Università Roma Tre
Diritto penitenziario e Costituzione
European Penological Center

Direttore
Marco Ruotolo

15

Comitato Scientifico

Paolo Benvenuti (emerito Università Roma Tre), Francesco Caprioli (Università di Torino), Marta Cartabia (Università Bocconi di Milano, Presidente emerito Corte costituzionale), Silvia Casale (Presidente Npm Observatory), Massimo Ceresa-Gastaldo (Università Bocconi di Milano), Rosita Del Coco (Università di Teramo), Ombretta Di Giovine (Università di Foggia), Luigi Ferrajoli (emerito Università Roma Tre), Carlo Fiorio (Università di Perugia), Giovanni Maria Flick (emerito Luiss-Guido Carli, Presidente emerito Corte costituzionale), Glauco Giostra (Università La Sapienza di Roma), Elena Larrauri (Università Barcellona Pompeu Fabra), Franco Modugno (emerito Università di Roma La Sapienza, giudice costituzionale), Guido Neppi Modona (emerito Università di Torino, Vice Presidente emerito Corte costituzionale), Tullio Padovani (emerito Scuola Sant'Anna di Pisa), Mauro Palma (Garante nazionale dei diritti delle persone private della libertà personale), Daniel Pastor (Università di Buenos Aires), Marco Pelissero (Università di Torino), Anabela Maria Pinto de Miranda Rodrigues (Università di Coimbra), Jaime Peris Riera (Università di Murcia), Claudio Sarzotti (Università di Torino), Damien Scalia (ULB/Università di Losanna), Dieter Schlenker (Director of the Historical Archives of the European Union), Giovanni Serges (Università Roma Tre), Gaetano Silvestri (emerito Università di Messina, Presidente AIC, Pres. Emerito Corte cost.), Dirk Van Zyl Smit (Università di Nottingham), Francesco Viganò (Università Bocconi di Milano, giudice della Corte costituzionale), Salvatore Zappalà (Università di Catania)

Consiglio

Stefano Anastasia (Università di Perugia), Alessandra Annoni (Università di Ferrara), Gaetano Azzariti (Università di Roma La Sapienza), Giulio Bartolini (Università Roma Tre), Marcello Bortolato (Magistrato), Pietro Buffa (Dirigente penitenziario), Carmelo Cantone (Dirigente penitenziario), Marta Caredda (Università Roma Tre), Paolo Carnevale (Università Roma Tre), Lucia Castellano (Dirigente penitenziario), Mauro Catenacci (Università Roma Tre), Federica Centorame (Università Roma Tre), Adolfo Ceretti (Università di Milano Bicocca), Daniele Chinni (Università Roma Tre), Giulia De Liberis (Università di Teramo), Riccardo De Vito (Magistrato), Angela Della Bella (Università di Milano), Alberto di Martino (Scuola Sant'Anna Di Pisa), Giulia Fiorelli (Università Roma Tre), Davide Galliani (Università di Milano), Fabio Gianfilippi (Magistrato), Patrizio Gonnella (Università Roma Tre), Dario Ippolito (Università Roma Tre), Luca Luparia Donati (Università di Milano), Luca Marafioti (Università Roma Tre), Antonio Marchesi (Università di Teramo), Susanna Marietti (Associazione Antigone), Antonella Massaro (Università Roma Tre), Chantal Meloni (Università di Milano/ECCHR), Dario Melossi (Università di Bologna), Manfredi Merluzzi (Università Roma Tre), Michele Miravalle (Università di Torino), Giulio Napolitano (Università Roma Tre), Karma Natali (Università di Torino), Giuseppe Palmisano (Università Roma Tre), Diletta Perugia (Università di Teramo), Giorgio Pino (Università Roma Tre), Giovanna Pistorio (Università Roma Tre), Marco Pittiruti (Università Roma Tre), Andrea Pugiotto (Università di Ferrara), Francesco Rimoli (Università Roma Tre), Alice Riccardi (Università Roma Tre), Marco Ruotolo (Università Roma Tre), Maria Alessandra Sandulli (Università Roma Tre), Anthony Santilli (Archivio Storico Ventotene), Alessio Scandurra (European Prison Observatory), Giovanni Serges (Università Roma Tre), Giuliano Serges (Università Roma Tre), Silvia Talini (Università Roma Tre), Luisa Torchia (Università Roma Tre), Mario Trapani (Università Roma Tre), Vladimiro Zagrebelsky (Laboratorio Diritti fondamentali, Torino)

Giunta

Giulia Fiorelli – Patrizio Gonnella – Antonella Massaro – Alice Riccardi – Marco Ruotolo

PENA E NUOVE TECNOLOGIE TRA "TRATTAMENTO" E "SICUREZZA"

Atti della I Spring School del Centro di ricerca "Diritto penitenziario e Costituzione – European Penological Center"

Ventotene 20-23 aprile 2022

a cura di

Giulia Fiorelli, Patrizio Gonnella, Antonella Massaro, Alice Riccardi, Marco Ruotolo, Silvia Talini

EDITORIALE SCIENTIFICA
Napoli

Il presente volume è pubblicato con il contributo
del Dipartimento di Giurisprudenza dell'Università degli Studi "Roma Tre"

Proprietà letteraria riservata

Copyright © 2022 Editoriale Scientifica srl
Via San Biagio dei Librai, 39
Palazzo Marigliano
80138 Napoli

www.editorialescientifica.com info@editorialescientifica.com

ISBN 979-12-5976-438-6

Indice

Avvertenza ix

Parte Prima
L'ESECUZIONE DELLA PENA TRA TRADIZIONE
E INNOVAZIONE TECNOLOGICA

Marco Ruotolo, *L'esecuzione della pena tra tradizione e innovazione tecnologica. Un'introduzione* 3

Marco Pelissero, *Il volto della pena e delle misure di sicurezza: profili storici* 17

Stefano Anastasìa, *L'anacronismo del carcere di fronte alle tecnologie dell'informazione* 37

Parte Seconda
IMPIEGO DELLE TECNOLOGIE PER LA PROMOZIONE
DELLA SALUTE E PER IL RICONOSCIMENTO
DEL DIRITTO ALL'AFFETTIVITÀ

Antonella Massaro, *Salute e affettività in carcere: analogie e differenze* 51

Aldo Morrone, *Telemedicina e carcere* 67

Silvia Talini, *L'uso delle tecnologie per il mantenimento dei rapporti affettivi* 85

Lorenza Grossi e Anna Maratea, *La responsabilità per il suicidio in carcere di un paziente psichiatrico. Laboratorio* 105

PARTE TERZA
EVOLUZIONE TECNOLOGICA E PROCESSO PENALE

Giulia Fiorelli, *Innovazione tecnologica e processo penale: uno sguardo d'insieme* 127

Rosita Del Coco, *La "smaterializzazione" del processo penale* 141

Francesco Caprioli, *Neuroscienze e processo penale* 163

Dario Di Cecca, *Indagini genetiche neuroscientifiche ed imputabilità. Laboratorio* 203

Silvia Piergiovanni, *Tecniche neuroscientifiche e giudizio di attendibilità delle dichiarazioni. Laboratorio* 213

PARTE QUARTA
OPPORTUNITÀ E RISCHI DELLE NUOVE TECNOLOGIE
NEL SISTEMA PENALE E PENITENZIARIO

Alice Riccardi, *Opportunità e rischi delle nuove tecnologie nel sistema penale e penitenziario nella prospettiva dei diritti umani* 225

Luca Lupária Donati, *Algoritmi e giustizia predittiva: i giudizi prognostici di fronte all'intelligenza artificiale* 235

Carmelo Cantone, *L'uso della tecnologia per la gestione della sicurezza interna* 249

PARTE QUINTA
RACCONTARE IL CARCERE

Patrizio Gonnella, *I tanti modi per raccontare e conoscere il carcere* 261

Daniela de Robert, *Raccontare il carcere* 283

RELAZIONE CONCLUSIVA

Mauro Palma, *Necessarie transizioni* 297

Notizie sugli Autori 311

Il volume raccoglie gli Atti della I Spring School organizzata dal Centro di ricerca "Diritto penitenziario e Costituzione – European Penological Center", svoltasi a Ventotene nei giorni 20-23 aprile 2022.

Oltre 70 giovani provenienti da tutta Italia hanno partecipato alla Scuola, condividendo con gli organizzatori e con i relatori un'entusiasmante esperienza, arricchita dalla partecipazione attiva ai Laboratori proposti durante il Corso.

***

Il tema dell'impiego delle tecnologie nell'esecuzione penale è stato affrontato da diversi punti di vista, nel segno della multidisciplinarietà e della valorizzazione delle esperienze messe a disposizione da autorevoli professionisti.

Piena è la sintonia con gli obiettivi e con la stessa ragion d'essere del nostro Centro: promuovere ricerche nel segno del dialogo, dell'apertura e del confronto tra cultori e operatori di diverse discipline, mettendole a disposizione dei più giovani studiosi e possibilmente coinvolgendoli nella loro realizzazione.

***

È l'inizio di un cammino che intendiamo proseguire con serietà e determinazione, oltre che con l'entusiasmo che ci contraddistingue e ci unisce.

Le curatrici e i curatori del Volume

Parte Prima
L'ESECUZIONE DELLA PENA TRA TRADIZIONE E INNOVAZIONE TECNOLOGICA

Marco Ruotolo

L'esecuzione della pena tra tradizione e innovazione tecnologica. Un'introduzione

SOMMARIO: 1. Nel luogo giusto. – 2. La prigione riceve solo l'uomo, il delitto resta fuori dalla porta. Traiettorie per l'innovazione del sistema penitenziario. – 3. La tecnologia a servizio della persona. Cenni.

1. *Nel luogo giusto*

È un onore aprire con questo mio breve intervento la I Spring School organizzata a Ventotene-Santo Stefano dal neonato Centro di ricerca «Diritto penitenziario e Costituzione – European Penological Center», dedicata al tema «Pena e nuove tecnologie. Tra trattamento e sicurezza».

In quest'isola, terra di confino, e nella adiacente Santo Stefano, sede del noto "ergastolo", si è fatta una parte importante della storia di Italia e di Europa.

L'isolotto di Santo Stefano, in particolare, rappresenta una cesura per la storia della penalità. Dapprima luogo di mera e severa punizione, poi fucina di un'innovazione possibile.

L'*ex* carcere borbonico è stato, infatti, a lungo luogo esclusivamente di dolore, senza alcuna prospettiva di rieducazione né rispetto del principio di umanizzazione. Le storie di quel penitenziario, sito di segregazione, devono essere conosciute e lo sono grazie all'impegno di molte persone che ho ritrovato qui, dedite, appunto, allo studio della memoria carceraria e soprattutto della storia dell'*ex* carcere di Santo Stefano.

In particolare, l'opera di recupero e valorizzazione dell'istituto, compiuta sotto la encomiabile regia di Silvia Costa, merita davvero un plauso, perché finalizzata a restituire al nostro Paese un

patrimonio fondamentale per lo studio della storia della penalità e insieme in quanto concepita in vista della creazione di un luogo di ricerca sulle attuali problematiche dell'esecuzione della pena, in una dimensione europea se non mondiale, che vede coinvolto in prima fila il nostro Centro.

Ma Santo Stefano è anche il luogo di una svolta storica, messa in atto dal direttore Eugenio Perucatti negli anni Cinquanta del secolo scorso[1], con l'obiettivo di attuare l'art. 27, terzo comma, della Costituzione («*Le pene non possono consistere in trattamenti contrari al senso di umanità e devono tendere alla rieducazione del condannato*»). Un'opera complessa, condotta in un'epoca in cui la disciplina penitenziaria era dettata dal Regolamento penitenziario del 1931 (Regio decreto 18 giugno 1931, n. 787, recante "Regolamento per gli istituti di prevenzione e di pena"), ispirato a principi antitetici rispetto a quelli della sopravvenuta Costituzione[2]. Perucatti voleva attuare la Costituzione, anche se questo significava disapplicare il regolamento. Nel convincimento della forza precettiva della Costituzione, della sua piena normatività, e dei principi del diritto internazionale che si andavano consolidando specie nei documenti europei della metà del secolo scorso. Penso, per tutti, alla Convenzione europea dei diritti dell'uomo e ai divieti ivi sanciti di tortura e di trattamenti inumani e degradanti (art. 3 CEDU).

Eravamo, come si è scritto, alla metà degli anni Cinquanta, in un contesto culturale e normativo che, proprio sul piano dei

[1] Proprio nella Collana che ospita questi *Atti* abbiamo di recente riedito il volume del 1955 di E. Perucatti, *Perché la pena dell'ergastolo deve essere attenuata*, Napoli, 2021. Sul pensiero di Perucatti si veda M. Cartabia, *Filtrerà sempre un raggio di sole*, Napoli, 2022.

[2] Gli elementi caratterizzanti del Regolamento del 1931 sono mirabilmente descritti da Guido Neppi Modona in diverse opere e si legano ai tre "punti di forza" che hanno imperato almeno sino alla riforma penitenziaria del 1975: a) concezione del carcere come «luogo impermeabile e isolato dalla società libera»; b) considerazione della «violenza» come regola di governo dei rapporti tra i detenuti e tra questi e gli agenti penitenziari; c) presenza di una «struttura burocratica rigidamente centra- lizzata e verticistica dell'amministrazione penitenziaria». Cfr. G. Neppi Modona, *Carcere e società civile*, in *Storia d'Italia*, V: *I documenti*, Torino, 1973, 1905; Id., *Ordinamento penitenziario*, in *Digesto discipline penalistiche*, Torino, 1995, vol. IX, 49 ss.; Id., *Carcere e società civile. Una prospettiva storica,* in *www.dirittopenitenziarioecostituzione.it*, 2014.

principi, si caratterizzava per una convergenza straordinaria che, andando al di là del tema dell'esecuzione penale, potrebbe riassumersi nella formula del "mai più Auschwitz". Maturava l'idea, espressa non a caso nel primo articolo della Costituzione tedesca, della intangibilità della dignità della persona, tradotta poi in diverse formule nelle Costituzioni di altri Paesi europei, nelle dichiarazioni e convenzioni internazionali. La dignità della persona quale principio cardine, anche e ovviamente, del processo di integrazione europea.

È qui che la storia si incontra con l'attualità, che la memoria aiuta a comprendere i problemi del presente e si spera ad evitare gli errori del passato.

Perucatti aveva un'idea di carcere aperto, proiettato verso l'esterno: con il lavoro dei detenuti, con la possibilità di incontro con i familiari in un'apposita foresteria, con il cinema realizzato a Santo Stefano al quale potevano accedere anche gli abitanti della vicina isola di Ventotene. In pochi anni la vita interna mutò radicalmente, in nome dell'umanizzazione e della rieducazione, per poi, però, regredire dopo il suo allontanamento, con destinazione ad altra sede. Perucatti era divenuto un personaggio scomodo, il suo coraggio, che era il coraggio della ragione, inviso all'amministrazione centrale.

Ecco quella figura, quella esperienza dovrebbe illuminare il presente, acquisendosi piena consapevolezza del ruolo centrale che la dirigenza penitenziaria (e tutto il personale che opera nel contesto dell'esecuzione delle pene) può assumere per la realizzazione del dettato costituzionale, della sua responsabilità per una lettura del dettato normativo che sia davvero conforme a Costituzione. Troppo spesso si assume un atteggiamento "conservativo", si ha timore di adottare soluzioni "innovative" che in realtà sono attuative di principi fondamentali; si preferisce un atteggiamento "passivo", supino rispetto al dato letterale della legge, anche quando, proprio abbandonando l'interpretazione sistematica, ovvero una lettura della singola previsione che si armonizzi con i valori propri del sistema complessivo, si rischia di giungere a soluzioni contrarie al finalismo rieducativo o in contrasto con lo stesso principio di umanizzazione. È invece proprio l'azione amministra-

tiva, se ben condotta, a poter essere elemento fondamentale per la costruzione di un "diritto vivente" conforme alla Costituzione e agli obblighi internazionali, capace di prevenire il contenzioso, di ricavare dal dettato legislativo quelle virtualità che talora la singola disposizione, letta isolatamente, fuori dal contesto, sembra incapace di esprimere. Certo, vi è poi il ruolo fondamentale della giurisprudenza – interna e internazionale – ma questo dovrebbe pur sempre essere sussidiario, in un certo senso riservato alle ipotesi nelle quali il "risultato" conforme ai principi costituzionali, europei e internazionali non sia raggiungibile mediante l'opera di interpretazione o di attuazione del dettato normativo. Anche perché la risposta giurisprudenziale è per definizione occasionale, legata alle "strettoie" del rapporto tra chiesto e pronunciato.

Ma l'esperienza di Perucatti – e di tanti altri che hanno onorato con il loro servizio l'amministrazione penitenziaria – ci insegna anche qualcos'altro, che di nuovo ha a che fare con l'attuazione della Costituzione. Ci dice che le pene non hanno un senso se la loro espiazione non viene riempita di contenuti positivi, se il "tempo" non è valorizzato con la proposta di svolgimento di attività (di lavoro, di studio, ludiche, sportive, ricreative, di socialità, teatrali, ecc.), non in termini di imposizione, ma di offerta di *chance* per "riappropriarsi della vita". È una dimensione, quella temporale, che si lega necessariamente all'elemento spaziale, imponendo un cambio di paradigma che peraltro è ben riassunto dalla formula delle Regole penitenziarie del Consiglio d'Europa, per cui la vita detentiva deve essere impostata in modo da riflettere, nella misura più ampia possibile, le caratteristiche della vita "libera"[3]. Ne dovrebbe conseguire, infatti, che lo spazio della pena sia definito a partire dal muro di cinta, consentendo di sfruttare l'intero perimetro dell'istituto, potendo indietreggiare fino alla cella (che dovrebbe essere esclusivamente camera di pernottamento) solo per puntuali e serie ragioni di sicurezza. Siamo invece portati a ragionare a

[3] Regola n. 5: «La vita in carcere deve essere il più vicino possibile agli aspetti positivi della vita nella società libera». Regola n. 6: «La detenzione deve essere gestita in modo da facilitare il reinserimento nella società libera delle persone che sono state private della libertà». Le Regole penitenziarie europee, adottate dal Consiglio d'Europea in forma di raccomandazione l'11 gennaio 2006 sono state revisionate il 1° luglio 2020.

partire dalla cella, perché pensiamo agli istituti penitenziari come meri luoghi di segregazione e abbiamo difficoltà a considerare i relativi spazi come possibili ambiti nei quali scandire le diverse attività che dovrebbero riempire il tempo della pena.

Eppure la "decenza" della condizione detentiva – considerata dal Parlamento europeo fattore rilevante anche nella prospettiva della riduzione del numero dei recidivi[4] – non dipende soltanto dallo spazio a disposizione nella cella. Se fosse solo questo il problema, negli istituti non sovraffollati il tasso di recidiva dovrebbe essere quasi azzerato. E invece ben sappiamo che la sua riduzione dipende in modo deciso dal percorso che si è intrapreso, dalla possibilità di accesso a misure alternative e sanzioni sostitutive e, più in generale, dalla capacità di favorire il processo di autorealizzazione, di autodeterminazione del singolo condannato, la cui espressione, come già detto, può essere agevolata ma non imposta dall'istituzione (altrimenti non sarebbe auto, ma etero determinazione). Solo così la pena – quale che sia la forma di espiazione – può risultare "utile", anche per soddisfare quel bisogno di sicurezza tante volte rivendicato come prioritario da chi propone di "buttare la chiave". Non è forse interesse del singolo e della collettività che chi abbia commesso un reato non abbia a commetterlo di nuovo?

A mancare nel nostro Paese non è solo la consapevolezza di quale sia il senso e la funzione della pena in uno Stato democratico, ma è proprio un'adeguata cultura costituzionale che consenta di comprendere questo e altri temi. Non basta parlare di umanizzazione e di rieducazione, occorre saper collocare questi concetti entro la complessiva trama costituzionale, cogliendo la portata e il significato della centralità attribuita alla persona, al libero sviluppo della personalità, connotati essenziali della dignità. Di quella che la Costituzione definisce «pari dignità sociale», perché esito di un processo di rimozione degli ostacoli che limitano di fatto la libertà e l'eguaglianza, impedendo, appunto, il pieno sviluppo della persona umana.

[4] Si veda lettera H dei *Considerando* della Risoluzione del Parlamento europeo del 15 dicembre 2011 sulle condizioni detentive nell'UE, 2011/2897(RSP).

Dobbiamo avere, insieme, l'ambizione di diffondere la cultura costituzionale, specie tra i giovani, di favorire la maturazione di uno spirito europeo fondato sul riconoscimento dei diritti e sulla responsabilità di ciascuno e di tutti.

Ecco perché Ventotene e Santo Stefano costituiscono il "luogo giusto" per intraprendere un cammino che guardi al futuro conservando la memoria del passato. Abbiamo la necessità di non dimenticare, di ricordare, per evitare che ciò che è accaduto – i tanti episodi di negazione della dignità della persona – possa succedere di nuovo.

È un cammino che ci porta, di nuovo, al di là delle questioni relative all'esecuzione delle pene, pur comprendendole, che ci induce a meditare, sempre, sul senso profondo della frase che si legge all'ingresso del blocco 4 di Auschwitz: «Quelli che non ricordano il passato sono condannati a ripeterlo». Ricordare vuol dire, infatti, "riportare al cuore" (la radice è "*ri-ex corde*") per essere capaci di emozioni e soprattutto per essere pronti a reagire. Significa non restare indifferenti davanti alle barbarie di ieri e di oggi, sapersi indignare, avere consapevolezza, come ci ha insegnato Beccaria, che in nessun caso l'uomo può cessare di essere persona e divenire cosa; ove ciò accadesse non avrebbe senso parlare né di libertà, né di dignità[5].

2. *La prigione riceve solo l'uomo, il delitto resta fuori dalla porta. Traiettorie per l'innovazione del sistema penitenziario*

«La prigione riceve solo l'uomo. Il delitto resta fuori dalla porta», si legge all'ingresso del carcere di San Augustín a Valencia, in un'iscrizione che ivi fu collocata dal direttore Manuel Montesinos nel 1836.

È proprio dalla centralità della persona che occorre ripartire nel discorso sulla pena.

La pena – quale che sia la sua forma – dovrebbe servire a restaurare una lacerazione, quella che si è determinata con la com-

[5] C. Beccaria, *Dei delitti e delle pene* (1764), a cura di F. Venturi, Torino, 1965, 50.

missione del reato. Ricostruire un legame sociale o, per usare la formula costituzionale, rieducare, favorire il reinserimento sociale. Sempre mettendo al centro la persona, come si evince anche dalla lettura del terzo comma dell'art. 27 Cost. che, non a caso, usa il termine «condannato» al singolare, riferendosi allo specifico destinatario della sanzione. Ciò colpisce ancor di più se si riflette sul fatto che lo stesso comma si apre declinando il termine pena al plurale, ammettendo dunque diverse possibili sanzioni, rifiutando l'identificazione pena=carcere.

Ma è la trama complessiva della Costituzione che pone al centro la persona, non solo l'art. 27. La stessa pena detentiva dovrebbe essere intesa, infatti, come mera limitazione della *libertà personale*[6]*, con conseguenti restrizioni della possibilità di libera locomozione. Non già in limitazione della libertà della persona*, concetto senz'altro più ampio che si lega a quello di dignità e di libero sviluppo della personalità, ergendosi a precondizione per l'esercizio di tutti i diritti[7]. Ad imporlo, prima e oltre l'art. 27 Cost., è l'esigenza di permettere, in ogni circostanza, l'espressione e l'espansione della personalità individuale[8], secondo quando chiaramente si desume dalla lettura, almeno, degli artt. 2, 3 e 13, primo comma, della Costituzione. Se così non fosse – per tornare alla frase poco sopra citata di Cesare Beccaria – la persona sarebbe ridotta a cosa e non avrebbe più senso parlare né di dignità né di libertà.

È questa la ragione – semplice, ma non scontata – che ha condotto ad affermare, nella disposizione di apertura dell'ordinamento penitenziario, che le persone sottoposte all'esecuzione di una pena, ivi compresi i detenuti, restano titolari di situazioni giuridiche soggettive analoghe a quelle delle persone libere[9].

[6] Per più ampie considerazioni al riguardo rinvio a M. RUOTOLO, *Diritti dei detenuti e Costituzione*, Torino, 2002, 47 ss.

[7] F. MODUGNO, *I «nuovi diritti» nella giurisprudenza costituzionale*, Torino, 1995, 11.

[8] In termini non dissimili, Corte cost., sent. n. 349 del 1993, ove si legge: «chi si trova in stato di detenzione, pur privato della maggior parte della sua libertà, ne conserva sempre un residuo, che è tanto più prezioso in quanto costituisce l'ultimo ambito nel quale può espandersi la sua personalità».

[9] Come è scritto nell'art. 1, comma 3, della legge 26 luglio 1975, n. 354, recante

Il problema, semmai, è quello della concreta possibilità di esercizio dei diritti, dei limiti entro i quali la loro compressione sia *de iure* ammissibile e delle condizioni che ne pregiudichino *de facto* il godimento. Entrambi i punti sono rilevanti: i primi per ragionare su quale sia, di volta in volta, il punto di estrema tensione oltre il quale la restrizione all'esercizio si traduca in misura ingiustificatamente afflittiva, come tale in contrasto con il principio di umanizzazione e con il finalismo rieducativo delle pene (art. 27, terzo comma, Cost.); il secondo per mettere in campo azioni che siano capaci di rimuovere quelli che sono propriamente ostacoli che impediscono il pieno sviluppo della persona umana, peraltro potenzialmente idonei a pregiudicare il perseguimento dell'obiettivo del reinserimento sociale.

Per il primo versante, indicazioni fondamentali le traiamo dalla giurisprudenza costituzionale. Per limitarsi all'essenziale[10], individuando un criterio di orientamento idoneo a valutare la legittimità delle limitazioni *de iure* all'esercizio dei diritti, credo sia sufficiente richiamare un passo della sent. n. 135 del 2013 della Corte costituzionale: «l'estensione e la portata dei diritti dei detenuti può […] subire restrizioni di vario genere unicamente in vista delle esigenze di sicurezza inerenti alla custodia in carcere. In assenza di tali esigenze, la limitazione acquisterebbe un valore afflittivo supplementare rispetto alla privazione della libertà personale, non compatibile con l'art. 27, terzo comma, della Costituzione». Sono operazioni delicate di bilanciamento, che, come ancora specificato dalla Corte, possono sì determinare come esito un decremento di tutela di un diritto fondamentale, ma sempre che ad esso faccia

l'ordinamento penitenziario (d'ora in poi, ord. penit.), «ad ogni persona privata della libertà sono garantiti i diritti fondamentali».

[10] Rinvio per approfondimenti al mio *Tra integrazione e maieutica: Corte costituzionale e diritti dei detenuti*, in *Rivista telematica dell'Associazione Italiana dei Costituzionalisti*, *www.rivistaaic.it*, fasc. 3/2016, 1 ss. (pubblicato anche in Corte costituzionale, *Per i sessanta Anni della Corte costituzione*, Atti del Convegno scientifico svoltosi a Roma, Palazzo del Quirinale – Palazzo della Consulta, nei giorni 19 e 20 maggio 2016, Milano, 2017, 527 ss.). Una ricerca di sicuro pregio, che interessa anche il tema dei diritti "emergenti" nell'ambito dell'esecuzione della pena, è quella di S. Talini, *La privazione della libertà personale: metamorfosi normative, apporti giurisprudenziali, applicazioni amministrative*, Napoli, 2018.

riscontro un corrispondente incremento di tutela di altro interesse di pari rango (sent. n. 143 del 2013).

Le implicazioni di questo discorso sono molteplici e sono state sviluppate dalla Corte costituzionale in tanti suoi interventi, ma ciò che in questa sede interessa ribadire è che le stesse si fondano proprio su quel concetto che si trova sinteticamente espresso nella frase che Montesinos ha voluto iscrivere all'ingresso del carcere di Valencia. I termini li troviamo, di nuovo, in un'altra sentenza della Corte costituzionale: «La personalità del condannato non resta segnata in maniera irrimediabile dal reato commesso in passato, foss'anche il più orribile; ma continua ad essere aperta alla prospettiva di un possibile cambiamento». È una prospettiva che non soltanto «chiama in causa la responsabilità individuale del condannato nell'intraprendere un cammino di revisione critica del proprio passato e di ricostruzione della propria personalità», ma impone una «correlativa responsabilità della società nello stimolare il condannato ad intraprendere tale cammino, anche attraverso la previsione da parte del legislatore – e la concreta concessione da parte del giudice – di benefici che gradualmente e prudentemente attenuino, in risposta al percorso di cambiamento già avviato, il giusto rigore della sanzione inflitta per il reato commesso, favorendo il progressivo reinserimento del condannato nella società» (sent. n. 149 del 2018).

Vi è poi il versante delle limitazioni *de facto*, di quelli che sono propriamente gli ostacoli all'esercizio dei diritti che non dipendono da preclusioni normative, ma dalla peculiarità della condizione detentiva (pensiamo, tra i molti esempi possibili, alle difficoltà per l'esercizio del diritto di voto o per la frequenza dei corsi scolastici). Tali ostacoli sono diseguaglianze da rimuovere, nella prospettiva e nella logica dell'art. 3, secondo comma, Cost. Tanto più che proprio il «pieno sviluppo della persona umana», al cui impedimento quest'ultima disposizione si riferisce per qualificare gli ostacoli da rimuovere, è elemento coessenziale al percorso di reinserimento sociale, a quella "rieducazione" cui la pena deve tendere, ai sensi dell'art. 27, terzo comma, Cost.[11].

[11] Ho provato di recente a sviluppare questo ragionamento in M. RUOTOLO, *La*

Le strategie di "innovazione" del sistema penitenziario dovrebbero articolarsi su entrambi i versanti, rimuovendo le limitazioni *de iure* all'esercizio dei diritti che non trovino fondamento in puntuali esigenze di sicurezza o che non siano comunque realmente giustificate dall'esigenza di determinare un corrispondente incremento di tutela di altro interesse di rango costituzionale rispetto a quello oggetto di compressione, e superando gli ostacoli *de facto* preclusivi di un percorso di possibile espressione della personalità del singolo. Ciò significa, necessariamente, prefigurare interventi che interessino sia il piano normativo sia quello amministrativo.

La cornice dovrebbe essere data, finalmente, dall'adesione all'idea per cui la legittima risposta di giustizia debba essere tesa a responsabilizzare in vista del futuro, più che a porre rimedio al passato, entro un orizzonte che guardi alla pena come occasione di restaurazione di un legame, di re-inclusione[12].

Non sono mancati, negli ultimi anni, tentativi di revisione del sistema normativo dell'esecuzione penale che si muovevano nella direzione auspicata, alcuni dei quali – penso alle riforme del 2018 – solo parzialmente riusciti. È stata anche tentata la via di una revisione organica, particolarmente sostenuta con l'iniziativa degli Stati generali sull'esecuzione penale nel 2015-2016[13], poi ulteriormente declinata dalla Commissione ministeriale presieduta nel 2017 dal Prof. Giostra attraverso l'elaborazione di schemi di decreti legislativi delegati[14] la cui integrale approvazione avrebbe

libertà della persona in stato di detenzione, in *Osservatorio dell'Associazione Italiana dei Costituzionalisti*, *www.osservatorioaic.it*, 2 novembre 2021, fasc. 6/2021, 1 ss.

[12] Seguendo gli insegnamenti di P. Ricoeur, *Il diritto di punire*, testi del 1958 e del 2002, raccolti da L. Alici, Brescia, 2012, 82.

[13] Gli Stati generali sull'esecuzione penale sono stati un'importante occasione di riflessione, promossa dal Ministro Orlando, con il coinvolgimento di oltre 200 persone (operatori penitenziari, magistrati, avvocati, docenti, esperti, rappresentanti della cultura e dell'associazionismo civile), chiamate a lavorare su 18 tavoli tematici. I lavori si sono svolti nel periodo maggio 2015-aprile 2016 e i risultati sono pubblicati sul sito del Ministero della Giustizia (*www.giustizia.it*).

[14] Per l'attuazione della legge di delega 23 giugno 2017, n. 203, il cui processo di formazione si era concluso dopo la presentazione della *Relazione finale* degli Stati generali (avvenuta nell'aprile 2016).

significativamente inciso sull'ordinamento penitenziario. Il risultato non è stato raggiunto, per resistenze politiche senz'altro acutizzate dalla conclusione dei lavori a ridosso della fine della legislatura[15]. Più di recente, un altro tentativo è stato quello elaborato dalla Commissione per l'innovazione del sistema penitenziario, istituita con D.M. 13 settembre 2021 e presieduta dal sottoscritto, avente un perimetro di azione assai diverso, rivolto a migliorare, attraverso la proposta di puntuali interventi, la quotidianità penitenziaria. In un comune percorso ideale, si è cercato, attraverso le proposte della Commissione, di valorizzare le previsioni già contenute nella normativa primaria, suggerendo molteplici interventi sul regolamento di esecuzione del 2000 (d.P.R. 30 giugno 2000, n. 230) e diverse azioni amministrative. In taluni casi, quando gli ostacoli da rimuovere si trovavano nella legge, si è ritenuto necessario proporre puntuali modifiche della stessa. In sostanza, la Commissione ha proposto interventi sulla normativa primaria soltanto quando indispensabili al perseguimento degli obiettivi, provando soprattutto a incidere sul regolamento che ne ha dato esecuzione e suggerendo azioni amministrative che si pongano nella direzione di una lettura costituzionalmente orientata delle vigenti previsioni legislative.

Non è questa la sede per riassumerne gli ampi contenuti, descritti nella Relazione conclusiva[16], i tanti piccoli passi che potrebbero segnare un diverso cammino delle modalità stesse di esecuzione della pena. Passi che – riferendosi alle molte proposte di revisione del Regolamento – stavano per essere compiuti con la sottoposizione delle stesse all'esame del Consiglio dei Ministri. Purtroppo, la crisi politica del luglio 2022 che ha portato alle dimissioni del Governo presieduto da Mario Draghi ha interrotto questo cammino, non rientrando l'approvazione delle revisioni al regolamento penitenziario nel perimetro del "disbrigo degli affari correnti" entro il quale l'esecutivo è costretto. Lo si scrive,

[15] La Commissione Giostra ha lavorato dal luglio 2017 e consegnato la relazione finale a inizio febbraio 2018; la XVII legislatura si è chiusa il 22 marzo 2018.

[16] Il testo è reperibile al seguente link: *www.giustizia.it/cmsresources/cms/documents/commissione_RUOTOLO_relazione_finale_17dic21.pdf.*

naturalmente, dopo lo svolgimento della Spring School, con toni diversi rispetto a quelli espressi nella relazione svolta a Ventotene. Toni ora velati da pessimismo, ma anche dalla consapevolezza di aver messo per tempo a disposizione materiali normativi che avrebbero potuto segnare un importante cambio di passo, con un ragionevole anticipo rispetto alla scadenza naturale della legislatura[17]. E con la speranza, naturalmente, che quel lavoro possa essere ripreso e sviluppato in un prossimo futuro, contribuendo ad un cambiamento culturale che, nella logica progressiva propria della politica e delle cose umane, possa poi essere premessa anche per una più ampia riforma organica del sistema. Non è da sottovalutare, peraltro, il "seguito" dei lavori della Commissione compiuto per via amministrativa, esemplato, tra l'altro, da un deciso cambiamento che ha interessato i piani della formazione del personale. È un tassello non piccolo, avendosi consapevolezza dell'importanza dei ruoli e delle funzioni esercitate nell'ambito dell'esecuzione penale che, nella loro diversità, debbono considerarsi comprese in unico universo funzionale il cui obiettivo è, appunto, la ricostruzione del legame sociale, il reinserimento, la rieducazione. Né può tacersi la rilevanza della recente approvazione governativa dello schema di decreto legislativo di riforma della giustizia penale, che interessa non solo il processo penale, ma anche il sistema sanzionatorio, peraltro introducendo una disciplina organica della giustizia riparativa[18].

