

Ottobre 2021

dpu

DIRITTO PENALE
E UOMO

Criminal Law and Human Condition

FASCICOLO
10/2021



DIRITTO PENALE
E UOMO

Criminal Law and Human Condition

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

ISSN 2704-6516

Via T. Salvini 10 | 20122 MILANO (MI)

redazione@dirittopenaleuomo.org

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

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



Un progetto di Luca Santa Maria

EDITORE

Diritto Penale e Condizione Umana

COMITATO DI DIREZIONE

Susanna Arcieri (Responsabile), Fabio Basile, Raffaele Bianchetti

COMITATO EDITORIALE

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

COMITATO SCIENTIFICO

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

COMITATO DEI CONSULENTI

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

REDAZIONE

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

Articolo

1 PUNIZIONE O RIPARAZIONE?

Fabio Fiorentin

Riflessione

29 CUSTODIA CAUTELARE E INTELLIGENZA ARTIFICIALE: GARANZIE COSTITUZIONALI CONTRO GLI AUTOMATISMI DI OGGI E DI DOMANI

Recensione del volume di P. Simón Castellano, *Justicia cautelar e inteligencia artificial. La alternativa a los atávicos heurísticos judiciales*, J.M. Bosch Editor, 2021

Javier Dorado Ferrer

Riflessione

42 IL RUOLO DEGLI INTELLETTUALI CONTRO LA PANDEMIA DELL'IGNORANZA

Breve recensione del libro *"Intellettuali"* di Sabino Cassese

Francesco Provinciali

Riflessione

46 REI E COVID-19. QUANDO UNA PANDEMIA CONTAGIA L'ESECUZIONE PENALE

Sinossi del volume

Aurora Barbari, Roberta Catania,
Alessandra De Luca, Serena Nolano*Opinione*

49 L'IMPATTO DEL COVID SUI MINORI CON PROVVEDIMENTO PENALE

Alcune esperienze concrete
nel carcere minorile e al tribunale
per i minorenni

Serena Nolano, Raffaele Bianchetti,
Alessandro Rudelli

Riflessione

62 **GIUSTIZIA ALGORITMICA E NEURODIRITTI NEL SISTEMA PENALE**

Recensione del volume di F. Basile,
M. Caterini, S. Romano, (a cura di),
*Il sistema penale ai confini delle hard
sciences. Percorsi epistemologici tra
neuroscienze e intelligenza artificiale*

Pere Simón Castellano

Riflessione

74 **«LE DÉLIT DE SOLIDARITÉ». UN CASO ITALIANO**

Maria Rosaria Donnarumma

— Punizione o riparazione?

La giustizia riparativa nella fase esecutiva della pena:
luci e ombre nella prospettiva della riforma “Cartabia”

Punishment or reparation?

Restorative justice in the executive phase of punishment: lights and shadows in the perspective of the "Cartabia" reform

di Fabio Fiorentin

Abstract. Il presente contributo si inserisce nel dibattito sulla giustificazione e sullo scopo della pena, prendendo in esame gli sforzi – a volte contraddittori, spesso parziali - che la giurisprudenza, in assenza di una adeguata cornice normativa, ha sviluppato per fornire una risposta alla domanda di giustizia della vittima del reato.

La recente riforma del processo penale pone tra i suoi capisaldi una riforma organica della giustizia riparativa, destinata a diventare – nella prospettiva del legislatore – un aspetto fondamentale caratterizzante il nuovo volto del processo penale in Italia, superando tanto l'ideologia della retribuzione quanto le finalità di prevenzione, generale e speciale.

Se è vero che il carcere continua a rappresentare una soluzione irrinunciabile nei casi più gravi che impongono il prevalere delle esigenze di difesa sociale nei confronti degli autori di reato la cui pericolosità richiede di essere neutralizzata, sono ormai molte le voci critiche rispetto a un modello di esecuzione incentrato sul ricorso alla pena carceraria tradizionale, mentre si fa strada la prospettiva di una sorta di “rivoluzione copernicana” che pone in rilievo la posizione della vittima nella giustizia penale, dunque della giustizia riparativa, che mette al centro il rapporto tra il reo e la vittima: la riparazione del male inferto con il reato attraverso un itinerario che, attraverso l'imprescindibile “rituale” del processo, e l'attività di mediazione, consenta una ricomposizione della ferita rappresentata dal danno – non solo materiale – arrecato alla vittima del reato.

La giustizia riparativa, nella prospettiva della “riforma Cartabia” si pone – in questa prospettiva – come modello complementare alla giustizia sanzionatoria all'interno del sistema penale, caratterizzando non solo il plesso della giustizia minorile e delle competenze del giudice di pace, ma anche il processo penale, in particolare attraverso l'istituto della sospensione del procedimento con messa alla prova dell'imputato, che prevede, tra i suoi contenuti, la mediazione tra reo e vittima.

Abstract. *This contribution is part of the debate on the justification and purpose of punishment, examining the efforts – sometimes contradictory, often partial – that the jurisprudence, in the absence of an adequate regulatory framework, has developed to provide an answer to the demand for justice of the victim of the crime.*

The recent reform of the criminal process places among its cornerstones an organic reform of restorative justice, destined to become – in the perspective of the legislature – a fundamental aspect characterizing the new face of the criminal process in Italy, overcoming both the ideology of retribution and the purposes of prevention, general and special.

If it is true that prison continues to represent an indispensable solution in the most serious cases that impose the prevalence of the needs of social defense against offenders whose dangerousness requires to be neutralized, there are now many critical voices with respect to a model of execution centered on the use of traditional prison punishment, while the prospect of a sort of "Copernican revolution" that emphasizes the position of the victim in criminal justice, therefore of restorative justice, which focuses on the relationship between the offender and the victim, is gaining ground: the reparation of the evil inflicted with the crime through an itinerary that, through the inescapable "ritual" of the process, and the activity of mediation, allows a recomposition of the wound represented by the damage – not only material – caused to the victim of the crime.

The restorative justice, in the perspective of the "Cartabia reform" stands – in this perspective – as a complementary model to the sanctioning justice within the criminal justice system, characterizing not only the complex of juvenile justice and the competences of the Justice of the Peace, but also the criminal process, in particular through the institution of the suspension of proceedings with trial of the accused, which provides, among its contents, the mediation between offender and victim.

SOMMARIO: 1. Punizione o riparazione? – 2. Un percorso irto di difficoltà tra carenze normative e ostacoli culturali. – 3. La vittima nell'esecuzione penale. – 4. La "scorciatoia riparatoria". – 5. Prescrizioni riparative e affidamento in prova al servizio sociale. – 6. Il conflitto con la finalità rieducativa: un timore infondato? – 7. L'esigenza di una riforma organica della giustizia riparativa. – 8. *De jure condendo*: il volto della giustizia riparativa emergente dalla "riforma Cartabia". – 9. In conclusione.

SUMMARY: 1. Punishment or reparation? – 2. A path fraught with difficulties between regulatory shortcomings and cultural obstacles. – 3. The victim in penal enforcement. – 4. The "restorative shortcut". – 5. Reparative prescriptions and probation to social service. – 6. Conflict with the aim of re-education: an unfounded fear? – 7. The need for an organic reform of restorative justice. – 8. *De jure condendo*: the face of restorative justice emerging from the "Cartabia reform". – 9. In conclusion.

*«Per le vittime nulla può sostituire l'opera della giustizia.
Essa trasforma i sopravvissuti in esseri viventi»¹*

¹ G. Tranchina, *La vittima del reato nel codice penale*, in *Cass. Pen.*, 2010, 11, p. 4053.

1. Punizione o riparazione?

In un certo senso, si può dire che la giustizia ha sempre cercato di “riparare” il *vulnus* che il delitto commesso ha inferto alla vittima e alla società nel suo complesso. Se, nell’antichità, si ricorreva al sacrificio riparatorio per ricostituire l’armonia tra gli umani e gli dei, placando l’ira vendicativa delle Erinni², la società moderna cerca di “riparare” l’uomo colpevole³. Il paradosso di questa metamorfosi della pena è che, mentre nel passato (e finanche in un recente passato) la sete di giustizia della vittima era soddisfatta dal meccanismo vendicativo/sacrificale (la legge del taglione, la pena esemplare, le pubbliche esecuzioni), una volta esclusa la vendetta come modalità legale di “riparazione” per le vittime, gli offesi sono stati di fatto messi ai margini del proscenio giudiziario. Ma quanto più evidente si è fatta una tale esclusione, tanto più forti si sono levate le voci che invocano un «ritorno prorompente delle vittime sulla scena processuale»⁴.

Sul piano ordinamentale, il paradosso sembra riprodursi nella previsione costituzionale che cristallizza un modello di pena finalizzata in via prioritaria non alla retribuzione bensì al recupero sociale del reo (art. 27, comma 3, Cost.). Un tale assetto, incentrato esclusivamente sulla figura dell’autore di reato, pone la necessità di pensare seriamente ad uno *status* per la vittima. A conferma del profondo legame che coinvolge reo e vittima (legame involontario, certo, ma così profondo da essere studiato nei termini di “coppia criminale”)⁵, è significativo che, nella fase storica in cui nasce in Italia l’ordinamento penitenziario con la legge n. 354 del 1975, muova i primi passi anche la giustizia riparativa⁶.

Non può quindi sorprendere che sia sempre più avvertita l’esigenza di riequilibrare le posizioni: come il processo e l’esecuzione della pena convergono – per dettato costituzionale – nell’unitario punto di fuga della finalità riabilitativa dell’offensore, così il sistema penale dovrebbe accogliere le istanze della vittima, per giungere alla reintegrazione di entrambi i soggetti, riconoscendo all’offeso il ruolo co-protagonista nel dramma processuale scaturito dal reato. È evidente, infatti – come osserva anche Claudia Mazzucato - che solo agendo su entrambi i lembi della ferita aperta dall’offesa arrecata

* Il presente contributo, modificato e arricchito, sviluppa alcune riflessioni anticipate nella relazione “Punizione o riparazione? I rischi delle semplificazioni “riparatorie”, svolta nella giornata di apertura dell’incontro di studio “Dalla giustizia sanzionatoria alla giustizia riparativa”, organizzato dalla Scuola Superiore della Magistratura il 12, 14 e 19 luglio 2021 presso la sede di Napoli, Castel Capuano.

² Cfr. *La giustizia vendicativa*, a cura di P. Di Lucia, L. Mancini, ETS, 2015.

³ M. Bouchard, G. Mierolo, *Offesa e riparazione*, Mondadori, 2005. V. anche U. Curi, *I paradossi della pena*, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 2013, pp. 1074 ss.

⁴ M. Bouchard, G. Mierolo, *Offesa e riparazione*, cit.

⁵ Tale relazione fu per la prima volta studiata nel 1948 da H. Von Hentig con l’opera “*The criminal and his victim*” che mise anche in luce come la vittima, in alcuni casi, non svolga un ruolo soltanto passivo, ma contribuisca con il suo modo di essere, il suo atteggiamento, le sue caratteristiche peculiari, a determinare l’azione lesiva.

⁶ Sulla giustizia riparativa e la sua evoluzione v. *ex multis* G. De Francesco, *Il silenzio e il dialogo. Dalla pena alla riparazione dell’illecito*, in *La legislazione penale*, 2021, pp. 6-7; L. Eusebi (a cura di), *Una giustizia diversa*, Vita e Pensiero, Università Cattolica, 2015; G. Fiandaca, *Note su punizione, riparazione e scienza penalistica*, in *Sistema penale*, 9 novembre 2020; *La pena, ancora: fra attualità e tradizione. Studi in onore di Emilio Dolcini*, a cura di C.E. Paliero, F. Viganò, F. Basile, G.L. Gatta, II, Giuffrè, 2018.

quest'ultima potrà essere richiusa e, forse, risanata⁷. Illuminante appare, in questa prospettiva, l'idea che la riparazione non coincide integralmente con il profilo risarcitorio del danno, poiché – come scrive Massimo Donini – quest'ultimo non ripara integralmente «perché l'offesa non è solo il danno, c'è anche il disvalore dell'azione, l'offesa è più complessa, quindi il mero risarcimento non ripara integralmente, risarcisce ma non ripara integralmente l'offesa»⁸.

Se, fino ad oggi, il ruolo dell'offeso ha conosciuto una tendenziale marginalizzazione sul piano processuale, così che la vittima non può incidere sulla posizione del reo, né sull'indennizzo o sulla pena, a motivo del monopolio punitivo dello Stato che lascia ben circoscritti spazi alle istanze della vittima⁹, oggi un deciso cambio di passo pare alle viste: l'importanza di introdurre una riforma organica in materia di giustizia riparativa costituisce, infatti, uno dei punti fondamentali delle Linee programmatiche annunciate dalla ministra Cartabia, che raccolgono e sintetizzano le molteplici indicazioni internazionali, vincolanti e di *soft law*¹⁰. La riforma che porta il suo nome ha già avuto un primo, positivo avallo parlamentare¹¹ e siamo, dunque, di fronte ad un passaggio cruciale e, forse, all'alba di un nuovo modo di intendere la pena, imperniato non più sul modello misto di tipo retributivo/rieducativo, bensì ispirato al paradigma rieducazione/riparazione¹².

⁷ Cfr. analogamente C. Mazzucato, *Appunti per una teoria "dignitosa" del diritto penale a partire dalla restorative justice*, in *Dignità e Diritto. Prospettive interdisciplinari, Quaderni del Dipartimento di Scienze Giuridiche, Università Cattolica del Sacro Cuore – sede di Piacenza*, n. 2/2010, p. 108.

⁸ M. Donini, *Pena agita e pena subita. Il modello del delitto riparato*, in *Questione Giustizia*, 29 ottobre 2020, p. 6. V. anche, per una panoramica generale sulla giustizia riparativa, E. Mattevi, *Una giustizia più riparativa. Mediazione e riparazione in materia penale*, ESI, 2017.

⁹ Viene alla mente l'immagine della "Giustizia con la spada" contrapposta alla "Giustizia senza spada" che G. Mannozi evoca in un suo scritto (*La giustizia senza spada*, Giuffrè, 2003, p. 97).

¹⁰ Rileva la Ministra: «Non posso non osservare che il tempo è ormai maturo per sviluppare e mettere a sistema le esperienze di giustizia riparativa, già presenti nell'ordinamento in forma sperimentale che stanno mostrando esiti fecondi per la capacità di farsi carico delle conseguenze negative prodotte dal fatto di reato, nell'intento di promuovere la rigenerazione dei legami a partire dalle lacerazioni sociali e relazionali che l'illecito ha originato. Le più autorevoli fonti europee e internazionali ormai da tempo hanno stabilito principi di riferimento comuni e indicazioni concrete per sollecitare gli ordinamenti nazionali a elaborare paradigmi di giustizia riparativa che permettano alla vittima e all'autore del reato di partecipare attivamente, se entrambi vi acconsentono liberamente, alla risoluzione delle questioni risultanti dal reato con l'aiuto di un terzo imparziale. Non mancano nel nostro ordinamento ampie, benché non sistematiche, forme di sperimentazione di successo e non mancano neppure proposte di testi normativi che si fanno carico di delineare il corretto rapporto di complementarità fra giustizia penale tradizionale e giustizia riparativa. In considerazione dell'importanza delle esperienze già maturate nel nostro ordinamento, occorre intraprendere una attività di riforma volta a rendere i programmi di giustizia riparativa accessibili in ogni stato e grado del procedimento penale, sin dalla fase di cognizione».

¹¹ Si tratta del progetto di riforma sviluppato a partire dal d.d.l. delega n. 2345 "per l'efficienza del processo penale nonché in materia di giustizia riparativa e disposizioni per la celere definizione dei procedimenti giudiziari", attraverso una serie di emendamenti elaborati sulla base dei lavori della Commissione ministeriale "Lattanzi" e approvati dalla Camera dei deputati il 3 agosto 2001, il cui testo (n. 2353) è stata ora approvata in via definitiva dal Senato. Per una prima lettura della proposta di riforma v. G. Canzio, *Le linee del modello "Cartabia". Una prima lettura*, in *Sistema penale*, 25 agosto 2021 e M. Del Tufo, *Giustizia riparativa ed effettività nella Proposta della Commissione Lattanzi (24 maggio 2021)*, in *Archivio Penale*, n. 2, 2021.

¹² Sul progressivo passaggio evolutivo del diritto penale da modelli di giustizia retributiva e preventiva a paradigmi ispirati alla finalità rieducativa e, come ultimo sviluppo, al modello riparativo si veda *ex multis* A. Caperna, *Le frontiere dell'esecuzione penale tra inedite esperienze rieducative ed inefficienza del sistema - la giustizia penale riparativa*, relazione all'incontro di studio organizzato dal C.S.M. sul tema "Trattamento sanzionatorio tra magistratura di sorveglianza e giudice della cognizione", Roma, 2008. Secondo l'A., tale

2. Un percorso irto di difficoltà tra carenze normative e ostacoli culturali.

Come è possibile tentare di realizzare una tale prospettiva riformatrice? Concentrando l'attenzione sul momento esecutivo della pena e, in particolare, sulla fase affidata alla competenza del giudice di sorveglianza, occorre riflettere su come le prospettive della giustizia riparativa possano intersecarsi con quelle della risocializzazione del reo nell'ambito delle dinamiche dell'esecuzione penale e penitenziaria. Si tratta di una questione molto complessa, che deve confrontarsi con numerose difficoltà e ostacoli, costantemente generati dalla tensione dialettica tra l'"effettività della tutela" della vittima e l'imperativo costituzionale del recupero dell'offensore al consesso civile.

Manca, anzitutto, una diffusa consapevolezza sociale e culturale del significato della giustizia riparativa. Di contro, l'accresciuta sensibilità nei confronti della vittima dipende anche da una (quantomeno percepita) dilatazione del rischio criminale che, ormai, espone la maggioranza dei cittadini all'esperienza vittimologica. Tutti noi ci sentiamo in qualche misura potenzialmente in pericolo, esposti alla criminalità predatoria o a rischi per la nostra integrità fisica. L'essere vittima, insomma, diventa un'esperienza che molti ritengono quasi fisiologica della vita quotidiana, soprattutto di quella urbana¹³. Tale percezione – come rileva Marco Bouchard – suscita però un riflesso individualistico e la sensazione di vulnerabilità si incanala in sentimenti divisivi, di paura verso l'altro, spesso percepito come un potenziale aggressore e non riesce a trasformarsi in spinta positiva, tesa a rafforzare la solidarietà tra gli individui e dunque a favorire il dialogo e l'incontro¹⁴.

fenomeno si collega «verosimilmente, ad una diversa percezione del rapporto stato/cittadino: lo stato è percepito come collettività e non come apparato autoritario; non come il primario soggetto offeso dall'illecito, ma come soggetto offeso secondario, sostituito dalla vittima. Il modello di giustizia riparativa abbandona, quindi, le tradizionali finalità di retribuzione e riabilitazione della sanzione penale: considera il reato non come un illecito contro la società o contro l'ordine costituito – e per ciò da sanzionare – ma come una condotta offensiva nei confronti della vittima; centralizza la figura della vittima del reato; considera l'autore non semplicemente il passivo destinatario della sanzione penale, ma un soggetto a cui è richiesto di operare attivamente per l'eliminazione del danno provocato con la sua condotta illecita; individua come finalità primaria l'eliminazione delle conseguenze dannose provocate dal reato, attraverso l'attività riparatrice del reo». Altra dottrina ravvisa nella "riforma Cartabia" in tema di giustizia riparativa "una vera rivoluzione culturale" (M. Bouchard, *Giustizia riparativa, vittime e riforma penale. Osservazioni alle proposte della Commissione Lattanzi*, in *Questione Giustizia*, 23 giugno 2021).

¹³ M. Pavarini, *Il grottesco della penologia contemporanea*, in U. Curi, G. Palombarini (a cura di), *Diritto penale minimo*, Donzelli Ed., 2002, p. 281.

¹⁴ «Questa tendenza è ricca di implicazioni preoccupanti. In una società spinta in modo sempre più sfrenato verso forme comportamentali individualistiche c'è, DAVVERO, il pericolo che la vittimizzazione si decomponga in vero e proprio infantilismo». Così scrive M. Bouchard nella relazione all'incontro di studio organizzato dalla Scuola Superiore della Magistratura sul tema: "*Giustizia riparativa e processo penale: esperienze applicative nazionali ed internazionali. Le prospettive della mediazione penale nell'ordinamento italiano*" Roma, 1 - 3 marzo 2010. L'A. osserva ancora: «prende corpo il pericolo che il processo di vittimizzazione nella giustizia penale altro non sia che lo specchio di una tendenza esasperata all'individualismo. Questo individualismo si esprime attraverso l'esistenza di due logiche contrastanti: con la rivendicazione infinita dei diritti, da un lato, e con la domanda costante di protezione, dall'altra; con la pulsione verso l'autonomia, da un lato, e con la pulsione, dall'altra, verso la dipendenza secondo un immaginario della vittima che sostituisce quello della civiltà e della cittadinanza. In un tale scenario, la denuncia – anziché esprimere un atto di ribellione verso un sopruso – si trasforma in modo normale di comunicare tra le persone».

Sul piano della politica in materia penale, tale spinta psicologica si traduce nel fenomeno *law and order*: quanto più un corpo sociale si sente in pericolo, più sarà incline a invocare strumenti ispirati alla prevenzione speciale e alla neutralizzazione del pericolo percepito piuttosto che favorire istituti di uscita dal processo mediante condotte riparative, riguardati piuttosto quali comode scappatoie dalla “pena certa” e, possibilmente, dalla “pena esemplare”¹⁵.

Utile antidoto ai veleni inoculati dai messaggi securitari sarebbe un’informazione obiettiva che possa indirizzare all’opinione pubblica i corretti messaggi¹⁶. Su questo versante, tuttavia, non è lecito nutrire soverchie aspettative, se si guarda alla non lontana esperienza degli Stati Generali dell’esecuzione penale, il cui esito, assai positivo sul piano degli elevati risultati culturali prodotti, non è stato seguito da una altrettanto incisiva ed efficace comunicazione in favore dei cittadini che, infatti, in larga misura sono rimasti tiepidamente ai margini del dibattito culturale.

Ma vi sono anche criticità di ordine sistemico. Al pari del processo penale, l’attuale procedimento di esecuzione penitenziaria è focalizzato sulla figura del condannato, mentre la vittima è considerata del tutto sporadicamente ed appare tuttora dibattuta l’opportunità di un coinvolgimento dell’offeso nei procedimenti di sorveglianza anche (ma non solo, come si dirà) per il sempre immanente rischio di vittimizzazione secondaria¹⁷. Limitando il campo di osservazione alle più recenti novità è, invero, agevole rilevare che il legislatore, tutte le volte in cui ha introdotto disposizioni in materie che coinvolgono la vittima del reato, ha operato o con finalità di neutralizzazione del presunto aggressore (si pensi alle disposizioni introdotte dalla l. 69/2019, c.d. “Codice rosso”), o in termini indiretti, in relazione a profili incentrati pur sempre sulla figura del reo (esigendo, a es., l’intervenuta emenda del condannato ai fini della concessione dei c.d. “benefici penitenziari”, come accade in materia di riabilitazione o di liberazione condizionale). Manca, inoltre, nel momento dell’esecuzione penale, l’istituzionalizzazione di uno spazio di vero **ascolto del dolore** della persona offesa che costituisce, invece, il perno fondamentale della giustizia riparativa, posto che il bisogno delle vittime di reato non è soltanto quello di ottenere la punizione del colpevole o un risarcimento economico, ma anche (soprattutto) è quello di essere ascoltate, capite, “curate”, dopo il trauma derivante dal reato, che incide

¹⁵ Emblematica di tale propensione è la scelta politica alla base della legge n. 251/2005 (“legge ex Cirielli”), ispirata all’esperienza statunitense, e sintetizzata dall’espressione, mutuata dalle regole del *baseball*, «*three strikes and you’re out*» («tre colpi e sei fuori»). Su tali profili, v. per tutti A. Della Bella, *Three strikes and you’re out: la guerra al recidivo in California e i suoi echi in Italia*, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 2007, p. 832.

¹⁶ Su tale profilo anche A. Caperna, *Le frontiere dell’esecuzione*, cit., p. 3 e C. Mazzucato, *Appunti*, cit., p. 121.

¹⁷ L’esperienza comune di tutti gli operatori della giustizia, magistrati, avvocati, polizia giudiziaria, insegna quanto è doloroso per la vittima partecipare alle attività di indagine e al processo. Gli studi di vittimologia hanno ben evidenziato gli effetti della c.d. “vittimizzazione secondaria” nell’ambito e come conseguenza delle dinamiche del processo penale. Emblematica, inoltre, appare la condanna della CEDU il 27 maggio scorso (*Affaire J.L. c. Italie*), nei confronti dell’Italia per la violazione dell’art. 8 della Convenzione EDU, che garantisce il diritto al rispetto della vita privata e che esclude che una autorità pubblica possa ingerirsi nell’esercizio di questo diritto, se non nei ristretti limiti previsti dalla legge, per l’attuazione di misure che in una società democratica siano necessarie alla sicurezza nazionale, alla sicurezza pubblica, al benessere economico del paese, alla protezione della salute o della morale, o alla protezione dei diritti e delle libertà altrui. Con tale pronuncia, i giudici di Strasburgo hanno stigmatizzato le modalità giudicate fortemente inappropriate con cui la persona offesa è stata sottoposta ad esame dibattimentale (si trattava di un processo per violenza sessuale), tali da integrare, appunto, una vittimizzazione secondaria.

negativamente in tutti gli ambiti della vita e della personalità dell'offeso e non solo in quello patrimoniale, profilo che spesso è, anzi, del tutto secondario¹⁸.

In terzo luogo vi sono resistenze di natura concettuale. Come è noto, la giustizia riparativa, nata tra il Canada e gli Stati Uniti all'inizio degli anni '70 essenzialmente nella forma del contatto riparatorio tra autore e vittima, agevolato dall'intervento di un terzo (triade *victim/mediation/offender*)¹⁹, mira, almeno inizialmente, ad un recupero della relazione tra persone al tempo stesso divise e accomunate dall'esperienza delittuosa. Se cerchiamo di identificare il primo elemento di questa triade nella fase esecutiva ci imbattiamo quasi subito in difficoltà piuttosto importanti nel mettere a fuoco e identificare correttamente la figura della "vittima". "Vittima" nel (del?) procedimento di esecuzione penale, infatti, è non solo la c.d. "persona offesa", ma anche una serie articolata di altri soggetti su cui incide la *potestas* statale: le donne incarcerate (pensiamo alla difficile situazione della popolazione detenuta femminile, sotto il profilo delle dotazioni logistiche, delle possibilità di accesso al trattamento, etc.), gli anziani detenuti, gli immigrati (normalmente privi di quei supporti esterni che consentano l'accesso alle misure alternative), le persone rinchiusi nelle istituzioni totali (pensiamo ai "vecchi" O.P.G.). Ci sono poi le vittime di comportamenti lesivi (es. gli *hate-crimes*) commessi nei confronti di una pluralità indistinta di persona (vittimologia generale) che possono essere compiuti da un determinato Stato, come la pratica della tortura o l'emissione di leggi di discriminazione razziale²⁰.

Ma non basta: la definizione di vittima adottata dall'Assemblea Generale delle Nazioni Unite nella risoluzione n. 40/34 del 28 novembre 1985 sui principi fondamentali di giustizia relativi alle vittime della criminalità e alle vittime di abuso di potere (c.d. "Dichiarazione di Vienna") ha ampia significativamente il concetto di "vittima" includendovi non soltanto le vittime del crimine, ma anche quelle dell'abuso di potere²¹. La stessa "riforma Cartabia", ispirandosi alla Direttiva 2012/29/UE²², introduce per la prima

¹⁸ Cfr. G. Mannozi, *Sapienza del diritto e saggezza della giustizia: l'attenzione alle emozioni nella normativa sovranazionale in materia di restorative justice*, in *disCrimen*, 23 aprile 2020.

¹⁹ Per un inquadramento storico della nascita della giustizia riparativa, v. *ex multis* C. Mazzucato, *Appunti*, cit., pp. 101 e ss.

²⁰ Sul problema della definizione del concetto di "vittima" v. C. Mazzucato, *"Direttiva Vittime" e giustizia riparativa: problemi, sfide, prospettive*, in A. Ceretti (a cura di), *La giustizia riparativa nelle politiche educative del Comune di Milano, Atti del convegno svoltosi a Milano il 16 maggio 2018*, Comune di Milano, 2019, pp. 197 e ss.

²¹ «Victims means persons who, individually o collectively, have suffered harm, including physical or mental injury, emotional suffering, economic loss or substantial impairment of their fundamental rights, through acts or omissions that are in violation of criminal laws operative within Member States, including those laws proscribing criminal abuse of power». Sulla possibilità che, in situazioni estreme, anche i rappresentanti della pubblica autorità possano porre in essere atti di abuso nei confronti dei prigionieri il riferimento è agli studi di P. Zimbardo, professore emerito di psicologia all'università di Stanford. Noto a livello mondiale per l'esperimento della prigione simulata di Stanford (realizzato nel 1971) e per quello che ha definito "l'effetto Lucifero" (P.G. Zimbardo *The Lucifer Effect: Understanding How Good People Turn Evil*, Random House, 2007 (trad. it. *L'effetto Lucifero. Cattivi si diventa?*, Cortina, 2008), su cui v. anche, in questa rivista, [l'intervista a Philip G. Zimbardo](#), 15 gennaio 2020.

²² Si tratta della "Direttiva 2012/29/UE del Parlamento Europeo e del Consiglio del 25 ottobre 2012 che istituisce norme minime in materia di diritti, assistenza e protezione delle vittime di reato e che sostituisce la decisione quadro 2001/220/GAI", pubblicata in Gazzetta ufficiale dell'Unione europea del 14.11.2012. In tema v. *ex multis* M. Bargis, H. Belluta (a cura di), *Vittime di reato e sistema penale*, Giappichelli, 2017. Una parziale attuazione della Direttiva 2012/29UE è stata operata dal d.lgs 15 dicembre 2015, n. 212, che ha introdotto, tra

volta nell'ordinamento italiano una definizione normativa di "vittima"²³, identificandola nella persona fisica che ha riportato – direttamente o per l'interposta persona di un familiare deceduto per il reato – un danno, fisico, mentale o emotivo, o perdite economiche che sono state causate direttamente da un reato. In un tale *identikit* rientra di regola l'attuale concetto di persona offesa dal reato, senza tuttavia esaurirlo, poiché la definizione di vittima contenuta nella riforma "Cartabia" modella innovativamente una figura soggettiva legata all'individualità della persona fisica colpita dal reato, che si distingue dalle persone offese dal reato generalmente intese come soggetti titolari del bene giuridico leso dal reato, categoria che – come è noto – include anche persone giuridiche.

Strettamente connessa alla "questione identificativa" è la quarta e, forse, più grave criticità, rappresentata dall'assenza, nell'ordinamento italiano, di una disciplina organica della giustizia riparativa che favorisca la costruzione di uno spazio di ascolto delle vittime di reato, alla luce di una nuova visione del sistema giuridico penale e delle funzioni della pena, non più basata unicamente sul rapporto Stato-reo finalizzato alla punizione del colpevole nel caso di accertamento della responsabilità, bensì fondata sulla visione del reato come *vicenda dinamica* che vede coinvolte le relazioni tra le parti e quale evento che ha provocato un danno anche per la società nel suo complesso²⁴.

