mafioso, il fascino riscoperto di una fattispecie figlia di un dio minore*, in *Cass. pen.*, 2013, p. 3334.

¹⁴ Il bene giuridico tutelato dalla disposizione in esame è stato variamente ricostruito in dottrina. Per una compiuta disamina del fondamento punitivo della contiguità politico-elettorale ed in specie del delitto in esame v. nell'ambito della recente, ricca monografia, G. Amarelli, *La contiguità politico-mafiosa*, cit., pp. 116 e ss., e pp. 125 ss. Ad ogni modo, ampiamente condivisa l'individuazione del bene giuridico tutelato nell'**ordine pubblico** leso dagli "intrecci" tra mafia e politica (così Cass., sez. II, 5 giugno 2012, n. 23186; Cass., sez. VI, 9 novembre 2011, n. 43107, Rv. 251370, Cass., sez. VI, 19 febbraio 2004, Rv. 230397).

¹⁵ Ciò si deve verosimilmente alla "fretta" con cui la disposizione venne approvata nel suo testo definitivo: per un'ampia ricostruzione dell'*iter* parlamentare che condusse all'introduzione della disposizione v. G.A. De Francesco, *Commento agli artt. 11-bis e 11-ter d.l. 8/6/1992 n. 306*, in *Leg. Pen.*, 1993, p. 122 ss.; C. Visconti, *Il reato di scambio elettorale politico-mafioso*, in *Ind. Pen.*, 1993, p. 275 ss. e, di recente, G. Amarelli, *La contiguità politico-mafiosa*, cit., pp. 216 ss. Più in generale, hanno evidenziato le criticità della disposizione introdotta nel 1992 G.A. De Francesco, *Commento agli artt. 11-bis e 11-ter d.l. 8/6/1992 n. 306*, cit., p. 122 ss.; Id., *Dogmatica e politica criminale nei rapporti tra concorso di persone ed interventi normativi contro il crimine organizzato*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1994, p. 1266 ss.; C. Visconti, *Il reato di scambio elettorale politico-mafioso*, cit., p. 273; G. Fiandaca, *Accordo elettorale politico-mafioso e concorso esterno in associazione mafiosa, Una espansione incontrollata del concorso criminoso*, in *Foro it.*, 1996, V, c. 121; C.F. Grosso, *Accordo elettorale politico-mafioso e concorso esterno in associazione mafiosa. Una configurazione possibile*, in *Foro it.*, 1996, V, c. 121; A. Cavaliere, *Lo scambio elettorale politico mafioso*, in S. Moccia (a cura di), *Trattato di diritto penale. Delitti contro l'ordine pubblico*, vol. V, Edizioni Scientifiche Italiane, 2007, p. 639 ss.; G. Fiandaca, E. Musco, *I delitti di associazione*, cit., p. 498; A. Panetta, A. Balsamo, *Sul patto elettorale politico mafioso vent'anni dopo. Poche certezze, molti dubbi*, in *Cass. pen.*, 2012, p. 3756 ss.; A. Barazzetta, sub Art. 416-ter c.p., in G. Gatta, E. Dolcini (a cura di), *Codice penale commentato*, Giuffrè, 2015, p. 4345.

In primo luogo, la norma operava un riferimento ad una (inesistente)¹⁶ “promessa di voti di cui al terzo comma” dell’art. 416-*bis* c.p.¹⁷. Innanzi ad una simile **imprecisione** da parte del legislatore, la locuzione era stata intesa nel senso che la stipulazione del patto dovesse avvenire, dal lato del “promittente” (ossia di colui che promette il procacciamento dei voti), **da parte di un esponente** o comunque **di un intermediario del sodalizio mafioso**¹⁸, e ciò anche in virtù della **collocazione sistematica** della nuova disposizione¹⁹ nel codice penale, immediatamente successiva al reato associativo di tipo mafioso²⁰.

In secondo luogo, quanto all’**oggetto** dello scambio cui l’art. 416-*ter* c.p. dava rilievo²¹, il testo della disposizione menzionava il solo scambio “voti contro **denaro**”. Come

¹⁶ Così A. Ingroia, *L’associazione di tipo mafioso*, Giuffrè, 1993, pp. 86-87. Nel terzo comma dell’art. 416-*bis* c.p., infatti, non è presente alcuna «promessa di voti». Si riporta, per comodità del lettore, il testo dell’art. 416-*bis*, c. 3, c.p.: «L’associazione è di tipo mafioso quando coloro che ne fanno parte si avvalgono della forza di intimidazione del vincolo associativo e della condizione di assoggettamento e di omertà che ne deriva per commettere delitti, per acquisire in modo diretto o indiretto la gestione o comunque il controllo di attività economiche, di concessioni, di autorizzazioni, appalti e servizi pubblici o per realizzare profitti o vantaggi ingiusti per sé o per altri, ovvero al fine di impedire od ostacolare il libero esercizio del voto o di procurare voti a sé o ad altri in occasione di consultazioni elettorali».

¹⁷ Parte della dottrina aveva ritenuto che, interpretando la “finalità elettorale” di cui al terzo comma dell’art. 416-*bis* c.p. («al fine di impedire od ostacolare il libero esercizio del voto o di procurare voti a sé o ad altri in occasione di consultazioni elettorali», “finalità” introdotta dall’art. 11-*bis*, d.l. 8 giugno 1992, n. 306, conv. dalla l. 7 agosto 1992, n. 356) quale quella ottenuta **tramite l’utilizzo della forza intimidatrice**, l’erogazione di denaro prevista dall’art. 416-*ter* c.p. sarebbe stata quella operata dal candidato nei confronti dell’associazione, che a sua volta avrebbe indotto terzi a «promettere il voto perché intimoriti» (G. Spagnolo, *L’associazione di tipo mafioso*, CEDAM, 1997, p. 146). Nello stesso senso C. Visconti, *Il reato di scambio elettorale politico-mafioso*, cit., p. 295, secondo cui la locuzione era da intendersi nel senso della punibilità di promesse di voti ottenuti da «soggetti che si avvalgono dei modi previsti nel terzo comma dell’art. 416-*bis*». Sul punto v. *infra*, par. 3.2

¹⁸ Così G. Fiandaca, E. Musco, *I delitti di associazione*, cit., p. 499; M. Pelissero, *Associazione di tipo mafioso e scambio elettorale politico-mafioso*, cit., p. 325; N. Madia, *Scambio elettorale politico-mafioso*, cit., p. 3334.

¹⁹ G.A. De Francesco, *Gli artt. 416, 416-*bis*, 416-*ter*, 417 e 418 c.p.*, in P. Corso, G. Insolera, L. Stortoni (a cura di), *Mafia e criminalità organizzata*, Utet, 1995, vol. I, p. 73.

²⁰ Il riferimento ad un promittente genericamente riconducibile all’associazione mafiosa sarebbe stato necessitato, in aggiunta, dall’esistenza, nell’ordinamento, dell’art. 96 d.P.R. 361/1957. Tale fattispecie, infatti, già prevedeva l’incriminazione della compravendita dei voti: la disposizione codicistica avrebbe dunque dovuto risultare applicabile al patto stretto dal politico **con un esponente di un’associazione mafiosa**; viceversa, la nuova norma sarebbe risultata priva di utilità. Il rilievo è ancora di G. Fiandaca, *Riflessi penalistici*, cit., c. 142, che tra l’altro nota come la disposizione di cui all’art. 96 cit., prevedendo la clausola finale «qualsiasi altra utilità», avrebbe potuto rimediare alla mancata indicazione, nel neo-introdotta art. 416-*ter* c.p., di controprestazioni diverse dall’erogazione di denaro. Dunque, l’art. 96 non solo risultava applicabile all’accettazione della promessa di voti, ma aveva anche un ambito di applicabilità **più ampio** rispetto al reato di scambio elettorale politico-mafioso.

²¹ Come rileva C. Visconti, *Il reato di scambio elettorale politico-mafioso*, cit., p. 278 e Id., *Contiguità alla mafia e responsabilità penale*, Giappichelli, 2003, p. 399, il voto sull’emendamento alla norma, proposto dai deputati Galasso e Palermo, venne infatti “spezzato in due”, su proposta del guardasigilli Claudio Martelli. Qui di seguito il testo dell’emendamento: «Le pene stabilite dai primi due commi dell’articolo 416bis si applicano anche a chi, per ottenere a proprio od altrui vantaggio il voto elettorale, si avvale, anche indirettamente, della forza di intimidazione del vincolo associativo di cui all’articolo 416-*bis* accettando la promessa di sostegno elettorale da persone sottoposte a procedimento di prevenzione o a procedimento penale per il delitto di associazione mafiosa in cambio della somministrazione di denaro o della promessa di agevolare l’acquisizione di concessioni, autorizzazioni, appalti, contributi, finanziamenti pubblici o, comunque, la realizzazione di profitti o vantaggi ingiusti» (in *Atti parlamentari. Camera dei Deputati, XI Legislatura*, seduta del 4 agosto 1992). Il Ministro propose infatti di votare l’emendamento in due parti separate. In sede di approvazione del testo definitivo, la Camera dei deputati approvò la norma sino a “denaro”, respingendo il resto della proposizione che invece recitava «in cambio [...] della promessa di agevolare l’acquisizione di concessioni, autorizzazioni,

è stato da più parti sottolineato²², la mancata previsione di un più ampio oggetto del patto – *sub specie* di qualunque controprestazione illecita²³ – aveva di fatto reso vana la norma nella sua portata applicativa²⁴.

Infine, rilievi critici aveva suscitato il riferimento alla stessa “erogazione” di denaro. Per l'integrazione della fattispecie la sola **promessa** di una futura elargizione non sarebbe infatti stata sufficiente, mentre sarebbe stata necessaria l'effettiva *dazione* della somma²⁵, in tal modo rendendo ardua la prova del fatto di reato.

Come emerge da quanto precede, l'originaria disposizione aveva suscitato più di un dubbio interpretativo. Con l'art. 1 della l. 17 aprile 2014, n. 62²⁶ se ne attuava dunque l'anelata riforma²⁷.

2.2. Un'opportuna riforma: l'intervento del legislatore nel 2014.

A seguito della novella del 2014 la nuova formulazione dell'art. 416-ter c.p., come si può verificare da un rapido sguardo alla tabella sinottica, presentava numerosi cambiamenti.

appalti, contributi, finanziamenti pubblici o, comunque, della realizzazione di profitti» (cfr. *Atti parlamentari. Camera dei Deputati, XI Legislatura, seduta del 4 agosto 1992*).

²² G. Fiandaca, *Riflessi penalistici*, cit., c. 141 nonché A. Ingroia, *L'associazione*, cit., p. 87. Come ricorda G. Amarelli, *La contiguità politico-mafiosa*, cit., p. 224, già all'indomani dell'introduzione della norma, in sede di Commissione parlamentare si era sottolineata l'inadeguatezza della stessa dal punto di vista dell'efficacia repressiva (cfr. Commissione parlamentare d'inchiesta sul fenomeno della mafia e sulle altre associazioni criminali similari, XI legislatura, *Relazione sui rapporti tra mafia e politica*, Relatore on. Violante, approvata il 6 aprile 1993, doc. XXIII, n. 2, pubblicata in *Mafia e politica*, Roma-Bari, 1993).

²³ Per la proposta dell'emendamento che prevedeva la più ampia formulazione cfr. l'intervento dell'on. Palermo, in *Atti parlamentari, Resoconto stenografico*, seduta del 4 agosto 1992, cit., p. 91.

²⁴ Considerare integrata la fattispecie esclusivamente nel caso di dazione di *denaro*, infatti, significava ignorare la dimensione criminologica del fenomeno della contiguità politico-elettorale: «[l'erogazione di denaro] costituisce soltanto una delle possibili forme di scambio, e neppure la più importante e diffusa: [...] è noto che la contropartita offerta dal politico solitamente consiste nella promessa di favorire i mafiosi nell'acquisizione delle pubbliche risorse (appalti, concessioni, autorizzazioni, contributi e finanziamenti pubblici, ecc.)», così G. Fiandaca, *Riflessi penalistici*, cit., c. 141. Dello stesso avviso anche G. Spagnolo, *L'associazione di tipo mafioso*, cit., p. 147.

²⁵ Così A. Cavaliere, *Lo scambio elettorale politico mafioso*, cit., p. 644. Per l'affermazione che l'erogazione dovesse essere effettiva v., *ex plurimis*, N. Madia, *Scambio elettorale politico-mafioso*, cit., p. 3334.

²⁶ Recante “Modifica dell'articolo 416-ter del codice penale, in materia di scambio elettorale politico-mafioso”. Il testo definitivo della modifica venne approvato in Senato nella seduta del 16 aprile 2014 dopo un lungo e travagliato iter parlamentare (cfr. *Atti parlamentari, Resoconto stenografico della 231a seduta pubblica del Senato della Repubblica, XVII Legislatura, 16 aprile 2014*). Per un'analisi delle proposte di riforma sul tema e dell'iter parlamentare, che ha richiesto ben quattro letture prima dell'approvazione del testo definitivo, rimandiamo all'ampia ricostruzione di G. Amarelli, *La contiguità politico-mafiosa*, cit., p. 269 ss.

²⁷ Per una compiuta analisi del delitto di scambio elettorale politico mafioso a seguito di tale riforma rimandiamo a G. Amarelli, *La riforma del reato di scambio elettorale politico mafioso. Una più chiara graduazione del disvalore delle condotte di contiguità mafiosa?*, in *Dir. pen. cont. - Riv. Trim.*, 2, 2014, p. 4 ss.; Id., *La contiguità politico-mafiosa*, cit., p. 269 ss.; E. Cottu, *La nuova fisionomia dello scambio elettorale politico-mafioso, tra istanze repressive ed equilibrio sistematico*, in *Dir. pen. proc.*, 2014, p. 789 ss.; V. Maiello, *La nuova formulazione dello scambio elettorale politico mafioso*, in *Studium Juris*, 2015, p. 1 ss.

Innanzitutto, la fattispecie veniva dotata di un'**autonoma cornice editale** di pena, non più mutuata dall'art. 416-*bis* c.p.

Inoltre, la fattispecie risultava integrata dalla «**promessa** di erogazione» oltrech , alternativamente, dall'«erogazione»: veniva pertanto modificato il contenuto della controprestazione del "politico", ampliando la rosa dei fatti punibili, recependo cos  un orientamento giurisprudenziale che, per vero, gi  sotto la vigenza del "vecchio" art. 416-*ter* c.p. aveva inteso anche la mera "promessa" integrativa della condotta²⁸.

La riforma del 2014 accoglieva poi le critiche mosse da pi  parti nei confronti della previgente disposizione, che si era limitata a identificare l'oggetto della promessa nello scambio di voti contro **denaro**: prevedendo anche la dizione "**altra utilit **" si ampliava cos  il novero delle controprestazioni che il politico poteva promettere al proprio interlocutore²⁹.

Infine, due ulteriori e rilevanti modifiche operate con la riforma del 2014: nell'ambito del primo comma della disposizione, si era previsto che la promessa di procurare voti avrebbe dovuto attuarsi con "le modalit  di cui al terzo comma dell'art. 416-*bis* c.p.", e non pi  tramite la "promessa di voti di cui al medesimo articolo 416-*bis*": la norma sembrava esplicitare che, nell'ambito della pattuizione, il procacciamento dei consensi elettorali sarebbe dovuto avvenire con le modalit  previste dal terzo comma dell'art. 416-*bis* c.p., ossia tramite il ricorso al c.d. "metodo mafioso". Tuttavia, come si vedr  *infra* (par. 3.2), sul punto non vi era unanimit  di vedute da parte della giurisprudenza di legittimit .

L'altra modifica aveva infine riguardato l'inserimento di un nuovo, inedito secondo comma, che incriminava la condotta di colui che **prometteva** il procacciamento dei voti, con le modalit  previste dal primo comma. Il delitto di scambio elettorale mutava dunque in reato plurisoggettivo necessario **proprio**³⁰: assoggettati a pena ai sensi dell'art. 416-*ter* c.p. erano **tutti** coloro che fornivano il proprio contributo alla realizzazione del fatto.

3. L'ultima riforma del delitto di scambio elettorale politico-mafioso operata con l. 21 maggio 2019, n. 43.

Come anticipato, la riforma del 2019 interviene principalmente sul trattamento sanzionatorio complessivo. Modifiche marginali, e forse prive di portata davvero

²⁸ Il tema intreccia quello del momento consumativo del reato. Secondo parte della dottrina (ad esempio, E. Squillaci, *Il "nuovo" reato di scambio elettorale politico-mafioso. Pregi e limiti di una riforma necessaria*, in *Arch. Pen.*, 3, 2014, p. 2) esso coinciderebbe con il momento della conclusione del patto. Secondo altra tesi, invece, l'art. 416-*ter* c.p. sarebbe annoverabile tra i reati "a duplice schema" (cos  G. Amarelli, *La riforma del reato di scambio elettorale politico-mafioso*, cit., p. 18) se si considera il rilievo tanto dell'effettiva erogazione del denaro (o "altra utilit "), quanto della promessa del medesimo: il momento consumativo potr  dunque coincidere indifferentemente con l'una condotta o con l'altra.

²⁹ Si tratta della modifica di maggior pregio operata dal legislatore del 2014: in tal modo, la norma risulta dotata di maggior effettivit  nel contrasto al fenomeno del voto di scambio. La formula appare comprensiva non solo di utilit  non direttamente monetizzabili, ma in generale di qualunque utilit  che non abbiano (direttamente) rilievo economico come ad esempio la promessa di posti di lavoro oppure il rilascio di provvedimenti amministrativi o, ancora, la promessa di stipulazione di contratti di appalto.

³⁰ Cos , inizialmente, G. Amarelli, *La riforma del reato di scambio elettorale politico-mafioso*, cit., p. 14.

innovativa, riguardano anche il novero dei soggetti promittenti, l'oggetto della promessa, nonché l'inserimento del riferimento agli "intermediari" e a "qualunque" altra utilità. Qui di seguito procediamo all'analisi di tali modifiche, partendo, ovviamente, da quella principale.

3.1. Le modifiche al trattamento sanzionatorio complessivo.

3.1.1 Il ripristino della pena edittale *per relationem*.

Nell'ambito delle modifiche al trattamento sanzionatorio complessivo, la prima che si segnala è quella del ripristino della cornice di pena *per relationem*, tramite un rinvio al primo comma dell'art. 416-*bis* c.p. Come si può evincere dalla tabella, il legislatore del 2019 **torna sui propri passi**, ristabilendo che la cornice edittale per il delitto di scambio elettorale politico mafioso sia individuata tramite lo stesso meccanismo "di rinvio" già previsto nell'originaria disposizione nel 1992.

La pena oggi comminata per chi «accetta, direttamente o a mezzo di intermediari» la promessa di voti è pertanto la medesima prevista per il partecipe all'associazione di tipo mafioso: reclusione da dieci a quindici anni.

Si pone nel nulla, dunque, quella modifica al trattamento sanzionatorio operata nel 2014, quando, come s'è visto, il legislatore aveva stabilito **un'autonoma cornice edittale** per il delitto di scambio elettorale politico-mafioso (reclusione «da quattro a dieci anni», poi innalzata «da sei a dodici» nel 2017³¹), svincolandola dalla pena per il delitto di associazione mafiosa e dosandola in misura inferiore rispetto ad essa. La modifica del 2014 era stata salutata con favore dalla dottrina penalistica, poiché tramite il ridimensionamento sanzionatorio si era riconosciuto il diverso, e indubbiamente **minore disvalore** del fatto incriminato dall'art. 416-*ter* c.p., non solo rispetto al delitto di associazione mafiosa di cui all'art. 416-*bis* c.p. ma anche al concorso "esterno" nel medesimo, in linea con il principio di proporzionalità della pena rispetto alla gravità del reato.

La previsione di una cornice di pena autonoma (e inferiore) rispetto a quella dell'art. 416-*bis* c.p., aveva infatti consentito di "stagliare" meglio la condotta punita dall'art. 416-*ter* c.p. rispetto alla contigua ipotesi del concorso esterno in associazione mafiosa³².

In tal modo si era, peraltro, anche "disinnescato" l'argomento c.d. "sistematico" a favore della **non configurabilità** nel nostro ordinamento del concorso esterno in associazione mafiosa. L'originaria equiparazione di pena tra il delitto di scambio elettorale politico mafioso ed il concorso esterno in associazione mafiosa avrebbe potuto infatti rinvigorire una tesi³³ – secondo la quale dall'analisi della "normativa antimafia" complessivamente considerata sarebbe emerso un chiaro disegno legislativo in ordine

³¹ Cfr. art. 1, c. 5, l. 23 giugno 2017, n. 103.

³² *De jure condendo v., ex plurimis*, C. Visconti, *Verso la riforma del reato di scambio elettorale politico mafioso: andiamo avanti, ma con giudizio*, in *www.penalecontemporaneo.it*, 17 giugno 2013, p. 12. Come noto, infatti, la cornice edittale di pena per il concorrente "esterno" è quella prevista dal medesimo art. 416-*bis* c.p.

³³ V. ad esempio la sentenza Clementi del 1994 (Cass., 18 maggio 1994, *Clementi*, in *Foro it.*, 1994, II, c. 562 con nota di C. Visconti, *Il tormentato cammino del concorso "esterno"*) è stato propugnato in particolare da F. Siracusano, *Il concorso esterno e le fattispecie associative*, in *Cass. pen.*, 1993, p. 1879, nonché da V.B. Muscatiello, *Il concorso esterno nelle fattispecie associative*, CEDAM, 1995, p. 105.

alle condotte di “fiancheggiamento” alle associazioni mafiose: o rilevanti entro l’alveo di fattispecie incriminatrici o aggravatrici appositamente previste (*ubi lex voluit, dixit*); o penalmente irrilevanti (*ubi lex noluit, tacuit*) e, pertanto, non “recuperabili” per il tramite dell’istituto del concorso di persone. L’introduzione dell’art. 416 *ter* (con pena addirittura parificata a quella dell’art. 416 *bis*) in aggiunta alle ipotesi di cui agli artt. 418 («Assistenza agli associati»), 378 («Favoreggiamento personale»), o art. 7 d.l. 152/1991 (c.d. circostanza aggravante dell’agevolazione mafiosa, oggi enucleata dall’art. 416-*bis*.1 c.p.), avrebbe certificato l’*incompatibilità* dell’istituto del concorso esterno con il delitto di cui all’art. 416-*bis* c.p., dal momento che le citate fattispecie sarebbero state espressive della volontà del legislatore di dare rilievo a condotte di fiancheggiamento alla mafia **solamente entro le figure delittuose o circostanziali** sopra citate. Viceversa, al di fuori di esse, seguendo il brocardo “*ubi lex voluit, dixit, ubi lex noluit, tacuit*”, non vi sarebbe stato “posto” per l’istituto di parte generale del concorso di persone nel reato. Secondo questa tesi, il delitto di scambio elettorale avrebbe, insomma, costituito una ipotesi “tipizzata” di concorso esterno, selezionata dal legislatore tra tutte le possibili ipotesi di concorso esterno, e quindi, essa sola, elevata alla soglia della rilevanza penale³⁴.

Rispetto, invece, alla possibilità di meglio “distinguere” la condotta del soggetto promissario ex art. 416-*ter* c.p., da quella del concorrente “esterno”, si impone una breve precisazione.

La condotta dell’esponente politico, il quale – senza essere organicamente inserito nel sodalizio criminoso – stringa un “patto” con l’associazione mafiosa, potrebbe infatti astrattamente configurare la condotta concorsuale (eventuale) nel delitto associativo, ai sensi del combinato disposto degli artt. 110 e 416-*bis* c.p.

Che le due figure – delitto di scambio elettorale e concorso “esterno” in associazione mafiosa – non fossero coincidenti, risultava *anche*, in effetti, dalla **differente risposta sanzionatoria** operata con la riforma del 2014. Come già prontamente sottolineato dalla primissima dottrina in commento all’odierna riforma, la soluzione “di rigore” adottata dal legislatore del 2019 appare invece «manifestamente irragionevole, introducendo un’assurda parificazione tra fattispecie fortemente eterogenee come quelle della partecipazione associativa e del concorso esterno, da un lato, e del mero scambio elettorale, dall’altro»³⁵.