[17] La Commissione per l'innovazione del sistema penitenziario ha consegnato la relazione finale comprensiva di tutte le proposte di revisione redatte in articolato e con note esplicative nel dicembre 2021. La scadenza naturale della legislatura sarebbe stata nella primavera del 2023; l'improvvisa crisi politica che ha investito il Governo presieduto da Mario Draghi si è avuta, come già ricordato, nel luglio 2022. Ciò ha impedito la possibilità dell'esame e dell'approvazione delle proposte di revisione del regolamento penitenziario elaborate dalla Commissione per l'innovazione del sistema penitenziario, nonostante, prima della crisi, si fosse profilata la loro presentazione al vaglio del Consiglio dei Ministri entro il mese di settembre 2022.

[18] Il testo è stato approvato dal Consiglio dei Ministri il 4 agosto 2022 ed è reperibile al seguente link: *www.sistemapenale.it/it/documenti/riforma-processo-penale-testo-schema-decreto-e-relazione-illustrativa*.

3. *La tecnologia a servizio della persona. Cenni*

Per quanto riguarda, in particolare, gli aspetti legati alla tecnologia, oggetto di diversi approfondimenti nel corso della Spring School, occorre qui senz'altro ricordare, schematicamente, le seguenti proposte elaborate dalla Commissione per l'innovazione del sistema penitenziario, che interessano sia il versante della "sicurezza" sia quello del "trattamento": uso di sistemi anti-drone, *metal detector* fissi, *body scanner* per impedire l'accesso di oggetti la cui disponibilità non è consentita alle persone detenute; potenziamento dell'utilizzo delle comunicazioni a distanza per il mantenimento dei rapporti affettivi, con l'implementazione del sistema dei videocolloqui (lasciando alla persona detenuta la scelta se considerarli sostitutivi di telefonata o di colloquio in presenza), e per favorire il completamento dei percorsi di istruzione (positive appaiano al riguardo le recenti linee guida elaborate dalla Conferenza Nazionale dei delegati dei Rettori per i poli universitari penitenziari insieme al DAP e al DGMC sui percorsi di studio universitario). La tecnologia andrebbe poi opportunamente impiegata per consentire l'individuazione e l'identificazione degli operatori nel corso delle perquisizioni, secondo una linea direttiva già indicata dal DAP in risposta ad una raccomandazione del Garante nazionale dei diritti delle persone private della libertà personale.

La Commissione per l'innovazione del sistema penitenziario ha inoltre condiviso ulteriori proposte, per alcune delle quali è auspicabile una positiva collaborazione tra Ministero della Giustizia e Ministero per l'innovazione tecnologica e la transizione digitale: standardizzazione del sistema "MOVE", in uso presso l'istituto di Rebibbia Nuovo Complesso, che consente di gestire la circolazione dei detenuti dai reparti detentivi verso le varie zone dell'istituto (senza aggravare i carichi di lavoro del personale e garantendo una migliore fruizione dei servizi); implementazione del controllo biometrico per semplificare in sicurezza le operazioni di accesso dei familiari che si recano ai colloqui; creazione di pagine di supporto per la gestione amministrativa del personale (modello Provveditorato per la Campania); realizzazione di *totem touch* per le richieste dei detenuti (con un terminale multimediale, fruibile in

diverse lingue, che consenta di sostituire il cartaceo per una gestione telematica delle richieste: c.d. domandine mod. 393, ordini di sopravvitto mod. 72, istanze indirizzate alla magistratura tramite matricola ecc.); al fine di agevolare il mantenimento delle relazioni affettive, disponibilità di telefoni cellulari, pur se non generalizzata, ed esclusa, specificamente, ove vi siano particolari esigenze cautelari, legate a ragioni processuali o alla pericolosità dei soggetti (andrebbero peraltro definiti tempi e modalità di utilizzo da parte dell'Amministrazione e consentito l'acquisto al sopravvitto, senza costi per l'Amministrazione e con costi minimi per i detenuti, di apparecchi mobili configurati in maniera idonea e funzionale, con le dovute precauzioni operative ossia senza scheda e con la possibilità di chiamare solo i numeri autorizzati per evitare qualsiasi forma di utilizzo indebito); informatizzazione dei registri in uso; introduzione di APP per la prenotazione del colloquio da parte dei familiari; incentivazione del possesso di computer per i detenuti, da acquistare al sopravvitto; introduzione di servizi a pagamento (per esempio lavatrici a gettoni) come già avviene in alcuni istituti per i distributori di bevande e snack.

Sono soltanto alcuni punti di un lavoro molto articolato che, come recita il titolo della Spring School, intende porre al centro la questione dell'impiego delle tecnologie per favorire tanto la "sicurezza" negli Istituti quanto un più efficace "trattamento" della persona detenuta, peraltro determinando un auspicabile e non trascurabile alleggerimento del lavoro del personale. Sempre ponendo al centro la persona e dunque mettendo la tecnologia al suo servizio.

Marco Pelissero

Il volto della pena e delle misure di sicurezza: profili storici

Sommario: 1. Il fondamento unitario del controllo penale e lo sviluppo storico non lineare del sistema sanzionatorio. – 2. Alle radici del polifunzionalismo e la politica sanzionatoria del regime fascista. – 3. Conservatorismo e innovazione nella lettura dei principi costituzionali. – 4. Polifunzionalismo e funzione rieducativa: le fasi di sviluppo della sanzione nell'evoluzione storica. – 5. Frattura e continuità storica nella disciplina delle misure di sicurezza: modernità terapeutica e securitarismo.

1. *Il fondamento unitario del controllo penale e lo sviluppo storico non lineare del sistema sanzionatorio*

Tracciare in chiave storica il volto della pena, o meglio delle pene, e delle misure di sicurezza entro lo spazio di un intervento significa, anzitutto, trovare una chiave di lettura di uno sviluppo che si presenta articolato e complesso, soprattutto non lineare. Anche il progressivo riconoscimento dei diritti individuali che godono di copertura costituzionale non ha trovato sempre corrispondenza nella struttura del sistema sanzionatorio e nella disciplina di esecuzione, o meglio l'evoluzione nella interpretazione di questi principi ha visto uno scollamento tra affermazioni teoriche, che si sono nel tempo affinate valorizzando la tutela dei diritti individuali, e funzionamento reale del sistema. La non linearità dello sviluppo storico di pene e misure di sicurezza dipende dal fatto che il diritto penale è particolarmente sensibile al clima politico e lo è ancor di più quando le scelte toccano il sistema sanzionatorio, sul quale spesso di gioca l'acquisizione del consenso elettorale, in chiave ovviamente di inasprimento del trattamento sanzionatorio a fini di rassicurazione securitaria.

Partirei con l'indicare due elementi che mi servono da chiavi di lettura di sviluppo del sistema, ossia la pluralità e la dicotomia di funzioni degli strumenti di controllo penale: la pluralità di funzioni, quando ci muoviamo entro il sistema delle "pene" in senso stretto; la dicotomia di funzioni, quando guardiamo al rapporto storico tra pene e misure di sicurezza.

La pluralità di funzioni delle pene connota da sempre la riflessione sul significato del controllo penale: sono funzioni proposte autonomamente o sovrapposte, ma tutte condividono un elemento unitario che ne costituisce il fondamento. La pena è sempre concepita come strumento di consolidamento e ristabilimento, in caso di infrazione, di un ordine costituito, indipendentemente dal tipo di ordinamento: può trattarsi di un ordine religioso; della laica potestà del principe; del contratto sociale nell'utilitarismo di Cesare Beccaria fautore della pena minima necessaria; nell'ordine morale sul quale si fonda il "giure penale filosofico" nell'impostazione della Scuola classica; nell'imperativo etico della riflessione kantiana; nella società da difendere dall'autore da risocializzare, intimidire o neutralizzare secondo l'impostazione della pena di scopo prefigurata da Franz von Liszt; nel dovere di obbedienza (a prescindere dal contenuto del dovere) nell'impostazione della Scuola di Kiel; nello Stato etico dello Stato fascista; nella coesione sociale e nella tutela dei beni giuridici nella prospettiva costituzionale. Anche quando la Scuola positiva ha condotto la riflessione penalistica fuori dal dominio delle pene retributive per legittimare il controllo penale attraverso misure di difesa sociale, era ancora una volta la difesa dell'ordine sociale costituito a giustificare tali misure nei confronti di autori di reato, ritenuti pericolosi non per aver esercitato libere scelte d'azione, ma perché deterministicamente condizionati da una pluralità di fattori criminogeni personali, sociali, ambientali.

Dunque, in relazione al suo fondamento, la pena assolve sempre ad una funzione di stabilizzazione del sistema come sottolinea Günther Jakobs, con lo scopo di ristabilimento di un ordine costituito e rinsaldare la fiducia che i consociati ripongono nelle norme che lo costituiscono[1]. Tuttavia, questa funzione è un involucro

[1] G. Jakobs, *La pena statale. Significato e finalità*, Napoli, 2019.

"vuoto", "avalutativo" che potrebbe diventare strumento duttile e perverso: duttile, perché può essere servente al raggiungimento dei più diversi scopi di politica criminale, da quelli solidaristici a quello di tutela arbitraria del potere costituito; perverso, perché il diritto penale costituisce, come ben evidenziava Franz von Liszt, un'arma a doppio taglio che tutela beni giuridici attraverso l'offesa di altri beni giuridici.

Guardate dalla prospettiva del loro fondamento, pene e misure di sicurezza costituiscono, dunque, strumenti di un modello unitario di intervento, pur giocando secondo logiche di legittimazione antitetiche nei binomi "libero arbitrio – retribuzione" ovvero "pericolosità – difesa sociale", con ciò che ne conseguiva sul piano delle garanzie inerenti alla durata ed al contenuto degli strumenti sanzionatori.

Se dal fondamento del controllo penale spostiamo l'attenzione sugli scopi di pene e misure di sicurezza, la riflessione muta. Parto da una considerazione relativa al vigente sistema sanzionatorio per interrogarmi sul significato che l'indagine storica può avere come sua lente di lettura.

Il sistema sanzionatorio italiano vede, accanto al pacifico riconoscimento del polifunzionalismo delle pene, la permanenza del doppio binario, il che genera problemi di prospettiva e di inquadramento generale. Il doppio binario, infatti, si giustificava nella prospettiva del codice penale Rocco in termini di forte differenziazione tra pene, ancorate alla retribuzione, e misure di sicurezza, applicate in funzione preventiva. Questa divaricazione di funzioni si stempera nel momento in cui la giurisprudenza della Corte costituzionale accoglie l'idea della pena polifunzionale: come vedremo, si tratta di un polifunzionalismo "guidato", perché la Corte costituzionale fissa alcuni limiti alla combinazione – non del tutto libera – tra retribuzione, prevenzione generale e prevenzione speciale, ma fissa alcuni limiti nella dosimetria di queste funzioni. Al contempo, però, il sistema sanzionatorio a doppio binario rimane ancorato, attraverso la persistenza delle misure di sicurezza, alla originaria impostazione dicotomica: il fatto che la Corte costituzionale abbia mantenuto ferma la legittimazione costituzionale delle misure di sicurezza più critiche, quelle detentive per i soggetti imputabili,

dimostra quanto persistente sia la legittimazione della originaria dicotomia tra pene e misure di sicurezza. Sul punto tornerò.

2. *Alle radici del polifunzionalismo e la politica sanzionatoria del regime fascista*

Il polifunzionalismo delle pene si spiega per stratificazione storica di correnti di pensiero che hanno dato rilevanza alle diverse funzioni. L'utilitarismo di Cesare Beccaria poneva l'accento sulla previsione di pene minime necessarie, ossia quelle che, con il minor sacrificio possibile, fossero in grado di assicurare la prevenzione rispetto a fatti disfunzionali al mantenimento del patto sociale. La scuola classica valorizzava la funzione retributiva rispetto ad un fatto espressivo del cattivo esercizio del libero arbitrio. In entrambe le impostazioni la riflessione sulle funzioni della pena ha valorizzato le garanzie individuali come limite all'esercizio del potere punitivo: il limite era già chiaro nell'impostazione di Beccaria, per il quale la pena si giustifica nella misura in cui sia quella minima necessaria a garantire l'effetto preventivo (una impostazione che aveva portato a marginalizzare, se non in situazione estreme, la legittimità della pena di morte). Il limite di garanzia fu ancor più evidente nell'impostazione retributiva della scuola classica, dove il principio di proporzione diventò limite del *quantum* di pena.

La scuola positiva valorizzò la prevenzione speciale in funzione di difesa sociale: questa corrente di pensiero rappresentò uno snodo fondamentale nello sviluppo del pensiero penalistico, in quanto segnò il passaggio dall'analisi del reato, secondo l'impostazione astratta e deduttiva propria della Scuola classica, all'analisi dell'autore, secondo una prospettiva induttiva e attenta ai fattori predisponenti alla commissione del reato.

Scuola classica e scuola positiva hanno rappresentato in ogni caso modelli monostici di controllo penale: la prima concepiva pene che presupponevano il libero arbitrio ed il codice penale Zanardelli ne fu interprete, tanto da estromettere dalla disciplina penale l'autore non imputabile che dopo la sentenza di proscioglimento usciva fuori dalla sfera di controllo della giustizia penale; la

seconda riteneva necessarie misure di difesa sociale contro l'autore pericoloso, imputabile o non imputabile.

Ugualmente monistico fu il sistema delle pene di scopo proposto da Franz von Liszt: il controllo penale si esercita tramite pene, tipologicamente diverse in ragione della diversità di funzioni e di autori. La pena non è in sé polifunzionale, ma le sue funzioni si segmentano in relazione al destinatario: intimidazione nei confronti dei delinquenti occasionali; risocializzazione nei confronti dei soggetti bisognosi di risocializzazione; neutralizzazione nei confronti degli irrecuperabili.

La politica criminale del regime fascista segnò elementi di continuità e di rottura con il precedente sistema, come è oramai stato ampiamente riconosciuto dalla riflessione storico-penalistica[2]. Da un lato, il regime accentuò l'impostazione retributiva e generalpreventiva, pregiudicando le garanzie che la legislazione liberale aveva ereditato dall'illuminismo: inasprì le pene rispetto al codice penale Zanardelli; reintrodusse sin dal 1926, con la legge sulla difesa dello Stato, la pena di morte per i reati di natura politica, per poi utilizzarla più ampiamente qualche anno dopo nel codice penale; irrigidì l'imputazione attraverso la responsabilità oggettiva, ampiamente diffusa nelle disposizioni di parte generale e di parte speciale, comminando pene severe, qualora dal fatto derivino conseguenze non volute.

Il regime esasperò la prevenzione speciale negativa nel regolamento carcerario del 1931, rafforzando l'eterotopia dello spazio carcerario ben presente già nel regolamento carcerario del 1891: il carcere rimane luogo impenetrabile e isolato dalla società esterna, dominato da un clima di violenza tra detenuti e tra detenuti e custodi e strutturato secondo una rigida burocrazia verticistica; i detenuti perdevano la propria identità storica (anche nel nome sostituito dal numero), esattamente come il gruppo di ragazzi e ragazze rapiti e condotti nella casa di campagna nel film di Pasolini, "Salò o le 120 giornate di Sodoma", rappresentazione cinematografica

[2] Sulla politica criminale del regime, si rinvia a G. Neppi Modona, M. Pelissero, *La politica criminale durante in fascismo*, in *La criminalità*, a cura di L. Violante, *Storia d'Italia. Annali* 12, Torino, 1997, 757 ss; L. Lacchè, *Il diritto del Duce. Giustizia e repressione nell'Italia fascista*, Roma, 2015.

dell'arbitrio del potere. Non mancò la declinazione della prevenzione speciale in relazione alle esigenze dello Stato etico di massa: il Ministro della giustizia, Dino Grandi, nel 1941propose, con un titolo evocativo "Bonifica umana"[3], una riforma del sistema sanzionatorio e penitenziario in chiave di educazione forzata allo spirito della rivoluzione fascista che avrebbe dovuto permeare il programma di recupero del detenuto a *cives* dello stato autoritario. Non è un caso che qualche anno prima, un altro esponente della dottrina penalistica molto vicino al regime, Giuseppe Maggiore, giustificò lo scardinamento del principio di legalità in favore dell'analogia delle norme penali in conformità allo spirito della rivoluzione fascista così come espressa dal pensiero del Duce[4]: la rivoluzione fascista avrebbe dovuto permeare la legalità penale, nella interpretazione delle norme da parte di giudici capaci di esprimere il nuovo corso, e plasmare nella fase esecutiva la personalità dei detenuti.

Soprattutto, però, la politica sanzionatoria del regime segnò l'abbandono dei modelli monistici proposti dalla scuola classica, della scuola positiva ed anche dalla *Zweckstrafe* di von Liszt[5], costruendo il modello del doppio binario presentato come la quadratura del cerchio tra le impostazioni antitetiche di scuola classica e scuola positiva. Dalla Relazione ministeriale al codice penale emerge la particolare enfasi con la quale la proposta venne presentata ed anche, in alcuni dei giudizi dati dalla magistratura, i dubbi sulla concreta operatività del sistema. Non mancò chi, a dire il vero forzatamente, cercò di leggere anche le misure di sicurezza in termini retributivi: in tal senso Alfredo De Marsico affermò che le misure di sicurezza seguono alla violazione di un precetto che vieta di tenere le condotte che fondano per legge il giudizio di pericolosità[6].

[3] D. Grandi, *Bonifica umana. Decennale delle leggi penali e della riforma penitenziaria*, Roma, 1941.

[4] G. Maggiore, *Diritto penale totalitario nello Stato totalitario*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1939, 140 ss.

[5] F. von Liszt, *La teoria dello scopo nel diritto penale* (1905), traduzione di A. Calvi, Milano, 1962.

[6] A. De Marsico, *Delle misure amministrative di sicurezza*, in *Il codice penale illustrato articolo per articolo*, a cura di U. Conti, Milano, 1934, 834 ss.; Id., *Unità o dualismo?*, in *Studi in onore di S. Longhi*, Roma, 1935, 289 ss.

3. *Conservatorismo e innovazione nella lettura dei principi costituzionali*

Il contesto storico nel quale si era sviluppato il dibattito sulle funzioni della pena ha per molto tempo condizionato la lettura delle due norme costituzionali che direttamente interessano il sistema sanzionatorio. Dell'art. 27, comma 3 Cost. si propose una lettura riduttiva sul ruolo della funzione rieducativa, marginalizzata in fase esecutiva e ridotta a dimensione solo eventuale entro il contesto di una lettura polifunzionale della pena[7]: in tal modo si manteneva ferma la centralità della retribuzione come giustificazione delle pene. Il richiamo alle misure di sicurezza nell'art. 25 comma terzo Cost., invece, è stato letto come costituzionalizzazione del doppio binario[8]. In tal modo, pena retributiva e legittimazione vincolante delle misure di sicurezza riproponevano, e rafforzavano con la copertura della Carta fondamentale, l'impostazione dicotomica del codice Rocco.

La riflessione sulle funzioni di pene e misure di sicurezza è, però, nel tempo profondamente mutata per effetto di scelte legislative e della giurisprudenza della Corte costituzionale[9].

Cambia la lettura polifunzionale, perché lo scopo rieducativo da marginale diventa centrale attraverso la modernizzazione della lettura dell'art. 27, comma terzo Cost. e della garanzia dell'art. 3 CEDU (quest'ultima è stata determinante nella contrazione delle condizioni di legittimazione dell'ergastolo e delle misure di sicurezza di durata indeterminata).

La riforma dell'ordinamento penitenziario del 1975 con l'apertura ai percorsi extracarcerari non sarebbe stata possibile senza la consapevolezza dei limiti della rieducazione in carcere e senza l'interpretazione dell'art. 27, comma terzo nei termini di risocializ-

[7] Sulla lettura dell'art. 27, comma 3 Cost., v. G FIANDACA, *Art. 27, terzo comma*, in *Commentario alla Costituzione*, a cura di G. Branca e A. Pizzorusso, Roma, 1991, 222 ss.

[8] I. CARACCIOLI, *I problemi generali delle misure di sicurezza*, Milano, 1970, 160 ss.

[9] Sullo sviluppo storico della pena detentiva che ha portato alla riforma dell'ordinamento penitenziario, v. E. FASSONE, *La pena detentiva in Italia dall''800 alla riforma penitenziaria*, Milano, 1980.

zazione e quindi di apertura del percorso di vita del detenuto fuori dal carcere: le misure alternative diventano strumenti costituzionalmente vincolanti per assicurare la possibilità di un percorso di revisione del passato e di riflessione sul rispetto dei valori sui quali si fonda la convivenza.

Alla funzione rieducativa viene riconosciuta una centralità diacronica e sincronica. La centralità diacronica si apprezza nella misura in cui la funzione rieducativa diventa elemento essenziale nell'intero percorso di vita della pena, dal suo nascere fino a quando si estingue: il fatto che la pena debba "tendere" a rieducare, «lungi dal rappresentare una mera generica tendenza riferita al solo trattamento, indica invece proprio una delle qualità essenziali e generali che caratterizzano la pena nel suo contenuto ontologico, e l'accompagnano da quando nasce, nell'astratta previsione normativa, fino a quando in concreto si estingue. …. Se la finalità rieducativa venisse limitata alla fase esecutiva, rischierebbe grave compromissione ogniqualvolta specie e durata della sanzione non fossero state calibrate (né in sede normativa né in quella applicativa) alle necessità rieducative del soggetto»[10].

Al contempo, la Corte costituzionale riconosce alla funzione rieducativa una centralità sincronica che si misura con le altre funzioni tradizionalmente accolte entro la teoria polifunzionale della pena, che non può portare a vanificare una funzione rispetto alle altre: il riconoscimento della compresenza delle finalità di prevenzione generale, difesa sociale e rieducazione, non permette di stabilire «a priori una gerarchia statica ed assoluta che valga una volta per tutte ed in ogni condizione», essendo rimesso alla discrezionalità politica del legislatore «- nei limiti della ragionevolezza – far tendenzialmente prevalere, di volta in volta, l'una o l'altra finalità della pena, ma a patto che nessuna di esse ne risulti obliterata» (Corte cost. 306/1999). Si tratta di una indicazione generale che lascia ovviamente aperto il problema della disciplina concreta del bilanciamento che pone anzitutto un problema politico che la Corte costituzionale rimette alla valutazione del legislatore, sindacabile solo nei casi di manifesta irragionevolezza.

[10] Cfr. sent. n. 313 del 1990.

La Corte costituzionale valorizza altresì la funzione rieducativa in fase esecutiva rispetto a retribuzione e deterrenza che condizionano le scelte sulla differenziazione dei percorsi penitenziari: se retribuzione e deterrenza vanno considerate «dal legislatore nella fase di comminazione della pena», le stesse « – così come non possono fondare presunzioni assolute nella fase di verifica del grado e dell'adeguatezza delle misure cautelari durante il processo (sentenza n. 331 del 2011) – nemmeno possono, nella fase di esecuzione della pena, operare in chiave distonica rispetto all'imperativo costituzionale della funzione della pena medesima, da intendersi fondamentale orientamento di essa all'obiettivo ultimo del reinserimento del condannato nella società (sentenza n. 450 del 1998), e da declinarsi nella fase esecutiva come necessità di costante valorizzazione, da parte del legislatore prima e del giudice poi, dei progressi compiuti dal singolo condannato durante l'intero arco dell'espiazione della pena»[11].

Dunque, la funzione rieducativa, pur valorizzata in fase esecutiva, deve rapportarsi con difesa sociale e deterrenza secondo un bilanciamento che entra anche nel giudizio di legittimità costituzionale e fonda percorsi argomentativi con esiti differenti che nascono dalla imprescindibile politicità del rapporto incerto, e altamente discrezionale, tra le diverse funzioni della pena. Sono eloquente specchio di questo rapporto le due prese di posizione della Consulta in tema di preclusioni in relazione ai permessi premio e alla liberazione condizionale: i percorsi argomentativi sviluppati nella sentenza n. 149 del 2018 in relazione ai permessi premio non hanno trovato accoglimento nell'ordinanza n. 97 del 2021 che ha rimesso al legislatore la disciplina delle preclusioni che fondano l'ergastolo ostativo. Nelle due pronunce troviamo un diverso bilanciamento tra preclusioni, da un lato, e tipologia delle misure, dall'altro: a ben riflettere, l'esigenza di non pretermettere la funzione rieducativa in costanza della mancata collaborazione non cambia, ma mutano gli spazi di libertà che i due benefici consentono e che hanno condizionato il giudizio di bilanciamento tra

[11] Cfr. sent. n. 149 del 2018.

prevenzione speciale positiva e prevenzione dal rischio di contatti con la criminalità organizzata.

Il riconoscimento della polifunzionalità della pena e l'attribuzione alle scelte di politica legislativa di trovare l'equilibrio tra le diverse funzioni comporta instabilità e non predeterminabilità di tale equilibrio, costantemente percorso da una politica che rincorre scelte contingenti e l'acquisizione del consenso sociale.

4. *Polifunzionalismo e funzione rieducativa: le fasi di sviluppo della sanzione nell'evoluzione storica*

Il carattere contingente e mutevole delle opzioni del legislatore in relazione al sistema sanzionatorio è l'effetto del blocco rispetto ad una riforma generale di sistema. Non che l'approvazione di un'ampia riforma sarebbe stata garante della cristallizzazione delle scelte fatte (la storia della riforma del codice penale è eloquente al riguardo), ma avrebbe probabilmente rappresentato un elemento di maggiore stabilizzazione delle scelte rispetto alle contingenze della politica del consenso o delle logiche populiste. Le riforme approvate invece, mutevoli nel loro contenuto, hanno toccato le diverse fasi della comminazione, applicazione ed esecuzione della pena.

a) Nella individuazione in astratto delle pene, i governi, a prescindere dal colore delle forze politiche di maggioranza, hanno spesso proposto la rincorsa all'inasprimento dei limiti edittali di pena: è accaduto in relazione alle forme di criminalità che presentano un maggiore allarme sociale, come la criminalità di tipo predatorio (allarme spesso non effettivo, ma più facilmente veicolabile come strumento per acquisire consenso sociale); è accaduto anche in relazione ai delitti di corruzione, diventati terreno di programmi di rigenerazione morale della nazione, al punto che le critiche alla logica punitiva draconiana finivano per apparire comunque distoniche rispetto al messaggio di rafforzamento dell'etica pubblica che l'inasprimento delle pene esprimeva.

In fase di comminatoria edittale il legislatore è stato, dunque, condizionato dalla funzione della deterrenza che per il suo con-

tenuto simbolico funge in via mediatica da collettore di consenso politico. Il legislatore non ha saputo valorizzare le sollecitazioni della Corte costituzionale ad un quadro di pene improntate alla rieducazione "sin dal suo nascere", il che avrebbe richiesto di ripensare a monte al catalogo delle pene principali: rompere la comminatoria carcero-centrica; valorizzare la pena pecuniaria anche attraverso il sistema di commisurazione per quote; considerare l'ingresso di pene principali interdittive o prescrittive, trasformando le pene accessorie in pene principali; prevedere pene principali domiciliari o a contenuto lavorativo. In questa direzione si erano mosse le Commissioni di riforma della parte generale del codice penale e la stessa Commissione Palazzo istituita nel 2013, pur sul presupposto di un mandato più contenuto di riforma del solo sistema sanzionatorio.

Il legislatore non ha avuto la forza politica di seguire questa strada, fatta eccezione per i reati di competenza del giudice di pace, per i quali ha sancito la scomparsa delle pene principali detentive; si tratta, peraltro, di un ambito di reati ristretto rispetto ai quali le scelte fatte rispecchiano esigenze deflattive, più che di ripensamento delle pene principali. L'incapacità (o la non volontà) del legislatore di avviare la revisione delle pene principali fu palese, quando la rottura del sistema carcerocentrico era stata indicata dalla legge delega n. 67/2014: si trattava indubbiamente di una direzione ancor troppo timida rispetto alle necessità complessive di ammodernamento del sistema penale, ma quella legge conteneva novità dirompenti, aprendo alle pene principali della detenzione domiciliare e del lavoro di pubblica utilità.

In fase di comminazione edittale, il principio della rieducazione ha invece svolto una essenziale funzione di supporto argomentativo al sindacato della Corte costituzionale sulla comminatoria delle pene principali e accessorie, nella direzione di un programma di adeguamento del sistema delle pene al rispetto dell'art. 27, comma terzo Cost.: i ristretti margini di legittimità riconosciuti alle pene fisse (sent. n. 50/1980); l'ampliamento del sindacato della Corte fuori dal tracciato del *tertium comparationis* attraverso la valorizzazione del rapporto di proporzionalità tra disvalore del fatto e trattamento sanzionatorio (sent. n. 236/2016); il superamento

delle pene accessorie fisse e la marginalizzazione della disciplina generale dell'art. 37 c.p. (sent. 222/2018, alla quale fa seguito la sentenza di Cassazione a Sezioni unite n. 28910/2019). Scrive la Corte costituzionale nella sentenza da ultimo indicata: «Essenziale a garantire la compatibilità delle pene accessorie di natura interdittiva con il "volto costituzionale" della sanzione penale è, infatti, che esse non risultino manifestamente sproporzionate per eccesso rispetto al concreto disvalore del fatto di reato, tanto da vanificare lo stesso obiettivo di "rieducazione" del reo, imposto dall'art. 27, terzo comma, Cost.» (sent. 222/2018). È una sentenza fondamentale che scardina l'automatismo della regola generale del rapporto temporale tra pene principali e pene accessorie (art. 37 c.p.), valorizzando l'autonomia funzionale di queste ultime, rendendole quanto più autonome dalle prime.

b) Più significativi sono stati, invece, i mutamenti che hanno investito il potere discrezionale del giudice di cognizione. Ad essere interessato è stato in primo luogo il giudizio di bilanciamento delle circostanze: all'ampia discrezionalità nella riforma nel 1974 che incluse nella disciplina dell'art. 69 c.p. tutte le circostanze, anche quelle inerenti alla persona del colpevole, e rese facoltative tutte le forme di recidiva, seguirono limitazioni alla discrezionalità giudiziale in relazione a specifiche circostanze, sottratte, in modo totale o parziale al giudizio di bilanciamento. Il legislatore aveva avviato una politica criminale di consistente utilizzo delle circostanze, sottraendone alcune al giudizio di equivalenza o di prevalenza delle concorrenti attenuanti, al fine di valorizzare l'aggravante e imporre l'inasprimento del trattamento sanzionatorio. Le scelte fatte non furono sempre ragionevoli, come dimostra la storia tormentata della recidiva reiterata (art. 99, comma 4 c.p.) che, regolata in via generale dalla parziale blindatura del giudizio di bilanciamento, ha registrato l'intervento correttivo della Corte costituzionale che, in relazione a specifiche fattispecie di reato, ha dichiarato l'illegittimità del blocco nel bilanciamento che portava ad esiti contrastanti con i principi di ragionevolezza e di offensività (si vedano le sentenze nn. 251/2012, 105/2014, 106/2014, 74/2016, 205/2017), nonché con il principio di colpevolezza,

arrivando ad incidere sul bilanciamento di disposizioni di parte generale (sent. 72/2020, in relazione all'art. 89, comma 2 c.p. e sent. 55/2021 in relazione all'art. 116 c.p.). Così la Corte ha, da un lato, riconosciuto il potere del legislatore di limitare in relazione a specifiche circostanze il giudizio di bilanciamento, ma, dall'altro lato, dichiarando l'illegittimità di questa limitazione in relazione all'applicazione di determinate circostanze, ha nuovamente espanso quel potere discrezionale che il legislatore, con disposizione generale, aveva compresso.

In fase di cognizione le sanzioni sostitutive, introdotte con la l. 689/1981 avrebbero dovuto rappresentare uno strumento di contrasto alle pene detentive brevi, anticipando in fase di cognizione la contrazione del ricorso alla pena carceraria, altrimenti rimesso alla magistratura di sorveglianza: nonostante il progressivo ampliamento del loro ambito di applicazione per effetto dell'aumento dei limiti di pena sostituibile, è mancato un riscontro significativo nella prassi applicativa, fagocitata dall'onnivora sospensione condizionale della pena, i cui limiti di pena si sovrappongono a quelli delle sanzioni sostitutive, rese di fatto poco appetibili.

Più recentemente la discrezionalità giudiziale è stata potenziata attraverso la categoria della "non punibilità": mi riferisco causa di non punibilità per particolare tenuità del fatto (art. 131-*bis* c.p.), alla causa di estinzione del reato a seguito di condotte riparatorie (art. 162-*ter* c.p.) e alla sospensione del processo con messa alla prova, il cui esito positivo produce l'estinzione del reato (art. 168-*bis* ss. c.p.). La novità di queste scelte di politica criminale non sta solo nell'aver valorizzato la non punibilità in fase di cognizione come istituto deflattivo, ma nell'aver anticipato in questa fase processuale interventi e modi di ragionare che erano stati sino ad allora appannaggio della magistratura di sorveglianza: mi riferisco, in particolare, alla sospensione del processo con messa alla prova che ha sottratto spazio alla misura dell'affidamento in prova al servizio sociale, applicabile però solo a processo terminato dal tribunale di sorveglianza.

Proprio in relazione al potere discrezionale del giudice di cognizione, la riforma Cartabia (legge delega n. 134 del 2021 e d.lgs. 150/2022) va nella direzione di potenziare le sanzioni sostitutive

e l'istituto della messa alla prova. Soprattutto la scommessa sulla concreta operatività delle sanzioni sostitutive costituirà il banco di prova della riforma in punto sistema sanzionatorio con lo spostamento alla fase di cognizione di scelte sinora compiute dalla magistratura di sorveglianza, in un momento successivo e con l'effetto perverso dei liberi sospesi.

c) In fase esecutiva si registrano le maggiori distanze del vigente sistema sanzionatorio rispetto all'impostazione dell'esecuzione della pena di cui al regolamento penitenziario del 1931, in ragione della centralità assunta dalla rilevanza costituzionale della funzione rieducativa della pena e del connesso principio di progressività trattamentale. Si dovette, tuttavia, attendere quasi trent'anni dall'entrata in vigore della Costituzione per vedere approvata la legge di ordinamento penitenziario (legge n. 354 del 1975). Da allora, l'impianto della disciplina è stato fortemente condizionato dal bilanciamento tra rieducazione, prevenzione generale ed esigenze di difesa sociale, con un altalenante sviluppo fatto di aperture e chiusure in relazione alle misure alternative alla detenzione attraverso l'ampliamento o la contrazione dei loro presupposti applicativi, condizionati significativamente dal sistema delle preclusioni di cui all'art. 4-*bis* ord. penit. Se non che, questi strumenti di irrigidimento delle condizioni di accesso ai percorsi extracarcerari introdotti per contrastare – anche ragionevolmente – la criminalità organizzata, sono stati progressivamente estesi ad altre tipologie di reato che nulla avevano in comune con il nucleo originario delle fattispecie assoggettate alle preclusioni. Così quella disciplina è stata irragionevolmente estesa (l. 3/2019) per ragioni di palingenesi morale della pubblica amministrazione ai reati di corruzione, con i noti esiti di caducazione dinanzi alla Corte costituzionale in relazione all'applicazione retroattiva di una normativa più severa sostanzialmente penale (sent. n. 32/2020); rimane in ogni caso l'irragionevolezza di fondo della espansione di una disciplina che, da *lex specialis*, si è imposta come modello di irrigidimento della disciplina della differenziazione dei percorsi penitenziari.