3. La vittima nell'esecuzione penale.

Nel nostro ordinamento, la posizione della vittima – come si è già accennato – non è formalmente costituzionalizzata (l'art. 27 della Costituzione fa menzione del solo condannato) sebbene la posizione dell'offeso dal reato possa ritenersi "coperta" a livello costituzionale alla luce degli obblighi internazionali cui l'Italia, in forza dell'art. 10 Cost., è tenuta a conformare il proprio ordinamento e della necessaria conformazione del diritto interno a quello eurounitario (art. 117, Cost.). Un riflesso di tale differente posizione dell'offeso rispetto all'offensore nell'assetto costituzionale si riflette anche nelle fonti primarie che governano la fase esecutiva della pena, ove l'attenzione del legislatore è quasi esclusivamente concentrata sulla figura del condannato (che la stessa previsione costituzionale impone di "rieducare") laddove i riferimenti alla "vittima" sono, al contrario, del tutto sporadici²⁵.

l'altro l'art. 90-bis c.p.p. "Informazioni alla persona offesa". Alla definizione di "vittima" enunciata dalla Direttiva 2012/29/UE si conforma, con ulteriori specificazioni, la Raccomandazione del Consiglio d'Europa relativa alla giustizia riparativa in materia penale CM/Rec(2018), che riconosce alla vittima (persona fisica) una serie di prerogative riassumibili in: a) diritto ad una più ampia partecipazione a livello processuale ma anche rispetto ai programmi di giustizia riparativa per affrontare e definire le questioni legate alla riparazione dell'offesa; b) diritto ad avere «più voce in merito alle misure opportune da adottare in risposta alla loro vittimizzazione, a comunicare con l'autore dell'illecito e a ottenere riparazione e soddisfazione nell'ambito del procedimento giudiziario» (Rac.CM/Rec(2018)8); c) riconoscimento dei propri bisogni e interessi, pari a quello garantito all'autore di reato; d) diritto a partecipare a programmi di giustizia riparativa da rendere «disponibili in ogni fase del procedimento penale» (Rac. CM/Rec(2018)8); e) diritto a una adeguata informazione che metta in grado le vittime di scegliere se partecipare a un programma di giustizia riparativa; f) diritto ad un trattamento dignitoso, rispettoso e professionale. Indicazioni sulla tipologia dei programmi e su valori e standard della giustizia riparativa provengono, inoltre, dall'*Handbook on Restorative Justice Programmes* (UNODC 2020).

²³ Cfr. art.1, comma 18, lett. b), A.C. 2435, approvato dalla Camera dei deputati il 3 agosto 2021.

²⁴ Cfr. C. Mazzucato, *Appunti*, cit., 106.

²⁵ Sul ruolo della vittima nei procedimenti riparativi, v. R. Muzzica, *Il ruolo della vittima negli istituti riparativi, in La legislazione penale*, 11, 2019, pp. 31 e ss.

In tema di riabilitazione, l'art. 179, comma 4, c.p., stabilisce, invero, che la riabilitazione non può essere concessa quando il condannato non abbia adempiuto alle obbligazioni civili derivanti dal reato, salvo che dimostri di trovarsi nella impossibilità di adempierle (così integrando l'accertamento dell'emenda dell'interessato, al quale si richiede anche la "buona condotta" mantenuta successivamente alla condanna); mentre l'art. 176, ultimo comma, c.p. dettato in materia di liberazione condizionale, espressamente subordina la concessione della misura alla prova dell'assolvimento da parte del condannato delle obbligazioni civili derivanti dal reato e coinvolge, di riflesso, anche il tema del "perdono della persona offesa", profilo che assume valenza soprattutto in materia di misure applicate in favore di condannati per reati particolarmente gravi (quali il terrorismo o il sequestro di persona a scopo di estorsione)²⁶.

Nell'ambito dell'ordinamento penitenziario, l'art. 27 del regolamento di esecuzione della legge n. 354/75 (d.P.R. 30 giugno 2000, n. 230), espressamente assegna quale compito degli educatori incaricati dell'osservazione della personalità del detenuto quello di promuovere «una riflessione [...] sulle possibili azioni di riparazione delle conseguenze del reato, incluso il risarcimento dovuto alla persona offesa». La evocata disposizione, se nella pratica ha contribuito a promuovere una certa attenzione ai profili riparativi, resta comunque deficitaria, non menzionando la "vittima" del reato bensì la "persona offesa".

A fronte di tali rapsodiche disposizioni, nella prassi non è così raro assistere ad una sorta di sovrapposizione tra i profili rieducativi, riparatori e riparativi²⁷ anche perché, in effetti, tutte le sopra evocate disposizioni riguardano la vittima in senso quasi "strumentale" o comunque indiretto, mirando per un verso ad assolvere esigenze di tipo

²⁶ Analoga dizione reca l'art.16-*nonies*, d.l. n.8/91, conv. dalla l. n. 82/1991, in materia di liberazione condizionale per i collaboratori di giustizia. Il presupposto del "ravvedimento" del condannato, previsto dall'art. 16-*nonies*, L. n. 82/1991, deve essere accertato dal giudice in termini di rilevante probabilità confinante con la certezza dell'emenda (Cass., Sez. I, 9 marzo 2009, n. 10421, Antonuccio, *CED*). Tra gli elementi valutabili ai fini dell'acquisizione della prova del ravvedimento può essere anche considerato il grado di interesse e di concreta disponibilità del condannato a fornire alla vittima del reato ogni possibile assistenza, compatibile con il doveroso rispetto della riservatezza e delle autonome decisioni di questa, ma il "sicuro ravvedimento" non può identificarsi tout court con il risarcimento del danno ad essa cagionato, ovvero con iniziative di solidarietà (peraltro non semplici nell'ambito dello speciale programma di protezione al quale è l'interessato sottoposto), ma postula una valutazione globale della condotta del soggetto, in modo da accertare se l'azione rieducativa, complessivamente svolta (realizzata, come è avvenuto nel caso in esame e riconosce la stessa ordinanza impugnata, anche in virtù della corretta gestione di tutti i benefici penitenziari finora fruiti) abbia prodotto il risultato del compiuto ravvedimento del reo (Cass., Sez. 1, 6 novembre 1989, Malizia, in *Giust. pen.*, 1990, 2, 257). Tra gli elementi di valutazione del sicuro ravvedimento del reo e del suo riscatto morale vanno, inoltre, presi in considerazione secondo la giurisprudenza, i rapporti con i familiari, il personale carcerario e i compagni di detenzione, nonché lo svolgimento di un'attività lavorativa o di studio, la stessa perseveranza in un leale, faticoso, continuato intento di collaborazione (Cass., Sez. I, 15 febbraio 2008, n. 9815, Iaglietti, *CED*).

²⁷ Sulla tematica del perdono dell'offeso, v. G. De Francesco, *Il silenzio e il dialogo*, cit., p. 10; M. Bouchard, G. Mierolo, *Offesa*, cit., pp. 64 ss. Nell'ambito di un procedimento in materia di liberazione condizionale, a es., si legge: «Quanto all'ulteriore presupposto indicato dall'art. 176 c.p., dall'incartamento processuale non risulta che Vallanzasca abbia mai risarcito le vittime dei suoi gravissimi reati, né attraverso un almeno parziale ristoro economico (anche quando, lavorando, ne aveva avuta la possibilità) né attraverso altre forme di riparazione obiettivamente dimostrative della seria e univoca volontà di alleviare le sofferenze delle predette, né risulta che abbia mai mostrato convinta resipiscenza, chiesto perdono o posto in essere condotte comunque indicative di una sua effettiva e totale presa di distanza dal vissuto criminale». (Trib. Sorv. Milano, ord.17 aprile 2018, ric. Vallanzasca).

riparatorio, per l'altro verso a formare il giudizio circa l'effettivo ravvedimento del soggetto in funzione della sua emenda.

Innovativa appare, in tale contesto, la disposizione dell'art. 13, comma 3, l. n. 354/75, recentemente novellata dal d.lgs. n.123/2018, che riproduce parte del contenuto dell'art. 27 reg. esec., aggiungendovi però un richiamo espresso alla vittima di reato prima non esistente nella norma del regolamento²⁸. Se la versione riformata dell'art. 13, comma 3, o.p. ha l'indubbio merito di introdurre – dalla porta principale – la figura della vittima nell'esecuzione penale, non ci si può nascondere che, in sede applicativa, questo profilo genera non pochi problemi, perché sorge il dubbio sul "come" l'eventuale percorso di giustizia riparativa possa essere valutato in sede di applicazione dei benefici penitenziari. La questione – in assenza di specifici parametri normativi – è stata oggetto dell'elaborazione giurisprudenziale che ha posto in rilievo la necessità che il percorso di mediazione eventualmente affrontato dal condannato abbia carattere concreto e non a-specifico, così da fornire elementi utili alla verifica dell'effettivo ravvedimento dell'interessato²⁹.

Analoghi profili di incertezza sul piano applicativo si evidenziano nel momento della valutazione finale dell'affidamento in prova del condannato da parte del Tribunale di sorveglianza (art.47, comma 12, o.p.), quando il percorso di mediazione sia eventualmente fallito.

Sopra ogni altra considerazione, merita però riflettere se, pur ammettendo che l'intrapreso percorso di mediazione possa essere apprezzato ai fini dell'accertamento del positivo recupero sociale del condannato, non si tradisca la premessa della mediazione, cioè la libertà della scelta di accedervi. Quanto può essere, per il condannato, veramente libera una tale scelta nel momento in cui l'esito della mediazione potrà essere apprezzato ai fini della valutazione del percorso penitenziario e dell'accesso ai benefici extramurari?

²⁸ «Nell'ambito dell'osservazione è offerta all'interessato l'opportunità di una riflessione sul fatto criminoso commesso, sulle motivazioni e sulle conseguenze prodotte, in particolare per la vittima, nonché sulle possibili azioni di riparazione». Benché dettata con riferimento all'attività di osservazione della personalità che si dispiega nel corso del trattamento intramurario, la norma in esame assume rilievo non solo per le valutazioni dei condannati detenuti ma anche per i c.d. "liberi sospesi" (art. 656, comma 5, c.p.p.), sulla scorta anche delle informazioni trasmesse all'UEPE che vanno ben oltre la semplice "inchiesta sociale", per costituire una vera e propria osservazione scientifica della personalità dei soggetti liberi. L'osservazione dei condannati a pene detentive dovrebbe essere prima di tutto finalizzata a verificare le riflessioni compiute dal reo in merito al disvalore dell'illecito e alle sofferenze provocate alla vittima del reato. Si tratta di un aspetto determinante, anche se non esclusivo, per la valutazione della pericolosità sociale del reo e di una riflessione non scontata e non solo nei casi in cui i condannati proclamano la loro innocenza ma anche in altri casi in cui pur essendovi l'ammissione degli addebiti, magari fin dalla fase delle indagini o processuale, i condannati si limitano a dolersi delle conseguenze dei reati derivate nella loro vita o al più in quella dei loro congiunti, senza soffermarsi sulle sofferenze causate alle vittime

²⁹ In questi termini si esprime la più recente giurisprudenza (Cass., Sez. 1, 23 marzo 2021, n. 19818, Vallanzasca, in *DeJure*): nel confermare la decisione del Tribunale di Sorveglianza che aveva respinto la domanda di liberazione condizionale, la suprema Corte evidenzia tra l'altro: «l'avviato percorso di mediazione penale ha un carattere piuttosto astratto e a-specifico, in quanto caratterizzato da manifestazioni formali e senza un reale, pur possibile, confronto con le vittime dei reati, che è stato raccolto dall'équipe con eccessiva accondiscendenza alla prospettiva del condannato che, in realtà, allo scopo di non confrontarsi con la dolorosa realtà del male arrecato, si è trincerato dietro il timore che la tardiva ricerca di un effettivo contatto con le persone offese potesse essere strumentalizzato».

Va, infine, segnalata la Circolare del Dipartimento per la Giustizia minorile e di comunità del 17 maggio 2019, denominata “*Linee di indirizzo del Dipartimento per la Giustizia Minorile e di comunità in materia di Giustizia riparativa e tutela delle vittime di reato*”³⁰. Nell’ambito dell’esecuzione penale l’avvio di un programma di giustizia riparativa da inviarsi all’autorità giudiziaria, anche su impulso dei servizi della giustizia minorile e di comunità, avviene nell’ambito di un progetto individualizzato a somiglianza di quanto avviene nei casi di messa alla prova degli adulti, mentre nel caso di esecuzione penale esterna degli adulti tale prassi si registra in termini percentualmente ancora poco significativi³¹.

A tutt’oggi manca, in definitiva, una cornice normativa entro cui inserire la giustizia riparativa e questo è il problema più rilevante, perché offre occasioni per incorrere in errori o ambiguità nel riferirsi a concetti che possono assumere significati differenti e generare prassi applicative “a macchia di leopardo” e comunque non orientate alla uniforme applicazione del diritto sul territorio nazionale.

4. La “scorciatoia riparatoria”.

In uno scenario caratterizzato da numerosi profili di incertezza applicativa, il rischio che si è in numerosi casi materializzato è quello dell’adozione di quelle che potremmo definire “scorciatoie riparatorie”. La disposizione che è stata maggiormente utilizzata in questo contesto è senz’altro quella contenuta nell’art. 47, comma 7, della legge n. 354/75, dettata in tema di affidamento in prova al servizio sociale, che recita, nella formulazione vigente introdotta in seguito alla novella della legge 10 ottobre 1986 n. 663:

³⁰ Si tratta di una fonte di matrice amministrativa che supplisce alla carenza di una legislazione del settore senza tuttavia intervenire a chiarimento dell’interpretazione di norme esistenti, né primarie né secondarie. Essa è principalmente rivolta agli operatori dell’esecuzione penale, in particolare agli UEPE che diventano il fulcro della formazione e dell’attivazione dei percorsi di giustizia riparativa in ambito penale mentre restano sullo sfondo gli operatori del carcere. La Circolare del 2019 introduce due distinte figure soggettive: i “facilitatori” e i “mediatori”, questi ultimi deputati all’incontro vittima-reo. Si parla di facilitatori indicando «una figura professionale che ha maturato un altro profilo di esperienza nel contesto dei servizi minorili e/o dell’esecuzione penale degli adulti, adeguatamente formata e con un ampio spettro di capacità: di comunicazione nel gruppo, di gestione costruttiva dei conflitti in area penale, di sostegno ed aiuto». La detta figura professionale viene distinta da quella dei mediatori (una figura in materie socio-umanistiche, pedagogiche e psicologiche con conoscenze in area giuridica, specificatamente formata nella materia della risoluzione dei conflitti in area penale, che abbia maturato una adeguata esperienza nel trattamento dei casi). Viene riservata ai mediatori l’attività di mediazione penale in senso proprio (incontro autore-vittima diretto o indiretto con vittima specifica e aspecifica), laddove i facilitatori della giustizia hanno una competenza prevalentemente nell’ambito della sfera socio-educativa, possono seguire altri percorsi di giustizia riparativa (scuse formali, forum tra gruppi di vittime aspecifiche e gruppi di autori di reato; incontri di mediazione allargata a gruppi parentali e al territorio). Si tratta di figure istituzionali già previste dalle fonti internazionali e, in particolare, dai *Basic principles on the use of restorative justice programmes in criminal matters* delle Nazioni Unite (ECOSOC Resolution 2002/12) e dalla Raccomandazione del Consiglio d’Europa CM/Rec (2018)8, adottata il 3 ottobre 2018. V. in tema P. Patrizi, (a cura di), *La giustizia riparativa. Psicologia e diritto per il benessere di persone e comunità*, Carocci, 2019.

³¹ La Circolare in esame accenna all’esecuzione intramuraria menzionando “programmi di giustizia riparativa” che possono essere applicati nella gestione dei conflitti all’interno degli istituti di pena o per “l’attivazione di gruppi riparativi per i soli autori di reato”, senza prefigurare, quindi, forme di mediazione penale in senso proprio. Viene, altresì, previsto di attivare una rilevazione delle convenzioni stipulate da uffici epe e istituti penitenziari per soggetti in esecuzione di pena ma solamente per l’avvio dei condannati allo svolgimento di attività riparative a favore della collettività.

«nel verbale (delle prescrizioni n.d.r.) deve anche stabilirsi che l'affidato si adoperi in quanto possibile in favore della vittima del suo reato...». La traduzione in prassi della norma sopra evocata lascia intravedere in filigrana le non trascurabili ombre che offuscano l'orizzonte della giustizia riparativa declinata nella fase esecutiva.

Pesa, anzitutto, il fattore psicologico che muove l'interprete, spesso tuttora legato alla concezione retributiva della pena, che considera l'accesso alle misure alternative non già una vera e propria sanzione penale bensì una "fuga" dall'esecuzione della medesima, come tale vista con sfavore e sottoposta, per tale motivo, a letture applicative di sapore "contrappassistico" e meramente "risarcitorio"³². Si tratta di una fenomenologia storicamente legata alla stagione di "tangentopoli", con le condanne ai c.d. "tangentisti" che pervenivano ai tribunali di sorveglianza per l'applicazione dell'affidamento al servizio sociale. In quello che si può considerare il *leading case* in materia³³, i giudici, dovendo applicare l'affidamento in prova al servizio sociale a persona condannata per peculato aggravato (materialmente consistito nella distrazione a proprio vantaggio di ingenti somme di denaro destinate ad un ospizio per poveri), modularono il contenuto prescrittivo della misura con la finalità di far percepire alla condannata le conseguenze negative per la società del reato commesso, in funzione specialpreventiva, e attenuare le stesse attraverso una prestazione di "dare". In relazione a quest'ultimo aspetto, il tribunale di sorveglianza evidenziò come non fosse possibile imporre una prescrizione restitutoria (risarcitoria in forma specifica) poiché l'interessata aveva, nel frattempo, dilapidato le somme illecitamente sottratte alla istituzione pubblica, e si trovava in disagiate condizioni economiche. Si optò allora per una prescrizione restitutoria "per equivalente", disponendo che l'affidata prestasse la propria opera a titolo gratuito quale addetta alle pulizie, per tutta la durata della messa alla prova, in favore di quello stesso istituto danneggiato dalla propria condotta antiggiuridica. È evidente l'intento retributivo/sanzionatorio (pena esemplare) sotteso a tale prescrizione.

La casistica relativa ai "*white collars crimes*" ha poi indotto la giurisprudenza di merito a creare dei parametri specifici per valutare la concedibilità delle misure alternative alla detenzione³⁴. Si è, infatti, dapprima privilegiato soluzioni di tipo "contrappassistico" (come nel caso sopra esaminato), in grado di collegare la prestazione riparatoria al reato

³² In dottrina, le istanze ispirate a considerazioni di giustizia riparativa si saldano con la constatazione, stigmatizzata dagli operatori giuridici, della sostanziale inefficacia delle misure alternative alla detenzione sotto il profilo della rieducazione e della riparazione delle conseguenze dannose del reato: «La pena espiata in affidamento è una pena ineffettiva», dato che la misura alternativa in questione è «una scatola vuota, priva di qualsiasi contenuto risocializzante»: così L. Monteverde, *Mediazione e riparazione dopo il giudizio: l'esperienza della magistratura di sorveglianza*, in *Minori e giustizia*, 2, 1999, pp. 87-98; il correttivo consiste «nel valorizzare le esigenze della vittima o delle vittime del reato (persona e collettività), inserendo nel verbale che accompagna la concessione dell'affidamento prescrizioni – suscettibili, se non adempiute, di comportare la revoca della misura – dirette a realizzare il risarcimento del danno o a consentire l'effettuazione, in caso di vittima indeterminata, di lavoro non retribuito a favore della collettività»: F. Della Casa, *Misure alternative ed effettività della pena tra realtà e prospettive*, in *Giust. Pen.*, II, 2001, pp. 65 ss.

³³ Si tratta del caso Rossanigo, deciso con l'ordinanza del Tribunale di sorveglianza di Torino del 15 ottobre 1997.

³⁴ Cfr. L. Scomparin, *Quale giustizia riparativa dopo la conclusione del processo?*, in *La legislazione penale*, 2, 2004, p. 406, che attribuisce la "reviviscenza" sul piano applicativo della prescrizione di cui al comma 7, art. 47 o.p. alla "crisi di identità e di ruolo delle misure alternative alla detenzione", dovuta anche al notevole incremento della criminalità dei *white collars* a partire dalla metà degli anni '90. L. Scomparin, *Quale giustizia*, cit., p. 406.

commesso, appagando le esigenze di riprovazione sociale, particolarmente avvertite in quel particolare momento storico per poi sviluppare alcuni ulteriori criteri: si è verificato se il soggetto avesse manifestato segni di respiscenza rispetto al reato commesso (Trib. sorv. Milano, ord. 3 aprile 1997, Pillitteri; Trib. sorv. Milano, ord. 27 maggio 1997, Tassan Din; Trib. sorv. Milano, ord. 23 luglio 1997, Cusani), o avesse compiuto una seria e reale revisione critica del comportamento, o prestatato un'attività lavorativa estranea all'ambito in cui era maturato il reato commesso, o ancora se avesse integralmente risarcito il danno (Trib. sorv. Milano, ord. 23 febbraio 1998, Ligresti; Trib. sorv. Milano, ord. 11 febbraio 1998, Schemmari).

La Cassazione, nel tentativo di porre dei limiti alla proliferazione di indirizzi orientati in senso francamente retributivo/risarcitorio, ha rilevato che ogni reato rappresenta manifestazione di "disadattamento sociale", quantomeno inteso quale insofferenza nei confronti dell'ordinamento e che la revisione critica del soggetto e l'effettuazione di attività a contenuto sociale non sono parametri decisivi su cui valutare la concedibilità o meno della richiesta misura. La Suprema Corte ha, altresì, osservato che la misura dell'affidamento in prova al servizio sociale, nata in un'ottica di applicazione a soggetti socialmente svantaggiati, ben può essere applicata anche nei confronti di soggetti "iperintegrati" (quali a es. i condannati di "tangentopoli"), poiché l'esigenza di rieducazione – intesa quale reinserimento sociale – è presente in rapporto all'una e all'altra categoria di condannati, essendo la violazione della legge penale ex se sintomo di un carente adattamento sociale³⁵.

La Corte regolatrice ha, inoltre, censurato la decisione del tribunale di sorveglianza che, pronunciandosi in relazione a condannato socialmente "iperintegrato", aveva stabilito che la misura richiesta avrebbe dovuto non soltanto garantire il recupero sociale del soggetto attraverso la sua piena respiscenza rispetto ai fatti commessi; ma soddisfare, altresì, il profilo risarcitorio della pena, attraverso manifestazioni di tipo altruistico che compensassero – appunto – il *vulnus* inferto dal condannato alla società. I supremi giudici hanno rilevato, nell'occasione, che la concedibilità della misura non presuppone affatto né il pentimento o la revisione critica del condannato rispetto ai reati commessi, né alcuna forma di manifestazione concreta di tipo riparatorio, essendo sufficiente che il tribunale accerti che la misura dell'affidamento in prova al servizio sociale possa svolgere meglio che la detenzione in carcere la funzione rieducativa della pena stabilita dall'art. 27 della Costituzione, sulla base dei dati dell'osservazione penitenziaria che evidenzino un'iniziale processo di modificazione dell'atteggiamento antisociale del condannato³⁶.

³⁵ Cass., Sez. I, 9 dicembre 1997, Armanini, *CED*.

³⁶ Cass., Sez. I, 5 febbraio 1998, n. 688, Cusani, in *CED* n. 21355. La successiva giurisprudenza di legittimità si è costantemente espressa nei medesimi termini: v. Sez. I, 25 ottobre 2007, n. 39474, Arnesano, in *CED* n. 237740. Giurisprudenza contrastante. Nello stesso senso, Cass., Sez. I, 9 luglio 2001, n. 30785, legiani, in *CED* n. 19606; Cass., Sez. I, 17 giugno 1998, n. 3572, Castellano, in *CED* n. 224571. *Contra*: Cass., Sez. I, 8 marzo 2001, n. 15098, Gammaidoni, in *CED* n. 218405; Cass., Sez. I, 15 febbraio 1995, n. 13456, Violante, in *CED* n. 218405; Cass., Sez. I, 15 novembre 2001, Paletti, in *CED* n. 45739; Cass., Sez. VI, 3 dicembre 2001, n. 72, Mogaadi Hassen, in *CED* n. 25671; Cass., Sez. I, 7 dicembre 2001, n. 102, Di Stasi, in *CED* n. 23462; Cass., Sez. I, 21 settembre 2004, Zampolini, in *CED* n. 37049. In tema cfr. F. Della Casa, *Affidamento al servizio sociale o (pura e semplice) "pay-back sanction"?* *Equivoci sul significato dell'art. 47 co.7 OP*, in *La legislazione penale*, 2, 2004, pp. 380 ss., e A. Ceretti, *Di Ciò, Giustizia riparativa e mediazione penale a Milano un'indagine quantitativa e qualitativa*, in *Rassegna penitenziaria e criminologica*, VI, 3, 2000, pp. 100 ss. Per una compiuta disamina della giurisprudenza della magistratura di sorveglianza in tema di prescrizioni e oneri risarcitori, si veda,

La dottrina maggioritaria ha condiviso l'orientamento espresso dalla Cassazione, pur partendo dalla diversa premessa che la previsione relativa alle prescrizioni dell'affidamento in prova è soggetta ai principi di legalità e tassatività, e che un'attenuazione di quest'ultimo principio potrebbe ammettersi soltanto, ex art. 27, comma 3, Cost., in quanto le prescrizioni siano funzionali all'assistenza e al reinserimento del reo, non già al controllo o ad una maggiore afflittività della misura³⁷.

Nonostante i reiterati pronunciamenti della Corte di legittimità, ancora oggi, è diffuso il lascito di questa eredità, e molti Tribunali di sorveglianza subordinano l'avvenuto risarcimento dei danni (o la promessa formale di farlo, resa a verbale) alla concessione dell'affidamento in prova al servizio sociale; altri disapplicano la disposizione del comma 7, art. 47 o.p.; altri ancora, all'opposto, l'interpretano quasi alla stregua di una condizione di ammissibilità della misura; altri, infine, prevedono lo svolgimento di attività di volontariato sociale sia nel caso di impossidenza economica sia nel caso di delitti che non hanno una persona offesa diversa dallo Stato oppure anche congiuntamente al risarcimento del danno, per conferire così un ulteriore contenuto al progetto di esecuzione penale esterna.

In altri termini, la prassi (analogamente a quanto accaduto nella attività giudiziaria del giudice di pace)³⁸, in una situazione di vuoto normativo sulle coordinate di fondo della giustizia riparativa, ha favorito l'emergere e il sedimentarsi di una giurisprudenza concentrata tutta sugli aspetti riparatori, quasi dimentica della – pur realizzabile – potenzialità più autenticamente riparativa dell'esecuzione della pena, trascurando la valenza della mediazione penale e privilegiando prassi di sapore transattivo, ispirate più al modello delle "reciproche concessioni" che a quello riparativo fondato sul reciproco ascolto e riconoscimento.

5. Prescrizioni riparative e affidamento in prova al servizio sociale.

Il principio fondamentale elaborato dalla giurisprudenza è quello per cui una prescrizione di "facere" o di "dare" può essere legittimamente inserita tra quelle che il soggetto ammesso all'affidamento al servizio sociale è tenuto a rispettare nella misura in cui siano idonee a favorire la manifestazione tangibile della volontà del reo di rispettare la legge e di eliminare – per quanto nelle sue possibilità – le conseguenze negative della propria condotta illecita.

volendo, F. FIORENTIN, *Riparazione e mediazione dopo il giudizio nel quadro dell'esecuzione penitenziaria e delle misure alternative alla detenzione*, in *La legislazione penale*, 2, 2004, pp. 389 ss.

³⁷ Così F. Bricola, *Le misure alternative alla pena nel quadro di una "nuova" politica criminale*, in *Pene e misure alternative nell'attuale momento storico*, Giuffrè, 1977, p. 398; in senso analogo G. Marinucci, *Politica criminale e riforma del diritto penale*, in G. Marinucci, E. Dolcini (a cura di), *Studi di diritto penale*, Giuffrè, 1991, p. 89.

³⁸ Il sistema del giudice di pace (d.lgs. 28 agosto 2000, n. 274 – Disposizioni sulla competenza penale del giudice di pace) è particolarmente ricco di istituti a finalità riparativa (conciliazione, mediazione, condotte riparatorie, particolare tenuità del fatto). Tra i più recenti contributi in materia, v. S. Dalla Bontà, E. Mattevi (a cura di), *Conciliazione, mediazione e deflazione nel procedimento davanti al giudice di pace. Esperienze euroregionali*, Università di Trento, 2020.

L'obbligo dell'affidato in prova di «adoperarsi in favore della vittima del suo reato» deve essere letto, in virtù della stessa collocazione di tale disposizione in seno all'ordinamento penitenziario e significativamente in materia di *probation*, nel senso che l'onere in esame costituisce una prestazione richiesta a carico del condannato in funzione rieducativa piuttosto che meramente risarcitoria in favore dell'offeso dal reato. Si tratta, in altri termini, di una assunzione di oneri restitutori che il condannato accetta, in sede di esecuzione della pena, quale manifestazione di condivisione delle regole concernenti l'ordinata convivenza sociale che egli ha violato con la commissione del reato, e quindi quale estrinsecazione della volontà del reo di reinserirsi pienamente nella società.

Posta questa premessa, sono emerse nella prassi numerose questioni applicative di incerta soluzione: se, sotto il profilo rieducativo possa ritenersi adeguata una prestazione riparativa formalmente espletata nei termini stabiliti dal giudice cui non corrisponda, tuttavia, una reale resipiscenza del reo e neppure l'effettiva introiezione del valore etico rappresentato dalla doverosità dell'obbedienza alla legge; in quali termini debba contemperarsi il diritto della vittima a non accettare contatti con l'agente ovvero prestazioni riparatorie da parte del medesimo – che potrebbero tradursi, dal punto di vista soggettivo della vittima, in una ulteriore *vulnus* (vittimizzazione secondaria) – con il diritto-dovere del condannato a adoperarsi concretamente in favore della persona offesa. Sorgono, inoltre, delicati interrogativi circa la legittimità dell'eventuale subordinazione della concessione, da parte del giudice di sorveglianza, dell'affidamento in prova al servizio sociale alla pregiudiziale offerta da parte del condannato di un compiuto progetto restitutorio e su quali obblighi possano essere concretamente posti a carico dei condannati ammessi all'affidamento in prova, in rapporto alla garanzia costituzionale di cui all'art. 23 della Costituzione (pericolo di vittimizzazione terziaria)³⁹.

Effettivamente, i commi 4 e 5 dell'art. 47, o.p., non prevedono alcuna limitazione relativamente al contenuto delle prescrizioni, se non quelle ricavabili dal sistema: il contenuto delle prescrizioni non può essere contrario alla legge e non deve rivestire carattere immotivatamente afflittivo, e deve essere, inoltre, finalizzato alla rieducazione del reo e/o ad evitare il pericolo di una sua recidiva⁴⁰. Prevenzione e rieducazione rappresentano, dunque, le coordinate normative che vincolano il contenuto precettivo delle prescrizioni che possono essere imposte dal tribunale di sorveglianza all'affidato⁴¹.