³⁴ Le Sezioni Unite in tema di concorso “esterno” confuteranno definitivamente l’argomento sistematico. In particolare, nella sentenza Carnevale si afferma che, come già evidenziato in altre pronunce (viene richiamata Cass., sez. V, 22 dicembre 2000, n. 6929, *Cangialosi*, Rv. 219244-01), «tali norme [il riferimento è agli artt. 418, 307, 378 c. 2 c.p., ma ciò può estendersi anche all’art. 416-*ter* c.p.] sono tutte pertinenti al rapporto tra l’agente e i singoli associati, senza alcuna interferenza, dunque, con la tematica del concorso eventuale, che configura una relazione tra esterno e gruppo nel suo complesso» (Cass., sez. un., 30 ottobre 2002, n. 29, *Carnevale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2004, p. 335.). Definitivamente, la sentenza Mannino-*bis* (Cass., sez. un., 12 luglio 2005, dep. 20 settembre 2005, n. 33748, *Mannino*, in *Foro it.*, 2006, II, cc. 80 e ss., con nota di G. Fiandaca e C. Visconti, e in *Dir. pen. proc.*, 2006, pp. 585 ss., con nota di P.G. Morosini) rileverà come anche un’ampia frammentazione di condotte di contiguità alle associazioni mafiose non sarebbe in grado di far venir meno l’operatività della norma di parte generale di cui all’art. 110 c.p.

³⁵ G. Amarelli, *Scambio elettorale politico-mafioso*, cit., § 7.

L'eterogeneità tra il delitto di scambio elettorale politico mafioso e la figura del concorso esterno in associazione di tipo mafioso emerge, infatti, già da un rapido **confronto strutturale** tra norme.

Tenendo ferma la ricostruzione della figura, scolpita dalle Sezioni Unite Mannino³⁶, del concorso esterno in associazione di tipo mafioso, nella peculiare ipotesi dell'esponente politico che si rapporti con il sodalizio mafioso, la fattispecie concorsuale si configura come **reato d'evento**. Per integrare quest'ultimo deve provarsi, tramite giudizio controfattuale condotto con valutazione *ex post*, sulla base di massime d'esperienza dotate di plausibilità empirica:

- dal punto di vista dell'elemento oggettivo, che l'impegno assunto dal candidato abbia esplicato un **effettivo rafforzamento** o **consolidamento** della consorterìa mafiosa o di una sua articolazione;
- dal punto di vista dell'elemento soggettivo, che in capo all'*extraneus* sia rinvenibile il c.d. "doppio dolo", vale a dire la consapevolezza e volontà tanto rispetto al fatto tipico dell'associazione di tipo mafioso, quanto rispetto al proprio contributo causale a rafforzamento o consolidamento della stessa.

Viceversa, il delitto di cui all'art. 416-ter c.p. è reato di **mera condotta**, per la cui integrazione è sufficiente provare:

- dal punto di vista oggettivo, lo **scambio di promesse**;
- dal punto di vista soggettivo, la consapevolezza e la volontà, in capo al promissario, di accettare la promessa di voti proveniente da un appartenente ad associazione mafiosa (e, dunque, implicitamente, la consapevolezza e volontà della qualità del medesimo), o comunque la promessa di procacciare voti mediante il metodo mafioso (e, in questo caso, la consapevolezza e volontà che i voti verranno procacciati con tale *modus operandi*), senza, dunque, la necessità di provare l'effettiva **esecuzione** dell'accordo né, tanto meno, la **portata eziologica** del patto rispetto al rafforzamento o al consolidamento dell'associazione mafiosa³⁷.

³⁶ Cass., sez. un., 12 luglio 2005, dep. 20 settembre 2005, *Mannino*, cit. Questo il principio di diritto espresso in quell'occasione: «È configurabile il concorso esterno nel reato di associazione di tipo mafioso nell'ipotesi di scambio elettorale politico-mafioso, in forza del quale il personaggio politico, a fronte del richiesto appoggio dell'associazione nella competizione elettorale, s'impegna ad attivarsi una volta eletto a favore del sodalizio criminoso, pur senza essere organicamente inserito in esso, a condizione che:

a) gli impegni assunti dal politico, per l'affidabilità dei protagonisti dell'accordo, per i caratteri strutturali dell'associazione, per il contesto di riferimento e per la specificità dei contenuti, abbiano il carattere della serietà e della concretezza;

b) all'esito della verifica probatoria *ex post* della loro efficacia causale risulti accertato, sulla base di massime di esperienza dotate di empirica plausibilità, che gli impegni assunti dal politico abbiano inciso effettivamente e significativamente, di per sé e a prescindere da successive ed eventuali condotte esecutive dell'accordo, sulla conservazione o sul rafforzamento delle capacità operative dell'intera organizzazione criminale o di sue articolazioni settoriali».

³⁷ Cfr. *ex plurimis* Cass., sez. II, 13 dicembre 2019, n. 16201, secondo cui «il delitto previsto dall'art. 416 ter c.p. prescinde dal concreto accertamento della circostanza che il patto contribuisca a mantenere o rafforzare l'associazione mafiosa. In tal senso, va ricordato che tale disposizione risulta indubbiamente a tutela

In tal senso, dunque, giustificate appaiono le critiche mosse dalla dottrina nei confronti della parificazione sanzionatoria delle fattispecie di cui all'art. 416-ter c.p. al concorso esterno in associazione mafiosa. È, pertanto, verosimile ritenere che la nuova cornice edittale possa "cadere" sotto il giudizio della Corte Costituzionale, in quanto posta in violazione dei principi di eguaglianza e rieducazione della pena di cui agli artt. 3 e 27 c. 3 Cost.³⁸.

D'altro canto, nonostante le segnalate differenze, dal punto di vista **sistematico** l'aver (nuovamente) equiparato la pena del delitto di scambio elettorale politico-mafioso a quella prevista dall'art. 416-bis c.p., potrebbe, se non mettere in discussione, quanto meno "rispolverare" la problematica, cui s'è accennato poc'anzi, relativa ai rapporti tra "fattispecie di contiguità" – tra le quali, appunto, l'art. 416-ter c.p. – ed il concorso esterno nel reato associativo.

3.1.2. La previsione di una nuova circostanza aggravante speciale.

Sempre sul versante del trattamento sanzionatorio, una novità che non passa certo inosservata è l'introduzione di una circostanza aggravante ad effetto speciale nel nuovo terzo comma della disposizione, ove è previsto un aumento di pena fisso della metà rispetto al *quantum* stabilito nel primo comma, «se colui che ha accettato la promessa di voti, a seguito dell'accordo di cui al primo comma, è risultato eletto nella relativa consultazione elettorale».

Questa modifica appare probabilmente la più irragionevole tra quelle operate dal legislatore della riforma in commento.

L'aver previsto un (significativo e non modulabile) aumento di pena nel caso in cui il soggetto promissario risulti poi **effettivamente eletto** nella competizione elettorale, mostra come il legislatore accordi un più grave disvalore al fatto penalmente rilevante (la

dell'ordine pubblico, leso da qualsiasi connubio tra politica e mafia (Cass., sez. II, 5 giugno 2012, n. 23186, Rv. 252843 01) per effetto della sola esistenza di tale connubio».

³⁸ G. Amarelli, *Scambio elettorale politico-mafioso*, cit., § 7, ricorda due recenti pronunce della Corte Costituzionale – la n. 222 del 2018, relativa al carattere "fisso" delle pene accessorie previste dall'art. 216, ultimo comma, del r.d. 16 marzo 1942, n. 267 per taluni reati fallimentari, e la n. 40 del 2019 relativa, invece, al minimo edittale di pena previsto dall'art. 73, c. 1, d.P.R. 309 del 1990, norma incriminatrice dei fatti di non lieve entità aventi a oggetto le cc.dd. droghe pesanti, cui potremmo aggiungere la n. 236 del 2016, quest'ultima inerente all'ipotesi di cui all'art. 567, c. 2, c.p., norma incriminatrice del delitto di alterazione di stato mediante false dichiarazioni o certificazioni, rispetto alla cornice edittale di pena ivi prevista – in cui la Consulta ha affrontato il tema relativo al sindacato di proporzione della pena, in relazione a fattispecie che prevedano pene edittali visibilmente sproporzionate rispetto al fatto incriminato, e che dunque si pongono in violazione degli artt. 3 e 27 Cost. Ricostruisce tale giurisprudenza R. Bartoli, *La Corte costituzionale al bivio tra "rime obbligate" e discrezionalità? Prospettabile una terza via*, in *Diritto penale contemporaneo*, 18 febbraio 2019. Per una recente riflessione su sindacato della Corte Costituzionale e automatismi sanzionatori cfr. S. Santini, [La ragionevolezza della risposta punitiva tra scelte di politica criminale e discrezionalità del giudice Riflessioni a margine della sentenza della Corte cost. 21 luglio 2020, n. 156 sulla causa di non punibilità per particolare tenuità del fatto di cui all'art. 131-bis c.p.](#), in questa rivista, 16 settembre 2020.

promessa di voti), allorché lo “scenario ultimo” derivante dallo scambio delle promesse si verifichi, così producendo l’inasprimento di pena.

Si badi bene: la conseguenza **ultima**, ossia un accadimento – l’effettiva elezione «a seguito (da leggersi, supponiamo: “in virtù/in forza”) dell’accordo di cui al primo comma» – che, sino all’odierna riforma, era rimasto **sullo sfondo** rispetto al fatto di reato incriminato dall’art. 416-ter c.p., in quanto si poneva come avvenimento che concretizzava un disvalore diverso e **ulteriore** rispetto a quello proprio del fatto tipico: vale a dire – ora come in passato – lo **scambio della promessa** voti-contro-utilità.

Lo scambio della promessa (chiunque «**accetta** la promessa...»; chi «**promette** di procurare...») configura tecnicamente la condotta incriminata; come si è visto, il delitto di scambio elettorale rimane, anche dopo la riforma in commento, reato di mera condotta e non di evento³⁹.

L’**esecuzione** stessa del patto, che per il promittente consiste nell’*attivarsi* per procurare i voti, ed eventualmente ottenerli, è **ultronea** ai fini dell’integrazione della fattispecie. L’art. 416-ter c.p. è, infatti, reato a “consumazione frazionata”, il che significa che l’eventuale esecuzione dell’accordo rileva ad altri fini (ad esempio, per il decorso dei termini di prescrizione), ma che il delitto si perfeziona a prescindere da tale esecuzione. La dottrina ritiene infatti l’art. 416-ter c.p. riconducibile alla categoria dei cc.dd. “reati accordo” o “reati contratto”, poiché lo stesso si esaurisce nella mera stipula di un accordo “sinallagmatico”, il cui effettivo adempimento, o meno, non incide sulla configurabilità della fattispecie, non essendovi alcun accenno né all’effettiva attività di procacciamento dei voti né, tanto meno, ad altre vicende successive al patto⁴⁰.

Certamente il rispetto del principio di offensività richiede che si debba verificare l’**idoneità** dell’accordo ad essere attuato in concreto; in altre parole, sarà necessaria la prova di un impegno che abbia almeno **potenzialmente** la capacità di essere attuato: «non basta una generica promessa, ma si rende necessario un preciso impegno per giustificare il ricorso alla sanzione penale. Ciò significa che il disvalore del fatto dovrà ruotare attorno ad un **accordo** dotato di effettiva serietà, con esclusione di banali e provvisorie convergenze di opinione che non siano sfociate nella stabile predisposizione di iniziative volte all’accaparramento di voti con modalità mafiose»⁴¹.

Tuttavia, come s’è detto, è sufficiente l’**accordo**.

A parere di chi scrive, la modifica in esame sembra, in definitiva, aver operato un “salto” in avanti rispetto al profilo di offensività della norma. È chiaro che l’essere il candidato stato eletto con i voti procacciati dalla cosca è, di per sé, avvenimento carico di disvalore, dal momento che rende tangibile l’**operatività** di una consorteria mafiosa sul

³⁹ Per questa affermazione, già prima della riforma del 2019, rimandiamo ad es. a G. Amarelli, *La contiguità politico-mafiosa*, cit., p. 284; S. Finazzo, *Scambio elettorale politico mafioso*, in *Dig. Disc. Pen., Agg.*, Utet Giuridica, 2016, p. 9 ss.

⁴⁰ *Amplius* G. Amarelli, *La riforma del reato di scambio elettorale politico-mafioso*, cit., p. 11.

⁴¹ E. Squillaci, *Punti fermi e aspetti problematici nella riforma del reato di scambio elettorale politico-mafioso*, in *Arch. Pen.*, 2013, p. 7.

territorio. Tuttavia, ci pare che l'offensività del fatto tipico di cui all'art. 416-ter c.p. si collochi **ben prima**, ossia già nel momento in cui un candidato a competizioni elettorali, direttamente o indirettamente, giunga al "patto" con un esponente dell'associazione mafiosa. Il bene giuridico tutelato dalla disposizione è, difatti, l'ordine pubblico, lesa da qualsiasi connubio tra politica e mafia⁴². Questo accordo **potrà** infatti incidere sulla libera autodeterminazione dei consociati nel momento della formazione della volontà elettorale – "libera" perché "libero" è il voto (art. 48 Cost.⁴³) – viziata dall'intervento mafioso.

In tal senso, pertanto, la previsione di questa circostanza aggravante sembra aver operato un "salto" in avanti rispetto al fatto-base incriminato dalla disposizione, dando rilievo ad un elemento – l'effettiva elezione del candidato coi voti procacciati dalla cosca – che, anche per le ragioni "tecniche" che si diranno qui di seguito, sembrava correttamente esser stato lasciato "sullo sfondo" della previsione incriminatrice.

Queste riflessioni si collegano alle ulteriori, fondate, preoccupazioni già messe in luce dai primi commentatori della riforma: l'aumento di pena sarebbe connesso ad una «situazione oggettivamente 'neutra' che può, cioè, verificarsi per le ragioni più disparate, potenzialmente anche del tutto indipendenti dallo scambio elettorale precedente, e quindi sganciata da un collegamento causale con l'accordo illecito statuito tra le due parti»⁴⁴.

Invero – e qui si giunge al "cuore" delle ragioni "tecniche" – ci si è correttamente chiesti **in che modo**, concretamente, potrà e dovrà **provarsi in giudizio** il sostrato materiale della circostanza aggravante⁴⁵: come sarà possibile rinvenire la relazione causale tra il patto e l'avvenuta elezione **in virtù di** quell'accordo, se non tramite il riscontro di quali e quanti voti siano stati ottenuti dal candidato **a cagione** di quel patto? Una simile verifica, stante il carattere di segretezza del voto (ancora, secondo il dettato dell'art. 48 Cost.), appare francamente poco verosimile.

Ulteriore rilievo critico in relazione al trattamento sanzionatorio in caso di applicazione della circostanza *de qua* risiede, poi, nel fatto che la sanzione così risultante, poiché aumentata "della metà" rispetto alla pena base di cui al primo comma, conduce a configurare una cornice edittale **più severa** rispetto a quella prevista non solo per il concorrente esterno, ma addirittura anche per le condotte di promozione, direzione, organizzazione dell'associazione di cui al secondo comma dell'art. 416-bis c.p.⁴⁶, ove queste non risultino aggravate in virtù delle circostanze presenti nel medesimo art. 416-bis.

La previsione della circostanza aggravante nel nuovo terzo comma si rivela, al netto di tali considerazioni, alquanto infelice.

⁴² *Ex plurimis* Cass., sez. II, 13 giugno 2012, n. 23186.

⁴³ Il cui secondo comma recita: «Il voto è personale ed eguale, libero e segreto. Il suo esercizio è dovere civico».

⁴⁴ G. Amarelli, *La riforma del reato di scambio elettorale politico-mafioso*, cit., p. 11.

⁴⁵ *Ibidem*.

⁴⁶ *Ibidem*.

3.1.3. La perpetuità dell'interdizione dai pubblici uffici.

Infine, all'ultimo comma dell'art. 416-ter c.p. è prevista, in caso di condanna, la pena accessoria dell'interdizione perpetua dai pubblici uffici di cui all'art. 28 c.p. A dire il vero, già prima della riforma, al condannato per questo delitto era già applicata la pena accessoria dell'interdizione dai pubblici uffici in forza dell'art. 29 c.p.⁴⁷: la novità consiste nell'averla resa ora sempre **perpetua**.

Se la previsione di tale pena accessoria risulta quanto mai opportuna, suscita, invece, dubbi proprio la sua perpetuità, che aggiunge un altro, significativo, elemento di "rigidità" al trattamento sanzionatorio predisposto con la nuova disposizione⁴⁸; ed il carattere di fissità del trattamento sanzionatorio alimenta ulteriori dubbi di legittimità costituzionale della disposizione⁴⁹.

Occorre, infatti, a questo proposito segnalare che con la sentenza n. 222/2018 la Corte costituzionale, seguendo un approccio innovativo⁵⁰, aveva sindacato la ragionevolezza della disciplina delle pene accessorie prevista per taluni reati fallimentari (art. 216, ultimo c., R.D. n. 267/1942), sotto lo specifico profilo del carattere **fisso** delle medesime: e in quell'occasione aveva sottolineato come la fissità della pena accessoria, impedendo al giudice di determinarla nel *quantum*, non permette di adeguare il trattamento sanzionatorio al caso concreto. Con le parole della Corte, «la durata fissa delle pene accessorie [...] non appare, in linea di principio, compatibile con i principi costituzionali in materia di pena, e segnatamente con i principi di proporzionalità e necessaria individualizzazione del trattamento sanzionatorio»⁵¹. Tale individualizzazione, in particolare, si impone poiché la risposta sanzionatoria deve il più possibile risultare "ritagliata" sul caso concreto, attuando il principio della personale responsabilità penale di cui all'art. 27, primo comma, Cost.⁵², nonché quello della finalità rieducativa della pena, di cui al comma 3 del medesimo articolo.

⁴⁷ Il primo comma dell'art. 29 c.p. dispone infatti che «La condanna all'ergastolo e la condanna alla reclusione per un tempo non inferiore a cinque anni importano l'interdizione perpetua del condannato dai pubblici uffici; e la condanna alla reclusione per un tempo non inferiore a tre anni importa l'interdizione dai pubblici uffici per la durata di anni cinque».

⁴⁸ Sul punto, v. ancora G. Amarelli, *La riforma del reato di scambio elettorale politico-mafioso*, cit., p. 11.

⁴⁹ V. anche *supra*, nota 38.

⁵⁰ In precedenza, la Corte si era pronunciata caducando automatismi legislativi in relazione all'applicazione automatica di pene accessorie, con le sentenze nn. 7 del 2013 e 31 del 2012, censurando il **carattere automatico e indefettibile** della pena accessoria. Il diverso profilo della **fissità della durata** della pena accessoria, indipendente quindi dall'entità della pena principale nel caso concreto, era stato affrontato invece dalla Corte nelle sentenze n. 236 del 2016, già richiamata *supra* (nota 41) e 26 del 1979. In argomento, v. R. Bartoli, *La Corte costituzionale al bivio tra "rime obbligate" e discrezionalità?*, cit., p. 144; A. Galluccio, *La sentenza della Consulta su pene fisse e rime obbligate: costituzionalmente illegittime le pene accessorie dei delitti di bancarotta fraudolenta*, in *www.dirittocontemporaneo.it*, 10 dicembre 2018, § 3.

⁵¹ Corte cost., sent. 5 dicembre 2018, n. 222, § 7 del considerando in diritto. La Corte richiama, inoltre, la precedente sentenza n. 50 del 1980, nell'ambito della quale si era già affermato come il carattere "rigido" del trattamento sanzionatorio non appaia rispettoso del «volto costituzionale» del sistema penale.

⁵² Cfr. in particolare Corte cost., sent. 16 luglio 1968, n. 104.

Anche nel caso dell'ultimo comma dell'art. 416-ter c.p., sebbene si tratti di ipotesi strutturalmente diversa rispetto a quella prevista dall'art. 216, ultimo c., legge fall. – in quell'ipotesi, infatti, le pene accessorie conseguivano alla condanna per una **pluralità di fattispecie** caratterizzate ciascuna da un **diverso disvalore** – il carattere fisso, nella sua perpetuità, della pena accessoria pare porsi in contrasto con i principi di proporzionalità e necessaria individualizzazione del trattamento sanzionatorio. Per **tutti** i fatti concretamente sussumibili nell'ambito dell'art. 416-ter c.p., infatti, a seguito della riforma è prevista la medesima, non modulabile, misura di carattere interdittivo di cui all'art. 28 c.p.

3.2. Le modifiche al novero dei soggetti promittenti.

Prima della novella, come si è visto, la disposizione dava rilievo alla promessa di «procurare voti **mediante** le modalità di cui al terzo comma dell'articolo 416-bis».

La promessa di voti oggi rilevante ai sensi del primo comma è, invece, quella di «procurare voti **da parte** di soggetti appartenenti alle associazioni di cui all'articolo 416-bis o **mediante** le modalità di cui al terzo comma dell'articolo 416-bis».

Così modificata, la norma amplia il novero dei soggetti promittenti, positivizzando una soluzione ermeneutica già emersa in vigenza della precedente formulazione.

Con l'aggiunta del riferimento alla promessa di procurare voti «da parte di soggetti appartenenti» **in alternativa** – stante la congiunzione disgiuntiva “o” – alla promessa di procurare voti “mediante” il ricorso al metodo mafioso, il legislatore pare infatti aver codificato l'orientamento giurisprudenziale, emerso in vigenza del testo del 2014, secondo il quale la necessità, o meno, della pattuizione esplicita del ricorso al metodo mafioso nel procacciamento dei voti si declina a seconda della “qualità” dell'interlocutore con cui il candidato – o chi per esso – si rapporta per addivenire all'accordo.

Per chiarire l'operazione di “codificazione” del legislatore del 2019, è bene fare un passo indietro.

Come anticipato *supra* (par. 2.2), a seguito della riforma del 2014 le maggiori divergenze ermeneutiche avevano riguardato l'inciso «mediante le modalità di cui al terzo comma dell'articolo 416-bis». L'interpretazione di tale formula non era questione meramente teorica, ma rivestiva profonda rilevanza pratica, dal momento che incideva sulla configurazione della norma, delineandone gli elementi costitutivi. Possiamo sintetizzare gli orientamenti giurisprudenziali sorti sul punto⁵³ come segue:

- in base ad un primo orientamento, tale inciso avrebbe sotteso la *voluntas legis* di punire il solo patto che avesse **esplicitamente** avuto ad oggetto l'impegno, da parte

⁵³ Sul punto v. diffusamente G. Amarelli, *Il metodo mafioso nel nuovo reato di scambio elettorale: elemento necessario o superfluo per la sua configurazione?*, in *Diritto penale contemporaneo*, 14 settembre 2014; V. Maiello, *Il nuovo art. 416 ter approda in Cassazione*, in *Giur. it.*, 2014, 12, p. 2836 ss.; S. Finazzo, *Scambio elettorale politico-mafioso*, cit., p. 6.

del promittente, di procacciare i voti con il *modus operandi* mafioso⁵⁴; in altri termini, la pattuizione avrebbe dovuto concernere l'acquisizione di voti tramite l'utilizzo del c.d. "metodo mafioso": la pattuizione relativa all'utilizzo del "metodo mafioso" avrebbe, quindi, dovuto essere intesa quale **elemento costitutivo** del fatto di reato, e come tale oggetto di (necessaria) prova in giudizio;

- un secondo, diverso orientamento aveva, invece, escluso che, ai fini dell'integrazione della fattispecie, l'esplicita "pattuizione" relativa alle «specifiche modalità di attuazione della campagna [elettorale]»⁵⁵ rappresentasse un elemento

⁵⁴ Così, ad es., Cass., sez. VI, 28 agosto 2014, n. 36382, *Antinoro*, in *Giur. it.*, 2014, 12, p. 2836 ss. con nota critica di V. Maiello, *Il nuovo art. 416-ter c.p. approda in Cassazione*, cit. Nel medesimo senso, in dottrina, E. Squillaci, *Il "nuovo" reato di scambio elettorale politico-mafioso*, cit., p. 6. Nella pronuncia *Antinoro*, che ha accolto il ricorso proposto dall'imputato avverso la condanna inflittagli dalla Corte d'appello di Palermo per il delitto di cui all'art. 416-ter c.p., si legge infatti che la modifica apportata al reato di scambio elettorale, con l'inserimento del riferimento alle "modalità" di cui al terzo comma dell'art. 416-bis c.p., ha positivizzato quel filone giurisprudenziale che già sotto la vigenza del precedente testo della disposizione riteneva necessaria la specifica pattuizione dei voti con i metodi, i modi e gli scopi propri del sodalizio mafioso. Secondo la Corte, «le modalità di procacciamento dei voti debbono costituire oggetto del patto di scambio politico-mafioso, in funzione dell'esigenza che il candidato possa contare sul concreto dispiegamento del potere di intimidazione proprio del sodalizio mafioso e che quest'ultimo si impegni a farvi ricorso, ove necessario». La sentenza si conclude con annullamento con rinvio alla Corte d'Appello per una nuova valutazione in punto di fatto relativamente alla sussistenza di una pattuizione relativa all'impiego del metodo mafioso nel procacciamento dei voti. Se da un lato Cassazione accoglie, nel caso *Antinoro*, un'interpretazione rispettosa del principio di legalità, trovando la stessa conforto nel dato normativo, ossia nel riferimento al *modus operandi* delle consorterie mafiose; d'altro canto, come è stato rilevato, la posizione espressa dalla Corte lascia perplessi rispetto agli approdi ermeneutici cui la stessa conduce, concretizzando il rischio di **ridurre estremamente** la portata applicativa della norma, sulla scia di una incomprensione della «complessità delle situazioni riportabili al tipo criminoso scolpito dalla nuova disposizione» (V. Maiello, *Il nuovo art. 416-ter c.p. approda in Cassazione*, cit., p. 2836).