Anche lo sviluppo delle norme di ordinamento penitenziario relative ai recidivi reiterati, con limitazione dell'accesso alle mi-

sure alternative ed esclusione dalla disciplina della sospensione dell'ordine di carcerazione introdotta dalla l. 251/2005, dimostra il forte condizionamento delle politiche securitarie sulla disciplina di ordinamento penitenziario che ha prodotto effetti negativi sui tassi di sovraffollamento carcerario, senza garantire maggiore difesa sociale.

Quanto questo settore del sistema sanzionatorio sia condizionato dalla politica del contingente è dimostrato dal fallimento del progetto di riforma dell'ordinamento penitenziario, varato dalla Commissione Giostra nel 2017, e attuato nel 2018 ma in modo così parziale da lasciar fuori la parte più significativa di ampliamento delle misure alternative alla detenzione, anche in chiave sanitaria, e di introduzione di forme di giustizia riparativa. Ritornano ciclicamente le paure della politica di veicolare la complessità del messaggio "meno carcere" che non significa automaticamente abbassamento delle difese rispetto al rischio di recidiva. Eppure, quella riforma, che avrebbe garantito condizioni di vita migliori in carcere e più ampi spazi ai percorsi extracarcerari, fu accantonata in nome del messaggio alternativo, e distorcente, "più carcere-più sicurezza". È sperabile che almeno le indicazioni della Commissione Ruotolo sulla riforma del regolamento carcerario riescano ad essere approvate, complici la minore complessità formale richiesta per la revisione della disciplina regolamentare.

Tuttavia, le norme di ordinamento penitenziario scontano un altro significativo limite: dal 1975 ad oggi, molte delle norme approvate non hanno trovato attuazione, in parte per la mancanza delle strutture, dei mezzi e del personale necessari per garantirne l'effettività, in parte per le resistenze degli apparati. Come scrisse Franco Bricola, ci troviamo di fronte ad una effettività rinnegante che tradisce il programma di riforma.

5. *Frattura e continuità storica nella disciplina delle misure di sicurezza: modernità terapeutica e securitarismo*

Il sistema a doppio binario formalizzato dal codice Rocco aveva sollecitato una lettura dell'art. 25, comma terzo Cost. in termini

di costituzionalizzazione del doppio binario, una lettura che non ha convinto la dottrina più attenta alla rilettura dei principi costituzionali, sganciandoli dalla legislazione ordinaria[12]. La norma non vincola il sistema alla presenza di misure di sicurezza, in quanto si limita più semplicemente a fissare la garanzia della riserva di legge rispetto a misure penali che incidono comunque, anche pesantemente, sui diritti della persona (libertà personale, patrimonio), differenziando peraltro il livello delle garanzie tra pene e misure di sicurezza, che non beneficiano del principio di irretroattività.

Soprattutto, l'evoluzione storica delle misure di sicurezza ha fatto emergere l'astrattezza di un sistema dicotomico che alle pene, in retribuzione della colpevolezza, affianca le misure di sicurezza, in prevenzione della pericolosità sociale. Come innanzi evidenziavo, la separazione funzionale tra pene e misure di sicurezza è entrata in crisi in ragione, da un lato, del riconoscimento del polifunzionalismo delle pene e, dall'altro lato, della consapevolezza che le misure di sicurezza, specie quelle a carico dei soggetti imputabili, hanno carattere afflittivo e deterrente.

Tuttavia, pur con questa osmosi di funzioni e contenuti tra le due tipologie sanzionatorie, la dicotomia del doppio binario continua a permanere con elementi, in parte, di forte innovazione e, in parte, di radicato conservatorismo.

Nel segno dell'innovazione si è mossa la sanitarizzazione delle misure di sicurezza per soggetti non imputabili o con capacità diminuita. È stato un cambio radicale di paradigma: pur nel permanere del binomio cura/controllo, si passa dalla prospettiva appiattita sul controllo alla centralità della cura: è il perno attorno al quale si è mossa la riforma che ha portato al superamento degli ospedali psichiatrici giudiziari e che trova conforto nella giurisprudenza della Corte costituzionale che nella recente sentenza n. 22 del 2022 ha ribadito i principi fissati vent'anni prima nella fondamentale sentenza n. 253 del 2003 che aveva aperto alla liber-

[12] Per i necessari riferimenti al dibattito nella dottrina italiana, v. G. Grasso, *artt. 199-240*, in M. Romano, G. Grasso, T. Padovani, *Commentario sistematico del codice penale*, III, Milano, 2011, 419. Si rinvia altresì a E. Musco, *La misura di sicurezza detentiva. Profili storico e costituzionali*, Milano, 1978; M. Pelissero, *Pericolosità sociale e doppio binario. Vecchi e nuovi modelli di incapacitazione*, Torino, 2008.

tà vigilata a contenuto terapeutico e alla sussidiarietà della misura di sicurezza custodiale. Cura e controllo costituiscono il binomio inscindibile di legittimazione delle misure a contenuto terapeutico, senza che le esigenze di difesa sociale possano pregiudicare le esigenze terapeutiche della persona.

Rimane, invece, permeato da un radicato conservatorismo il doppio binario per i soggetti imputabili, con la previsione di misure detentive, alle quali, analogamente alle pene, si estende la contrazione delle regole di ordinamento penitenziario previste dall'art. 41-*bis* ord. penit. Nella sent. n. 197 del 2021[13] la Corte costituzionale ha ritenuto che l'applicazione della disciplina del "carcere duro" agli internati sia compatibile con l'assetto dei principi costituzionali, individuando come via di fuga la possibilità di individuare per detenuti ed internati diversi contenuti prescrittivi limitativi delle regole di vita penitenziaria, in modo da assicurare, con le esigenze di difesa sociale, il programma lavorativo che è proprio dell'assegnazione ad una colonia agricola o ad una casa di lavoro. Ora, a parte questa sorta di gioco delle tre carte per non escludere la possibilità di disporre l'"internamento duro" (mi pare difficile che la disciplina dell'art. 41-*bis* e le modalità esecutive riscontrate nella prassi siano in grado di garantire effettivamente l'esecuzione differenziata che la sentenza impone), mi preme evidenziare che la Corte costituzionale, a supporto del mantenimento della disciplina vigente, ha valorizzato la distinzione dicotomica tra pene e misure di sicurezza, riproponendo la logica rigida e astratta della diversità di funzioni che è nella logica originaria ed astratta del codice Rocco.

Se le misure di sicurezza a contenuto terapeutico si muovono nella direzione della modernità, il doppio binario per i condannati imputabili mostra il volto più cupo del diritto penale securitario che la Corte costituzionale fatica a superare, perché entra in gioco uno strumento estremo di contrasto alla criminalità organizzata.

[13] Per un commento v. A. Massaro, *La proporzionalità-congruità e il finalismo rieducativo delle misure di sicurezza salvano l'applicazione dell'art. 41-bis ord. penit. agli internati*, in *Dir. pen. proc.*, 2022, 765 ss.; F. Fiorentin, *Il "carcere duro" e gli internati in misura di sicurezza: qualche riflessione a margine di Corte cost. n. 197/2021*, in *Dir. pen. contemp. – Riv. trim.*, 2021, 4, 50.

A questo punto dobbiamo porci un interrogativo: quale legittimazione ha ancora un sistema a doppio binario in un contesto che accoglie il polifunzionalismo della pena? Letta in chiave storica la dicotomia di funzioni trovava la sua giustificazione scientifica nella composizione tra le impostazioni teoriche della scuola classica e della scuola positiva e il suo ruolo servente alla politica criminale del fascismo favorevole ad aggravare la complessiva risposta sanzionatoria, come accade laddove la misura di sicurezza si aggiunge ad una pena interamente scontata. Oggi quell'idea dell'autore di reato come una sorta di Giano bifronte, per un verso considerato colpevole e per altro pericoloso, regge davanti alla Corte costituzionale ed anche alla Corte europea dei diritti dell'uomo che non ha nulla da obiettare su misure di durata non predeterminata rapportata alla pericolosità dell'autore ed applicate dopo l'esecuzione della pena detentiva, a condizione, tuttavia, che sia presente un sistema di riesame periodico della personalità, così da garantire la possibilità effettiva di interruzione della misura, e sempre che le modalità esecutive di pene e misure di sicurezza siano differenziate, in quanto un'esecuzione omogenea si tradurrebbe in una truffa delle etichette[14].

Il sistema sanzionatorio a doppio binario permane, ma è anche sempre più fragile. Non mi riferisco al ramo sanitarizzato delle misure che ha certo bisogno di aggiustamenti, pur a fronte di due leggi – leggi n. 9 del 2012 e n. 81 del 2014 – che si sono mosse in modo corretto nel configurare in termini esclusivamente sanitari la gestione delle REMS. Ad essere fragile, in relazione alle garanzie costituzionali e sovranazionali, è invece il ramo securitarizzato delle misure per i condannati imputabili. Il legislatore ricorre a strumenti estremi di politica criminale di difesa sociale rispetto agli autori di reato considerati più pericolosi e la centralità che in questi anni ha avuto la sicurezza nell'agenzia politica parlamentare rende illusorio sperare che il sistema possa essere falcidiato di que-

[14] C. eur. dir. uomo, Sez. V, 17 dicembre 2009, M. c. Germania, n. 19359/04, per un commento v. F. Rocchi, *La decisione della Corte di Strasburgo sulla misura di sicurezza detentiva tedesca della* Sicherungsverwahrung *e i suoi riflessi sul sistema del "doppio binario" italiano*, in *Cass. pen.*, 2010, 3276 ss.

sto ramo della prevenzione *post delictum* in favore della prospettiva, a suo tempo limpidamente tracciata, dai progetti di riforma del codice penale. Se così è, diventa indispensabile verificare, in concreto, le modalità esecutive di queste misure per garantire percorsi effettivamente differenziati, sui quali già alcune Corti d'Appello si erano espresse in termini critici nelle osservazioni al progetto di codice penale. Se i contenuti delle sue sanzioni finissero in concreto per sovrapporsi, bisogna ricordarsi che c'è sempre un giudice a Strasburgo.

Stefano Anastasìa

L'anacronismo del carcere di fronte alle tecnologie dell'informazione

SOMMARIO: 1. Premessa. – 2. I limiti del carcere analogico *ex parte captivi*. Prime aperture e movimenti sul posto. – 3. La rivoluzione della pandemia: la fine di un tabù e le proposte per il futuro. – 3.1. Che ne sarà? I fattori della perdurante tradizione analogica del sistema penitenziario. – 3.2. Che ne sarà? Sciogliere il nodo tra sicurezza e trattamento

1. *Premessa*

Fino all'esplosione della pandemia, il sistema penitenziario italiano è rimasto in gran parte impermeabile alla rivoluzione digitale, tanto da generare una sempre più ampia divaricazione temporale tra il carcere analogico e novecentesco da una parte, e la società digitale del XXI secolo dall'altra. Come e perché si sia prodotta questa divaricazione, se e come vi si potrà rimediare a seguito della presa di coscienza indotta dalla pandemia è l'obiettivo di questo contributo. In premessa non si può che rilevare che questa divaricazione tra carcere e società indotta dalle tecnologie dell'informazione si manifesta – appunto – in una sorta di anacronismo del carcere, e il tempo non è mai un accidente nella pena privativa della libertà, essendone misura costitutiva. L'anacronismo del carcere ha dunque a che fare con la sostanza della pena e con la sofferenza che essa genera.

Una diversa percezione del tempo muta sostanzialmente la natura della pena inflitta al condannato, rendendola più aspra di quanto la mera scansione cronologica (e la sua formalizzazione legale) possa rappresentare. La pena detentiva, in fondo, almeno nella sua essenza, è una pena misurata nella perdita di tempo in-

flitta al condannato, ed essa è radicalmente diversa a seconda delle età della vita come del contesto sociale in cui si sconta. Naturalmente, l'aspettativa di vita cambia il rapporto del condannato con la durata della pena, ma se il tempo vitale di una persona si misura non semplicemente nel suo scorrere cronologico, quanto nella ricchezza esperienziale del suo vissuto, un anno di detenzione è pena assai più severa per un ventenne che per un settantenne, così come cinque anni di esclusione dal contesto sociale nell'era digitale corrispondono a dieci o vent'anni di pena novecentesca, tali sono i ritmi di trasformazione sociale e di perdita di esperienza di chi vi sia costretto.

Il tema, dunque, del rapporto tra carcere e tecnologie dell'informazione non può essere ridotto a disfunzione di più o meno facile soluzione, ad arretratezza da colmare, ma costringe a misurarsi con la natura e gli scopi della pena detentiva, nella misura in cui la società digitale cambia l'esponente del fattore tempo in cui si sostanzia la pena detentiva.

2. *I limiti del carcere analogico* ex parte captivi. *Prime aperture e movimenti sul posto*

L'esplosione della pandemia e, soprattutto, delle proteste dei detenuti contro l'interruzione dei colloqui in presenza con i familiari ha reso finalmente evidenti i limiti del carcere analogico visti dalla parte, appunto, dei detenuti. Limiti innanzitutto, e platealmente, sul terreno delle comunicazioni, a partire dalla impossibilità di comunicare con i familiari al di fuori della tradizionale modalità "in presenza", interdetta all'epoca dal *lockdown* nazionale obbligato dalla prima diffusione del virus, nel momento della sua massima aggressività e in assenza di alcun rimedio preventivo o curativo. Ma il regime pre-pandemia non prevedeva (salvo che per i detenuti di massima sicurezza e i processi di criminalità organizzata) neanche la possibilità di colloqui a distanza con magistrati e avvocati, e meno che mai con i garanti e altri operatori. Semplicemente la modalità non era normativamente prevista e neanche interpretativamente ed effettivamente sperimentata.

In alcuni istituti era diffusa (come lo è tutt'ora) una forma di corrispondenza para-digitale, consistente nella trasmissione in via elettronica di fogli scritti a mano, a macchina o al computer dai detenuti e da essi consegnati a soggetti terzi (patronati o cooperative sociali) affidatari del servizio di corrispondenza elettronica da parte dell'Amministrazione penitenziaria. Un servizio che, prevedendo l'impiego di un soggetto terzo, comporta anche dei costi che la posta elettronica "ordinaria", quella di cui può disporre chiunque di noi da qualsiasi punto di accesso alla rete, non ha. Costi, naturalmente, attribuiti a carico dei singoli detenuti che intendono avvalersi del servizio.

Il carcere analogico ha reso tortuosa anche l'attuazione di una previsione ormai risalente nel tempo, come la cd. cartella clinica informatizzata: se nella pratica quotidiana i sanitari non possono avvalersi di strumenti digitali, l'esecuzione delle prestazioni richiede una doppia trascrizione, prima manuale, nel diario clinico cartaceo, poi digitale nella cartella clinica informatizzata, con la conseguente resistenza degli operatori al doppio impegno "amministrativo". Ma il carcere analogico ha impedito anche la diffusione di pratiche di telemedicina, lasciando la diagnostica e la medicina specialistica alle opportunità di mobilità dei sanitari in carcere o dei detenuti in ospedale, perdendo in tempestività, efficacia e adeguatezza nella risposta ai bisogni di salute delle persone detenute.

Negli ultimi vent'anni, inoltre, il carcere analogico è stato abbandonato al suo destino anche dalla digitalizzazione della pubblica amministrazione e dei servizi pubblici, a partire dai servizi anagrafici, sociali e di gestione del risparmio gestiti dai Comuni, dalle Questure, dagli enti di patronato, dai centri per l'impiego, dalle poste e dagli istituti bancari e dagli stessi istituti scolastici. Man mano che qualcuno di questi uffici e i relativi servizi abbandonavano i vecchi fascicoli cartacei, si approfondiva il solco con l'utenza detenuta, costretta ad affidarsi quando possibile e come possibile al volontariato dei volontari veri e propri o degli operatori penitenziari o degli stessi servizi, costretti gli uni o gli altri a fare la spola tra il carcere disconnesso e la sede territoriale della posta, del comune, del patronato, etc.

Fuori dal carcere, scuole e università si sono trovate in gran parte impreparate alla didattica a distanza imposta dalla pandemia, eppure hanno saputo adeguarvisi in tempi relativamente celeri, modulandone l'uso a seconda delle necessità contingenti. Nel carcere, invece, dove la didattica a distanza avrebbe potuto essere una risorsa prima, durante e dopo la pandemia, soprattutto per i pochi (ma sempre più) che vanno incontro a studi universitari, l'attivazione di modalità di teledidattica si vanno effettivamente implementando solo ora, a due anni dal *lockdown*, ora che gli istituti penitenziari analogici cominciano a essere cablati anche per le cd. "attività trattamentali".

Infine, il carcere analogico ha lasciato le persone detenute prive del principale strumento di informazione e di conoscenza del mondo libero su se stesso, che è la rete globale internet. Nel Novecento analogico i detenuti, seppure con difficoltà maggiori rispetto alle persone libere, potevano attingere (quasi) agli stessi strumenti di conoscenza: giornali, libri, radio e tv. Oggi, invece, l'anacronismo del carcere analogico nell'epoca dei nuovi media ha scavato un solco profondo tra i detenuti e i cittadini liberi, lasciando le persone detenute nel mondo del passato.

Il fiato sul collo della società digitale non è stato ignorato dal Ministero della Giustizia e dall'Amministrazione penitenziaria, a partire da una (ormai antica) norma del Regolamento di esecuzione dell'Ordinamento penitenziario (d.P.R. 230 del 2000), secondo cui «il direttore … può autorizzare l'uso, anche nella camera di pernottamento, di personal computer e di lettori di nastri e di compact disc portatili per motivi di lavoro e di studio» (art. 40, R.E.), applicata con le circolari 3556/2001 e 826/2002 dell'Amministrazione penitenziaria. Naturalmente il pc autorizzabile in stanza è privo di qualsiasi strumento di connessione alla rete e dal punto di vista digitale conserva solo le potenzialità legate ai programmi di videoscrittura e all'archivio di memoria dei materiali passati al controllo della polizia penitenziaria.

Con la circolare 366755/2015 è iniziata l'apertura amministrativa alla «possibilità di accesso a Internet da parte dei detenuti». Con il sistema delle *white-list*, della rete nella rete, si è cominciato a fare i conti con le strette necessità di accesso a internet, per

esempio per i detenuti studenti, in modo particolare universitari, non a caso ripreso nelle recenti *Linee guida sui percorsi di studio universitario delle persone in esecuzione pena* condivise dal Dipartimento dell'Amministrazione penitenziaria con la Conferenza nazionale dei delegati dei rettori per i poli universitari penitenziari (CNUPP).

Giusto un anno prima della pandemia viene adottata la circolare 31246/2019 che stabilisce le modalità di accesso e di effettuazione delle videochiamate con i familiari da parte dei detenuti di media sicurezza, attraverso la piattaforma *Skype for business*. La piattaforma è tutt'ora operativa, ma – come si sa – nell'emergenza pandemica ha dovuto essere scavalcata dal più agevole uso delle comunicazioni video via *whatsapp*.

Delle modalità di accesso alla corrispondenza elettronica in assenza di collegamento di rete, abbiamo già detto, come dell'accesso ai servizi anagrafici e sociali tramite soggetti terzi che possano qualificarsi, se del caso in rete, come delegati degli interessati. Sul versante sanitario, prima della pandemia sono state sperimentate limitate forme di telemedicina (per lo più nell'ambito della cardiologia) e in qualche regione il ricorso a cartelle cliniche informatizzate.

Nel complesso, molto movimento sul posto, come se ci si allenasse a tempo indefinito a qualcosa di prossimo, ma di cui non era prevedibile l'avvento reale.

3. *La rivoluzione della pandemia: la fine di un tabù e le proposte per il futuro*

Tra le novità più significative indotte dalla pandemia negli usi e nelle relazioni sociali c'è stata la diffusione degli strumenti e delle applicazioni per la comunicazione a distanza. Questa rivoluzione, se non nelle tecnologie quanto meno – appunto – negli usi, è arrivata fino in carcere, dove per la prima volta – almeno in Italia – la previsione delle videochiamate e dell'uso della rete per le attività di istruzione e formative è stata generalizzata. Al 23 marzo del 2020 è possibile datare la fine di un tabù: due settimane dopo le prote-

ste dei detenuti contro l'interruzione dei colloqui con i familiari, arrivano nelle carceri italiane 1.600 *smartphone* che consentiranno alla generalità dei detenuti, senza distinzione di appartenenza ai circuiti di media o alta sicurezza, l'accesso alle video-chiamate[1]. Progressivamente, vengono attivate a macchia di leopardo forme di comunicazione a distanza per lo svolgimento di attività didattiche e culturali.

Si è trattato di una rottura epocale rispetto alla tradizionale diffidenza dell'istituzione penitenziaria nei confronti della rete e delle tecnologie informatiche, motivata esplicitamente da generiche misure di prevenzione dei reati, implicitamente dal principio della *less eligibility*[2], per cui ai detenuti non può essere consentito ciò che è di uso comune nella vita esterna.

D'altro canto, queste aperture durante la pandemia all'uso della rete e delle tecnologie informatiche a beneficio dei detenuti hanno avuto il loro contraltare nella limitazione alle relazioni in presenza con familiari, avvocati, volontari e insegnanti, e nella ulteriore diffusione della partecipazione da remoto alle procedure giurisdizionali, con un effetto di maggior segregazione e isolamento delle persone detenute, mostrando oltre le potenzialità applicative delle nuove tecnologie (dalla telemedicina alle procedure per l'accesso ai servizi socio-anagrafici, dall'utilizzo di internet nei percorsi di formazione, istruzione e conoscenza, a quello della posta elettronica per la corrispondenza, alle possibilità di partecipazione alle udienze in videoconferenza) le loro potenziali ambivalenze tra le opportunità di comunicazione e quelle di controllo/isolamento dei detenuti.

[1] A due anni dalla rottura del tabù digitale nei colloqui a distanza, la normativa di riferimento è ancora temporanea, generata con i provvedimenti di emergenza presi nella fase più acuta della pandemia (decreto-legge n. 34/2020, art. 221, comma 10), e destinata (salvo ulteriori proroghe) a decadere il 31 dicembre 2022 (decreto-legge n. 228/2021, art. 16, comma 1).

[2] Il principio della *less eligibility* viene codificato nella *New Poor Law* inglese del 1834: sulla base della elaborazione benthamiana, l'assistenza ai poveri fisicamente abili doveva essere garantita nelle case di lavoro in modo che fosse meno desiderabile della condizione del lavoratore libero dello strato più basso. Ne venne fuori un principio «che rimase il *leitmotiv* di ogni amministrazione carceraria fino a oggi» (G. Rusche, O. Kirchheimer, *Pena e struttura sociale*, Bologna, 1978, 166).

Alla luce dell'esperienza della pandemia, il tema dell'impegno delle tecnologie in carcere viene affrontato sistematicamente dalla Commissione per l'innovazione del sistema penitenziario, istituita con decreto ministeriale del 13 settembre 2021 e presieduta dal Prof. Marco Ruotolo.

Secondo il decreto istitutivo, obiettivo dell'azione della Commissione era la proposta di soluzioni che possano contribuire a migliorare la qualità della vita nell'esecuzione penale, attraverso interventi puntuali, sia sul piano normativo, sia in forma di direttive per l'esercizio dell'azione amministrativa, fornendo anche linee utili alla rimodulazione dei programmi di formazione inziale e in itinere che interessano le professionalità dell'amministrazione penitenziaria e dell'amministrazione della giustizia minorile e di comunità. All'esito dei lavori, la Commissione dedica uno dei suoi "*focus*" all'impiego delle tecnologie (n. 2), intervenendovi anche nel n. 3, laddove tratta dell'implementazione della telemedicina e della digitalizzazione delle cartelle cliniche personali.

In quella sede, oltre al richiamo delle già citate Linee guida CNUPP-DAP in materia di didattica a distanza, *ex parte captivi* si fa riferimento alla implementazione del sistema di videocolloqui, alla diffusione del *totem touch*[3] per l'acquisizione delle istanze e richieste dei detenuti, e si apre a una seppur limitata disponibilità di telefoni cellulari[4] e all'acquisto dei pc al sopravvitto. Tecnologicamente, infine, potrebbero essere gestite anche le prenotazioni dei colloqui da parte dei familiari.

[3] «Terminale multimediale, fruibile in diverse lingue, che consenta di sostituire il cartaceo per una gestione telematica delle richieste» (Commissione per l'innovazione del sistema penitenziario, *Relazione finale*, dicembre 2021, 14).

[4] «Esclusa, specificamente, ove vi siano particolari esigenze cautelari, legate a ragioni processuali o alla pericolosità dei soggetti (andrebbero peraltro definiti tempi e modalità di utilizzo da parte dell'Amministrazione e consentito l'acquisto al sopravvitto, senza costi per l'Amministrazione e con costi minimi per i detenuti, di apparecchi mobili configurati in maniera idonea e funzionale, con le dovute precauzioni operative ossia senza scheda e con la possibilità di chiamare solo i numeri autorizzati per evitare qualsiasi forma di utilizzo indebito)» (*ibidem*).

3.1. *Che ne sarà? I fattori della perdurante tradizione analogica del sistema penitenziario*

Non è facile prevedere quale sarà il futuro della digitalizzazione del sistema penitenziario. Certamente non è immaginabile una resistenza all'innovazione che finisca per scollare completamente il carcere dal mondo esterno. E del resto i primi germi di innovazione non potranno essere revocati senza conseguenze. Saggiamente, il Capo del Dipartimento dell'Amministrazione penitenziaria, Carlo Renoldi, con circolare n. 3696/6146 del 27 settembre 2022, ha consolidato in via amministrativa le videochiamate come alternativa ai colloqui in presenza e ha aperto a una futura regolamentazione della posta elettronica ordinaria senza intermediazione. Dunque, la prudente strada indicata dalla Commissione ministeriale per l'innovazione del sistema penitenziario dovrà essere seguita, forse fino alla disponibilità di telefoni personali, seppure limitati nelle loro funzionalità. Ma non sarà una strada facile da percorrere, innanzitutto per i fattori della perdurante tradizione analogica del penitenziario che possiamo riassumere di seguito:

a. Sopravvive, in via generale, nell'Amministrazione penitenziaria la tradizione cartolare della pubblica amministrazione, alimentata anche dalla relazione con l'utenza che, al contrario della normale utenza della pubblica amministrazione, non può accedere alle informazioni digitali e dunque alimenta in un circolo vizioso la sopravvivenza di una "materialità" delle disposizioni e delle informazioni;
b. Anche il management della sicurezza, nonostante sia stato testimone di un rinnovamento più significativo che in altri campi dell'amministrazione penitenziaria, poggia sulla calda rassicurazione della consuetudine, tanto più rilevante perché necessitata da prassi obbligatoriamente materiali (dal controllo delle persone a quello della tenuta degli ambienti);
c. Infine, come si è accennato, resiste alla piena digitalizzazione del sistema penitenziario l'applicazione dinamica del principio della *less eligibility* nell'esecuzione penale. La «semplice massima euristica» dell'economia politica della pena dice che

la minaccia della pena detentiva funziona fino a quando determini una condizione di minore preferibilità rispetto alla peggiore delle condizioni di lavoro salariato esterno. Trasposto nel campo dell'innovazione digitale, questo significa che il carcere può essere innovato nella misura in cui il contenuto dell'innovazione non è più tale nella società esterna, e, per esser chiari, non certo negli spazi del *co-working* urbano e neanche nelle frontiere del *digital divide* interno, ma proprio nei dormitori per i senza tetto, che costituiscono il termine di paragone tra dentro e fuori per la maggior parte degli ospiti delle patrie galere.

3.2. *Che ne sarà? Sciogliere il nodo tra sicurezza e trattamento*

Decisivo, però, nei ritardi nell'innovazione tecnologica *ex parte captivi* è stato ed è soprattutto il vero *dominus* della politica penitenziaria: l'inversione di ruoli nascosta dietro il cosiddetto bilanciamento tra sicurezza e trattamento. Ogni innovazione nel sistema penitenziario è subordinata alle esigenze di ordine e sicurezza, e dunque alle valutazioni contingenti dell'Amministrazione, centrale o periferica. In questo modo ogni sperimentazione dell'innovazione tecnologica, prima della pandemia, è stata contingentata fino all'inazione. È necessario che sia così? Non si discute, naturalmente, della necessità di garantire la «civile convivenza» in carcere come fuori, e dunque di rispettare e far rispettare le norme necessarie alla coabitazione non voluta di una pluralità di persone. Il punto è se la «sicurezza», interna o esterna, sia una variabile sempre azionabile nella compressione di diritti e aspettative in ambito penitenziario, cioè – appunto – se la sicurezza possa «governare» il trattamento.

Il quadro di scopi, funzioni e limiti della privazione della libertà per motivi di giustizia è presto detto:

a. Il nostro è un diritto penale del fatto, secondo cui, come recita il primo degli assiomi fondativi del modello garantista proposto da Luigi Ferrajoli, *nulla poena sine crimine*. Dunque, è illegittima la privazione della libertà per motivi di giustizia,

prima o dopo il giudizio, senza riferimento a un fatto accaduto nel passato imputato alla persona chiamata in causa. Il diritto penale sarà pure il diritto rozzo del dopo[5], ma poggia innanzitutto su questo pilastro garantista: senza fatto non c'è pena.

b. Secondo caposaldo del diritto penale è il limite inderogabile del divieto di trattamenti contrari al senso di umanità, condiviso a ogni livello normativo (nazionale, europeo, regionale, internazionale).
c. Anche se non esplicitata linguisticamente nell'ordinamento legale, possiamo dare per acquisita la funzione general-preventiva della pena, che giustifica la reazione penale al fatto di reato nella minaccia dissuasiva nei confronti del prossimo.
d. Infine abbiamo l'esplicito scopo della prevenzione speciale positiva così come delineata nella seconda parte dell'articolo 27, secondo comma della Costituzione: le pene hanno lo scopo di tendere alla rieducazione del condannato, qualunque cosa essa significhi.

D'altro canto, la giurisprudenza costituzionale umanitaria[6] ha da tempo superato i residui della supremazia speciale dello Stato sull'individuo[7]: «chi si trova in stato di detenzione, pur privato della maggior parte della sua libertà, ne conserva un *residuo* che è tanto più prezioso in quanto costituisce l'ultimo ambito nel quale può espandersi la sua *personalità individuale*» (sentenza 349/1993); «l'idea che la restrizione della libertà personale possa comportare conseguenzialmente il disconoscimento delle posizioni soggettive attraverso un generale assoggettamento all'organizzazione penitenziaria è estranea al vigente ordinamento costituzionale, il quale si basa sul *primato della persona umana e dei suoi diritti*» (Corte cost. sent. n. 26 del 1999). L'applicazione di una condanna alla pena detentiva dovrebbe quindi tradursi, secondo Ruotolo «esclu-

[5] Così A. Garapon e D. Salas, *La Repubblica penale*, Macerata, 1994.

[6] Sulla "giurisprudenza umanitaria", sia consentito di rinviare a S. Anastasìa, *Le pene e il carcere*, Milano, 2022, 83 ss.

[7] Cfr. M. Ruotolo, *Diritti dei detenuti e Costituzione*, Torino, 2001, 11-19.

sivamente in limitazione della libertà personale, con conseguenti restrizioni della possibilità di libera locomozione»[8].

Nessuna traccia, fin qui, di uno scopo di «sicurezza», di prevenzione speciale negativa, di incapacitazione di soggetti pericolosi, che avrebbe titolo di stare sull'altro piatto della bilancia dello scopo costituzionale della pena (il cd. "trattamento rieducativo") e quindi giustificare una limitazione di diritti non prevista per legge. In un sistema fondato sulla eguale dignità delle persone e sull'universalismo dei diritti umani, la sicurezza – scriveva Alessandro Baratta[9] – è diritto secondario, strumentale alla garanzia dei diritti fondamentali che, nel caso della esecuzione penale, vedono al centro la figura del condannato, la parte debole nella relazione sociale punitiva, e dunque protetta dal diritto penale minimo, il diritto penale che si giustifica in quanto diritto del più debole[10].

Eppure esistono misure di prevenzione speciale negativa che si eseguono in carcere, sia come cause legittimanti l'incarcerazione, sia come temporanee condizioni esecutive di incarcerazioni disposte per altro titolo. Alla prima tipologia è riferibile, sotto la doppia riserva, di legge e giurisdizione, *ex* art. 13 Cost., la custodia cautelare in carcere quando sussista il concreto e attuale pericolo che l'indagato/imputato commetta gravi delitti (274, co.1, lett. c, c.p.p.), previsione non strettamente processuale, non essendo destinata a tutelare le fonti di prova nel giudizio di cui si tratta, né ad assicurare la presenza dell'imputato in giudizio, bensì – appun-

[8] M. RUOTOLO, *La libertà della persona in stato di detenzione*, in «Osservatorio AIC-Associazione Italiana dei Costituzionalisti», n. 6/2021, 254. Non diversamente, le carte e le convenzioni internazionali affermano che «la carcerazione e le altre misure che hanno per effetto di separare un condannato dal mondo esterno sono afflittive per il fatto stesso che tolgono alla persona il diritto all'auto-determinazione, privandolo della libertà. Quindi, salvo che per le misure di isolamento giustificate e per quelle necessarie al mantenimento della disciplina, il sistema penitenziario non deve aggravare le sofferenze inerenti a tale situazione» (Onu, Mandela Rules, n. 3) e «la carcerazione, consistendo nella privazione della libertà, è di per sé una punizione e quindi il regime di trattamento dei condannati non deve aggravare la sofferenza inerente a essa» (COE, RPE, 102.2).

[9] A. BARATTA, *Diritto alla sicurezza o sicurezza dei diritti?*, in S. ANASTASIA, M. PALMA (a cura di), *La bilancia e la misura. Giustizia, Sicurezza, Riforme*, Milano, 2001, 19-36.

[10] L. FERRAJOLI, *Il diritto penale minimo*, in *Dei delitti e delle pene*, 3, 1985, 493-524.

to – a prevenire altri delitti. Alla seconda tipologia sono riferibili l'applicazione individuale del 41-*bis*, co. 2, OP, «quando ricorrano gravi motivi di ordine e di sicurezza pubblica» a carico della persona detenuta in attesa di giudizio o in esecuzione penale per un fatto di criminalità organizzata, oppure la sottoposizione al regime di sorveglianza particolare di chi comprometta la sicurezza ovvero turbi l'ordine negli istituti di pena, di chi si avvalga della soggezione altrui o ne impedisca con violenza o minaccia le attività.

Ma al di fuori di questi casi, espressamente previsti dalla legge e – in modo diverso – tutelati dalla vigilanza giurisdizionale, l'ordine e la sicurezza da tutelare negli istituti penitenziari sono quelli della «civile convivenza», che prevede limitazioni dei diritti da parte delle forze dell'ordine solo nella contingenza di gravi violazioni in essere o prossime a realizzarsi, non certo come principio generale regolatore dell'istituzione penitenziaria, addirittura di pari grado dello scopo costituzionale della pena.