Il punto è, allora, se – a normativa vigente – la misura dell'affidamento in prova può legittimamente sostenere delle prescrizioni di natura riparativa o se, all'opposto, tali prescrizioni si pongano all'esterno del perimetro consentito. La risposta può essere trovata nella lettura combinata delle disposizioni dell'art.13, comma 3, o.p., e dell'art. 27, reg. esec., nel senso che ci troveremmo di fronte a disposizioni prive di significato sostanziale se non si ammettesse che i risultati del trattamento – finalizzati tra l'altro alla riflessione sulle possibili azioni anche riparative in favore della vittima del reato – non

³⁹ In questa prospettiva, i problemi più delicati emergono sul profilo della legittimità di prescrizioni che impongono un *facere* nei confronti di soggetti che non sono la vittima diretta o prestazioni in favore della collettività, trattandosi di prestazioni non espressamente previste dalla disposizione dell'art. 47, comma 7 Cost. Così anche L. Scomparin, *Quale giustizia*, cit., p. 410.

⁴⁰ Cass., Sez. I, 4 maggio 2001, Muccio, *CED*; Cass., Sez. I, 7 giugno 2001, n. 23218, Brighel, *CED*.

⁴¹ Così anche L. Scomparin, *Quale giustizia*, cit., p. 407, che pone appunto la questione della compatibilità di programmi riparativi con l'impianto dell'esecuzione penale, orientata al recupero sociale del condannato e dunque all'obiettivo rieducativo.

potessero e dovessero, per intrinseca coerenza del sistema, trovare un punto di sintesi nell'esecuzione penale, sia intramuraria che, a maggior ragione, nel caso di ammissione del condannato a forme di esecuzione della pena alternative alla detenzione. Del resto – come è stato acutamente osservato – presupposto implicito del percorso di revisione critica da parte del condannato è l'accettazione, il "riconoscimento" della vittima in quanto tale da parte del condannato⁴².

Guardando ora un po' più da vicino la disposizione del comma 7, art. 47, o.p., merita attenzione il significato che deve attribuirsi alla statuizione per cui l'offensore deve adoperarsi «in quanto possibile» «in favore della vittima del suo reato». Come è stato giustamente osservato⁴³, un approccio ispirato alla visione riparativa impone di valutare tale profilo sia nella prospettiva del reo, sia in quella della vittima.

Se ci si pone dal punto di vista del condannato l'«in quanto possibile» – peraltro clausola implicita in ogni prescrizione dell'affidamento, dal momento che *ad impossibilia nemo tenetur* – non può essere intesa come attenuativa della doverosità della prescrizione con riferimento alle sole possibilità economiche del reo di risarcire, in quanto il risarcimento materiale rappresenta solo uno dei mezzi attraverso cui il condannato può «adoperarsi in favore della vittima» e non esaurisce affatto – lo si notava in apertura della presente riflessione – la riparazione di tutte le conseguenze del reato. Considerata l'ampiezza semantica dell'espressione normativa in disamina, infatti, il tipo di riparazione possibile può esplicarsi mediante una qualsiasi forma di sostegno morale o materiale realizzabile nel caso concreto.

Si tratta di un profilo molto delicato e spesso sfuggente, il cui apprezzamento è affidato al giudice, chiamato a verificare, essenzialmente sulla base degli atti osservativi o della relazione sociale redatta dall' Ufficio per l'Esecuzione Penale Esterna (UEPE), se la disponibilità del condannato alla riparazione sia effettivamente accompagnata da una elaborazione interiore e al conseguente riconoscimento della vittima, ad evitare quindi che la pur offerta riparazione non si riduca ad una mera finzione, una sorta di "*do ut des*" dov'è essenziale rispettare non la vittima, ma le forme e i tempi "burocratici" fino alla "chiusura della pratica"⁴⁴. Un tale rischio è insito, in particolare, nel c.d. "sinallagma carcerario": nello scambio, cioè, tra la disponibilità da parte del condannato ad accettare il percorso trattamentale e l'eventuale percorso riparativo e la concessione dei benefici penitenziari, essendo ben possibile che «il consenso espresso dal detenuto sia spurio, utilitaristico, in quanto finalizzato alla riduzione della propria sofferenza (libertà o anticipazione del ritorno in libertà) e non di quella della vittima (con ulteriore sua vittimizzazione)»⁴⁵.

In una cornice siffatta si è andata sviluppando – soprattutto in relazione ai benefici penitenziari nei confronti dei *white collars* e dei condannati per delitti espressivi di violenza

⁴² Così L. Scomparin, *Quale giustizia*, cit., p. 408, che rileva, peraltro, come tale assunto sia messo in discussione dall'indirizzo giurisprudenziale che non correla la possibilità di accesso alle misure alternative all'intervenuta revisione critica del reo.

⁴³ Si veda sul profilo in esame estesamente G. Rossi, *Esperienze di giustizia riparativa nel procedimento di sorveglianza*, relazione tenuta al corso "Giustizia riparativa e processo penale: esperienze applicative nazionali e internazionali. Le prospettive della mediazione penale nell'ordinamento italiano", organizzato dal C.S.M., Roma, 1-3 marzo 2010.

⁴⁴ G. Rossi, *Esperienze di giustizia*, cit.

⁴⁵ Su tali profili e sui relativi rischi v. anche G. De Francesco, *Il silenzio e il dialogo*, cit., p. 14.

di genere – una casistica molto articolata, che solo con una certa difficoltà può essere sistematizzata e ricondotta ad alcune percepibili linee di tendenza.

Con riguardo ai “colletti bianchi”, in aggiunta a quanto già si osservava, merita ancora rilevare che la problematica connessa alla concreta scelta tra prescrizioni restitutorie di tipo risarcitorio (dazione pecuniaria in favore della vittima del reato, privata o istituzione pubblica) ovvero riparatorio (prestazione di attività a titolo di volontariato) ha una stretta dipendenza sia dalla accertata attuale possibilità materiale di adempiere del condannato, sia dalla concreta praticabilità di opzioni diverse in rapporto all’attualità di progetti di inserimento lavorativo a sfondo solidaristico presso enti pubblici o privati. Una tale opzione è, infatti, spesso influenzata dalla difficoltà di ricostruire la situazione economica-finanziaria del condannato, così che la imposizione di prescrizioni che implicano un’attività di tipo altruistico tiene luogo della compensazione monetaria del danno inferto dal condannato alla società.

Problematiche analoghe si pongono in tema di concessione delle misure alternative alla detenzione in rapporto a soggetti condannati per crimini sessuali, per maltrattamenti e *stalking*⁴⁶. Sotto il profilo compensativo, va segnalata, per tali delitti, la difficoltà di predisporre un progetto risarcitorio congruo, tanto per la difficoltà che spesso si incontra nell’ottenere la collaborazione della vittima (che comprensibilmente vive ogni occasione di contatto con l’agente in modo traumatico) quanto per la relativa carenza di precedenti o prassi consolidate⁴⁷.

A titolo esemplificativo, le prescrizioni di alcuni tribunali di sorveglianza impongono in casi simili dazioni a carattere pecuniario (eventualmente rendendo effettivo il risarcimento già statuito nella sentenza di condanna ovvero nel giudizio civile); prevedono progetti di inserimento lavorativo o scolastico della vittima a spese del condannato; autorizzano attività di volontariato presso enti o istituzioni pubbliche qualora la vittima rifiuti ogni proposta risarcitoria; prescrivono l’effettuazione per la persona affidata di percorsi o programmi per soggetti maltrattanti. Qualora dagli atti del procedimento emerga la circostanza che il reato è stato originato, anche solo in parte, dalla sussistenza di problematiche della sfera psichica, spesso viene, altresì, imposta all’affidato la frequenza presso centri di psichiatria in grado di intervenire con gli strumenti diagnostici e terapeutici idonei a prevenire la recidiva e a favorirne il reinserimento sociale.

⁴⁶ Cfr. S. Corti, *Giustizia riparativa e violenza domestica in Italia: quali prospettive applicative?*, in *Diritto penale contemporaneo*, 26 settembre 2018; E. Militello, *Giustizia riparativa, conflitti sociali e hate incidents. Come la restorative justice può contribuire a diminuire i crimini d’odio* (Restorative justice, social conflicts, and hate incidents: how restorative justice may help curb hate crimes), relazione alla Conferenza Internazionale “*Restorative approach and social innovation: from theoretical grounds to sustainable practices*”, Università di Padova, 8 novembre 2018, in *Cass. pen.*, fasc. 4, 2019, pp. 1686.

⁴⁷ Un’ulteriore limitazione all’espansione delle forme di giustizia riparativa nell’alveo dell’esecuzione penitenziaria è costituita dall’orientamento – di segno negativo – della Cassazione circa la valenza ai fini del giudizio sul recupero sociale del reo, di percorsi riparativi con vittima a-specifica, cioè in favore di soggetti che non siano la vittima del reato strettamente considerata (Cass., Sez. 1, 23 marzo 2021, n.19818, Vallanzasca, cit.).

Se ci si pone dall'angolo visuale della vittima, la possibilità che si realizzi una progettualità riparatoria è subordinata anche alla – nient'affatto scontata – disponibilità in tal senso della vittima. È, anzi, molto probabile che quest'ultima, a molti anni di distanza dai fatti e dopo avere affrontato la sofferenza del processo (ed essersi magari sentita solo un mezzo per l'accertamento della verità processuale), rifiuti ogni ulteriore coinvolgimento in contatti con l'offensore e con il sistema giudiziario, sia pure per finalità riparative. Si tratta di un aspetto per il quale non si è sviluppata tuttora una adeguata sensibilità, eppure è evidente che – mancando tuttora nell'ordinamento una disposizione in favore della vittima equivalente a quelle dettate nell'art. 47, comma 7 o.p. e nell'art. 27, reg. esec., per il reo – si palesa l'esigenza che l'istituzione pubblica prenda in carico anche della vittima, nei cui confronti è necessaria un'attività di informazione ma pure – se così si può dire – di "formazione" nella prospettiva del percorso riparativo.

De jure condendo è, dunque, necessario un "servizio neutrale" che si faccia carico del contatto con la vittima; delinea le modalità di approccio alla medesima; definisca quale sia il soggetto deputato ad attivarsi per verificare la "libera" volontà dell'offeso ad accettare una riparazione del danno sofferto o ad un eventuale incontro con il reo; individui l'operatore che può "agire" la mediazione, che di certo non può essere l'operatore penitenziario cui già compete, alla luce del già richiamato art. 27 reg. esec., la "preparazione" del reo nel percorso di responsabilizzazione e nella definizione di un progetto riparatorio "verso" la vittima. Quest'ultima – si è già detto – può essere attraversata da vissuti vendicativi e certo non è serena rispetto all'autenticità dell'azione ripartiva da parte dell'offensore e potrebbe quindi, a sua volta, senza una adeguata opera del mediatore, strumentalizzare il percorso ripartivo approfittando della posizione di forza rispetto all'imputato/condannato.

Sul piano operativo, tali rilevate criticità inducono a ritenere opportuna una distinzione anche formale nel corredo prescrizionale dell'affidamento in prova, così da distinguere e tenere separate la prescrizione riparatoria ex comma 7, art. 47, o.p. (che obbligatoriamente deve comparire nel corredo prescrizionale degli affidamenti in prova) e le eventuali prescrizioni che autorizzano l'esperimento di attività di giustizia riparativa.

6. Il conflitto con la finalità rieducativa: un timore infondato?

Un'ulteriore limitazione alla piena espansione della giustizia riparativa nell'alveo dell'esecuzione penitenziaria è costituita dalla diffidenza di molti magistrati di sorveglianza a veder accolte in seno al procedimento di sorveglianza le istanze degli offesi dal reato, per il timore che tale elemento possa nuocere alla finalità rieducativa e di recupero della persona condannata, obiettivo quest'ultimo che potrebbe essere ostacolato proprio dalla opposizione della vittima⁴⁸. Si parla, al proposito, del pericolo di

⁴⁸ Obiettivo, pare opportuno aggiungere, costituzionalmente imposto e non sacrificabile in nome di altri valori, neppure se costituzionalmente tutelati. In questa prospettiva, come ha anche recentemente affermato la Corte costituzionale con la sentenza 21 giugno 2018, n. 149, in *Diritto penale contemporaneo*, 7-8/2018, con nota di E. Dolcini, *Dalla Corte costituzionale una coraggiosa sentenza in tema di ergastolo (e di rieducazione del condannato)*, che scrive: «un'affermazione assai impegnativa, che colloca questa sentenza agli antipodi di quel filone giurisprudenziale e dottrinale che, in nome di una teoria polifunzionale eclettica della pena, riteneva che il fondamento giustificativo della pena stessa potesse essere offerto, indifferentemente, da questa o quella

“eccessi riparatori”, a loro volta possibile fonte di vittimizzazione terziaria, che è appunto quella di cui verrebbe a soffrire l'autore del reato⁴⁹.

Non è un timore infondato, se guardiamo all'esperienza statunitense del *Victim Impact Statements* (VIS), che potremmo tradurre come le dichiarazioni della vittima sull'impatto del reato. Si tratta, in sostanza, di dichiarazioni, scritte o orali, rese nel corso del processo che offrono alle vittime del reato o, nel caso di morte, ai loro parenti, l'opportunità di parlare del loro essere divenute vittime e dell'impatto che il reato ha avuto sulla loro vita. In alcuni Stati americani è permesso rendere tali dichiarazioni anche durante l'udienza per concedere il *parole*. In altri i VIS sono ammessi anche per i processi in cui può essere inflitta la pena di morte e tale procedura, dopo alcune pronunce di segno contrario, è stata infine ritenuta legittima dalla Corte Suprema degli Stati Uniti. La prassi dei VIS non è unitaria e alle dichiarazioni delle vittime viene accordata rilevanza diversa, anche se di esse il giudice deve comunque tenere conto, con la conseguenza che la imponderabile reazione dell'offeso o dei suoi congiunti di fronte al crimine può portare a valutazioni difformi e persino opposte in situazioni analoghe.

Vi è dunque molto da riflettere sulle modalità di coinvolgimento della vittima o dei suoi congiunti nella fase di esecuzione della pena e sugli strumenti per arginare il pericolo che, offrendo agli offesi la possibilità di influenzare la decisione del giudice relativa al percorso di recupero sociale dell'offensore, possano manifestarsi forme di ritorsione generate dal bisogno di vendetta per l'offesa patita⁵⁰.

Da un altro punto di vista sembra, tuttavia, che le diffidenze nei confronti di un ruolo attivo della vittima nella fase dell'esecuzione penale possano essere vinte, superando la concezione che considera il fatto-reato come vicenda statica, avvenuta in un certo momento storico e considerando, invece, che lo stesso fa nascere una relazione tra persone, vittima e reo, che può evolversi positivamente nel tempo, soprattutto se le due parti sono aiutate a muoversi in questa direzione⁵¹.

7. Le esigenze di una riforma organica della giustizia riparativa.

Pur in assenza di uno specifico quadro normativo di riferimento, si sono registrate alcune esperienze di giustizia riparativa anche in fase esecutiva, con ricadute significative per le vittime e per i rei, anche se si tratta di esperienze episodiche e diversificate su base

funzione della pena, senza riconoscere alcuna preminenza all'unica finalità della pena enunciata nella Costituzione».

⁴⁹ Sui potenziali rischi di un accesso non consapevole della vittima e del reo ai percorsi di giustizia riparativa v. in particolare G. Mannozi, *A ciascuno il suo dubbio: reo, vittima, pubblico ministero e giudice*, in *Quaderno di storia del penale e della giustizia*, n. 2, 2020, p. 270.

⁵⁰ Si rinvia per alcune interessanti riflessioni a M. Bouchard, *Sul protagonismo delle vittime*, in *questa rivista*, 2 aprile 2019.

⁵¹ In questa prospettiva, fondamentale sono le modalità di *engagement* «... le quali richiedono anche la presa in carico da parte dei mediatori delle emozioni delle persone coinvolte, come peraltro suggerito dalla Direttiva 2012/29/UE che ha istituito norme minime a tutela delle vittime» (G. Mannozi, *A ciascuno il suo dubbio*, cit. p. 271). Sulla diffidenza degli operatori nei confronti delle pratiche di giustizia riparativa, v. V. Bonini, *Le linee programmatiche in tema di giustizia riparativa: il quadro e la cornice*, in *La legislazione penale*, 2021, p. 22, che ascrive tale fenomeno essenzialmente alla mancanza di una disciplina normativa organica, che la riforma “Cartabia” si propone, infatti, di realizzare.

territoriale, anche per la disomogeneità della presenza nel territorio di centri di mediazione penale, pubblici o privati⁵².

Nella prassi si sono, comunque, riscontrate difficoltà nel passaggio dei dati acquisiti nel processo alle successive fasi dell'esecuzione e della sorveglianza. Tale criticità nasce dalla struttura stessa del processo, che separa nettamente la cognizione dai successivi autonomi procedimenti di esecuzione e sorveglianza⁵³. Il reperimento, la selezione e la circolazione dei dati resta, infatti, rimessa agli organi della esecuzione, con la conseguente inevitabile ricaduta sulla qualità del compendio istruttorio a disposizione del giudice della sorveglianza.

Deve, altresì, rimarcarsi la ancora poco diffusa sensibilità e la scarsa formazione specifica della magistratura, degli educatori penitenziari e degli assistenti sociali⁵⁴; manca un raccordo tra gli operatori del "sistema giustizia penale" e la società civile. La attuale carenza di strumenti normativi rende, inoltre, estremamente difficile l'interlocuzione diretta del giudice di sorveglianza con i servizi di assistenza alle vittime e i centri di giustizia riparativa perché tutti i flussi comunicativi avvengono tramite l'UEPE⁵⁵.

Dal punto di vista pratico vi sono, infine, grandi incertezze circa la titolarità dell'iniziativa per l'attivazione, nella fase esecutiva della pena, del percorso presso un centro di mediazione penale; sull'iter che debba seguire una eventuale richiesta di mediazione penale del condannato detenuto; sull'utilizzo nell'ambito delle decisioni della magistratura di sorveglianza dei percorsi di giustizia riparativa eventualmente effettuati, tenendo conto che comunque non si dovrebbe tenere conto di eventuali esiti negativi.

Anche quando si arrivi alla predisposizione di un progetto riparativo, del resto, è assai difficile, in sede esecutiva, effettuare una valutazione obiettiva sui rischi di vittimizzazione secondaria in rapporto ai benefici penitenziari che possono essere concessi all'autore del reato e agli eventuali percorsi di giustizia riparativa. Sia la polizia giudiziaria che i servizi di assistenza alle vittime sono, infatti, proceduralmente "distanti" rispetto al giudice di sorveglianza e manca quel necessario raccordo normativo che consenta alla magistratura di sorveglianza l'accesso alle valutazioni operate da tali organi circa i rischi di vittimizzazione secondaria⁵⁶.

⁵² Per una rassegna delle principali esperienze, si rinvia a P. Patrizi, G.L. Lepri, E. Lodi, B. Dighera, *Comunità territoriali riparative e relazionali*, in *Minorigiustizia*, Monografico "La giustizia che include. Un confronto transnazionale su giustizia e pratiche riparative", 1, 2016, pp. 81 ss.

⁵³ Le norme del regolamento di esecuzione dell'ordinamento penitenziario (artt. 27 e segg. D.P.R. 230/2000) prevedono che il fascicolo dell'esecuzione sia formato, sostanzialmente, con il solo estratto esecutivo della sentenza di condanna. Cfr. sul punto A. Caperna, *Le frontiere dell'esecuzione*, cit., p. 10.

⁵⁴ Emblematici, in questo senso, i risultati della ricerca promossa da *European Forum for Restorative Justice* (EFRJ) indicati da L. Hein, in *Per una giustizia riparativa accessibile a tutti: sfide europee e nazionali*, in occasione del corso "Dalla giustizia sanzionatoria alla giustizia riparativa" organizzato dalla Scuola Superiore della Magistratura, Napoli, 16 luglio 2021.

⁵⁵ Su tali profili, cfr. L. Castellano, *La giustizia riparativa e il necessario dialogo tra operatori: magistratura, avvocatura, mediatori, operatori del dipartimento per la giustizia minorile e di comunità*, relazione al corso "Dalla giustizia sanzionatoria alla giustizia riparativa" organizzato dalla Scuola Superiore della Magistratura, Napoli, Castel Capuano, 4-16 luglio 2021.

⁵⁶ Per alcune tipologie di reati, inoltre, vi sono specifiche criticità. A titolo di esempio, l'art. 48 della Convenzione di Istanbul vieta il ricorso alla mediazione obbligatoria a fronte di condotte violente rientranti nel campo di applicazione della Convenzione (es. violenza sessuale), con la necessità quindi di una mediazione

Emerge dunque la necessità di una riforma organica della giustizia riparativa⁵⁷.

8. De jure condendo: il volto della giustizia riparativa emergente dalla "riforma Cartabia".

Le proposte di riforma trasfuse nel testo normativo presentato al Parlamento dalla ministra Cartabia e già approvato dalla Camera potrebbero rappresentare un'occasione forse irripetibile per inserire a pieno titolo la giustizia riparativa nelle dinamiche del procedimento penale, benché – come spesso accade – questa annunciata "rivoluzione copernicana" nella prospettiva di tutela della vittima «rischia di poggiare su gambe molto fragili se il governo non si adopera per assicurare alle vittime di reato servizi riservati, gratuiti e competenti e, così, colmare uno dei più gravi "gap" rispetto agli altri paesi europei»⁵⁸.

La riforma in fase di approvazione, ispirata all'esigenza di dare piena attuazione alla Direttiva 2012/29/UE, pone l'attenzione sulla vittima quale soggetto giuridico offeso dal reato. Cambia, dunque radicalmente la prospettiva: la tutela dell'offeso non è più perseguita attraverso la tradizionale leva dell'inasprimento delle pene edittali, bensì prioritariamente attraverso la riparazione.

Limitando la prospettiva di analisi ai profili che maggiormente coinvolgono la materia dell'esecuzione penale, novità di rilievo – come si è già visto – è la compiuta definizione normativa la figura della "vittima del reato" quale soggetto distinto dalla persona offesa che modella così, per la prima volta nell'ordinamento italiano la definizione di "vittima", così come riportata dalla direttiva 2012/29/UE⁵⁹.

In secondo luogo, la riforma prevede l'introduzione di una disciplina organica della giustizia riparativa con le necessarie modifiche al codice penale, al codice di procedura penale, alla legge di ordinamento penitenziario e alle leggi complementari collegate sulla base di alcuni specifici criteri direttivi⁶⁰.

La riforma dovrebbe, inoltre, conferire impulso, sul piano operativo, alla costituzione di centri di giustizia riparativa sull'intero territorio nazionale nonché a individuare i requisiti ed il livello di formazione degli operatori (mediatori, facilitatori, ma anche soggetti che lavorano nei centri di prima accoglienza delle vittime) e di erogazione dei programmi di giustizia riparativa.

consensualmente accettata, con tutti i rischi che l'eventuale assenso della vittima non sia in realtà genuino ma frutto delle pressioni dell'aggressore. V. in tema F. Cassibba, *Le vittime di genere alla luce delle Convenzioni di Lanzarote e di Istanbul*, in *Vittime di reato*, cit., pp. 72 ss.

⁵⁷ Per una prospettiva riformatrice della fase esecutiva v. B. Galgani, *Il paradigma della giustizia riparativa in executivis: potenzialità negletta o utopia?*, in *Carceri: materiali per la riforma*, a cura di G. Giostra, in *Diritto penale contemporaneo*, 17 giugno 2015, pp. 205 ss. V. anche A. Ceretti, G. Mannozi, *Giustizia riparativa*, in G. Giostra, P. Bronzo (a cura di), *Proposte per l'attuazione della delega penitenziaria*, Univ. La Sapienza Roma, 2017, pp. 195 ss.; F. Palazzo, *Sanzione e riparazione all'interno dell'ordinamento giuridico italiano: de lege lata e de lege ferenda*, in *Studi in onore di Mauro Ronco*, Giappichelli, 2017.

⁵⁸ M. Bouchard, *Giustizia riparativa*, cit.

⁵⁹ V. nota 22.

⁶⁰ Cfr. l'art.1, comma 18, A.C. 2435, approvato dalla Camera dei deputati il 3 agosto 2021.

Un passaggio cruciale per il decollo della giustizia riparativa si giocherà sul versante della formazione dei mediatori/facilitatori collegate alle esigenze delle vittime di reato, in ragione sia della centralità di queste figure nelle dinamiche riparative, sia della minore attitudine e preparazione che gli operatori della giustizia penale hanno sviluppato sul profilo dell'accoglienza e del dialogo con la persona offesa⁶¹.

Altrettanto decisiva sarà l'organizzazione dei servizi di giustizia riparativa per consentirne l'operatività in modo uniforme sul territorio nazionale e rispondere al bisogno di riconoscimento di un "diritto di accesso" alla giustizia riparativa che non può incontrare limitazioni dovute a eventuali carenze organizzative. La disciplina di dettaglio dovrebbe, quindi, prevedere la realizzazione di strutture pubbliche, capillarmente diffuse, che operino eventualmente in sinergia con soggetti o centri privati accreditati⁶².

Tra i profili che potrebbero far emergere alcune criticità si segnala, in particolare, la stessa ampiezza dell'ambito di operatività della giustizia riparativa, che – nella prospettiva della riforma – non dovrebbe soffrire alcuna preclusione con riguardo alla tipologia e gravità dei reati commessi⁶³. Pur trattandosi di principio ineccepibile sul piano teorico, è, tuttavia, prevedibile che vi saranno, in concreto, notevoli difficoltà applicative con riguardo a particolari delitti (quali, in primo luogo, quelli di mafia e criminalità organizzata). In tali ambiti, infatti, appare particolarmente elevata la probabilità che si materializzino rischi di vittimizzazione reiterata quanto di vittimizzazione secondaria e, in

⁶¹ La formazione dovrebbe conformarsi agli standard elaborati nell'art. 24 della *Raccomandazione R(99)19 del Consiglio d'Europa* e delle indicazioni delle *Guidelines for a better implementation of the existing Recommendation concerning mediation in penal matters*, le quali specificano anche un elenco di materie in cui devono essere formati i mediatori (art. 20) e richiedono agli Stati di riconoscere l'importanza di stabilire criteri comuni per permettere l'accREDITAMENTO di centri di giustizia riparativa e di enti formatori (art. 21).

⁶² *De jure condendo*: possono prodursi criticità sul piano attuativo dovute alla confusione concettuale tra i servizi di giustizia riparativa e i servizi di assistenza alle vittime (c.d. "centri antiviolenza"). Questi ultimi sono previsti come obbligatori dalla Direttiva 2012/29/UE e come "servizi essenziali" per gli Stati membri in base al Piano strategico della Commissione europea sui diritti delle vittime (2020-2025). In Italia, l'unica rete di servizi di assistenza alle vittime sostenuta dallo Stato italiano è quella dei centri antiviolenza e nessun obbligo internazionale impone, per converso, la realizzazione di servizi di giustizia riparativa che sono invece oggetto di una Raccomandazione del 2018. Non appare, quindi, in armonia con il quadro normativo europeo fondare la disciplina della giustizia riparativa esclusivamente sulla Direttiva 2012/29/UE. A livello normativo, in ogni caso, dovrebbe essere chiarita la distinzione tra i due tipi di servizio, l'uno – quello riparativo – connotato dal pari rispetto delle parti, l'altro – quello di assistenza alle vittime – connotato dalle funzioni attribuite dalla Direttiva 2012 agli artt. 8 e 9: alla luce della Raccomandazione 2018 gli operatori dei centri di giustizia riparativa offrono «uno spazio neutro dove tutte le parti sono incoraggiate e supportate nell'esprimere i propri bisogni e nel vederli quanto più possibile soddisfatti»; secondo la Direttiva 2012 gli Stati membri devono garantire che le vittime abbiano «accesso a specifici servizi di assistenza riservati, gratuiti e operanti nell'interesse della vittima, prima, durante e per un congruo periodo di tempo dopo il procedimento penale». E ancora: per la Direttiva 2012 «si ricorre ai servizi di giustizia riparativa soltanto se sono nell'interesse della vittima» (art. 12 lett. a). Detto ciò, i due servizi dovrebbero operare in sinergia, anche attraverso l'implementazione – come suggerisce autorevole dottrina (M. Bouchard, *Giustizia riparativa*, cit.) – di Tavoli interistituzionali per la costruzione di una rete integrata di servizi per l'assistenza alle vittime di reato.

⁶³ Già nell'ambito degli *Stati generali dell'esecuzione penale*, istituiti dal Ministro della Giustizia nel 2015, il Tavolo 13 "Giustizia riparativa, mediazione e tutela delle vittime del reato" aveva elaborato una serie di proposte per allineare l'ordinamento penale italiano alle previsioni della Direttiva 2012/29/UE e, in particolare, per promuovere l'accesso alla giustizia riparativa in ogni stato e grado del procedimento. Quest'ultima indicazione è presente ora anche nella Raccomandazione CM/Rec (2018)8 (par. 6 e 19). La *ratio* è ravvisabile nel fatto che la possibilità di accedere a percorsi di giustizia riparativa dovrebbe essere offerta a tutte le vittime, senza distinzione in relazione al titolo di reato commesso.

tale ottica, si dovrà preliminarmente valutare attentamente l'ammissione del reo a percorsi di giustizia riparativa⁶⁴. In particolare per i responsabili di reati connessi al fenomeno mafioso si pone, inoltre, la questione dell'ammissibilità stessa ai percorsi riparativi laddove si voglia seguire il dettato prescrittivo della Direttiva 2012/29 che – tra le altre condizioni – prevede all'art. 12, lett. c) che l'autore del reato abbia «riconosciuto i fatti essenziali del caso», essendo evidente come tale preconditione ponga delle problematiche per i condannati che non abbiano collaborato positivamente con la giustizia, a meno che non si intenda la prescrizione europea come un onere di riconoscimento dei reati commessa dai contorni assai circoscritti⁶⁵. Al proposito, in sede attuativa sarà, quindi, necessario disciplinare attentamente il contenuto dei percorsi di giustizia riparativa in rapporto sia alle ipotesi di collaborazione "impossibile" o "inesigibile" sia, soprattutto, modulare in termini tecnicamente precisi i rapporti tra i progetti riparativi che è consentito attivare nel corso dell'esecuzione della pena e gli elementi che possono essere posti a sostegno della richiesta di benefici penitenziari in assenza di collaborazione con la giustizia, in seguito alla nota sentenza costituzionale n. 253/2019.

Più in generale, uno dei profili più delicati che il legislatore dovrà affrontare riguarda proprio il temperamento delle garanzie difensive fondamentali con la strutturazione dei percorsi di giustizia riparativa⁶⁶.

9. In conclusione.

L'idea fondamentale capace di infondere il necessario impulso all'ingresso della giustizia riparativa nella fase dell'esecuzione penale è quella per cui il reato deve essere trattato come una vicenda dinamica che ha inciso sulla relazione tra le parti, abbracciando una prospettiva non destinata immancabilmente a chiudersi con la sentenza di condanna.