Per un commento in chiave critica alla sentenza *Antinoro* vedi *amplius* G. Fiandaca, *Scambio elettorale politico-mafioso*, cit., p. 528. In particolare, le censure erano volte nei confronti degli esiti **restrittivi** cui tale opzione ermeneutica avrebbe condotto (ed aveva condotto, in concreto, nel "caso *Antinoro*"), in particolare contraendo l'applicazione della disposizione incriminatrice, dal momento che era richiesto il requisito della pattuizione del *modus operandi* nel procacciamento dei voti. Dal punto di vista empirico e criminologico, poi, tale elemento "aggiuntivo" del patto mal si sarebbe conciliato con il fenomeno del voto di scambio, dal momento che appariva irrealistico ritenere che tra esponente politico e clan venisse operata una esplicita pattuizione in tal senso. Infine, tale lettura sarebbe stata incompatibile con la natura di reato di pericolo, a fondamento della quale v'è l'anticipazione della soglia di tutela penale.

⁵⁵ È l'orientamento espresso da Cass., sez. VI, 6 maggio 2014, n. 37374, *Polizzi*, in *Foro it.*, 2015, II, c. 522, con nota di G. Fiandaca, nonché in *Dir. pen. proc.*, 2015, p. 305, con nota di L. Della Ragione, *Il nuovo art. 416-ter c.p. nelle prime due pronunce della Suprema Corte*, secondo la quale il momento consumativo del reato coincide con la conclusione del patto "voto contro utilità", mentre il procacciamento dei voti è momento solo *successivo* ad esso e ad ogni modo non necessario per il perfezionamento della fattispecie. Secondo il ragionamento della Corte, non essendo l'acquisizione dei consensi elettorali rilevante ai fini dell'integrazione del reato in esame, dunque, del pari irrilevante sarà il fatto che tali voti siano stati conseguiti con il "metodo mafioso" e, dunque, a monte, che vi sia stata una pattuizione in tal senso. Infatti «l'esercizio in concreto del metodo mafioso, cioè il compimento di singoli atti di intimidazione e sopraffazione in danno degli elettori, potrebbe costituire al più l'oggetto di una intenzione del promittente, o del patto eventualmente concluso circa le modalità esecutive dell'accordo, ma non una componente materiale della condotta tipica, rispetto alla quale costituisce un *post factum*, punibile semmai con riguardo a diverse ed ulteriori fattispecie criminose» (Cass., sez. VI, 6 maggio 2014, n. 37374, *Polizzi*, cit.). Ciò che viceversa esclusivamente rileva, secondo la Cassazione, è la definizione del patto elettorale tra un candidato o comunque un soggetto interessato a collezionare voti, e la consorteria mafiosa, in tal senso essendo il primo «consapevole della [...] natura e dei metodi che [...] connotano» (*ibidem*) la seconda. Rileva, dunque, la condotta del politico (o chi per esso agisca) **che si rivolge**

costitutivo del reato, con conseguente non necessità della relativa prova in giudizio: tale elemento avrebbe potuto, per contro, ritenersi “presunto”;

- infine, una posizione “di compromesso”, intermedia tra le precedenti, era quella secondo la quale l’esplicito riferimento al *modus operandi* mafioso, in occasione dell’accordo “elettorale”, **non** sarebbe stato necessario allorché il promittente fosse stato un “intraneeo” all’associazione mafiosa ed avesse agito in rappresentanza e nell’interesse della medesima⁵⁶. In tal caso, la pattuizione del ricorso al metodo mafioso avrebbe potuto considerarsi *ex se* sussistente, immanente all’accordo: l’esistenza dell’intesa per il procacciamento di consensi elettorali, con ricorso a modalità mafiose, avrebbe potuto desumersi anche in via indiziaria. Nell’ipotesi di promittente-intraneeo, infatti, «è la fama criminale dell’interlocutore del politico e la sua possibilità di incidere sul territorio di riferimento con i metodi tipici della mafiosità che lo rendono appetibile sul piano elettorale e che spingono il candidato a raggiungere l’accordo»⁵⁷. Viceversa, nel caso in cui il promittente non fosse stato identificabile quale “intraneeo” all’associazione o, se pur tale, avesse agito *uti singulus*, sarebbe stata necessaria «una prova chiara ed immediata della pattuizione delle modalità del procacciamento cui risulta piegato l’illecito patto di scambio elettorale, non potendosene ricavare la presenza dal mero ruolo di interlocuzione riferito in precedenza esclusivamente all’organizzazione criminale»⁵⁸.

Delle tre, quest’ultima interpretazione aveva trovato un certo consenso in giurisprudenza, di modo che si può dire che essa risultava, al momento della riforma in commento, prevalente⁵⁹.

ad una cosca per “esigenze” elettorali, consapevole di sollecitare il procacciamento di voti da parte di un sodalizio **che si serve di quei metodi**.

Anche la sentenza Polizzi non era andata esente da critiche. Da un lato, si sottolineava come di fatto si fosse subissato il dato letterale della disposizione che esplicitamente operava un rimando alle “modalità” previste dalla fattispecie associativa (così G. Amarelli, *La contiguità politico-mafiosa*, cit., p. 329); dall’altro, si notava come questo orientamento avrebbe condotto ad un’abrogazione tacita del secondo comma dell’art. 416-ter c.p., in quanto, facendo necessariamente coincidere il promittente con un appartenente o comunque un rappresentante dell’associazione mafiosa (elemento presupposto dalla Corte nella sentenza Polizzi), l’art. 416-ter, c. 2, c.p. non sarebbe più stato applicabile in quanto “assorbito” dalla fattispecie associativa di cui all’art. 416-bis c.p. (così I. Merenda, *La rilevanza del metodo mafioso nel nuovo art. 416-ter c.p.: la Cassazione alla ricerca del “compromesso” interpretativo*, nota a Cass., sez. VI, 19 maggio 2015, dep. 16 giugno 2015, *Albero*, n. 25302, in *Cass. pen.*, 2016, p. 525).

⁵⁶ È la posizione inaugurata da Cass., sez. VI, 19 maggio 2015, n. 25302, *Albero*, in *Cass. pen.*, 2016, p. 552, con nota di I. Merenda, *La rilevanza del metodo mafioso nel nuovo art. 416-ter c.p.*, cit.; e accolta dalla successiva giurisprudenza, ad es. di recente da Cass., sez. V, 15 luglio 2019, n. 1079, *Ruggirello*; Cass., sez. V, 7 maggio 2019, n. 26426, *Merola*, Rv. 275638; Cass., sez. VI, 20 febbraio 2019, n. 9442, *Zullo*, Rv. 275157. Questa interpretazione ha sostanzialmente accolto gli spunti provenienti dalla dottrina, in particolare la tesi proposta da V. Maiello, *Il nuovo art. 416 ter approda in Cassazione*, cit., p. 2839 ss., cui successivamente aderisce L. Della Ragione, *Il nuovo art. 416-ter c.p. nelle prime due pronunce della Suprema Corte*, cit., p. 305.

⁵⁷ Cass., sez. VI, 19 maggio 2015, *Albero*, cit.

⁵⁸ *Ibidem*.

⁵⁹ Cass., sez. V, 15 luglio 2019, n. 1079, *Ruggirello*; Cass., sez. V, 7 maggio 2019, n. 26426, *Merola*, Rv. 275638; Cass., sez. VI, 20 febbraio 2019, n. 9442, *Zullo*, Rv. 275157; Cass., sez. VI, 10 giugno 2015, n. 31348; Cass., VI Sez., 16 ottobre 2015, n. 41801, *Serino*, con nota di E. Zuffada, *La corte di cassazione ritorna sull’art. 416-ter c.p.: una nuova effettività per il reato di “scambio elettorale politico mafioso”?*, in *Diritto penale contemporaneo*, 18 marzo 2016, spec. p. 13, ove viene rilevato che, allorché si richieda, nei casi di promittente *intraneeus* che

Il legislatore pare dunque aver codificato l'orientamento maggioritario: si riconosce che la pattuizione esplicita del ricorso al metodo mafioso rimane elemento "eventuale", dipendente dalla qualità del soggetto promittente. In altre parole, siffatta pattuizione si declina **a seconda della** qualità dell'interlocutore con cui il candidato – o chi per esso – si rapporta per addivenire all'accordo.

Quale, però, il rovescio della medaglia di simile "codificazione"? Il rischio che pare potersi intravedere potrebbe essere quello di un'applicazione incondizionata della norma, e quindi della punibilità di promittente e promissario **solamente allorché** si riscontri un accordo tra esponente politico e "mafioso", configurando così una "responsabilità da posizione"⁶⁰.

Ci si vuole spiegare meglio: come noto, il tema della contiguità politico-mafiosa presta il fianco a delicate questioni allorché, con sguardo "disincantato", si pensi a (talvolta insondabili) meccanismi di raccolta del consenso elettorale⁶¹. In altre parole: possiamo **sempre** ritenere penalmente rilevante l'accordo tra politico e soggetto "appartenente" ad associazione mafiosa, **per il solo fatto** che quest'ultimo sia tale, anche nel caso in cui la "propaganda" avvenga con modalità "lecite"?

Tale rilievo, a ben vedere, si sarebbe potuto muovere anche **prima** della riforma in commento, laddove la giurisprudenza riteneva che la "fama criminale" del promittente fosse sufficiente per non richiedere la prova della promessa del metodo.

Ad ogni modo, secondo i primi commentatori, la specificazione che il promittente possa anche essere un «appartenente alle associazioni di cui all'art. 416-bis c.p.», sarebbe non solo inutile, in quanto rispecchiante una soluzione cui la giurisprudenza era già approdata a disposizione previgente, ma anche foriera di maggiori problemi rispetto a quelli che tendeva a risolvere⁶². Ciò in quanto siffatta modifica potrebbe far sorgere dubbi

agisce *uti singuli* o estraneo al sodalizio, la prova dell'accordo sul metodo, gli spazi concreti applicativi della fattispecie si riducono drasticamente, posta la difficoltà probatoria di un simile elemento; Cass., sez. I, 30 novembre 2015, n. 19230, *Zappalà*, in C.E.D. Cass., n. 266794; Cass., sez. VI, 3 marzo 2016, n. 16397, in *DeJure*. Per un ulteriore commento a questo indirizzo ermeneutico v. ancora G. Amarelli, *Il metodo mafioso nel nuovo reato di scambio elettorale*, cit., p. 10. nonché Id., *La contiguità*, cit., pp. 330 ss. e spec. p. 333 laddove l'A. saluta positivamente tale "nuovo" filone giurisprudenziale, considerato da un lato ancorato alla *littera legis* e, dall'altro, attento al fenomeno criminologico sottostante. Per l'affermazione che la fattispecie introdotta nel 2014 «presenta un doppio statuto di tipicità» cfr. *Idem*, p. 339.

⁶⁰ In senso favorevole alla modifica apportata v. invece G. Panebianco, *La nuova configurazione del delitto di scambio elettorale politico-mafioso*, cit., p. 13, secondo cui «oggi, nelle ipotesi in cui il patto elettorale è concluso con un membro del sodalizio criminale, l'esonero dalla prova della contrattazione concernente il metodo di procacciamento dei suffragi è un dato incontrovertibile per espressa volontà del legislatore». Tuttavia, si aggiunge, «l'aver tentato di porre rimedio ai deficit della precedente disposizione attraverso una sorta di legiferazione per stratificazione, contribuisce, e non poco, a incrementare le perplessità sulla bontà dell'intervento riformatore» (*Ibidem*): si nota infatti che «l'aver affidato la qualificazione politico-mafiosa della promessa elettorale ai due distinti e alternativi profili della caratura criminale del promittente e della gravidanza mafiosa del (concordato) metodo di procacciamento dei voti, genera perverse conseguenze sull'operatività della fattispecie, in parte ampliandone a dismisura il perimetro e in parte minandone l'effettività».

⁶¹ Cfr., per gli spunti sul tema ed in particolare per una riflessione sul carattere, in parte, necessariamente "compromissorio" dell'attività politica in una democrazia rappresentativa C. Visconti, *Contiguità alla mafia e responsabilità penale*, cit., p. 399.

⁶² G. Amarelli, *Scambio elettorale politico-mafioso*, cit., § 4.

circa l'interpretazione della categoria soggettiva degli "appartenenti" ad associazione mafiosa, vale a dire, se a tal fine si debba richiedere la condanna definitiva per il delitto di cui all'art. 416-*bis* c.p., oppure ci si possa accontentare di una più generica nozione di "appartenente", del tipo di quella in passato individuata dalla giurisprudenza in relazione alla fattispecie di pericolosità dei soggetti «indiziati di appartenere ad associazioni mafiose», rilevante in sede di misure di prevenzione⁶³.

Non solo, secondo taluno il riferimento specifico agli "intranei" quali promittenti porrebbe l'ulteriore problema relativo all'elemento soggettivo in capo al candidato rispetto alla qualità del promittente, «aprendo così le porte a pericolose contestazioni allargate del delitto passibili di una eventuale confutazione successiva all'esito di un vaglio più attento del materiale probatorio in cui si dimostri la non conoscenza di tale aspetto da parte del promissario»⁶⁴.

A parere di chi scrive, tuttavia, anche relativamente a quest'ultimo rilievo la questione avrebbe potuto porsi sotto la vigenza della precedente disposizione incriminatrice ove, infatti, già non vi erano solidi appigli per una "verifica" dell'elemento soggettivo in capo al candidato circa la "caratura criminale" (mafiosa) del proprio interlocutore.

Come è stato rilevato, peraltro, la questione riguardante la definizione del concetto di "appartenente" all'associazione era già stata sollevata nel corso dell'*iter* parlamentare dal Servizio studi della Camera dei deputati: «a tal fine le indicazioni oscillavano tra la necessità di una condanna definitiva ai sensi dell'art. 416-*bis* c.p. e la sufficienza dell'applicazione di una misura di prevenzione in base al Codice antimafia (d. lgs. 6 settembre 2011, n. 159)»⁶⁵.

In realtà, a fronte dell'orientamento giurisprudenziale relativo alla esigenza o meno della esplicita pattuizione del metodo fondata sulla "qualità" del soggetto promittente, la critica poc'anzi richiamata alla nuova disposizione ci appare un po' troppo "esigente", allorché si pensi che, relativamente al "vecchio" art. 416-*ter* c.p., la dottrina non sembrava essersi posta simili dubbi, e ciò durante la vigenza di una disposizione che **nessun riferimento** operava alla "qualifica" del promittente.

3.3. L'ampliamento dell'oggetto della promessa: la «disponibilità a soddisfare gli interessi o le esigenze dell'associazione mafiosa».

Un'ulteriore modifica, operata dalla riforma del 2019, riguarda l'**oggetto** dello scambio, e segnatamente la prestazione che il promissario offre in cambio della promessa del procacciamento dei voti.

⁶³ *Ibidem*.

⁶⁴ *Ibidem*.

⁶⁵ G. Panebianco, *La nuova configurazione del delitto di scambio elettorale politico-mafioso*, cit., p. 13, nota 48.

Il nuovo primo comma dell'art. 416-ter c.p. prevede che l'accettazione della promessa di procurare voti possa avvenire (oltre che in cambio di «denaro o altra utilità», come già era previsto *ante* riforma, anche) «in cambio della disponibilità a soddisfare gli interessi o le esigenze dell'associazione mafiosa».

Con un lessico – la «**disponibilità**» – che pare rievocare da un lato la condotta partecipativa⁶⁶, dall'altro quella concorsuale⁶⁷ in tema di associazione di tipo mafioso, il legislatore intende dilatare al massimo l'oggetto della controprestazione del promissario. Quest'ultimo può dunque offrire, in cambio dei voti, la propria **messa a disposizione** per "interessi" o "esigenze" del sodalizio.

La prima dottrina in commento, oltre a sottolineare l'imprecisione del dettato normativo – della cui compatibilità rispetto agli artt. 25, c. 2, nonché 117 c. 1, Cost., quest'ultimo con riferimento all'art. 7 C.E.D.U., e dunque con i principi di legalità (*sub specie* di precisione e determinatezza), nonché prevedibilità delle decisioni⁶⁸ si potrebbe dubitare – ha sottolineato come con tale formulazione la soglia della tutela penale verrebbe ulteriormente arretrata⁶⁹. Ciò avverrebbe, tra l'altro, rispetto ad una fattispecie che già si configura come reato di pericolo, in cui la soglia di punibilità è anticipata alla fase del mero scambio delle promesse⁷⁰, con buona pace del principio di offensività⁷¹.

Peraltro, tale modifica appare "ripescata" da precedenti proposte di legge, in particolare in occasione della riforma del 2014⁷².

Con la novella in esame, peraltro, la disposizione appare ulteriormente "avvicinarsi" alla fattispecie concorsuale⁷³, in particolare laddove prevede il riferimento alla mera «disponibilità a soddisfare gli interessi o le esigenze della cosca». Tale modifica potrebbe condurre ad una nuova "stagione" per l'art. 416-ter c.p., relativamente a quanto concerne il promissario, la condotta del quale, d'ora in poi, sarà più agevolmente sussumibile entro

⁶⁶ Ad esempio, Cass., sez. V, 5 giugno 2013, n. 49793, in *Leggi d'Italia*.

⁶⁷ Cfr. ad esempio Cass., sez. VI, 18 aprile 2013, n. 30346, in *Leggi d'Italia*.

⁶⁸ G. Amarelli, *Scambio elettorale politico-mafioso*, cit., § 4. Sul principio della prevedibilità delle decisioni rimandiamo alle riflessioni più recenti di O. Di Giovine, *Come la legalità europea sta riscrivendo quella nazionale. Dal primato delle leggi a quello dell'interpretazione*, in *Diritto penale contemporaneo*, 5 novembre 2012.

⁶⁹ G. Amarelli, *Scambio elettorale politico-mafioso*, cit., § 4.

⁷⁰ Cass., sez. VI, 19 maggio 2015, n. 25302, più recentemente v. Cass., sez. V, 23 gennaio 2020, n. 14687. Cass., sez. I, 30 novembre 2015, n.1923, in *DeJure*, che specifica si tratti di pericolo astratto.

⁷¹ Per ulteriori riflessioni critiche sulla previsione della «disponibilità a soddisfare gli interessi o le esigenze dell'associazione mafiosa» v. P. Insolera, *Art. 416-ter c.p. scambio elettorale politico mafioso: storia di una fattispecie senza pace*, in *Diritto penale contemporaneo*, 26 settembre 2019, pp. 22-23, ove si sottolinea il carattere "evanescente" di siffatto oggetto della controprestazione, che si innesta su una fattispecie già per sua natura caratterizzata da una anticipazione della soglia di tutela e che, pertanto, rischia di ampliare ulteriormente l'ambito di applicabilità della norma. Come nota l'Autore, infatti, il rischio è quello di una possibile, eccessiva interferenza «sulla sfera soggettiva di esercizio di diritti connessi a fondamentali libertà politiche, di partecipazione attiva in una democrazia rappresentativa (art. 51 Cost.), che sono sacrificati completamente, in un bilanciamento legislativo che non sembra potersi dire globalmente proporzionato, prevalendo irragionevolmente le istanze di protezione dell'ordine pubblico» (*Idem*, p. 23).

⁷² Cfr. sul punto E. Cottu, *La nuova fisionomia dello scambio elettorale politico-mafioso*, cit., p. 792.

⁷³ In aggiunta a quanto già evidenziato *supra* rispetto al trattamento sanzionatorio, equiparato *quoad poenam* a quello previsto per il reato associativo ex art. 416-bis c.p.

la fattispecie in esame, qualora non si riesca a fornire la più esigente prova del “concorso esterno” in associazione mafiosa.

3.4. Le altre modifiche alla disposizione: il riferimento agli “intermediari” e a “qualunque” altra utilità.

Diamo infine conto di due ulteriori modifiche operate dalla recente riforma che, tuttavia, non sembrano avere portata incisiva sulla struttura della fattispecie:

- l’inserimento, sia nel primo, che nel secondo comma, dell’inciso «direttamente o a mezzo di intermediari»: tale inserimento non pare modificare l’ambito di applicabilità della norma. Infatti, con l’espressione “chiunque”, prevista nella disposizione previgente, era già possibile ricomprendere soggetti che intervenissero nella stipulazione del patto, essendo d’altra parte possibile ampliare l’ambito applicativo della disposizione in virtù della clausola generale di cui agli artt. 110 e ss. c.p.⁷⁴;
- l’introduzione dell’aggettivo “qualunque” riferito ad “altra utilità”: anche in questo caso la modifica non sembra ampliare l’ambito applicativo della norma, posto che l’espressione “altra utilità” era già interpretata dalla giurisprudenza in un’accezione ampia, ricomprendente qualsiasi vantaggio⁷⁵.

4. Conclusioni.

In conclusione, il “nuovissimo” art. 416-ter c.p. sembra più aver sollevato problemi che portato soluzioni. Attendendo le prime applicazioni giurisprudenziali, possiamo già

⁷⁴ G. Amarelli, *Scambio elettorale politico-mafioso*, cit., § 4; concorde sul punto anche G. Panebianco, *La nuova configurazione del delitto di scambio elettorale politico-mafioso*, cit., p. 6: «il persistente riferimento della fattispecie ad una platea non qualificata di soggetti attivi consente dunque di continuare a farne diretta applicazione nei confronti del rappresentante dell’esponente politico e dell’emissario del promittente, immediatamente impegnati nella negoziazione». Al contempo, tuttavia, secondo l’A. da ultimo richiamato, l’ambito di applicabilità della norma risulterebbe ampliato, permettendo di qualificare quali soggetti attivi «anche i committenti dello scambio, rimasti come tali estranei alla conclusione dell’accordo, senza l’interposizione della disposizione sul concorso di persone nel reato. Il riferimento alla contrattazione “indiretta”, piuttosto che risultare pleonastico, restituisce pertanto una maggiore determinatezza alla fattispecie» (ivi, pp. 66-7).

⁷⁵ G. Amarelli, *Scambio elettorale politico-mafioso*, cit., § 5. La nozione “altra utilità”, come nota l’A., compare del resto anche nell’ambito di taluni reati contro la pubblica amministrazione (ex plurimis, nel delitto di corruzione per atto contrario ai doveri d’ufficio, art. 319 c.p.: v., ad esempio, Cass, pen., sez. VI, 9 febbraio 2016, n. 18707, C.E.D. 266991, ove si afferma che la nozione di “altra utilità” ricomprende qualsiasi vantaggio materiale o morale, patrimoniale o non patrimoniale). Il parallelismo è confermato ad esempio da Cass., sez. VI, 19 maggio 2015, n. 25302 ove si afferma che, in tema di art. 416-ter c.p., si può «ritenere oggi certamente ricomprese nella condotta in contestazione anche la promessa di “utilità” che solo in via mediata possono essere oggetto di monetizzazione»; più di recente Cass., sez. II, 13 dicembre 2019, n. 16201: «il riferimento ad altra utilità rispetto al danaro evidenzia che, come del resto già affermato in relazione a delitti contro il patrimonio (cfr. Cass., sez. V, 13 gennaio 2016, n. 8352), l’utilità rilevante può essere anche di natura non patrimoniale, eventualmente correlata a un vantaggio per il soggetto attivo del reato o per il terzo nel cui interesse egli abbia agito».

affermare che l'odierna riforma si sia mossa quasi esclusivamente secondo la direttrice dell'inasprimento sanzionatorio, disponendo un aumento della cornice edittale del reato-base, l'introduzione di una nuova circostanza aggravante speciale ad effetto speciale e, infine, la previsione della perpetuità della pena accessoria dell'interdizione dai pubblici uffici.