Insomma, nulla giustifica la limitazione dell'accesso e della diffusione delle tecnologie in carcere salvo nei casi citati (e limitatamente alle loro previsioni). Conseguentemente, salvo i casi dei detenuti in 41-*bis* e dei detenuti in custodia cautelare per la tutela dei mezzi di prova, naturalmente sottoposti a controllo dei colloqui e della stessa corrispondenza ordinaria, non si giustifica la limitazione all'accesso diretto alla rete internet ai videocolloqui e alla corrispondenza elettronica da parte della grande maggioranza dei detenuti. «Tutto il di piú è abuso e non giustizia, è fatto, ma non già diritto».

Se vuole consolidarsi, il superamento del tabù del digitale deve quindi rimettere il principio di sicurezza al suo posto, in posizione servente lo scopo costituzionale della pena, nel rispetto dei limiti costituzionali al potere punitivo. Solo così il carcere potrà entrare effettivamente nel XXI secolo.

Parte Seconda
IMPIEGO DELLE TECNOLOGIE PER LA PROMOZIONE DELLA SALUTE E PER IL RICONOSCIMENTO DEL DIRITTO ALL'AFFETTIVITÀ

Antonella Massaro

Salute e affettività in carcere: analogie e differenze

SOMMARIO: 1. Salute e affettività: la prospettiva di un'analisi congiunta. – 2. Prima analogia: salute ed effettività come esigenze strutturali della persona. – 3. Seconda analogia: l'incompatibilità di una tutela piena della salute e dell'affettività con la condizione carceraria. – 4. Terza analogia: la necessità di una definizione di "salute" e "affettività" funzionale alla tutela delle stesse. – 5. Prima differenza apparente: la riconoscibilità di un fondamento normativo per la tutela della salute e dell'affettività. – 6. Seconda differenza apparente: la collocazione della salute e dell'affettività nel dibattito relativo ai diritti dei detenuti. – 7. I residui di libertà e la speranza dell'utopia.

1. *Salute e affettività: la prospettiva di un'analisi congiunta*

La tutela della salute e quella dell'affettività delle persone detenute presentano una piattaforma di questioni comuni o, comunque, assimilabili, che rende non solo agevole, ma anche utile una loro trattazione congiunta.

Se si immaginassero la salute e affettività come le protagoniste di uno di quei giochi, ispirati alla logica del "trova le differenze", che mettono a confronto due scenari apparentemente identici e divergenti solo per dettagli minimi, risulterebbe particolarmente arduo, in effetti, diversificare i profili problematici che le stesse evidenziano nel più ampio mosaico dei diritti fondamentali della persona ristretta.

Possono intravedersi almeno tre analogie evidenti tra salute e affettività, che rappresentano l'ossatura di quella piattaforma comune alla quale si è fatto riferimento. A venire in considerazione sono, più esattamente, lo stretto legame che sussiste tra la salute,

l'affettività e la condizione di essere umano, la difficoltà di conciliare la salute e l'affettività con la condizione propria delle persone ristrette e, infine, l'esigenza di una puntuale definizione di quelli che dovrebbero assumere la consistenza di diritti suscettibili di tutela giurisdizionale.

Il quadro, poi, potrebbe completarsi con due differenze che sembrerebbero "allontanare" la salute e la sicurezza, relative al fondamento normativo delle stesse nonché alla loro collocazione nel più ampio dibattito che riguarda i diritti dei detenuti. A un occhio più attento, tuttavia, quelle differenze risultano più apparenti che reali, rafforzando anzi l'impressione di un orizzonte comune verso il quale la salute e l'affettività si proiettano pressoché all'unisono.

Ripercorrere le analogie e le differenze (apparenti) tra salute e affettività, quindi, potrebbe contribuire a mettere a fuoco una più generale visione di insieme sullo stato di avanzamento della tutela in due settori rispetto ai quali i passi avanti, negli ultimi decenni, sono stati molti e significativi, anche se non del tutto risolutivi.

2. *Prima analogia: salute ed effettività come esigenze strutturali e "non bilanciabili" della persona*

Il più evidente punto in comune tra la salute e l'affettività sembrerebbe costituito dal fatto che entrambe individuano delle "esigenze strutturali" dell'essere umano.

Basterebbe osservare, affidandosi alla rassicurante saggezza dei proverbi popolari, che "quando c'è la salute c'è tutto": replicando considerazioni che spesso si trovano riferite alla tutela della vita, potrebbe ritenersi che la salute, per certi aspetti, rappresenti il necessario presupposto per il concreto esercizio di altri diritti fondamentali.

Anche riguardo all'affettività, la naturale predisposizione dell'uomo alla socialità e alle relazioni che, collocandosi al di fuori dello stesso, tendono a completarlo, individua una premessa pressoché autoevidente. L'alto tasso di suicidi tra le persone detenute, del resto, si spiega non solo perché i soggetti che arrivano in carcere si trovano spesso in una condizione di vulnerabilità in grado

di rendere più significativo il rischio suicidario, ma perché «la detenzione in sé e per sé è un evento stressante anche per i detenuti "sani", in quanto priva la persona di risorse basilari»[1], tra cui, verrebbe da dire, il rapporto con il tessuto sociale e familiare di cui l'individuo è parte integrante.

Dal carattere "necessario" della salute e dall'affettività sembrerebbe potersi ricavare l'inderogabilità della tutela accordata alle stesse: si tratterebbe di diritti che, in via di prima approssimazione, dovrebbero considerarsi "non bilanciabili" per ragioni di sicurezza, visto che una loro compressione determinerebbe una vera e propria negazione della umanità della persona, non importa se libera o sottoposta a limitazioni della sua libertà personale[2].

3. *Seconda analogia: l'incompatibilità di una tutela piena della salute e dell'affettività con la condizione carceraria*

È evidente, tuttavia, come la perentoria assolutezza di una costruzione fondata sulla "inderogabilità" della salute e dell'affettività sia destinata a entrare in irrimediabile collisione con l'essenza stessa del carcere, visto che, sia pur in modo diverso per la salute e l'affettività, la permanenza in un luogo di detenzione rischia di rivelarsi strutturalmente incompatibile con una tutela "piena" dei diritti in questione.

Quanto alla salute, il primato dell'individuo, della sua capacità di autodeterminazione e di quel principio personalistico che permea la Carta costituzionale, dovrebbe mettere il singolo al riparo tanto dall'arbitrio dei pubblici poteri quanto da quello di un medico onnipotente[3]: il diritto alla salute, quindi, almeno sul piano

[1] *La prevenzione del suicidio nelle carceri*, documento dell'OMS, 2007, 9.

[2] Cfr., con particolare riguardo alla salute, M. Caredda, *La salute e il carcere. Alcune riflessioni sulle risposte ai bisogni di salute della popolazione detenuta*, in *www.costituzionalismo.it*, 2/2015. Sullo specifico versante della sessualità, v. invece S. Talini, *La privazione della libertà personale. Metamorfosi normative, apporti giurisprudenziali, applicazioni amministrative*, Napoli, 2018, 255-256.

[3] Nella letteratura penalistica, per tutti, F. Mantovani, *Il consenso informato: pratiche consensuali*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2000, I, 9 ss.; F. Giunta, *Il consenso informato*

teorico-ricostruttivo, non dovrebbe subire variazioni per i soggetti ristretti, con la conseguenza per cui il principio della consapevole partecipazione del singolo alle strategie di cura che lo riguardano resterebbe in via di principio invariato.

La condizione di "persona detenuta", tuttavia, è destinata a incidere in maniera inevitabile sul diritto alla salute, a partire dal suo inquadramento generale. Si pensi, in particolare, all'ampia definizione offerta dalla Costituzione istitutiva dell'Organizzazione mondiale della Sanità nel 1948, secondo la quale la salute non si identificherebbe nella mera assenza di malattia, ma in uno «stato di completo benessere fisico, mentale e sociale». Sono state già efficacemente evidenziate le debolezze insite in una nozione talmente ampia da sfumare nei contorni di un'aspirazione utopistica, che, tra l'altro, rischia di alimentare una controproducente illusione nel potere taumaturgico della medicina[4]. Il paradosso della nozione ampia di salute comporterebbe l'obiettivo sostanzialmente irraggiungibile del completo benessere psicofisico dell'individuo: nessun individuo potrebbe dirsi davvero sano e tutti, quindi, dovrebbero considerarsi inevitabilmente malati[5]. Si tratta di considerazioni evidentemente amplificate dalla condizione di detenzione: ipotizzare, anche solo come obiettivo ideale, uno stato di benessere complessivo in riferimento a persone private della libertà personale suona come un accordo stonato o, addirittura, come un'irriverente contraddizione in termini.

all'atto medico tra principi costituzionali e implicazioni penalistiche, in *Riv. it. dir. proc. pen*., 2/2001, 378.

[4] D. Callahan, *The WHO definition of "health",* in *The Hastings Center Studies*, 1973, 77 ss. evidenzia come, sebbene un certo grado di astrazione sia inevitabile quando si abbia a che fare con concetti generali, il rischio è non solo quello di trovarsi di fronte e definizioni parziali, ma, soprattutto, quello di prestarsi a possibili "abusi": la medicina, a tacer d'altro, diverrebbe lo strumento di una pretesa "ricerca della felicità" e si farebbe confluire nel concetto di salute la risoluzione di ogni questione di carattere etico e/o sociale. Sugli aspetti postivi di una definizione ampia di salute v. però S. Rossi, *La salute mentale tra libertà e dignità. Un dialogo costituzionale*, Milano, 2015, 106.

[5] V. in particolare F. Leonardi, *Il grande paradosso della salute. La salute non è uno stato di completo benessere fisico, mentale e sociale. Nuove prospettive*, Pisa, 2015 e R. Ciofi, *Verso una nuova definizione del concetto di salute - Oltre la definizione dell'OMS*, in *www. psychiatryonline.it*, 17 aprile 2015.

Quanto all'affettività, se la stessa è riferita ad aspetti che attengono alla sfera (non necessariamente sessuale, ma comunque) intima della persona, si fatica, già in astratto, a individuare una base definitoria comune per le persone libere e quelle detenute.

L'idiosincrasia dell'affettività rispetto alla condizione carceraria risulta lapalissianamente strutturale. Il carcere è, prima di tutto, il luogo che sottrae al detenuto la sua dimensione "privata". Il modello architettonico del *Panopticon*, che proprio a Santo Stefano trova una delle sue più celebri concretizzazioni, raffigura plasticamente l'idea di fondo del regime detentivo: il controllo, legittimato dalle esigenze di sicurezza, è capillare, ininterrotto e "totalizzante". Il principio di sorveglianza continua sul detenuto e del controllo visivo inderogabile dello stesso, anche durante i colloqui e le visite dei familiari (art. 18, secondo comma ord. penit.), rende pressoché irrealizzabile quella bolla di isolamento all'interno della quale il detenuto può gestire i suoi affetti la sua intimità[6].

Pare opportuno precisare che l'affettività non si colloca necessariamente su un piano ulteriore e distinto rispetto a quello della salute, specie se, come precisato, si ritenga superato lo schema offerto da un paradigma di tipo organicistico. Non si è esitato a ritenere, con particolare riguardo alla sessualità dei detenuti, che una sua negazione coatta si risolva (anche) in una lesione del diritto alla salute[7], contribuendo, in definitiva, ad amplificare la potenzialità del carcere come "agente patogeno": il carcere, del resto, è il luogo in cui si apre una cartella clinica a un soggetto che ancora non è malato, ma che presto lo diventerà, perché la prigione, in buona sostanza, fa ammalare chi è buona salute[8].

[6] A. Pugiotto, *Della castrazione di un diritto. La proibizione della sessualità in carcere come problema di legalità costituzionale*, in *Giur. pen. web*, 2-*bis*/2019, 10, che, sia pur con specifico riferimento alla sessualità, osserva: «i corpi carcerati sono inesorabilmente esposti alla vista dei carcerieri, né possono evitare di essere sottoposti allo sguardo altrui. Uno sguardo che li accompagna dovunque e in ogni momento del giorno, che li attraversa da parte a parte, anche durante le azioni fisiologicamente più intime. Non conosce intermittenza, né eclissi, né pause, né interruzioni. Sempre vigile, tutto vede». Più in generale, sulle criticità poste dall'art. 18 ord. penit., S. Talini, *La privazione della libertà personale*, cit., 258 ss.

[7] A. Pugiotto, *op. cit.*, 17.

[8] A. Pugiotto, *op. cit.*, 18, citando le parole di L. Castellano, D. Stasio, *Diritti e castighi. Storie di umanità cancellata in carcere*, Milano, 2009, 243.

4. *Terza analogia: la necessità di una definizione funzionale di "salute" e "affettività" alla tutela delle stesse*

La necessità di "adattare" le nozioni di salute e di affettività alla condizione delle persone detenute, senza che si possano replicare, in tutto e per tutto, gli schemi riferibili a soggetti liberi, introduce anche la terza analogia alla quale si è fatto cenno. Si tratta, in particolare, dell'esigenza di individuare una definizione sufficientemente solida dei due concetti, che corrono il rischio di smarrirsi tra le maglie di principi generali non sempre in grado di offrire all'interprete una base sufficientemente solida sul versante della tutela.

Una definizione in chiave giuridica della salute e dell'affettività, lungi dal rappresentare una questione meramente descrittivo-classificatoria, risulta cruciale per almeno due ragioni.

Anzitutto, quando si tratta di valutare un possibile bilanciamento con le esigenze di sicurezza, anche solo per escluderne l'operatività, è necessario precisare gli esatti contorni e le diverse articolazioni del diritto potenzialmente sacrificabile o, viceversa, astrattamente intangibile.

In secondo luogo, la definizione di un "diritto" rappresenta un'operazione logicamente e giuridicamente indispensabile per poter anche solo immaginare una tutela giurisdizionale dello stesso.

Non sarebbe sufficiente, per esempio, affidarsi alla consolatoria copertura offerta dall'onnivoro contenitore della dignità umana, ostello sicuro per quei diritti fondamentali della persona che faticano a trovare un alloggio più stabile. Il riferimento alla dignità umana, beninteso, resta l'indispensabile pilatro sul quale si edifica tanto la tutela dei diritti delle persone detenute quanto, più in generale, un sistema rispettoso del volto costituzionale della pena e dell'intero sistema penale. Sono altrettanto innegabili, tuttavia, i rischi insiti in un ricorso pressoché acritico al (super) valore taumaturgico condensato nell'etichetta della dignità umana, che, associata intuitivamente e istintivamente a una "connotazione emotiva favorevole", si oppone a ogni sforzo ricostruttivo volto a contenere l'indeterminatezza del suo «contenuto fluttuan-

te e inafferrabile»[9]. Non è un caso che in alcune definizioni della dignità come "valore" riecheggino quelle che si traducono in mere tautologie nella definizione dei diritti umani: la dignità si risolverebbe nella "umanità", in quel bene che ciascuno possiede per il solo fatto di essere uomo[10].

Si tratta della pregiudiziale che, in maniera problematica, caratterizza la più ampia tematica dei diritti "umani": una definizione dei diritti fondamentali, capace di andare oltre un generico e tautologico riferimento a "ciò che inerisce alla persona umana"[11], rappresenta l'autentica sfida di una tutela dei diritti effettiva e non meramente declamatoria. Il problema di fondo relativo ai diritti dell'uomo, del resto, è oggi non tanto quello di giustificarli, quanto quello di proteggerli[12].

Con particolare riguardo alla salute, visto il *deficit* di determinatezza insito in una nozione ampia che valorizzi il generale benessere fisico e psichico dell'individuo, potrebbe ipotizzarsi il riferimento a una nozione più restrittiva, funzionale alla tutela della salute nella sua consistenza di diritto individuale (non importa se in un contesto di detenzione). Pare opportuno precisare che il superamento del paradigma organicistico, secondo il quale la salute si ridurrebbe all'assenza di malattia clinicamente accertabile,

[9] A. Tesauro, *Riflessioni in tema di dignità umana, bilanciamento e propaganda razzista*, Torino, 2013, 3.

[10] Q. Camerlengo, *Contributo ad una teoria del diritto costituzionale cosmopolitico*, Milano, 2007, 338.

[11] Secondo la ormai celebre definizione di Griffin, i diritti umani sono quei diritti di cui si è titolari "semplicemente in quanto esseri umani": J. Griffin, *Discrepancies between the Best Philosophical Account of Human Rights and the International Law of Human Rights*, in *PAS*, 101 (1/2001), 2. Sul punto, per tutti, J. Gardner, «*Semplicemente in questo esseri umani*»*: titolari e giustificazioni dei diritti umani*, in *Rag. prat.*, 2/2007, 413 ss.

[12] N. Bobbio, *Sul fondamento dei diritti dell'uomo*, in Id., *L'età dei diritti*, Torino, 1997, 16. Lo stesso Autore osserva (8) che «la prima difficoltà deriva dalla considerazione che "diritti dell'uomo" è un'espressione molto vaga. Abbiamo mai provato a definirli? E se abbiamo provato, quale è stato il risultato? La maggior parte delle definizioni sono tautologiche: "Diritti dell'uomo sono quelli che spettano all'uomo in quanto uomo". Oppure ci dicono qualche cosa sullo *status* desiderato o proposto di questi diritti, non sul loro contenuto: "Diritti dell'uomo sono quelli che appartengono, o dovrebbero appartenere, a tutti gli uomini, o di cui ogni uomo non può essere spogliato"».

deve considerarsi come un risultato non solo significativo, ma anche apprezzabile, che sarebbe poco auspicabile, quindi, mettere in discussione: si pensi alle più ampie prospettive aperte da una nozione ampia di salute (e di malattia) sul piano bioetico, sul versante del rapporto medico-paziente o quando si discuta della tutela della salute in una prospettiva politico-sociale (*sub specie*, in particolare, delle politiche di prevenzione).

Se, però, l'obiettivo è quello di "isolare" un diritto individuale a fronte della cui violazione sia possibile ricorrere agli strumenti giurisdizionali, una nozione "restrittiva" di malattia, probabilmente, si rivela quella più funzionale allo scopo. Potrebbe in particolare ritenersi che la salute, in via di prima approssimazione, debba essere intesa come la condizione di chi non necessita di cure mediche. Non si tratterebbe, dunque, di tutelare un non meglio precisato stato di complessivo benessere dell'individuo, ma "semplicemente" una condizione fisica e mentale che non necessiti di cure, sulla base, evidentemente, del sapere scientifico di riferimento.

Da una più puntuale delimitazione del concetto di salute potrebbero derivare almeno due effetti positivi. Si ridimensionerebbe, anzitutto, l'impressione che la salute del detenuto, già a livello definitorio, necessiti di adattamenti strutturalmente necessari, con effetti apprezzabili soprattutto sul piano della salute mentale. Se un generico benessere psichico servirebbe a ben poco sul piano della tutela, un più puntuale riferimento alla non necessità di cure di tipo psicologico o psichiatrico, forse, potrebbe contribuire alla messa a fuoco di una questione che troppo spesso resta in ombra nelle ricostruzioni di tipo scientifico e che invece, stando ai resoconti provenienti dalle voci di dentro, assume almeno in certi i casi i caratteri di autentica "emergenza psichiatrica"[13]. Non si è mancato di osservare che «[l]avorando in carcere non distrattamente, ci si accorge ben presto che il luogo altro non è che un grande e misconosciuto ospedale psichiatrico»[14], mettendo

[13] A. De Angelis, *Il disagio mentale in ambiente penitenziario: strategie e competenze della polizia penitenziaria*, in *Quaderni ISSP*, 11, *Riforma della sanità penitenziaria. Evoluzione della tutela della salute in carcere*, 60.

[14] M. Iannucci, G. Brandi, *Il reo folle*: *le modifiche dell'ordinamento penitenziario*, in *Dir. pen. cont.*, 2/2018, 112, dove si cita anche l'articolo di Nicholas Kristof, intitolato

a fuoco i contorni di un'emergenza non ancora giunta in cima alle priorità del legislatore penitenziario: la perdurante assenza di una disciplina organica relativa al trattamento della malattia mentale in carcere suona come un ingiustificato e ingiustificabile silenzio, che, oltretutto, minimizza i pur evidenti profili di criticità derivanti dall'attuale fisionomia del doppio binario sanzionatorio nel codice penale italiano. Anche in questo caso, un più evidente ed esplicito sforzo sul piano definitorio potrebbe contribuire a rendere più nitidi i contorni della salute mentale, per emanciparlo da quella consistenza di "diritto di carta" in cui, spesso, sembrerebbe restare imbrigliato.

In secondo luogo, una nozione circoscritta di salute potrebbe favorire una più sicura collocazione degli altri diritti fondamentali del detenuto, che pure contribuiscono a determinare il suo stato di "benessere". Il riferimento è, in particolare, al diritto a un ambiente salubre inteso come ambiente carcerario "degno" (artt. 5 e 6 ord. penit.), ma anche alle prescrizioni relative al vestiario e al corredo (art. 7 ord. penit.), all'igiene personale (art. 8 ord. penit.), al vitto (art. 9 ord. penit.) e alla permanenza all'aria aperta. Pur trattandosi di norme che svolgono una funzione strumentale rispetto alla tutela della salute[15], pare opportuno rimarcare la loro autonomia strutturale e giurisdizionale, in modo da assicurare la tutela dei corrispondenti diritti indipendentemente dagli effetti che la loro violazione comporti sul non meglio precisato "benessere" del detenuto.

Le difficoltà ravvisabili sul piano definitorio si rivelano (ancora) più significative sul versante dell'affettività, se non altro perché si tratta di una categoria di cui si fatica a rinvenire, a livello normativo, una definizione esplicita. Così come per la salute, anche il concetto di affettività presenta una consistenza proteiforme. In via

Inside a Mental Hospital Called Jail e pubblicato sul *The New York Times*, 8 febbraio 2014.

[15] G. Mantovani, A. Bernasconi, *Art. 11*, in F. Della Casa, G. Giostra (a cura di), *Ordinamento penitenziario commentato*, 2019, 127 parlano di «salvaguardia preventiva» della salute dei reclusi. Per un inquadramento delle disposizioni in questione nella cornice più ampia del diritto alla salute v. anche M. Ruotolo, *Diritti dei detenuti e Costituzione*, Torino, 2002, 142.

di prima approssimazione, la tutela dei rapporti affettivi in carcere comprende almeno tre distinte articolazioni[16]: a) diritto a mantenere intatte le relazioni familiari: l'obiettivo in questione si persegue essenzialmente attraverso le telefonate e la corrispondenza, i colloqui e i permessi; b) diritto a non recidere i contatti con il mondo esterno, nel quale, di regola, il detenuto è destinato a fare rientro: si tratta di un'esigenza che, al momento, trova concretizzazione attraverso i colloqui in istituto, cui accedono, per esempio rappresentanti del volontariato o degli enti locali; c) diritto alla propria intimità-sessualità, che, allo stato attuale, non riceve alcuna forma di riconoscimento normativo.

L'individuazione delle diverse "componenti" dell'affettività, ancora una volta, è funzionale a individuare una tutela effettiva, tanto sul versante dello strumento rimediale da attivare in caso di violazione quanto su quello, certamente più "impervio", delle lacune da colmare mediante un intervento della Corte costituzionale o del legislatore.

Quanto allo strumento che, concretamente, potrebbe veicolare la tutela giurisdizionale di "diritti" alla salute e all'affettività, il riferimento obbligato è, chiaramente, al reclamo introdotto dal d.l. n. 146 del 2013 (convertito, con modificazioni, dalla l. n. 10 del 2014) all'art. 35-*bis* ord. penit. [17].

La giurisprudenza ha chiarito che la tutela accordata dal magistrato di Sorveglianza in sede di reclamo giurisdizionale "ordinario" (art. 35-*bis* ord. penit., comma terzo) presuppone il pregiudizio, concreto e attuale, di un "diritto soggettivo" e non di altri generici interessi. Deve trattarsi, più esattamente, di «aspirazioni alla fruizione e godimento di beni della vita che restano "insensibili" alla restrizione, in quanto collegate funzionalmente a quel "residuo di libertà" che […] non può e non deve essere rimesso alla discrezionalità amministrativa» e che resta quindi affidato alla

[16] Valga, per tutti, il riferimento a *Stati Generali dell'Esecuzione penale - Tavolo 6. Mondo degli affetti e territorializzazione della pena. Relazione conclusiva*, in *www.giustizia.it*, 2016.

[17] Per un efficace inquadramento del reclamo giurisdizionale, M. Bortolato, *Art. 35*-bis, in F. Della Casa, G. Giostra (a cura di), *Ordinamento penitenziario commentato*, cit., 2019, 461 ss.

concretizzazione giudiziale: l'art. 35-*bis* ord. penit., quindi, si riferirebbe a interessi gli interessi che ineriscono a beni essenziali della persona e che rappresentano la proiezione di diritti fondamentali dell'individuo[18].

5. *Prima differenza apparente: la riconoscibilità di un fondamento normativo per la tutela della salute e dell'affettività*

Passando alle differenze più evidenti che sembrerebbero ravvisarsi tra la salute e l'affettività, un primo nodo problematico è quello che attiene al fondamento normativo di questi diritti.

Nulla quaestio sul versante del diritto alla salute, che può contare su un fondamento normativo esplicito e, verrebbe da dire, inequivoco, tanto a livello costituzionale quanto, per ciò che attiene alle persone detenute, nell'ordinamento penitenziario.

È innegabile che, storicamente, la tutela della salute si risolvesse anzitutto in una dimensione collettiva, la quale, collocandosi nell'orizzonte dell'ordine pubblico, era rivolta essenzialmente ad impedire la diffusione di epidemie e malattie contagiose[19]. Il processo teso a valorizzare la dimensione individuale del diritto in questione è stato lento e per nulla scontato. Non è un caso, del resto, che persino una norma cardine come quella contenuta nell'art. 32 Cost., nella quale convivono l'anima individuale e quella collettiva e/o sociale del diritto alla salute, abbia faticato a liberarsi dall'etichetta di disposizione meramente programmatica, anche per la convinzione che la sua attuazione avrebbe comportato un'incidenza economica eccessiva sulle strutture pubbliche e nei rapporti tra privati[20].

[18] Corte cass., Sez. I 18 novembre 2020, n. 47184, punto 2 del *Considerato in diritto*, che, ritenendola una questione in stretta correlazione con il diritto alla salute, ha ritenuto che il Magistrato avrebbe dovuto instaurare il contraddittorio sulla richiesta di un detenuto finalizzata a ottenere l'autorizzazione all'acquisto di due mazzi di carte, uno napoletano e l'altro francese, da detenere nella camera di detenzione, anche in considerazione della presenza e della diffusione pandemica del virus Covid-19.

[19] R. Ferrara, *Salute (diritto alla)*, in *Dig. disc. pubbl.*, XIII, Torino, 1997, 515 ss.; C.M. D'Arrigo, *Salute (diritto alla)*, in *Enc. dir.*, *Agg.* V, Milano, 2001, 1009 ss.; A. Greco, *Il "nocciolo duro" del diritto alla salute*, in *Resp. civ.*, 2007, IV. 304 ss.

[20] G. Alpa, *Salute (diritto alla)*, *Noviss. dig.*, *App.* VI, Torino, 1983, 913.

L'art. 32 Cost., ad ogni modo, rappresenta un "punto di non ritorno", al quale fa eco l'art. 11 ord. penit. Quest'ultimo, in particolare, sembra ispirato al tendenziale obiettivo di "parificare" la tutela del diritto alla salute, almeno sul versante delle prestazioni sanitarie cui il paziente può accedere, tra liberi e detenuti. L'art. 11 ord. penit., del resto, si apre con l'affermazione per cui il servizio sanitario nazionale opera negli istituti penitenziari e negli istituti penali per minorenni nel rispetto della disciplina sul riordino della medicina penitenziaria (d.lgs. n. 230 del 1999, con cui si è realizzata la "storica svolta" del trasferimento della medicina penitenziaria al servizio sanitario nazionale[21]). La disposizione in questione, introdotta dalla riforma del 2018 e riproducendo pressoché testualmente l'indicazione contenuta nella legge delega, rinvia proprio al principio di parità tra i livelli di prestazioni sanitarie assicurate a detenuti e internati rispetto a quelle garantite ai soggetti liberi.

Quanto alla Convenzione europea dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali e, quindi, alla possibilità di ottenere tutela attraverso la Corte di Strasburgo, la CEDU non contiene un esplicito riconoscimento del diritto alla salute, trattandosi, come precisato, di uno di quei diritti sociali cui storicamente è rimasta estranea quella dimensione strettamente individuale che

[21] Il trasferimento della medicina penitenziaria al servizio sanitario nazionale interveniva in un contesto fortemente eterogeneo e contraddittorio. Sul territorio nazionale erano infatti rinvenibili realtà di eccellenza, specie se supportate da ASL efficienti, ma la consistente e progressiva emersione delle "emergenze penitenziarie" (stranieri, patologie infettive, centuplicazione della presenza di tossicodipendenti, tassi sempre più elevati di accertato disagio psichico, sovraffollamento) mostrava la necessità di definire un nuovo modello assistenziale che valorizzasse anche i centri di politica sanitaria regionale e locale: così C. CANTONE, *La Riforma della sanità penitenziaria: Problemi e percorsi possibili*, in *Quaderni ISSP*, cit., 14. Sugli scetticismi che hanno accompagnato la riforma in questione si rinvia a G. LA GRECA, *Delega al Governo per il riordino della medicina penitenziaria*, in *Dir. pen. proc.*, 1999, 15; G. STARNINI, *Il passaggio della sanità penitenziaria al Servizio sanitario nazionale*, in *www.ristretti.it*. Cfr. M. RUOTOLO, *op. cit.*, 147, il quale sottolinea come anche la mera pregnanza simbolica del passaggio al SSN non sia da trascurare, posto che nell'assetto normativo precedente la competenza esclusiva dell'amministrazione penitenziaria ben poteva prestarsi a un uso strumentale della medicina penitenziaria, che asservisse gli interessi del singolo alle esigenze di ordine e disciplina degli istituti.

caratterizza la tutela dei diritti umani[22]. La norma alla quale fare riferimento per i soggetti sottoposti a limitazione della libertà fondamentale, allora, diviene quella contenuta nell'art. 3 CEDU, con particolare riguardo al divieto di trattamenti inumani o degradanti[23].

All'esplicito riferimento normativo, tuttavia, può corrispondere una tutela effettiva solo nella misura in cui dallo stesso si ricavi un diritto dai contorni sufficientemente definiti: operazione che, per le ragioni già precisate, anche sul versante della salute risulta più sfumato di quanto potrebbe *prima facie* apparire.

Quanto all'affettività, la questione diviene inevitabilmente più complessa già "a monte", se non altro perché il discorso risulta necessariamente differenziato a seconda di quale articolazione del diritto si intenda valorizzare.

Muovendo dalla tutela della famiglia, il riferimento obbligato è agli artt. 29, 30 31 Cost., mentre sul versante della legislazione penitenziaria, a partire dal principio di territorialità della pena affermato dall'art. 14 ord. penit., è rinvenibile un fitto reticolo di disposizioni che si muovono nella comune direzione di assicurare il contatto con i familiari e, più in generale, con il mondo esterno (art. 15 e 28 ord. penit., per esempio)[24].

Se, invece, l'attenzione si sposta su un preteso "diritto alla sessualità" il silenzio del legislatore diviene assordante. L'assenza di disposizioni specificamente ed esplicitamente dedicate alla sessualità potrebbe giustificarsi osservando che il diritto alla relazione affettiva è comunque tutelato all'interno dell'istituto e che la sessualità troverebbe la sua forma di "riconoscimento" attraverso i permessi premio o, comunque, le misure che, gradualmente,

[22] *Amplius*, F. Cecchini, *La tutela del diritto alla salute in carcere nella giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo*, in A. Massaro (a cura di), *La tutela della salute nei luoghi di detenzione. Un'indagine di diritto penale intorno a carcere*, *REMS e CPR*, Roma, 2017, 207 ss.

[23] V., ancora, F. Cecchini, *op. cit.*, 218 ss.

[24] Un'ampia e dettagliata rassegna delle disposizioni che concretizzano il diritto all'affettività del detenuto è offerta da S. Talini, *L'affettività ristretta*, in M. Ruotolo, S. Talini (a cura di), *Dopo la riforma. I diritti dei detenuti nel sistema costituzionale*, Volume II, Napoli, 2019, 250 ss.

portano il detenuto al di fuori delle mura carcerarie[25]. Non si è esitato a ritenere, tuttavia, che questa "narrazione indulgenziale" rappresenterebbe solo il maldestro tentativo di dissimulare quella che, lungi dal costituire una "svista" del legislatore, rappresenta una scelta precisa, espressione di un «operante dispositivo proibizionista»[26].

Le ragioni sono certamente molte e complesse. Se, da una parte, è innegabile il peso di un ritardo culturale in tema di sessualità, dall'altra parte è evidente che nel caso degli "altri diritti" si muove da una base comune, almeno a livello costituzionale, con le persone libere: nel caso della sessualità, invece, si tratterebbe di un "diritto" solo per soggetti che, come i detenuti o i disabili, necessitino di un riconoscimento normativo che, altrimenti, non sarebbe necessario.

Quando al sistema CEDU, sebbene la Corte di Strasburgo non sia pervenuta al riconoscimento di un obbligo positivo per gli Stati di garantire la sessualità in carcere, fondato, in particolare, sui diritti alla vita privata e familiare (art. 8 CEDU) e al matrimonio (art. 12 CEDU), sono nondimeno numerose le pronunce in cui si auspica un rafforzamento e un'evoluzione delle normative nazionali in materia di visite coniugali[27].

La ricerca di un chiaro fondamento normativo, ad ogni modo, resta una necessaria operazione preliminare per ogni considerazione successiva in materia di tutela. Se la base positiva di quello che si ritiene dovrebbe assumere la consistenza di un "diritto" non è chiaramente riconoscibile, non avrebbe senso andare alla ricerca di un "surrogato indiretto", dovendo piuttosto prendersi atto della presenza di una lacuna dell'ordinamento, non colmabile per via interpretativa ma emendabile solo mediante un intervento del legislatore.

[25] A. Pugiotto, *op. cit.*, 4.

[26] A. Pugiotto, *op. cit.*, 5. V. anche S. Talini, *Un diritto "sommerso": la questione dell'affettività in carcere approda alla Corte costituzionale,* in *Forum Quaderni Costituzionali*, 18 ottobre 2012, 1 ss.

[27] Tutti i necessari riferimenti in S. Talini, *La privazione della libertà personale*, cit., 277.

6. *Seconda differenza apparente: la collocazione della salute e dell'affettività nel dibattito relativo ai diritti dei detenuti*

La seconda differenza apparente tra salute e affettività, legata a filo doppio a quella precedente, attiene al grado di sviluppo che l'una e l'altra hanno conosciuto nella più ampia cornice dei diritti delle persone detenute.

L'impressione è che, mentre la tutela della salute dei detenuti, almeno come esigenza formale, non sia mai sta messa in discussione e, anzi, si trovi spesso collocata al centro delle riflessioni sui diritti dei detenuti, l'affettività, anche scontando una troppo automatica assimilazione alle questioni relative alla sessualità in carcere, abbia faticato a ritagliarsi quel ruolo che solo di recente ha iniziato a vedersi riconosciuto.

In realtà, quella tara culturale che a lungo ha appesantito o, addirittura, soffocato il dibattito relativo all'affettività, non sembra abbia risparmiato del tutto il diritto alla salute delle persone detenute.