Questa nuova prospettiva della giustizia penale dovrebbe indurre una riflessione più ampia sul ruolo degli operatori tutti del sistema penale (giudice, difensore, operatori

⁶⁴ La Direttiva 2012/29, art. 12, lett. a), dedicato alle garanzie della vittima nel contesto dei servizi di giustizia riparativa, stabilisce al proposito che: «si ricorre ai servizi di giustizia riparativa soltanto se sono nell'interesse della vittima, in base ad eventuali considerazioni di sicurezza»: a) si ricorre ai servizi di giustizia riparativa soltanto se sono nell'interesse della vittima, in base ad eventuali considerazioni di sicurezza, e se sono basati sul suo consenso libero e informato, che può essere revocato in qualsiasi momento; b) prima di acconsentire a partecipare al procedimento di giustizia riparativa, la vittima riceve informazioni complete e obiettive in merito al procedimento stesso e al suo potenziale esito, così come informazioni sulle modalità di controllo dell'esecuzione di un eventuale accordo; c) l'autore del reato ha riconosciuto i fatti essenziali del caso; d) ogni accordo è raggiunto volontariamente e può essere preso in considerazione in ogni eventuale procedimento penale ulteriore; e) le discussioni non pubbliche che hanno luogo nell'ambito di procedimenti di giustizia riparativa sono riservate e possono essere successivamente divulgate solo con l'accordo delle parti o se lo richiede il diritto nazionale per preminenti motivi di interesse pubblico».

⁶⁵ La Risoluzione ECOSOC 2002/12 prevede alla regola 8 che la vittima e l'autore devono normalmente raggiungere un accordo sui fatti essenziali del caso per la loro partecipazione al processo riparativo, in sintonia con quanto disposto dalla Raccomandazione 2018/8 al punto 30, ove si individua come «[p]unto di partenza per un percorso di giustizia riparativa» il «riconoscimento ad opera delle parti dei fatti principali della vicenda». Anche l'art. 12 della Direttiva 2012/29 colloca tra le condizioni di ingresso nel percorso riparativo che «l'autore del fatto [abbia] riconosciuto i fatti essenziali del caso», introducendo una differenza soggettiva di non poco conto, perché, a differenza delle altre fonti testé citate, esenta la vittima dal farsi parte attiva di tale operazione. Cfr. V. Bonini, *Le linee programmatiche*, cit., p. 27.

⁶⁶ Su tale profilo, v. V. Bonini, *Le linee programmatiche*, cit., pp. 23-25.

sociali, mediatori, facilitatori) e delle modalità del loro contatto con le vittime, con i rei e con le famiglie e comunità di appartenenza, nel senso che ognuno dei soggetti e degli organi che partecipano alla fase esecutiva della pena non dovrebbe intendere il proprio contributo limitato a logiche di accertamento del fatto, di esecuzione di un mandato professionale o dello svolgimento dell'incarico istituzionale di tutela dell'una o dell'altra parte per guardare, invece, alla complessiva vicenda penale.

Si tratta di un passaggio culturale fondamentale, che dovrebbe portare al superamento della logica tradizionale del rapporto vittima-reo, relegata ad una richiesta meramente punitiva o risarcitoria.

Il "salto" verso la giustizia riparativa deve, quindi, accogliere il concetto che la vittima è protagonista della vicenda penale, al pari dell'autore del reato. In questo assunto è, peraltro, implicito e, per così dire, naturale la previsione della partecipazione della vittima alla vicenda processuale. E in effetti molte fonti extranazionali già prevedono – come si è accennato – una tale possibilità.

Nel nostro sistema, tuttavia, l'ingresso della vittima nella fase di esecuzione e nei procedimenti di sorveglianza è spesso visto come una distopia del sistema e valutato con diffidenza (se non proprio con aperta contrarietà), poiché ritenuto – non del tutto infondatamente – un elemento in qualche misura alieno rispetto alla focalizzazione che quei procedimenti devono avere sul condannato, cioè sul soggetto da recuperare al consesso sociale.

La riforma dovrebbe guardare, allora, principalmente alla introduzione *ex novo* di sanzioni penali quali "modalità di esecuzione della condanna alternativa" sia alla pena tradizionalmente intesa, sia alle stesse misure alternative disciplinate dalla legge di ordinamento penitenziario: una sorta di *tertium genus* che si ponga in alternativa a profili retribuzionistici e correzionalistico-rieducativi per massimizzare, invece, l'obiettivo riparativo.

In tale prospettiva sarebbe, forse, opportuno tenere distinti i percorsi: alla giurisdizione di sorveglianza dovrebbe restare affidata la valutazione del recupero del reo; alla giustizia riparativa la cura del *vulnus* inferto con la commissione del reato.

Detto questo, e pur apparendo oggettivamente difficile la creazione, nel momento esecutivo tradizionale (misure alternative), di uno spazio autonomo da riservare in via principale alla giustizia riparativa, non è affatto impossibile immaginare forme di intersecazione di questi due ambiti, creando nella fase esecutiva un ecosistema favorevole allo sviluppo della *restorative justice*⁶⁷.

⁶⁷ In questa direzione pare, invero, andare anche la Raccomandazione del Consiglio d'Europa CM/REC (2018)8, laddove rileva l'importanza di incoraggiare il senso di responsabilità degli autori dell'illecito e di offrire loro l'opportunità di riconoscere i propri torti, ciò che potrebbe favorire il loro reinserimento, consentire la riparazione e la comprensione reciproca e promuovere la rinuncia a delinquere (8° del Considerando). Su tale profilo v. C. Mazzucato, *Tra il dire e il fare: sfide attuali e "crisi di crescita" della giustizia riparativa in Italia. Brevi riflessioni sulla giustizia senza ritorsione in un sistema penale ancora retribuzionistico*, in F. Tenorio Teagle (a cura di), *El sistema de justicia penal y nuevas formas de observar la cuestion criminal*, Inacipe, 2015, p. 310.

Sul piano concreto, nell'ambito dell'esecuzione della pena in forma di misura alternativa alla detenzione, si potrebbe pensare a prescrizioni riparative inserite nella cornice prescrizionale dell'affidamento in prova e della liberazione condizionale⁶⁸, restando fermo che la valutazione sull'esito delle misure deve avvenire esclusivamente sulla base del grado di reinserimento sociale del reo, non certo dell'esito della eventuale mediazione o del percorso riparativo. In tale ambito, inoltre, dovrebbe tenersi conto che non appare promettente la strada della mediazione c.d. "aspecifica", stante il mancato avallo della giurisprudenza⁶⁹.

Appare, altresì, necessario sviluppare la sinergia in fase progettuale ed esecutiva tra i centri di giustizia riparativa e gli UEPE, che dovrebbero poi "trasferire" il portato dell'esperienza riparativa nel contesto dell'esecuzione della misura alternativa: l'autore di reato che, con piena assunzione di responsabilità, comprenda pienamente l'impatto e la gravità del proprio comportamento costruisce, infatti, una solida premessa ad un'autentica evoluzione della personalità, funzionale a un'esecuzione della pena che tenda davvero al recupero sociale. Occorre, tuttavia, essere ben consapevoli che ciò non può avvenire sempre (ed è per tale ragione che non sarebbe condivisibile l'eventuale modifica normativa dell'art. 47, comma 7, o.p. che imponga come obbligatorio l'esperimento di percorsi di giustizia riparativa); né si può pensare che tali esperienze possano estendersi con le medesime modalità applicative a tutti i tipi di reato e a tutte le fattispecie concrete⁷⁰: i percorsi di giustizia riparativa possono coinvolgere anche il reo, se la vittima vuole, ma non è obbligatorio, talvolta nemmeno opportuno.

Bibliografia.

M. Bargis, H. Belluta (a cura di), *Vittime di reato e sistema penale*, Giappichelli, 2017;

V. Bonini, *Le linee programmatiche in tema di giustizia riparativa: il quadro e la cornice*, in *La legislazione penale*, 2021, p. 22;

M. Bouchard, relazione all'incontro di studio organizzato dalla Scuola Superiore della Magistratura sul tema: "*Giustizia riparativa e processo penale: esperienze applicative nazionali ed internazionali. Le prospettive della mediazione penale nell'ordinamento italiano*" Roma, 1 - 3 marzo 2010;

M. Bouchard, [Sul protagonismo delle vittime](#), in questa rivista, 2 aprile 2019;

M. Bouchard, *Giustizia riparativa, vittime e riforma penale. Osservazioni alle proposte della Commissione Lattanzi*, in *Questione Giustizia*, 23 giugno 2021;

⁶⁸ In sede di attuazione della riforma, si dovrebbe pervenire alla trasformazione delle attuali, variegata ipotesi di detenzione domiciliare in misure alternative dalla valenza anche riparativa; funzionalità, quest'ultima, a legislazione vigente difficilmente praticabile, così che s'imporrebbe un intervento di modifica dell'attuale art.47-ter, o.p. volta, in particolare, al superamento del troppo limitativo riferimento all'art. 284 c.p.p.

⁶⁹ V. Cass., sez. 1, 23 marzo 2021, n.19818, Vallanzasca, cit.

⁷⁰ Esprime tali riserve anche L. Scomparin, *Quale giustizia*, cit., p. 412, soprattutto con riguardo ai reati di natura sessuale o ai gravi reati contro la persona, ovvero nel caso di condizioni soggettive particolari, quali la tossicodipendenza o l'appartenenza del reo a nazionalità e cultura molto diverse da quelle della vittima.

- M. Bouchard, G. MIEROLO, *Offesa e riparazione*, Mondadori, 2005;
- F. Bricola, *Le misure alternative alla pena nel quadro di una "nuova" politica criminale*, in *Pene e misure alternative nell'attuale momento storico*, Giuffrè, 1977, p. 398;
- G. Canzio, *Le linee del modello "Cartabia". Una prima lettura*, in *Sistema penale*, 25 agosto 2021;
- A. Caperna, *Le frontiere dell'esecuzione penale tra inedite esperienze rieducative ed inefficienza del sistema - la giustizia penale riparativa*, relazione all'incontro di studio organizzato dal C.S.M. sul tema "Trattamento sanzionatorio tra magistratura di sorveglianza e giudice della cognizione", Roma, 2008;
- L. Castellano, *La giustizia riparativa e il necessario dialogo tra operatori: magistratura, avvocatura, mediatori, operatori del dipartimento per la giustizia minorile e di comunità*, relazione al corso "Dalla giustizia sanzionatoria alla giustizia riparativa" organizzato dalla Scuola Superiore della Magistratura, Napoli, Castel Capuano, 4-16 luglio 2021;
- F. Cassibba, *Le vittime di genere alla luce delle Convenzioni di Lanzarote e di Istanbul*, in *Vittime di reato*, cit., pp. 72 ss.;
- A. Ceretti, G. Mannozi, *Giustizia riparativa*, in G. Giostra, P. Bronzo (a cura di), *Proposte per l'attuazione della delega penitenziaria*, Univ. La Sapienza Roma, 2017, pp. 195 ss.;
- S. Corti, *Giustizia riparativa e violenza domestica in Italia: quali prospettive applicative?*, in *Diritto penale contemporaneo*, 26 settembre 2018;
- U. Curi, *I paradossi della pena*, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 2013, pp. 1074 ss.;
- S. Dalla Bontà, E. Mattevi (a cura di), *Conciliazione, mediazione e deflazione nel procedimento davanti al giudice di pace. Esperienze euroregionali*, Università di Trento, 2020;
- G. De Francesco, *Il silenzio e il dialogo. Dalla pena alla riparazione dell'illecito*, in *La legislazione penale*, 2021, pp. 6-7;
- M.V. Del Tufo, *Giustizia riparativa ed effettività nella Proposta della Commissione Lattanzi (24 maggio 2021)*, in *Archivio Penale*, n. 2, 2021;
- A. Della Bella, *Three strikes and you're out: la guerra al recidivo in California e i suoi echi in Italia*, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 2007, p. 832;
- F. Della Casa, *Misure alternative ed effettività della pena tra realtà e prospettive*, in *Giust. Pen.*, II, 2001, pp. 65 ss.;
- P. Di Lucia, L. Mancini (a cura di), *La giustizia vendicativa*, ETS, 2015;

E. Dolcini, *Dalla Corte costituzionale una coraggiosa sentenza in tema di ergastolo (e di rieducazione del condannato)*, nota a Corte costituzionale, sent. 21 giugno 2018, n. 149, in *Diritto penale contemporaneo*, 7-8/2018;

M. Donini, *Pena agita e pena subita. Il modello del delitto riparato*, in *Questione Giustizia*, 29 ottobre 2020, p. 6;

L. Eusebi (a cura di), *Una giustizia diversa*, Vita e Pensiero, Università Cattolica, 2015;

G. Fiandaca, *Note su punizione, riparazione e scienza penalistica*, in *Sistema penale*, 9 novembre 2020;

F. Fiorentin, *Riparazione e mediazione dopo il giudizio nel quadro dell'esecuzione penitenziaria e delle misure alternative alla detenzione*, in *La legislazione penale*, 2, 2004, pp. 389 ss.;

B. Galgani, *Il paradigma della giustizia riparativa in executivis: potenzialità negletta o utopia?*, in *Carceri: materiali per la riforma*, a cura di G. Giostra, in *Diritto penale contemporaneo*, 17 giugno 2015, pp. 205 ss.;

L. Hein, *Per una giustizia riparativa accessibile a tutti: sfide europee e nazionali*, in occasione del corso "Dalla giustizia sanzionatoria alla giustizia riparativa" organizzato dalla Scuola Superiore della Magistratura, Napoli, 16 luglio 2021;

G. Mannozi, *La giustizia senza spada*, Giuffrè, 2003;

G. Mannozi, *Sapienza del diritto e saggezza della giustizia: l'attenzione alle emozioni nella normativa sovranazionale in materia di restorative justice*, in *disCrimen*, 23 aprile 2020;

G. Mannozi, *A ciascuno il suo dubbio: reo, vittima, pubblico ministero e giudice*, in *Quaderno di storia del penale e della giustizia*, n. 2, 2020, p. 270;

G. Marinucci, *Politica criminale e riforma del diritto penale*, in Marinucci G., Dolcini E. (a cura di), *Studi di diritto penale*, Giuffrè, 1991, p. 89;

E. Mattevi, *Una giustizia più riparativa. Mediazione e riparazione in materia penale*, ESI, 2017;

C. Mazzucato, *Appunti per una teoria "dignitosa" del diritto penale a partire dalla restorative justice*, in *Dignità e Diritto. Prospettive interdisciplinari*, Quaderni del Dipartimento di Scienze Giuridiche, Università Cattolica del Sacro Cuore – sede di Piacenza, n. 2/2010, p. 108;

C. Mazzucato, *Tra il dire e il fare: sfide attuali e "crisi di crescita" della giustizia riparativa in Italia. Brevi riflessioni sulla giustizia senza ritorsione in un sistema penale ancora retribuzionistico*, in F. Tenorio Teagle (a cura di), *El sistema de justicia penal y nuevas formas de observar la cuestion criminal*, Inacipe, 2015;

C. Mazzucato, "Direttiva Vittime" e giustizia riparativa: problemi, sfide, prospettive, in Ceretti A. (a cura di), *La giustizia riparativa nelle politiche educative del Comune di Milano, Atti del convegno svoltosi a Milano il 16 maggio 2018*, Comune di Milano, 2019, pp. 197 ss.;

E. Militello, *Giustizia riparativa, conflitti sociali e hate incidents. Come la restorative justice può contribuire a diminuire i crimini d'odio* (Restorative justice, social conflicts, and hate incidents: how restorative justice may help curb hate crimes), relazione alla Conferenza Internazionale "Restorative approach and social innovation: from theoretical grounds to sustainable practices", Università di Padova, 8 novembre 2018, in *Cass. pen.*, fasc. 4, 2019, pp. 1686;

L. Monteverde, *Mediazione e riparazione dopo il giudizio: l'esperienza della magistratura di sorveglianza*, in *Minori e giustizia*, 2, 1999, pp. 87-98;

R. Muzzica, *Il ruolo della vittima negli istituti riparativi*, in *La legislazione penale*, 11, 2019, pp. 31 ss.;

F. Palazzo, *Sanzione e riparazione all'interno dell'ordinamento giuridico italiano: de lege lata e de lege ferenda*, in *Studi in onore di Mauro Ronco*, Giappichelli, 2017;

C.E. Paliero, F. Viganò, F. Basile, G.L. Gatta (a cura di), *La pena, ancora: fra attualità e tradizione. Studi in onore di Emilio Dolcini*, II, Giuffrè, 2018;

G.L. Lepri, E. Lodi, B. Dighera, *Comunità territoriali riparative e relazionali*, in *Minorigiustizia*, Monografico "La giustizia che include. Un confronto transnazionale su giustizia e pratiche riparative", 1, 2016, pp. 81 ss.;

P. Patrizi (a cura di), *La giustizia riparativa. Psicologia e diritto per il benessere di persone e comunità*, Carocci, 2019.

M. Pavarini, *Il grottesco della penologia contemporanea*, in Curi U., Palombarini G. (a cura di), *Diritto penale minimo*, Donzelli Ed., 2002, p. 281;

G. Rossi, *Esperienze di giustizia riparativa nel procedimento di sorveglianza*, relazione tenuta al corso "Giustizia riparativa e processo penale: esperienze applicative nazionali e internazionali. Le prospettive della mediazione penale nell'ordinamento italiano", organizzato dal C.S.M., Roma, 1-3 marzo 2010;

L. Scomparin, *Quale giustizia riparativa dopo la conclusione del processo?*, in *La legislazione penale*, 2, 2004, p. 406;

G. Tranchina, *La vittima del reato nel codice penale*, in *Cass. Pen.*, 2010, 11, p. 4053;

P.G. Zimbardo, *The Lucifer Effect: Understanding How Good People Turn Evil*, Random House, 2007 (trad. it. *L'effetto Lucifero. Cattivi si diventa?*, Cortina, 2008), su cui v. anche, in questa rivista, [l'intervista a Philip G. Zimbardo](#), 15 gennaio 2020.

Riflessione

— **Custodia cautelare e intelligenza artificiale: garanzie costituzionali contro gli automatismi di oggi e di domani**

Recensione del volume di P. Simón Castellano, *Justicia cautelar e inteligencia artificial. La alternativa a los atávicos heurísticos judiciales*, J.M. Bosch Editor, 2021

Pretrial detention and artificial intelligence: constitutional guarantees against the automatisms of today and tomorrow

Review of P. Simón Castellano's book, Justicia cautelar e inteligencia artificial. La alternativa a los atávicos heurísticos judiciales, J.M. Bosch Editor, 2021

di *Javier Dorado Ferrer**

* L'autore desidera ringraziare sinceramente il Prof. Dr. Mario Eduardo Maldonado Smith per le sue correzioni idiomatiche e per i consigli relativi al testo della recensione. Inoltre, eventuali errori sono di esclusiva responsabilità dell'autore della recensione.

Secondo l'Accademia Reale Spagnola, "automa" è, tra i diversi usi del termine, la persona che agisce senza riflessione. La definizione comporta un certo paradosso perché, secondo l'etimologia greca e latina del termine ("αὐτόματα" e "automata" rispettivamente), l'uso storico della parola, raccolto nella letteratura classica, era circoscritto alla macchina, all'ingegno o all'aggeggio che operava individualmente, emulando in un certo senso gli esseri viventi.

In questo modo, l'automatismo non è legato oggi, nel nostro immaginario, solo all'artificio come realtà contraria alla natura, ma si estende a quel processo che obbedisce ciecamente a una serie di regole.

Pertanto, il concetto non è esclusivo della tecnologia, ma è pienamente applicabile all'essere umano quando si comporta secondo la stessa logica. L'autore della monografia recensita non si lascia sfuggire questa osservazione, perché nel capitolo II ben afferma che gli esseri umani sono «automatici, ricorrenti, in misura maggiore di quanto possiamo pensare, nel nostro giorno per giorno, nelle nostre azioni quotidiane»¹.

Ebbene, la giustizia, e in particolare la giustizia cautelare che è oggetto di studio e riflessione in questo lavoro, è al bivio di dover rispettare la certezza del diritto e, allo stesso tempo, di non cadere nell'«automatismo apodittico»² operante in certi atti processuali di indubbia rilevanza costituzionale, secondo l'autore e la ricca dottrina scientifica che cita.

È proprio qui che dobbiamo fermarci e liberarci di certi apriorismi prima di continuare con la lettura, perché se abbiamo detto che l'automatismo si manifesta anche in un *hardware* di carne e sangue, il sospetto umanistico che ci risveglia quando sentiamo la congiunzione del concetto di giustizia e intelligenza artificiale dovrebbe anche essere evaporato o, almeno, relativizzato.

E dovrebbe essere relativizzato perché la critica deve concentrarsi sui processi formali che commettono o diventano ingiustizie, indipendentemente dal fatto che siano applicati da operatori legali umani o artificiali. Inoltre, come indica l'autore dell'opera, solo un illusionista può pensare che gli algoritmi non finiranno per assumere un certo ruolo nella magistratura, come sta già accadendo con lo strumento COMPAS nel mondo anglosassone, e che, infatti, è oggetto di analisi nella monografia.

Tuttavia, come l'autore avverte sottilmente nella citazione preliminare, delle macchine, piuttosto, dovremmo temere non la loro esistenza, ma un altro pericolo: che non finiscano per diventare dittatori: «Tu sei il mio creatore, ma io sono il tuo proprietario: obbedisci!»³. Frankenstein, come un mostro a cavallo tra l'Illuminismo e il Romanticismo, ci ha già messo in guardia dai limiti dell'intelligenza artificiale e dalle pretese deificate dell'umanità.

Fatte queste precisazioni, siamo meglio attrezzati per godere dello studio del Dr. Pere Simón, perché il lettore ha davanti a sé un'opera che non solo vanta qualità dottrinale da un punto di vista giuridico (quindi può essere letta con le relative formalità al tratto di

¹ P. Simón Castellano, *Justicia Cautelar e inteligencia artificial*, ed. Bosch, 2021, p. 115.

² *Idem*, p. 28.

³ *Idem*, p. 11.

note e riferimenti), ma può anche essere divorata in un'atmosfera rilassata di riflessione, come una sorta di saggio, per immergerci in una serie di questioni di cui nessuno può essere ignaro.

La monografia è divisa in tre parti: diritto e sistemi giuridici al bivio; custodia cautelare e intelligenza artificiale; e diritti tangibili, garanzie e controlli.

La prima sezione affronta il diritto dal contesto della quarta rivoluzione industriale (tecnologie dell'informazione e IA), ma lo fa da una posizione che evita gli estremi «apocalittici e integrati»⁴ a cui l'autore fa riferimento, citando Umberto Eco. Da questa prospettiva, che rivela la saggezza dei greci a non cadere negli estremi, l'autore non sfugge alle potenzialità delle nuove tecnologie, senza cadere nella trappola del discorso ingenuo, così di moda, degli oracoli dell'ottimismo digitale.

Per questo, chi sottoscrive le righe della monografia ci mette anche in guardia da certi pericoli della società digitale, dall'«iperpubblicità e iperaccessibilità dell'informazione»⁵, dalla cultura del «tatto» dell'immediatezza, dalle rivendicazioni dei diritti senza i loro corrispondenti doveri. A questo punto, l'autore ci invita ad affrontare questo fenomeno da una prospettiva multidisciplinare e colta, analizzando il diritto con buoni compagni di viaggio come sociologia, psicologia e filosofia, nonché altre discipline che ci permettono di avvicinarci all'oggetto di studio da una critica che arricchisce la riflessione giuridica. Tuttavia, l'autore non dimentica Jellinek e cita la necessità che, dopo tutto, «la legge sia raggiunta attraverso la legge»⁶, che è l'obiettivo finale della monografia.

A queste riflessioni preliminari, si aggiunge la necessità di affrontare il fenomeno dell'intelligenza artificiale dalla tesi secondo cui nulla può sfuggire ai suoi algoritmi, in modo che i giuristi non possano (o non debbano) guardare dall'altra parte. In questo modo, si considera se gli androidi o i sistemi tecnologici saranno in grado di emulare la sentenza giurisdizionale e, quindi, sostituire completamente il giudice. Non è una questione banale.

L'ipotesi dell'autore è che l'intelligenza artificiale non possa sostituire il giudizio giurisdizionale, ma possa integrarlo in modo che l'operatore legale possa allontanarsi dai limiti epistemologici dell'essere umano, vale a dire: l'«atavica euristica»⁷ a cui l'autore fa riferimento, tra cui l'intuizione distorta e l'automatismo «copia-incolla» nell'emissione di ordini di detenzione provvisoria.

Così, secondo l'autore, senza sostituirsi al giudice, l'intelligenza artificiale e le macchine:

«Possono supportarlo nel prendere decisioni che oggi sono formulate sulla base dell'esperienza e, necessariamente, hanno un germe soggettivo o valutativo, quando non sono formulate sulla base di emozioni, pregiudizi oppure opinioni, sia nella libera valutazione delle prove o in scenari specifici come la ponderazione di interessi

⁴ *Idem*, p. 23.

⁵ *Idem*, p. 35.

⁶ *Idem*, p. 26.

⁷ *Idem*, p. 96.

fondamentali in gioco quando decido la detenzione provvisoria della persona indagata o la liberazione condizionale del prigioniero»⁸.

Il lavoro inoltre non trascurava l'applicazione dell'intelligenza artificiale basata sui *Big Data*, poiché, come sottolinea l'autore, il cervello umano «non è in grado di valutare in decimi di secondo e prendere una decisione basata su variabili e probabilità, ma la macchina lo è»⁹. Ciò può avere benefici nelle forze dell'ordine, integrandolo con l'analisi predittiva servita dai *Big Data* quando lo standard deve tenere conto del contesto e dei dati empirici.

Un esempio di ciò, che costituisce l'oggetto principale e centrale della monografia, vale a dire la giustizia cautelare manifestata nell'istituto processuale della custodia cautelare, ci colloca già nella seconda parte del lavoro. Il Dr. Simón, che a questo punto della monografia ci ha già abituati alla riflessione multidisciplinare, ma senza perdere la precisione della specialità, ci avverte di alcuni fatti:

«... i giudici non operano nel vuoto. Non possono né dovrebbero. In effetti, nessun essere umano lo fa nelle sue azioni quotidiane. Ciò che accade all'estero ci condiziona, ci affligge e influenza il nostro processo decisionale. È quello che Kahneman (2014), su cui torneremo più avanti a breve, chiama l'effetto del contesto e i legami con l'affetto e l'emozione. O ciò che è stato, a suo tempo, brillantemente esposto da Chayes (1975), quando ci ha avvertito che il giudice non può agire isolato dall'ambiente sociale e le decisioni che prende nelle controversie di interesse pubblico sono il risultato di un dialogo naturale, permanente e inevitabile con altri elementi sociali e politici – accademici, stampa, potere esecutivo, il legislatore, le agenzie amministrative e il pubblico in generale»¹⁰.

A questo punto, siamo avvertiti di un fenomeno cronico, ma che viola gravemente alcuni principi dello stato di diritto, come il sovraccarico delle corti e dei tribunali, sovraccarico a cui il ramo esecutivo ha condannato la magistratura, promuovendo il "copia e incolla" nei *file* e nelle basi giuridiche, nonché altre scorciatoie che favoriscono l'automatismo a cui abbiamo fatto riferimento all'inizio di questa recensione.

La ricchezza della monografia si nutre anche della capacità di osservazione dell'autore, a cui un tempo ci hanno abituato l'antropologia e la letteratura realistica e naturalistica ottocentesca, ma quasi inesistente nell'evoluzione sconsiderata dell'iperdigitalizzazione della società dell'immediatezza. In questo modo, siamo avvertiti di:

«Una tendenza a due lati che ispira le nostre azioni fin dalla più tenera età. Ed è proprio quando osserviamo il comportamento dei nostri figli, i quali operano e pensano senza i limiti dei quadri concettuali che ci hanno autoimposto, che ci rendiamo conto di come e in che misura il processo decisionale umano sia condizionato da quelle due circostanze: stanchezza e *comfort* potrebbero essere alla base della maggior parte delle decisioni umane. Ancora una volta, nulla spiegherebbe perché il giudice potrebbe sfuggire alla premessa precedente»¹¹.

⁸ *Idem*, p. 37.

⁹ *Idem*, p. 39.

¹⁰ *Idem*, p. 115.

¹¹ *Idem*, pp. 115-116.

Queste condizioni, tra cui sono elencate le emozioni, l'ideologia, la memoria *prima facie*, la statistica (o «ciò che [rispetto ai giudici] ricordano e che viene in mente quasi automaticamente su casi precedenti»¹² secondo le teorie prospettiche degli psicologi Tversky e Kahneman), l'intuizione, la fatica, l'ancoraggio, ecc.: tutti questi pregiudizi euristici ed epistemologici sono limitazioni umane che potrebbero essere superate, o almeno diminuite, con l'aiuto e il complemento dell'intelligenza artificiale.

Più specificamente, la monografia si chiede come la pubblica accusa e il giudice istruttore adottino rispettivamente le istanze e le misure cautelari, nel contesto procedurale dell'articolo 505 della Legge Spagnola di Procedura Penale (LECrin), considerando che, come sottolinea l'autore, si verifica il seguente paradosso: l'istruttore deve decidere «senza operare nel vuoto – euristica, scorciatoie intuitive ed effetto del contesto – ma operando *stricto sensu* nel vuoto più completo – senza prove, senza conoscere tutte le variabili in gioco, a volte senza nemmeno aver ascoltato gli argomenti delle parti»¹³.

Considerando i limiti cognitivi degli operatori legali, l'autore si rivolge all'intelligenza artificiale giudiziaria per la valutazione del rischio. Nello specifico, viene studiato il *software* IAJVR e come può contribuire all'efficacia dei principi di idoneità, necessità e proporzionalità, perché come notato nel lavoro, questo tipo di tecnologia potrebbe eliminare qualsiasi «vestigia di affetto ed emozione nel processo decisionale, riducendo le pratiche basate sull'ancoraggio e l'adattamento, nell'automatismo del comodo e del pratico, oggettivando *stricto sensu*, con una percentuale reale, il livello di rischio che viene evocato e delimitato tenendo conto di tutte le variabili del caso specifico e dei suoi precedenti»¹⁴.

A questo punto l'autore riflette sull'importanza dei *database*, perché se sono di parte, lo sarà anche l'intelligenza artificiale. Ricordiamo il caso di Amazon¹⁵, in cui un algoritmo era responsabile di fare il lavoro delle risorse umane, basato sulla storia delle precedenti assunzioni. Il risultato è stato scoraggiante: la perpetuazione di un pregiudizio di genere nel reclutamento del personale.

Questo dovrebbe avvertirci che la valutazione del rischio di ripetizione criminale, fuga o distruzione di prove, come finalità costituzionalmente stabilite dal legislatore per giustificare misure provvisorie di privazione della libertà, ed effettuata dall'intelligenza artificiale, può rientrare negli stessi pregiudizi euristici a cui si fa riferimento nella monografia sull'intelligenza umana. Un *database* che non si sottrae ai pregiudizi sistemici che regnano nel nostro ambiente sociale, sia nei processi di raccolta e stoccaggio, che in quelli di elaborazione e trattamento dei dati, non può generare un'intelligenza artificiale utile come complemento alla giustizia, ma piuttosto uno scenario distopico per alimentare la letteratura di Huxley, Orwell, Bradbury o Dick.

¹² *Idem*, p. 116.

¹³ *Idem*, p. 121.

¹⁴ *Idem*, p. 131.

¹⁵ In questo caso, l'algoritmo incaricato di assumere aveva un pregiudizio di genere basandosi su un *database* di reclutamento storico, che a sua volta soffriva di questo difetto. Maggiori informazioni [a questo link](#).

Infine, la terza parte affronta le garanzie giuridico-costituzionali che devono essere prese in considerazione di fronte alle sfide tecnologiche, come il diritto di difesa e il principio della pubblicità procedurale. L'autore si chiede se il codice di sistema IAJVR debba essere pubblico. Indubbiamente, un problema simile è già stato oggetto di analisi da parte della dottrina scientifica, specialmente nel campo del diritto amministrativo, dove la pubblicità dei sistemi che prendono decisioni automatizzate è in attesa di giudizio al momento della stesura di queste righe (caso del sistema BOSCO).