L'intervento del legislatore sull'art. 416-ter c.p. in senso univocamente rigorista sembra, pertanto, ancora una volta dare ragione a chi sottolinea il sempre più frequente uso del diritto penale «come arma puntata contro nemici sociali di turno»⁷⁶, senza che tuttavia questo strumento si riveli effettivamente idoneo, **di per sé**, a contrastare un fenomeno endemico come quello del "connubio" tra associazioni mafiose e rappresentanti politici.

Salvo per quanto riguarda la positivizzazione dell'orientamento giurisprudenziale relativo alla "qualità" dei soggetti promittenti (positivizzazione, peraltro, foriera di incognite), non possiamo infatti affermare che il legislatore abbia operato una modifica dell'art. 416-ter c.p. di grande pregio: anzi, come abbiamo visto, ha esposto la fattispecie incriminatrice dello scambio elettorale politico-mafioso ad una serie di obiezioni di legittimità costituzionale e ha ripristinato l'equivoca equiparazione *quoad poenam* tra il reato in parola e l'associazione di tipo mafioso.

Bibliografia.

G. Amarelli, *La riforma del reato di scambio elettorale politico mafioso. Una più chiara graduazione del disvalore delle condotte di contiguità mafiosa?*, in *Dir. pen. cont. - Riv. Trim.*, 2, 2014, p. 4 ss.

G. Amarelli, *Il metodo mafioso nel nuovo reato di scambio elettorale: elemento necessario o superfluo per la sua configurazione?*, in *Diritto penale contemporaneo*, 14 settembre 2014.

G. Amarelli, *La contiguità politico-mafiosa. Profili politico-criminali, dommatici ed applicativi*, Dike Giuridica Editrice, 2016.

G. Amarelli, *Scambio elettorale politico-mafioso: diagnosi di una legge sbagliata*, in *Dir. Pen. e Processo*, 2019, 9, p. 1224.

A. Barazzetta, sub Art. 416-ter c.p., in G. Gatta, E. Dolcini (a cura di), *Codice penale commentato*, Giuffrè, 2015, p. 4345.

R. Bartoli, *La Corte costituzionale al bivio tra "rime obbligate" e discrezionalità? Prospettabile una terza via*, in *Diritto penale contemporaneo*, 18 febbraio 2019.

A. Cavaliere, *Lo scambio elettorale politico mafioso*, in S. Moccia (a cura di), *Trattato di diritto penale. Delitti contro l'ordine pubblico*, vol. V, Edizioni Scientifiche Italiane, 2007, p. 639 ss.

A. Cisterna, *Voto di scambio politico-mafioso: la legge pubblicata in gazzetta*, in *www.quotidianogiuridico.it*, 28 maggio 2019.

⁷⁶ Così, di recente, se pur in relazione alle scarcerazioni di boss mafiosi per rischio-contagio da Covid-19, G. Fiandaca, *Scarcerazioni per motivi di salute, lotta alla mafia e opinione pubblica*, in *Sist. Pen.*, 19 maggio 2020, par. 6.5.

E. Cottu, *La nuova fisionomia dello scambio elettorale politico-mafioso, tra istanze repressive ed equilibrio sistematico*, in *Dir. pen. proc.*, 2014, p. 789 ss.

G.A. De Francesco, *Commento agli artt. 11-bis e 11-ter d.l. 8/6/1992 n. 306*, in *Leg. Pen.*, 1993, p. 122 ss.

G.A. De Francesco, *Dogmatica e politica criminale nei rapporti tra concorso di persone ed interventi normativi contro il crimine organizzato*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1994, p. 1266 ss.

G.A. De Francesco, *Gli artt. 416, 416-bis, 416-ter, 417 e 418 c.p.*, in P. Corso, G. Insolera, L. Stortoni (a cura di), *Mafia e criminalità organizzata*, Utet, 1995, vol. I, p. 5 ss.

L. Della Ragione, *Il nuovo art. 416-ter c.p. nelle prime due pronunce della Suprema Corte*, nota a *Cass. pen.*, sez. VI, 6 maggio 2014, n. 37374, Polizzi, in *Dir. pen. proc.*, 2015, p. 303 ss.

O. Di Giovine, *Come la legalità europea sta riscrivendo quella nazionale. Dal primato delle leggi a quello dell'interpretazione*, in *Diritto penale contemporaneo*, 5 novembre 2012.

G. Fiandaca, *Riflessi penalistici del rapporto mafia-politica*, in *Foro it.*, 1993, V, c. 137 ss.

G. Fiandaca, *Accordo elettorale politico-mafioso e concorso esterno in associazione mafiosa, Una espansione incontrollata del concorso criminoso*, in *Foro it.*, 1996, V, c. 121.

G. Fiandaca, E. Musco, *I delitti di associazione (Delitti contro l'ordine pubblico)*, in *Diritto penale. Parte speciale*, vol. I, V ed., Zanichelli, 2012, p. 499.

G. Fiandaca, *Populismo politico e populismo giudiziario*, in *Criminalia*, 2013, p. 95 ss.

G. Fiandaca, *Scambio elettorale politico-mafioso: un reato dal destino legislativo e giurisprudenziale avverso?*, in *Foro it.*, 2015, c. 522 ss.

G. Fiandaca, *Scarcerazioni per motivi di salute, lotta alla mafia e opinione pubblica*, in *Sist. Pen.*, 19 maggio 2020.

S. Finazzo, *Scambio elettorale politico mafioso*, in *Dig. Disc. Pen., Agg.*, Utet Giuridica, 2016, p. 9 ss.

A. Galluccio, *La sentenza della Consulta su pene fisse e 'rime obbligate': costituzionalmente illegittime le pene accessorie dei delitti di bancarotta fraudolenta*, in www.dirittocontemporaneo.it, 10 dicembre 2018.

C.F. Grosso, *Le contiguità alla mafia tra partecipazione, concorso in associazione mafiosa ed irrilevanza penale*, in *Riv. it. Dir. proc. Pen.*, 4, 1993, p. 1194 ss.

C.F. Grosso, *Accordo elettorale politico-mafioso e concorso esterno in associazione mafiosa. Una configurazione possibile*, in *Foro it.*, 1996, V, c. 121 ss.

A. Ingroia, *L'associazione di tipo mafioso*, Giuffrè, 1993.

G. Insolera, *I delitti contro l'ordine pubblico*, in Aa.Vv., *Diritto penale. Lineamenti di parte speciale*, Monduzzi, 2014, p. 423 ss.

P. Insolera, *Art. 416-ter c.p. scambio elettorale politico mafioso: storia di una fattispecie senza pace*, in *Diritto penale contemporaneo*, 26 settembre 2019.

N. Madia, *Scambio elettorale politico-mafioso, il fascino riscoperto di una fattispecie figlia di un dio minore*, in *Cass. pen.*, 2013, p. 3328 ss.

V. Maiello, *Il nuovo art. 416 ter approda in Cassazione*, in *Giur. it.*, 2014, 12, p. 2836 ss.

V. Maiello, *La nuova formulazione dello scambio elettorale politico mafioso*, in *Studium Juris*, 2015, p. 1 ss.

I. Merenda, *La rilevanza del metodo mafioso nel nuovo art. 416-ter c.p.: la Cassazione alla ricerca del "compromesso" interpretativo*, nota a Cass., sez. VI, 19 maggio 2015, dep. 16 giugno 2015, *Albero*, n. 25302, in *Cass. pen.*, 2016, p. 514 ss.

V.B. Muscatiello, *Il concorso esterno nelle fattispecie associative*, CEDAM, 1995.

G. Panebianco, *La nuova configurazione del delitto di scambio elettorale politico-mafioso: un precario equilibrio tra esigenze di tutela e garanzie penali*, in *Leg. Pen.*, 18 ottobre 2019, p. 1 ss.

A. Panetta, A. Balsamo, *Sul patto elettorale politico mafioso vent'anni dopo. Poche certezze, molti dubbi*, in *Cass. pen.*, 2012, p. 3756 ss.

M. Pelissero, *Associazione di tipo mafioso e scambio elettorale politico-mafioso*, in Id. (a cura di), *Reati contro la personalità dello Stato e contro l'ordine pubblico*, Giappichelli, 2010, p. 325

D. Salas, *La volonté de punir. Essai sur le populisme pénal*, Hachette littératures, 2005.

S. Santini, [La ragionevolezza della risposta punitiva tra scelte di politica criminale e discrezionalità del giudice Riflessioni a margine della sentenza della Corte cost. 21 luglio 2020, n. 156 sulla causa di non punibilità per particolare tenuità del fatto di cui all'art. 131-bis c.p.](#), in questa rivista, 16 settembre 2020.

F. Siracusano, *Il concorso esterno e le fattispecie associative*, in *Cass. pen.*, 1993, p. 1870 ss.

G. Spagnolo, *L'associazione di tipo mafioso*, CEDAM, 1997.

E. Squillaci, *Punti fermi e aspetti problematici nella riforma del reato di scambio elettorale politico-mafioso*, in *Arch. Pen.*, 2013, p. 1 ss.

E. Squillaci, *Il "nuovo" reato di scambio elettorale politico-mafioso. Pregi e limiti di una riforma necessaria*, in *Arch. Pen.*, 3, 2014, pp. 1 ss.

G. Turone, *Il delitto di associazione mafiosa*, Giuffrè, 2015.

C. Visconti, *Il reato di scambio elettorale politico-mafioso*, in *Ind. Pen.*, 1993, pp. 273 ss.

C. Visconti, *Contiguità alla mafia e responsabilità penale*, Giappichelli, 2003.

C. Visconti, *Verso la riforma del reato di scambio elettorale politico mafioso: andiamo avanti, ma con giudizio*, in www.penalecontemporaneo.it, 17 giugno 2013.

E. Zuffada, *La corte di cassazione ritorna sull'art. 416-ter c.p.: una nuova effettività per il reato di "scambio elettorale politico mafioso"?*, in *Diritto penale contemporaneo*, 18 marzo 2016.

Conversazione

— Soldi sporchi. Economia, sistemi finanziari e riciclaggio internazionale – Ch. 1

La criminalità finanziaria oggi: inquadramento del fenomeno e questioni sul tappeto. Una conversazione con Giovanna Marcolongo

Dirty money. Economics, financial systems and international money laundering – Ch. 1

Financial crime today: framing of the phenomenon and issues at stake. A conversation with Giovanna Marcolongo

di Elisa Padoan, Giovanna Marcolongo

Abstract. Qual è l'entità del fenomeno del riciclaggio di denaro sporco? Quali sono i settori dell'economia più colpiti? Perché non si interviene in modo efficace sul fronte del controllo e della repressione? Di questo e di molto altro abbiamo parlato con **Giovanna Marcolongo**, ricercatrice del **Centro CLEAN – Crime: Law and Economic Analysis** – dell'Università Bocconi di Milano. Il centro, nato nel 2015 sotto la direzione del Prof. Paolo Pinotti, rappresenta uno **spazio di dialogo e confronto** tra professionisti coinvolti in prima linea nell'attività di **analisi del crimine**.

Abstract. What is the scale of money laundering? Which sectors of the economy are most affected? Why is there no effective action in terms of control and repression? We talked about this and much more with **Giovanna Marcolongo**, researcher at the **CLEAN Center - Crime: Law and Economic**

*Analysis - of the Bocconi University in Milan. The center, founded in 2015 under the direction of Prof. Paolo Pinotti, represents a **space for dialogue and discussion** among professionals directly involved in **crime analysis**.*

La genesi di questa intervista è legata alla volontà di provare a rispondere agli interrogativi giuridici, economici, ma anche morali, sollevati dalla crescente diffusione di condotte di criminalità economica di carattere transnazionale sempre più sofisticate ed elusive, come documentato anche da alcuni **recenti scandali**, quale ad esempio l'inchiesta giornalistica nota come **FinCEN Files**¹, oggetto specifico della seconda parte della presente intervista.

Prima di addentrarci nell'analisi di dettaglio delle storture del sistema, abbiamo però chiesto a Marcolongo di aiutarci a meglio delimitare il campo di osservazione.

Dal punto di vista economico – spiega Marcolongo – il **riciclaggio** può essere definito come

«Il processo attraverso il quale fondi di origine illecita vengono immessi nel circuito dell'economia legale nascondendo la loro provenienza, al fine di essere successivamente impiegati in attività finanziarie o commerciali lecite permettendo, in tal modo, a colui che tale processo ha messo in atto, di accrescere le proprie disponibilità finanziarie attraverso l'investimento nel settore legale».

Per quanto riguarda **l'entità del fenomeno**, secondo le Nazioni Unite, i proventi del traffico di droghe e del crimine organizzato ammontavano nel 2009 al 3,6% del PIL mondiale, di cui tre quarti venivano riciclati (il 2,7% del PIL mondiale, circa 1.600 miliardi di dollari)²; si tratta comunque di stime da prendere con estrema cautela, a causa della natura occulta di tali attività.

In merito alle **aree geografiche**, l'attività di riciclaggio di denaro presenta carattere globale, non solo a causa della dimensione internazionale delle organizzazioni criminali, ma anche e soprattutto perché lo spostamento oltre confine dei fondi illeciti è un ottimo modo, per chi delinque, per rendere difficile la tracciabilità e ostacolare la possibilità di risalire alla fonte che li ha generati.

In Italia il fenomeno è legato soprattutto a criminalità organizzata, corruzione ed evasione fiscale; a livello mondiale, secondo il Gruppo di Azione Finanziaria Internazionale (GAFI), rilevano in particolare il narcotraffico, l'usura e i crimini ambientali³.

¹ Si veda S. Arcieri, R. Bianchetti, *«Abbiamo due sistemi di applicazione della legge e della giustizia nel paese»*, 30 settembre 2020. Sullo stesso tema si rinvia altresì agli ulteriori articoli: *Sei proposte urgenti per il contrasto al riciclaggio internazionale di denaro*, del 23 ottobre 2020, *FinCen Files: i numeri della maxi-inchiesta*, del 9 ottobre 2020 e *Abusi fiscali, riciclaggio di denaro e corruzione: le piaghe della finanza globale*, del 30 settembre 2020, tutti su *DPU – il blog*.

² Cfr. United Nations Office on Drugs and Crime (UNODC), *Estimating illicit financial flows resulting from drug trafficking and other transnational organized crimes. Research Report*, 2011, p. 5.

³ Cfr. Financial Action Task Force (FATF), *Anti-money laundering and counter-terrorist financing measures – Italy. Mutual Evaluation Report*, 2016, p. 6.

Tra le **attività in cui vengono riciclati i proventi illeciti**, spiccano quelle caratterizzate da movimentazione di flussi finanziari (come giochi e scommesse, compro oro, *money transfer*), gli investimenti nel settore immobiliare, la creazione di società veicolo in paradisi fiscali, l'auto-riciclaggio tramite l'acquisto di articoli di lusso e opere d'arte. A queste si è aggiunto, in tempi più recenti, lo scambio in valute virtuali.

Le **regole per la prevenzione e repressione del riciclaggio** non mancano e molto è stato fatto negli anni dal legislatore, sia italiano sia europeo, per contrastare il fenomeno. «In Italia – ci ha detto Marcolongo – lo *standard* normativo appare adeguato e il sistema di prevenzione solido, grazie anche alla collaborazione tra i differenti soggetti coinvolti: l'Unità di Informazione Finanziaria (UIF), le forze di polizia, la Direzione investigativa antimafia (DIA), l'autorità di vigilanza sugli intermediari finanziari. A ciò deve aggiungersi la capacità di aggiornamento nella prevenzione del rischio, come ha dimostrato l'inclusione di presidi di controllo nei confronti delle operazioni legate alle valute virtuali».

In merito alle **sanzioni**, dal punto di vista economico il criterio cardine per valutarne l'adeguatezza è quello dell'analisi costi-benefici:

«Se per un attimo assumiamo il punto di vista di un'organizzazione criminale, possiamo immaginare che, molto probabilmente, nel decidere se mettere in atto un'attività di riciclaggio essa confronterà i guadagni attesi con la probabilità di essere scoperta e di incorrere nella relativa pena. Forse, a un primo sguardo sulla panoramica dei reati di riciclaggio, la sanzione non è un deterrente sufficiente».

Per quanto riguarda la **normativa UE**, sono state emanate **cinque Direttive**⁴ volte ad armonizzare gli apparati antiriciclaggio costruiti nei vari Stati, ma a oggi permangono notevoli dislivelli nelle regole e nelle prassi adottate per la prevenzione; le differenze tra i Paesi, sia nelle tempistiche di recepimento delle Direttive che nelle modalità di attuazione delle stesse, creano rischi per un efficace contrasto del riciclaggio. «Tra questi – spiega Marcolongo – vi è, ad esempio, il **rischio di arbitraggio**: ovvero che gli operatori o le stesse organizzazioni criminali scelgano la propria localizzazione in base alla regolamentazione più favorevole. Le recenti evoluzioni tecnologiche, che permettono l'effettuazione di operazione di intermediazione a distanza, via reti informatiche o con sportelli automatici in Paesi diversi da quello in cui si trova la sede legale dello stesso intermediario, pongono un'ulteriore sfida per l'aggiornamento del sistema di prevenzione».

Appare così centrale il tema della **collaborazione internazionale**, senza la quale la lotta al riciclaggio non può essere vinta:

«La globalizzazione ha portato a un'economia globale, ma non a un governo globale, per cui è necessario, una volta presa consapevolezza dei rischi che risiedono nelle tasche di segretezza, agire con un sistema di controllo integrato per limitarne le derive».

⁴ [Direttiva 91/3087CEE](#), [Direttiva 2001/97/CE](#), [Direttiva 2005/60/CE](#), [Direttiva \(UE\) 2015/849](#), [Direttiva \(UE\) 2018/843](#).

Su questo fronte la strada da percorrere è ancora lunga e, soprattutto, accidentata, anche perché molti Governi traggono immensi profitti dalle discrepanze tra le normative, quando non direttamente dalle attività illecite. Sorgono così **conflitti di interesse** difficili da sciogliere, con profonde ricadute sulla collettività.

Non bisogna dimenticare che **per alcuni Stati** – anche i più ricchi – **la lotta al riciclaggio può significare abbandonare cospicue entrate** e limitare investimenti dall'estero – basti pensare, a titolo di esempio, che i fondi delle società *offshore* vengono spesso reimpiegati in investimenti immobiliari nelle migliori capitali del mondo – oppure fare i conti con zone franche all'interno dei propri confini (il Nevada e il Delaware negli USA, l'Isola di Man e Guernsey in Gran Bretagna, ecc.).

Queste considerazioni conducono a una riflessione ulteriore, che attiene all'esistenza di **"due diversi sistemi di giustizia"**: il primo, rivolto alle persone "comuni", che tende ad accanirsi sugli strati meno abbienti della popolazione; e l'altro, molto più indulgente, rivolto ai soggetti ricchi e potenti. «Alcuni intermediari finanziari – osserva Marcolongo – ricavano ingenti profitti dal trasferire fondi verso i paradisi fiscali e quindi hanno interesse a che la regolamentazione in materia non diventi ancora più stringente. Questi gruppi di interesse godono spesso di una lunga esperienza nel settore e di solide relazioni con il mondo politico».

I comuni cittadini, dal canto loro, pur avendo molto da perdere in termini di servizi concreti per la collettività (il riciclaggio sottrae al sistema enormi risorse che potrebbero essere impiegate per migliorare i servizi), non riescono a creare una **"lobby della trasparenza"** in grado di opporsi efficacemente.

Esiste poi un ulteriore aspetto degno di nota, che riguarda soprattutto i reati di natura economico-finanziaria: la tendenza, da parte del sistema politico e giuridico, a rinunciare alla sanzione penale quando si realizzano illeciti di grande "impatto" sulla collettività. Spesso si sente dire che il **tracollo delle grandi banche** potrebbe trascinare con sé consistenti "pezzi" del sistema economico, nella logica espressa dagli slogan **"too big to fail"** (troppo grande per fallire) e **"too big to jail"** (troppo grande per essere condannato), di cui molto si è parlato a seguito delle crisi finanziarie del 2008, nel corso della quale i cittadini hanno assistito increduli e disarmati alla mancata condanna penale delle banche coinvolte.

«Credo che la dimensione assunta da questi gruppi finanziari e la loro interconnessione non possano essere un limite all'assunzione di responsabilità. Nello specifico, sono state proposte due possibili soluzioni: rendere le banche più piccole, affinché il loro fallimento non comprometta l'intero sistema economico; oppure tassarle quando raggiungono dimensioni troppo elevate, imponendo requisiti di capitale o limitandone il profilo di rischio».

(*continua...*)

Riflessione

— Magistropoli

Prefazione

Magistropoli*Preface**di Antonio Padellaro*

Testo della Prefazione del volume di Antonio Massari, Magistropoli, PaperFirst by il Fatto Quotidiano, 2020, pp. 11 ss.

Ne *Il castello dei destini incrociati*, di Italo Calvino, alcuni viandanti, attraversando un bosco raggiungono un castello dove si fermano a banchettare; qui si avvedono di aver perso l'uso della parola, e decidono di raccontarsi le reciproche avventure facendo ricorso a un mazzo di tarocchi. Poggiando sul tavolo le varie carte in sequenza si ottengono diverse narrazioni per diverse disposizioni.

Tutti i racconti sono legati gli uni agli altri dalle stesse carte già posate sul tavolo e s'intrecciano narrando eventi, luoghi e storie completamente distinti. Immaginiamo adesso che *Magistropoli*, il libro che state per leggere, sia anch'esso costruito come un castello: il castello della Giustizia Impazzita. Che i suoi abitanti siano un centinaio di magistrati tra i più potenti e influenti.

E che al posto del mazzo di tarocchi calviniani vi sia il trojan, il virus delle intercettazioni ambientali che installato nei cellulari o nei computer agisce come gli achei celati nel mitico cavallo di legno progettato da Ulisse. La nostra guida, colui che attraverso una minuziosa e informatissima ricostruzione delle migliaia di carte (quelle di carta vera) in sequenza è riuscito a ricomporre le diverse narrazioni in un'unica grande narrazione (che compone un quadro senza paragoni e senza precedenti nella storia della magistratura italiana), io la conosco bene. E non soltanto perché fin dal primo giorno

Antonio Massari ha fatto parte della squadra che ha dato vita alla splendida avventura del «Fatto Quotidiano». Avete presente infatti gli implacabili sceriffi che in *Butch Cassidy* non danno tregua a Paul Newman e Robert Redford, in fuga dopo l'assalto al treno? Be', se fossi qualcuno che ha qualcosa da nascondere non vorrei essere braccato da lui e da Marco Lillo.

Ti inseguono, ti incalzano, non ti mollano mai. È quello che Antonio ha fatto con Luca Palamara, un nome e un cognome dai molti significati. Il magistrato in carriera: già membro del Consiglio superiore della magistratura nonché il più giovane presidente dell'Associazione nazionale magistrati dal maggio 2008 a marzo 2012. L'uomo dei superpoteri, il Batman delle toghe a cui un numero imprecisato di suoi colleghi devono carriera, promozioni, ambizioni soddisfatte. L'amico che ognuno vorrebbe avere, quello che si fa in quattro, che non ti dice mai di no, che risponde sempre al cellulare (e in tanti se ne accorgeranno poi, a loro spese).

Può darsi che in questa sua disponibilità, per così dire umana e anche giocosa, sia contenuta una regola antica come l'uomo. Quella per la quale i favori si fanno per essere ricambiati, ma è un terreno sul quale preferiamo non inoltrarci. Luca Palamara è infine, e soprattutto, la pietra dello scandalo di questo straordinario scandalo del csm. O forse la vittima sacrificale. O forse il detonatore che rischia di fare implodere definitivamente il castello della Giustizia Impazzita. Nell'incredibile "Diario" di Palamara – che l'autore ricostruisce ricomponendo il gigantesco puzzle dei verbali, delle intercettazioni, degli atti giudiziari incrociandoli con un'altrettanta puntuale, certosina verifica delle fonti e delle dichiarazioni attraverso centinaia di interviste – c'è il naufragio progressivo e inarrestabile di un mondo, oltre che di un uomo (Massari la definisce "slavina").