Si è già fatto riferimento al ritardo, culturale e normativo, che affligge la tutela della salute mentale in carcere e che rappresenta un autentico nervo scoperto della "questione carceraria".

A ciò potrebbe aggiungersi l'impenetrabilità del carcere di fronte a quella che, in senso lato, può definirsi una "prospettiva di genere". Sebbene si tratti di questioni complesse, pare opportuno ribadire che la "donna in quanto tale", considerata cioè indipendentemente dalla maternità e dal rapporto con la prole che, per contro, sono le dimensioni maggiormente valorizzate dalla legislazione penitenziaria, è portatrice di esigenze di salute specifiche, talmente evidenti che neppure sarebbe necessario, forse, scomodare le pur consolidate acquisizioni della "medicina di genere".

Se, poi, la salute viene intesa in senso ampio, fino a lambire i contorni dell'affettività e della sessualità, deve necessariamente prendersi in considerazione anche la condizione dei detenuti e delle detenute omosessuali e transessuali, il cui trattamento oscilla perennemente tra le esigenze di tutela e il rischio di isolamento e/o ghettizzazione.

Salute e affettività, allora, risultano accomunate anche dall'esigenza di un cambio di passo che, prima di potersi tradurre in una

legislazione capace di rinnovarsi e di svecchiarsi, deve necessariamente tradursi in un approccio socio-culturale meno anacronistico di quello attuale che, dal "mondo dei liberi", sia in grado di superare la barriera delle mura carcerarie.

7. *I residui di libertà e la speranza dell'utopia*

L'aspirazione dovrebbe essere proprio quella di "spostare" il confronto basato su "analogie e differenze", applicando questo schema al rapporto tra la condizione delle persone libere e quella delle persone ristrette, nella speranza che le analogie divengano sempre più significative rispetto alle differenze.

«La sanzione detentiva non può comportare una totale ed assoluta privazione della libertà della persona; ne costituisce certo una grave limitazione, ma non la soppressione. Chi si trova in stato di detenzione, pur privato della maggior parte della sua libertà, ne conserva sempre un residuo, che è tanto più prezioso in quanto costituisce l'ultimo ambito nel quale può espandersi la sua personalità individuale»[28].

Non resta che cercare quei residui, stanarli nell'ombra in cui a volte la prassi penitenziaria li nasconde, illuminarli con la luce di una tutela giurisdizionale effettiva ed efficace, favorire le condizioni necessarie affinché si moltiplichino e divengano sempre meno marginali. L'obiettivo ideale è quello di arrivare ad una situazione in cui, se il gioco "trova la differenze" avesse come protagonisti la persona libera e quella detenuta, i dettagli difformi divengano sempre più difficili da individuare.

Si tratta di un obiettivo che non è solo ideale, ma che, forse, assume i tratti propri dell'utopia. L'utopia, ad ogni modo, è una componente irrinunciabile del diritto. Il diritto senza utopia è mero esercizio di un tecnicismo, tanto ben congegnato quanto autoreferenziale. Senza contare che il diritto senza utopia è un lusso che il diritto penale e il diritto penitenziario, ai quali è affidata la tutela dei beni giuridici più preziosi di cui l'essere umano è titolare, non sono nella condizione di potersi concedere.

[28] Corte cost., 24 giugno 1993, n. 349, § 4.2 del *Considerato in diritto*.

Aldo Morrone

Telemedicina e carcere

"Le mie impronte digitali
Prese in manicomio
Hanno perseguitato le mie mani
Come un rantolo che salisse la vena maggiore della vita,
Quelle impronte digitali dannate
Che sono state registrate nel cielo
E vibrano insieme
Ahimè
Alle stelle dell'Orsa"
Alda Merini (1931-2009)

Sommario: 1. Introduzione. – 2. La complessità della Telemedicina. – 3. La Telemedicina in Italia. – 4. La salute in carcere. – 5. Il Piano Nazionale di Ripresa e di Resilienza (PNRR). – 6. Abbandonare il rapporto personale medico-paziente? – 7. Telemedicina, salute e carcere. Alcune riflessioni.

1. *Introduzione*

Fin dalle sue origini negli anni '60, la Telemedicina (TMD) è stata concepita come una soluzione per fornire servizi sanitari in presenza di barriere geografiche che fungevano da limite all'assistenza di persona. In questo senso, l'Organizzazione Mondiale della Sanità (OMS) afferma che la TMD acquisisce notevole importanza quando la distanza è un fattore critico.

In altre parole, la TMD rappresenta lo scambio a lunga distanza di informazioni cliniche, in cui vengono utilizzate le Tecnologie dell'Informazione e della Comunicazione (TIC). Sebbene ci siano molte definizioni[1], riteniamo che quella utilizzata dall'American

[1] H. Oh, C. Rizo, M. Enkin, A. Jadad, *What Is eHealth (3): A Systematic Review of Published*. [13 Nov 2018]; *J Med Internet Res.* 2005 7: e1. Internet. Disponible in *www.jmir.org/2005/1/e1*.

Telemedicine Association (ATA), sia particolarmente interessante: «l'uso di informazioni mediche scambiate da un sito all'altro tramite comunicazioni elettroniche per migliorare lo stato di salute dei pazienti»[2].

La TMD rappresenta l'erogazione di servizi sanitari, quando la distanza è un fattore critico, per cui è necessario usare, da parte degli operatori, le tecnologie dell'informazione e delle telecomunicazioni al fine di scambiare informazioni utili alla diagnosi, alla terapia alla prevenzione delle malattie e per garantire, inoltre, un'informazione continua agli erogatori di prestazioni sanitarie e supportare la ricerca e la valutazione della cura (1997 – OMS).

La TMD, dunque, non è una disciplina medica specialistica, ma una nuova modalità di erogazione di prestazioni sanitarie eliminando le barriere della distanza e del tempo.

I servizi di TMD prevedono l'utilizzo di tecnologie all'avanguardia per la rilevazione di parametri vitali e dati sanitari dei pazienti e la loro trasmissione in forma di testi, suoni, immagini o altre modalità necessarie per la prevenzione, diagnosi, trattamento e *follow-up* dei pazienti.

I principali ambiti applicativi della TMD sono: 1) *Homecare* – fornire assistenza sanitaria presso il domicilio del paziente, senza che debba recarsi in ospedale o ambulatorio attraverso il monitoraggio e l'acquisizione, in ambito domiciliare, di alcuni parametri vitali che in tempo reale consentono alle strutture sanitarie e al relativo personale addetto di analizzare, controllare ed agire prevenendo e risolvendo eventuali problematiche emerse dalle rilevazioni in atto; 2) *Teleconsulting* – realizzare consultazioni mediche a distanza tra specialisti, utilizzando apparecchiature collegate ai sistemi informatici (in particolare per radiologia, cardiologia ed analisi di laboratorio) al fine di effettuare corrette diagnosi, confrontarsi sui percorsi di cura e prevenzione, nonché per l'addestramento ed il *training* del personale medico e paramedico.

[2] Telemedicine Glossary. *American Telemedicine Association. ATA.* 2018. [27 Dic 2018], disponibile in: *http://thesource.americantelemed.org/resources/telemedicine-glossary.*

Le visite a distanza permetterebbero il raggiungimento di diversi risultati quali: accedere a risorse altamente specializzate a livello globale; ridurre i tempi di attesa; estendere la copertura medica ad aree/luoghi disagiati; prevedere programmi di prevenzione distribuiti a costi contenuti; mantenere l'efficacia del contatto visivo con il medico e l'analisi dei comportamenti psico-fisici; far fronte alla scarsità di medici specialisti.

Con riguardo agli obiettivi di sviluppo, si segnalano: facilitare l'accessibilità ad alcune prestazioni riducendo i tempi di esecuzione e di risposta (radiologiche, cardiologiche, ecc.); ridurre i tempi di impegno dei professionisti; accorciare le distanze e diminuire l'isolamento; ridurre il numero dei trasporti a strutture sanitarie esterne (consentendo al sistema di concentrarsi su quelli inevitabili); permettere un inquadramento del paziente con lo specialista ospedaliero. Il raggiungimento di quest'ultimo obiettivo consentirebbe di avere prime indicazioni terapeutiche in attesa del trasferimento, di ottenere una migliore (più veloce e più efficace) gestione del paziente quando trasportato presso la struttura ospedaliera e ottimizzare la gestione della cronicità (c.d. medicina di iniziativa).

2. *La complessità della Telemedicina*

Telemedicina è un termine che copre tutte le forme di fornitura di servizi sanitari a lunga distanza, compresi i servizi non clinici, come la tele-formazione, i portali *web* per i pazienti o le riunioni virtuali di operatori sanitari.

Ci sono nuovi termini per definire un mondo iperconnesso che sta cambiando il modo in cui intendiamo la salute e la sanità. Applicazioni (APP) per la salute e il benessere per dispositivi mobili, sensori corporei e locali, la nuova era dell'*Internet of Things*, in cui ogni oggetto quotidiano è informatizzato e connesso, servizi di *cloud computing*, o le potenzialità dei *big data* per migliorare la qualità dell'assistenza sanitaria, sono esempi di un ecosistema in cui la definizione di TMD non è all'altezza di ciò che sta effettivamente accadendo e in cui vengono coniate nuove espressioni, come salute 2.0, salute digitale o salute connessa.

La TMD è quindi una nuova modalità dedicata alla cura del paziente, suddivisa in "sincrona" e "asincrona", a seconda che i servizi clinici a distanza siano erogati in tempo reale o differiti.

Le teleconsultazioni sono incontri clinici tra un operatore sanitario da un lato e un paziente dall'altro, che utilizzano sistemi di videoconferenza in tempo reale (sincroni). Un esempio di TMD asincrono è invece la teleradiologia. Al termine dell'esame del paziente viene acquisita un'immagine radiologica successivamente trasmessa al sistema di archiviazione digitale dell'ospedale (*PACS*, *Picture Archiving and Communication System*) per il quale viene utilizzato lo standard *DICOM* (*Digital Imaging and Communication in Medicine*). L'immagine viene interpretata a distanza e in "tempo ritardato" dallo specialista di radiologia e viene poi stilato il referto nella storia clinica elettronica.

La TMD di alta qualità dovrebbe essere intesa come un nuovo modo di relazionarsi con i pazienti, con la stessa efficacia e validità legale della normale pratica clinica, ma utilizzando canali diversi per questo scopo.

È opportuno rilevare che sulle problematiche poste dalla tutela della salute della persone detenute durante l'emergenza sanitaria, soprattutto ai primi di maggio del 2020, erano state disposti circa 700 prolungamenti di licenze a detenuti in stato di semilibertà e concesse oltre 2.500 detenzioni domiciliari. Però solo una parte di questi provvedimenti veniva adottata sulla base del d.l. n. 18 del 17 marzo 2020, infatti un alto numero è stato concesso sulla base della legge 26 novembre 2010, n. 199, "Disposizioni relative all'esecuzione presso il domicilio delle pene detentive non superiori a un anno".

Questa innovativa erogazione di servizi sanitari si è sviluppata proprio a partire dalla necessità di garantire l'immediata assistenza sanitaria in situazioni, come disastri naturali (terremoti, inondazioni), oppure di intervenire in quelle situazioni in cui l'eccessiva distanza geografica dalla rete dei servizi sanitari, in particolare quelli altamente specialistici, potesse rappresentare un ostacolo per l'accesso a una diagnosi e terapia adeguata[3].

[3] Infatti è stata proprio la NASA, a partire dagli anni sessanta, a finanziare gran parte della ricerca per la realizzazione di servizi di telemedicina. Cfr. C. BOTRUGNO,

Il sistema di teleconsulto e tele-formazione creato nel 1964 tra l'Istituto di Psichiatria dell'Università del Nebraska (Omaha) e il Norfolk Psychiatric Hospital (Virginia), separati da 112 miglia, è stata la prima solida esperienza nell'uso della TMD legata a problemi di distanza, cui sono seguiti altri progetti come quelli ideati dalla NASA nel 1967 per il telemonitoraggio dei segni vitali degli astronauti che facevano parte delle missioni spaziali Apollo, o il progetto TMD "STARPAHC" ideato dall'Indian Health Service (IHS), NASA e la tribù Papago in Arizona[4].

Negli anni '70 e '80 gli USA progettavano già un'agenzia federale TMD e creavano una rete nazionale basata sulla videoconferenza, collocando le postazioni nelle aree rurali. Tale pratica si estese nel 1970 in Svizzera, Gran Bretagna e altri Paesi, con un aumento del numero delle specializzazioni cui veniva applicata la TMD basata sulla teleconsultazione (telepsichiatria, telecardiologia, tutoraggio in anestesiologia, neonatologia o terapia intensiva, ecc.). In questo periodo (1970-1980), la TMD è stata estesa anche alle carceri, con esempi come le teleconsultazioni tra la prigione della contea di Dade, l'Università di Miami e il Jackson Memorial Hospital.

3. *La Telemedicina in Italia*

A seguito dell'Intesa tra il Governo, le Regioni e le Province autonome di Trento e Bolzano, sul documento "Telemedicina-Linee di indirizzo nazionali", approvato in sede di Conferenza Stato-Regioni (20 febbraio 2014), è possibile anche nel nostro Paese, come in altre Regioni europee, avvalersi da parte dei centri clinici di strumenti di TMD.

Scopo generale di questa tecnologia è rendere disponibile ai pazienti l'accesso a distanza all'assistenza specialistica e, ai clinici

Telemedicina e trasformazione dei sistemi sanitari. Un'indagine di bioetica, Roma, 2018.

[4] A. Vladzymyrskyy, M. Jordanova, F. Lievens, eds. *A Century of Telemedicine*, Curatio Sine Distantia et Tempora, Sofia, 2016.

che se ne avvalgono, le competenze dei centri di riferimento con i quali condividere le informazioni cliniche.

Come in parte anticipato, con il termine teleconsulto si fa riferimento anche a questa interazione tra professionisti mediante la TMD con lo scopo di fornire e ricevere consulenza su una situazione clinica complessa che richiede modifiche e integrazioni nel percorso diagnostico-terapeutico-assistenziale.

La Conferenza Permanente per i rapporti tra lo Stato, le Regioni e le Province Autonome di Trento e Bolzano, nella seduta del 22 gennaio 2015, ha approvato la consulenza a distanza per promuovere e potenziare la presa in carico dei soggetti affetti da una patologia rara.

4. *La salute in carcere*

Il carcere è notoriamente un luogo malsano, il 70% dei detenuti presenta almeno una malattia e le persone detenute hanno spesso bisogno, anche a causa dei contesti di provenienza, di interventi di cura rilevanti ed urgenti. Tuttavia, ancora oggi, ci sono troppi ostacoli per un dignitoso diritto alla tutela della salute e, in particolare, dei processi di diagnosi e cura.

In carcere si vive una condizione di salute decisamente peggiore rispetto a quella in cui vivono i cittadini in libertà. Il rischio di ammalarsi è decisamente più alto, sia per patologie organiche che per quanto riguarda la salute mentale[5]. Il mantenimento e la cura della condizione di benessere psico-fisico e sociale in carcere è inoltre gravemente limitato dall'insufficienza e dall'inadeguatezza dei servizi disponibili[6]. Questa realtà determina la caratteristica per il carcere di essere esso stesso "patogeno" con gravi danni non

[5] Cfr. M. Di Lillo, *Il problema della salute mentale in carcere*, disponibile in *https://antigoneonlus.medium.com*.

[6] Cfr. Comitato Nazionale per la bioetica, *Salute mentale e assistenza psichiatrica in carcere*, 2019, disponibile in: *http://bioetica.governo.it/italiano/documenti/pareri-e-risposte/salute-mentale-e-assistenzapsichiatrica-in-carcere/*; G. Caputo, *Disagio psichico e carcerazione: uno studio su frequenza e distribuzione del disagio psichico in base a variabili socio-anagrafiche e giuridiche*, in C. Botrugno, G. Caputo (a cura di), *Vulnerabilità,*

solo per le persone detenute ma per gli stessi operatori. Questa "patogenicità" si osserva in particolare nella spirale suicidaria più elevata che in qualunque altro ambiente. Secondo gli ultimi dati pubblicati dall'OMS, il tasso di suicidio in Italia nel 2019 era infatti pari a 0,67 casi ogni 10.000 persone. Nello stesso anno, il tasso di suicidi in carcere era pari a 8,7 ogni 10.000 detenuti mediamente presenti. Mettendo in rapporto i due tassi, si osserva un incremento di suicidi in carcere di oltre 13 volte in più rispetto alla popolazione libera[7]. Ma il carcere è fortemente patogeno anche per il rischio di patologie oncologiche certamente sottostimate, venendo meno l'attività di *screening*. Inoltre i danni sulla salute contratti in carcere possono perdurare anche molto oltre il termine della pena detentiva, ripercuotendosi sull'intera vita del soggetto, quasi fosse uno stigma incancellabile[8].

La Telemedicina e il teleconsulto possono rappresentare un miglioramento dell'accesso alle cure in regime di restrizione.

Nelle strutture penitenziarie, infatti, manca spesso il personale e le risorse adeguate a garantire dall'interno tutti i servizi sanitari necessari. Non è facile organizzare scorte e traduzioni per consentire alle persone detenute di accedere ai servizi clinici in ospedali esterni al carcere. In un quadro simile la TMD, ed in generale un rafforzamento di tutti i servizi digitali, dovrebbe essere scontato, ma nella realtà il carcere vive ancora una anacronistica arretratezza.

La TMD e la cartella unica sanitaria informatizzata in carcere sono già delle realtà, ma ancora a macchia di leopardo. Già da diversi anni si è proceduto allo sviluppo della TMD che ha migliorato le condizioni di salute di molti detenuti rinchiusi negli istituti di pena della penisola.

carcere e nuove tecnologie. Prospettive di ricerca sul diritto alla salute, Firenze, 2020, 228-281.

[7] Cfr. World Health Organization, S*uicide in the World, Global Health Estimate for the year*, 2016, disponible in *https://apps.who.int/iris/bitstream/handle/10665/326948/WHO-MSD-MER-19.3-eng.pdf*; World Health Organization, Suicide Worldwide, *Global Health Estimate for the year*, 2019, disponibile in *https://www.quotidianosanita.it/allegati/allegato1377340.pdf*.

[8] Cfr. E. Goffman, *Stigma. L'identità negata* (1963), tr. it. Milano, 2018.

Con l'introduzione della TMD in carcere è infatti possibile realizzare esami diagnostici a distanza, riducendo tempi di attesa, migliorando le prestazioni e abbattendo i costi di trasferimenti, scorte e piantonamenti. Con la cartella unica sanitaria informatizzata, invece, si ha la possibilità di garantire la continuità terapeutica e la condivisione dei dati clinici tra i diversi istituti, con notevole miglioramento della conoscenza delle condizioni patologiche delle persone detenute in ambito carcerario, sia adulto che minorile.

Oggi in molti istituti quando la persona detenuta viene trasferita in altro luogo, tutti i suoi dati sanitari restano "imprigionati" nell'istituto precedente. La piattaforma tecnologica è così importante per assicurare il diritto fondamentale alla tutela della salute ai detenuti nella stessa misura in cui lo si assicura ai cittadini liberi. Un tempo insieme al fascicolo giudiziario trasmigravano anche la cartella sanitaria e il diario clinico. Adesso, abolito il cartaceo, per le norme sulla *privacy*, le istituzioni sanitarie che si occupano della salute del detenuto (Asl, ospedali, policlinici, IRCCS) non mettono a disposizione gli stessi dati su piattaforma informatica se il detenuto viene trasferito in un altro istituto penitenziario. Questo determina che il detenuto sia sempre un "nuovo giunto", anche se soffre di gravi patologie, formando una nuova cartella clinica. Questo accade non solo perché non esiste una piattaforma nazionale ma anche perché ogni Asl ha la competenza e la responsabilità sui dati sensibili del detenuto in carico.

Un altro grande tema riguarda la tutela della "*privacy*". Chi può accedere ai dati sanitari dei detenuti? Il problema della trasmigrazione dei dati sanitari sensibili delle persone detenute è fondamentale. Si tratta di una realtà problematica che deve essere risolta in modo completo e trasparente, per evitare danni alla salute dei detenuti.

È necessario concordare quali dati deve contenere la cartella sanitaria. Per questo specialisti di ambiti multidisciplinari, come giuristi, medici, ingegneri devono contribuire alla messa a punto di schede informatizzate che contengano tutti i dati sanitari della persona detenuta e, al contempo, la loro completa tutela.

C'è un altro aspetto sanitario che desta preoccupazioni: si tratta della salute mentale in carcere. Come gestirla? In questa fase

di collocazione delle persone nelle Residenze per le Misure di sicurezza (R.E.M.S.), riguarda la necessità di modificare i capi di differimento della pena per motivi di disabilità psichica: in pratica, superare il concetto di infermità e semi infermità a favore della "patologia psichiatrica", accezione più ampia che dovrebbe facilitare l'accesso alla detenzione domiciliare dei detenuti con patologie psichiatriche.

Altrettanto urgente, dopo i tragici eventi determinati dalla pandemia da CoVid-19, è avviare un dibattito per realizzare un percorso diagnostico-terapeutico attraverso la TMD e il teleconsulto all'interno non solo delle carceri italiane, ma anche nelle R.S.A. e sul contributo che questi nuovi strumenti possono apportare per migliorare la qualità di cura delle persone ospitate in questi luoghi.

Le condizioni generali di salute delle persone in carcere, nelle R.E.M.S. e nelle R.S.A., non sono brillanti. Il 70% fuma, quasi il 45% è obeso o sovrappeso, oltre il 40% è affetto da almeno una patologia psichiatrica, il 14,5% da malattie dell'apparato gastrointestinale, l'11,5% da malattie infettive e parassitarie, circa il 53% dei nuovi detenuti è stato valutato a rischio suicidio[9]. Ad oggi lo Stato spende oltre 8 miliardi per l'amministrazione della giustizia e il 35% di queste risorse sono destinate al carcere che, attualmente, ospita circa 53.000 persone.

Tra il 2017 e il 2021, il bilancio del Dipartimento dell'Amministrazione penitenziaria (DAP) è cresciuto del 18,2% passando da 2,6 a 3,1 miliardi, una cifra che batte ogni record negli ultimi 14 anni e rappresenta il 35% del bilancio del Ministero della Giustizia. Entrando nel dettaglio di alcune voci si nota che, rispetto al 2020, aumentano i fondi, tra gli altri, per il funzionamento del servizio sanitario e farmaceutico, il mantenimento detenuti tossicodipendenti presso comunità terapeutiche (da 152 a 168 milioni), 4,5 milioni sono destinati a professionisti psicologi per le attività di osservazione e trattamento dei detenuti[10]. Alcune delle criticità

[9] Cfr. DAP concessi da Antigone. Cfr. A. Morrone, *Salute e Carcere. L'impatto della pandemia sul malato carcere*, in *Antigone. XVII rapporto sulle condizioni di detenzione*, marzo 2021.

[10] *Ibidem*.

più evidenti del S.S.N. penitenziario sono la disomogeneità delle prestazioni di prevenzione, diagnosi, cura, riabilitazione; la farraginosità, obsolescenza e lentezza delle procedure per l'erogazione delle prestazioni sanitarie; l'inefficiente programmazione della spesa sanitaria e assenza di dati statistici sul "fabbisogno" di salute.

Inoltre, dobbiamo porre l'attenzione sulla circostanza che molti sanitari non si sentono ancora sicuri nell'utilizzo delle tecnologie digitali per erogare prestazioni sanitarie; a ciò si aggiunge che il sistema sanitario è in grave ritardo nella definizione dei processi organizzativi necessari, anche per la lentezza nella formulazione di norme specifiche di settore.

Si ribadisce che occorre creare un fascicolo sanitario elettronico e una cartella clinica digitale e mettere in funzione una piattaforma informatica a livello nazionale che consenta ad Asl e istituti di detenzione di dialogare e avviare un servizio di teleassistenza in ambito carcerario, sia adulto che minorile. Ma questo, come anticipato, si è rivelato una chimera anche per tutti i cittadini liberi.

La TMD negli istituti penitenziari funziona bene solo se è correlata con la TMD dell'azienda sanitaria che eroga i servizi clinici, con gli stessi meccanismi con cui vengono offerti sul territorio e deve avere un ruolo importantissimo per la condizione psichiatrica e per i detenuti di origine straniera che presentano maggiori difficoltà anche a causa della lingua.

5. *Il Piano Nazionale di Ripresa e di Resilienza (PNRR)*

Il PNRR con il contributo di 7 miliardi di euro apporterà sicuramente numerosi benefici allo sviluppo delle reti di prossimità, strutture e telemedicina per l'assistenza sanitaria territoriale. Tutto questo, ovviamente, non sostituirà l'importante rapporto assistenziale garantito dal proprio medico di base, di libera scelta. Tutt'altro, dal momento che i medici di Medicina Generale oltre all'orario da garantire nel proprio studio, dovranno assicurare una maggiore presenza oraria nelle AFT (per dodici ore con turnazione degli aderenti) e nelle Case di comunità.

Il PNRR e l'attivazione della piattaforma informatica nazionale dovranno portare a regime l'accertamento *online* e i successivi esiti delle cure, generando così la parte essenziale del fascicolo sanitario elettronico di ogni cittadino.

La TMD dovrà arrivare anche nelle Case (CdC) e Ospedali (OdC) di Comunità, a domicilio e negli Istituti penitenziari, nelle R.E.M.S. e nelle R.S.A.

In tal senso la Conferenza Stato-Regioni ha approvato, il 17 dicembre 2020, le "Linee Guida con le Indicazioni per l'erogazione delle prestazioni in TMD", allo scopo di rendere omogenea l'erogazione di prestazioni essenziali in medicina, attraverso regole comuni, valide per tutti i cittadini e anche per coloro che non sono ancora cittadini italiani, ma che lo diverranno. Così sarà rispettato l'articolo 32 della Costituzione.

Un PNRR che fornirà televisite, telereferti, teleconsulti, telemonitoraggi, tutti percorsi di teleassistenza e che darà modo di responsabilizzare anche gli operatori sanitari.

6. *Abbandonare il rapporto personale medico-paziente?*

Come anticipato, la TMD deve amplificare e non sostituire il rapporto di vicinanza e fiducia con il medico curante.

Alla domanda se sia opportuno o meno introdurre la TMD all'interno degli istituti di pena, le risposte possono essere almeno due. Da un lato l'uso della TMD è già ampiamente presente anche se è da verificare l'evidenza dell'efficacia delle procedure, dall'altro coniugare la TMD nella pratica medica ha senso se lo strumento tecnologico viene gestito dal medico ed è in grado di potenziarne e allo stesso tempo semplificarne l'attività, mantenendo un rapporto personale di profonda fiducia con la persona malata detenuta.

I servizi di TMD sono ancora poco utilizzati dai pazienti, non tanto per la mancanza di interesse, ma a causa della complicazione e limitatezza del tipo di offerta.

Ma quali e quante visite e controlli sarebbe possibile effettuare da remoto attraverso soluzioni digitali? I medici specialisti ritengono che, una volta finita la pandemia, sarà possibile organizzare da

remoto circa il 20% delle visite di controllo con i pazienti cronici. I medici di medicina generale ritengono che per il futuro i contatti con i pazienti cronici potrebbero avvenire da remoto nel 50% dei casi (attraverso contatti telefonici, via chat/e-mail e in Tele-visita). I pazienti, sembrano essere ancora più entusiasti rispetto alla percentuale di visite e controlli che possono essere svolti da remoto, con percentuali che per molte patologie superano il 40%. L'offerta di servizi di TMD per i malati cronici consentirebbe di ottenere un importante risparmio di costi a carico della collettività (pazienti e loro *caregiver*), che restano spesso nascosti.

Ma siamo sicuri che tutte queste metodologie non allontanino ancora di più i pazienti dal proprio medico e che l'attività non sarebbe convogliata verso alcuni e non verso il contesto medico complessivo? Pochi medici a disposizione dei quesiti e delle valutazioni e rapporto medico-paziente sempre più scollegato. La prossimità vive del rapporto di fiducia e di vicinanza con il medico scelto.

7. *Telemedicina, salute e carcere. Alcune riflessioni*

Come in larga parte anticipato, per le persone detenute la cui salute dipende dall'accesso a cure sanitarie specializzate, la TMD può garantire un accesso più tempestivo, nonché una migliore esperienza. All'inizio della pandemia da SARS-CoV-2, numerose istituzioni sanitarie hanno collaborato per sviluppare le capacità per fornire servizi di TMD alla popolazione detenute. Diversi studi hanno evidenziato i meriti dell'utilizzo della TMD per l'assistenza specialistica continua durante la pandemia di Covid-19. Un sondaggio ha mostrato anche come la TMD sia stata ben accolta da pazienti, personale infermieristico e fornitori.

Durante la pandemia, le persone detenute non sono state in gran parte in grado di spostarsi tra le carceri e le strutture sanitarie. Ciò ha gravemente limitato il loro accesso alle cure specialistiche.

Per comprendere l'appello per i programmi di TMD, è importante capire come si presenta l'assistenza agli individui senza di essa. Storicamente, la maggior parte delle persone detenute ha

dovuto lasciare la propria struttura carceraria per ricevere assistenza presso una struttura sanitaria locale o regionale. Ma questo processo è costoso, logisticamente impegnativo, può frammentare l'assistenza e comporta rischi per la sicurezza. Mantenendoli presso la loro struttura locale, la TMD è più efficiente, a basso costo e più sicura.

Tra i fornitori, potrebbe esserci anche incertezza su come gestire gli appuntamenti con le persone detenute. La TMD consente alle carceri di mettere in contatto le persone con fornitori a cui altrimenti non avrebbero accesso e in condizioni che possono essere più private e forse più umane rispetto a quelle che potrebbero sperimentare quando vengono scortate in una struttura comunitaria.

I teleconsulti, gli incontri a distanza tra pazienti e operatori sanitari, riducono i costi diretti e sociali inerenti alla pratica clinica abituale e sono molto apprezzati dai pazienti in carcere. Nonostante i suoi potenziali benefici in ambito carcerario, l'attuazione della TMD continua a essere scarsa e irregolare, il che, tra l'altro, è dovuto alla mancanza di consapevolezza di questa pratica sanitaria, alla grave carenza di risorse attualmente endemiche del "carcere sistema sanitario" e la mancanza di soluzioni di interoperabilità dell'informazione clinica tra l'amministrazione sanitaria e il servizio sanitario carcerario, che purtroppo continuano a dipendere da un organismo esterno all'ambito sanitario (il Ministero dell'Interno), nonostante le disposizioni di legge che ne prevedano la piena integrazione nei servizi sanitari regionali.

La TMD si sta sviluppando in tutto il mondo, a macchia di leopardo ma con una costante tendenza al rialzo, e nel frattempo il rigido criterio della distanza geografica è stato diluito per adottare un altro approccio, più ampio, che si concentra sulle difficoltà di accesso ai servizi sanitari, che possono essere intese come "non-distanza geografica". Persone con problemi di mobilità, pazienti ricoverati, persone con gravi disturbi psichici la cui sintomatologia affettiva o negativa rende loro difficile l'uscita dalla casa o dalla zona di residenza, situazioni di esclusione sociale, mancanza di risorse umane o finanziarie per assisterli nel viaggio, sono solo alcuni esempi di distanza non geografica dai servizi sanitari. Le persone

incarcerate hanno tutte queste problematiche con le difficoltà aggiuntive legate ai viaggi e ai trasferimenti per accedere ai centri sanitari della rete civile quando necessitano di cure specialistiche.

L'ultimo collegamento in "distanza non geografica" include le preferenze del paziente, che sono sempre più importanti per l'implementazione dei servizi di TMD. Uno studio condotto negli USA nel 2017, sulla base di un'indagine svolta su un campione rappresentativo della popolazione adulta (4.345 americani), ha concluso che la maggioranza preferisce utilizzare la TMD con il proprio medico, con il quale ha una relazione consolidata ed evidenzia la convenienza come il fattore più importante nella loro decisione[11].

Va sottolineato che non è auspicabile avere una strategia TMD orientata a sopperire alla carenza di operatori sanitari di base nelle carceri. I centri sanitari carcerari sono – e dovrebbero continuare ad essere – il nodo di accesso delle persone incarcerate ai servizi sanitari primari, dove un incontro faccia a faccia con i *team* sanitari è un fattore chiave per contribuire a ridurre l'isolamento causato dalla reclusione. Gli stessi sentimenti sono stati espressi da Michelle Andrews, editorialista del Kaiser Health News (K.H.N.), in un articolo che ha sottolineato la capacità della TMD nelle carceri americane, con un'attuazione ad ampio raggio, come complemento che apre le porte ai detenuti a specialisti, fintanto che ci sono precedenti consultazioni faccia a faccia in prigione[12].

Tornando al Covid-19, esso ha svelato il carattere profondamente solidale dell'essere umano. Parallelamente ha però messo in risalto le disuguaglianze, le sperequazioni sociali e di genere, le

[11] Cfr. B.M. Welch, J. Harvey, S. Nathaniel, N. O´Connell, J.T. McElligott, *Patient preferences for directto-consumer telemedicine services: a nationwide survey*, BMC Health Serv Res. 2017; 17:784. Disponibile in *https://www.ncbi.nlm.nih.gov/pmc/articles/PMC5704580/.*

12 M. Andrews, *Telemedicine Opening Doors To Specialty Care For Inmates*, En: KHN Kaiser Health News. Kaiser Family Foundation, 2018, disponibile in: *https://khn.org/news/telemedicine-openingdoors-to-specialty-care-for-inmates/*.

L. Maruschak, K.A. Chari, A.E. Simon, C.J. DeFrances, *National Survey of Prison Health Care: Selected Findings*, Natl Health Stat Report. 2016;96, 1-23. Disponibile in: *https://www.ncbi.nlm.nih.gov/pubmed/27482922*.

infinite variazioni delle differenze tra gli uni e gli altri, tra società e società, tra nazioni e nazioni, tra continenti e continenti[13].

Il dramma della diffusione della pandemia in carcere ha riproposto con forza il tema del diritto alla tutela della salute, previsto dall'articolo 32 della Costituzione. In particolare, attraverso l'attività di *screening* infettivologico e l'utilizzazione di tutti i Dispositivi Individuali di Protezione (D.I.P.) (mascherine, guanti, soluzioni disinfettanti, ecc.)[14]. È altrettanto evidente che in casi di pandemia, la cronica condizione di sovraffollamento rende estremamente elevato il rischio di contagio, anche con l'uso di D.I.P.[15].

Le misure adottate dal d.l. n. 18 del 17 marzo 2020, nel tentativo di ridurre il numero complessivo di presenze di detenuti negli istituti penitenziari, hanno avuto solo un basso impatto sul numero totale delle popolazione carceraria. Non sono state pertanto messe in atto misure di prevenzione efficaci per il contrasto alla pandemia, in particolare del rischio del contagio, benché il World Health Organization (W.H.O.) avesse dato indicazioni molto chiare in proposito, attraverso raccomandazioni *ad hoc* adottate nel corso della pandemia[16].

Di fronte alla malattia non siamo uguali, non lo siamo mai stati. Non è vero che corriamo tutti gli stessi rischi e abbiamo tutti le stesse opportunità di curarci. Particolari categorie sociali, più fragili rispetto ad altre, sono e sono state più a rischio e persino i lutti sofferti non sono stati gli stessi. Tra i gruppi sociali maggiormente a rischio, i detenuti occupano una posizione di primo piano. Come anticipato, le strutture penitenziarie sono epicentri per numerose malattie infettive, a causa di tre fattori macroscopici: 1) inevitabile stretto contatto in strutture spesso sovraffollate, scarsamente ven-

[13] Cfr. A. Morrone, *Covid-19. Tra Mito e realtà. Luci e ombre della pandemia che ha travolto il Pianeta*, Roma, 2021.