In ambito penale, la conoscibilità, la pubblicità e la trasparenza del codice sorgente sollevano gli stessi problemi, anche se, come sottolinea l'autore, i requisiti in questa giurisdizione dovrebbero essere maggiori, soprattutto considerando l'entrata in gioco della segretezza del riassunto, senza dimenticare la recente dottrina costituzionale al riguardo (STC 83/2019, del 17 giugno). Pertanto, si conclude che la suddetta segretezza delle comunicazioni non dovrebbe coprire la segretezza del codice sorgente, tenendo conto dei requisiti costituzionali e normativi (tra gli altri, la direttiva 2012/13/UE, del 22 maggio, sul diritto all'informazione nei procedimenti penali).

La tesi qui difesa è di grande interesse, perché sebbene nel campo del diritto amministrativo la dottrina abbia evidenziato la collisione tra il principio di trasparenza e quello della proprietà intellettuale dei programmatori, in campo penale mantenere la segretezza su tutti questi dettagli del sistema IA significa, secondo l'autore, limitare il diritto di difesa dell'indagato «in cambio di nulla»¹⁶.

Seguendo questa linea di argomentazione, il Dr. Simon indica che una conclusione come quella raggiunta nella sentenza della Corte Suprema del Wisconsin in *Wisconsin v. Loomis*¹⁷ «è assolutamente impraticabile nel nostro modello, intuitivo per natura e definizione»¹⁸. E aggiunge:

«Che le decisioni giudiziarie possano basarsi in parte su valutazioni del rischio effettuate utilizzando strumenti attuariali digitalizzati o anche sistemi IAJVR, cioè, IA *stricto sensu*, commercializzati da società private, il cui funzionamento non è divulgato al pubblico o agli indagati o imputati perché considerato segreto aziendale, è una vera e propria aberrazione del sistema che restringe il diritto di difesa»¹⁹.

Come si può vedere, la monografia si nutre anche della giurisprudenza dei tribunali extracomunitari, analizzando così l'evoluzione della giustizia e l'impatto delle tecnologie dell'informazione con casi reali e attuali. Il lettore si trova di fronte ad un'opera completa che evita slogan, argomenti o semplificazioni, tanto più in un'epoca di bombardamento informativo, in cui siamo costantemente esposti a *webinar*, *post*, stampa digitale di rapido consumo, ecc. La monografia offre uno spazio sereno di riflessione a cui qualsiasi giurista del XXI secolo dovrebbe prestare attenzione.

¹⁶ P. Simón Castellano, *Justicia Cautelar*, cit., p. 170.

¹⁷ La sentenza (disponibile [a questo indirizzo](#)) ha confermato la legalità dello strumento COMPAS, senza apprezzare una violazione del *due process of law*.

¹⁸ P. Simón Castellano, *Justicia Cautelar*, cit., p. 170.

¹⁹ *Idem*, pp. 170-171.

Riflessione

— **Prisión provisional e inteligencia artificial: garantías constitucionales frente a los automatismos de hoy y mañana.**

Reseña del libro de P. Simón Castellano, *Justicia cautelar e inteligencia artificial. La alternativa a los atávicos heurísticos judiciales*, J.M. Bosch Editor, 2021

Pretrial detention and artificial intelligence: constitutional guarantees against the automatism of today and tomorrow

Review of P. Simón Castellano's book, Justicia cautelar e inteligencia artificial. La alternativa a los atávicos heurísticos judiciales, J.M. Bosch Editor, 2021

*de Javier Dorado Ferrer**

* El autor desea agradecer sinceramente al Prof. Dr. Mario Eduardo Maldonado Smith por sus correcciones idiomáticas y consejos con respecto al texto de la revisión. Además, cualquier error es responsabilidad exclusiva del autor del texto original.

De acuerdo con la Real Academia Española, «autómata» es, entre varios usos del término, la persona que actúa sin reflexión. La definición conlleva cierta paradoja porque, según la etimología griega y latina del término («*αὐτόματα*» y «*automāta*» respectivamente), el uso histórico de la palabra, recogido en la literatura clásica, estaba circunscrito a la máquina, ingenio o artilugio que operaba de forma individual, emulando en cierto sentido a los seres vivos.

De este modo, el automatismo no se vincula hoy, en nuestro imaginario, únicamente a la artificiosidad como realidad contraria a la naturaleza, sino que se hace extensivo a aquel proceso que obedece a una serie de reglas de forma ciega.

Así pues, el concepto no es privativo de la tecnología, sino que es plenamente aplicable al ser humano cuando este se comporta de acuerdo con la misma lógica. Al autor de la monografía reseñada no se le escapa esta observación, pues ya bien entrados en el capítulo II, afirma que los seres humanos somos «automáticos, recurrentes, en una mayor medida de lo que podemos pensar, en nuestro día a día, en nuestro actuar cotidiano»¹.

Pues bien, la justicia, y en concreto la justicia cautelar que es objeto de estudio y reflexión en la presente obra, se encuentra en la encrucijada de tener que respetar la seguridad jurídica y, al mismo tiempo, no caer en el «apodíctico automatismo»² operante en ciertos actos procesales de indudable relevancia constitucional, de acuerdo con el autor y la rica doctrina científica que cita.

Es aquí precisamente donde debemos detenernos y deshacernos de ciertos apriorismos antes de continuar con la lectura, pues si hemos dicho que el automatismo se manifiesta también en un *hardware* de carne y hueso, la suspicacia humanista que se nos despierta cuando escuchamos la conjunción del concepto de justicia e inteligencia artificial debería evaporarse o, al menos relativizarse.

Y debería relativizarse porque la crítica debe centrarse en los procesos formales que cometen o devienen en injusticias, con independencia de que sean aplicados por operadores jurídicos humanos o artificiales. Además, como indica el autor de la obra, solo un iluso puede pensar que los algoritmos no acabarán tomando cierto protagonismo en el poder judicial, como ya está ocurriendo con la herramienta COMPAS en el mundo anglosajón, y que es objeto de análisis en la monografía.

Sin embargo, como bien advierte de forma sutil el autor en la cita preliminar, de las máquinas, más bien, habría que temer no su existencia, sino otro peligro, esto es, que no acaben erigiéndose en dictadores: «Tu eres mi creador, pero yo soy tu dueño: ¡obedece!»³. Frankenstein, como monstruo a caballo entre la Ilustración y el Romanticismo, ya nos advertía de los límites de la inteligencia artificial y las pretensiones endiosadas de la humanidad.

¹ P. Simón Castellano, *Justicia Cautelar e inteligencia artificial*, ed. Bosch, 2021, p.115.

² *Idem*, p. 28.

³ *Idem*, p. 11.

Hechas estas aclaraciones, estamos mejor equipados para disfrutar del estudio del Dr. Pere Simón, pues el lector tiene ante sí una obra que no solo ostenta calidad doctrinal desde un punto de vista jurídico (por lo que puede leerse con las formalidades pertinentes a golpe de notas, apuntes y referencias), sino que también puede devorarse en un ambiente distendido de reflexión, como una suerte de ensayo, para sumergirnos en una serie de cuestiones a las que a nadie le puede resultar ajeno.

La monografía se divide en tres partes: el derecho y los sistemas jurídicos en la encrucijada; prisión provisional e inteligencia artificial; y derechos, garantías y controles tangibles.

La primera sección se aproxima al derecho desde el contexto de la cuarta revolución industrial (las tecnologías de la información y la IA), pero lo hace desde una posición que evita los extremos «apocalípticos e integrados»⁴ a los que hace referencia el autor, citando el consejo de Umberto Eco. Desde esta perspectiva, que revela la sabiduría de los griegos de no caer en los extremos, al autor no se le escapan las potencialidades de las nuevas tecnologías, sin caer en la trampa del discurso ingenuo, tan de moda, de los oráculos del optimismo digital.

Por ello, quien suscribe las líneas de la monografía también nos advierte de ciertos peligros de la sociedad digital, de la «hiperpublicidad y la hiperaccesibilidad de la información»⁵, de la cultura «touch» de la inmediatez, de las exigencias de derechos sin sus correspondientes deberes. En este punto, el autor nos invita a aproximarnos a este fenómeno desde una perspectiva multidisciplinar y culta, analizando el derecho con buenos compañeros de viaje como la sociología, la psicología y la filosofía, así como otras disciplinas que permiten aproximarse al objeto de estudio desde un criticismo que enriquece la reflexión jurídica. No obstante, el autor no se olvida de Jellinek, y cita la necesidad de que, al fin y al cabo, al «derecho se llega mediante el derecho»⁶, lo que constituye el fin último de la monografía.

A estas reflexiones preliminares, se le añade la necesidad de abordar el fenómeno de la inteligencia artificial desde la tesis de acuerdo con la cual nada podrá escapar a sus algoritmos, por lo que los juristas no pueden (o no deberían) mirar hacia otro lado. De este modo, se plantea si los androides o los sistemas tecnológicos podrán emular el juicio jurisdiccional y, así, sustituir por completo al juez. No es cuestión baladí.

La hipótesis del autor es que la inteligencia artificial no podrá reemplazar el juicio jurisdiccional, pero podrá complementarlo para que el operador jurídico pueda sustraerse a las limitaciones epistemológicas del ser humano, a saber: los «atávicos heurísticos»⁷ a los que hace referencia el autor, entre los que se encuentra la intuición sesgada y el automatismo de copia y pega a la hora de emitir autos de prisión provisional.

⁴ *Idem*, p. 23.

⁵ *Idem*, p. 35.

⁶ *Idem*, p. 26.

⁷ *Idem*, p. 96.

Así pues, de acuerdo con el autor, sin sustituir al juez, la inteligencia artificial y las máquinas:

«Sí pueden apoyarlo en la toma de decisiones que hoy se formulan en base a la experiencia y, necesariamente, tienen un germen subjetivo o valorativo, cuando no se formulan en base a emociones, sesgos u opiniones, ya sea en la libre valoración de la prueba o en escenarios tan concretos como la ponderación de los intereses fundamentales en juego a la hora de decidir la prisión provisional del investigado o la libertad condicional del preso»⁸.

La obra tampoco deja de lado la aplicación de la inteligencia artificial basada en macrodatos, puesto que, como señala el autor, el cerebro humano «es incapaz de valorar en décimas de segundo y tomar una decisión basada en las variables y probabilidades, pero la máquina sí»⁹. Esto puede tener beneficios en la aplicación de la ley, complementándola con la analítica predictiva servida de *Big Data* cuando la norma debe tener en cuenta el contexto y datos empíricos.

Ejemplo de ello, y que constituye el objeto principal y central de la monografía, a saber, la justicia cautelar manifestada en el instituto procesal de la prisión provisional, nos sitúa ya en la segunda parte de la obra. El Dr. Simón, que a estas alturas de la monografía ya nos ha acostumbrado a la reflexión multidisciplinar, pero sin perder la precisión de la especialidad, nos advierte de ciertos hechos:

«... los jueces no operan en el vacío. Ni pueden ni deben hacerlo. De hecho, ningún ser humano lo hace en su actuar cotidiano. Lo que sucede en el exterior nos condiciona, nos aflige y llega a afectar nuestra toma de decisiones. Es lo que Kahneman (2014), sobre lo que volveremos más adelante en breve, llama el efecto del contexto y enlaza con la afección y la emoción. O lo que fue, en su día, brillantemente expuesto por Chayes (1975), cuando nos advertía que el juzgador no puede actuar aislado del entorno social y las decisiones que este toma en los litigios de interés público son fruto de un diálogo natural, permanente e inevitable con otros elementos sociales y políticos –académicos, prensa, el poder ejecutivo, el legislador, agencias administrativas y el público, en general –»¹⁰.

Llegados a este punto, se nos advierte de un fenómeno crónico, pero que atenta gravemente contra ciertos principios del estado de derecho, como lo es la sobrecarga de los juzgados y tribunales, sobrecarga a la que el poder ejecutivo ha condenado al poder judicial, propiciando los *copy&paste* en los autos y fundamentos jurídicos, así como otros atajos que favorecen el automatismo al que hacíamos referencia al inicio de esta reseña.

La riqueza de la monografía también se alimenta de la capacidad de observación del autor, a la que antaño nos acostumbró la antropología y la literatura decimonónica realista y naturalista, pero ya casi inexistente en el irreflexivo devenir de la hiperdigitalización de la sociedad de la inmediatez. De este modo, se nos advierte de:

⁸ *Idem*, p. 37.

⁹ *Idem*, p. 39.

¹⁰ *Idem*, p. 115.

«Una tendencia bifronte que inspira nuestro actuar desde bien pequeños. Y es precisamente cuando observamos el comportamiento de nuestros pequeños, de nuestros niños, que operan y piensan sin los límites de los marcos conceptuales que nos han o nos hemos (auto) impuesto, cuando nos damos cuenta cómo y hasta qué punto condicionan la toma de decisiones humanas esas dos circunstancias: fatiga y comodidad bien podrían estar detrás de la mayoría de las decisiones humanas. Una vez más, nada explicaría que el juzgador pudiera escapar a la premisa anterior»¹¹.

Estos condicionantes, entre los que se enumeran las emociones; la ideología; la memoria y estadística *prima facie* (o «aquello que [respecto a los jueces] recuerdan y que les viene a la cabeza de forma casi automática sobre casos anteriores»¹² según las teorías prospectivas de los psicólogos Tversky y Kahneman); la intuición; la fatiga, el anclaje, ecc. Todo estos sesgos heurísticos y epistemológicos son limitaciones humanas que podrían verse superadas, o al menos disminuidas, con el concurso y complemento de la inteligencia artificial.

De modo más específico, la monografía se pregunta cómo el Ministerio Fiscal y el juez instructor adoptan las peticiones y medidas cautelares respectivamente, en el contexto procesal de la vistilla del art. 505 de la LECr, considerando que, como señala el autor, se produce la siguiente paradoja: el instructor debe decidir «sin operar en el vacío – heurísticos, atajos intuitivos y efecto del contexto– pero operando *stricto sensu* en el más completo vacío –sin pruebas, sin conocer todas las variables en juego, a veces sin tan siquiera haber escuchado los argumentos de las partes–»¹³.

Consideradas las limitaciones cognitivas de los operadores jurídicos, el autor aborda la inteligencia artificial judicial para la valoración del riesgo. En concreto, se estudia el software IAJVR y cómo este puede contribuir a la eficacia de los principios de idoneidad, necesidad y proporcionalidad, pues como se señala en la obra, este tipo de tecnología podría eliminar cualquier «vestigio de la afección y la emoción en la toma de decisiones, reduciendo las prácticas basadas en el anclaje y ajuste, en el automatismo de lo cómodo y práctico, objetivando *stricto sensu*, con un porcentaje real, el nivel del riesgo que se conjura y delimita teniendo en cuenta todas las variables del caso concreto y de sus precedentes»¹⁴.

En este punto el autor reflexiona sobre la importancia de las bases de datos, pues si estas son sesgadas, la inteligencia artificial también lo será. Recuérdese el caso de Amazon¹⁵, en la que un algoritmo se encargaba de hacer el trabajo de recursos humanos, basándose en el histórico de contrataciones anteriores. El resultado fue desalentador: la perpetuación de un sesgo de género en la contratación de personal.

¹¹ *Idem*, pp. 115-116.

¹² *Idem*, p. 116

¹³ *Idem*, p. 121.

¹⁴ *Idem*, p. 131.

¹⁵ En este caso, el algoritmo encargado de la contratación aplicaba un sesgo de género basado en una base de datos histórica de reclutamiento, que a su vez adolecía de este defecto. Más información sobre el caso [aquí](#).

Esto nos debe advertir de que la evaluación del riesgo de reiteración delictiva, fuga o destrucción de pruebas, como fines constitucionalmente establecidos por el legislador para justificar las medidas provisionales de privación de libertad, y llevada a cabo por la inteligencia artificial, puede caer en los mismos sesgos heurísticos a los que se hacen alusión en la monografía respecto a la inteligencia humana. Una base de datos que no se sustraiga a los prejuicios sistémicos que campan en nuestro entorno social, tanto en los procesos de recolección, almacenamiento, procesamiento como de tratamiento, no puede generar una inteligencia artificial útil como complemento a la justicia, sino más bien un escenario distópico para alimentar la literatura de Huxley, Orwell, Bradbury o Dick.

Por último, la tercera parte aborda las garantías jurídico-constitucionales que deben tenerse presentes ante los retos tecnológicos, como el derecho de defensa y el principio de publicidad procesal. El autor se pregunta si el código del sistema IAJVR debe ser público. Sin duda una problemática similar ya ha sido objeto de análisis por la doctrina científica, especialmente en el campo del derecho administrativo, donde la publicidad de los sistemas que toman decisiones automatizadas está pendiente de juicio al momento de redactar estas líneas (caso del sistema BOSCO).

En el campo penal, la cognoscibilidad, publicidad, y transparencia del código fuente plantea los mismos problemas, si bien, como señala el autor, las exigencias en esta jurisdicción deberían ser mayores, especialmente considerando la entrada en juego del secreto de sumario, sin olvidarse de la reciente doctrina constitucional al respecto (STC 83/2019, de 17 de junio). De este modo, se concluye que el mencionado secreto de las comunicaciones no debería abarcar el secreto del código fuente, tomando en cuenta las exigencias constitucionales y normativas (entre otras, la Directiva 2012/13/UE, de 22 de mayo, sobre el derecho a la información en los procesos penales).

La tesis defendida aquí es de sumo interés, pues si bien en el campo del derecho administrativo la doctrina ha señalado la colisión entre el principio de transparencia y el de propiedad intelectual de los programadores, en el campo penal mantener el secreto sobre todos estos detalles del sistema de IA, según el autor, supone laminar el derecho de defensa del investigado «a cambio de nada»¹⁶.

Siguiendo esta línea argumental, el Dr. Simón indica que una conclusión como la alcanzada en la sentencia del Tribunal Supremo de Wisconsin en el asunto *Wisconsin v. Loomis*¹⁷ «es absolutamente inviable en nuestro modelo, tuitivo por naturaleza y definición»¹⁸. Y añade:

«Que las decisiones y resoluciones judiciales puedan basarse en parte en valoraciones de riesgo realizadas mediante herramientas actuariales digitalizadas o incluso sistemas de IAJVR, es decir, IA stricto sensu, comercializadas por compañías privadas, cuyo funcionamiento no se revela al público ni al investigado

¹⁶ P. Simón Castellano, *Justicia Cautelar*, cit., p. 170.

¹⁷ [El fallo](#) confirmó la legalidad del instrumento COMPAS, sin apreciar una violación del *due process of law*.

¹⁸ P. Simón Castellano, *Justicia Cautelar*, cit., p. 170.

o acusado porque se considera un secreto de empresa, es una auténtica aberración del sistema que constriñe el derecho de defensa»¹⁹.

Como puede observarse, la monografía también se nutre de la jurisprudencia de órganos jurisdiccionales no comunitarios, analizando así el devenir de la justicia y el impacto de las tecnologías de la información con casos reales y actuales. El lector se halla ante una obra completa que rehúye de consignas, tópicos o simplificaciones, por lo que, en la era del bombardeo de información, en la que estamos constantemente expuestos a webinars, post, prensa digital de consumo rápido, etc., la monografía ofrece un espacio sereno de reflexión al que cualquier jurista del s. XXI debería prestar atención.

¹⁹ *Idem*, pp. 170-171.

Riflessione

— Il ruolo degli intellettuali contro la pandemia dell'ignoranza

Breve recensione del libro "Intellettuali" di Sabino Cassese*

The role of intellectuals against the pandemic of ignorance

Short review of the book "Intellettuali" by Sabino Cassese

di Francesco Provinciali

Abstract. La prima dote di un intellettuale è l'istinto esploratore, la seconda il sicuro possesso del passato, poi una funzione cosmopolita infine «l'intima dedizione al proprio compito e una grande probità»¹, potremmo chiamarla "rettitudine" poiché è requisito che si avvalora nei propri comportamenti e nel loro riconoscimento da parte degli altri.

Potremmo riunire queste precipue doti con una capacità che le riassume: quella di saper argomentare e di dialogare con tutti, favorendo in ciò la crescita culturale del singolo e della società.

Abstract. The first gift of an intellectual is the exploratory instinct, the second the secure possession of the past, then a cosmopolitan function and finally «the intimate dedication to one's

* Edito da Il Mulino, Collana "parole controtempo", 2021. Sabino Cassese insegna alla School of Government della Luiss ed è stato Ministro della Repubblica e Giudice della Corte Costituzionale. Scrive su *Il Corriere della Sera*, sul *Foglio*, e sul *Domenicale de "Il Sole 24 ore"*. Tra i suoi libri per il Mulino: *Governare gli italiani. Storia dello Stato* (2014), *Dentro la Corte. Diario di un giudice costituzionale* (2015), *Territori e potere. Un nuovo ruolo per gli Stati?* (2016), *La svolta. Dialoghi sulla politica che cambia* (2019). Per Solferino ha pubblicato *Una volta il futuro era migliore* (2021). Gli è stato assegnato il Premio del Presidente del "Viareggio Rèpaci" (2019).

¹ S. Cassese. *Intellettuali*, il Mulino, 2021, p. 25.

task and great honesty», we could call it “rectitude” since it is a requisite that is validated in their behavior and in their recognition by others.

We could combine these main qualities with a capacity that sums them up: that of knowing how to argue and dialogue with everyone, thereby favoring the cultural growth of the individual and of society.

Il libro di Sabino Cassese, eminente giurista, già Ministro e Giudice Emerito della Corte Costituzionale, non poteva forse trovare collocazione migliore di quella che la casa editrice Il Mulino gli ha riservato nella collana “parole controtempo”. E nell'*incipit* della sua opera l'autore riassume una formula che spiega perché egli abbia dedicato la sua riflessione al tema degli “intellettuali”, una tipologia metastorica di pensatori, che origina dagli esordi delle prime civiltà e conserva vivi ed attuali il suo ruolo e la sua missione:

«Se uno vale uno, l'uno vale l'altro, non c'è differenza tra il sapiente e l'ignorante»².

Ed è proprio nei “tempi bui” che si avverte l'assenza e insieme la necessità degli intellettuali, oltre a quella dei mezzi di cui possano avvalersi per farsi ascoltare. Non è necessario un tomo ponderoso al Prof. Cassese per esplicitare la sua argomentazione sul tema, gli sono sufficienti un centinaio di pagine ed una appendice ricca di citazioni bibliografiche che esprimono una cultura metabolizzata che apre ad una visione ampia della realtà.

Perché un vero intellettuale è innanzitutto una persona colta e desiderosa di conoscere e di sapere, requisiti necessari e prodromici per chi vuole spiegare, “disvelando” e illuminando.

In ciò si distingue dal ciarlatano che discetta di tuttologia senza radicati fondamenti e convincenti spiegazioni: una congerie che si è andata diffondendo nel corpo sociale per una molteplicità di fattori.

La semplificazione culturale, la perdita della memoria storica, la globalizzazione digitale che ha favorito un accesso indiscriminato a residui pseudoculturali fondati su luoghi comuni e dicerie impulsive dilaganti nel web, l'omologazione del “pensiero pensato” che circola e viene metabolizzato senza il discernimento del “pensiero pensante” e critico, in parte il fallimento del ruolo della scuola e poi la pluralità delle agenzie formative, l'avvento di una generazione di sedicenti esperti che dispensano saperi *fast food*, l'obsolescenza della tradizione come fonte ineguagliabile cui attingere: perché la cultura è sempre un mix di *ratio* e *traditio*, di cambiamento e di conservazione.

Le epoche di crisi e di smarrimento, e noi viviamo quella ereditata dalla deriva di inesorabile dissoluzione dell'identità che ha percorso tutto il '900, sono – come lamentava lo storico Johan Huizinga nel 1935 – caratterizzate da un «generale indebolimento del razocinio»³.

² *Idem*, p. 9.

³ J. Huizinga, *La crisi della civiltà*, Pgreco, 2012, p. 44.

L'intellettuale rischia oggi – come sempre nella storia – una marginalizzazione rispetto agli orientamenti culturali pervasivamente diffusi ed acriticamente assunti: quanto in ciò possa influire una politica miope e priva di lungimiranti ispirazioni Cassese non lo dice in modo esplicito ma lo lascia certamente intendere. Una società senza guida brancola nel limbo dell'indeterminato e lo spaesamento che da qualche decennio viviamo, sia esso determinato da una fluidità inafferrabile come descritto da Zygmunt Bauman⁴ o privo di approdi rassicuranti come iconicamente evocato nella rappresentazione del naufragio, riconsiderata da Hans Blumenberg come paradigma di una metafora dell'esistenza⁵, esprime sempre una condizione di precarietà.

Sabino Cassese, persona colta ed esso stesso fine intellettuale, ricco di esperienza e di *sapientia cordis*, ritiene necessaria una caratterizzazione epistemologica del ruolo, della funzione, dei compiti e della stessa ragion d'essere della figura dell'intellettuale, partendo da una dissimulazione di ciò che "non è".

Non l'aristocratico che si erge sugli altri, non il seguace di Epicuro che vive nascosto, non lo "specialista" disciplinare, né l'erudito per somma di cognizioni, non il narcisista che detta lezioni.

Quali sono dunque secondo Cassese i requisiti pertinenti ed utili a connotare questa figura umana?

La prima dote è l'istinto esploratore, la seconda il sicuro possesso del passato («camminiamo su orme e la vita è riempire di presente le forme mitiche originarie»)⁶, poi una funzione cosmopolita (il saper far dialogare "gli *hommes d'esprit*" come intuì Paul Valéry)⁷, infine «l'intima dedizione al proprio compito e una grande probità»⁸, potremmo chiamarla "rettitudine" poiché è requisito che si avvalora nei propri comportamenti e nel loro riconoscimento da parte degli altri.

Potremmo riunire queste precipue doti con una capacità che le riassume: quella di saper argomentare e di dialogare con tutti, favorendo in ciò la crescita culturale del singolo e della società.

Un fermo immagine concettuale che ricorda l'idea di educazione in Emile Durkheim, una capacità maieutica e una abilità ordinativa, di indirizzo, apertura, confronto, orientamento.

Nulla a che vedere con la platea degli opinionisti o degli *influencer* oggi prevalenti (e in ciò si giustifica il disagio degli intellettuali nel sentirsi spesso incompresi o sottostimati): se ne deduce che il loro valore si misura "dopo", nel tempo e nella lungimiranza dei temi e della loro trattazione.

⁴ Z. Bauman, *Vita liquida*, Laterza, 2008.

⁵ H. Blumenberg, *Naufragio come spettatore. Paradigma di una metafora dell'esistenza*, Il Mulino, 1985.

⁶ T. Mann, *Giuseppe e i suoi fratelli*, Mondadori, 1954, p.1041.

⁷ P. Valéry, *L'Europe et l'esprit. Ecrits politiques, 1896-1945*, a cura di Paola Cattani, Gallimard, 2020. Inoltre si consideri la recensione di tale testo a cura di Sabino Cassese in "Sole 24Ore - Il domenicale", 24 gennaio 2021.

⁸ S. Cassese, *Intellettuali*, cit., p. 25.

Uno scenario riscontrabile e tangibile nella pochezza culturale dei *talk show* televisivi, per non parlare del linguaggio e dei *social*, generalmente usati come contenitori dove svuotare le proprie irrazionali e irragionevoli pulsioni, un universo indeterminato e cangiante di apparenze effimere e virtuali, dove è più facile perdersi che ritrovarsi.

Come disse Mozart, «tutto è stato composto ma non ancora trascritto»: compete dunque agli intellettuali – che hanno una formazione accademica e alta e sono spinti dal desiderio di apprendere, misurare e commisurarsi – il compito di “saper leggere” le profondità nascoste, per farle emergere come beni comuni, sentieri culturali aperti che tutti potrebbero percorrere.

Il compito degli intellettuali è dunque quello di assumere il sapere e la conoscenza come doveri per “far trasparire” la visione più ampia delle cose: Sabino Cassese approfondisce questo concetto e lo arricchisce di ulteriorità. Un intellettuale deve innanzitutto «definire il significato dei concetti e delle parole»⁹, per stabilire una grammatica condivisibile, deve poi valorizzare il passato come fonte di conoscenza consapevole e ciò vale tanto per la filogenesi quanto per l’ontogenesi, suo compito è generare il gusto, l’illuminazione del sapere più che il fornire nozioni («non riempire il secchio ma accendere il fuoco», secondo la metafora di Plutarco ripresa da Rabelais)¹⁰, indi fornire spiegazioni e chiavi di lettura, favorire l’uso pubblico della ragione, deve infine agevolare la coesistenza di pensiero e azione, teoria e pratica, «innovando con modi nuovi gli ordini antichi»¹¹, in ultimo favorire i processi di universalizzazione della cultura mediante una visione cosmopolita della realtà.

Senza dimenticare che essere intellettuali per vocazione o per scelta è un dono che deve essere messo al servizio dell’umanità per insegnare soprattutto il metodo della riflessione e l’uso del pensiero critico come strumenti di nobilitazione della condizione umana: questo implica *in nuce* il possesso della necessaria umiltà, per evitare che il tutto sia colto come l’intenzione di impartire una lezione.

Viene in mente un’espressione usata da Sant’Agostino nel descrivere gli uomini di fede, cui competono responsabilità e doveri nei confronti del popolo dei credenti: usandola qui, in senso laico, essa vale per costoro ma a maggior ragione oggi ancor di più per i miscredenti, i negazionisti, i nichilisti in questa epoca di rimescolamento di valori, di intorbidamento della realtà e di preclusioni dogmatiche.

Potremmo dire con Sant’Agostino, dunque, che gli intellettuali sono come i “*montes*”, le montagne che sono le prime ad indicare e godere l’apparire, il sorgere del sole.

Cogliere per primi la luce e il calore assegna agli intellettuali un compito che contiene dunque una potenzialità espressiva straordinaria.

⁹ *Idem*, p. 49.

¹⁰ Plutarco, *L’arte di ascoltare (e di tacere)*, trad. di A. De Blasi, Garzanti, 2018; F. Rabelais, *Lettere Pantagrueliche*, a cura di E. Badellino, Archinto, 2007, p. 38. Si veda anche M. de Montaigne, *Saggi*, Bompiani, 2014.

¹¹ N. Machiavelli, *Il principe (1532)*, Rizzoli, 1991, p. 98.

Riflessione

— **Rei e Covid-19. Quando una pandemia contagia l'esecuzione penale**

Sinossi del volume*

*Offenders and Covid-19. When a pandemic infects the criminal execution**Synopsis of the book**di Aurora Barbari, Roberta Catania, Alessandra De Luca, Serena Nolano*

In che modo il Covid-19 ha cambiato la vita delle persone coinvolte nel mondo penitenziario? Quale sarà la nuova normalità all'interno delle carceri e nella realtà penale esterna?

Nel tentativo di rispondere a queste e ad altre domande, si sono intrecciati ricerca scientifica e riflessioni di professionisti. Questo incontro ha contribuito a presentare una panoramica di quanto vissuto da detenuti, familiari dei detenuti, operatori volontari, agenti di polizia penitenziaria, esperti psicologi e criminologi, avvocati, magistrati, direttori di istituti penitenziari, garanti delle persone private della libertà personale e altre figure. Un percorso diviso in nove capitoli e pregno non solo di dati, fatti e analisi di eventi concreti, ma soprattutto di interviste, dialoghi e sguardi al futuro, in un'ottica sperimentale e multidisciplinare.