Assistiamo alla deriva di un sistema nevralgico nell'assetto costituzionale, di un'istituzione fondamentale, di un'idea di giustizia che Massari osserva e analizza con la necessaria distanza. Senza i compiacimenti di quel giornalismo che si arroga preventivamente il diritto di pontificare su chi meriti l'inferno e chi il paradiso. Antonio non giudica, non sentenzia ma vuole "capire", approfondire, per meglio guidarci nei corridoi e nelle segrete del castello, là dove agisce il potere nascosto, e vanno in scena l'umana e la disumana commedia. Per meglio comprendere vuole vedere, sentire, conoscere (non perdetevi il racconto di lui e Palamara, una sera davanti a una pizza, soltanto loro due che si scrutano, che si parlano, come in una tregua armata). Infine, ci siamo noi che leggiamo sgomenti. Noi lettori, noi cittadini, noi persone. Naturalmente intimiditi dalla severa solennità dell'istituzione, sempre timorosi nell'accostarci a quelle aule cupe, in quei palazzi marmorei dove uomini paludati sono chiamati a decidere sul destino di altri uomini.

Noi, fiduciosi quando ci siamo affidati alla magistratura, e abbiamo fatto bene, perché sanasse i torti che malgoverno e corruzione avevano inflitto sul corpo vivo della nostra democrazia. Noi, che abbiamo come simboli Falcone e Borsellino, e con essi tutti coloro che vivono blindati sotto la minaccia mafiosa. Noi, che ugualmente ammiriamo il giudice sconosciuto, che si sobbarca in silenzio, e lontano dai riflettori, le attese di una piccola comunità. Noi, sbalorditi alla notizia che alla fine del 2019 (e quindi in era pre-Covid) i processi penali arretrati, accatastati e dimenticati negli scantinati di quei marmorei palazzi hanno sfiorato l'assurda cifra di un milione e mezzo. Noi, che condotti per mano in un luogo della realtà irreali, dove come formiche impazzite "quei" magistrati

passano le loro giornate a brigare, complottare, inciuciare in un qualche hotel Champagne, in allegra compagnia con “quei” politici ammanicati, ci domandiamo: ma questi qui quando lavorano? *Magistropoli* è nello stesso tempo un giallo, un noir e un trattato di psicologia.

Lascerà il segno. Sinceramente non siamo convinti che gli “anticorpi”, come auspicato dalle più autorevoli cattedre della Repubblica, sapranno sanare una metastasi così radicata e profonda.

Crediamo poco nelle “riforme”. Preferiamo affidarci all’istinto di autosopravvivenza dell’apparato. Alla necessità di non mescolare ad altri novemila magistrati, che fanno quotidianamente il loro dovere, quelli che si fanno pagare le vacanze dall’amico imprenditore. Come quel personaggio del *Castello* di Italo Calvino, giunti all’ultima pagina possiamo solo dire: «Lasciatemi così. Ho fatto tutto il giro e ho capito. Il mondo si legge all’incontrario. Tutto è chiaro».

Riflessione

— Anche i ricchi rubano

Even the rich steal

di Elisa Pazé

Estratto dal volume di Elisa Pazé, Anche i ricchi rubano, pubblicato da [Edizioni Gruppo Abele](#), Torino 2020, pp. 9-19.

Premessa. Il mondo dei ricchi

Fai soldi e l'intero mondo cospirerà per chiamarti gentiluomo.

Mark Twain

Anche i ricchi rubano. E imbrogliano, e giungono a uccidere. Lo fanno nelle forme più disparate: inquinando le acque e il suolo, imbottendo gli animali di antibiotici, sfruttando gli operai, non rispettando le regole di sicurezza sul lavoro dei dipendenti, vendendo ai risparmiatori prodotti finanziari farlocchi, approfittando delle condizioni di difficoltà economica dei piccoli imprenditori per farli entrare in una spirale di debiti senza fine, portando i capitali all'estero. I loro reati producono mediamente più danni patrimoniali e sofferenze sociali di quelli commessi dai poveri, non solo in termini di ritardo nello sviluppo del Paese e per gli effetti diretti sulla salute dei cittadini, ma per la disperazione cui inducono le vittime, talora spinte sino al suicidio¹.

Ancora più devastanti sono i crimini commessi dai potenti appellandosi al diritto internazionale (guerre e occupazioni travestite da missioni di pace, torture, vendita e uso di armi proibite), giustificati in nome della difesa preventiva dal terrorismo o presentati

¹ S.M. Rosoff et al, *Profit without Honor. White Collar Crime and the Looting of America*, Prentice Hall, Englewoods Cliffs, 1998, p. VIII.

come esportazione di democrazia, ma il cui vero motore sta negli interessi dei grandi gruppi industriali.

Eppure ai ricchi si perdona qualsiasi cosa. I loro delitti godono, se non di vero e proprio consenso sociale, di un certo grado di acquiescenza. Lo rilevava già a metà del XVIII secolo l'economista Adam Smith: «Vediamo frequentemente i vizi e le follie dei potenti molto meno disprezzati di quanto non lo siano la povertà e la debolezza degli innocenti»². Da qui deriva una scala distorta di valori: le rapine sono considerate più gravi delle morti sul lavoro e l'immigrazione irregolare di stranieri più dannosa del pagamento di tangenti. In certi casi passa addirittura il messaggio che non vi è stata violazione delle leggi, ma ribellione a regole autoritarie.

C'è un pudore anche nel linguaggio: come diceva Trilussa, «la serva è ladra, la padrona è cleptomane». Così il pubblico amministratore che ruba è accusato di peculato, vocabolo che affonda le radici nel latino "gregge" e di cui si è smarrita l'etimologia; l'imprenditore che fa sparire soldi e beni dell'azienda è responsabile di bancarotta, termine che evoca un intoppo (si è rotta la banca); il contribuente che non paga le tasse sottraendo soldi alla collettività risponde di evasione fiscale, come se si trattasse di fuggire dall'erario. La considerazione sociale non viene meno nonostante il ricco che delinque lo faccia deliberatamente, avendo di fronte un ventaglio di scelte legali che il povero non ha.

Come è possibile? Se Gramsci fosse vivo direbbe che le classi dominanti sono riuscite nel capolavoro di imporre la loro egemonia culturale sulle altre, coinvolgendo nelle politiche neoliberiste strati della popolazione che naturalmente si collocherebbero sul fronte opposto³. Decenni di propaganda hanno consolidato l'idea che la contrapposizione sociale è nociva, che il profitto da un lato e la moderazione salariale dall'altro rispondono all'interesse, prima ancora che dei proprietari e dirigenti d'azienda, degli operai che altrimenti perderebbero il posto di lavoro. Che le voragini nei conti pubblici non sono colpa di chi li ha gestiti inseguendo logiche clientelari, ma dei pensionati. Che ai risparmiatori non deve importare come le società finanziarie e le banche investono i loro soldi – per scuole e ospedali o per una imprenditoria sana, oppure per costruire armi da vendere nel terzo mondo o per corrompere i politici di turno –, ciò che conta è il rendimento. Si sono perfino coinvolti i poveri dei Paesi occidentali nel meccanismo di sfruttamento dei lavoratori del Sud del mondo, mettendo in vendita prodotti a basso costo realizzati grazie ai salari da fame pagati oltreoceano.

Alla base di questa omologazione non c'è solo una convergenza, vera o presunta, di interessi economici. C'è la vittoria dell'ideologia meritocratica, l'illusione che l'ascensore sociale possa portare ai piani alti chi è nato in basso, nonostante le statistiche rivelino che le classi sono sempre più pietrificate. «Signori si nasce», come diceva Totò, ma ricchi si diventa. È il mito del *self-made-man*, la cui fortunata condizione appare alla portata di chiunque decida di tentare la scalata e, nel contempo, consente di tacciare di invidia

² A. Smith, *Teoria dei sentimenti morali*, Mondadori, Milano, 2009, pp. 168-169.

³ Una lettura gramsciana degli attuali rapporti di forza è stata fatta da L. Gallino, *La lotta di classe dopo la lotta di classe*, Laterza, Milano-Bari, 2012.

sociale chi ancora si arrischia a mettere in discussione l'iniqua distribuzione delle risorse e la crescita delle diseguaglianze⁴.

Nell'immaginario collettivo gli appartenenti alle alte sfere del denaro e del potere sono considerati non già membri di una *élite* inaccessibile, ma esponenti rampanti delle classi inferiori, cui è gonfalone non il privilegio della nascita ma il merito di chi si è fatto strada da solo. Le fasce sociali del malessere, quelle a basso reddito o che un reddito non hanno, diventano invece l'emblema del fallimento individuale. La povertà non è, come nel medioevo, un dono divino, ma la conseguenza della pigrizia, del rifiuto del lavoro. Chi è privo di mezzi e di risorse paga non l'egoismo altrui, ma la propria incapacità di farsi strada.

In questo quadro gli unici potenti oggetto di rancore sono i politici, ormai da molti anni diventati bersaglio dell'indignazione popolare accompagnata dall'invocazione di un uomo forte al comando. I politici sono screditati non solo perché la qualità della loro progettualità di conduzione dello Stato e di crescita della società è peggiorata o assente (sicché all'aristocrazia, il governo dei migliori, è venuta a sostituirsi una cachistocrazia, il governo dei peggiori), ma perché molti di loro, oltre a essere cattivi amministratori, quando possono, rubano o cercano comunque di trarre profitto dalla loro posizione.

Purtroppo gli elettori non sono meglio degli eletti e la corruzione alberga a tutti i livelli. Ma per un meccanismo paradossale, insieme di omologazione e di estraneazione, le *élites* al potere, che sono sempre più simili nei vizi alle masse che dovrebbero rappresentare, costituiscono un mondo a se stante⁵. A essere esecrati non sono tanto i comportamenti illeciti, le tangenti prese e distribuite anche a livello internazionale, ma gli stipendi, le prebende e tutti i privilegi connessi alla carica. I politici sono "la casta" per eccellenza e, per quanto periodicamente vi siano campagne mediatiche volte ad additare altre categorie (in prima fila, i magistrati), verso nessuna si scatena tanta animosità.

A ben guardare, l'ostilità non ricade su tutti. A essere stigmatizzati sono i politici che diventano ricchi, non i ricchi che entrano in politica, perché – si ragiona – chi è ricco non ha bisogno di rubare e si dedicherà al bene comune. Che dietro la vocazione per il governo del Paese si nasconda l'intento di difendere e coltivare i propri interessi non viene neanche preso in considerazione.

Ancora meno percepite sono le pressioni esercitate dai potentati finanziari sulle decisioni pubbliche. Oggi la politica economica dei Paesi occidentali è scandita dalle ricorrenti stime delle "agenzie di *rating*", cioè di valutazione, enti privati strettamente legati alle multinazionali che lanciano allarmi largamente pubblicizzati ogni volta che l'esecutivo allarga i cordoni della borsa per le spese sociali e plaudono ogni volta che si svendono i beni comuni. Poi ci sono i grandi gruppi industriali che finanziano direttamente o indirettamente questo o quel partito (e spesso più d'uno) e il cui sostegno, siccome nessuno dà niente per niente, è finalizzato alla successiva promulgazione di leggi a proprio favore (o al blocco di politiche sottrattive di alcuni loro privilegi). In tal modo i potenti sono

⁴ Per chi si spingesse un po' più in là, esiste nel nostro codice il reato di «istigazione all'odio fra le classi sociali» (art. 415 cod. pen.), giudicato illegittimo dalla Corte costituzionale solo nella parte in cui non specifica che tale istigazione deve essere attuata in modo pericoloso per la pubblica incolumità (sent. 23 aprile 1974, n. 108).

⁵ M. Revelli, *La politica senza politica*, Einaudi, Torino, 2019, pp. 107 ss.

essi stessi “la legge” e la violenza strutturale che si nasconde dietro i loro comportamenti è messa in ombra; mentre viene enfatizzata la violenza diretta che caratterizza abitualmente i reati dei poveri⁶.

Questo libro, in una prospettiva diversa da quella consueta, propone la lettura giuridica di taluni settori dell’ordinamento evidenziando alcune imposture normative e applicative e mostrando che, nel sistema, “il re è nudo”.

Un grazie particolare va a Ciro Santoriello, per avermi dato utili suggerimenti. Siccome legge ed economia vanno a braccetto, sono poi ampiamente debitrice, ben al di là delle citazioni in nota, del magistero di Luciano Gallino, che ha avuto la grande capacità di contaminare la sociologia con le discipline finanziarie e con il diritto del lavoro.

Colletti sporchi

La legge, nella sua solenne equità, proibisce così al ricco come al povero di dormire sotto i ponti, di elemosinare nelle strade e di rubare il pane.

Anatole France, *Il giglio rosso*

1. Delinquenti in giacca e cravatta.

La legge è uguale per tutti, ma il diritto penale ha sempre avuto un occhio di riguardo per i ricchi. In passato per alcuni reati la differenza di trattamento era macroscopica: i poveri che regolavano i conti fra di loro rispondevano di rissa, i nobili di duello, punito più blandamente e sopravvissuto fino al 1999. Per altri la parità di regime era solo di facciata: nel codice fascista del 1930, a tutela dell’economia pubblica, erano egualmente incriminati serrata e sciopero, con pene anzi più severe per i datori di lavoro, ma l’esperienza storica ha mostrato che il vero bersaglio della repressione erano i lavoratori. Poi c’era – e c’è tuttora – l’enfatizzazione dei reati di strada, puniti con sanzioni assai elevate, mentre i classici reati degli imprenditori (fallimentari, societari e fiscali) nel codice non trovarono spazio e ancora adesso sono disciplinati in leggi a parte.

Con un po’ di malizia, si potrebbe sostenere che anche la procedibilità a querela per alcuni delitti che, per loro natura, vengono commessi indifferentemente dalle classi “pericolose” e da quelle “non pericolose”, come la violenza sessuale, è stata pensata per consentire a chi ha soldi di rimediare evitando il processo⁷.

Da questo impianto ideologico del sistema penale deriva il pregiudizio che i delinquenti siano in linea di massima i poveri e gli emarginati. Perfino il socialista Filippo Turati, nel denunciare alla fine del 1800 le misere condizioni di vita dei ceti popolari – additando, quale causa prima dei delitti, le sperequazioni sociali e lo sfruttamento dei

⁶ A. Cottino, «Disonesto ma non criminale». *La giustizia e i privilegi dei potenti*, Carocci, Roma, 2005, p. 12.

⁷ L’arguta osservazione è di M. Sbriccoli, *Storia del diritto penale e della giustizia*, Giuffrè, Milano, 2009, pp. 416-417.

lavoratori⁸ –, aveva in testa i classici reati contro il patrimonio. Ci volle lo scandalo della Banca Romana, nel 1893, perché alcuni giuristi iniziassero a riflettere sulla delinquenza della «aristocrazia del denaro»⁹. E solo molti anni dopo venne conosciuta l'espressione «colletti bianchi», usata per la prima volta nel 1939 da Edwin Sutherland: «i criminali dei colletti bianchi sono criminali commessi da persone rispettabili e di elevato *status* sociale nello svolgimento della loro professione»¹⁰.

Benché da allora la criminalità dei colletti bianchi sia stata oggetto di attenzione da parte degli studiosi, nel senso comune prevale l'idea che i delinquenti siano gli appartenenti alle classi sociali disagiate. L'associazione mentale biunivoca fra miseria e criminalità è favorita da diversi fattori.

Il primo fattore è la semplicità dei comportamenti che caratterizzano i reati dei poveri elementari, sempre uguali e di immediata percezione) mentre le condotte delittuose di ricchi e potenti sono meno convenzionali, più originali e sfumate e molte norme che le sanzionano sono scritte appositamente in modo contorto, per consentire smagliature che le rendono di fatto inapplicabili. In questo modo, facendo leva anche su un sistema processuale inefficiente, si moltiplicano le vie di fuga.

Una seconda ragione della difficoltà di comprendere appieno i reati dei colletti bianchi risiede nella distanza di tempo che intercorre fra la condotta e l'evento. Paradigmatico è il caso delle malattie professionali, che si manifestano anni dopo l'inizio dell'attività lavorativa, quando ormai si pensa alla pensione, con tutte le conseguenti difficoltà non solo di accertare le cause della patologia, ma anche di dare un volto ai responsabili. Accade così che per morti atroci, dall'origine ben precisa, si maledica il destino. Ma lo stesso vale per altre categorie di reati: come ricollegare i tumori sempre più diffusi alla produzione su scala industriale di carne piena di ormoni e fitofarmaci? E i suicidi dei risparmiatori che hanno perso tutto al falso in bilancio? Per non parlare dell'evasione fiscale e della corruzione: difficile cogliere il nesso fra il mancato pagamento delle tasse o il versamento di tangenti e le buche nelle strade, le file d'attesa negli ospedali e il peggioramento della qualità della vita.

Poi ci sono i fattori di carattere culturale. Nelle società di capitalismo avanzato c'è una tolleranza ideologica per certi reati, giustificati con la necessità di non inceppare l'economia. Su un piatto della bilancia si mettono gli effetti negativi delle condotte illecite, sull'altro – ben più pesante – i benefici che i comportamenti delittuosi apporterebbero alla collettività: non investire in sicurezza sul lavoro o in misure antinquinamento consente di assumere un maggior numero di persone; non pagare le tasse aumenta il denaro in circolazione e favorisce la crescita. È la stessa logica dell'impresa che tende, indirettamente, a normalizzare la devianza. L'economia di mercato, improntata, perlomeno in apparenza, a principi anti oligopolio e alla tutela della concorrenza, induce a una competizione sfrenata, spinge a oltrepassare i margini della legalità. Si celebra chi vince, non chi vince secondo le regole. Questo fenomeno si è oggi accentuato, tant'è che

⁸ F. Turati, *Lettera a Enrico Bignami (1882)*, in *Il delitto e la questione sociale. Appunti sulla questione penale*, Unione Autori, Milano, 1883 (citaz. da III ed. La Controcorrente, Bologna, 1913, p. 23).

⁹ L'espressione è di R. Laschi, *La delinquenza bancaria nella sociologia criminale, nella storia e nel diritto*, Bocca, Torino, 1899, p. 175.

¹⁰ *White Collar Crime*, Holt, Rinehart & Winston, New York, 1949, p. 9.

fra gli studiosi è entrata in voga l'espressione «capitalismo estrattivo», per indicare l'accaparramento di ricchezze naturali da parte dei potentati economici senza pensare alle compatibilità ambientali e alle generazioni future, ma anche la "spremitura" dei lavoratori, cui vengono imposti ritmi sempre più alienanti.

Infine una ragione che determina una visione deformata dei fenomeni delinquenziali è l'enorme divario di risorse materiali e immateriali fra datori di lavoro e lavoratori, fra grandi gruppi finanziari e piccoli investitori. Ciò fa sí che alle persone offese da alcune tipologie di illeciti sia riservata sui mezzi di informazione un'attenzione minima, rendendole praticamente invisibili. Giornali e televisioni enfatizzano omicidi e violenze, spesso presentati come prima notizia, mentre dedicano spazi marginali a morti e infortuni sul lavoro, distorcendo in tal modo la percezione della criminalità. I delitti dei potenti sono a tutti gli effetti reati "predatori", come quelli di strada, ma si fa credere che siano meritevoli di considerazione solo quelli commessi dai poveri e dagli emarginati, nei confronti dei quali la stretta repressiva è sempre più accentuata.

È per l'insieme di questi fattori che le vittime della delinquenza dei colletti bianchi, la larga maggioranza della popolazione, non si rendono conto di essere tali. Mentre chi subisce uno scippo si sente defraudato di un bene, chi si ammala perché ha respirato per anni aria inquinata non si accorge dei danni subiti. E pensa che "criminali" siano solo zingari, extracomunitari e sbandati di ogni sorta.

Riflessione

— Carcere per i giornalisti. (Forse) c'è una via d'uscita

Lo stato dell'arte in tema di sanzioni per la diffamazione a mezzo stampa alla luce del dialogo fra Corti nazionali ed europee

Fail for journalists. (Maybe) there is a way out

The state of the art in terms of sanctions for libel in the light of the dialogue between national and European courts

di Paola Bonora

Abstract. I rilievi espressi dalla Corte Europea dei Diritti dell'Uomo, fatti propri dalla Corte costituzionale nella recente [ordinanza del 26 giugno 2020, n. 132](#), impongono al legislatore di intervenire sugli artt. 13, l. 8 febbraio 1948, n. 47, e 595, c. 3, c. p., nella parte in cui prevedono la pena della reclusione nel caso di diffamazione aggravata dall'uso del mezzo della stampa e consistente nell'attribuzione di un fatto determinato. L'elaborato si propone di ripercorrere sinteticamente l'iter che ha portato la Consulta ad emettere la suddetta ordinanza, con cui, rinviando la decisione sulla legittimità degli articoli al 22 giugno 2021, la stessa ha voluto dare l'occasione al legislatore di intervenire in materia, alla luce dei vari progetti di legge aventi ad oggetto la revisione della disciplina della diffamazione a mezzo della stampa allo stato in corso di esame davanti alle Camere.

Abstract. The findings of the European Court of Human Rights, adopted by the Constitutional court in its recent order of 26 June 2020, n. 132, require the legislator to revise arts. 13, l. 8 February

1948, n. 47, and 595, c. 3, c.p., in so far as they provide for the penalty of jail for libel aggravated by the use of the press and including the attribution of a given fact. The paper aims to briefly review the process that led the Constitutional Court to issue the referred order, with which, by postponing the decision on the legitimacy of articles to June 22, 2021, the Court wanted to give the legislator the chance to take action in the field of libel, in the light of the various bills concerning the revision of the discipline of libel by the press currently under consideration by the Parliament.

SOMMARIO: 1. La diffamazione a mezzo stampa e la posizione del direttore di giornale. – 2. La proporzione del trattamento sanzionatorio alla luce della giurisprudenza della Corte di Strasburgo. – 3. La politica attendista della Corte costituzionale. – 4. I progetti di legge in materia di revisione della disciplina della diffamazione a mezzo della stampa in esame alle Camere.

SUMMARY: 1. Libel by the press and the position of the newspaper editor. – 2. The proportion of penalty in the light of the jurisprudence of the Court of Strasbourg. – 3. The wait-and-see policy of the Constitutional court. – 4. The bills on the revision of the discipline of libel by the press under consideration by the Parliament.

1. La diffamazione a mezzo stampa e la posizione del direttore di testata giornalistica.

Come noto, il delitto di diffamazione, disciplinato dall'art. 595 c.p., tutela la reputazione intesa in senso oggettivo, ovvero la percezione della collettività rispetto alle qualità che connotano una persona, distinguendosi dall'ingiuria¹ perché l'elemento oggettivo del reato richiede, oltre all'offesa della reputazione di una persona, la comunicazione con più persone e l'assenza dell'offeso.

Inutile dire che la lesione della reputazione di un terzo possa avvenire tramite il mezzo della stampa, il ricorso alla quale configura una vera e propria circostanza aggravante del reato, prevista dal comma 3 della norma in parola e punita con la pena della reclusione da sei mesi a tre anni o, in alternativa, della multa non inferiore a euro 516². Tale aggravamento di pena è giustificato dal fatto che in tali casi, l'offesa è suscettibile di raggiungere un numero indeterminato di persone, provocando effetti lesivi dell'altrui reputazione di intensità non *a priori* determinabile.

Sul terreno della diffamazione a mezzo stampa, però, da sempre si combatte una battaglia fra tutela della reputazione ex art. 2 Cost. e libertà di manifestazione del pensiero nella forma del diritto di cronaca ex art. 21 Cost., la cui risoluzione richiede necessariamente l'individuazione dei rispettivi ambiti di tutela attraverso un bilanciamento fra interessi contrapposti.

¹ L'ingiuria è stata depenalizzata dall'art. 1, d.lgs. 15 gennaio 2016, n. 7 (*Disposizioni in materia di abrogazione di reati e introduzione di illeciti con sanzioni pecuniarie civili*).

² Il c. 3 della norma recita infatti: «Se l'offesa è recata col mezzo della stampa o con qualsiasi altro mezzo di pubblicità, ovvero in atto pubblico, la pena è della reclusione da sei mesi a tre anni o della multa non inferiore a euro 516»; diversamente, la pena base per la fattispecie in parola, ai sensi del c. 1 della norma, è la reclusione fino a un anno o, in alternativa, la multa fino a euro 1.032.