[14] Cfr. G. Caputo, *La salute incarcerata tra cura, diritto e giustiziabilità*, cit.; E. Santoro, *Diritto alla salute e prevenzione in carcere: problemi teorici e pratici di gestione del coronavirus negli istituti di pena*, in *La Legislazione Penale*, 2020.

[15] Cfr. Cosiglio d'Europa, *Prison overcrowding persists in Europe*, Press release, 2014; J. Garcia-Guerrero, A. Marco, *Overcrowding in prisons and its impact on health*, in *Rev. Esp. Sanid. Penit.*, 2012, 14, 106-113.

[16] Cfr. World Health Organization, *Preparedness, prevention and control of COVID-19 in prisons and other places of detention*, 2020.

tilate e poco igieniche; 2) scarso accesso al servizio sanitario; 3) rapidissima diffusione degli agenti patogeni tra detenuti, visitatori e *staff*, all'interno e all'esterno della comunità carceraria (comunicazione interno-esterno).

Per tale ragione questi "non luoghi" costituiscono parte integrante della risposta della sanità pubblica al Covid-19. L'esperienza della detenzione è già di per sé un rischio per la salute, per le condizioni degradate di strutture, celle e spazi comuni, per il sovraffollamento e l'elevato *turn over* delle persone detenute.

Con il d.p.c.m. del 1° aprile 2008 si è cercato di attuare il passaggio di competenza sanitaria dal Ministero della Giustizia al Sistema Sanitario Nazionale. La situazione registrata dopo dieci anni si è rivelata complessa. Nel 2019 era presente un solo medico di base per ciascun carcere per ogni 315 detenuti, per un totale di 1.000 medici di base e di guardia nei circa 200 istituti di pena italiani. Troppo pochi per garantire un servizio adeguato, inoltre il 70% dei medici è precario.

Si deve ancora una volta sottolineare, inoltre, la condizione dei detenuti psichiatrici e tossicodipendenti che presentano notevoli difficoltà nel ricevere le cure anche se seriamente malati. Queste persone avrebbero bisogno di essere altrove per poter accedere alle cure più complete, invece sono impossibilitati ad avere una continuità diagnostico-terapeutica con psicologi, psichiatri ed assistenti sociali. Anche i magistrati di sorveglianza devono agire sempre nel rispetto della tutela della salute dei detenuti, indipendentemente dalle condanne comminate agli stessi detenuti.

La sospensione delle visite da parte di parenti e familiari durante la pandemia, così come di tutte le attività esterne e ricreative, si è rivelata una misura obbligata di protezione collettiva, costituendo, se si vuole indicare una positività in questo contesto, anche una "sfida tecnologica", con l'acquisto di dispositivi mobili e l'attivazione di canali di videoconferenza con i quali i detenuti sono potuti entrare in contatto con i propri familiari e legali in modalità controllata. Dall'8 marzo 2020 le visite sono state sostituite da un numero di telefonate mensili e da videochiamate su diverse piattaforme digitali. L'introduzione di questi strumenti tecnologici non è stata omogenea. In alcune strutture si è ricorso a *smartphone*

appositamente acquistati. È un segnale: nessuno si era mai posto il problema di Internet all'interno delle carceri[17].

Occorre, inoltre, investire nella formazione della persona all'interno del carcere e insistere in una rinnovata cultura della legalità anche, dati i tempi, soprattutto, all'interno delle scuole, con specifiche campagne di sensibilizzazione: misure preventive che includano quindi l'offerta di informazione, l'educazione, campagne di *screening* e contro i comportamenti considerati a rischio. Inoltre, una prospettiva transculturale più che multiculturale deve innescarsi nella formazione del personale penitenziario, sempre più a contatto con detenuti provenienti da tutte le parti del mondo.

È necessario uno sguardo che vada al di là del momento contingente, proiettato al futuro. Andando oltre il tema salute, occorre ribadire la necessità che le istituzioni garantiscano a tutte le persone detenute, uomini e donne, possibilità di un lavoro adeguatamente retribuito e corsi di alfabetizzazione, istruzione, lingua per stranieri e formazione professionale, adeguati alle esigenze del mercato di lavoro. Sarebbe importante che i detenuti mantenessero sempre più legami con il mondo esterno, ad esempio attraverso stampa e mezzi di informazione, oppure seguendo particolari attività artistiche o culturali, in modo da favorire un reinserimento positivo.

In questa prospettiva più generale, l'impiego delle tecnologie può avere un rilievo davvero centrale per migliorare la qualità della vita negli istituti penitenziari e per rimuovere quelle forti diseguaglianze che trovano riscontro anche in ambito sanitario.

Il tema ineludibile del diritto alla tutela della salute come fondamentale diritto dell'individuo e interesse della collettività, come affermato dall'articolo 32 della Costituzione (l'unico in cui si utilizza il termine "individuo" e non "cittadino"), si deve sposare perfettamente con il principio che le pene non possono consistere in trattamenti contrari al senso di umanità e devono tendere alla rieducazione del condannato, come chiaramente previsto dall'articolo 27, terzo comma, della Costituzione. La nascita del Servizio

[17] H. Yang, J.R. Thompsn, *Fighting Covid-19 outbreaks in prisons*, in *BMJ*, 2020, 362: m1362.

Sanitario Nazionale con la legge 23 dicembre 1978, n. 833, che accoglieva l'esortazione costituzionale per una tutela della salute allargata a tutte le persone, con particolare attenzione a quelle più fragili come i detenuti, con uno spirito che sottolineasse l'universalità, la solidarietà e la gratuità dell'assistenza sanitaria pubblica. La volontà del legislatore era quella di considerare la persona malata, o a rischio di ammalarsi, al centro del sistema clinico-medico e amministrativo-burocratico, ovviamente in perfetta collaborazione con tutto il personale socio-sanitario all'interno di quelle nuove istituzioni che erano le Unità Socio-Sanitarie Locali (USSL), pronte ad accogliere persone malate. Ecco perché la tutela della salute in carcere, anche attraverso le nuove tecnologie come la Telemedicina, deve essere una priorità inderogabile in nome della dignità di ogni essere umano, in rispetto, quindi, anche dell'articolo 3 della Costituzione: «tutti i cittadini hanno pari dignità sociale e sono eguali davanti alla legge, senza distinzione di sesso, di razza, di lingua, di religione, di opinioni politiche, di condizioni personali e sociali» (primo comma); è quindi «compito della Repubblica rimuovere gli ostacoli di ordine economico e sociale, che, limitando di fatto la libertà e l'eguaglianza dei cittadini, impediscono il pieno sviluppo della persona umana e l'effettiva partecipazione di tutti i lavoratori all'organizzazione politica, economica e sociale del Paese» (secondo comma), anche attraverso l'accesso ai servizi socio-sanitari di prevenzione, diagnosi e cura.

Garantire la tutela della salute di tutti, dunque, è un dovere e anche l'efficacia di tutte le campagne di vaccinazione per il Covid-19 e di altre malattie infettive e oncologiche (si pensi alla vaccinazione contro il papilloma virus nella prevenzione del carcinoma cervico-vaginale), sono dipese – e dipendono – dalla sua universalità, come si legge nella lettera manifesto che Muhammad Yunus – Nobel per la pace nel 2006 – rivolse nel 2020 ai *leader* mondiali.

Silvia Talini

L'uso delle tecnologie per il mantenimento dei rapporti affettivi

SOMMARIO: 1. La rilevanza costituzionale del multiforme diritto ai legami affettivi e familiari. – 2. Il "riflesso" della Costituzione nella normativa penitenziaria. – 3. L'esistenza di una duplice inidoneità nell'effettiva garanzia del diritto all'affettività. – 4. La pandemia quale "evento catalizzatore" per l'utilizzo delle nuove tecnologie negli istituti penitenziari. – 5. Le proposte della Commissione per l'innovazione del sistema penitenziario: verso un'implementazione delle tecnologie anche nella garanzia del diritto all'affettività. – 6. Affettività e nuove tecnologie: auspici per il futuro.

1. *La rilevanza costituzionale del multiforme diritto ai legami affettivi e familiari*

È noto come la Costituzione abbia delineato un sistema giuridico in cui la fisionomia dei legami affettivi e familiari si sia gradualmente trasformata da una mera prerogativa umana in un vero e proprio diritto soggettivo dalle plurime forme e dagli eterogenei contenuti, in grado di incidere – a diversi livelli – sulla relazione che intercorre tra la persona, la società e i consociati.

Il distacco forzato dalla dimensione affettiva, per effetto di una sanzione penale, si pone, dunque, come una questione di indubbia rilevanza costituzionale: è lo stesso ordinamento giuridico a determinare una cesura dei legami affettivi individuali attraverso l'applicazione di una misura che, incidendo sulla libertà personale, si riflette con forza sulle condizioni psicofisiche, comprimendo gli aspetti più intimi della sfera di garanzia posta dal dettato costituzionale a tutela della dignità umana[1]. All'interno di una dimensione

[1] Rilevano, al riguardo, il principio supremo della libertà-dignità discendente

giuridica e relazionale tanto complessa, in cui le esigenze punitive si scontrano, spesso, con la valorizzazione dei legami affettivi, preziose indicazioni sono giunte da una giurisprudenza costituzionale pressoché costante, secondo cui alle persone private della libertà devono essere riconosciuti tutti i diritti costituzionalmente garantiti, la cui compressione può avvenire, esclusivamente, in ragione di puntuali, comprovate e attuali esigenze di sicurezza[2]. A venire in gioco, come rileva attenta dottrina, è la stessa legittimazione del potere sanzionatorio: se così non fosse, la logica del bilanciamento – che permette di giustificare la prevalenza di uno degli interessi in gioco – risulterebbe violata oltrepassando il punto di estrema tensione che, comportando il totale sacrificio di uno di essi, pregiudicherebbe la sua ineliminabile ragion d'essere[3].

L'indagine sulle conseguenze derivanti dall'applicazione di misure detentive sulla sfera affettiva e relazionale del condannato si pone, quindi, non solo come un problema di natura sociologica, medica e antropologica ma anche – e soprattutto – come una centrale questione di natura giuridica, incidendo su una posizione soggettiva assai complessa protetta dal dettato costituzionale: il diritto ai legami affettivi e familiari[4].

dal combinato disposto degli artt. 2 e 3 della Costituzione (A. Baldassarre, *Libertà (problemi generali)*, in *Enc. Giur*, XIX, Roma, 1990, 20; F. Modugno, *I "nuovi diritti" nella giurisprudenza costituzionale*, Torino, 1995, 107); la tutela della famiglia e della genitorialità di cui agli artt. 29, 30 e 31 e, con specifico riguardo alla condizione detentiva, l'art. 27, terzo comma della Costituzione che, come noto, impone il rispetto del principio di umanizzazione e del finalismo rieducativo delle pene.

[2] Si vedano, tra le tante, le sentenze della Corte costituzionale nn. 114/1979, 349/1993, 26/1999 e, più recentemente, 149/2018.

[3] R. Bin, *Diritti e argomenti. Il bilanciamento degli interessi nella giurisprudenza costituzionale*, Milano, 1992, 81.

[4] Nel senso che la privazione della sfera affettiva aumenti il sentimento di oppressione ed emarginazione si sono espressi numerosi sociologi: Cfr. F. Ceraudo, *La sessualità in carcere: aspetti ambientali, psicologici e comportamentali*, in A. Sofri, F. Ceraudo, *Ferri battuti*, Pisa, 1999; M. Gresham, *The society of Captives. A study of a Maximum Security Prison*, Princeton, 1958; D. Clemmer, *The Prison Community*, Boston, 1941.

Inoltre, seppur con notevoli differenze, due tra i più importanti psichiatri del XX secolo hanno inserito la sfera affettiva e relazionale tra gli elementi idonei a incidere sul funzionamento della psiche umana: S. Freud, *L'Io e l'Es* (1922), Torino, 1985 e H. Hartmann (1939), *Psicologia dell'Io e problema dell'adattamento*, Milano, 2006.

2. *Il "riflesso" della Costituzione nella normativa penitenziaria*

La posizione di preminenza attribuita dalla Costituzione alla garanzia dei legami affettivi si è riflessa – almeno sotto un profilo formale – all'interno della normativa penitenziaria: il convincimento che la sfera relazionale del condannato rappresenti un aspetto indispensabile del percorso di reinserimento, da proteggere dai danni derivanti dalla carcerazione, è ben espresso in diverse disposizioni sia dell'ordinamento penitenziario sia del suo regolamento di esecuzione[5].

In effetti, da un'analisi d'insieme del quadro normativo di riferimento, si evince chiaramente la posizione attribuita alla garanzia dei legami affettivi nel corso dell'esecuzione penale: per un verso parametro su cui modellare il processo di individualizzazione[6], per l'altro elemento positivo del trattamento indispensabile per un efficacie percorso verso il reinserimento sociale. E così l'art. 15 o.p. riconduce espressamente la dimensione affettiva all'interno dell'alveo degli elementi del trattamento il quale deve svolgersi «[…] agevolando opportuni contatti con il mondo esterno ed i rapporti con la famiglia»; ancor più dettagliato l'art. 28 o.p., il quale chiarisce che nel corso dell'esecuzione «particolare cura dev'essere dedicata a mantenere, migliorare o ristabilire le relazioni dei detenuti e degli internati con le famiglie»[7]. La disposizione, indubbiamente utopica nell'attribuire alla detenzione un ruolo "migliorativo" in riferimento ai rapporti personali, ben esprime tuttavia la posizione di centralità attribuita alla tutela della dimensione affettiva nel corso dell'esecuzione penale divenendo, al contempo, parametro ed elemento positivo su cui modellare l'individualizzazione del trat-

[5] Rispettivamente legge n. 354 del 1975 "Norme sull'ordinamento penitenziario e sulla esecuzione delle misure privative e limitative della libertà" e d.P.R. n. 230 del 2000 "Regolamento recante norme sull'ordinamento penitenziario e sulle misure privative e limitative della libertà".

[6] A norma dell'art. 13, comma 1, o.p. ("Individualizzazione del trattamento"): «Il trattamento penitenziario deve rispondere ai particolari bisogni della personalità di ciascun soggetto, incoraggiare le attitudini e valorizzare le competenze che possono essere di sostegno per il reinserimento sociale».

[7] Rispettivamente rubricati "Elementi del trattamento" (art. 15 o.p.) e "Rapporti con la famiglia" (art. 28 o.p.).

tamento e, quindi, il percorso di reinserimento sociale di ciascun condannato[8].

Si tratta, a ben vedere, di disposizioni ancorate allo stesso articolo di apertura della legge penitenziaria il quale, al secondo comma, esalta la continuità dei rapporti tra il ristretto e la realtà esterna: «Il trattamento tende, anche attraverso i contatti con l'ambiente esterno, al reinserimento sociale (…)» (art. 1, comma 2, o.p.)[9].

Riflesso del mutamento di fisionomia del diritto all'affettività, da semplice esigenza individuale a elemento positivo del trattamento, è il cambiamento della logica che ispira il regime applicativo degli istituti in cui esso si sostanzia: come lo stesso Regolamento penitenziario dimostra, la graduale attenzione rivolta dalla normativa alla soggettività del ristretto, ha condotto al venir meno dell'antica logica della premialità; oggi, gli istituti volti al mantenimento, miglioramento o ristabilimento dei legami affettivi (art. 28 o.p.) prescindono da ogni valutazione in ordine alla condotta tenuta dal condannato divenendo, a tutti gli effetti, elementi positivi del trattamento funzionali alla risocializzazione. Emblematico, in tal senso, il venir meno della disposizione che, nel precedente Regolamento di esecuzione, annoverava le visite tra le ricompense che il direttore poteva discrezionalmente concedere ai detenuti ritenuti "particolarmente meritevoli"[10].

[8] In tal senso i Giudici di legittimità hanno affermato che, integrando il mantenimento delle relazioni familiari un diritto soggettivo funzionale al processo rieducativo, l'adozione di generalizzate restrizioni incidenti su tale sfera comporta «un'ulteriore aggravio nel grado di privazione della libertà personale» (Corte Cass., sez. Un., sent. n. 6754 del 2003).

Anche la Corte costituzionale ha esaltato in più occasioni la centralità del mantenimento della sfera affettiva nel corso dell'esecuzione penale (v., su tutte, sent. n. 301 del 2012).

[9] Il comma 2 dell'art. 1 o.p. è stato così modificato dal d.lgs. n. 123 del 2018.

Analogamente la formulazione previgente disponeva, al sesto comma: «Nei confronti dei condannati e degli internati deve essere attuato un trattamento rieducativo che tenda, anche attraverso i contatti con l'ambiente esterno, al reinserimento sociale degli stessi».

[10] Il riferimento è alla lettera b) dell'art. 76, comma 2, del primo Regolamento di Esecuzione dell'Ordinamento penitenziario (d.P.R. n. 431/1976) ispirato a una logica tipicamente premiale.

Le disposizioni sinora richiamate, lungi dall'esaurire il quadro delle previsioni che la normativa penitenziaria dedica alla sfera affettiva fungono, al contrario, da solide basi per altre eterogenee prescrizioni riconducibili al mantenimento dei rapporti familiari. Basti pensare al diritto del detenuto a poter immediatamente informare i propri familiari dell'ingresso in istituto o dell'avvenuto trasferimento (art. 29 o.p.); all'attenzione rivolta all'assistenza economica delle famiglie (artt. 23 e 45 o.p.); alla possibilità riconosciuta ai prossimi congiunti di richiedere i benefici previsti dalla normativa penitenziaria (art. 57 o.p.) o, ancora, al centrale ruolo riconosciuto alla sfera familiare nelle attività svolte dal consiglio di aiuto sociale per l'assistenza penitenziaria e post-penitenziaria (art. 75 o.p.).

Gli stessi decreti di riforma della legge sull'ordinamento penitenziario del 2018[11] sono intervenuti sul diritto all'affettività apportando alcune migliorie. Emblematico, in proposito, l'intervento sull'art. 42, secondo comma, o.p. a norma del quale «Nel disporre i trasferimenti i soggetti sono comunque destinati agli istituti più vicini alla loro dimora o a quella della loro famiglia ovvero al loro centro di riferimento sociale, da individuarsi tenuto conto delle ragioni di studio, di formazione, di lavoro o salute. L'amministrazione penitenziaria dà conto delle ragioni che ne giustificano la deroga»[12]. La previsione è stata ulteriormente rafforzata dal d.lgs. n. 123 del 2018 che ha premesso al primo comma dell'art. 14 o.p. il seguente: «I detenuti e gli internati hanno diritto di essere assegnati a un istituto quanto più vicino possibile alla stabile dimora della famiglia o, se individuabile, al proprio centro di riferimento sociale, salvi specifici motivi contrari». Muove in analoga direzio-

[11] D.lgs. nn. 122, 123 e 124 del 2018 adottati in attuazione della legge delega n. 103 del 2017 ("Modifiche al codice penale, al codice di procedura penale e all'ordinamento penitenziario").

[12] Testo così riformulato ad opera del d.lgs. n. 123 del 2018.

In analoga direzione la precedente formulazione dell'art. 42 o.p. prevedeva che «nei trasferimenti deve essere favorito il criterio di destinare i soggetti in istituti prossimi alla residenza delle famiglie». Si tratta, come noto, del principio di territorialità della pena, la cui effettività è tuttavia oggi in larga parte rinnegata soprattutto a causa dell'ormai endemico sovraffollamento carcerario.

ne l'aggiunta, ad opera del medesimo decreto, di due periodi al secondo comma dell'art. 18 o.p., il quale prevede che: «I locali destinati ai colloqui con i familiari favoriscono, ove possibile, una dimensione riservata del colloquio e sono collocati preferibilmente in prossimità dell'ingresso dell'istituto (…)».

Dalle richiamate disposizioni emerge, dunque, come scopo precipuo della normativa penitenziaria sia la creazione di un articolato apparato giuridico in cui i legami affettivi e familiari continuino a incidere, in maniera significativa, sulle condizioni psicofisiche della persona ristretta e sulle sue prospettive di reinserimento sociale così come richiesto dal dettato costituzionale[13].

3. *L'esistenza di una duplice inidoneità nell'effettiva garanzia del diritto all'affettività*

Come accennato, sul diritto ai legami affettivi e familiari come elemento positivo del trattamento, perno attorno a cui ruota il processo di risocializzazione del condannato, si innestano gli istituti che la legislazione penitenziaria finalizza al raggiungimento degli scopi prefigurati dagli artt. 15 e 28 o.p. Tuttavia, dall'analisi della loro disciplina, emerge con evidenza un profilo di grave criticità rinvenibile nell'esistenza di una duplice inidoneità qualitativa e quantitativa.

Sulla prima inidoneità – di tipo qualitativo – si innesta l'assai dibattuta questione relativa alla negazione del diritto all'intimità-sessualità intramuraria. Sotto questo profilo, a un'assenza nella normativa penitenziaria di disposizioni poste a tutela dell'espressione anche fisica dell'affettività del condannato, fa eco la previsione contenuta nel terzo comma dell'art. 18 o.p. che impone un controllo a vista, e non auditivo, del personale di custodia sui col-

[13] Come chiarito nel proseguo della trattazione, riflesso dell'ordinamento penitenziario sono le indicazioni contenute negli articoli 37 ("Colloqui") e 61 ("Rapporti con la famiglia e progressione nel trattamento") dell'attuale regolamento di esecuzione. Gli istituti volti a migliorare, ristabilire e mantenere le relazioni affettive prescindono da una valutazione del comportamento del reo durante l'esecuzione penale e si ergono a strumenti del trattamento che l'amministrazione ha l'obbligo di garantire.

loqui. Pur non essendo questa la sede per un'analisi approfondita dell'annosa questione, oggetto anche di diversi interventi giurisprudenziali, occorre tuttavia rilevare come tale lacuna rappresenti, a parere di chi scrive, uno dei più gravi paradossi normativi a rilevanza costituzionale dell'attuale legislazione penitenziaria. In effetti, se, per un verso, la tutela della sfera affettiva del condannato è elemento positivo del trattamento, funzionale al raggiungimento degli scopi prefissati dall'art. 27, terzo comma, Cost., per l'altro la mancata garanzia del diritto all'intimità-sessualità intramuraria non consente di apprestare tutela a una centrale sfera dell'affettività, determinando altresì una degradante condizione di astinenza sessuale coatta che assume, di fatto, la fisionomia di una conseguenza accessoria della pena detentiva per tutti coloro a cui non è consentito l'accesso ai permessi premio[14].

Sotto questo profilo basti ricordare che la stessa giurisprudenza costituzionale, già dagli anni Ottanta, ha invece chiaramen-

[14] Nella direzione di una modifica della normativa vigente anche in materia di intimità-sessualità intramuraria sembrava muovere la citata delega al Governo n. 103 del 2017 per la riforma dell'ordinamento penitenziario che, al comma 85, lett. n), dell'articolo 1 prescriveva «la garanzia del diritto all'affettività delle persone detenute e la fissazione delle condizioni generali per il suo esercizio». Tuttavia, già all'indomani della sua approvazione, larga parte della dottrina aveva osservato come la formulazione assai ampia della disposizione, genericamente riferita alla dimensione affettiva, lasciasse presagire il mantenimento del "cono d'ombra" dell'intimità-sessualità intramuraria, confermata sia dai lavori della c.d. Commissione Giostra, sia dal successivo d.lgs. n. 123 del 2018; non eliminando l'obbligatorietà del controllo a vista il decreto si limita ad aggiungere i due già citati periodi al secondo comma dell'art. 18 o.p.: «I locali destinati ai colloqui con i familiari favoriscono, ove possibile, una dimensione riservata del colloquio e sono collocati preferibilmente in prossimità dell'ingresso dell'istituto (…)».

Per un approfondimento relativo alla questione del diritto all'intimità-sessualità intramuraria, anche in relazione alla dimensione sovranazionale, ai tentativi di riforma e agli interventi giurisprudenziali, sia consentito un rinvio a S. TALINI, *La privazione della libertà personale. Metamorfosi normative, apporti giurisprudenziali, applicazioni amministrative*, Napoli, 2018, 253 ss. nonché a *L'affettività ristretta*, in M. RUOTOLO. S. TALINI (a cura di), *Dopo la riforma. I diritti dei detenuti nel sistema costituzionale*, Volume II, Napoli, 2019, 259-265.

Più recentemente il tema è stato trattato nel volume S. GRIECO, *Il diritto all'affettività delle persone recluse*, Napoli, 2022. Sia consentito un rinvio alle predette opere anche per una ricostruzione maggiormente esaustiva della normativa penitenziaria in materia di diritto all'affettività nonché alla dottrina di riferimento.

te individuato nella sfera sessuale un imprescindibile fattore di svolgimento della personalità[15]; il diritto di disporne liberamente è, dunque, «senza dubbio un diritto soggettivo assoluto, che va ricompreso tra le posizioni soggettive direttamente tutelate dalla Costituzione ed inquadrato tra i diritti inviolabili della persona umana che l'art. 2 Cost. impone di garantire»[16].

A tale inidoneità qualitativa si affianca, come anticipato, un'inadeguatezza anche di natura quantitativa degli istituti posti a tutela del diritto all'affettività. In effetti, la normativa penitenziaria dispone che i colloqui visivi all'interno degli istituti siano garantiti sei volte al mese, abbiano durata di un'ora[17] e si svolgano, come ricordato, «in appositi locali sotto il controllo a vista e non auditivo del personale di custodia» (art. 18, comma 3, o.p.). A sua volta la corrispondenza telefonica deve avvenire «con le modalità e le cautele previste dal regolamento» (art. 18, comma 3, o.p.) il quale specifica che i condannati possono essere autorizzati dal direttore ad effettuare telefonate «con i congiunti e conviventi, ovvero, allorché ricorrano ragionevoli e verificati motivi, con persone diverse (…) una volta alla settimana

[15] Corte cost., sent. n. 161 del 1985.

[16] Corte cost., sent. n. 561 del 1987.

[17] Art. 37 r.e. ("Colloqui"): «I colloqui dei condannati, degli internati e quelli degli imputati dopo la pronuncia della sentenza di primo grado sono autorizzati dal direttore dell'istituto. I colloqui con persone diverse dai congiunti e dai conviventi sono autorizzati quando ricorrono ragionevoli motivi» (primo comma).

Ancora l'art. 37 r.e., all'ottavo comma, limita il numero dei colloqui a quattro al mese «quando si tratta di detenuti o internati per uno dei delitti previsti dal primo periodo del primo comma dell'articolo 4-*bis* della legge e per i quali si applichi il divieto di benefici ivi previsto».

Sulla disciplina dei colloqui è più volte intervenuta la giurisprudenza di legittimità specificando che i provvedimenti idonei ad incidere sulle istanze riguardanti le visite dei familiari in carcere, potendosi risolvere in un inasprimento del grado di afflittività della pena, incidono sui diritti soggettivi dei detenuti risultando pertanto ricorribili in Cassazione (Corte Cass., sez. I pen., sentt. nn. 26835/2011 e 47326/2011). In riferimento ai detenuti sottoposti al regime speciale di cui all'art. 41-*bis* o.p., la stessa giurisprudenza di legittimità ha stabilito che il tempo del colloquio mensile possa essere prolungato fino a due ore qualora i familiari, purché residenti in un comune diverso da quello dell'istituto di detenzione, non abbiano fruito dell'incontro nel mese precedente alla richiesta (Corte Cass., sez. I pen., sentt. nn. 52545/2014, 39537/2013, 49732/2013, 49733/2013, 49734/2013).

(…)[18]. (…) La durata massima di ciascuna conversazione telefonica è di dieci minuti» (art. 39, commi 2 e 6, r.e.).

Se tali disposizioni erano apparse idonee a metà degli anni '70 e all'inizio del nuovo millennio a garantire adeguatamente i

[18] Coerentemente con la disciplina dei colloqui visivi, il secondo comma dell'art. 39 reg. esec. limita ulteriormente il numero delle telefonate a due al mese (sempre della durata di dieci minuti) nei confronti di coloro che siano ristretti per uno dei delitti previsti dall'art. 4-*bis*, primo comma, o.p. La Corte di Cassazione, a due anni di distanza dall'approvazione del nuovo Regolamento, ha legittimato la differenziazione del regime: «le disposizioni limitative dei colloqui che riguardano i detenuti sottoposti al regime carcerario di cui all'art. 4-*bis* o.p. (…), sono pienamente legittime e si integrano con il regime differenziato stabilito, per esigenze di sicurezza pubblica, nei confronti dei reclusi che, in relazione al titolo di reato, si presumono particolarmente pericolosi» (Corte Cass., sez. I pen., sent. n. 13079/2002). Si tratta, tuttavia, di un orientamento che genera non poche perplessità: non si comprende come l'esigenza di tutelare la sicurezza, nel senso di impedire i contatti tra detenuti e organizzazione criminale di appartenenza, possa dirsi soddisfatta mediante una limitazione meramente quantitativa del numero e del tempo dei contatti. È una logica non dissimile da quella utilizzata dalla Corte costituzionale per dichiarare, nella sentenza n. 143 del 2013, l'illegittimità costituzionale dell'art. 41-*bis*, comma 2-*quater*, lett. b), o.p., nella parte in cui prevedeva una riduzione numerica dei colloqui con i difensori.

Sulla centralità della pronuncia, anche in riferimento alle tecniche di bilanciamento tra diritti e sicurezza, v. M. Ruotolo, *Tra integrazione e maieutica: Corte costituzionale e diritti dei detenuti*, in *Rivista AIC*, 3, 2016, 24-27 e, dello stesso Autore, *Le irragionevoli restrizioni al diritto di difesa dei detenuti in regime di 41*-bis, in *Giur. cost*., 3, 2013, 2176 ss. In argomento v. altresì V. Manes, V. Napoleoni, *Incostituzionali le restrizioni ai colloqui difensivi dei detenuti in regime di "carcere duro": nuovi tracciati della Corte in tema di bilanciamento dei diritti fondamentali*, in *Dir. pen. cont*., 3 luglio 2013.

Occorre inoltre ricordare che sui familiari del detenuto sottoposto a regime speciale grava altresì l'onere di ricevere la telefonata non direttamente nella propria abitazione, bensì nel carcere più vicino al luogo di residenza della famiglia (sottolinea l'incidenza di questo aspetto A. Pugiotto, *Quattro interrogativi (e alcune considerazioni) sulla compatibilità costituzionale del 41*-bis, in F. Corleone, A. Pugiotto (a cura di), *Volti e maschere della pena. Opg e carcere duro, muri della pena e giustizia ripartiva*, Roma, 2013, 202).

Il panorama delle disposizioni del Regolamento di esecuzione incidenti sui rapporti con la famiglia è vastissimo, si richiamano, ancora, l'art. 14 in tema di ricezione, acquisto e possesso di oggetti e di generi alimentari e l'art. 73 che non esclude la possibilità per il detenuto in isolamento di fruire dei colloqui e della corrispondenza telefonica con i propri familiari. Un'analisi ampia è contenuta in P. Canevelli, *Il commento al Nuovo regolamento recante norme sull'ordinamento penitenziario e sulle misure privative e limitative della libertà*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 10, 2000; B. Galgani, *Il nuovo regolamento di esecuzione penitenziaria*, in *Leg. pen*., 4, 2000, 851 ss.

contatti con gli affetti all'esterno del carcere, è di tutta evidenza come le medesime previsioni, soprattutto a seguito della radicale trasformazione della popolazione ristretta e degli sviluppi nel settore tecnologico e informatico, mostrino oggi un'indubbia inadeguatezza (si pensi all'aumento dei detenuti stranieri, alla diffusione dei telefoni cellulari, all'uso dei personal computer e di internet, alla messaggistica istantanea, alle videochiamate etc.)[19].

Ne deriva la necessità e, soprattutto, l'urgenza di riflettere sulle modalità e sugli strumenti in grado di far muovere le "lancette" del quadro normativo, ancora ferme alle previsioni del 1975 e del 2000.

4. *La pandemia quale "evento catalizzatore" per l'utilizzo delle nuove tecnologie negli istituti penitenziari*

È noto come una spinta decisiva verso il superamento dell'immobilismo in riferimento all'uso delle nuove tecnologie all'interno degli istituti penitenziari sia rinvenibile nella recente pandemia.

In effetti, già nei primi atti adottati a inizio marzo 2020 per tentare di contrastare la diffusione del virus Covid-19, si collocano le prime misure volte a sostituire i colloqui in presenza con i contatti da remoto: così il d.p.c.m. n. 11 dell'8 marzo ha disposto che i colloqui visivi si svolgano «in modalità telefonica o video, anche in deroga alla durata attualmente prevista dalle disposizioni vigenti. In casi eccezionali può essere autorizzato il colloquio personale, a condizione che si garantisca in modo assoluto una distanza pari a due metri». In analoga direzione si è mosso il decreto-legge n. 11 dello stesso giorno il quale, nell'ambito delle misure straordinarie ed urgenti per contrastare l'emergenza epidemiologica e al

[19] All'inadeguatezza quantitativa dei contatti telefonici si sommano le difficoltà di natura pratica; si pensi alla necessità di inoltrare istanza scritta all'autorità competente per il rilascio dell'autorizzazione, alle procedure per la verifica della rispondenza tra numero telefonico e nominativo nonché alla necessità di effettuare la chiamata sotto il controllo del personale penitenziario. Sono criticità che aumentano in riferimento ai detenuti stranieri per i quali la corrispondenza telefonica rappresenta, spesso, l'unico strumento per mantenere i contatti con il nucleo familiare.

fine di contenere gli effetti negativi sullo svolgimento dell'attività giudiziaria, ha previsto che negli istituti penitenziari, anche per minorenni, i colloqui con i congiunti o con altre persone fossero «svolti a distanza, mediante, ove possibile, apparecchiature e collegamenti di cui dispone l'amministrazione penitenziaria e minorile o mediante corrispondenza telefonica», che può essere autorizzata oltre i limiti previsti dalla normativa (art. 2, comma 8)[20]. Il medesimo decreto ha disposto altresì che, salvo casi particolari, «la partecipazione a qualsiasi udienza delle persone detenute, internate o in stato di custodia cautelare è assicurata, ove possibile, mediante videoconferenze o con collegamenti da remoto» (art. 2, comma 7).

Ancora il successivo decreto-legge n. 18 del 16 marzo ha ribadito, all'art. 83, che i colloqui negli istituti penitenziari si tengono a distanza e devono svolgersi «ove possibile, [con] apparecchiature e collegamenti di cui dispone l'amministrazione penitenziaria e minorile o mediante corrispondenza telefonica, che può essere autorizzata oltre i limiti»[21].

A seguito di tali provvedimenti, le autorità penitenziarie hanno adottato una serie di direttive e circolari contenenti indicazioni riguardanti: le modalità per lo svolgimento degli incontri a distanza e l'utilizzo della posta elettronica[22], prescrizioni in merito ai colloqui visivi e telefonici[23] e, ancora nel tentativo di facilitare la continuità delle relazioni con l'esterno, l'Amministrazione ha acquistato e distribuito negli istituti penitenziari oltre 3.200 telefoni cellulari al fine di consentire lo svolgimento di videochiamate tramite utenze mobili, senza spese, anche per i detenuti reclusi nel circuito di Alta Sicurezza.