Il primo capitolo è dedicato all'introduzione del concetto di pena, visto nelle sue diverse funzioni. Viene approfondita la funzione punitiva, social riparativa ed educativa. Nella seconda parte del capitolo vengono descritte più nel dettaglio le misure alternative

alla detenzione, dando modo al lettore di avere una panoramica generale sul funzionamento dell'ordinamento giudiziario e penitenziario italiano.

Nel secondo capitolo si effettua un'analisi socio-criminologica della società italiana nel corso dell'anno 2020, prendendo in considerazione le condotte devianti e criminali che hanno avuto un maggior incremento. Si procede poi con una prospettiva sociologica della realtà penitenziaria italiana, focalizzandosi sugli sconvolgimenti apportati dal Covid-19 negli istituti penitenziari e sulle misure che sono state attuate per arginare i contagi intramurali e nella società libera, illustrando l'atteggiamento della collettività esterna nei confronti degli individui privati della libertà personale.

Nel terzo capitolo vengono messi in luce gli interventi esterni, ottenuti dalle interviste effettuate a diverse figure professionali che a vario titolo ruotano attorno al mondo penitenziario. Le riflessioni hanno ad oggetto l'uomo, prima ancora che il detenuto. Si esamina la funzione del percorso rieducativo, l'impatto del Covid-19 sullo stesso e le relative conseguenze di un tempo percepito come "sospeso". Vengono poi affrontate criticità e difficoltà riscontrate sia dal punto di vista degli operatori che dal punto di vista umano del detenuto durante l'anno 2020. Il capitolo si conclude con un focus sulle strategie utilizzate e sulla problematica della recidiva.

Il quarto capitolo dedica una riflessione agli autori di reato il cui trattamento, già in regime di normalità, si differisce per specifiche necessità e bisogni, riflettendo in che modo tali individui sono stati influenzati dall'emergenza sanitaria del Covid-19. Vengono approfondite in particolare la tossicodipendenza, la malattia mentale, la disabilità, le patologie fisiche croniche e la genitorialità fra la donna rea e il figlio minore al seguito.

Nel quinto capitolo si è scelto di dedicare un'attenzione particolare alla categoria del detenuto minorenni. La riflessione si apre su come la legislazione italiana riservi a quest'ultimo una tutela e un percorso trattamentale differente. Si prosegue con l'analisi della situazione all'interno degli istituti penali minorili italiani soprattutto durante l'emergenza sanitaria del Covid-19 e che tipo di conseguenze abbiano subito le attività dei Tribunali per i Minorenni. Viene posto l'accento anche sulla figura dell'imputato minorenni, la cui applicazione di messa alla prova o una misura alternativa è stata condizionata dalla pandemia.

Nel sesto capitolo si invita ad una visione oltre i confini italiani. Nel primo paragrafo viene infatti presentata un'interpretazione dei fenomeni devianti e criminali rilevati su scala europea nell'anno 2020, nonché la strategia di contenimento dei contagi applicata alla collettività esterna e l'assetto penitenziario in condizioni ordinarie. Nel secondo paragrafo, il focus viene posto sulle regolamentazioni e le linee guida varate dall'Unione Europea per gestire l'emergenza sanitaria di Covid-19 all'interno degli istituti penitenziari degli Stati membri; vengono successivamente presentati i principali eventi critici avvenuti in alcune carceri europee e le riflessioni di professionisti dell'esecuzione penale dei suddetti Paesi.

Il settimo capitolo si pone l'obiettivo di entrare nel dettaglio delle strategie messe in atto da realtà assistenziali di alcuni Paesi europei per sostenere psicologicamente e materialmente i detenuti, gli ex detenuti e i familiari degli stessi durante la pandemia. In particolare, viene dato spazio a riflessioni di associazioni di volontariato penitenziario e professionisti del settore operanti nell'esecuzione penale di quei Paesi, tentando di individuare idee innovative e buone pratiche che potrebbero essere promosse anche nella realtà penitenziaria italiana.

L'ottavo capitolo presenta alcune associazioni di volontariato italiane già attive da tempo sul territorio, nonché nell'esecuzione penale interna ed esterna, atenzionando le peculiari caratteristiche visionarie che hanno permesso alle suddette associazioni di mettere in atto strategie innovative nell'assistenza dei detenuti durante la pandemia, essendo stata l'Italia, di fatto, il Paese europeo che ha per primo individuato le misure da adottare per la gestione dell'emergenza sanitaria.

Il capitolo conclusivo, alla luce delle riflessioni maturate, condivise e rielaborate precedentemente nell'intero volume, intende guardare al futuro con l'obiettivo di giungere, in una prospettiva longitudinale, al riconoscimento di un cambiamento già in essere. In un'ottica oggettiva, razionale e innovativa, si ritiene necessario porre l'accento sulle conseguenze negative e positive in cui la realtà penale e penitenziaria italiana si potrebbe ritrovare anche nel medio-lungo termine.

Opinione

— L'impatto del Covid sui minori con provvedimento penale

Alcune esperienze concrete nel carcere minorile e al tribunale per i minorenni

The impact of Covid on minors with a criminal measure

Some concrete experiences in juvenile prison and in the juvenile court

di Serena Nolano, Raffaele Bianchetti, Alessandro Rudelli

La presente intervista è destinata al volume di A. Barbari, R. Catania, A. De Luca, S. Nolano, *Rei e Covid-19. Quando una pandemia contagia l'esecuzione penale*, di prossima pubblicazione (per leggere la relativa sinossi, [clicca qui](#)).

Facciamo riferimento al Decreto Legislativo n. 121, il cosiddetto ordinamento penitenziario minorile, e al Consiglio di Disciplina previsto da tale norma: potete farci capire di cosa si tratta?

Alessandro Rudelli

Volentieri. Partiamo da una premessa a tutti certamente nota: nel 1975 è entrato in vigore l'ordinamento penitenziario disciplinato dalla Legge n. 354 che all'articolo 79 del Capo IV (*Disposizioni finali e transitorie*) disponeva espressamente che le norme ivi contenute dovevano applicarsi anche nei confronti dei minorenni sottoposti a misura penale fino a quando non si fosse provveduto con apposita legge.

Ovvero: già nel 1975 era evidente la necessità di differenziare il sistema penitenziario per gli adulti da quello che avrebbe dovuto caratterizzare il carcere minorile e le esecuzioni penali per i minorenni, tanto che per essi le norme dell'ordinamento penitenziario dovevano essere applicate soltanto in "via transitoria".

Bene: nel successivo Decreto del Presidente della Repubblica n. 230 del 30 giugno 2000 (*Regolamento recante norme sull'ordinamento penitenziario e sulle misure privative e limitative della libertà*) si prende atto che è intervenuto nel frattempo una specifica disciplina del processo penale a carico degli imputati minorenni (il D.P.R. n. 448 del 22 settembre 1988) e vengono di conseguenza assegnate alcune funzioni tecniche ai servizi della giustizia minorile, ma ancora nessuna differenza viene introdotta tra l'ordinamento penitenziario minorile e quello degli adulti. Rimangono indifferenziati gli istituti, le modalità e le stesse finalità dell'esecuzione penale.

Questa transitorietà annunciata nel 1975 dura la bellezza di 43 anni fino al 2 ottobre 2018, quando con il decreto legislativo n. 121 viene infine varato un testo specifico che disciplina l'esecuzione delle pene nei confronti dei minorenni.

Dopo una così lunga attesa, trova finalmente luce una normativa che si differenzia in modo radicale dall'ordinamento penitenziario degli adulti, assumendo in termini inequivoci la specificità della condizione evolutiva del minorenne?

Occorre dire che, per quanto siano state introdotte alcune differenze non trascurabili, il cosiddetto ordinamento penitenziario minorile non cambia radicalmente lo scenario d'applicazione rispetto a quello degli adulti. Alcuni commentatori hanno parlato di "occasione mancata", anche riferendosi alle aspettative che erano state poste nei lavori preparatori degli Stati Generali dell'Esecuzione Penale, con particolare riferimento alle proposte legislative avanzate dal Tavolo Tematico n. 5 dedicato ai minorenni autori di reato.

Senza analizzare evidentemente in questa sede la complessità del testo normativo, concentriamoci su quello che riguarda lo specifico del Consiglio di Disciplina negli Istituti Penali per i Minorenni previsto all'articolo 23 del predetto D. Lgs. 121/2018.

Innanzitutto: che cos'è il consiglio di disciplina? È quell'organo il cui procedimento è descritto all'articolo 81 del Regolamento Penitenziario (il già citato DPR n. 230/2000) composto dal direttore, da un educatore e da un professionista esperto nominato ai sensi dell'articolo 80 della Legge n. 354/1975 (professionisti in psicologia, servizio sociale, pedagogia, psichiatria e criminologia clinica dei quali si avvale l'amministrazione penitenziaria per lo svolgimento delle attività di osservazione e trattamento); organo deputato a valutare quale sanzione disporre in relazione ad un evento critico riferibile a un'infrazione al Regolamento dell'Istituto e al Regolamento Penitenziario commessa da un detenuto.

Cosa si intende per evento critico o a rilevanza disciplinare? L'articolo 77 del Regolamento Penitenziario dettaglia le tipologie delle infrazioni possibili e non può non essere colta immediatamente la varietà e l'ampiezza delle possibili azioni sanzionabili che vanno dalla negligenza nella pulizia della persona alla partecipazione a sommosse, dal gioco non consentito dal regolamento alla evasione.

Quindi notiamo che l'evento che può dare corso a un procedimento disciplinare prende avvio da una valutazione fortemente discrezionale ad opera del personale interno al carcere, siano essi gli agenti di polizia penitenziaria o gli educatori, a cui è attribuito il

compito di selezionare, nella molteplicità degli episodi potenzialmente sanzionabili, quel singolo episodio da segnalarsi per l'eventuale avvio di un procedimento.

Già qua è interessantissimo comprendere quali sono i fattori discriminanti che determinano la supposta rilevanza disciplinare di un evento critico non palesemente punibile per quanto in sé sanzionabile, escludendo quindi evidentemente gli eventi marcatamente contrari ad ogni regola di convivenza quali possono essere le sopraffazioni nei confronti degli altri detenuti o i danneggiamenti o il possesso di strumenti offensivi e via dicendo.

Cioè comprendere come mai se io ho un atteggiamento molesto nei confronti della comunità (infrazione disciplinare prevista al punto 4. del comma 1 articolo 77 del DPR 230/2000) in un caso posso essere considerato un simpatico rompiscatole e in un altro caso posso costituire un pericolo per l'ordine penitenziario.

Ciò detto, le infrazioni disciplinari possono essere valutate di un tenue livello di gravità tanto da potersi trattare direttamente dal direttore con un richiamo orale o un ammonimento scritto alla persona detenuta; oppure, a seguito di un'istruttoria interna al carcere la cui procedura e la cui tempistica sono regolate per legge, si ritiene che per tali infrazioni sia necessario convocare il consiglio di disciplina.

La differenza importante introdotta dal recente ordinamento penitenziario minorile (chiamiamolo così, tanto per semplificare) è la variazione nella composizione del consiglio di disciplina degli istituti Penali per i Minorenni, laddove al posto del componente esperto ex art. 80 è prevista la presenza di uno dei magistrati onorari addetti al tribunale per i minorenni designato dal Presidente (comma 2 art. 23 D. Lgs. 121/2018).

La domanda è: che cambia? Il giudice onorario minorile, per quanto equiparato nell'esercizio delle sue funzioni al giudice ordinario, è in fondo un professionista competente in materie psicologiche, criminologiche, socio-pedagogiche, neuropsichiatriche ed altre specializzazioni nel campo della minore età, in qualche modo quindi accostabile come formazione agli esperti ex art. 80.

Malgrado l'apparenza cambia invece molto perché entra nel consiglio di disciplina una istituzione quale è quella del tribunale per i minorenni in rappresentanza dell'autorità giudiziaria: il consiglio di disciplina esce quindi dal chiuso del perimetro carcerario.

La nomina di un operatore ex art. 80 fa riferimento al direttore del carcere che esercita alla fine un sostanziale controllo sui componenti del consiglio di disciplina, mentre l'ingresso di un magistrato introduce al principio della pluralità istituzionale.

In questo modo si dinamizza il consiglio di disciplina perché, anche grazie alla partecipazione della componente onoraria del tribunale per i minorenni, si favorisce la possibilità che lo sguardo si allarghi dall'evento critico a una dimensione più ampia e che prenda in considerazione il percorso di crescita del minore implicato nella vicenda disciplinare, andando a contestualizzare il fatto in una prospettiva propriamente evolutiva.

A partire dall'occorrenza dell'infrazione non si mette a tema soltanto l'ordine interno all'Istituto che è stato infranto da un detenuto indisciplinato, ma si mette a fuoco

la criticità di un percorso educativo che un ragazzo sta facendo in carcere e che, probabilmente, con l'evento critico sta segnalando una particolare difficoltà.

Ricordiamo quanto è espresso come principio fondante stesso del procedimento penale minorile: quando un minore fa un reato, questo è da leggersi come un sintomo, l'espressione disorganizzata di una domanda di aiuto.

Il compito del giudice minorile non è soltanto quello dell'accertamento della responsabilità penale dell'imputato, ma contestualmente e in maniera ancora più profonda è conoscere il minore come soggetto: quali sono i suoi bisogni, quali le sue esigenze educative, quali le figure di riferimento, quali gli interventi e le relazioni di aiuto che si possono mettere in campo perché a partire da quel fatto di reato possa andare a determinarsi un percorso di accompagnamento positivo alla crescita, senza che si produca la discriminazione etichettante: «Hai fatto quel reato, quindi sei un piccolo delinquente ed ora te la facciamo pagare così capisci subito che i più forti siamo noi».

Con la riformulazione nella composizione del consiglio di disciplina nel carcere minorile, vi è la chiara sollecitazione a salvaguardare questo approccio anche in quella sede.

Dagli adulti qual è l'attenzione? Il detenuto X ha commesso quel fatto, il consiglio di disciplina si riunisce, verifica che l'infrattore sia effettivamente responsabile e decide di conseguenza la sanzione. Il consiglio di disciplina per i minorenni non deve funzionare così.

Non deve esistere il detenuto X", ma "Antonio" con nome, cognome, storia, criticità e prospettive di crescita. Chi è Antonio? Che bisogni ha? Che progetti ha? Cosa sta facendo? Qual è il suo mondo? Che relazione ha avuto con gli adulti e quali quelle con gli operatori che gli stanno attorno in carcere, con gli agenti, con gli educatori, con lo psicologo? Qual è la sua posizione giudiziaria? Quali le sue consapevolezza, le sue aspettative? E via via domandando.

Tutto questo deve andare poi a orientare una decisione che, trattandosi di consiglio di disciplina, prevede anche delle sanzioni, ma che si configura all'interno di un senso che non è quello del meccanismo punitivo puro e semplice.

Dal punto di vista sanzionatorio, quali provvedimenti può adottare il consiglio di disciplina nel carcere minorile?

Raffaele Bianchetti

Possono essere applicati tre tipi di sanzione:

1. un'attività diretta a rimediare al "danno" cagionato, che può anche esprimersi ad esempio in un percorso di mediazione nel caso in cui ci sia stato un conflitto con un altro soggetto;
2. l'esclusione dalle attività ricreative per non più di dieci giorni;
3. l'esclusione dalle attività in comune per non più di dieci giorni.

Non c'è un automatismo che associa la scelta della sanzione alla tipologia del fatto commesso a rilevanza disciplinare, ma deve essere fatta una valutazione in concreto sulla base di un approfondimento della situazione complessiva nei termini che sono stati precedentemente indicati.

A questo proposito, occorre considerare che la variazione nella composizione del consiglio di disciplina minorile non è stata accompagnata da una significativa differenziazione dell'intero sistema penitenziario minorile da quello ordinario, pur essendo state introdotte specifiche norme che lo caratterizzano, e questo crea qualche problema.

Ad esempio, come è noto negli istituti penali per i minorenni gli agenti di polizia penitenziaria devono svolgere, oltre che attività di custodia e di sorveglianza, anche attività educativa. Per conciliare questi compiti essi devono muoversi con equilibrio e delicatezza all'interno del contesto carcerario in cui operano che, non sempre, è adeguato ed idoneo a realizzare quanto previsto, in astratto, dalle norme; inoltre, essi devono essere effettivamente disposti a lavorare in tal senso, per costruire una cultura carceraria "nuova" e per certi versi differente da quella "ordinaria" dentro la quale lo stesso concetto di disciplina – e del correlato consiglio di disciplina – assume una concezione diversa.

In altre parole, è necessario disancorare il consiglio di disciplina dall'idea che esso sia una sorta di "commissione punitiva" di stampo retributivo. Occorre pervenire ad una "nuova" formulazione dello stesso, che contempra anche finalità di tutela, cura e trattamento educativo.

Non: «hai fatto quell'infrazione e ora il consiglio di disciplina te la farà pagare», ma: «sei responsabile di un evento negativo che segnala una tua condizione di criticità, nel consiglio di disciplina si cercherà di comprenderne le ragioni per dare una risposta, anche nella forma sanzionatoria, che possa aiutare la ripresa di un percorso evolutivo».

Ecco, questo è un passaggio straordinario di cambiamento culturale che, ovviamente, non si determina attraverso la mera applicazione di una norma di legge, ma che prevede un lavoro collettivo ampio e complesso che coinvolge inevitabilmente una pluralità di attori: educatori, agenti di polizia penitenziaria, direttore del carcere, operatori dei servizi socio-sanitari, magistrati del tribunale per i minorenni e via dicendo.

Le faccio un esempio per comprendere meglio quanto appena detto. Quando si dispone la sanzione disciplinare dell'esclusione dalle attività in comune, la più severa che si possa applicare, questa sanzione negli istituti penitenziari per gli adulti è ordinariamente interpretata nella forma dell'isolamento, ovvero nella esclusione del detenuto dai contesti relazionali, la cui esecuzione, trattandosi di una misura fortemente afflittiva, è condizionata per legge ad un preventivo accertamento sanitario.

Questa equiparazione non deve essere mutuata nel carcere minorile perché una cosa è l'esclusione dalle attività in comune e un'altra cosa è l'isolamento o l'esclusione dalla vita in comune.

Le *Linee di indirizzo* emanate il 15 gennaio 2020 dal Dipartimento per la Giustizia Minorile e di Comunità per fornire indicazioni applicative al D.Lgs. 121/2018 sono molto chiare al riguardo: «La sanzione disciplinare della esclusione dalle attività deve, qualora

possibile, prevedere la non interruzione dei percorsi formativi, scolastici e del diritto di culto anche attraverso il coinvolgimento dei volontari».

Vuol dire che bisogna aprirsi ad una considerazione articolata di quella che è la vita all'interno di un istituto penale per i minorenni e che bisogna riuscire a capire il valore che hanno le relazioni dei ragazzi con i pari e con gli adulti, il valore che ha il loro coinvolgimento in impegni formativi o professionalizzanti, il valore che ha il rapporto con gli educatori e con gli operatori; salvo nel caso in cui non si determini una situazione così grave da richiedere esplicitamente un isolamento della persona a tutela sua o degli altri, anche la sanzione della esclusione dalle attività in comune deve trovare una sua formula d'applicazione affinché questa sia in grado di incentivare positivamente il ragazzo e non di "neutralizzarlo".

Avete fatto riferimento alla particolare afflittività dell'isolamento se applicato a minorenni e giovani. Il *lockdown* ha imposto a tutti severe regole di distanziamento sociale e per certi versi di isolamento vero e proprio. Per quello che avete visto, come è stata vissuta questa fase di emergenza dai ragazzi detenuti?

Alessandro Rudelli

L'irruzione del *lockdown* ha determinato una condizione di evidente, manifesta e profonda preoccupazione sia per sé che per i famigliari, con i quali i colloqui si sono trasferiti rapidamente nella esclusiva modalità "da remoto".

All'ingresso in istituto penale ogni ragazzo era collocato in isolamento sanitario precauzionale per 14 giorni, così come previsto con le disposizioni di contrasto alla pandemia valide sia per i maggiorenni che per i minorenni.

Questo isolamento sanitario è stato applicato evidentemente anche ai ragazzi che facevano il loro ingresso in "Beccaria" per la permanenza massima di un mese a seguito dell'aggravamento della misura cautelare del collocamento in comunità, così da determinare una condizione nella quale il ragazzo entrava in carcere, faceva 14 giorni di isolamento e dopo ulteriori due settimane di inattività rientrava in comunità dove era nuovamente sottoposto ad isolamento precauzionale. Un circuito di disattivazioni davvero pesantissimo, seppur determinato da aspetti di tutela sanitaria dei singoli e della collettività.

Per tutti i ragazzi detenuti ci sono state importanti fratture nella continuità dei percorsi: sono state interrotte le formazioni professionali, la scuola, il teatro e gli spazi di socialità. I colloqui psicologici e gli accompagnamenti educativi sono stati fortemente ridotti, mantenendo solo quelli ritenuti urgenti ed indifferibili.

Le presenze degli operatori esterni, dei volontari, dei professionisti della salute, ma anche del personale educativo interno si sono ridotte ai minimi termini. Una desertificazione ambientale.

Fare il colloquio educativo o psicologico con la mascherina, per quanto necessario in termini di "protezione", produce una sottrazione nell'intensità di relazione: la mascherina

nasconde e depotenzia introducendo un distanziamento vissuto come artificioso e nel quale ci si può nascondere o sottrarre.

I consigli di disciplina fatti in Beccaria nel periodo del *lockdown* Fase 1 hanno segnato emotivamente tutti i partecipanti: i ragazzi, gli educatori, la direzione, il magistrato onorario, gli agenti presenti nelle sezioni. Tutti nascosti dietro le mascherine, alle quali ora ci siamo quasi abituati ma che allora costituivano un vero e proprio travisamento mai immaginato prima, tutti indossando guanti monouso, tutti a precauzionale distanza, sempre con le finestre spalancate a prescindere dalle condizioni meteorologiche. Ad un certo punto sono stati adottati anche i divisori in *plexiglass*.

Ecco: è stato difficilissimo mantenere in quelle condizioni le attenzioni, le prossimità, le propensioni all'ascolto delle quali si è detto sinora, mentre tutto spingeva verso l'espletamento "amministrativo" di una funzione squisitamente sanzionatoria. Devo dire che alla inevitabile rarefazione della comunicazione verbale ha fatto come da contraltare una maggior cura nell'intercettare la comunicazione degli sguardi, nella quale si è cercato comunque di cogliere se c'era comprensione di quello che si stava facendo od ostilità od indifferenza o domanda di aiuto od altro ancora.

Potete farci capire concretamente come sono stati vissuti i consigli di disciplina?

Alessandro Rudelli

Faccio un esempio che illustra bene il clima emotivo che si è vissuto: un ragazzo piangeva, si disperava in cella, non si dava pace, piangeva e piangeva inconsolabile. Alle ripetute richieste degli agenti sul perché piangesse e cosa fosse successo, ad un certo punto il ragazzo è sbottato: «Mia mamma ha il Covid!».

Allora c'è stato tutto un moto di allarme e di protezione: «Tua mamma ha il Covid? Oh, adesso vediamo, sentiamo, chiamiamo... Stai tranquillo». C'è stato tutto un concentrarsi di attenzioni su di lui che hanno distolto dall'ordinario funzionamento della vita all'interno dell'istituto.

Poi sono state fatte tutte le verifiche e la mamma non solo non aveva il Covid, ma non aveva mai detto al figlio di averlo e neanche mai aveva avuto il sospetto di poterlo avere. La risposta all'agente («Mia mamma ha il Covid») non aveva alcun fondamento nella realtà delle cose e il ragazzo lo sapeva benissimo. Questa frase aveva però determinato una distrazione dalle ordinarie mansioni perché tutti erano stati "distolti" dalla notizia e si affacciavano in relazione alla vicenda: chi per consolare, chi per cercare di contattare la signora, chi per allertare l'area sanitaria, chi per chiedere come si dovesse procedere e via dicendo.

Risultato: è stato convocato il consiglio di disciplina e contestualmente è stata trasmessa alla Procura della Repubblica notizia di reato per procurato allarme.

In effetti, alla lettura della norma penale si trovano delle convergenze: è stata data una notizia non vera sapendo che della sua falsità e potendosi facilmente ritenere che quella notizia falsa avrebbe distolto dalle normali occupazioni il personale di polizia, che

si sarebbe allertato procurando così un allarme. Ma questo procurato allarme è stato fatto allo scopo di determinare un dolo o è stato conseguenza di una grave difficoltà del ragazzo che, effettivamente, era un giorno che piangeva disperato?

Questo fa capire quella che era la dimensione emotiva in quel periodo e le difficoltà, da parte di tutti, di gestire le situazioni: difficoltà da parte del ragazzo, difficoltà da parte degli operatori intorno al ragazzo, difficoltà anche nel poter poi rileggere l'evento. In quel caso il consiglio di disciplina non ha disposto alcuna sanzione disciplinare, perché ha ritenuto di applicare quanto previsto dall'art. 79 del Regolamento Penitenziario che prevede che il giudizio disciplinare possa essere sospeso allorché per lo stesso fatto vi è informativa di reato all'autorità giudiziaria.

In un altro caso si è proceduto disciplinarmente in relazione a lite tra ragazzi derivata da discontrolli comportamentali da parte di un detenuto, ma si è verificato che i fattori scatenanti erano di natura strettamente sanitaria: si trattava di un ragazzo che, avendo già delle importanti problematiche dal punto di vista psicopatologico curate anche con somministrazione farmacologica, non aveva assunto regolarmente le terapie in quei giorni ed era entrato in una condizione di scompenso psichico acuita dalla pesantezza delle restrizioni Covid. Anche in quel caso, non si è deciso di disporre sanzioni, ma di segnalare la condizione di sofferenza del giovane all'area trattamentale e psicologica suggerendo una intensificazione della presa in carico con una raccomandazione alla tutela sanitaria.

In altri casi invece si è valutato che l'episodio dovesse essere sanzionato severamente dal punto di vista disciplinare, anche per dare delle risposte inequivoche che facessero comprendere la gravità di alcuni comportamenti prevaricatori, intimidatori o violenti per i quali è stata disposta l'esclusione dalle attività in comune.

Ma l'orientamento prevalente che è stato adottato soprattutto nel periodo di Covid non è stato quello dell'esclusione dalle attività ricreative o da quelle in comune, stante la rarefazione dei momenti di socialità, ma è stato quello di potenziare il ricorso alle attività volta a riparare il danno cagionato. Per non cadere nella trappola del "contrappasso" bisogna però capire quali sono le attitudini del ragazzo, quali le sue capacità e quali le attività che potrebbero vederlo impegnato con un riconoscimento di utilità sociale della sanzione.

Faccio un altro esempio: un ragazzo litiga con un agente di polizia penitenziaria offendendolo. Si fa il consiglio di disciplina. Teniamo presente questo: quando si fa un consiglio di disciplina per un evento che coinvolge un agente di polizia penitenziaria, c'è la comprensibile aspettativa da parte degli agenti che la sanzione sia molto severa: «Se veniamo offesi o denigrati e i ragazzi poi non vengono puniti, qui si instaura un clima di impunità». Quindi l'attesa è questa.

Procediamo all'ascolto del ragazzo sia in merito al fatto, per il quale verificiamo la sua consapevolezza della scorrettezza del suo comportamento, che in merito alla sua posizione giudiziaria, familiare, personale e via approfondendo. Tra gli altri aspetti, emerge un suo forte interesse per la musica rap.

Dopo quasi un'ora di confronto col minore, a conclusione del procedimento gli apriamo questa prospettiva: «Sarebbe facile per noi decidere di escluderti dalle attività in comune, visto che l'infrazione c'è ed è anche grave, ma pensiamo che tu non metteresti in discussione a fondo le ragioni per le quali hai avuto quell'atteggiamento offensivo nei confronti dell'agente. Dici che in fondo non volevi offendere e che ti sono solo scappate delle parole, in qualche modo la fai semplice, e se noi ti diamo l'esclusione dalle attività in comune potresti sentirti come vittima di un'esagerata reazione, senza elaborare le ragioni per le quali c'è stata questa aggressività verbale da parte tua. Allora ascoltaci: dici che ti piace la musica rap, che è parte della tua vita "vera" e che componi pezzi nei quali ci metti quello che senti davvero. Pensi di poter scrivere una canzone rap mettendoti nei panni dell'agente di polizia penitenziaria? Ma mettendoti davvero nei suoi panni, pensando a come ti sentiresti tu se fossi stato in lui. Pensi di farcela a metterla in musica e a registrare il pezzo in sala d'incisione insieme agli operatori del laboratorio musicale?».

Quando abbiamo detto questo, il ragazzo non ha esclamato: «Oh che bello, mi fate fare quello che mi piace! E sarebbe una punizione questa?». Ma si è bloccato, ha chinato la testa pensieroso ed è rimasto in quella posizione concentrata per qualche istante. Poi si è come risoluto: «Mi state chiedendo una cosa difficilissima... Non so se ce la farò, ma ci voglio provare».

Allora questo ragazzo si è immerso nella produzione di un pezzo musicale rap, ha fatto un testo davvero intenso, emotivamente coinvolgente e la registrazione è stata messa a disposizione di tutti, ovviamente agenti compresi che inizialmente, quando il consiglio di disciplina aveva deliberato questa sanzione, avevano avuto forti perplessità e scarsa condivisione della misura: «Ah, adesso siamo arrivati al punto che non soltanto non c'è l'isolamento, ma gli facciamo pure fare le canzoni per farci prendere in giro?». Dopodiché c'è stato un diverso riconoscimento.

Questa per noi è stata l'applicazione della sanzione dell'attività volta a rimediare al danno cagionato.

Raffaele Bianchetti

Questo caso è stato un esempio paradigmatico perché poi, successivamente, se ne è parlato in carcere ed è passato un messaggio: il consiglio di disciplina non va a ratificare le aspettative delle "parti" in causa ma, tenendo conto di tutte le diverse posizioni e degli effetti generali che derivano dalle sue decisioni, adotta un provvedimento che è senz'altro diretto al destinatario ma che assume, nel contempo, una funzione collettiva.

La sanzione che può derivare non è nella logica stretta del sistema giuridico che collega il fatto commesso al tipo di sanzione conseguente, ma è un'attivazione vera e propria, tanto che la risposta di questo ragazzo è stata significativa. Parafrasandolo: «Beh, è molto difficile, non solo mettermi nei panni dell'altra persona, che per di più è un agente di polizia, ma anche vedere l'immagine che ho di me stesso rispetto agli altri. Quel che mi chiedete mi mette fortemente in discussione».

Questa cosa è passata poco alla volta sia tra i ragazzi sia tra gli operatori ed ha innescato un cambiamento (attualmente in corso) nell'applicazione delle procedure e, soprattutto, a livello culturale.

Francamente non sappiamo come si stia interpretando il consiglio di disciplina negli altri istituti penali per i minorenni italiani, ma mi sento di dire che nell'esperienza milanese si sta cercando di portare avanti un discorso abbastanza originale. Si pensi, ad esempio, che è stato attivato un tavolo di lavoro al quale partecipano i magistrati onorari componenti del consiglio di disciplina, la direzione dell'IPM di Milano, il comandante degli agenti di polizia penitenziaria, gli educatori dell'istituto, i funzionari del Centro per la Giustizia Minorile (CGM) per la Lombardia, gli assistenti sociali dell'Ufficio dei Servizi Sociali per i Minorenni (USSM) di Milano e le figure psicologiche dei servizi sanitari attivi nel carcere minorile per condividere i criteri e le prassi introdotte con questo modo di interpretare il consiglio di disciplina.