In particolare, l'interesse della collettività alla conoscenza di notizie di pubblico interesse può far venire meno l'illiceità della diffamazione laddove siano rispettati i parametri della veridicità della notizia, anche alla luce dell'attendibilità della fonte da cui la stessa proviene, e della corretta esposizione dei fatti (c.d. continenza formale), come affermato al primo comma dell'art. 6 del Codice deontologico dell'Ordine dei Giornalisti, rubricato «essenzialità dell'informazione». Solo laddove la pubblicazione abbia tali requisiti, la condotta non sarà punibile ai sensi dell'art. 51 c.p. in quanto legittimo esercizio del diritto di cronaca³.

Anche di recente, la Corte di Cassazione ha ribadito la correttezza dell'orientamento, ormai da tempo consolidato⁴, secondo cui quest'ultimo diritto «mira non già ad informare, ma a fornire giudizi e valutazioni personali»⁵. Concretizzandosi, dunque, l'esercizio del diritto di critica nell'espressione di un'opinione, perché assuma valenza scriminante è necessario che il suo esercizio avvenga entro limiti identificati, in particolare, nella «rilevanza sociale dell'argomento», nella «correttezza di espressione», nell'«interesse pubblico» alla conoscenza della questione «e che, comunque, non si trascenda in gratuiti attacchi personali», nella «continenza espositiva» e nella «verità» dei fatti posti a fondamento della critica⁶.

Tanto premesso, è opportuno sottolineare che, per quanto l'autore della pubblicazione sia il singolo giornalista, il direttore responsabile della testata, alla luce della posizione di preminenza e controllo da lui rivestita, ha pur sempre il compito di valutare che le notizie da pubblicare non offendano la reputazione di nessuno⁷, altrimenti applicandosi anche a lui la sanzione prevista dall'art. 595, c. 3, c.p., ai sensi del combinato disposto di cui agli artt. 596 *bis* e 57 c.p.⁸

Delineati gli elementi essenziali della fattispecie, l'adeguatezza del trattamento sanzionatorio previsto per il reato di cui all'art. 595, c. 3, in combinato disposto con l'art. 13 della legge sulla stampa (l. 8 febbraio 1948, n. 47)⁹ è stato portato, di recente, all'attenzione della Corte costituzionale, a seguito di una *querelle* che ha interessato Corti

³ Al riguardo, cfr., fra tanti, D. Chindemi, *Diffamazione a mezzo stampa (radio-televisione-internet)*, Giuffrè, 2006, pp. 1 ss.

⁴ Cfr., *ex plurimis*, Cass. pen., sez. V, 11 maggio 2012, n. 39503; Cass. pen., sez. V, 1 dicembre 2010, n. 8824; Cass. pen., sez. I, 10 giugno 2005, n. 23805; Cass. pen., sez. V, 2 luglio 2004, n. 2247; Cass. pen., sez. V, 25 settembre 2001, n. 38448.

⁵ Cfr., fra le tante, Cass. pen., sez. III, 7 gennaio 2009, n. 25.

⁶ Cfr. Cass. pen., sez. V, 18 febbraio 2019, n. 7340.

⁷ D. Chindemi, *Diffamazione a mezzo stampa*, cit., pp. 225 ss.

⁸ L'art. 57 c.p. estende la punibilità, per i reati commessi col mezzo della stampa periodica dal giornalista, al direttore, nonché ad altre figure professionali operanti nel mondo del giornalismo e dell'editoria. Si tratta, come sopra accennato, di una responsabilità per omesso controllo, eccetto i casi di concorso nel reato. Tale estensione è specificatamente operata, per la diffamazione a mezzo stampa, dall'art. 596 *bis* c.p., tramite un rinvio proprio all'art. 57 c.p.; inoltre, la norma applica anche al direttore l'art. 596 c.p. che esclude, per i reati in parola, la prova liberatoria circa la verità o notorietà del fatto attribuito alla persona offesa, se non in casi specifici.

⁹ La norma recita: «Nel caso di diffamazione commessa col mezzo della stampa, consistente nell'attribuzione di un fatto determinato, si applica la pena della reclusione da uno a sei anni e quella della multa non inferiore a lire 500.000».

nazionali ed europee, ed è su questo aspetto che si concentrerà l'attenzione del presente scritto.

2. La proporzione del trattamento sanzionatorio alla luce della giurisprudenza della Corte di Strasburgo.

Il ricorso alla pena della reclusione nell'ipotesi della diffamazione a mezzo stampa è stato lungamente osteggiato dalla Corte Europea dei diritti dell'uomo, la quale, in più occasioni¹⁰, ha affermato che il ricorso ad una pena detentiva per i reati di diffamazione a mezzo stampa viola l'art. 10 della Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali (CEDU), che tutela la libertà di espressione. Nella pronuncia *Cumpănă e Mazăre c. Romania*¹¹, che costituisce un *leading case* della giurisprudenza della Corte EDU, quest'ultima ha ricordato, del resto, che «la stampa svolge l'essenziale ruolo di "cane da guardia" della democrazia», rilevando che

«se è vero che gli Stati parte hanno la facoltà, o addirittura il dovere, in forza dei loro obblighi positivi di tutela dell'art. 8 CEDU, di disciplinare l'esercizio della libertà di espressione in modo da assicurare per legge un'adeguata tutela della reputazione delle persone, non devono però farlo in una maniera che indebitamente dissuada i *media* dallo svolgimento del loro ruolo di segnalare all'opinione pubblica casi apparenti o supposti di abuso dei pubblici poteri» (paragrafo 113).

Il possibile ricorso e, di conseguenza, il timore di sanzioni detentive produce, secondo la Corte di Strasburgo, un evidente effetto dissuasivo (*chilling effect*) rispetto all'esercizio della libertà di espressione dei giornalisti¹², tale da riverberarsi sul giudizio di proporzionalità, e dunque di legittimità di tali sanzioni, alla luce della Convenzione (paragrafo 114).

La Corte ha concluso affermando come, seppure la scelta della sanzione ritenuta più congrua nel caso di specie sia riservata ai giudici nazionali, l'imposizione di una pena detentiva per un reato a mezzo stampa è compatibile con la libertà di espressione dei giornalisti soltanto in ipotesi eccezionali, ovvero quando altri diritti fondamentali siano stati gravemente lesi, come nel caso di «diffusione di discorsi d'odio o di istigazione alla violenza» (paragrafo 115), circostanze non sussistenti nel caso allora esaminato. A ciò si aggiunga che la sproporzione del trattamento sanzionatorio sussiste *in re ipsa*, secondo la Corte EDU, e, dunque, a prescindere dall'effettiva esecuzione della pena detentiva; così ha affermato nel caso *Belpietro c. Italia*, ove al ricorrente era stata concessa la sospensione condizionale della pena¹³.

¹⁰ *Ex plurimis*, *Cumpănă e Mazăre contro Romania*, 17 dicembre 2004, *Katrami c. Grecia*, 2 luglio 2009, *Belpietro c. Italia*, 24 settembre 2013.

¹¹ Corte EDU, *Cumpănă e Mazăre contro Romania*, cit.

¹² Cfr., al riguardo, S. Coughtrie (a cura di), *Unsafe for Scrutiny: Examining the pressures faced by journalists uncovering financial crime and corruption around the world*, The Foreign Policy Centre, novembre 2020; Ossigeno per l'informazione, *Molta mafia, poche notizie. L'influenza della criminalità organizzata e della corruzione sulla cronaca e sui giornali. Il sistema di protezione dei giornalisti minacciati. Rapporto sulla missione di accertamento dei fatti svolta a dicembre 2018 in Italia*, 2018.

¹³ A. Gullo, *Diffamazione e legittimazione dell'intervento penale*, Aracne, 2013, pp. 96-114 e 117-120.

Tali principi sono stati affermati, da ultimo, dalla Corte di Strasburgo con sentenza del 7 marzo 2019 nel noto caso *Sallusti c. Italia*¹⁴, ove il direttore del quotidiano *Libero*, autore di due articoli che affermavano che una ragazza di tredici anni era stata costretta ad abortire dai suoi genitori e da un giudice tutelare, era stato condannato in appello, appuratasi la falsità della notizia, alla pena di anni due e mesi uno di reclusione, oltre al risarcimento del danno. Di fatto, Sallusti non ha mai scontato in carcere la pena detentiva, usufruendo prima della misura della detenzione domiciliare e poi della grazia del Presidente della Repubblica, che, richiamando proprio quei principi espressi dalla Corte EDU in tema di pene detentive inflitte ai giornalisti, aveva convertito la pena della reclusione nella multa.

Anche nel caso in esame, la Corte di Strasburgo ha ritenuto sussistente la violazione dell'art. 10 CEDU, non rientrandosi nelle ipotesi eccezionali sopra menzionate, e, dunque, seppure *nulla quaestio* vi fosse in ordine all'*an* del reato, trattandosi di notizie false, la pena detentiva doveva ritenersi sproporzionata¹⁵.

In sintesi, dalla lettura dei casi sopra esaminati, emerge un profilo comune: la Corte EDU, da un lato, ritiene legittima l'affermazione di responsabilità penale in capo ai ricorrenti da parte dei giudici italiani, stante la non veridicità e la gravità degli addebiti rivolti alle persone offese, in assenza dei doverosi controlli da parte del giornalista o del direttore responsabile; dall'altro lato, ritiene però sproporzionata l'irrogazione di una pena detentiva, ancorché condizionalmente sospesa o cancellata da un provvedimento di grazia del Presidente della Repubblica.

3. La politica "attendista" della Corte costituzionale.

Era inevitabile che l'importanza della questione, anche alla luce del dialogo fra Corti italiane ed europee, fosse posta infine all'attenzione della Corte costituzionale.

Tanto è avvenuto ad un solo mese di distanza dalla sentenza della Corte EDU *Sallusti c. Italia*, con due ordinanze successivamente riunite, emesse la prima il 9 aprile 2019 dalla seconda sezione penale del Tribunale ordinario di Salerno¹⁶ e la seconda il 16 aprile 2019 dalla prima sezione penale del Tribunale di Bari¹⁷.

In particolare, il Tribunale di Salerno censurava, in riferimento agli artt. 3, 21, 25, 27 e 117, c. 1, Cost., quest'ultimo in relazione all'art. 10 CEDU, l'illegittimità costituzionale degli artt. 595, c. 3, c.p. e 13 l. 47/1948, nella parte in cui si prevede la pena della reclusione – in via alternativa o cumulativa rispetto alla multa – a carico di chi sia ritenuto responsabile del delitto di diffamazione aggravata dall'uso del mezzo della stampa consistente nell'attribuzione di un fatto determinato.

¹⁴ Corte EDU, sez. I, *Sallusti contro Italia*, 7 marzo 2019.

¹⁵ A. Scarcella, *Detenzione sproporzionata per il giornalista condannato per diffamazione: Italia condannata*, in *il Quotidiano giuridico*, 19 marzo 2019.

¹⁶ Trib. Salerno, Ufficio del Giudice monocratico, sez. II penale, ord. 9 aprile 2019, n. 140.

¹⁷ Trib. Bari – sede di Modugno, ord. 16 aprile 2019, n. 149.

Il giudice di Bari sollevava anch'egli, in riferimento stavolta al solo art. 117, c. 1, Cost., in relazione all'art. 10 CEDU, questione di legittimità costituzionale dell'art. 13 l. 47/1948, in combinato disposto con l'art. 595 c.p., nella parte in cui sanziona il delitto di diffamazione aggravata, commessa a mezzo stampa e consistente nell'attribuzione di un fatto determinato, con la pena cumulativa, anziché alternativa, della reclusione e della multa.

In sostanza, entrambi i giudici, trovatisi a decidere su un caso di diffamazione a mezzo stampa e consistente nell'attribuzione di un fatto determinato, lamentavano la previsione della pena della reclusione per il delitto di diffamazione commessa a mezzo della stampa e consistente nell'attribuzione di un fatto determinato, ritenendola contrastante con l'art. 117, c. 1, Cost., in relazione all'art. 10 CEDU, come interpretato dalla costante giurisprudenza della Corte EDU sopra richiamata, che ha ritenuto, di regola, sproporzionata tale pena per i giornalisti condannati per diffamazione.

Oltre a ciò, il giudice di Salerno lamentava la violazione anche degli artt. 3, 21, 25 e 27 Cost., alla luce dell'irragionevolezza e della sproporzione della pena detentiva rispetto al diritto fondamentale di manifestare liberamente il proprio pensiero e, dunque, della sua inidoneità a fini rieducativi.

L'importanza e l'incisività degli esiti della vicenda nella carriera di ogni giornalista ha portato il Consiglio Nazionale dell'Ordine dei Giornalisti (CNOG) ad intervenire *ad adiuvandum*, chiedendo alla Corte di dichiarare ammissibile l'intervento dei giudici remittenti¹⁸.

La Corte costituzionale, con ordinanza 26 giugno 2020, n. 132¹⁹, ripercorrendo in motivazione la giurisprudenza della Corte di Strasburgo e richiamando i numerosi documenti degli organi politici del Consiglio d'Europa che raccomandano agli Stati membri di rinunciare alle sanzioni detentive per il delitto di diffamazione²⁰, ha citato, in particolare, il parere della Commissione di Venezia²¹ (n. 715 del 6-7 dicembre 2013), istituita dall'Assemblea parlamentare del Consiglio d'Europa. In tale parere si era affermato che la legislazione italiana non fosse pienamente in linea con gli *standard* del Consiglio d'Europa in materia di libertà di espressione, individuando la problematica di maggior rilievo proprio nella previsione della pena detentiva in relazione alla diffamazione a mezzo stampa.

Alla luce di tali premesse, la Corte ha ritenuto necessario e urgente un nuovo bilanciamento tra libertà di manifestazione del pensiero e tutela della reputazione individuale, specificatamente con riferimento all'attività giornalistica. Secondo la Corte, in particolare, la libertà di stampa è uno dei pilastri di una società democratica e, pertanto, deve essere salvaguardata contro ogni minaccia tesa ad ostacolare il legittimo

¹⁸ In relazione all'ordinanza n. 140/2019 del Tribunale di Salerno, l'intervento del CNOG è visionabile [al presente link](#).

¹⁹ Disponibile [in allegato](#) al presente contributo.

²⁰ Si fa riferimento specificamente alla [Dichiarazione sulla libertà dei dibattiti politici nei media](#) adottata dal Comitato dei Ministri il 12 febbraio 2004 e alle risoluzioni del [4 ottobre 2007, n. 1577](#), e del [24 gennaio 2013, n. 1920](#), approvate dall'Assemblea parlamentare del Consiglio d'Europa e aventi ad oggetto lo stato della libertà dei *media* in Europa.

²¹ Per leggere il parere, [clicca qui](#).

svolgimento del suo ruolo di informare i cittadini e di contribuire alla formazione degli orientamenti della pubblica opinione, anche attraverso la critica delle condotte di chi detenga posizioni di potere.

D'altra parte, tale libertà deve essere bilanciata, però, con la tutela della reputazione della persona, che costituisce sia un diritto inviolabile ai sensi dell'art. 2 Cost. sia una componente essenziale del diritto alla vita privata di cui all'art. 8 CEDU, suscettibile di essere lesa dalla diffusione di addebiti non veritieri o di rilievo esclusivamente privato.

Del resto, la Corte rileva come il punto di equilibrio fra i due interessi in gioco non sia fisso e immutabile, ma cambi di pari passo con l'evoluzione dei costumi sociali e della tecnologia. Pertanto, visti i progressi avvenuti negli ultimi decenni, il bilanciamento sotteso alle norme del codice penale e a quelle della legge sulla stampa è divenuto ormai inadeguato, proprio alla luce della giurisprudenza della Corte EDU sopra richiamata. Tale bilanciamento richiede, dunque, una rimodulazione, in modo da coniugare le esigenze di garanzia della libertà giornalistica con le altrettanto importanti ragioni di tutela effettiva della reputazione individuale delle vittime di eventuali abusi di quella libertà da parte dei giornalisti; vittime che sono oggi esposte a rischi ancora maggiori che nel passato, alla luce del frequente ricorso ai *social network* e ai motori di ricerca in Internet, che amplificano oltre misura gli effetti lesivi degli addebiti diffamatori.

Giunta a questo punto, la Corte non ritiene però di dover intervenire, adottando un espediente già sperimentato in passato nel noto caso Cappato.

Richiamando l'ordinanza n. 207 del 2018²² emessa in quella sede, la Corte rileva infatti che, pur non volendo sottrarsi al suo compito di verifica *ex post* della compatibilità delle norme di legge con la Costituzione e con le fonti internazionali al cui rispetto l'ordinamento si è vincolato, una pronuncia di illegittimità costituzionale potrebbe creare delle lacune di tutela per i controinteressi in gioco, vista la limitatezza del *devolutum* e degli strumenti a disposizione della Corte stessa.

Infatti, il bilanciamento di cui sopra, secondo la Consulta, spetta al legislatore,

«sul quale incombe la responsabilità di individuare complessive strategie sanzionatorie in grado, da un lato, di evitare ogni indebita intimidazione dell'attività giornalistica; e, dall'altro, di assicurare un'adeguata tutela della reputazione individuale contro illegittime – e talvolta maliziose – aggressioni poste in essere nell'esercizio di tale attività».

Il legislatore – afferma la Corte – ha a sua disposizione, del resto, per tutelare la reputazione individuale, non solo il ricorso alla sanzione penale non detentiva ma anche rimedi civilistici, rimedi riparatori (come l'obbligo di rettifica) e anche le misure di carattere disciplinare.

Guardando a questo panorama di strumenti,

²² Il testo dell'ordinanza è presente [al presente link](#).

«il legislatore potrà eventualmente sanzionare con la pena detentiva le condotte che, tenuto conto del contesto nazionale, assumano connotati di eccezionale gravità dal punto di vista oggettivo e soggettivo».

Per i suddetti motivi e considerati i vari progetti di legge in materia di revisione della disciplina della diffamazione a mezzo della stampa in corso di esame avanti alle Camere, la Corte, «in uno spirito di leale collaborazione istituzionale e nel rispetto dei limiti delle proprie attribuzioni», ha quindi rinviato la decisione delle questioni sottopostele al 22 giugno 2021, in modo da consentire al legislatore di approvare in questo arco di tempo una nuova disciplina conforme ai principi costituzionali e convenzionali sopra menzionati²³.

4. I progetti di legge in materia di revisione della disciplina della diffamazione a mezzo della stampa in esame alle Camere.

L'auspicio della Corte è, dunque, che celermente (prima del 22 giugno 2021) il legislatore intervenga nella materia in esame, circostanza non verificatasi nel caso Cappato, ove il giudice delle leggi è dovuto infine intervenire direttamente²⁴, di fronte alla persistente inerzia del legislatore, al quale parimenti era stato concesso il tempo necessario per provvedere all'intervento normativo.

È possibile che la storia si ripeta, in quanto la riforma della disciplina in tema di diffamazione ha attraversato varie legislature dal lontano 2013, senza giungere mai ad una positiva definizione. Nella scorsa legislatura, in particolare, il disegno di legge n. 1119, proposto dall'Onorevole Enrico Costa²⁵, riformando la disciplina della diffamazione a mezzo stampa, contemplava, fra gli interventi, proprio l'eliminazione della pena detentiva per il delitto di diffamazione e la previsione della sola pena pecuniaria; il testo, però, non è stato approvato in via definitiva entro il termine della legislatura.

Fa tuttavia ben sperare la presenza di ben due disegni di legge in fase di avanzata discussione in Parlamento, circostanza che giustifica la posizione attendista della Corte: si tratta dei progetti di legge dei senatori Primo Di Nicola (n. 835)²⁶ e Giacomo Caliendo (n. 812)²⁷ presentati da tempo, il 20 settembre 2018 quello di Caliendo, il 2 ottobre dello

²³ S. Corbetta, *Diffamazione a mezzo stampa: se e quando è legittimo il carcere per i giornalisti?*, in *il Quotidiano Giuridico*, 1 luglio 2020.

²⁴ Come noto, il caso Cappato è stato definito con sentenza n. 242/2019 (cfr. Redazione, [Fine vita: quando non è punibile l'aiuto al suicidio. Depositare le motivazioni sul caso Cappato](#), in questa rivista, 27 novembre 2019).

²⁵ Per leggere l'ultima versione del disegno di legge n. 1119 (*Modifiche alla legge 8 febbraio 1948, n. 47, al codice penale, al codice di procedura penale, al codice di procedura civile e al codice civile in materia di diffamazione, di diffamazione con il mezzo della stampa o con altro mezzo di diffusione, di ingiuria e di condanna del querelante nonché di segreto professionale*), presentato dall'Onorevole Costa il 13 maggio 2013, [clicca qui](#).

²⁶ Per leggere il disegno di legge n. 835 (*Disposizioni in materia di lite temeraria*), presentato dal senatore Primo Di Nicola il 2 ottobre 2018, [clicca qui](#).

²⁷ Per leggere il disegno di legge n. 812 (*Modifiche alla legge 8 febbraio 1948, n. 47, al codice penale, al codice di procedura penale, al codice di procedura civile e al codice civile in materia di diffamazione, di diffamazione con il mezzo della stampa o con altro mezzo di diffusione, di ingiuria e di condanna del querelante nonché di segreto professionale, e disposizioni a tutela del soggetto infamato*), presentato dal senatore Giacomo Caliendo il 20 settembre 2018, [clicca qui](#).

stesso anno quello di Di Nicola, ma che ancora, a distanza di due anni, sono al primo vaglio parlamentare.

In particolare, la proposta del senatore Caliendo prevede, ricalcando nei contenuti il testo proposto dall'Onorevole Costa nella precedente legislatura, una modifica dell'art. 13 della legge sulla stampa che di fatto abolisce la pena della reclusione per la diffamazione a mezzo stampa, sostituendola con una multa compresa tra i cinque e i diecimila euro, aumentata, laddove venga attribuito un fatto determinato, ad una multa compresa tra i diecimila e i cinquantamila euro.

Diversamente, il testo del senatore Di Nicola consta di un unico articolo volto a tutelare i giornalisti contro chi agisca in malafede in sede di giudizio civile per il risarcimento del danno con richieste sproporzionate, prevedendo un risarcimento in favore del giornalista, determinato dal giudice e comunque non inferiore ad un quarto della somma richiesta dall'attore.

Invero, mentre il mondo del giornalismo sostiene l'urgenza di approvare il testo di Di Nicola in tema di querele temerarie – un testo semplice che, però, produrrebbe fin da subito un effetto deterrente rispetto al ricorso intimidatorio a cause e querele per diffamazione a mezzo stampa – ²⁸, sul contenuto del disegno di legge di Caliendo ancora si discute, non essendo ben visto, fra gli altri, proprio dall'Ordine dei Giornalisti.

Quest'ultimo, infatti, riprendendo le considerazioni svolte in un parere²⁹ espresso dall'osservatorio "Ossigeno per l'informazione"³⁰ alle autorità internazionali il 23 gennaio 2020, reputa che il contenuto del disegno di legge di Caliendo, pur abolendo il carcere, introduca misure eccessivamente lesive della libertà di stampa³¹.

Si ritiene infatti che l'entità della sanzione pecuniaria sopra menzionata produca un effetto ancora più dissuasivo – il c.d. *chilling effect* di cui parla la Corte EDU – rispetto al carcere, a cui di regola i giudici nazionali, conformemente alla giurisprudenza di Strasburgo, facevano ricorso in passato solo in casi esigui³².

In particolare, l'Ordine dei Giornalisti sostiene che «l'abolizione della pena detentiva è un elemento molto positivo, ma è controbilanciata dalla considerevole entità delle multe che la sostituiscono»³³.

Alla luce di queste premesse, non resta che aspettare, per vedere se il legislatore accoglierà il monito del Parlamento o quanto avvenuto nel caso Cappato si ripeterà e,

²⁸ Cfr. A. Spampinato, *Diffamazione. Il Ddl Di Nicola è uscito dal porto*, pubblicato sul portale di Ossigeno per l'informazione il 20 dicembre 2019.

²⁹ Per leggere il contenuto del parere [clicca qui](#).

³⁰ *Ossigeno per l'informazione* è un osservatorio patrocinato congiuntamente dalla Federazione Nazionale Stampa Italiana (FNSI) e dall'Ordine dei Giornalisti (ODG) ed è nato per monitorare e documentare minacce e gravi intimidazioni a danno di giornalisti italiani compiute per oscurare informazioni di pubblico interesse ritenute scomode.