[20] Il riferimento è ai citati limiti previsti dall'articolo 39, comma 2 del Regolamento di esecuzione e dall'articolo 19, comma 1, del d.lgs. n. 121 del 2018 contenente la disciplina in materia di condannati minorenni.

[21] Una ricostruzione critica dei provvedimenti adottati nel corso della pandemia nel settore penitenziario è contenuta in S. TALINI, *I giorni dell'emergenza sanitaria. Ad un anno dalla diffusione del Covid-19*, in M. RUOTOLO, S. TALINI (a cura di), *Il carcere alla prova dell'emergenza sanitaria*, Napoli, 2020, 5-48.

[22] Circolare n. 84702.U, 12 marzo 2020 del Dipartimento dell'Amministrazione penitenziaria.

[23] Circolare n. 80474.2/AG, 12 marzo 2020 del Dipartimento dell'Amministrazione penitenziaria.

L'emergenza sanitaria ha dunque consentito di superare – anche se solo temporaneamente – uno dei tabù maggiormente incisivi sulla vita delle persone ristrette e sui loro rapporti con l'esterno: il divieto assoluto di utilizzo della telefonia mobile all'interno delle mura penitenziarie.

Si tratta, naturalmente, di provvedimenti da accogliere con indubbio favore muovendosi nella direzione di garantire la tutela dei legami affettivi, fortemente compressi per affetto della pandemia, attraverso una significativa implementazione dell'uso delle tecnologie.

Ciò detto, occorre tuttavia rilevare come ogni valutazione positiva in ordine al contenuto di tali provvedimenti – normativi e amministrativi – rimarchi, contestualmente, la consolidata esistenza di numerose "patologie pregresse" del sistema penitenziario su cui la pandemia ha gravemente insistito.

Rileva, in primo luogo, l'assenza in numerosi istituti di un'adeguata strumentazione e assistenza tecnica: si pensi alle poche linee telefoniche, all'esiguità del numero dei telefoni, di computer e di postazioni internet necessarie per consentire i collegamenti con l'esterno. Si tratta di carenze certamente non imputabili alla mancata volontà delle direzioni quanto, piuttosto, all'assenza di scelte di natura economico-gestionale che, ben prima dell'emergenza sanitaria, avrebbero dovuto essere adottate.

In argomento ha senza dubbio influito la mancata approvazione, in attuazione di diverse proposte avanzate dagli Stati Generali sull'esecuzione penale[24], di quanto previsto nello schema di Decreto di riforma dell'Ordinamento penitenziario, secondo il quale dopo il quinto comma dell'articolo 18 o.p. si sarebbe dovuto

[24] Si tratta, come noto, dell'ampio percorso di riflessione e approfondimento promosso dal Ministero della Giustizia nel maggio 2015 allo scopo di elaborare proposte concrete per una ridefinizione del modello di esecuzione penale in vista di una concreta realizzazione dei principi costituzionali e convenzionali. Ai diciotto tavoli tematici hanno partecipato oltre duecento esperti che operano, a diverso titolo, nel settore dell'esecuzione penale (dirigenti penitenziari, educatori, agenti di custodia, assistenti sociali, docenti e ricercatori universitari, esponenti del mondo dell'associazionismo e del volontariato etc.).

I *report* dei tavoli di lavoro e la relazione finale elaborata dal Comitato di esperti sono pubblicati sul sito del Ministero della Giustizia (*www.giustizia.it*).

aggiungere il seguente: «le comunicazioni possono avvenire, salve le cautele previste dal regolamento, anche mediante programmi informatici di conversazione visiva, sonora e di messaggistica istantanea attraverso la rete internet»[25].

In dottrina, inoltre, è stato ben rilevato come, in riferimento all'uso delle tecnologie, l'inadeguatezza del sistema penitenziario trapeli anche dalla stessa formulazione dei provvedimenti adottati nel corso dell'emergenza sanitaria: nei citati decreti si afferma che i colloqui a distanza debbano essere svolti «ove possibile», con apparecchiature e collegamenti di cui dispone l'amministrazione e, ancora, che le telefonate «possono» (e non «devono») essere autorizzate oltre i limiti, ammettendo dunque un margine di incertezza circa l'effettività di tali soluzioni[26]. Le medesime espressioni "aleatorie" sono state peraltro utilizzate anche nelle successive indicazioni riguardanti gli spostamenti per far visita alle persone detenute in seguito alla distinzione del territorio nazionale in diverse "zone" in base alla diffusione del contagio epidemiologico[27].

Che, al contrario, l'utilizzo delle più recenti tecnologie costituisca un fondamentale mezzo per consentire alle persone private della libertà di mantenere i rapporti con la società esterna, è stato chiaramente affermato dal Garante nazionale delle persone private della libertà: nel Bollettino n. 26, diffuso il 21 aprile 2020, l'Autorità specifica che tali strumenti, soprattutto nei primi mesi della pandemia, hanno «permesso di rivedere figure familiari – spesso anziane e impossibilitate a partecipare ai colloqui diretti – e (…) di ricostruire a distanza una appartenenza a un contesto domestico che è proprio della costruzione soggettiva, anche di una persona lontana, per non sentirsi esclusa»; tale elemento, prosegue l'Auto-

[25] Art. 25 lett. g), n. 4 dello Schema di Decreto di riforma dell'Ordinamento penitenziario redatto a seguito della più volte menzionata legge delega n. 103 del 2017.

[26] A. Lorenzetti, *Il carcere ai tempi dell'emergenza Covid-19*, in *Osservatorio AIC*, 3, 2020, 51-52.

Tali espressioni sono utilizzate nei citati decreti legge nn. 11 dell'8 marzo, 18 del 16 marzo e 29 del 10 maggio.

[27] Si veda, in via di esempio, il d.p.c.m. del 3 novembre 2020 contenente una differenziazione delle Regioni italiane in base al rischio di diffusione epidemiologica: all'inserimento di un territorio in una determinata "zona" (gialla, arancione o rossa) da parte del Ministero della salute corrispondeva l'adozione di misure più o meno restrittive.

rità, «dovrà permanere perché aiuterà, anche dopo la fase dell'emergenza, a perseguire quell'obiettivo di appartenenza di tutte le comunità ristrette al contesto sociale complessivo»[28].

5. *Le proposte della Commissione per l'innovazione del sistema penitenziario: verso un'implementazione delle tecnologie anche nella garanzia del diritto all'affettività*

Dalle considerazioni che precedono emerge, con chiarezza, l'urgenza di interventi di carattere normativo e amministrativo che sappiano finalmente porre rimedio all'inadeguatezza del sistema penitenziario in riferimento all'uso delle nuove tecnologie anche in vista di un miglioramento nell'effettiva garanzia del diritto all'affettività.

In questa direzione si muovono alcune delle recenti proposte elaborate dalla Commissione per l'innovazione del sistema penitenziario, istituita dalla Ministra della Giustizia Marta Cartabia e presieduta dal Prof. Marco Ruotolo, al fine di proporre soluzioni che possano contribuire a un miglioramento della qualità della vita nell'esecuzione penale, attraverso una serie di puntuali interventi sia sul piano normativo sia in forma di direttive per l'esercizio dell'azione amministrativa[29]. Diverse proposte elaborate all'interno della Relazione finale, pubblicata il 17 dicembre 2021, si soffermano proprio sulla valorizzazione dell'uso delle tecnologie per un miglioramento dei rapporti affettivi della popolazione detenuta, sia attraverso una modifica di alcuni articoli del regolamento di esecuzione, sia mediante l'adozione di specifiche azioni da parte dell'Amministrazione[30].

[28] Tutti i bollettini del Garante nazionale delle persone private della libertà personale sono pubblicati sul sito dell'Autorità (*www.garantenazionaleprivatiliberta.it*).

Riflessioni ben più ampie sulle azioni adottate nel sistema penitenziario nel corso della pandemia sono state proposte in S. Talini, *I giorni dell'emergenza sanitaria*, cit., 5 ss.

[29] La Commissione è stata istituita con il d.m. 13 settembre 2021.

[30] La Relazione finale della Commissione è pubblicata sul sito del Ministero della Giustizia (*www.giustizia.it*).

In particolare, con riferimento all'art. 37 r.e. ("Colloqui"), la Commissione ha proposto l'inserimento di un nuovo periodo al comma 5 a norma del quale: «I colloqui visivi possono essere sostituti, a richiesta dell'interessato, da videochiamate della stessa durata massima con attivazione, chiusura e controllo a vista da parte del personale del Corpo di polizia penitenziaria». Si consentirebbe così alla persona ristretta la scelta se imputare la videochiamata a telefonata o colloquio, andando anche nella direzione della sua responsabilizzazione in ordine all'uso degli strumenti di comunicazione con l'esterno[31]. Sotto questo profilo, occorre segnalare la recente adozione, da parte del Dipartimento dell'Amministrazione penitenziaria, della circolare n. 3696/6146 del 26 settembre 2022, volta a «favorire il ricorso alle videochiamate, particolarmente idonee ad agevolare il mantenimento delle relazioni familiari – e soddisfare le imprescindibili esigenze di sicurezza». In particolare la circolare, individuando alcuni standard per impedire condotte inappropriate e agevolare il lavoro del personale penitenziario, mira a far divenire le videochiamate una modalità ordinaria di comunicazione possibile all'interno di tutti i circuiti penitenziari, ad eccezione del regime detentivo speciale *ex* art. 41-*bis* o.p. Da segnalare, tuttavia, la mancata possibilità – auspicata dalla Commissione Ruotolo – di consentire alla persona ristretta la scelta se imputare la videochiamata a telefonata o colloquio[32].

La Commissione ha inoltre proposto una revisione concernente la corrispondenza telefonica modificando, in particolare, la formulazione del sesto comma dell'art. 39 r.e.: «Il contatto telefonico viene stabilito con le modalità tecnologiche disponibili. La durata di ciascuna conversazione telefonica è di almeno dieci quindici mi-

[31] Relazione finale, 53.

La proposta, dunque, muove nella direzione indicata dal primo comma dell'art. 1 o.p.: «Il trattamento penitenziario (…) si conforma a modelli che favoriscono l'autonomia, la responsabilità, la socializzazione e l'integrazione».

[32] La circolare n. 3696/6146 "Colloqui, videochiamate e telefonate" del 26 settembre 2022, è pubblicata sul sito del Ministero della Giustizia (*www.giustizia.it*). Si tratta di un intervento di natura amministrativa che si inserisce in una più ampia serie di circolari in cui l'Amministrazione penitenziaria, in diversi ambiti, si muove nella direzione indicata dalla Commissione per l'innovazione del sistema penitenziario.

nuti. Le fasce orarie di accessibilità al servizio non possono essere inferiori alle otto ore al giorno. Il colloquio telefonico può essere svolto, a richiesta dell'interessato, per la stessa durata massima, anche mediante videochiamata con attivazione, chiusura e controllo a vista da parte del personale del Corpo di polizia penitenziaria»[33].

Si propone, dunque, un ampliamento della durata della conversazione telefonica, fornendo un'indicazione temporale minima per l'accesso al servizio, e si suggerisce – anche in questo caso – una responsabilizzazione del detenuto in relazione all'imputazione delle videochiamate[34].

Sul diverso versante delle azioni di natura amministrativa, la Commissione ha sottolineato l'esigenza di potenziare l'utilizzo delle comunicazioni a distanza, anche per favorire i contatti tra detenuti e familiari, attraverso l'acquisto di adeguate strumentazioni in tutti i penitenziari tenendo conto dei costi già sostenuti presso alcuni istituti nella realizzazione di impianti tecnologici idonei a tale scopo[35].

[33] Verrebbe così modificata l'attuale formulazione dell'art. 39, comma 6, r.e. secondo cui: «Il contatto telefonico viene stabilito dal personale dell'istituto con le modalità tecnologiche disponibili. La durata massima di ciascuna conversazione telefonica è di dieci minuti».

[34] Relazione finale, 58.

Ancora nella direzione dell'implementazione dell'uso delle nuove tecnologie, si veda la proposta di modifica dell'art. 40 r.e. la quale consentirebbe, salvo inderogabili esigenze attinenti alla prevenzione dei reati, ovvero per ragioni di sicurezza, l'uso personale, anche nella camera di pernottamento, di dispositivi elettronici per attività di svago, di studio o di lavoro, con esclusione della possibilità di connessione internet, connessione cellulare o altro tipo di connessione a corto o lungo raggio.

Come la stessa Commissione specifica, la proposta, muovendo nella direzione indicata dalle Regole penitenziarie europee, mira ad informare la quotidianità penitenziaria alla vita libera, consentendo alla persona detenuta di accedere agli strumenti tecnologici per le stesse ragioni per le quali se ne fruisce all'esterno, con l'unico limite dell'accesso ad internet, connesso ad evidenti esigenze di sicurezza.

Riflesso di tale proposta di modifica normativa è l'azione n. 7 "Possesso dei computer" con la quale si suggerisce di incentivare il possesso di computer nelle stanze di pernottamento, specificando tramite circolare, la destinazione di appositi locali per l'impiego di personal computer con connessione ad internet attraverso una piattaforma protetta e dedicata del Ministero della Giustizia, la quale filtri e impedisca l'accesso ai contenuti non consentiti.

[35] Relazione finale, 13.

Sono state inoltre proposte una serie di azioni volte all'agevolazione dello svolgimento dei colloqui visivi tramite l'implementazione del controllo biometrico per semplificare, in sicurezza, le operazioni di accesso dei familiari che si recano ai colloqui nonché attraverso la configurazione di un'apposita App, già sperimentata nell'istituto di Milano Bollate, per la prenotazione del colloquio da remoto, sia al fine di evitare i frequenti disagi ai familiari, sia per facilitare il lavoro degli operatori penitenziari snellendo le spesso complesse procedure di ingresso[36].

Inoltre, sulla spinta delle richiamate misure adottate nel corso della pandemia, la Commissione ha proposto una "liberalizzazione" delle telefonate per i detenuti appartenenti al circuito di media sicurezza «qualora non vi siano particolari esigenze cautelari, per ragioni processuali o legate alla pericolosità dei soggetti, soprattutto se si considera quanto in termini di benefici ciò potrebbe incidere sul contesto»[37]. In particolare, specifica ancora la Commissione nell'azione n. 5, «si potrebbe consentire ai detenuti di acquistare al sopravvitto, senza costi per l'Amministrazione e con costi minimi per gli stessi, apparecchi mobili configurati in maniera idonea e funzionale con le dovute precauzioni operative (senza scheda e con la possibilità di chiamare solo i numeri autorizzati) per evitare ogni forma di utilizzo indebito. In vista di una valorizzazione della persona e delle sue capacità di autodeterminarsi[38], il detenuto sarebbe libero di utilizzare l'apparecchio nei tempi e con le modalità indicate dall'Amministrazione. Ciò consentirebbe di alleggerire il sistema con evidenti benefici per i numerosi detenuti che, non avendo disponibilità economiche, potrebbero chiamare gratuitamente avvalendosi delle video-chiamate con Skype o sistemi operativi simili».

[36] Relazione finale, azione n. 11 "App per la prenotazione dei colloqui", 206.

[37] Relazione finale, azione n. 5 "Per una "liberalizzazione" delle telefonate", 203-204.

[38] La misura mira, dunque, a favorire anche il percorso di responsabilizzazione del detenuto così come richiesto dal citato primo comma dell'art. 1 o.p.: «Il trattamento penitenziario (…) si conforma a modelli che favoriscono l'autonomia, la responsabilità, la socializzazione e l'integrazione».

In questo modo, conclude sul punto la Commissione, «si risolverebbe anche l'annoso problema legato alle difficoltà di verifica dell'intestazione dell'utenza telefonica, soprattutto per i detenuti stranieri, che, nella migliore delle ipotesi, quando la procedura va a buon fine, devono sottostare a lunghi periodi di attesa».

6. *Affettività e nuove tecnologie: auspici per il futuro*

Purtroppo, al momento in cui si scrive, la crisi del governo presieduto da Mario Draghi e la conseguente decisione di porre anticipatamente fine alla legislatura[39] precludono – almeno per il momento – la realizzazione delle richiamate proposte di revisione normativa elaborate dalla Commissione per l'innovazione del sistema penitenziario.

Gli auspici, tuttavia, non sono mutati in conseguenza della crisi di governo.

Permane, infatti, l'esigenza di una tempestiva modifica della normativa penitenziaria che sappia finalmente porre fine alla duplice inidoneità – qualitativa e quantitativa – a cui si è più volte fatto riferimento anche attraverso una significativa valorizzazione dell'uso delle tecnologie in tutti gli istituti presenti sul territorio nazionale.

Si auspica, parallelamente, che le autorità penitenziarie proseguano nell'attuazione delle azioni amministrative indicate nella Relazione finale della Commissione, attraverso l'adozione di direttive e circolari volte anche a un'implementazione dell'uso delle tecnologie per il mantenimento, il miglioramento e il ristabilimento dei rapporti affettivi. Sotto questo profilo, di particolare rilevanza appare anche lo stanziamento da parte dell'Amministrazione penitenziaria, nel biennio 2021/2022, di circa quaranta milioni di euro per il cablaggio degli istituti. Si tratta, indubbiamente, di una scelta economica e gestionale assai rilevante a cui deve tutta-

[39] Il 27 luglio 2022 il Capo dello Stato, Sergio Mattarella, ha firmato il decreto di scioglimento delle Camere.

via far seguito un sempre maggiore investimento non solo nell'acquisto e nella manutenzione delle strumentazioni tecnologiche all'interno degli istituti ma anche, parallelamente, di personale adeguatamente formato e costantemente aggiornato in relazione al corretto utilizzo di tecnologie sempre in evoluzione. Rileva, in proposito, l'inserimento nel Piano annuale della formazione 2022 della Direzione generale della formazione, di diversi progetti formativi rivolti proprio in questa direzione che, si auspica, possano proseguire ed essere potenzianti nei prossimi anni anche a livello territoriale[40].

Ancora sotto questo profilo, si ritiene altresì necessaria una decisiva implementazione dei corsi di formazione in materia digitale e informatica rivolti anche alla popolazione detenuta al fine di porre finalmente rimedio a ciò che il Tavolo 2 degli Stati generali sull'esecuzione penale aveva definito un preoccupante "analfabetismo informatico" dei detenuti, condizione peraltro ostativa a un loro efficacie reinserimento in un mondo del lavoro sempre più informatizzato e digitalizzato.

In proposito, la relazione del Tavolo 2 specifica che «allo scopo di prevenire l'"analfabetismo informatico" del detenuto spesso privo di nozioni di base e incapace di un utilizzo appropriato di strumenti entrati prepotentemente nelle attività quotidiane di ogni cittadino, appare opportuno consentire l'ampio uso delle tecnologie informatiche all'interno del carcere, non solo come strumento di studio ma anche per svago e per i contatti con la famiglia (…). Ciò anche in ragione dell'assenza di territorialità della pena e delle modifiche intervenute nella composizione della popolazione carceraria, oggi in larga parte composta da migranti per i quali le conversazioni telefoniche rappresentano l'unico strumento di contatto con le famiglie e i luoghi di provenienza»[41].

[40] Si vedano, in via di esempio, i corsi di formazione per assistente informatico, per il conseguimento della specializzazione di informatico, per i referenti regionali, manutentori di rete e di apparato del servizio telecomunicazioni, per Focal-point S.I.A.

[41] Relazione Tavolo 2 degli Stati generali sull'esecuzione penale dedicato a "Vita detentiva. Responsabilizzazione del detenuto, circuiti e sicurezza", 26, in *www.giustizia.it*.

Si tratta di riflessioni condivise dagli esperti ormai diversi anni fa e che, come ampiamente ricordato, non hanno trovato traduzione normativa nella riforma del 2018.

L'auspicio conclusivo, dunque, risiede in un radicale mutamento di direzione in questo settore affinché gli scopi del dettato costituzionale e della normativa penitenziaria in riferimento alla tutela del diritto all'affettività si connotino di un sempre maggiore grado di effettività anche – ma non solo – attraverso un maggiore utilizzo delle nuove tecnologie.

Lorenza Grossi – Anna Maratea

La responsabilità per il suicidio in carcere di un paziente psichiatrico. Laboratorio[*]

SOMMARIO: 1. Il caso (tratto da Corte EDU, I sez., *Citraro e Molino c. Italia*, ric. n. 50988/13, 4 giugno 2020). – 2. L'eterna dialettica fra cura e custodia nella gestione del malato psichiatrico detenuto: l'infermità psichica sopravvenuta tra nuovi orizzonti e problemi antichi. – 3. Obblighi di controllo e di custodia nella responsabilità individuale per omesso impedimento del suicidio in carcere. – 4. Possibile impatto delle nuove tecnologie nel caso: prospettive e limiti. – 5. Suicidio in carcere: considerazioni introduttive. – 6. Responsabilità dello Stato per omesso impedimento del suicidio di un soggetto *in vinculis*: la tutela della salute e della vita nella Convenzione europea dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali. – 7. Il diritto al mantenimento dei legami familiari dei soggetti detenuti con disturbi psichiatrici. – 8. Possibile impatto delle nuove tecnologie nel caso.

1. *Il caso (tratto da Corte EDU, I sez.,* Citraro e Molino c. Italia*, ric. n. 50988/13, 4 giugno 2020)*

Tizio ha 30 anni e sta scontando una pena detentiva nel carcere Alfa.

Nel 1995, durante l'esecuzione della pena, gli viene diagnosticato un insieme di disturbi della personalità (disturbi antisociale, borderline, narcisistico, istrionico, ossessivo-compulsivo e paranoico).

Tizio alterna quindi periodi in carcere e periodi di permanenza nell'ospedale psichiatrico giudiziario Beta.

[*] Sebbene il presente contributo debba ritenersi il risultato di riflessioni condivise, i paragrafi nn. 2, 3 e 4 sono da attribuire a alla Dott.ssa Lorenza Grossi, mentre i paragrafi nn. 5, 6, 7, 8 sono da attribuire alla Dott.ssa Anna Maratea.

Nei primi giorni di gennaio del 2001 le condizioni di Tizio peggiorano.

Mentre si trova nel carcere Alfa, si infligge un taglio superficiale alla gola e si ferisce, più gravemente, all'avambraccio sinistro.

Lo psichiatra Caio, dopo aver visitato Tizio, prescrive una terapia farmacologica e suggerisce di adottare nei suoi confronti una sorveglianza "a vista" (ininterrotta).

Il 6 gennaio Sempronia, direttrice del carcere, sottopone Tizio alla sorveglianza a vista.

L'8 gennaio lo psichiatra visita di nuovo Tizio e, non notando alcun miglioramento dei sintomi, propone di collocare con urgenza il detenuto in ospedale psichiatrico giudiziario. Anche il medico del carcere, constatando, tra l'altro, il rifiuto di Tizio di sottoporsi alla terapia farmacologica, raccomanda un urgente trasferimento in OPG.

Il 9 gennaio la direttrice del carcere chiede al magistrato di sorveglianza il trasferimento in OPG.

Lo stesso giorno lo psichiatra propone di allentare il regime di sorveglianza, passando da una sorveglianza a vista a una grande sorveglianza. La direttrice opta per un regime di grandissima sorveglianza con blindo aperto 24 ore al giorno, con grata chiusa.

L'11 gennaio Tizio chiede, in maniera concitata, di vedere i suoi genitori e di parlare con il suo avvocato. Il padre e la madre di Tizio, residenti in una città molto distante dal carcere Alfa, riescono a raggiungerlo solo dopo tre giorni, mentre la richiesta di colloquio con il suo avvocato non viene accolta.

Il 13 gennaio i comportamenti di Tizio diventano sempre più violenti: distrugge tutti gli oggetti presenti nella cella e si si barrica all'interno della stessa, usando un cavo televisivo, le lenzuola e dei lacci di scarpe per impedire l'apertura della porta.

Il giorno successivo due agenti di polizia penitenziaria si accorgono che Tizio ha messo fuori servizio l'illuminazione della cella e ha oscurato la finestra, tanto che per vedere all'interno era necessario servirsi di una torcia.

Il 15 gennaio Tizio è immerso nel buio più completo, il pavimento della cella è bagnato e il detenuto lancia oggetti e secchi d'acqua all'indirizzo di chiunque provi a entrare.

Lo psichiatra visita di nuovo il detenuto e reitera la richiesta di trasferimento in OPG.

La direttrice, informata del fatto che Tizio era barricato da almeno tre giorni, lo autorizza, in via eccezionale, a parlare con il suo avvocato direttamente in cella. Tizio spiega al suo avvocato che i comportamenti violenti degli ultimi giorni erano dovuti tanto al mancato trasferimento in ospedale quanto all'impossibilità di sentire quotidianamente i suoi genitori.

Il 16 gennaio 2011 Tizio trascorre una giornata apparentemente tranquilla all'interno della cella. Alle ore 19.00 un operatore penitenziario lo trova impiccato con un lenzuolo alla grata della finestra, ormai privo di vita.

2. *L'eterna dialettica fra cura e custodia nella gestione del malato psichiatrico detenuto: l'infermità psichica sopravvenuta tra nuovi orizzonti e problemi antichi*

I fatti descritti si collocano in un periodo antecedente alla riforma degli ospedali psichiatrici giudiziari, avviata dall'art. 3-*ter* del d.l. n. 211 del 2011 e completata dal d.l. n. 52 del 2014.

Si tratta, indubbiamente, di uno spartiacque importante, che, in particolare, ha inciso sulla disciplina applicabile all'infermità psichica sopravvenuta durante l'esecuzione della pena, ma che, a monte, ha contribuito a riscrivere i difficili rapporti fra cura e custodia.

L'evoluzione dei rapporti fra infermità psichica e diritto penale, infatti, è caratterizzata, sin dalle sue origini, dalla ricerca di un equilibrio fra due opposte esigenze: la cura e la custodia. Non sfugge come, nelle coordinate delineate dal legislatore storico, il soggetto infermo di mente, lungi dal poter essere destinatario di una pena *stricto sensu*, veniva inserito nell'angusto circuito dei manicomi giudiziali: valorizzando la (spesso presunta) pericolosità sociale del malato, si tentava, in qualche misura, di neutralizzarne gli effetti attraverso l'internamento. Il ricovero nei manicomi giudiziari, poi, con la l. n. 345 del 1975, rinominati in "ospedali psichiatrici giudiziari" (d'ora in poi: O.P.G.), che avrebbe dovuto

avere un contenuto *anche* terapeutico, si risolveva, nella maggior parte dei casi, in una forma di custodia volta a garantire la società da soggetti che si presumevano pericolosi, attraverso l'internamento degli stessi in "non-luoghi", di sicuro ingresso e difficile uscita, lontani, non solo "geograficamente", dalla società[1].

In piena coerenza con l'equazione che salda in un unico binomio l'infermità psichica e la pericolosità sociale, il ricovero in O.P.G. trovava applicazione tanto per i c.d. folli rei, soggetti non imputabili al momento del fatto e ferme le condizioni previste dall'art. 222 c.p., che per i c.d. rei folli: l'art. 148 c.p., infatti, rubricato "*Infermità psichica sopravvenuta durante l'esecuzione della pena*", estendeva il ricovero in O.P.G. o in casa di cura e di custodia anche per il soggetto che, imputabile al momento del fatto, veniva, alle condizioni previste dal medesimo articolo, sopraggiunto da infermità psichica prima o durante l'esecuzione di una pena detentiva.

I due distinti "binari" rappresentati dalla pena carceraria e, in generale, dalle misure di sicurezza diventavano i poli fisici di una traiettoria che dalla pena certa e con funzione rieducativa portava nei lidi incerti, con funzione spiccatamente special-preventiva, del ricovero in O.P.G.

L'idea, ancora una volta, è quella di evitare difficili convivenze fra "sani" e "malsani", contribuendo ad una cultura dello "stigma" con conseguente emarginazione all'interno degli O.P.G., ultime vere "istituzioni totali"[2].

In questo contesto, la dialettica "cura-custodia" sfociava, inevitabilmente, in un'assoluta prevalenza di quest'ultima nei confronti della prima: il malato psichiatrico, detto altrimenti,

[1] Utilizza l'espressione di "non luoghi" M. PELISSERO, *I mutamenti della disciplina delle misure terapeutiche e gli effetti indiretti sul giudizio di pericolosità sociale*, in M. BEVILACQUA, L. NOTARO, G. PROFETA, L. RICCI, A. SAVARINO (a cura di), *Malattia psichiatrica e pericolosità sociale: tra sistema penale e servizi sanitari*, Torino, 2021, 10.

[2] Il riferimento è a E. GOFFMANN, Asylums. *Le istituzioni totali: i meccanismi dell'esclusione e della violenza*, Torino, 2010; ID., *Stigma. L'identità negata*, Bologna, 1970. Sul punto, per tutti, v. A. MASSARO, *Le Rems e "la sottile linea rossa tra il senno e la follia"*, in M. BEVILACQUA, L. NOTARO, G. PROFETA, L. RICCI, A. SAVARINO (a cura di), *Malattia psichiatrica*, cit., 53 ss.

veniva individuato, anzitutto, come soggetto pericoloso e quindi da neutralizzare attraverso la custodia. Anche gli obblighi dello psichiatra, in questo contesto, virano verso l'individuazione di trattamenti di carattere prevalentemente custodiale, rivolti, con maggiore evidenza, all'impedimento di eventi dannosi o pericolosi nei confronti di altri soggetti. La cura, altrimenti detto, assumeva rilevanza nella più ampia cornice della custodia, definendo un sistema nel complesso coerente, ma non per questo meno disfunzionale.

L'entrata in vigore della Costituzione e, di conseguenza, la giurisprudenza della Corte costituzionale hanno, nel tempo, contribuito a riscrivere i difficili equilibri fra cura e custodia, avviando un processo che permetterà di superare gran parte delle presunzioni stabilite nel codice penale e ridimensionare, dal punto di vista meramente applicativo, la centralità del ricovero in O.P.G. a favore di misure meno afflittive come la libertà vigilata[3].

D'altra parte, è proprio il mutamento del clima socio-culturale di riferimento a imporre un nuovo assetto, volto a recuperare e non solo a nascondere l'infermo di mente pericoloso. Le tappe di questo percorso sono fin troppo note per essere esaminate puntualmente: basta, qui, ricordare come tanto la Relazione della "Commissione Marino" sull'efficacia e l'efficienza del Servizio Sanitario Nazionale del 2008 che il Rapporto del Comitato europeo per la prevenzione della tortura e dei trattamenti inumani o degradanti dello stesso anno hanno restituito un'immagine impietosa del ricovero in O.P.G., fatta di muffa e ferri arrugginiti, intonaco scrostato

[3] Corte cost., 2 luglio 2003, n. 253, che ha dichiarato l'illegittimità dell'art. 222 c.p. (rubricato *Ricovero in un ospedale psichiatrico giudiziario*), nella parte in cui «non consente al giudice, nei casi ivi previsti, di adottare, in luogo del ricovero in ospedale psichiatrico giudiziario, una diversa misura di sicurezza, prevista dalla legge, idonea ad assicurare adeguate cure dell'infermo di mente e a far fronte alla sua pericolosità sociale», e Corte cost., 17 novembre 2004, n. 367, che ha dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'art. 206 c.p. (rubricato *Applicazione provvisoria delle misure di sicurezze*), nella parte in cui «non consente al giudice, nei casi ivi previsti, di adottare, in luogo del ricovero in ospedale psichiatrico giudiziario, una diversa misura di sicurezza, prevista dalla legge, idonea ad assicurare adeguate cure dell'infermo di mente e a far fronte alla sua pericolosità sociale».

e fili scoperti, sguardi logorati dalla disperazione. Fotogrammi che hanno segnato e svelato i rapporti fra infermità mentale e misure di sicurezza, ponendosi come punto di non ritorno rispetto ad una situazione che, ormai, si era manifestata con indelebile veemenza agli occhi di tutti. L'art. 3-*ter* del d.l. n. 211 del 2011, rubricato "Disposizioni per il definitivo superamento degli ospedali psichiatrici giudiziari", che istituisce le Residenze per l'esecuzione delle misure di sicurezza (d'ora in poi: R.E.M.S.), si inserisce in un percorso già avviato dal decreto del Presidente del Consiglio dei Ministri 1° aprile 2008 e ridefinisce i difficili rapporti tra cura e custodia ramificandosi lungo tre direttrici principali: i) esclusiva gestione sanitaria all'interno delle strutture; ii) attività perimetrale di sicurezza e di vigilanza esterna, ove necessario in relazione alle condizioni dei soggetti interessati; iii) destinazione delle strutture ai soggetti provenienti, di norma, dal territorio regionale di ubicazione delle medesime.

Il nuovo assetto, affidato alla legislazione d'urgenza, non modifica né il codice penale né il codice di procedura penale né l'ordinamento penitenziario: il sistema resta, quindi, immobilizzato nella forma, pur avendo mutato le proprie basi nella sostanza. Si tratta di un superamento che, senza sconfinare nell'abolizione, determina in maniera significativa la definizione di un "nuovo" sistema, volto non tanto al confinamento dell'internato, quanto piuttosto al suo recupero. La dialettica fra cura e custodia, in effetti, rappresenta una costante irrinunciabile nella gestione del soggetto infermo di mente: si tratta di un equilibrio che, pur difficile nella sua attuazione, scolpisce, con tutta evidenza, i rapporti reciproci fra pericolosità ed infermità, recupero e prevenzione.

Le R.E.M.S. non sostituiscono *in toto* gli O.P.G.: l'introduzione delle R.E.M.S. sembrerebbe aver restituito un nuovo ordine a questa materia, lasciando residuare, però, alcuni limiti, il primo di carattere quantitativo, il secondo di carattere qualitativo.

Le R.E.M.S., anzitutto, non sono destinate ad accogliere lo stesso numero di soggetti che, pure, trovavano alloggio all'interno dei vecchi O.P.G.: si tratta di una circostanza che ha contribuito a dare forma al fenomeno delle c.d. "liste d'attesa", già stigmatizzato

dalla Corte di Strasburgo[4] e dalla Corte costituzionale[5], tale per cui, in assenza di "posti disponibili", i soggetti non imputabili e ritenuti pericolosi vengono trattenuti, nell'attesa, all'interno delle carceri.

D'altra parte, le R.E.M.S. operano solo nei confronti dei c.d. folli rei. L'art. 148 c.p., che prima consentiva il ricovero in O.P.G. per i condannati che sviluppavano una infermità psichica durante l'esecuzione della pena, è implicitamente abrogato, dando luogo ad un vuoto di tutela mai colmato. L'art. 1, comma 16, lett. d, l. 23 giugno 2017, n. 103 (legge per la riforma del sistema penitenziario), che pure ampliava la cerchia dei destinatari del ricovero in R.E.M.S. anche ai c.d. rei folli, non ha trovato attuazione. Il nuovo sistema disegnato dal legislatore attraverso il "superamento" degli O.P.G. si presenta, quindi, estremamente asimmetrico proprio con riferimento all'infermità psichica sopravvenuta: i c.d. rei folli, che prima venivano trasferiti, a causa della propria malattia, in O.P.G., non potendo trovare cura all'interno delle "nuove" R.E.M.S., vengono oggi mantenuti nelle carceri, sia pur in apposite sezioni ("articolazioni per la salute mentale"). La questione, nuovamente, ha trovato ricomposizione attraverso l'intervento della Corte costituzionale, che ha dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'art. 47-*ter*, comma 1-*ter*, l. 354/1975, n. 354, nella parte in cui non prevedeva che, nell'ipotesi di grave infermità psichica sopravvenuta, il tribunale di sorveglianza potesse disporre l'applicazione al condannato della detenzione domiciliare anche in deroga ai limiti di cui al comma 1 del medesimo art. 47-*ter* o.p.[6]. La detenzione domiciliare c.d. "in deroga" permette di espiare la pena presso la propria abitazione o negli altri luoghi individuati dall'art. 47-*ter*, comma 1, o.p., anche quando la pena o il residuo di pena sia superiore a quattro anni. La disposizione, derogatoria rispetto ai limiti fissati dal primo comma del medesimo articolo, trova applicazione per le ipotesi in cui può essere disposto il rinvio obbligatorio o

[4] Corte Edu, I sez., *SY c. Italia*, ric. n. 11791/20, 24 gennaio 2022.