Alessandro Rudelli

Teniamo anche conto di alcuni aspetti logistici e "strutturali" che differenziano significativamente il carcere minorile dalla generalità degli istituti per adulti.

Da una parte il dimensionamento quantitativo: in IPM "Beccaria", anche in ragione di ristrutturazioni edilizie in corso da parecchi anni, non si supera una presenza di 30 ragazzi, pochi dei quali sono lì per delle esecuzioni penali lunghe.

C'è insomma mobilità tra i ragazzi e questo fattore incide nella composizione dei gruppi di detenzione, perché possono introdursi dei fattori imprevedibili in grado di determinare inaspettate intensificazioni di eventi critici, come anche all'opposto una loro rarefazione.

Le intensificazioni degli eventi critici si sono verificate con l'approssimarsi del periodo natalizio e nell'estate 2020 quando c'è stata una riapertura rispetto al regime determinato dalle restrizioni anti-Covid dei mesi scorsi.

C'è anche un altro fattore: come già anticipato il consiglio di disciplina viene convocato a seguito di una istruttoria interna e di una valutazione della direzione che tiene conto delle contestazioni, dei rapporti prodotti dagli agenti, delle considerazioni degli educatori e via dicendo. Si opera quindi un vaglio che è condizionato da molti aspetti. Per varie ragioni possono non essere segnalate condotte sanzionabili perché si può procedere in altro modo e poi, improvvisamente, per condotte che esteriormente appaiono sovrapponibili alle precedenti, fioccano le convocazioni del consiglio di disciplina.

C'è una ricaduta generale che ha a che fare con un "clima d'istituto" che deve evidentemente essere tenuto in considerazione dalla direzione. Io personalmente non ho visto nel periodo Covid innescarsi delle reazioni di oppositività o di scontro direttamente determinate dalle restrizioni "emergenziali", come è invece accaduto in molte carceri per adulti.

Raffaele Bianchetti

Consideriamo che il tribunale per i minorenni, anche nella sua competenza penale, deve avere sempre presente che nelle decisioni che deve prendere ciò che va perseguito è il prevalente interesse del minore, vale a dire: cosa può favorire al meglio il percorso

positivo di crescita? A volte, questa decisione può essere anche una sentenza di condanna ad una pena detentiva: infatti, non è detto che questa eventualità non si dimostri, in alcuni casi, come la “soluzione” più sensata ovvero come l’unica concretamente percorribile.

Questa logica si inserisce, di fatto, all’interno del consiglio di disciplina: far sì che la “sanzione” abbia una finalità pedagogica, che sia utile al destinatario, oltre che al resto della “comunità”. E questo è possibile, nel sistema penale minorile, proprio per le potenzialità adolescenziali al cambiamento che raramente si trovano nei soggetti adulti. Questi ultimi, infatti, possono essere dispiaciuti e fare anche una revisione critica dei propri comportamenti; ma gli adolescenti, se indirizzati e supportati in maniera adeguata, possono fare molto di più ed effettuare cambiamenti che sono davvero profondi.

E che cosa è successo, nel concreto, con il *lockdown* pandemico?

Raffaele Bianchetti

Il *lockdown* ha creato in alcuni ragazzi una situazione di “sospensione” che gli ha permesso di rivedere in senso critico alcuni loro comportamenti del passato e di reinterpretare se stessi in una prospettiva futura, diversa e costruttiva: si potrebbe dire “socio-conforme”.

In altri casi, invece, alcuni ragazzi, diradando i rapporti con gli educatori e con le figure adulte, hanno perso il “modello positivo” di riferimento e, quindi, hanno avuto una progressiva regressione nel loro atteggiamento, andando ad aumentare il loro disagio.

Questo è avvenuto non solo in carcere, ma anche “fuori”, con i ragazzi sottoposti a procedimento penale: alcuni hanno vissuto le restrizioni come un’occasione di “riorganizzazione positiva”; altri, invece, hanno esacerbato le loro condotte disfunzionali agendo aggressivamente contro i pari, i genitori e le regole in generale.

Vi sono state anche situazioni molto complesse, soprattutto con i minori sottoposti alla misura cautelare della permanenza a casa, perché marcata è stata la difficoltà a procedere con i collocamenti in comunità. In questi casi, durante il *lockdown*, l’invito formulato è stato più che altro quello di “sopportare” il periodo di tensione, di pazientare quanto più possibile e di non peggiorare la situazione già di per sé critica.

C’è stato un grande lavoro dei servizi sociali e del tribunale per i minorenni, che a differenza di altri uffici giudiziari non ha mai sospeso la propria attività: infatti, non si possono sospendere i rapporti di lavoro con i minorenni...

Ad ogni modo, nella fase del *lockdown*, salvo esplicita richiesta ad essere presenti avanzata dal minore e dal suo difensore, le udienze penali si sono svolte in videoconferenza, sia per i ragazzi in carcere o in comunità sia per quelli sul territorio: questo per evitare assembramenti e per rarefare al massimo gli spostamenti delle persone.

Questa situazione ha inciso significativamente su vari aspetti, tra cui su quello relazionale dato che nel processo penale minorile è molto importante osservare

direttamente l'atteggiamento del minore che, di fatto, è stata "condizionata" dalla presenza del filtro-schermo.

Al tempo stesso, però, questa distanza ha messo a nudo l'esigenza delle ragazze e dei ragazzi di dialogare direttamente con il "proprio" giudice onorario a cui esternare direttamente le loro difficoltà, le loro paure, le loro aspettative e le loro frustrazioni.

Non c'è stata, quindi, nessuna sospensione delle attività giudiziarie: piuttosto c'è stata una riorganizzazione degli "affari" per cercare di fronteggiare al meglio la situazione: c'è stato un primo periodo, ad esempio, in cui sono stati differiti alcuni tipi di procedimenti, salvo quelli urgenti con i ragazzi in misura cautelare.

Altre udienze, invece, sono state rinviate, dopo aver sentito i servizi sulla base di criteri definiti dal tribunale in accordo con gli avvocati.

Immagino che ci sia stato un gran lavoro riorganizzativo, è vero? Come avete fatto?

Raffaele Bianchetti

Ci siamo adoperati, sempre nel preminente interesse del minore.

In pratica il giudice minorile ha provveduto a raccogliere, nel limite del possibile, le indicazioni dei servizi, le esigenze del minore e le istanze del difensore e ha cercato di trovare la giusta "soluzione" nei limiti consentiti dalla legge. Se le comunità o le strutture, anche di tipo psichiatrico, non potevano in quel periodo accogliere i ragazzi e le ragazze, diventava quanto mai essenziale celebrare, seppure da remoto, delle udienze ravvicinate al fine di fornire al minore risposte quanto mai tempestive e progetti psico-socio-educativi adeguati.

La comunicazione con il soggetto in età evolutiva è estremamente significativa, perché non deve sentirsi solo, abbandonato e privo di riferimenti adulti nel corso della sua esperienza giudiziaria. Una sollecitazione importante, ad esempio, è stata questa: «porta pazienza, come cerchiamo di portarla tutti, non perdiamo la bussola, e appena si potrà cercheremo di provvedere». Questo è stato il lavoro di relazione che è stato fatto nel periodo di grossa restrizione.

Ovviamente l'operatore, l'educatore, lo psicologo, il terapeuta hanno dovuto essere presenti, e se temporaneamente impossibilitati a farlo di persona lo hanno fatto per mezzo delle nuove tecnologie.

Prima di questa pandemia le udienze "da remoto" erano inconcepibili, sia al tribunale per i minorenni sia al tribunale ordinario. Eppure, con tutte le difficoltà del caso, in alcuni casi sono state svolte e hanno sicuramente "contenuto i danni". Anzi, in alcuni casi, sono state delle risorse alternative valide per gli stessi imputati minorenni.

Ecco, questo ci riporta ad un principio fondamentale: tutto quello che si fa in ambito penale minorile, in udienza, in carcere e nel consiglio di disciplina, va fatto per

accompagnare, con senso di responsabilità, i giovani nel loro percorso evolutivo, anche dinanzi alle grandi difficoltà: *lockdown* e pandemie comprese.

Riflessione

— Giustizia algoritmica e neurodiritti nel sistema penale

Recensione del volume di F. Basile, M. Caterini, S. Romano, (a cura di), *Il sistema penale ai confini delle hard sciences. Percorsi epistemologici tra neuroscienze e intelligenza artificiale*¹

Algorithmic justice and neuro-rights in the criminal system

Review of F. Basile, M. Caterini, S. Romano, (edited by), Il sistema penale ai confini delle hard sciences. Percorsi epistemologici tra neuroscienze e intelligenza artificiale

di Pere Simón Castellano

1. Il diritto di fronte al progresso tecnologico.

Il diritto, come riflesso della società che intende regolare, non può rimanere ai margini dei cambiamenti e delle trasformazioni che avvengono all'interno della stessa. Pertanto, le leggi dovrebbero costituire una sorta di abito su misura per la società cui sono destinate, al fine di acquisire la validità e l'efficacia auspicabile per qualsiasi norma giuridica.

¹ Collana Quaderni dell'Istituto di studi penalistici "Alimena", Centro di ricerca interdipartimentale dell'Università della Calabria, vol. III, Pacini Giuridica, 2021.

Il progresso tecnologico si evolve con un effetto moltiplicatore senza precedenti. Proprio questa crescita esponenziale rappresenterebbe l'aspetto più pericoloso dell'innovazione tecnologica. Dal 1960 circa ad oggi, la potenza di elaborazione computazionale è approssimativamente aumentata di mille miliardi di volte. Nessun'altra tecnologia, impiegata in passato o attualmente in uso degli esseri umani, è stata potenziata a un ritmo simile: le automobili, per esempio, sono soltanto due volte più veloci rispetto al tempo in cui furono progettate. Per il resto, l'evoluzione è quasi minima.

Tuttavia, questa intensa ed esponenziale trasformazione tecnologica ha avuto luogo mentre, allo stesso tempo, la nostra fisiologia umana, cioè il nostro cervello, non si è affatto evoluto e non è preparato a trarre vantaggio da questo progresso. Già oggi la tecnologia è superiore e sovrastante alle debolezze umane, il che lascia presagire un triste collasso umano, ancora di più se si tiene conto dei crescenti tentativi degli uomini di giocare ad essere dèi, come affermava il maestro Rodotà nelle sue ultime opere, di fronte alla cosiddetta convergenza tecnologica e all'uso dell'intelligenza artificiale nei progetti di nanotecnologia e biotecnologia.

Dinnanzi ad una nuova realtà dominata dagli strumenti connessi a internet e dalla capacità di elaborazione attuariale di enormi quantità di informazioni, la legge non può rimanere indifferente. La dottrina nazionale e internazionale, e anche il legislatore europeo, hanno infatti riservato uno speciale interesse all'intelligenza artificiale data la sua attuale rilevanza, come dimostra l'attenzione che i mercati le rivolgono e il sostegno pubblico alla ricerca correlata. Pertanto non sorprende che i rapporti di aziende prestigiose prevedano una continua crescita nel prossimo decennio.

Da parte sua, la Commissione europea ha pubblicato il 21 aprile 2021 la proposta di un regolamento europeo sull'uso dell'intelligenza artificiale². Si tratta di uno strumento creato *ad hoc* per l'intelligenza artificiale con l'obiettivo di garantire che i cittadini europei possano avere fiducia nei risultati di questa nuova tecnologia. Ciò è possibile grazie all'apertura del regolamento a miglioramenti tecnici e, al contempo, al rafforzamento della protezione dei diritti fondamentali contro i rischi derivanti dall'uso di strumenti o sistemi basati sull'intelligenza artificiale.

L'obiettivo è quello di porre fine ad un panorama normativo atomizzato, combinando e armonizzando le diverse disposizioni in modo sistematico e coerente ed elaborando un nuovo piano coordinato che coinvolga i diversi Stati membri. Tutto ciò è rivolto, da un lato, a garantire la sicurezza e i diritti fondamentali degli individui e delle imprese, e, dall'altro, a rafforzare l'adozione, promuovere gli investimenti e l'innovazione nell'intelligenza artificiale in tutta l'UE.

In questo contesto si inserisce il lavoro collettivo che la dottrina italiana, e più precisamente Fabio Basile, Mario Caterini e Sabato Romano, hanno recentemente curato con successo. Un'opera necessaria, poiché colma una lacuna evidente, in un momento molto opportuno, in cui il legislatore europeo sembra aver varato un testo legislativo a vocazione sistematizzante. Tuttavia, la proposta legislativa è già stata criticata dalla

² Proposal for a Regulation laying down harmonised rules on artificial intelligence (Artificial Intelligence Act) and amending certain Union legislative acts, disponibile [a questo indirizzo](#).

dottrina più specializzata a causa, in primo luogo, della mancanza di una tutela specifica dei diritti dei consumatori, essendo detto testo troppo dipendente dalle valutazioni dell'industria stessa e contemplando troppe eccezioni, e a causa, in secondo luogo, del mancato riconoscimento del diritto a ottenere il risarcimento dei danni causati dalla tecnologia.

Il lavoro che ho il piacere di recensire si basa su un approccio molto specifico in questo campo, relativo al possibile impatto delle neuroscienze e dell'intelligenza artificiale in materia penale. Ciò viene realizzato attraverso l'associazione di opere che provengono da criteri, angolazioni o campi di conoscenza molto diversi, al fine di coprire l'inevitabile natura multidisciplinare degli argomenti.

2. Struttura e contributi.

I contributi inclusi nel libro sono divisi in tre parti ben differenziate, al fine di circoscrivere meglio gli argomenti e di evidenziare i vivaci dibattiti multidisciplinari, di inevitabile disamina per il fatto che trattano argomenti che coinvolgono diversi rami del sapere scientifico.

È elevata la complessità di uno studio critico sulla natura e i limiti delle neuroscienze e dell'intelligenza artificiale in materia penale, perché si tratta di combinare i limiti e l'irripetibilità delle scelte, legislative e giudiziarie, dell'uomo, con i postulati della scienza, in cui invece prevale la raccolta e l'elaborazione logico-matematica di dati empirici quantitativi, finalizzata all'ottenimento di risultati prevedibili.

In questo scenario complesso, l'opera tenta di risolvere dal punto di vista giuridico-criminale una questione che si pone con salda chiarezza: quale certezza scientifica, oggettivamente verificabile e riconoscibile, accompagna l'ingresso e permette l'uso delle neuroscienze e dell'intelligenza artificiale nel sistema penale?

L'ipotesi di partenza formulata dai tre curatori del lavoro è che esistono indubbi punti di convergenza tra diritto penale e intelligenza artificiale; tuttavia, è necessario non solo testare il loro impatto con le categorie dogmatiche e con i nuovi paradigmi di responsabilità penale che si profilano all'orizzonte, ma anche verificare il loro possibile utilizzo da parte di giudici e magistrati, sulla base di una corretta comprensione del funzionamento degli algoritmi e del grado di affidabilità dei risultati che forniscono.

Per cercare di rispondere a questa domanda che, a sua volta, è scomponibile in molte altre domande, i curatori hanno progettato un lavoro diviso in tre parti chiaramente differenziate: la prima parte, per analizzare le potenzialità e gli effetti dei sistemi di intelligenza artificiale nel sistema penale; la seconda, con lo scopo di analizzare il diritto penale sotto lo sguardo delle neuroscienze; infine, la terza, per illustrare una visione sistematica che includa i contributi di una concezione teorica ed epistemologica e che ponga in luce la complessità della materia, attraverso l'articolazione di diversi piani temporali e spaziali, che aiutano a comprendere e identificare il fenomeno del progresso tecnologico e dell'intelligenza artificiale nella sua eterogeneità significativa.

La mia esperienza nel coordinamento di lavori collettivi, sette fino ad oggi, mi permette di mettere in guardia i potenziali lettori su un fatto ovvio: qualsiasi lavoro di questa natura affronta la sfida dell'eterogeneità dei contributi, sia in termini di contenuto che di qualità. Tuttavia, in questa occasione, non ho rilevato dalla lettura dell'opera alcun attrito o dissonanza, rischio molto comune oggi in certe opere collettive, causato da contributi forzati o da opere che mascherano raccolte di atti. In questa occasione, ciò è legato alla valente direzione dei tre curatori, che hanno progettato metodologicamente le tre parti chiaramente differenziate e i temi che volevano affrontare, e che hanno accuratamente scelto, alla base della loro trattazione, gli autori la cui formazione ed esperienza avrebbero garantito di affrontare con successo la missione loro affidata.

Nella prima parte, il punto di partenza è la constatazione che l'intelligenza artificiale è ovunque. Il libro esordisce con un capitolo di Fabio Basile, uno dei coordinatori del libro, che in precedenza aveva scritto un articolo sull'argomento³ che rappresenta un *must* per chiunque voglia avvicinarsi allo studio dell'intelligenza artificiale e del suo rapporto con il diritto, sia in Italia che altrove.

Il capitolo di Fabio Basile solleva e offre una posizione decisa su questioni importanti per il diritto penale: l'uso dell'intelligenza artificiale per l'applicazione della legge e la prevenzione del crimine, attraverso il cosiddetto *predictive policing*; l'uso di algoritmi nei processi decisionali, sostituendo, in tutto o in parte, la decisione del "giudice-giudice"; a ciò si collegano gli algoritmi predittivi per la valutazione del rischio, utilizzati per calcolare e valutare la pericolosità criminale di un detenuto; infine, le possibili ipotesi di coinvolgimento – come strumento, come autore o come vittima – di un sistema di intelligenza artificiale nella commissione di un reato.

Il contributo di Fabio Basile solleva anche delle questioni che altri autori affronteranno e cercheranno di risolvere in questa prima parte del libro: Francesco Fotia studia i problemi posti dall'apprendimento autonomo degli algoritmi, il cosiddetto *machine learning*, e quelli derivati dalla mancanza di trasparenza e spiegabilità di qualcosa che muta e si trasforma senza che l'autore del codice ne conosca le ragioni; Elio Lo Monte, dal canto suo, si concentra sulla responsabilità penale delle macchine e sulle conseguenze di ciò che detta l'algoritmo, riflettendo sul caso paradigmatico del veicolo a guida autonoma; Giulia Rizzo Minelli, in continuità con il precedente contributo, indaga sulla commissione di reati da parte dei *robot* e i problemi d'imputazione in un sistema penale che, come i nostri, punisce le condotte umane.

Il contributo successivo è di Mario Caterini, un esperto del settore con pubblicazioni precedenti che lo rendono un riferimento indiscusso nel campo⁴. Nel testo l'autore avverte che le sue conclusioni su un ipotetico futuro processo robotico che coinvolge questioni legali sono specificamente progettate per la giurisdizione penale. L'autore, da un lato, accetta che i giudici, in quanto esseri umani, non sempre forniscano prove di apprezzabile razionalità giuridica e sufficiente motivazione, ma, dall'altro, nota che l'alternativa fornita da un sistema di intelligenza artificiale decidente probabilmente

³ F. Basile, [Intelligenza artificiale e diritto penale: quattro possibili percorsi di indagine](#), in questa rivista, 29 settembre 2019.

⁴ M. Caterini, [Il giudice penale robot](#), in *La legislazione penale*, 19 dicembre 2020.

frustrerebbe ulteriormente le garanzie dell'individuo. Questo è particolarmente vero in relazione ai principi del *favor rei*, della presunzione di innocenza – nel suo aspetto *in dubio interpretatio pro reo* – e dello standard “oltre ogni ragionevole dubbio”, come garanzie di tutti i procedimenti penali.

Non possiamo non condividere le riflessioni di Mario Caterini. In un'altra sede abbiamo difeso l'impossibilità di sostituire il giudizio giurisdizionale con il giudizio robotico o con algoritmi intelligenti⁵, e, tra le varie ragioni, in particolare in Spagna, l'art. 117.1 della Costituzione riserva questa funzione esclusivamente a giudici e magistrati. Tuttavia, Mario Caterini immagina delle future modifiche legislative con l'avvertimento che la sostituzione del giudice con un sistema d'intelligenza artificiale possa realizzarsi solo in vista di un'assoluzione o di una sentenza più favorevole rispetto alle altre possibili in ragione di plausibili precedenti giurisprudenziali.

Condivido questo avvertimento, che peraltro è accompagnato da un approccio realistico alla questione, che coincide con le tesi che ho pubblicato. L'intelligenza artificiale non dovrebbe essere utilizzata per sostituire il giudice, ma per assistere il magistrato, un misto di *humanitas* e *techne*, tipico di un diritto penale sinestetico, utile per ridurre i tempi di risposta dell'autorità giudiziaria, per migliorare la prevedibilità nell'applicazione della legge e per garantire l'uniformità delle pronunce giudiziarie. È particolarmente utile, a nostro avviso, prendere decisioni giudiziarie che oggi, purtroppo, i giudici adottano nel “vuoto”, per esempio quando si tratta di misure cautelari personali che anticipano il processo giurisdizionale vero e proprio.

Segue il capitolo di Sabato Romano, che oltre ad evidenziare l'impatto che l'intelligenza artificiale già può avere nella pratica giudiziaria, facendo riferimento al recente intervento normativo europeo, prospetta quel che potrebbe accadere inserendo meccanismi artificiali in un sistema penale già votato alla postmodernità. La prima parte, così, si chiude con l'analisi e lo studio di Juliana Vivar Vera sugli algoritmi che possono contribuire al processo decisionale e di emissione di una sentenza penale.

La seconda parte incorpora riflessioni specifiche sul contributo e sui limiti delle neuroscienze nel sistema penale, sul rapporto reale tra causalità mentale e colpa normativa, sull'imputabilità degli alcolisti e sulla condotta dolosa rivisitata con l'aiuto delle neuroscienze, che rientrano anch'esse in questo archetipo. Comprende opere di Maristella Amisano, Antonio Nappi, Maria Beatrice Magro, Adelmo Manna e Pierluigi Guercia e, infine, Mattia di Florio e Giandomenico Salcuni.

La terza parte, dedicata, come anticipato, alla prospettiva epistemologica, completa lo studio con tre opere di Francesco Schiaffo, Serena Ucci e Francesco Barresi. Analizzano questioni di grande interesse come il potere punitivo e disciplinare e il suo esercizio da parte di un algoritmo o come gli effetti che le decisioni automatizzate possono avere sui diritti delle persone, analizzando in tal senso anche il pericolo astratto alla luce delle scienze empiriche.

⁵ P. Simón Castellano, *Justicia cautelar e inteligencia artificial. La alternativa a los atávicos heurísticos judiciales*, J.M. Bosch Editore, 2021, recensito in questa rivista da J. Dorado Ferrer, [Custodia cautelare e intelligenza artificiale: garanzie costituzionali contro gli automatismi di oggi e di domani](#), 6 ottobre 2021.

3. Riepilogo.

Ci sono molte domande e problemi che l'uso dell'intelligenza artificiale solleva per il diritto in generale, e per il diritto penale in particolare. Le questioni relative alla responsabilità penale e ai crimini commessi dalle macchine sono state frettolosamente affrontate dalla dottrina nazionale e internazionale, anche se sembra che questa evenienza sia ancora lontana nel tempo. D'altra parte, i progressi nei sistemi di elaborazione massiva dei dati, come i *Big Data*, e la capacità di certi algoritmi di emulare il giudizio umano, anche giurisdizionale, tenendo però conto di molti più dati e variabili, è una tecnica già presente in alcuni sistemi in cui la chiave è individuata nel valutare correttamente il rischio di futuri reati o il rilevamento di un *focus* specifico di rischio.

L'opportunità è considerevole e non possiamo restare spettatori passivi. Alcuni sistemi, per esempio, sono utilizzati anche nei sistemi penitenziari, come COMPAS e HART, e calcolano il rischio di recidiva, i cui risultati possono essere molto utili, come elemento ausiliario, nella valutazione effettuata per esempio da *équipes* tecniche, da commissioni di esperti per il trattamento penitenziario o dai giudici di sorveglianza.

L'intelligenza artificiale può aiutare e assistere l'esercizio umano della nobile funzione giurisdizionale. Si tratta di farlo con le dovute garanzie per i diritti delle persone, garantendo il controllo umano (del giudice nel caso del processo giurisdizionale) sull'algoritmo, la sua tracciabilità, trasparenza, spiegabilità e verificabilità. In questo ambizioso e futuro scenario, dobbiamo avere professionisti preparati ad affrontare la sfida della necessaria trasformazione digitale della nostra amministrazione della giustizia. Chi vuole far parte di questa trasformazione, consigliare e guidare il cambiamento dovrebbe prendere in considerazione il lavoro curato da Fabio Basile, Mario Caterini e Sabato Romano, che ho avuto il piacere di recensire.

Riflessione

— Justicia algorítmica y neuroderechos en el sistema penal

Reseña del libro de F. Basile, M. Caterini, S. Romano, (a cura di), *Il sistema penale ai confini delle hard sciences. Percorsi epistemologici tra neuroscienze e intelligenza artificiale*¹

Algorithmic justice and neuro-rights in the criminal system

Review of F. Basile, M. Caterini, S. Romano, (edited by), Il sistema penale ai confini delle hard sciences. Percorsi epistemologici tra neuroscienze e intelligenza artificiale

de Pere Simón Castellano

1. El derecho ante el avance tecnológico.

El Derecho, como reflejo de la sociedad que pretende regular, no puede quedar al margen de los cambios y transformaciones que en el seno de esta se producen. Luego las leyes son una suerte de traje a medida de la sociedad que pretenden regular; sólo así adquirirán estas la vigencia y eficacia deseables para cualquier norma jurídica.

¹ Colección Quaderni dell'Istituto di studi penalistici "Alimena", Centro di ricerca interdipartimentale dell'Università della Calabria, vol. III, Pacini Giuridica, 2021.

El avance tecnológico se produce con un efecto multiplicador sin parangón. Quizás esta es la faceta más peligrosa de la innovación tecnológica, que crece exponencialmente. Desde 1960 hasta hoy, aproximadamente, la potencia de procesamiento ha aumentado alrededor de un billón de veces. Ninguna otra cosa tangible que tenemos o hemos conseguido, como seres humanos, ha mejorado a un ritmo cercano a esto. Los automóviles, por ejemplo, aproximadamente son el doble de rápidos de lo que eran en su primer diseño. En casi todo lo demás, la evolución también es insignificante.

Sin embargo, esa intensa y exponencial transformación tecnológica se ha producido mientras que, en paralelo, nuestra fisiología humana, esto es, nuestros cerebros, no han evolucionado en absoluto y no están preparados para aprovechar las ventajas de esa evolución. La tecnología hoy ya supera y abrumba las debilidades humanas, lo que nos acerca al colapso, más si cabe si tenemos en cuenta que cada vez son más los intentos de jugar a ser dioses, como afirmaba en sus últimos trabajos el maestro Rodotà, con la llamada convergencia tecnológica y el empleo de la inteligencia artificial en proyectos propios de nanotecnología y de biotecnología.

Ante una nueva realidad en la que imperan los objetos conectados a Internet y la capacidad de procesar ingentes cantidades de información de forma lógica, el Derecho no puede permanecer impasible. La doctrina nacional e internacional, y también el legislador europeo, han puesto el foco de forma muy especial en la inteligencia artificial, gran tendencia actual tal y como acredita la atención que los mercados le están prestando y las ayudas públicas a investigaciones relacionadas, así que no es de extrañar que los informes de prestigiosas firmas le auguren un crecimiento imparable a lo largo de la próxima década.

Por su parte, la Comisión Europea publicó el 21 de abril de 2021 la propuesta de Reglamento europeo sobre el uso de la Inteligencia Artificial². El objetivo de este nuevo instrumento creado *ad hoc* para la inteligencia artificial es garantizar que los europeos puedan confiar en lo que la inteligencia artificial puede ofrecer, permitiendo las mejoras técnicas a la par que reforzando la tutela de los derechos fundamentales frente a los riesgos que puede comportar el uso de herramientas o sistemas basados en inteligencia artificial.

Se persigue acabar con un escenario normativo atomizado, combinando y armonizando las distintas disposiciones con una vocación sistemática y coherente, junto a un nuevo plan coordinado con la participación de los distintos Estados miembros. Con ello se pretende, de un lado, garantizar la seguridad y los derechos fundamentales de las personas y las empresas, y del otro, reforzar la adopción e impulsar la inversión y la innovación en materia de inteligencia artificial en toda la UE.

Este es el contexto en el que se publica la obra colectiva que la doctrina italiana, y más concretamente, los doctores Fabio Basile, Mario Caterini y Sabato Romano, han coordinado con éxito recientemente. Una obra necesaria, puesto que cubre una laguna

² Es la traducción que hacemos de la *Proposal for a Regulation laying down harmonised rules on artificial intelligence (Artificial Intelligence Act) and amending certain Union legislative acts*, disponible [aquí](#).

evidente, en un momento especialmente oportuno, en el que el legislador europeo parece lanzado a aprobar un texto normativo con vocación sistematizadora, y cuya propuesta, sin ir más lejos, ya ha recibido críticas por parte de la doctrina más especializada por la falta de protección específica de los derechos de los consumidores, al ser demasiado dependiente de las propias valoraciones de la industria y contemplar demasiadas excepciones, y por no reconocer un derecho a obtener indemnización frente a los daños causados por la tecnología.

La obra que tengo el placer de reseñar parte de un enfoque muy concreto en este ámbito, relativo al posible impacto de la neurociencia y la inteligencia artificial en materia penal, y lo hace recogiendo trabajos que provienen de enfoques, ángulos o campos de conocimiento bien diferenciados, con el fin de cubrir la inevitable multidisciplinariedad de los temas.

2. Estructura y contribuciones.

Las contribuciones que recoge la obra están divididas en tres partes claramente diferenciadas, para circunscribir mejor los temas y también porque son objeto de animados debates multidisciplinarios, inevitables por el hecho de que se trata de temas que involucran a diferentes ramas del conocimiento científico.

La complejidad de un estudio crítico sobre la naturaleza y los límites de la neurociencia y la inteligencia artificial en materia penal es elevada, porque se trata de conjugar los requisitos definidos *ex lege*, y lo cierto es que el factor humano delimita los límites y la irrepetibilidad de toda elección a realizar. Sucede con todos los poderes, del legislativo al judicial, con los postulados de la ciencia en los que prima la recolección y elaboración lógico-matemática de datos empíricos cuantitativos, capaces de alcanzar resultados predecibles.

En este complejo escenario, la obra trata de resolver desde una perspectiva jurídico-penal una cuestión que se plantea con prístina claridad: ¿qué certeza científica, objetivamente verificable y reconocible, acompaña la entrada y permite el uso de la neurociencia y la inteligencia artificial en el sistema penal?

La hipótesis de partida formulada por los tres coordinadores de la obra es que existen indubitados puntos de encuentro entre el derecho penal y la inteligencia artificial; sin embargo, resulta necesario probar su impacto con categorías dogmáticas y con los nuevos paradigmas de responsabilidad penal que se vislumbran en el horizonte, a la par que verificar su posible uso por parte de jueces y magistrados, partiendo de una correcta comprensión del funcionamiento de los algoritmos y del grado de fiabilidad de los resultados que estos proyectan.