³¹ Cfr. l'articolo *Diffamazione, perché non piace il Ddl Caliendo*, pubblicato sul portale del Consiglio Nazionale dell'Ordine dei Giornalisti il 30 gennaio 2020.

³² *Ibidem*.

³³ *Ibidem*.

dunque, il 22 giugno 2021 la Consulta si troverà a dover decidere autonomamente sulla costituzionalità o meno degli artt. 13 della legge sulla stampa e 595, c. 3, c.p.

Certo è che l'esegesi operata dalla Corte nell'ordinanza in commento accerta l'incostituzionalità delle norme in materia di diffamazione a mezzo stampa, pur non dichiarandola espressamente, e, pertanto, di fronte all'immobilismo del legislatore, la decisione della Corte è presumibilmente certa.

Conversazione

— Alla radice dell'imputabilità e della colpevolezza penali. Conversazione con Massimo Cacciari – Ch. 1

Libertà, giustizia e inferno dantesco del diritto penale.
La coscienza umana tra scienze biologiche e filosofia

At the root of criminal imputability and guilt. Conversation with Massimo Cacciari – Ch. 1

Freedom, justice and Dante's Hell in criminal law.

Human consciousness between biological sciences and philosophy

*di Susanna Arcieri, Fabio Basile, Raffaele Bianchetti, Massimo Cacciari (coordina:
Paola Emilia Cicerone)*

“Al cuore (o al cervello) dell'imputabilità e della colpevolezza, tra scienza, filosofia e diritto penale. Si può davvero ancora sostenere che l'uomo è libero? La coscienza e l'iceberg dell'inconscio che il diritto penale non può (o non vuol) vedere”

Buongiorno Professore; sappiamo che Lei è recentemente entrato a far parte, in qualità di responsabile, del Comitato Scientifico di [Human Brains](#), l'iniziativa sul cervello e la coscienza lanciata questo autunno dalla Fondazione Prada.

È proprio dallo spunto rappresentato da *Human Brains* che vorremmo dare avvio a questa conversazione, nella quale rifletteremo su temi legati alla coscienza umana, ai concetti di libero arbitrio e di colpevolezza, anche in relazione al diritto. A quest'ultimo tema, in particolare, è dedicato il recente volume "*Elogio del Diritto*"¹, scritto da Lei insieme a Natalino Irti e che si apre con un saggio di Werner Jaeger, con lo stesso titolo.

Ma partiamo prima di tutto dalla scienza: nella presentazione del progetto *Human Brains* dello scorso 22 ottobre, ha parlato di un «salto quantico» che la coscienza umana ha fatto per diventare quello che è oggi. Potrebbe spiegarci meglio questo concetto?

È chiaro che non sono un neurologo, né uno scienziato che studia i processi cerebrali. Sono un filosofo che ritiene che da sempre la filosofia debba avere a che fare con il progresso scientifico, con le acquisizioni più importanti della scienza "dura" e, in particolare, con quei rami della scienza che studiano, con progressi straordinari, le basi biologiche della nostra coscienza.

La storia della filosofia inizia dicendo: "Conosci te stesso", ma non è possibile farlo se non conosciamo il nostro corpo. È una contraddizione in termini. O decidiamo di essere i più astratti tra i dualisti e, dunque, scegliamo di credere che la sostanza estesa sia qualcosa di completamente separato dalla sostanza pensante – cosa che lo stesso Cartesio, al quale si deve l'introduzione del dualismo nella filosofia moderna, non riteneva affatto: questa è infatti una semplificazione risibile del discorso cartesiano –, oppure siamo costretti a interrogarci sulle basi biologiche della coscienza.

Ciò che caratterizza l'essere umano è la coscienza, ma la coscienza ha basi biologiche, è un prodotto dell'evoluzione. Tuttavia – e tutti gli scienziati veri ormai lo danno per pacifico –, esiste un salto drammatico.

Al convegno della Fondazione Prada, diversi tra i più grandi e illustri neurologi hanno insistito su questo dato. C'è una sorta di anello mancante tra l'evoluzione della nostra specie, a partire dai primati, e l'emergere della coscienza, così come del linguaggio (che è una delle caratteristiche uniche della nostra specie, posto che nessun altro animale, neanche i primati più evoluti, sono dotati del linguaggio).

Esiste una base biologica della coscienza, inevitabilmente. E le scienze del cervello sono ormai giunte a un punto tale da essere in grado di comprendere il funzionamento di un singolo neurone. D'altra parte, tuttavia, i diversi neuroni collaborano tra loro ed è a questo punto che emerge questo fenomeno straordinario che è la coscienza umana. Un grande psicologo, Antonio Damasio, ha parlato del "dono del sé", alludendo a qualcosa che, appunto, ci viene donato. Non sappiamo da dove venga questo dono. Si tratta di un fatto fisico, è qualcosa che riguarda la natura, a meno di voler credere – come ad esempio credeva Dante, e con lui tutte le grandi tradizioni religiose – che questa parte noetica ci venga direttamente da Dio. È del tutto lecito ritenerlo, credere cioè che esistano, da un lato, una base vegetativa sensitiva della nostra anima e, dall'altro, una base noetica, che al contrario viene da fuori di noi.

¹ Editto da La nave di Teseo, 2019.

Se però non crediamo questo, dobbiamo allora ritenere che questa coscienza abbia una base biologica e che la natura – appunto – abbia fatto un salto.

Lei poco fa accennava al fatto che è nella natura dell'uomo porsi delle domande. La domanda sul libero arbitrio è una di quelle l'uomo si pone da sempre, dalla notte dei tempi, che cosa ci può dire in proposito?

Siamo ancora sul terreno della coscienza. Libero arbitrio e coscienza, così come il linguaggio, sono termini correlati, perché sono tutte dimensioni tipiche del nostro "esserci". In tutte le specie animali troviamo volontà di vita. I filosofi l'hanno spiegato da tempo, dal *conatus* di Leibniz, alla volontà di vita Schopenhauer, che citava Spinoza. E poi c'è questo salto, che ripeto, è drammatico, in cui emerge la coscienza, che ci porta al linguaggio e a interrogarci sulla nostra libertà. Perché il fatto che noi siamo esseri straordinari rispetto a tutti gli altri, perché siamo coscienti di noi stessi, delle nostre sensazioni, e siamo capaci di parlare, genera l'idea di libertà: la nostra straordinarietà fa sì, cioè, che ognuno di noi si senta libero rispetto alla "legge della natura".

Il che, però, non è vero. La coscienza ha una base biologica, dunque non sarà mai libero rispetto a questa base biologica. Ci sentiamo liberi ed è inevitabile che sia così, in quanto siamo straordinari rispetto alla normalità della natura, ma è un'illusione. La libertà è questo: è un sentimento fondato sul fatto che linguaggio e coscienza sono davvero qualcosa di straordinario rispetto ad altri esseri viventi.

Nella storia umana, però, questa dicotomia fra libero arbitrio e determinismo ha condotto a diatribe profonde, religiose e filosofiche...

È una dicotomia del tutto fasulla perché si basa su un colossale equivoco. Io debbo considerarmi **del tutto** parte della natura. Non c'è, nella scienza, alcuno spazio per poter accogliere l'idea che la mia parte noetica venga da fuori di me. Noi siamo parte della natura e quindi niente affatto liberi. Saremo condizionati dalle leggi della natura come chiunque altro. Tuttavia, allo stesso tempo, siamo anche esseri straordinari rispetto agli altri, e perciò ci sentiamo liberi. Il dibattito si fonda su un equivoco: siamo semplicemente di fronte a due prospettive diverse sulla stessa cosa, non c'è alcuna contraddizione.

Nell'ambito del diritto penale questa diatriba è sempre stata d'imperio superata. Il diritto penale, infatti, è costruito sul sentimento di libertà di cui ha appena parlato: formula i suoi precetti e applica le sue pene confidando su questo sentimento di libertà. Tuttavia, all'atto pratico, il diritto penale va a colpire persone che, secondo la prospettiva da Lei illustrata, libere non sono. Persone che, forse, margini di scelta non avevano. Secondo Lei c'è un modo per superare questa contraddizione?

Il diritto penale è una mia antica passione perché si lega profondamente al grande tema filosofico di cui abbiamo parlato. Poi, come diceva Simone Weil, il diritto penale

puzza tremendamente d'inferno², pertanto ha un fascino straordinario, come l'Inferno di Dante.

A mio avviso, bisognerebbe sempre iniziare un corso di diritto penale studiando l'Inferno di Dante. Lì, infatti, tutto è chiaro, perché c'è l'idea che la punizione sia perfettamente giusta perché perfettamente commisurata alla colpa commessa, e in questa perfetta commisurazione, in questo equilibrio che, in quanto tale, evita qualsiasi vendetta, tutto è perfettamente proporzionale. Il contrappasso, che meraviglia. Una giustizia divina matematica. Più perfetta è la pena, più il condannato deve lasciare ogni speranza. Questo è l'Inferno, qualcosa che contraddice la lieta novella.

Sarebbe necessario riconoscere, scientificamente, che ogni azione conscia è solo la punta dell'*iceberg* di un immenso inconscio. Il giudice che commina la pena che cosa sa di tutta questa parte? Egli giudica esclusivamente la parte visibile dell'*iceberg*, ma è totalmente ignorante dell'inconscio.

Nella nostra vita conscia agiamo secondo meccanismi che sono al 90% inconsci. La consapevolezza scientifica dovrebbe farci rendere conto che un'azione conscia nasce sempre, comunque, da un immenso e profondissimo inconscio.

Questa circostanza è stata dimostrata con chiarezza dagli studi sul cervello.

E allora come fa il diritto penale? È semplice. Funziona secondo il meccanismo del "come se": io agisco come se questo problema non ci fosse, o avesse una rilevanza minima. E vado avanti così.

È per questa ragione che il diritto penale puzza d'inferno: come la giustizia divina di Dante, esso non tiene minimamente conto dell'inconscio. Né peraltro potrebbe, in effetti, tenerne conto, poiché altrimenti qualsiasi forma di diritto verrebbe meno.

Questo è il dramma che mi ha sempre affascinato del diritto penale: la sua base tragica. Il diritto penale non può permettersi di prendere in considerazione il fatto che ciò che avviene a livello conscio è anche il prodotto dell'inconscio.

(continua...)

² S. Weil, *Attesa di Dio*, 1949, a cura di J.-M. Perrin, trad. it. di Orsola Nemi, Rusconi, 1996.

Fonte storica

— La criminalità dei “colletti bianchi”

White-Collar Criminality

*di Edwin H. Sutherland**(rielaborazione a cura di Raffaele Bianchetti)**

1. Questo scritto ha per oggetto **la criminalità nel campo degli affari**.

Gli economisti sono esperti di questioni concernenti gli affari, ma essi non sono abituati a considerarli dal punto di vista della rilevanza penale. D'altra parte, la maggior parte dei sociologi prende in considerazione la criminalità, ma non quella che è propria del mondo economico. Questo scritto è un tentativo di integrazione tra i due campi di conoscenze. Più precisamente, esso vuole **confrontare la delinquenza delle classi “superiori” o dei “colletti bianchi”,** cioè di professionisti rispettabili o almeno rispettati, con **quella delle classi socio-economiche più squalificate.**

Il confronto ha lo scopo di integrare le teorie sul comportamento criminale, non quello di portare alla luce scandali o di riformare alcunché, tranne la criminologia.

* Il presente saggio di E.H. Sutherland, rielaborato e con l'omissione di alcuni passaggi, viene qui riproposto al pubblico italiano nell'ambito del **Programma DPU** in quanto ritenuto utile e significativo, anche nel momento attuale, per porsi domande, sollecitare riflessioni e stimolare nuove indagini sull'argomento che auspichiamo possano essere condotte nell'ambito del Cantiere di DPU **“Diritto penale ed economia”**. Il testo originale, pubblicato in *American Sociological Review*, V, 1, 1940, pp. 1-12, può essere consultato [qui](#). Ad Adolfo Ceretti e a Isabella Merzagora si deve il grande merito di averlo per la prima volta reso disponibile ai lettori italiani: v. A. Ceretti, I. Merzagora (a cura di), *La criminalità dei colletti bianchi e altri scritti*, Edizioni Unicopli, 1986, pp. 61-74; in particolare, la traduzione in italiano del saggio effettuata da Isabella Merzagora è risultata essere assai preziosa per procedere alla rielaborazione della versione dello scritto di Sutherland qui proposta.

2. Le **statistiche giudiziarie** dimostrano inequivocabilmente che il delitto, così come è inteso comunemente e così com'è stimato ufficialmente, ha una maggiore incidenza nelle classi sfavorite rispetto a quelle più elevate; meno del 2% delle persone condannate ogni anno a pene detentive appartengono alle classi "superiori". Queste statistiche si riferiscono a reati che vengono a conoscenza della polizia e dei tribunali penali ordinari e minorili, reati come l'omicidio, le lesioni, la rapina, i furti, anche di scarsa entità, i delitti sessuali, i reati legati all'abuso di bevande alcoliche, ma escludono reati legati agli affari.

I criminologi hanno tratto i loro dati più significativi e hanno costruito teorie generali sul comportamento criminale basandosi sui casi individuali e sulle statistiche delle agenzie ufficiali, che concentrano la delinquenza nelle classi "inferiori" ed elevano a causa del crimine quelle caratteristiche personali e sociali che vengono statisticamente associate alla povertà, tra cui la debolezza mentale, la psicopatia, l'abitare nei "bassifondi" e la disgregazione familiare.

Quanto detto non rende certamente ragione della complessità e della varietà delle teorie convenzionali sul comportamento delinquenziale, ma ne traccia abbastanza fedelmente l'impostazione generale.

3. La mia tesi rifiuta queste concezioni e queste spiegazioni della criminalità e sostiene che il **delinquere non è strettamente correlato alla povertà e alle condizioni ad essa associate**. Anzi, la mia tesi ritiene che un'adeguata spiegazione del comportamento criminale debba procedere secondo linee abbastanza diverse.

Le teorie convenzionali sulla criminalità sono poco significative, anzitutto perché basate su campioni non oggettivi, nel senso che escludono le aree di comportamento delinquenziale delle persone non appartenenti alle classi "inferiori".

Una delle aree tralasciate, ad esempio, è quella degli uomini d'affari e dei professionisti: in questo scritto cercherò di colmare questa lacuna.

4. Sono ormai tutti d'accordo nel ritenere che i **grandi industriali**¹ della seconda metà del diciannovesimo secolo fossero delinquenti dal "colletto bianco".

Non è difficile descriverli. Vanderbilt era famoso per questa frase: «Non crederete di poter far funzionare una ferrovia nel rispetto della legge?». Stickney, presidente di una ferrovia, disse, nel 1890, ad altre persone che ricoprivano la sua stessa carica: «Io ho il massimo rispetto per ognuno di voi, signori, ma come presidenti delle ferrovie non vi affiderei nemmeno il mio orologio». Adams disse: «La difficoltà nell'amministrare una ferrovia... sta nell'avidità, nel desiderio di arricchirsi, nello scarso senso morale dei dirigenti di questo settore e nella loro completa assenza di onestà commerciale».

¹ L'Autore, per la precisione, usa l'espressione «*robber barons*», ossia baroni ladri (n.d.C.).

Al giorno d'oggi, i delinquenti dal "colletto bianco" più raffinati ed ipocriti tra i grandi industriali si chiamano Kreuger, Stavisky, Whitney, Mitchell, Foshay, Insull, Van Sweringens, Musica-Coster, Fall, Sinclair; con loro vi sono molti altri **"re" del commercio, "capitani" della finanza e dell'industria** ed una moltitudine di loro seguaci meno noti. I loro reati sono venuti ripetutamente alla luce nel corso di indagini giudiziarie inerenti ad **attività immobiliari** o di **traffico di armi**, vicende **autostradali, assicurative** o **bancarie**, irregolarità in **appalti di servizi**, in **borsa**, nel **commercio petrolifero**, nelle **curatele fallimentari**, nelle **bancarotte** e nell'attività **politica**. Di casi come questi si legge spesso sui quotidiani e talvolta le notizie dei delitti più gravi si trovano sulle pagine finanziarie piuttosto che sulle prime pagine dei giornali.

La delinquenza dal "colletto bianco" riguarda **ogni professione** e ce ne si può rendere conto facilmente durante le conversazioni casuali, chiedendo ad un qualsiasi professionista quali pratiche illecite siano state scoperte nel suo ramo di attività.

La criminalità del "colletto bianco" si esprime, di solito, nel campo degli affari in **falsità di rendicontazione finanziaria** di società, nell'**aggiotaggio in borsa**, nella **corruzione diretta o indiretta di pubblici ufficiali** al fine di assicurarsi contratti e decisioni vantaggiose, nella **falsità in pubblicità**, nella **frode nell'esercizio del commercio**, nell'**appropriazione indebita** e nella **distrazione di fondi**, nella **frode fiscale**, in altre "scorrettezze" operate nell'ambito delle **curatele fallimentari** e nella **bancarotta**. Questi reati, e molti altri ancora, sono frequenti nel mondo degli affari; sono quelli che Al Capone definì *"rackets legittimi"*.

Nella professione medica, che prendo ad esempio perché verosimilmente esprime meno criminalità di altre, si ritrovano vendite illegali di alcool e narcotici, aborti, cure compiacenti ai delinquenti, false testimonianze negli incidenti automobilistici, casi di interventi chirurgici assolutamente inutili etc. [...].

5. I diversi tipi di reato del "colletto bianco" in ambito economico e professionale consistono, soprattutto, nella **violazioni della fiducia** implicitamente o esplicitamente accordata, e possono ricondursi quasi tutti a **due categorie**:

- 1) distrazioni di beni patrimoniali;
- 2) manovre scorrette nella gestione del potere.

Nel primo caso ci si avvicina alla frode o alla truffa; nel secondo caso si tratta di una sorta di "doppio gioco". Ad esempio: un dirigente di un'impresa che, agendo in base a notizie riservate, acquista beni necessari all'impresa in cui lavora e glieli rivende con notevole profitto. Alla base di una tale manovra vi è il fatto di ricoprire contemporaneamente due posizioni antagoniste: una, quella di fiducia, è disattesa, in genere attraverso distrazioni di fondi nell'interesse dell'altra [...].

Queste situazioni non possono essere completamente evitate in un mondo complicato come quello degli affari, ma in molti casi ci si rende conto che è una regola violare sistematicamente la fiducia accordata.

Se la legge impone poi una netta separazione di interessi, ciò viene fatto solo nominalmente: sottobanco si prosegue nelle due posizioni.

Ad ogni modo, non è possibile fornire un accurato **riscontro statistico** dei reati dei due tipi. Le prove più evidenti sulla natura e sull'ampiezza della criminalità dei "colletti bianchi" si hanno nelle relazioni di inchieste di particolare importanza [...].

6. Comunque sia, il **danno economico** dei delitti dei "colletti bianchi", per quanto grande esso sia, è meno preoccupante di quello arrecato alle relazioni sociali.

I delitti di questo tipo minano la fiducia e dunque creano **sfiducia**, il che indebolisce la morale sociale e incrementa la **disorganizzazione sociale**.

Altri tipi di reato non hanno lo stesso effetto sulle istituzioni o sull'organizzazione sociale.

7. Il delitto del "colletto bianco" è **un vero e proprio reato**.

Non è comunemente definito tale, ma chiamarlo così non lo rende più grave, così come non lo rende "migliore" non definirlo reato.

In questo scritto lo definisco reato perché si tratta di una violazione della legge penale ed appartiene quindi all'ambito di studio della criminologia.

Un punto cruciale di quest'analisi, quindi, è quello di adottare come **criterio di riferimento la violazione della legge penale**, e non la condanna.

La condanna, talvolta suggerita come criterio di base, non è adeguata, perché gran parte di coloro che commettono reati non sono poi condannati. Questo criterio ha dunque bisogno di essere integrato [...]².

8. Dato che questa discussione è in stretta relazione con le teorie criminologiche convenzionali, il criterio alla base dell'analisi sui reati dei "colletti bianchi" si giustifica se si usano gli stessi principi che i criminologi adottano con gli altri tipi di reato.

Il modo di approccio alla delinquenza dei "colletti bianchi" qui proposto suffraga il ricorso alla condanna da parte dei tribunali sotto quattro punti di vista [...].

² Questo discorso verrà poi ripreso e sviluppato da Sutherland in un successivo scritto intitolato, appunto, *Is "White Collar Crime" Crime?*, pubblicato in *American Sociological Review*, X, 2, 1945, pp. 132-139.

8.1. Primo punto. Devono essere prese in considerazione altre **agenzie di controllo sociale** oltre ai tribunali, dato che questi ultimi non sono i soli organi che prendono decisioni ufficiali sulle violazioni della legge penale. Il tribunale per i minorenni, che si occupa della delinquenza giovanile delle classi più "sfavorite", non rientra in molti stati nella giurisdizione penale, eppure i criminologi hanno fatto largo uso di casi individuali e di statistiche sui minori delinquenti per formulare le loro teorie. Ciò giustifica, a maggior ragione, che debbano essere incluse agenzie diverse dai **tribunali** nell'occuparsi dei reati dei "colletti bianchi", come gli **uffici e le commissioni amministrative** il cui lavoro consiste in gran parte proprio nell'intervenire laddove si verificano violazioni della legge penale [...].

Gran parte dei casi di cui si occupano questi uffici e queste commissioni dovrebbero essere considerati dati da utilizzare da parte dei criminologi; trascurarli è una delle ragioni principali delle distorsioni dei loro modelli e degli errori nelle loro considerazioni di carattere generale.

8.2. Secondo punto. **Dovrebbe qualificarsi delinquenziale ogni comportamento che possa avere serie probabilità di condanna, se giudicato da un tribunale o da un'agenzia sostitutiva.** Il criterio dovrebbe essere quello della **possibilità di essere condannati**, non quello dell'effettiva condanna.

I criminologi non dovrebbero esitare ad occuparsi di una persona che commette reati, anche se non ha mai subito condanne. Allo stesso modo ci si deve comportare nel caso dei "colletti bianchi", qualora si abbiano prove convincenti per ritenere che abbiano commesso reati. Queste prove possono emergere nel corso di cause civili, come quelle proposte da azionisti di società o quelle intentate per violazione di brevetti. Questi casi avrebbero potuto essere giudicati dai tribunali penali, ma non lo furono perché la parte lesa era più interessata al risarcimento che alla punizione del colpevole. La stessa cosa accadde in alcuni casi di appropriazione indebita [...] perché (la causa penale, n.d.C.) avrebbe interferito con la restituzione delle somme distratte [...].

8.3. Terzo punto. **Un comportamento dovrebbe essere definito criminale anche quando ci si sottrae alla condanna solo a causa delle pressioni esercitate sul tribunale o sull'agenzia sostitutiva.** In molte città, i *gangsters* e gli appartenenti ad organizzazioni criminali sono sempre stati relativamente immuni da condanne, proprio per le loro "pressioni" sugli eventuali testimoni e sui pubblici ufficiali; i ladri professionali, così come i borseggiatori e i truffatori, non usano metodi violenti e riescono ad evitare spesso le condanne per l'abilità dimostrata nell'influenzare l'operato della polizia [...]. Allo stesso modo, i "colletti bianchi" godono di una relativa immunità, grazie alla comune estrazione di classe con i giudici e al potere del loro ambiente di influenzare l'andamento e l'amministrazione della giustizia [...]. Quindi, è più che giustificato interpretare le effettive o potenziali mancanze di una condanna alla luce di quanto sappiamo sulle pressioni esercitate nei confronti delle agenzie che si occupano dei delinquenti.

8.4. Quarto punto. **I complici dei reati dei "colletti bianchi" dovrebbero essere accomunati nella definizione di delinquenti**, così come viene fatto riguardo agli altri reati.

Quando l'F.B.I. ha a che fare con un caso di sequestro di persona, non si limita ad arrestare i sequestratori, ma può condurre davanti al giudice, che a sua volta può condannare, anche [...] altre persone che hanno collaborato nascondendo la vittima, negoziando il riscatto, o riciclando il denaro.

Al contrario, l'azione penale nei confronti del delinquente dal "colletto bianco" raramente riguarda più di un soggetto. La corruzione politica, ad esempio, implica quasi sempre collusioni tra politici e uomini d'affari, ma le azioni penali sono generalmente limitate [...].