Para tratar de responder esa cuestión que, a su vez, se atomiza en muchos interrogantes, los coordinadores diseñaron una obra dividida en tres partes claramente diferenciadas: la primera, para analizar la potencialidad y los efectos de los sistemas de inteligencia artificial en el sistema penal; la segunda, con el propósito de analizar derecho penal bajo el escrutinio de la neurociencia; finalmente, la tercera, con una visión sistemática que recoge contribuciones propias de una concepción teórico epistemológica, que

privilegia la complejidad, desde la articulación de diferentes planos temporales y espaciales, que ayudan a comprender e identificar el fenómeno del avance tecnológico y de la inteligencia artificial con sus múltiples significados.

La experiencia que un servidor atesora en la coordinación de obras colectivas, siete hasta la fecha, me permite alertar a los potenciales y futuros lectores de una obviedad: cualquier obra de estas características se enfrenta al reto de la heterogeneidad de las contribuciones, tanto por lo que se refiere al contenido como a la calidad de las contribuciones. Sin embargo, en esta ocasión, quién suscribe estas líneas, a lo largo de lectura de la obra reseñada, no se ha percatado de estridencias ni disonancias, muy habituales hoy en determinadas obras colectivas, propias de contribuciones forzadas o de obras que enmascaran libros de actas. Lo cual debe, en esta ocasión, necesariamente, vincularse a una brillante dirección por parte de los tres coordinadores, que diseñaron metodológicamente las tres partes claramente diferenciadas y los temas que querían abordar *ex ante* y que planificaron cuidadosamente y escogieron con sumo detalle los autores cuya trayectoria y experiencia les permitiera abordar con éxito la misión encomendada.

En la primera parte, el punto de partida es la constatación de que la inteligencia artificial está en todas partes. Abre el libro un capítulo de Fabio Basile, uno de los coordinadores de la obra, que previamente había escrito sobre el tema un artículo de revista³ de obligada referencia para cualquiera que quiera acercarse al estudio de la inteligencia artificial y su relación con el Derecho, ya sea en Italia o en cualquier otra parte del planeta.

El capítulo de Fabio Basile plantea y ofrece un posicionamiento decido sobre cuestiones importantes para el Derecho penal, tales como el uso de la inteligencia artificial para la aplicación de la ley y la prevención del delito, mediante la llamada policía predictiva; el empleo de los algoritmos en los procesos de decisiones, reemplazando, total o parcialmente, la decisión del juez-juez; conectado con lo anterior, los algoritmos predictivos para la valoración del riesgo, utilizados para calcular y evaluar la peligrosidad criminal de un interno; finalmente, las posibles hipótesis de participación —como herramienta, como autor o como víctima— de un sistema de inteligencia artificial en la comisión de un delito.

La contribución de Fabio Basile, además, plantea los interrogantes que luego otros autores enfrentaran y trataran de resolver en esta primera parte de la obra. Francesco Fotia estudia los problemas que proyecta el aprendizaje autónomo de los algoritmos, el llamado *machine learning*, y las derivadas de la falta de transparencia y explicabilidad de algo que muta y se transforma sin que el autor del código conozca las razones; Elio Lo Monte, por su parte, se centra en la responsabilidad penal de las máquinas y de las consecuencias de lo que dicta el algoritmo, reflexionando en torno al paradigmático caso del coche autónomo; Giulia Rizzo Minelli, como continuación del anterior, explora la comisión delictiva por parte de los robots y los problemas de imputación en un sistema penal que, como el nuestro, castiga conductas humanas.

³ F. Basile, [Intelligenza artificiale e diritto penale: quattro possibili percorsi di indagine](#), en esta revista, 29 de septiembre de 2019.

La siguiente contribución es la de Mario Caterini, experto en la materia con publicaciones anteriores que lo convierten en un indiscutible referente en la materia⁴. En el texto el autor advierte que sus conclusiones relativas a un hipotético futuro juicio robótico que involucre cuestiones jurídicas están pensadas específicamente para la jurisdicción penal. Si bien el autor acepta que los jueces, en tanto seres humanos, no siempre proporcionan pruebas de una racionalidad jurídica apreciable y motivación bastante, constata que la alternativa proporcionada por un sistema de inteligencia artificial que proyecta decisiones probablemente frustraría aún más las garantías del individuo. Lo anterior especialmente en relación con los principios del *favor rei*, la presunción de inocencia –en su vertiente *in dubio interpretatio pro reo*– y el estándar del “más allá de toda duda razonable”, como garantías de todo proceso penal.

No podemos dejar de compartir las reflexiones de Mario Caterini. En otro foro hemos defendido la imposibilidad de substituir el juicio jurisdiccional por el juicio robótico o los algoritmos inteligentes⁵, entre otras razones, por expreso mandato constitucional ex art. 117.1 de la CE, que reserva tal función de forma exclusiva a jueces y magistrados. Sin embargo, Mario Caterini sí vislumbra un futuro de cambios legislativos en los que, en caso de querer substituir al juzgador por un algoritmo inteligente, advierte: el legislador sólo solo podría hacerlo en vista de una sentencia absolutoria o más favorable que las otras posibles debido a meros precedentes jurisprudenciales.

Compartimos la advertencia que, además, viene acompañada de un enfoque realista de la cuestión, que coincide con las tesis que un servidor ha publicado. La inteligencia artificial no debe emplearse para reemplazar al juez, sino para auxiliar al magistrado, una mezcla entre *humanitas* y *techné*, propia de un derecho penal sinestésico, útil para reducir los tiempos de respuesta. de la autoridad judicial, para mejorar la previsibilidad en la aplicación de la ley y asegurar la uniformidad de los pronunciamientos judiciales. Especialmente útil es, a nuestro juicio, para tomar decisiones judiciales que hoy, lamentablemente, los jueces adoptan en el vacío, por tratarse de medidas cautelares personales que, anticipan el juicio jurisdiccional propiamente dicho.

A continuación, encontramos el capítulo de Sabato Romano, con un enfoque eminentemente práctico y que, además de destacar el impacto que ya puede tener la inteligencia artificial en la práctica judicial, en referencia a la reciente intervención reguladora europea, vislumbra lo que podría suceder al insertar mecanismos artificiales en un sistema penal ya consagrado a la posmodernidad.

Cierra la primera parte Juliana Vivar Vera con análisis y estudio de lo que pueden aportar los algoritmos al proceso decisorio de dictar o fallar en una sentencia penal.

La segunda parte incorpora reflexiones específicas sobre la contribución efectiva de la neurociencia, sobre la relación real entre causalidad mental y culpa reguladora, sobre la existencia de la imputabilidad de los adictos al alcohol y sobre la mala conducta

⁴ M. Caterini, [Il giudice penale robot](#), in *La legislazione penale*, 19 diciembre de 2020.

⁵ P. Simón Castellano, *Justicia cautelar e inteligencia artificial. La alternativa a los atávicos heurísticos judiciales*, J.M. Bosch Editore, 2021, reseñado en esta revista por J. Dorado Ferrer, [Custodia cautelare e intelligenza artificiale: garanzie costituzionali contro gli automatismi di oggi e di domani](#), 6 octubre de 2021.

intencionada revisitada con la ayuda de la neurociencia, que también caen dentro de este arquetipo. Incluye los trabajos de Maristella Amisano, Antonio Nappi, Maria Beatrice Magro, Adelmo Manna y Pierluigi Guercia, y, finalmente, de Mattia di Florio y Giandomenico Salcuni.

La tercera parte, dedicada como decíamos a la perspectiva epistemológica, completa el estudio con tres trabajos obra de Francesco Schiaffo, Serena Ucci y Francesco Barresi. Se analizan cuestiones de sumo interés como el poder punitivo y el poder disciplinario y su ejercicio por parte de un algoritmo, con los efectos que despliegan las decisiones automatizadas sobre los derechos de las personas; también, el peligro abstracto bajo el escrutinio de las ciencias empíricas.

3. Recapitulando.

Son muchos los interrogantes y problemas que el empleo de la inteligencia artificial plantea para el Derecho, en general, y para el Derecho penal, en particular. Las cuestiones relativas a la responsabilidad penal y los delitos cometidos por máquinas han sido abordadas con premura por la doctrina nacional e internacional, si bien, parece que ese día aún está lejos. En cambio, los avances en sistemas de procesamiento masivo de datos, como el *Big Data*, y la capacidad de ciertos algoritmos de emular el juicio humano, a veces jurisdiccional, teniendo en cuenta muchas más variables, es una técnica ya presente en algunos sistemas donde la clave pasa por acertar en la valoración del riesgo de comisión delictiva futura o en la detección de un foco de riesgo concreto.

La oportunidad es notable, y no podemos permanecer de brazos cruzados. Algunos sistemas se emplean por ejemplo en sistemas penitenciarios, tales como COMPAS y HART, y predicen el riesgo de reiteración delictiva, cuyos resultados pueden resultar de mucha utilidad como elemento auxiliar de la valoración, en este caso, que realizan equipos técnicos, juntas de tratamiento y jueces de vigilancia penitenciaria.

La inteligencia artificial puede ayudar y auxiliar el noble ejercicio humano de la función jurisdiccional. Se trata de hacerlo con garantías para los derechos de las personas, garantizando el control humano (del juzgador si se trata del proceso decisorio de impartir justicia) sobre el algoritmo, su trazabilidad, transparencia, explicabilidad y auditabilidad. En este ambicioso escenario futuro, debemos contar con profesionales preparados para afrontar el reto de la necesaria transformación digital de nuestra administración de justicia. Aquellos que quieran formar parte de tal transformación y asesorar y liderar el cambio, deberán contar y tener en cuenta la obra que han coordinado los doctores Fabio Basile, Mario Caterini y Sabato Romano, que un servidor ha tenido el placer de reseñar.

Riflessione

— «*Le délit de solidarité*». Un caso italiano

*«Le délit de solidarité». An Italian case**di Maria Rosaria Donnarumma*

Abstract. Il caso dell'ex sindaco di Riace Domenico Lucano, condannato il 30 settembre a tredici anni e due mesi di carcere dal tribunale di Locri, induce, stante l'affinità con il «*délit de solidarité*», ad un confronto con la vicenda francese, nonché ad un esame della problematica alla luce delle normative europee ed internazionali contemplanti l'aiuto umanitario.

A fronte di questo esame, pur con la cautela dettata dalla conoscenza del solo dispositivo della sentenza, in attesa delle motivazioni, sembra lecito esprimere perplessità sulla severità della condanna, che ha portato quasi al raddoppio degli anni di carcere richiesti dai pubblici ministeri.

Abstract. The case of the former mayor of Riace Domenico Lucano, sentenced on 30 September to thirteen years and two months imprisonment by the Court of Locri, leads, given the similarity with the «*délit de solidarité*», to a comparison with the French case, as well as to an examination of the problem in the light of European and International legislation concerning humanitarian aid.

In view of this, albeit with the caution dictated by the knowledge only of the operative part of the judgment, pending the legal justifications, it seems legitimate to express perplexity on the severity of the judgment, which has led to almost a doubling of the number of years imprisonment requested by the prosecutors.

SOMMARIO: 1. Introduzione. – 2. Il caso francese e la decisione 2018-717/718 QPC del Consiglio costituzionale. – 3. La normativa europea ed internazionale e le raccomandazioni. L'aiuto umanitario. – 4. Considerazioni conclusive.

SUMMARY: 1. Introduction. – 2. The French case and the judgment 2018-717/718 QPC of the Constitutional Council. – 3. European and International legislation and recommendations. Humanitarian aid. – 4. Concluding remarks.

1. Introduzione.

«*Le délit de solidarité*» nell'espressione coniata in Francia, «un ossimoro indifendibile in uno Stato di diritto»¹, sembra ripresentarsi nel caso *Lucano* in Italia.

La previsione *de facto* di un tale reato nella legislazione francese, in contrasto con la stessa normativa europea ed internazionale che richiede, come elemento costitutivo (*sine qua non*) dell'infrazione penale, l'aver ottenuto «un vantaggio finanziario o un altro vantaggio materiale», è stata ridimensionata dal Consiglio costituzionale francese, con la decisione 2018-717/718 QPC, in nome del «*principe de fraternité*» e del fine umanitario.

Di qui l'interesse, di fronte alla recente condanna (30 settembre 2021) dell'ex sindaco di Riace a tredici anni e due mesi di carcere², a riesaminare la problematica alla luce della vicenda francese e delle normative e raccomandazioni europee ed internazionali, onde meglio valutarne la portata. Ciò anche se formalmente, nel dispositivo della sentenza sul caso *Lucano*, non figura l'accusa di favoreggiamento dell'immigrazione clandestina.

2. Il caso francese e la decisione 2018-717/718 QPC del Consiglio costituzionale.

L'espressione «*délit de solidarité*» è stata coniata in Francia verso la metà degli anni Novanta dalle associazioni di difesa dei diritti dell'uomo e dei migranti, di fronte alla recrudescenza delle misure intimidatorie e delle azioni giudiziarie contro privati e associazioni, intervenuti in aiuto dei migranti.

Ciò aveva indotto l'associazione GISTI (*Groupe d'information et de soutien des immigrés*) a lanciare nel 1995 un appello alla firma del c.d. *Manifeste des délinquants de la solidarité*, i cui firmatari, nell'autodenunciarsi per aver aiutato un migrante, chiedevano di essere perseguiti per il reato commesso³.

¹ Cfr. Donnarumma M. R., *Le "délit de solidarité", un oxymore indéfendable dans un État de droit*, in *Revue française de droit constitutionnel*, n° 117, 2019, pp. 45 ss.

² Cfr. il dispositivo della sentenza ([Trib. di Locri, Sezione Penale, ud. 30 settembre 2021](#)) in *Giurisprudenza penale*, 4 ottobre 2021.

³ Nel sottoscrivere questo Manifesto i firmatari, dopo aver ricordato la lunga lista di cittadini e militanti indagati per aver manifestato la propria solidarietà e aiutato dei migranti, affermano: «*Nous sommes tous concernés, parce qu'avant d'être "sans papiers", ces hommes, ces femmes et ces enfants sont des personnes en difficulté, isolées et démunies qui ont des droits et il est de notre devoir de citoyen de les aider dans la dignité et le respect dû à chaque être humain*» («Noi siamo tutti coinvolti, poiché questi uomini, queste donne e questi bambini, prima di essere "sans papiers", sono delle persone in difficoltà, isolate e indifese, che hanno dei diritti ed è nostro dovere di cittadini di aiutarli nella dignità ed il rispetto dovuto ad ogni essere umano»). Indi chiedono «*un changement radical des politiques à l'égard des immigrés et des étrangers*», come anche «*le droit à la*

In Francia in effetti, a partire dal 1938, in cui il clima xenofobo aveva indotto il legislatore ad introdurre quello che in seguito sarà chiamato «*délit de solidarité*», si erano susseguite normative che, pur nel mutato clima dopo la Liberazione, non avevano abolito un tale reato. Tra queste normative ricordiamo le due leggi “Pasqua” del 9 settembre 1986 e del 24 agosto 1993, adottate per giunta, dopo una breve inversione di tendenza, sotto la presidenza di François Mitterand (1981-1995), eletto nel 1981 come candidato del partito socialista.

Addirittura la legge n. 94-1136 del 27 dicembre 1994, recante modifica dell'*ordonnance* n. 45-2658 del 2 novembre 1945, al fine di recepire la Convenzione del 19 giugno 1990 applicativa dell'Accordo di Schengen⁴, e che avrebbe dovuto includere, nella definizione del reato, il perseguimento di «*finis lucratives*», venne adottata senza una tale integrazione perché, secondo la testuale dichiarazione del relatore al Senato, Paul Masson, «*le droit pénal français incrimine en principe des faits ou des agissements sans prendre en considération les motifs qui animent leurs auteurs*»⁵.

La successiva legislazione, diretta ad introdurre una disciplina meno rigida dell'ipotesi di reato e contemplante l'esclusione dell'azione penale in assenza di una «*contrepartie directe ou indirecte*», aveva dato adito, proprio per il riferimento ad una contropartita senza precisarne la natura, ad una deriva interpretativa, che si era spinta fino a considerare, come nel caso dell'agricoltore Cédric Herrou⁶, l'impegno militante a favore dei migranti quale contropartita indiretta.

La normativa era stata poi incorporata nel CESEDA (*Code de l'entrée et du séjour des étrangers et du droit d'asile*) ed enunciata, in particolare, negli articoli L. 622-1, alinea 1⁷ e L. 622-4⁸.

solidarité, contre la logique de l'Europe forteresse», per concludere: «*Alors si la solidarité devient un délit, je demande à être poursuivis pour ce délit!*» (Indi chiedono «un cambiamento radicale delle politiche nei confronti degli immigrati e degli stranieri», come anche «il diritto alla solidarietà, contro la logica dell'Europa fortezza», per concludere: «Quindi, se la solidarietà diviene un reato, io chiedo di essere perseguito per questo reato»).

⁴ Come noto, l'accordo fu firmato il 14 giugno 1985 dal Benelux, dalla Germania dell'Ovest e dalla Francia (c.d. Gruppo di Schengen), al fine di eliminare gradualmente i controlli alle frontiere comuni e rafforzare invece i controlli alle frontiere esterne.

⁵ Paul Masson: «Il diritto penale francese incrimina in linea di principio dei fatti o delle azioni senza prendere in considerazione i motivi che animano gli autori».

⁶ Cfr. C. Herrou, *Change ton monde*, Éd. Les liens qui libèrent, 2020.

⁷ Art. L. 622-1, al. 1 : «*Sous réserve des exemptions prévues à l'article L. 622-4, toute personne qui aura, par aide directe ou indirecte, facilité ou tenté de faciliter l'entrée, la circulation ou le séjour irréguliers, d'un étranger en France sera punie d'un emprisonnement de cinq ans et d'une amende de 30 000 euros*» («Salve le esenzioni previste dall'articolo L. 622-4, chiunque, con aiuti diretti o indiretti, faciliti o tenti di facilitare l'ingresso, la circolazione o il soggiorno illegali di uno straniero in Francia è punito con la reclusione di cinque anni e 30.000 euro di multa»).

⁸ Art. L. 622-4 : «*Sans préjudice des articles L. 621-2, L. 623-1, L. 623-2 et L. 623-3, ne peut donner lieu à des poursuites pénales sur le fondement des articles L. 622-1 à L. 622-3 l'aide au séjour irrégulier d'un étranger lorsqu'elle est le fait: 1° Des ascendants ou descendants de l'étranger, de leur conjoint, des frères et sœurs de l'étranger ou de leur conjoint; 2° Du conjoint de l'étranger, de la personne qui vit notoirement en situation maritale avec lui, ou des ascendants, descendants, frères et sœurs du conjoint de l'étranger ou de la personne qui vit notoirement en situation maritale avec lui; 3° De toute personne physique ou morale, lorsque l'acte reproché n'a donné lieu à aucune contrepartie directe ou indirecte et consistait à fournir des conseils juridiques ou des*

Tali articoli sono stati sottoposti al vaglio del Consiglio costituzionale dalla Corte di cassazione (*chambre criminelle*) ai sensi dell'articolo 61-1 della costituzione contemplante la «*question prioritaire de constitutionnalité*» (QPC).

Il giudice costituzionale, partendo dal presupposto che compete al legislatore assicurare la conciliazione tra il rispetto del principio di fraternità e la salvaguardia dell'ordine pubblico⁹, constata che il legislatore non ha assicurato una conciliazione equilibrata tra i due obiettivi, dal momento che ha penalizzato qualunque aiuto alla circolazione dello straniero in situazione irregolare, anche se complementare dell'aiuto al soggiorno, ivi compreso l'aiuto motivato da un fine umanitario. Di qui la dichiarazione d'incostituzionalità del reato in questione¹⁰, nonché l'enunciazione di una «riserva d'interpretazione», secondo cui le tipologie di aiuto, menzionate all'articolo L. 622-4 *sub* 3, e le relative disposizioni, devono essere interpretate come applicantesi a qualunque «atto di aiuto apportato per un fine umanitario»¹¹.

Trattasi, come è evidente, di una decisione importantissima, che depenalizza l'aiuto al soggiorno e alla circolazione irregolari sul territorio nazionale (non all'ingresso) di uno straniero, in nome del fine umanitario e del principio di fraternità, da cui discende – afferma testualmente il giudice – «*la liberté d'aider autrui, dans un but humanitaire, sans considération de la régularité de son séjour sur le territoire national*»¹².

3. La normativa europea ed internazionale e le raccomandazioni. L'aiuto umanitario.

La Convenzione del 19 giugno 1990 in applicazione dell'Accordo di Schengen impegnava, all'articolo 27, §1, gli Stati contraenti a prevedere sanzioni adeguate nei confronti di chiunque aiutasse o tentasse di aiutare, a fini lucrativi, uno straniero a entrare o soggiornare nel territorio di una Parte contraente in violazione del diritto vigente.

prestations de restauration, d'hébergement ou de soins médicaux destinées à assurer des conditions de vie dignes et décentes à l'étranger, ou bien toute autre aide visant à préserver la dignité ou l'intégrité physique de celui-ci. Les exceptions prévues aux 1° et 2° ne s'appliquent pas lorsque l'étranger bénéficiaire de l'aide au séjour irrégulier vit en état de polygamie ou lorsque cet étranger est le conjoint d'une personne polygame résidant en France avec le premier conjoint» («Fatti salvi gli articoli L. 621-2, L. 623-1, L. 623-2 e L. 623-3, non può dar luogo a procedimento penale in base agli articoli da L. 622-1 a L. 622-3 l'aiuto al soggiorno irregolare di uno straniero quando sia opera: 1°) Degli ascendenti o discendenti dello straniero, del loro coniuge, dei fratelli e delle sorelle dello straniero o del loro coniuge; 2°) Del coniuge dello straniero, della persona che notoriamente convive con lui, o degli ascendenti, discendenti, fratelli e sorelle del coniuge dello straniero o di chi notoriamente vive in situazione coniugale con lui; 3°) Di qualsiasi persona fisica o giuridica, quando l'atto contestato non ha dato luogo ad alcuna contropartita diretta o indiretta e consisteva nella prestazione di consulenza legale o di ristorazione, alloggio o assistenza medica destinati ad assicurare condizioni di vita adeguate e dignitose allo straniero, ovvero qualsiasi altro aiuto volto a preservare la dignità o l'integrità fisica di quest'ultimo. Le eccezioni previste *sub* 1°) e 2°) non si applicano quando lo straniero beneficiario dell'aiuto al soggiorno irregolare vive in uno stato di poligamia o è il coniuge di una persona poligama residente in Francia con il primo coniuge»).

⁹ Cfr. Cons. const., déc. 2018-717/718 QPC du 6 juillet 2018, § 10.

¹⁰ *Ibid.*, § 13.

¹¹ *Ibid.*, § 14.

¹² *Ibid.*, § 8 («libertà di aiutare gli altri, per un fine umanitario, senza considerare la regolarità del loro soggiorno sul territorio nazionale»).

La direttiva 2002/90/CE, adottata il 28 novembre 2002 dal Consiglio dell'Unione europea per lottare contro il favoreggiamento dell'immigrazione clandestina, ha abrogato (art. 5) il citato articolo della Convenzione di Schengen, e impegnato gli Stati membri a sanzionare l'aiuto al soggiorno illegale solo se a scopo di lucro, mentre per l'entrata ed il transito ha lasciato gli Stati liberi di non prevedere sanzioni in caso di aiuto umanitario (art. 1)¹³. Di fronte a una tale formulazione restrittiva rispetto alla precedente normativa, è il caso di sottolineare che la direttiva mira a colpire i traffici criminali e lo sfruttamento degli esseri umani, il che esclude ovviamente qualunque confusione tra il traffico criminale e l'aiuto umanitario.

Per quanto riguarda il Consiglio d'Europa ricordiamo in particolare due risoluzioni dell'Assemblea parlamentare, l'una del 2006, l'altra del 2015.

La risoluzione 1509 del 27 giugno 2006 sui diritti fondamentali dei migranti irregolari cerca di definire i diritti minimi civili, politici, economici e sociali, di cui essi devono godere, deducendoli dai numerosi strumenti internazionali ed europei e dalle relative clausole applicabili¹⁴.

Pur riconoscendo il diritto degli Stati membri di controllare l'ingresso sul proprio territorio degli stranieri e, se del caso, rinviare nel paese di origine i migranti irregolari, l'Assemblea sottolinea l'obbligo di rispettare in ogni caso il diritto internazionale sui diritti dell'uomo, applicantesi a qualunque essere umano indipendentemente dall'origine o condizione. A tal fine la Convenzione europea dei diritti dell'uomo costituisce la garanzia minima, di cui gli Stati devono assicurare l'osservanza e prevenire la violazione nei confronti di persone vulnerabili, quali i migranti irregolari. Inoltre la risoluzione enuncia i diritti minimi in campo economico e sociale, e invita gli Stati a renderne effettivo il godimento.

Nel 2015, di fronte alla recrudescenza di politiche migratorie sempre più restrittive da parte degli Stati e ad un clima xenofobo diffuso e ripetute violazioni delle direttive europee, spingendosi fino a sanzionare in alcuni Stati l'aiuto umanitario e «*prevedendo così un "délit de solidarité"*», l'Assemblea parlamentare adotta una nuova risoluzione (2059 del

¹³ Art. 1: «1. Ciascuno Stato membro adotta sanzioni appropriate: a) nei confronti di chiunque intenzionalmente aiuti una persona che non sia cittadino di uno Stato membro ad entrare o a transitare nel territorio di uno Stato membro in violazione della legislazione di detto Stato relativa all'ingresso o al transito degli stranieri; b) nei confronti di chiunque intenzionalmente aiuti, a scopo di lucro, una persona che non sia cittadino di uno Stato membro a soggiornare nel territorio di uno Stato membro in violazione della legislazione di detto Stato relativa al soggiorno degli stranieri. 2. Ciascuno Stato membro può decidere di non adottare sanzioni riguardo ai comportamenti di cui al paragrafo 1, lettera a), applicando la legislazione e la prassi nazionali nei casi in cui il comportamento abbia lo scopo di prestare assistenza umanitaria alla persona interessata».

¹⁴ In particolare, la Dichiarazione universale dei diritti dell'uomo (1948), il Patto internazionale sui diritti civili e politici (1966), il Patto internazionale sui diritti economici, sociali e culturali (1966), la Convenzione sui diritti del fanciullo (1989), la Convenzione internazionale sull'eliminazione di tutte le forme di discriminazione razziale (1965), la Convenzione n. 143 dell'OIL sulle migrazioni in condizioni illegali e sulla promozione della parità di opportunità e di trattamento dei lavoratori migranti (1975), la Convenzione europea dei diritti dell'uomo (1950), la Carta sociale europea (1961 e 1996), la Convenzione del Consiglio d'Europa sulla lotta contro la tratta degli esseri umani (2005), cui è da aggiungere la Convenzione delle Nazioni Unite sulla protezione dei diritti di tutti i lavoratori migranti e dei membri delle loro famiglie (1990), che però è stata ratificata da pochi Stati membri del Consiglio d'Europa.

22 maggio 2015), sottolineando la necessità di politiche fondate sul rispetto dell'essere umano e della sua dignità. Quindi chiede agli Stati un'applicazione stretta del diritto europeo, l'uso di un linguaggio neutro e la lotta contro stereotipi negativi, la garanzia di accesso ad un'equa procedura per i richiedenti asilo, l'adozione di linee guida di corretta prassi in caso di arresto, custodia, detenzione amministrativa dei migranti, l'autorizzazione allo sbarco di persone soccorse in mare, la lotta contro la tratta dei migranti.

A sua volta la Commissione del Consiglio d'Europa contro il razzismo e l'intolleranza denuncia, nella raccomandazione n. 16 del 16 marzo 2016, l'esistenza di un grave problema di discriminazione nei confronti dei migranti irregolari, e invita i governi degli Stati membri ad assicurarsi che l'aiuto sociale e umanitario «non sia sanzionato penalmente»¹⁵.

Passando alla normativa internazionale ricordiamo la Dichiarazione universale dei diritti dell'uomo del 1948, che all'articolo 1, dopo aver affermato che tutti gli esseri umani nascono liberi ed uguali in dignità e diritti, proclama il principio di fraternità.

Il Protocollo contro il traffico illecito di migranti via terra, aria e mare, addizionale alla Convenzione delle Nazioni Unite contro la criminalità transnazionale organizzata, protocollo ratificato dall'Italia con legge n. 146 del 16 marzo 2006, contempla, nel definire il reato¹⁶, quale elemento costitutivo l'aver ottenuto «un vantaggio finanziario o un altro vantaggio materiale»¹⁷. Di qui l'esclusione di qualunque assimilazione tra traffico illecito di migranti e aiuto umanitario.

Citiamo infine la Dichiarazione sui difensori dei diritti dell'uomo, adottata dall'Assemblea generale delle Nazioni Unite il 9 dicembre 1998¹⁸ per *consensus*, il che conferisce a tale strumento, benché sfornito di forza giuridica, un valore particolare, tanto più che la Dichiarazione rinvia a principi e norme contenuti in strumenti internazionali giuridicamente vincolanti.

Dopo aver affermato l'importanza di promuovere il rispetto universale ed effettivo dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali, conformemente ai principi di cui alla Carta delle Nazioni Unite, alla Dichiarazione universale dei diritti dell'uomo, ai Patti internazionali sui diritti dell'uomo e agli altri strumenti internazionali, l'Assemblea generale delle Nazioni Unite sottolinea il dovere dei membri della comunità internazionale di adempiere i propri obblighi verso tutti gli esseri umani senza distinzione alcuna, e garantirne i diritti, tra cui in particolare il diritto di ciascuno, «individualmente o in associazione con altri, di essere efficacemente protetto dalla legislazione nazionale quando reagisce con mezzi pacifici contro attività e atti, ivi compresi quelli omissivi, imputabili allo Stato e che hanno comportato violazioni dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali».

Da questo quadro sintetico delle fonti europee ed internazionali emerge, oltre la riaffermazione del principio universale del rispetto della dignità umana, la necessità del

¹⁵ Cfr. Raccomandazione cit., § 14.

¹⁶ Cfr. Protocollo cit., art. 3.

¹⁷ *Ibid.*, art. 6, sub a).

¹⁸ In occasione del cinquantesimo anniversario della Dichiarazione universale dei diritti dell'uomo.

fine di lucro («vantaggio finanziario o altro vantaggio materiale») quale elemento imprescindibile per individuare il reato di aiuto al soggiorno o al transito sul territorio di uno Stato di migranti irregolari, onde, inversamente, l'esclusione dell'aiuto umanitario dalla fattispecie penale.

4. Considerazioni conclusive.

Essendo per il momento pubblicato solo il dispositivo della sentenza (di primo grado) sul caso *Lucano*, e non ancora le motivazioni, ovviamente non è possibile esprimere una valutazione dettagliata del merito della decisione del tribunale di Locri.

Tuttavia, ove si consideri la severità della condanna, che ha portato quasi al raddoppio degli anni di carcere richiesti dai pubblici ministeri (sette anni e undici mesi), è lecito domandarsi se i giudici abbiano avuto presente le normative europee ed internazionali e, pur in presenza di violazioni e irregolarità nella gestione del sistema di accoglienza dei migranti a Riace, peraltro considerato un modello anche fuori dei confini italiani, non abbiano ignorato l'assenza di fini lucrativi, onde la possibile eventuale applicazione di circostanze attenuanti generiche o specifiche, soggettive ed oggettive.



DIRITTO PENALE
E UOMO

Criminal Law and Human Condition

www.dirittopenaleuomo.org

redazione@dirittopenaleuomo.org