9. Quest'analisi della criminalità del "colletto bianco" porta alla conclusione che una descrizione in termini generali delle criminalità varrà anche come descrizione della criminalità delle classi "inferiori".

I **reati delle due classi** differiscono negli elementi accidentali, non in quelli essenziali, e **si distinguono principalmente nell'applicazione della legge penale**. I reati propri delle classi "inferiori" sono presi in considerazione dalla polizia, dagli organi che promuovono l'azione penale e dai giudici con sanzioni penali [...]. I reati delle classi "superiori" o non danno affatto luogo a procedimenti da parte degli organi ufficiali o si concretano in cause per il risarcimento dei danni in sede civile, oppure ancora diventano di competenza di funzionari di uffici amministrativi o di commissioni, che possono comminare sanzioni in forma di ammonimenti [...] e, in casi estremi, in multe o condanne alla reclusione. In questo modo, la procedura amministrativa separa i "colletti bianchi" dagli altri delinquenti, permettendo a loro di non considerarsi criminali e di non essere considerati tali dalla società [...].

La differenza nell'applicazione della legge penale è dovuta in massima parte alla **disparità della posizione sociale** dei due tipi di delinquenti [...]. Proprio per il loro *status* sociale, i "colletti bianchi" hanno anche notevoli possibilità di influenzare la determinazione dei contenuti delle norme nonché l'effettiva amministrazione della giustizia penale, soprattutto per quanto riguarda i loro interessi.

Un esempio è fornito dalla legge sulle sofisticazioni alimentari (*Pure Food and Drug Law*): tra il 1879 e il 1906, furono presentati al Congresso 140 progetti di legge in questo campo, ma nessuno fu approvato per l'influenza delle persone che ne sarebbero state danneggiate [...].

Con questo non si vuol dire che tutti gli sforzi per influenzare l'emanazione e l'applicazione delle leggi siano da biasimare [...]. Significa solo che le classi "superiori" hanno maggiore influenza nel creare e nel far applicare la norma penale, rispetto alle classi "inferiori".

La posizione privilegiata dei delinquenti dal "colletto bianco" di fronte alla legge è già intuibile dalla corruzione e dalle pressioni politiche, ma è soprattutto evidente dalla facilità con cui riscuotono ammirazione. I potenti, nel Medioevo, si assicuravano una relativa **immunità** attraverso il "privilegio ecclesiastico"; oggi, i nostri potenti si garantiscono la stessa immunità attraverso i privilegi economici e professionali.

In contrasto con il potere dei delinquenti dal “colletto bianco”, c’è la debolezza delle loro vittime. Consumatori, piccoli azionisti e risparmiatori non sono ben organizzati, mancano di conoscenze tecniche e non riescono a difendersi in maniera appropriata [...]. La criminalità dei “colletti bianchi” si sviluppa dove vi sono uomini d’affari e professionisti potenti e si esercita nei confronti [...] di persone deboli. È come rubare una caramella ad un bambino [...]. Proprio per questa differenza di potere dalle vittime i “colletti bianchi” godono di relativa immunità [...].

10. A questo punto, **la teoria** secondo cui il **comportamento criminale è causato**, da un punto di vista generale, **dalla povertà e dalle condizioni di patologia sociale e individuale che si accompagnano alla povertà**, può ora **confutarsi** sotto tre aspetti.

Primo: questa teoria è fondata su di un **campione non rappresentativo**, in quanto ignora, quasi del tutto, il comportamento del delinquente dal “colletto bianco”. Per ragioni di comodo o per ignoranza, piuttosto che per ragioni di principio, i criminologi hanno limitato i loro studi ai casi che vengono all’attenzione dei tribunali penali ordinari e minorili, destinati ad occuparsi principalmente dei delinquenti degli strati socio-economici “inferiori”.

I dati dei criminologi, quindi, sono pesantemente influenzati dall’appartenenza dei criminali ad un certo *status* economico e l’affermazione che la criminalità è strettamente associata alla povertà non si giustifica.

Secondo: l’affermazione tradizionale della delinquenza come frutto della povertà non si applica ai delinquenti dai “colletti bianchi”. Tranne rarissimi casi, costoro non sono poveri, non sono cresciuti nei “bassifondi”³ o in famiglie deprivate e non sono deboli o infermi di mente. Per cui, l’affermazione, tratta dai casi studiati dai criminologi convenzionali, secondo cui «il delinquente di oggi è il bambino difficile di ieri» è raramente vera a proposito dei delinquenti dal “colletto bianco”. Ed anche l’idea che le **cause della criminalità** debbano essere quasi esclusivamente **individuate nell’infanzia** è falsa.

Inoltre, anche se la povertà può comprendere le crisi economiche che investono gli affari durante i **periodi di depressione**, questo non influisce direttamente sulla criminalità del “colletto bianco”. Probabilmente, mai come negli ultimi cinquant’anni, i reati che avvengono nel campo degli investimenti e della gestione delle imprese sono stati così numerosi come durante il periodo di *boom* degli anni ‘20⁴.

Terzo: la teoria convenzionale non spiega la criminalità delle classi “inferiori”. I fattori di patologia sociale ed individuale evidenziati dalle teorie convenzionali hanno senza dubbio rilevanza nell’eziologia della criminalità, ma non sono stati inseriti in un quadro generale che renda conto sia della delinquenza del “colletto bianco” sia di quella della classe meno abbiente. Non possono quindi spiegare la criminalità di entrambe le

³ L’Autore, per la precisione, usa il termine «*slums*» (n.d.C.).

⁴ Ovviamente, l’Autore fa riferimento agli anni ‘20 del secolo scorso.

classi, sebbene siano in grado di descrivere certe modalità delinquenziali – perché, ad esempio, i delinquenti delle classi “inferiori” commettano furti o rapine piuttosto che false dichiarazioni pubblicitarie – [...].

11. Considerati questi difetti nelle teorie convenzionali è necessaria una teoria che spieghi sia la criminalità del “colletto bianco” sia quella delle classi “inferiori”. Per ragioni di economia, semplicità e logica, la teoria dovrebbe applicarsi ad entrambe le classi, cosa che renderebbe possibile un’indagine sui fattori causali, liberata da quegli inconvenienti, quali il limitarsi ai casi che compaiono nelle aule di giustizia [...].

L’ipotesi qui suggerita a sostituzione delle teorie convenzionali è che la **delinquenza dei “colletti bianchi”**, proprio come ogni altra forma di delinquenza sistematica, è **appresa**. Essa è appresa in associazione diretta o indiretta con coloro che già sono criminali, e coloro che apprendono questo comportamento criminale non hanno contatti frequenti e stretti con il comportamento conforme alla legge.

Il fatto che una persona diventi o no un criminale viene così in larga misura determinato dal relativo grado di frequenza e di intensità dei suoi contatti con i due tipi di comportamenti. Ciò si può chiamare il **processo dell’associazione differenziale**. Si tratta di una spiegazione della genesi sia della criminalità del “colletto bianco” sia di quella della classe “inferiore”.

I futuri delinquenti dal “colletto bianco” iniziano generalmente la carriera nei quartieri alti e provengono da buone famiglie, si laureano – con grandi ideali – nei migliori *colleges*, e poi, magari senza neanche averlo scelto, si trovano in determinati ambienti del mondo degli affari in cui la criminalità è praticamente all’ordine del giorno, e sono spinti a quei comportamenti proprio come sarebbero spinti verso qualsiasi altro comportamento.

I delinquenti della classe “inferiore”, di solito, iniziano la carriera in quartieri e in famiglie di bassa estrazione e si trovano in mezzo ai delinquenti da cui apprendono gli atteggiamenti e le tecniche.

I caratteri fondamentali di questo processo sono gli stessi per le due classi di delinquenti. Non è solo un processo di assimilazione, ma vi sono frequenti “invenzioni” di comportamenti e di tecniche delinquenziali, forse più frequenti nel caso dei “colletti bianchi” [...]⁵.

Un secondo aspetto generale che va evidenziato è quello della **disorganizzazione sociale**. L’associazione differenziale culmina nel delitto perché la società non è

⁵ Sutherland, successivamente a questo scritto, produsse uno testo intitolato *The Swan Song of Differential Association* – scritto nel 1944 e pubblicato, anni dopo, in P.F. Cromwell, Jr., G.G. Killinger, R.C. Sarri. H.M. Solomon (a cura di), *Text and Readings: Introduction to Juvenile Delinquency*, West Publishing Co., 1977 – incentrato sulle critiche inerenti alla teoria criminologica delle associazioni differenziali. Il manoscritto fu poi ripreso e sviluppato dallo stesso Autore nel saggio *Critique of the Theory*, anch’esso del 1944 – pubblicato in K.F. Schuessler (a cura di), *Edwin H. Sutherland On Analyzing Crime*, University of Chicago Press, 1973 –, e quindi ulteriormente perfezionato nel 1947.

saldamente organizzata contro questa forma di comportamento. La legge preme in una direzione, mentre altre forze premono nella direzione opposta. Negli affari, le “regole del gioco” entrano in conflitto con le norme giuridiche. Per cui, un uomo d'affari, anche se volesse obbedire alla legge, sarebbe spinto dai concorrenti ad adottare i loro metodi. Il fenomeno è ben illustrato dalla persistenza della corruzione nel commercio a dispetto degli sforzi delle stesse organizzazioni degli imprenditori per eliminarla.

Gruppi e soggetti singoli, comunque, sono più influenzati dai loro ambienti di appartenenza e dai loro interessi particolari che dall'obbiettivo del benessere generale. Di conseguenza, la comunità non è in grado di contrapporre al delitto un solido fronte. Nel migliore dei casi, le organizzazioni degli imprenditori e le commissioni anticrimine, composte da uomini di affari e da professionisti, condannano i furti, le rapine e le piccole truffe ma ignorano i reati dei membri delle loro organizzazioni.

12. Ho descritto brevemente e in modo generale la delinquenza del “colletto bianco”, basandomi su argomentazioni tratte dalle teorie del comportamento criminale. Queste argomentazioni, spogliate delle descrizioni, possono **in sintesi** così riassumersi:

1) la delinquenza del “colletto bianco” è una vera e propria delinquenza poiché, in ogni caso, è violazione della legge penale;

2) la delinquenza del “colletto bianco” differisce da quella della classe “inferiore” soprattutto perché è diversa, nei due rispettivi casi, l'applicazione della legge penale;

3) le teorie criminologiche, secondo cui la delinquenza è dovuta alla povertà o alle condizioni di patologia individuale e sociale ad essa legate, non sono valide per tre ragioni: primo, si basano su campioni non rappresentativi ma influenzati relativamente allo *status* socio-economico; secondo, non si applicano ai delinquenti dal “colletto bianco”; terzo, non spiegano adeguatamente nemmeno la criminalità della classe “inferiore”, dato che i fattori da esse evidenziati non sono correlati ad un processo generale caratteristico di tutta la criminalità;

4) è necessaria un'ipotesi del comportamento criminale che spieghi sia la delinquenza del “colletto bianco” sia quella convenzionale;

5) le teorie dell'associazione differenziale e della disorganizzazione sociale permettono di formulare una simile ipotesi.

Riflessione

— Amianto/6 – I giuristi se ne facciano una ragione: non c'è alcun diritto al di fuori di un fatto

Asbestos/6 – Jurists got to get over it: there is no law outside of a fact

di Luca Santa Maria

Articolo originariamente pubblicato in Il Fatto Quotidiano, [l'8 ottobre 2020](#), all'interno della rubrica settimanale "Giustizia di Fatto", a cura di Antonio Massari

La credibilità del diritto penale rantola e rotola nel piano inclinato del relativismo estremo

Come è possibile che un giudice veda un consenso scientifico intorno ad A e un altro giudice veda un consenso scientifico intorno a Non A? La Cassazione che cosa fa di fronte a questo problema? Talvolta si avventura sul terreno del fatto concreto provando a suggerire ai giudici di merito schemi generali di motivazione che potrebbero essere bastevoli per superare il vaglio che la stessa Corte di Cassazione farà sulla sentenza di condanna.

Così però anche la Cassazione sconta la generale incompetenza in materia di **scienza** (è tutto un fiorire di retorica di dosi *killer*, di Selikov che è stato frainteso, di rapporto dose risposta sistematicamente usato per dire cose che il concetto epidemiologico non dice), forse se ne avvede e il più delle volte è più prudente.

La Cassazione, che dovrebbe essere titolare della cattedra nomofilattica nel sistema e quindi dovrebbe dire che cosa è diritto penale e che cosa no, salomonicamente,

allora, conferma e annulla assoluzioni così come annulla e conferma condanne per lo stesso fatto, la causazione del mesotelioma dall'esposizione occupazionale frazionata nel tempo, e forse non si accorge dell'aporia, cioè della flagrante contraddizione, che così introduce nel sistema, o forse sì se ne accorge benissimo ma sostiene ch'essa deve solo stabilire se il giudice di merito abbia logicamente motivato la condanna o l'assoluzione.

Sentiero pericoloso. Se si comincia con l'accettare che un giudice possa altrettanto bene motivare A e non A si scivola nello scetticismo estremo. Il problema è come sfidare e vincere lo scetticismo che la ragione impone di coltivare.

La legge scientifica di copertura, l'*explanans*, o c'è o non c'è, e che ci sia o è vero o è falso, *tertium non datur*, e se è vero che la validità logica della conclusione sull'*explanandum* dipende dalla validità logica dell'inferenza che vien fatta a partire dalle premesse, è anche vero che la verità della conclusione dipende strettamente dalla verità dell'*explanans* stesso.

Due ragionamenti possono cioè essere entrambi validi ma **se l'una conclusione è l'opposto dell'altra, vuol dire che in uno dei due almeno una premessa era falsa**, perché solo una delle due conclusioni può essere vera.

La Cassazione, col sindacare solo la validità del ragionamento, cioè la sua intima coerenza, la sua non contraddittorietà, tutela forse la logica, ma sposta in secondo piano la verità come scopo del processo penale, promuovendo un pericolosissimo relativismo. Non è compito della Cassazione sindacare la verità delle premesse del ragionamento del giudice di merito?

Che cosa è la verità, però? Un'opinione molto credibile. **Quando un'opinione è credibile?** Esiste una misura oggettiva della credibilità di un'opinione purchessia? Il diritto penale è attrezzato per accettare la soggettività e la fallibilità di ogni giudizio probabilistico?

Finora ogni tentativo di iniettare la filosofia della probabilità, cioè la logica induttiva, sul vecchio illuministico concetto del libero convincimento del giudice è fallito anche se tutti continuano a dire che il convincimento del giudice non è libero dai lacci e dai lacciulli della logica.

Se al giudice non si insegna codesta logica? Che io sappia **esiste un solo pionieristico manuale di epistemologia giudiziaria scritto da un processualpenalista**.

Il problema immane dell'incertezza: il diritto e il processo penale, per necessità, debbono fondarsi su un'epistemologia semplice che rimuove l'incertezza

La cultura della causalità deve essere ripensata dalle fondamenta ed è impensabile che si creda che essa sia neutrale strumento dommatico nelle mani dei giudici che non hanno che usarlo.

L'unica strada è accettare il passaggio dal vecchio universo deterministico, in cui leggi universali abbastanza chiare e semplici governano il corso degli eventi, a un universo

largamente incerto, che potrebbe essere deterministico ma anche no, in cui non ci sono leggi universali, ma solo correlazioni sempre incerte tra eventi più o meno plausibili.

La svolta culturale richiede ingente impegno da parte di tutti. Il giudizio di probabilità di un evento è un giudizio *ex ante* e quindi a rigore non è un giudizio causale che è un giudizio *ex post*. **Non avrebbe senso calcolare la probabilità di un evento che è accaduto, e che quindi aveva per definizione il 100% di probabilità di verificarsi.**

Forse la probabilità bayesiana consente strade razionali per sancire alcune regole guida per una nuova forma d'imputazione adatta alla complessità del problema.

Basterà, invece, la prova che il fatto A abbia aumentato la probabilità del verificarsi di B, nell'opinione soggettiva del giudice, per poter imputare penalisticamente B ad A? Parrebbe l'unica possibile strada.

Si assegna a ogni periodo di esposizione una probabilità e si decide per convenzione che l'evento possa essere attribuito a tutti perché la probabilità – oggettiva? soggettiva? – è sufficiente.

Ma quanto deve essere aumentato il rischio perché il diritto penale possa applicarsi? Come si misura quel *quantum*, cioè la forza della correlazione statistica?

Un epidemiologo di gran fama, **Bradford Hill**, diventa ancor più famoso quando individua un set di nove criteri che, secondo lui, possono aiutare a pesare l'evidenza e a stabilire quando una correlazione è anche una causa.

L'articolo in questione, scritto negli anni '60, ha il titolo eloquente di **Association or causation** e dà luogo a un profluvio di produzione filosofica e scientifica che riempie le pubblicazioni nei successivi decenni (A.B. Hill, *The environment and disease: association or causation?*, in *Proceedings of the Royal Society of Medicine*, 58, 1965, pp. 295 ss.).

Potrei sbagliarmi, ma a me non consta che alcun giurista, che pure pretenda di addentrarsi nella selva del rischio e dell'aumento del rischio, abbia mai citato né Hill né i suoi più o meno autorevoli successori.

Il penalista crede di sapere che cosa sia rischio e che l'unico suo problema, da buon dommatico, sia di trovare in quale parte della teoria del reato collocarlo, se nella causalità, nel pericolo, nella colpa o in qualche zona grigia a metà strada tra l'una l'altro e l'altro ancora.

Sfugge il punto cruciale.

Il penalista non sa nulla di rischio anche perché **il rischio non è solo un esoterico concetto statistico**. Anche la scienza della percezione sociale del rischio fa parte della scienza del rischio, così come ne è parte essenziale la giustizia della decisione sulla procedura sociale che definisce la misura del rischio accettabile.

La scienza del rischio è fatta di molte diverse scienze.

Sancire l'equivalenza tra causalità e aumento del rischio richiede aggiustamenti giganteschi nel sistema, e salti culturali immensi, perché **significa accettare di far convivere il giudice con l'incertezza e la controvertibilità di qualunque conclusione, e il giudice penale non è abituato a questo esercizio**, tant'è che il diritto oggi gli garantisce la finzione che egli sia giunto alla certezza BARD prima di condannare, il che non è mai vero.

Hill stesso scrive che i suoi non sono criteri o regole di inferenza assolute. Sono solo, al più, linee guida (*Idem*, p. 299).

I nuovi fatti – le correlazioni probabilistiche – sono fatti di sabbia e fango, ci si affonda se non si sa come muoverci.

Il caso dell'amianto è solo la punta visibile dell'iceberg

Stella ha messo sul tavolo il problema immane della relazione tra incertezza e diritto e processo penale, ma ha fatto l'errore di ritenere che il problema potesse essere confinato ai casi in cui il diritto penale incontra la scienza e quindi l'incertezza della scienza, mentre il problema è generale e da sempre angustia i penalisti.

Il problema è l'incertezza del mondo, che è in radicale conflitto con il bisogno di certezza del diritto penale, che quindi è condannato all'ipocrisia perché, se condanna – e la macchina è fatta per condannare, per "giustiziare" –, deve **produrre illusioni di certezza a iosa**, e deve difendere la cittadella con mura di finzioni credute vere per puro *wishful thinking*.

Formule vuote, perché tali sono la probabilità logica e BARD. All'ombra di quel vuoto, fatto di scienza che nemmeno entra nel processo – e, se entra, è come se restasse fuori, perché è il giudice che, ignaro di scienza, se ne sta fuori... – i giudici condannano e assolvono.

Il problema di come si produca certezza lavorando l'incertezza, rimasto insoluto per secoli, anche se era ben noto ai giuristi antichi e ai giuristi medievali più che a quelli contemporanei, è riesplso – anche se l'esplosione non è stata ancora sentita – perché, **per la prima volta, nel processo penale entrano fatti che sono tra loro molto simili** (J. Franklin, *The Science of Conjecture: Evidence and Probability before Pascal*, John Hopkins University Press, 2001).

I fatti della scienza.

Nel passato, nel diritto penale che fu, il fatto era sempre unico e irripetibile e ogni giudice cucinava da sé la sua pietanza, cioè faceva la sua sentenza. Ora no.

Nel passato, per giudicare il fatto era sufficiente il più delle volte la normale intelligenza pratica del senso comune e il problema era che questa grande qualità non era e non è uniformemente distribuita tra tutti i giudici. Ora no.

Ora può accadere che molti giudici debbano decidere il medesimo fatto, o comunque un fatto che, alla fin fine, è analogo in molti processi penali, che sia un fatto

d'inquinamento o un fatto di un'esposizione ad amianto o a sostanze tossiche o cancerogene o altro ancora.

La normale intelligenza pratica del senso comune non basta più perché dev'essere integrata quantomeno con cognizioni fondamentali di saperi specialistici che si apprendono solo con adeguata formazione.

La formazione – scientifica e tecnica – però non c'è, e ogni giudice fa quel che meglio crede e vuole, navigando nella sua inconsapevole ignoranza.

Così l'invisibile diventa visibile. Ogni giudice decide lo stesso fatto ora nel modo X ora nel modo non X, oppure nel modo Y o nel modo Z. Dipende. Da che dipende? Chi sa rispondere a questa domanda?

Vecchie distinzioni che non servono più perché non distinguono nulla più

La materia in cui così difficoltosamente proviamo a camminare ci porta a fare altre scoperte. Si è soliti distinguere rigidamente *quaestio facti* e *quaestio iuris*, ma la distinzione non regge più.

Il metodo col quale il giudice ha sciolto la cosiddetta *quaestio facti*, cioè il metodo col quale in questo caso ha costruito il fatto nel processo, è *quaestio iuris* ovvero il metodo o la mancanza di metodo nell'inferire conclusioni dalle prove è allo stesso tempo **questione di fatto e questione di diritto**.

Dobbiamo rassegnarsi all'idea che non c'è diritto alcuno al di fuori di un fatto, e che l'uno e l'altro si compenetrano a vicenda, in modi non sempre comodi da distinguere.

Spesso il giudice delinea *ex post* i termini della *quaestio iuris* per poter far stare nei confini della fattispecie astratta il fatto concreto, perché ha già deciso *ex ante* la *questio facti* in modo da farla corrispondere alla fattispecie astratta.

Il giudice si fa la domanda di cui già conosce la risposta, perché ha deciso già come rispondere, prima di farsi la domanda.

Forse è inevitabile, e proprio per questo dev'esser detto.

Il positivismo logico è entrato in crisi proprio quando ci siamo accorti che, alla fine, non c'è fatto che non sia carico di valore, cioè di soggettività, e non c'è valore al di fuori di un fatto concreto del cui valore o disvalore si possa sensatamente parlare.

Entrare in questo mondo dalla porta principale significa mettere in questione quasi tutto, e innanzitutto, la stessa distinzione tra diritto penale e processo penale.

I positivisti logici sostenevano che la definizione di un fatto è il metodo della sua verifica empirica, il che sarebbe come dire che la definizione di qualunque concetto giuridico – causalità, ma non solo – è il metodo della sua provabilità nel processo. Non c'è differenza allora tra fatto e prova del fatto?

Non è qui il caso di procedere oltre su questa strada – finiremmo troppo oltre – anche se, come abbiamo visto, nella sentenza Franzese, la Cassazione ha già cominciato a picconare il dogma della separazione tra diritto fatto e prova, quando ha trattato la definizione giuridica della causalità con il concetto di probabilità logica che manifestamente attiene alla prova, cioè al grado di persuasività razionale di una proposizione sulla causalità e non alla definizione astratta della causalità.

Probabilità logica equivale a probabilità soggettiva. Continuare a tener separati i campi della definizione di un dato concetto e della provabilità processuale della sua verifica è un gravissimo limite culturale del diritto penale che impedisce di vedere che definizioni di concetti non provabili nel processo sono il nulla, *meri flatus vocis*.

Uno dei tanti limiti.

La *summa divisio* tra fatto e (dis)valore è inattuale perché non c'è fatto che non sia fatto carico anche di (dis)valore e non c'è (dis)valore disancorato dal fatto.

Diritto penale e politica non sono affatto mondi separati. Che cos'è il diritto, allora? Dov'è?

(6/Continua)



DIRITTO PENALE
E UOMO

Criminal Law and Human Condition

www.dirittopenaleuomo.org

redazione@dirittopenaleuomo.org