[5] Corte cost., 27 gennaio 2022, n. 22.

[6] Corte cost., 19 aprile 2019, n. 99, su cui, per tutti, M. Ruotolo, *Quando l'inerzia del legislatore rende indifferibile l'intervento della Corte costituzionale. A proposito dell'applicazione della detenzione domiciliare per il "reo folle"*, in *Giur. cost.*, 2019, II, 1103 ss.

facoltativo della pena, previsto dagli artt. 146 e 147 c.p. Il giudice *a quo* segnalava come questa disciplina si ponesse in contrasto don gli artt. 2, 3, 27, 32 e 117, primo comma, Cost., quest'ultimo in relazione all'art. 3 CEDU. La decisione della Corte, muovendo dall'art. 148 c.p., ritenuto ormai abrogato, evidenzia come la non applicazione della detenzione domiciliare rappresenterebbe per i soggetti infermi di mente una forma di trattamento inumano e degradante, senza contare, poi, che la stessa misura troverebbe attuazione nei confronti di soggetti portatori di una infermità fisica (sopravvenuta) e non psichica, delineando una irragionevole disparità di trattamento. In effetti, seguendo la trama della Corte, l'infermità psichica andrebbe ad aggiungersi alla afflittività del carcere che, in molti casi, è anticamera o amplificatore di disturbi di questo segno. Non sfugge, d'altronde, come l'art 47-*ter*, comma 1, l. 354/1975 stabilisca che la detenzione domiciliare possa svolgersi anche in un «luogo pubblico di cura, assistenza o accoglienza», assicurando adeguata rilevanza tanto alle esigenze di cura che a quelle di custodia: direttrici che, certamente, in questo momento guidano, ben più di prima, la gestione del soggetto infermo di mente pericoloso.

3. *Obblighi di controllo e di custodia nella responsabilità individuale per omesso impedimento del suicidio in carcere*

La vicenda oggetto della traccia imponeva di chiarire la rilevanza penale delle condotte poste in essere dalla direttrice del carcere, nonché dei medici e degli operatori penitenziari. Occorre evidenziare, sin da subito, come i fatti oggetto della traccia, tratti dalla sentenza *Citraro e Molino c. Italia* della Corte di Strasburgo del 4 giugno 2020, si collocano nel 2001, precedentemente al passaggio dagli O.P.G. alle R.E.M.S., in cui la dialettica cura-custodia si risolveva pressoché prevalentemente nella piena supremazia della seconda rispetto alla prima.

La rilevanza penale delle condotte poste in essere dai soggetti coinvolti nel caso proposto potrebbe rilevare, sia pur con alcune precisazioni, ai sensi dell'art. 40, secondo comma, c.p. con riferi-

mento all'art. 589 c.p.: si tratterebbe di verificare se costoro, colposamente, abbiano, pur avendone l'obbligo, omesso di impedire il suicidio di Tizio. È fatto noto come la responsabilità colposa nei reati omissivi impropri sconti le difficoltà di un "duplice momento omissivo": il primo, rilevante ai fini della condotta omissiva, è legato all'obbligo di fare rimasto inadempiuto; il secondo avrebbe, invece, a che fare con la "mancanza" di diligenza dovuta, caratterizzando, dall'interno, il momento "omissivo" della colpa. I due piani, distinguibili idealmente, tendono a sovrapporsi e, in alcuni casi, ad intrecciarsi nella prassi, creando non poche difficoltà in sede di accertamento. Centrale, dunque, diventa l'individuazione tanto del tipo di obbligo rimasto inadempiuto quanto della regola cautelare che si ritiene violata[7].

Nella vicenda oggetto del caso proposto e con riferimento al contenuto dell'obbligo di garanzia, sembrerebbe opportuno distinguere le posizioni degli operatori penitenziari e della direttrice del carcere, da un lato, e la posizione dei medici, dall'altro: in capo ai primi graverebbe un obbligo di controllo, mentre sui secondi potrebbe affermarsi, sia pur con alcune precisazioni, la sussistenza di un obbligo di protezione. Sotto il primo profilo, rileverebbero, ai fini dell'affermazione della responsabilità colposa dei soggetti convolti, tanto la grave situazione clinica di Tizio, che lasciava presagire un rischio reale ed immediato rispetto al suicidio, quanto le varie condotte degli operatori che, sia pur in diversi momenti e sotto vari aspetti, hanno omesso, per colpa, di porre in essere le condotte diligenti dovute. In effetti, sia gli atti di autolesionismo posti in essere da Tizio, che le richieste di trasferimento in O.P.G., più volte reiterate dallo psichiatra, imponevano ai soggetti coinvolti di operare un più marcato controllo nei suoi confronti: la presenza nella cella, poi distrutta, di lacci e lenzuola sembra aggiungere un ulteriore elemento di rischio all'interno della vicenda, senza contare, poi, che la completa assenza di luce non solo andava ad influire, amplificandola, sulla condizione psichiatrica dello stesso, ma ne ha

[7] *Amplius*, A. Massaro, *Sorvegliare, curare e non punire: l'eterna dialettica tra "cura" e "custodia" nel passaggio dagli ospedali psichiatrici giudiziari alle residenze per l'esecuzione delle misure di sicurezza*, in *Riv. it. med. leg.*, 2015, IV, 1367-1372.

impedito, a monte, un controllo effettivo da parte degli operatori penitenziari.

Sembrerebbe, quindi, che, inquadrando l'obbligo di garanzia, *sub specie* di obbligo di controllo, le condotte omissive dei medesimi rilevino secondo le cadenze tipiche della responsabilità colposa: una condotta diligente, in effetti, avrebbe certamente impedito il suicidio di Tizio.

Diversa è, invece, la posizione dello psichiatra: proprio in quest'ambito, la dialettica fra cura e custodia andrebbe in qualche misura a riflettersi sull'alternativa fra il controllo e la protezione, contenuto dell'obbligo di garanzia. Potrebbe, d'altro canto, ritenersi che il riconoscimento in capo allo psichiatra di un obbligo di controllo assumesse particolare rilevanza nell'era "*pre*-Basaglia", in cui il principale obiettivo diveniva quello di "neutralizzare" il soggetto non imputabile e pericoloso, affinché non commettesse reati, in conformità con un sistema che, come già osservato, virava, in maniera pressoché esclusiva, verso istanze custodialistiche.

Secondo un certo orientamento, la l. n. 180/1978 (c.d. Legge Basaglia) non avrebbe determinato quel cambio di paradigma che, pure, alcuni avevano intravisto: si riteneva, detto altrimenti, che il riconoscimento di questi soggetti come "pazienti", in realtà, non comportasse alcuna "riscrittura" della posizione di garanzia dello psichiatra, comunque destinatario tanto di obblighi di controllo che di protezione.

Un diverso orientamento, d'altra parte, individuava una decisa cesura nella Legge Basaglia, capace di ricostruire la posizione di garanzia dello psichiatra proprio sulla base della funzione curativo-terapeutica che questi era chiamato a svolgere e dunque ritenendo lo stesso destinatario di un obbligo di protezione.

La distinzione tra obblighi di controllo e di protezione, in realtà, non sembra sia (o sia stata) capace di selezionare, con rigore, la condotta doverosa richiesta al medico: si tratterebbe, detto altrimenti, di formule facilmente superabili o ampliabili a seconda dei contenuti che si riconducano all'una o all'altra *species* di obbligo di garanzia. Non sfugge, in questo senso, come, anche una parte della giurisprudenza, pur muovendosi nell'ambito degli "obblighi di protezione", ne abbia dilatato i confini fino a ricomprendere,

nel dovere di cura, anche qualsiasi atto auto o eteroaggressivo commesso dal paziente. Si tratterebbe di un'estensione della responsabilità penale dello psichiatra che andrebbe ben oltre l'idea della responsabilità (doppiamente) eccezionale della responsabilità omissiva colposa, evidenziando, fra l'altro, la parziale sovrapponibilità, in alcuni casi, delle diverse finalità contenuto dell'obbligo di garanzia[8].

Diversamente starebbero le cose se, anziché muovere in via diretta dal tipo di obbligo richiesto al medico, si utilizzassero, con funzione selettiva, le regole cautelari di riferimento: si tratterebbe, più in particolare, di riconoscere la responsabilità dello psichiatra solo per quei fatti che, eziologicamente collegati alla patologia da curare, si realizzerebbero a causa di un errore colposo del medico[9].

Opinione che acquisterebbe ancor più rilevanza nel passaggio fra O.P.G. a R.E.M.S., segnato, anzitutto, dalla sanitarizzazione delle "nuove" strutture: gli O.P.G., in effetti, hanno continuato ad operare prevalentemente in funzione di custodia, la gestione esclusivamente sanitaria delle R.E.M.S., lungi dall'abbandonare queste istanze, le avrebbe rielaborate in chiave terapeutico/riabilitativa. Si tratta di un passaggio per niente scontato, che conosce, inevitabilmente, le sue "zone d'ombra": basti pensare, qui, a quei soggetti per cui la "terapia" non è "cura", ma forma di contenimento – non (più) fisico, ma farmacologico.

Anche nella traccia descritta la posizione dello psichiatra sconta le incertezze della materia: si tratterebbe, quindi, di chiarire se la terapia farmacologica, non assunta da Tizio, fosse idonea ad impedirne il suicidio. Fra l'altro, non sfugge come i medici coinvolti in questa vicenda avrebbero, in vari momenti, manifestato la loro preoccupazione per la situazione patologica di Tizio, reiterando più volte la richiesta di urgente trasferimento in O.P.G., mai attuata.

[8] Per una analisi sulla "evoluzione" che ha interessato la responsabilità colposa dello psichiatra, v. C. Cupelli, *La colpa dello psichiatra: rischi e responsabilità tra poteri impeditivi, regole cautelari e linee guida*, in *Dir. pen. cont.*, 21 marzo 2016, 5-7.

[9] A. Massaro, *Sorvegliare, curare e non punire*, cit., 1371, che fa riferimento ad una «protezione specificata dal dovere di cura».

Ne deriverebbe come, seguendo questa impostazione, potrebbe ritenersi che, pur in presenza di un obbligo di protezione in capo ai medici, la funzione selettiva svolta dalle regole cautelari impedisca di riscontrare nell'agire del personale medico una condotta colposa.

Si tratta di questioni che, andando ben oltre la trama descritta dalla traccia, coinvolgono e si intrecciano con istituti certamente complessi, i cui contorni diventano, in questa materia, ancor più intricati: l'impressione è che il difficile, ma necessario, equilibrio fra cura e custodia tenda ad operare come moltiplicatore d'incertezze, delle quali, forse, il retaggio del "dominio della custodia" resta l'origine.

4. *Possibile impatto delle nuove tecnologie nel caso: prospettive e limiti*

L'utilizzo delle nuove tecnologie anche all'interno dei luoghi di detenzione sembrerebbe carico di promesse, permettendo, sia pur in minima misura, di ridurre l'afflittività del carcere sotto un duplice profilo: da un lato, la possibilità di colloqui attraverso piattaforme *online* potrebbe restringere quegli "spazi" di solitudine che caratterizzano la esecuzione della pena detentiva; d'altra parte, l'utilizzo della telemedicina sembrerebbe aver superato molti ostacoli di carattere logistico che hanno reso ulteriormente farraginosa la gestione dei malati (non solo) psichiatrici all'interno delle carceri.

Le esigenze di cura potrebbero quindi arricchirsi attraverso una risposta unitaria, composta anche da un contatto costante con familiari o soggetti che, sia pur a vario titolo, contribuiscono all'equilibrio affettivo del detenuto. Discorsi parzialmente simili si potrebbero riproporre con riferimento al personale medico che, in questo settore, riesce a costruire un rapporto di fiducia con il paziente, con l'avvertenza che l'utilizzo di sistemi di comunicazione a distanza dovrebbe operare sempre come *extrema ratio*: l'idea, in fondo, è che le nuove tecnologie in questi campi debbano e possano trovare utilizzo in funzione

servente, nei casi in cui il contatto fisico non possa materialmente avvenire, ma mai in funzione sostitutiva. Si rischierebbe, altrimenti, di amplificare condizioni di isolamento e alienazione nonché di sacrificare le esigenze di cura che, specie nella malattia psichiatrica, si muovono soprattutto all'interno della relazione medico-paziente, coinvolgendo un rapporto personale e, in genere, di fiducia. L'impressione è che, di nuovo, ci si trovi dinanzi alla ricerca di un equilibrio che permetta di tracciare "procedure" più semplici guardando avanti, senza sacrificare, però, quelle esigenze che, lungi dall'appartenere ad un passato ormai antico, sono premessa logica di ogni valutazione futura: i "metodi tradizionali" continuano a rappresentare la base ed il limite su cui costruire e modulare l'utilizzo di questi nuovi strumenti, evitando ogni forma di (ulteriore) emarginazione o spersonalizzazione.

5. *Suicidi in carcere: considerazioni introduttive*

Il suicidio è una delle principali cause di morte in carcere[10]. Infatti, secondo i dati contenuti nell'ultima Relazione al Parlamento del Garante nazionale dei diritti delle persone private della libertà personale, solo nel corso dell'anno 2021, di 182 decessi in carcere, 59 di essi sono stati causati da un agito suicidario[11]. Anche in comparazione con la popolazione libera, il tasso di suicidi dei soggetti ristretti è più elevato: nel 2019, in Italia, il tasso di suicidio era pari a 0,67 casi ogni 10.000 persone, mentre in carcere era pari a 8,7 ogni 10.000 detenuti mediamente presenti[12].

[10] «Il suicidio è spesso la causa più comune di morte nelle carceri. Gli istituti penitenziari hanno l'obbligo di preservare la salute e la sicurezza dei detenuti, ed un eventuale fallimento di questo mandato può essere perseguito a fini di legge», documento sulla prevenzione del suicidio nelle carceri realizzato dall'Organizzazione Mondiale della Sanità nel 2007.

[11] Relazione al Parlamento del Garante nazionale dei diritti delle persone private della libertà personale, anno 2022.

[12] Per una panoramica completa sui numeri dei suicidi in carcere, si veda il XVIII Rapporto sulle condizioni di detenzione presentato dell'Associazione Antigone e il Dossier "Morire in carcere" di Ristretti.it.

Una delle ragioni della maggiore frequenza di ricorso al suicidio all'interno delle carceri è da individuarsi, senz'altro, nella presenza di soggetti interessati da una doppia condizione di vulnerabilità, come nel caso di soggetti con disagi psichici e/o psichiatrici. Invero, se da un lato essi soffrono il disagio derivante dalla condizione di detenzione stessa, la quale inevitabilmente si traduce in qualcosa che si estende oltre la mera privazione della libertà personale intesa come semplice costrizione della libertà fisica, dall'altro vivono le difficoltà direttamente ricollegate al tipo di disturbo psichico o psichiatrico che colpisce il singolo individuo.

Come ribadito a più riprese dalla Corte europea dei diritti dell'uomo, le modalità e il metodo di esecuzione delle misure inflitte non devono comportare sofferenze o privazioni la cui intensità ecceda l'inevitabile livello di sofferenza inerente alla detenzione e che, date le esigenze pratiche della reclusione, oltre alla salute dei detenuti, deve essere garantito adeguatamente anche il loro benessere[13].

L'obiettivo di queste riflessioni, seguendo le questioni poste dal caso, è, anzitutto, chiarire i contorni della tutela del diritto alla vita e della salute in carcere alla luce della giurisprudenza della Corte EDU[14], per poi esaminare il diritto all'affettività e di difesa delle persone detenute nel loro bilanciamento con il diritto alla sicurezza[15] e, infine, pervenire a una riflessione del possibile impatto delle nuove tecnologie in tema di affettività e sul caso concreto.

[13] Cfr. Corte EDU, IV sez., *Dzieciak contro Polonia*, ric. n. 77766/01, 9 dicembre 2008.

[14] Per una disamina sul tema, si veda: F. Cecchini, *La tutela del diritto alla salute in carcere nella giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo*, in A. Massaro (a cura di), *la tutela della salute nei luoghi di detenzione. Un'indagine di diritto penale intorno a carcere, REMS e CIE*, Roma, 2017.

[15] Per una disama sul tema, si veda, S. Talini, *L'affettività ristretta*, in M. Ruotolo, S. Talini (a cura di), *I diritti dei detenuti nel sistema costituzionale*, in *Diritto penitenziario e costituzione*, 2017, 6, 197-229.

6. *Responsabilità dello Stato per omesso impedimento del suicidio di un soggetto* in vinculis*: la tutela della salute e della vita nella Convenzione europea dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali*

Nel caso di specie, Tizio è un soggetto detenuto al quale, durante l'esecuzione della pena, viene diagnosticato un insieme di disturbi della personalità. Trattandosi di soggetto detenuto con comprovati disturbi psichiatrici, il primo tema che viene in rilievo è senz'altro quello concernente il benessere psicofisico dei soggetti *in vinculis* e, quindi, la tutela del diritto alla salute.

Il diritto alla salute non trova un espresso riconoscimento all'interno della Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali (CEDU), ma gode solo di una tutela *par ricochet*, ossia allorquando il danno alla salute determini, di riflesso, la violazione o la messa in pericoli di un altro diritto espressamente garantito dalla stessa. Attraverso un'interpretazione estensiva ed evolutiva, la Corte di Strasburgo ha ricondotto la tutela del diritto alla salute nell'ambito della protezione del diritto alla vita (art. 2 CEDU), del divieto di tortura e pene o trattamenti inumani e degradanti (art. 3 CEDU) e nel diritto al rispetto della vita privata e familiare (art. 8 CEDU), ma, con specifico riferimento alla tutela del diritto alla salute delle persone private della libertà personale, in accordo ad una giurisprudenza consolidata dalla Corte, la disposizione utilizzata quale parametro di riferimento per la sua tutela è l'art. 3 CEDU. Tuttavia, nel caso *Citraro e Molino c. Italia*[16], dal quale trae ispirazione il caso proposto, essendosi realizzato l'evento morte, la Corte ha ritenuto la questione attinente al diritto di salute e, conseguentemente, la dedotta violazione dell'articolo 3 CEDU assorbita nella violazione dell'art. 2 CEDU, ritenendo lo Stato responsabile per l'omesso impedimento del suicidio del soggetto ristretto[17]. Secondo la

[16] Cfr. Corte EDU, I sez., *Citraro e Molino contro Italia*, ric. n. 50988/13, 4 giugno 2020.

[17] Una precisazione è doverosa: affinché possa trovare applicazione l'art. 2 CEDU non sempre è necessario che la persona sia deceduta, ma è sufficiente che la natura dell'atto posto in essere metta la vita del soggetto in pericolo reale e imminente; infatti,

giurisprudenza consolidata della Corte EDU, l'art. 2, paragrafo 1, CEDU impone agli Stati due obblighi sostanziali: il primo, di carattere negativo, consiste nell'astenersi dal provocare la morte in modo intenzionale e illegittimo; il secondo, di carattere positivo, prescrive di adottare tutte le misure idonee e necessarie a tutelare il diritto alla vita delle persone sottoposte alla sua giurisdizione.

Posto che le persone in stato di detenzione si trovano in una situazione di vulnerabilità, tanto più se trattasi di persone con disabilità mentali considerate quale gruppo particolarmente vulnerabile, le autorità statali e penitenziarie hanno il dovere di proteggerle[18].

Nel caso di suicidio nel corso della detenzione, l'accertamento circa la sussistenza della responsabilità in capo allo Stato avrà ad oggetto, da un lato, (i) la conoscenza o conoscibilità da parte delle autorità penitenziare dell'esistenza di un rischio reale e immediato per la vita della persona, e, in caso affermativo, (ii) che questa non abbiano adottato tutte le misure idonee in loro potere che, secondo un criterio di ragionevolezza, avrebbero verosimilmente potuto evitare l'evento[19]. Al fine di stabilire se le autorità fossero o avrebbero dovuto essere a conoscenza del fatto che la vita di una specifica persona correva un rischio reale e immediato, – il quale avrebbe implicato l'obbligo di adottare idonee misure preventive –, la Corte tiene conto di diversi fattori, tra i quali: i) l'eventuale precedente anamnesi di problemi di salute mentale della persona; ii) la gravità dell'infermità mentale; iii) i precedenti tentativi di suicidio o gli atti di autolesionismo; iv) i pensieri o le minacce di suicidio; e v) i sintomi di disagio fisico o mentale[20].

la Corte di Strasburgo ha esteso l'applicabilità del suddetto articolo alle situazioni prossime alla morte e, di conseguenza, anche ai tentativi di suicidi delle persone ristrette, anche qualora gli stessi non abbiano prodotto alcuna lesioni; in tal senso si veda: Corte EDU, III sez., *Jeanty contro Belgio*, ric. n. 82284/17, 31 marzo 2020.

[18] Cfr. Corte EDU, III sez., *Keenan contro Regno Unito*, ric. n. 27229/95.

[19] Cfr. Corte EDU, II sez.,*Younger contro Regno Unito*, ric. n. 57420/00, 7 gennaio 2003 e Corte EDU, Grande Camera, *Fernandes de Oliveira contro Portogallo*, ric. N. 78103/14, 31 gennaio 2019.

[20] Cfr. Corte EDU, Grande Camera, *Fernandes de Oliveira contro Portogallo*, cit.

Nella sentenza relativa al caso *Citraro e Molino c. Italia*[21], il quale, come già precisato, è perfettamente sovrapponibile al caso di studio proposto, la Corte di Strasburgo riprende tutti i principi fin qui esposti e già consolidati in materia di tutela dei soggetti con patologie psichiatriche e con pregressi tentativi suicidari; infatti, per un verso, individua tutti gli elementi che determinano la prevedibilità di un suicidio, sottolineando, però, che l'obbligo in capo alle autorità di *aver fatto tutto quanto poteva ragionevolmente attendersi da esse per prevenire il rischio di suicidio, non si traduce nell'imposizione alle autorità in «un onere insostenibile o eccessivo», e che «non qualsiasi minaccia presunta contro la vita» obbliga le autorità «ad adottare misure concrete per prevenirne la realizzazione»*[22] per un altro, indica tutti i molteplici elementi di contraddizione nell'agito delle autorità che hanno poi condotto alla condanna dello Stato.

7. *Il diritto al mantenimento dei legami familiari dei soggetti detenuti con disturbi psichiatrici*

Un altro elemento che emerge dalla lettura del caso proposto è l'evidente divario tra normativa e prassi nella tutela del diritto all'affettività dei soggetti ristretti. Infatti, se da un lato il mantenimento dei legami affettivi costituisce uno degli elementi positivi del trattamento finalizzato alla risocializzazione del condannato e derogabile solo in caso di giustificate e preminenti esigenze di sicurezza, dall'altro l'osservazione empirica, come nel caso di specie, mostra una tendenza opposta. Tizio è riuscito a vedere i suoi genitori solo dopo tre giorni dalla richiesta in quanto gli stessi erano residenti in una città molto distante dal carcere Alfa e, in sede di colloquio con il suo avvocato (tra l'altro colloquio autorizzato, in via eccezionale, solo nel momento del peggioramento esponenziale delle condizioni psicologiche di Tizio), Tizio spiega che i compor-

[21] Cfr. Corte EDU, I sez., *Citraro e Molino contro Italia*, ric. n. 50988/13, 4 giugno 2020.

[22] *Ibidem*.

tamenti violenti degli ultimi giorni erano dovuti tanto al mancato trasferimento in ospedale quanto all'impossibilità di sentire quotidianamente i suoi genitori.

Dal punto di vista normativo, tra le disposizioni che evidenziano la centralità dei rapporti familiari nel percorso di risocializzazione del soggetto condannato, meritevoli di essere citati sono sicuramente gli art. 15 e 28 legge n. 354 del 1975 (*Norme sull'ordinamento penitenziario e sulla esecuzione delle misure privative e limitative della libertà*), a norma dei quali «Il trattamento del condannato e dell'internato è svolto ( ) agevolando opportuni contatti con il mondo esterno ed i rapporti con la famiglia»[23] e «Particolare cura è dedicata a mantenere, migliorare o ristabilire le relazioni dei detenuti e degli internati con le famiglie»[24]. Tali norme non rappresentano mere enunciazioni formali, ma si contornano di una serie di strumenti volti a garantirne l'effettiva applicazione, tra i quali, *in primis*, un ruolo essenziale è svolto dal principio di territorializzazione della pena secondo cui «nel disporre i trasferimenti deve essere favorito il criterio di destinare i soggetti in istituti prossimi alla residenza delle famiglie»[25]; sradicare una persona ristretta dal proprio contesto sociale significa sovraccaricarne il disagio già insito nell'esecuzione di una misura detentiva stessa, determinando un distacco ancor più violento con il proprio ambiente familiare, considerato fondamentale per il benessere psicofisico dei soggetti ristretti, tanto più per quelli che vivono una condizione di doppia vulnerabilità. Un secondo strumento prezioso, funzionale a garantire la suddetta effettività della tutela, è rappresentato dai colloqui, tanto visivi, quanto telefonici[26], seppur caratterizzati da una modalità di autorizzazione e fruizione altamente limitata (e limitante) e del tutto sganciata dal piano della realtà esterna.

È innegabile che porre maggiore attenzione su alcuni degli aspetti della vita penitenziaria avrebbe quale ripercussione positiva un miglioramento del benessere dei soggetti detenuti e, conse-

[23] Cfr. art. 15, comma 1, della L. 26 luglio 1975, n. 354.

[24] Cfr. art. 28, comma 1, della L. 26 luglio 1975, n. 354.

[25] Cfr. art. 42, comma 2, della L. 26 luglio 1975, n. 354.

[26] Cfr. art. 18, della L. 26 luglio 1975, n. 354 e artt. 37 e 39 del D.P.R. 30 giugno 2000, n. 230.

guentemente, un abbassamento del rischio suicidario. Aspetti che, come dimostra il caso concreto, non sempre vengono valutati in coerenza con il dettato normativo.

8. *Possibile impatto delle nuove tecnologie nel caso*

Le regole penitenziarie europee, nella parte I, intitolatata «principi fondamentali», al punto 5° stabiliscono che «La vita in carcere deve essere il più vicino possibile agli aspetti positivi della vita nella società libera»; eppure, se esiste un tema nel quale risulta più evidente il *gap* tra società esterna e ristretta è proprio quello dell'utilizzo della tecnologia in carcere; la tecnologia a cui si fa riferimento è quella più 'banale', come l'accesso ad una connessione internet per poter effettuare una videochiamata o per spedire una e-mail, strumenti utilizzati quotidianamente e liberamente nel mondo esterno e che hanno facilitato il mantenimento dei rapporti sociali, anche a distanza.

L'accesso alla tecnologia nei luoghi di privazione di libertà è sempre stato oggetto di un generalizzato scetticismo, che, sia pur in parte, ancora permane. Nonostante delle timide spinte di apertura, seppur sperimentali, da parte del Dipartimento dell'amministrazione penitenziaria[27], l'impiego della tecnologia è stato considerato da sempre un fattore di rischio per la sicurezza interna agli istituti, oltre alla più pratica e concreta carenza di risorse.

Invero, nel mondo penitenziario, molti cambiamenti avvengono sulla spinta dell'emergenza, e anche la progressiva, seppur timida, introduzione di strumenti tecnologici si è avuta con la pandemia da Covid-19: il confinamento sociale mondiale ha costretta il carcere ad aprire le porte a strumenti quali le videochiamate (tanto tramite Skype, quanto attraverso dispositivi mobili) proprio al fine di garantire la tutela del diritto all'affettività dei detenuti e dei loro familiari[28].

[27] A tal proposito si veda: GDAP 2.11.2015 n. 366755 e GDAP 30.01.2019 n. 31246.

[28] Tra le altre, si veda: GDAP 21.03.2020 n. 96018.

In tema di innovazione tecnologica, un contributo prezioso è scaturito dai lavori della Commissione per l'innovazione del sistema penitenziario presieduta del Prof. Marco Ruotolo[29], che aveva come obiettivo quello di formulare proposte per migliorare la qualità della vita delle persone recluse e di coloro che operano all'interno degli istituti penitenziari, tra le quali, appunto, l'impiego delle nuove tecnologie anche in funzione del mantenimento dei rapporti affettivi.

Ritornando al caso concreto, *a posteriori* non possiamo affermare con assoluta certezza che l'effettuazione di una videochiamata immediata con i suoi familiari avrebbe impedito a Tizio di porre fine alla sua vita, posto che ogni agito suicidario contiene in sé un margine di imprevedibilità, ma con alta probabilità, alla luce delle considerazioni suesposte, avrebbe reso l'evento morte evitabile.

In conclusione, parafrasando il pensiero del filosofo e sociologo Alessandro Baratta[30]: vogliamo essere custodi dello *status quo* utilizzando un modello orientato a garantire il diritto alla (in)sicurezza o difensori dei diritti umani promuovendo e attuando un modello di sicurezza dei diritti?

[29] Cfr. Relazione finale – Dicembre 2021, disponibile in *www.giustizia.it*.

[30] Così, A. Baratta, *Diritto alla sicurezza o sicurezza dei diritti?*, in S. Anastasia, M. Palma (a cura di), *La bilancia e la misura. Giustizia, sicurezza, riforme*, Milano, 2001.

Parte Terza
EVOLUZIONE TECNOLOGICA E PROCESSO PENALE

Giulia Fiorelli

Innovazione tecnologica e processo penale: uno sguardo d'insieme

SOMMARIO: 1. L'impiego della tecnologia nel processo penale, tra esigenze di accertamento e nuovi presidi di garanzie individuali. – 2. Intrusioni informatiche e libertà fondamentali 2.0. – 3. Dialettica processuale a distanza: verso la smaterializzazione delle garanzie partecipative? – 4. L'apporto del sapere neuroscientifico alla ricerca della verità. – 5. Note conclusive.

1. *L'impiego della tecnologia nel processo penale, tra esigenze di accertamento e nuovi presidi di garanzie individuali*

Interrogarsi sul rapporto esistente tra "pena e nuove tecnologie", nella suggestiva cornice dell'isola di Ventotene e dell'adiacente Santo Stefano che ospita la prima edizione di questa Spring School, consente di estendere le riflessioni anche sull'impiego di strumenti ad alto contenuto tecnologico nell'ambito del processo penale e, in particolare, nella prassi quotidiana seguita dai vari protagonisti che operano al suo interno[1].

Si tratta di un orizzonte tematico che, sebbene caratterizzato da un elevato tecnicismo, sottende questioni di importanza cruciale per il corretto funzionamento del nostro Stato di diritto, dal momento che l'irruzione della scienza e della tecnologia nelle aule di

[1] Sul rapporto che si instaura tra nuove tecnologie e processo penale, la letteratura è vastissima. Si rinvia per spunti e riferimenti, senza alcuna pretesa di completezza, a C. CONTI (a cura di), *Scienza e processo penale. Nuove frontiere e vecchi pregiudizi*, Milano, 2011; L. LUPÁRIA, G. ZICCARDI, *Investigazione penale e tecnologia informatica. L'accertamento del reato tra progresso scientifico e garanzie fondamentali*, Milano, 2007; M. PITTIRUTI, Digital evidence *e procedimento penale*, Torino, 2017; e, di recente, AA.VV., *Nuove tecnologie e processo penale*, Milano, 2021.

giustizia si è rivelata in grado di porre in discussione le fondamenta culturali – prima ancora che giuridiche – del processo penale.

L'impatto del progresso scientifico e tecnologico sull'accertamento giudiziale solleva, infatti, una serie di interrogativi sulla tenuta dell'impianto tradizionale dei valori fondamentali sottesi al "giusto processo" e delle categorie dogmatiche alla stregua delle quali è stato finora inquadrato il tema della verità nel processo penale[2].

Si tratta, a ben vedere, di un impatto dirompente qualora si consideri che il terreno, sul quale si registra maggiormente il continuo progredire dell'innovazione tecnologica, è senza dubbio quello della prova, vale a dire il cuore pulsante del processo[3].

È, infatti, la dimensione probatoria processuale a rappresentare l'angolo visuale privilegiato per apprezzare, da un lato, le enormi potenzialità che gli strumenti tecnologici sono in grado di offrire alle valutazioni riguardanti l'accertamento della responsabilità penale, e per cogliere, dall'altro lato, le possibili ricadute negative provocate dall'impatto della tecnologia sull'effettiva tutela dei canoni giurisdizionali dell'oralità e dell'immediatezza e sulle tradizionali aree di libertà garantite ai singoli.

Sotto il primo versante, è innegabile che, a partire già dalle indagini preliminari, l'impiego di tecnologie informatiche o telematiche rivesta un ruolo chiave nella ricostruzione della verità dei fatti, "preconfezionando" per la fase dibattimentale risultanze probatorie apparentemente "perfette"[4]. Si tratta sovente di apporti conoscitivi che consentono di ricostruire esattamente l'accadimento passato, permettendo al giudice di «assistere alla fedele ripetizione

[2] Sotto questo profilo, v. O. Mazza, *La verità giudiziale nel sistema delle prove tecnologiche*, in Id., *Tradimenti di un codice. La Procedura penale a trent'anni dalla grande riforma*, Torino, 2020, 8.

[3] Per uno studio approfondito delle intersezioni tra progresso scientifico, nuove tecnologie e dimensione probatoria del processo penale, si rinvia a L. Lupária, L. Marafioti, G. Paolozzi (a cura di), *Dimensione tecnologica e prova penale*, Torino, 2019; G. Canzio, L. Lupària (a cura di), *Prova scientifica e processo penale*, Milano, 2022, anche per i necessari approfondimenti bibliografici.

[4] A tale riguardo, L. Marafioti, Digital evidence *e processo penale*, in *Cass. pen.*, 2011, 4510, con riferimento alle evidenze digitali, mette in guardia dal rischio che «la risultanza probatoria tradizionale sia destinata a soccombere e ad essere sorpassata da una, tanto affascinante quanto rischiosa, prova "perfetta"».

del fatto che deve essere giudicato»[5] o – detto più efficacemente – di «sedersi a guardare la verità digitale»[6].

Senonché il fascino dei benefici apportati in termini di efficacia euristica delle risultanze probatorie tecnico-scientifiche non deve indurre a sottovalutare l'esigenza di una attenta declinazione dei limiti epistemici entro i quali contenere il progredire incessante della rivoluzione tecnologica.

Non basta, infatti, promuovere soluzioni tecniche suscettibili di rendere più agevole possibile il raggiungimento del risultato conoscitivo: occorre chiedersi "come" si pervenga ad esso[7]. E ciò in quanto lo statuto epistemologico del processo penale impone l'idoneità di tali soluzioni ad assicurare il pieno rispetto dei diritti fondamentali dell'accusato, ossia di valori superiori alla stessa finalità cognitiva del processo.

Il rischio derivante dall'impiego dei richiamati strumenti è proprio quello di attirare l'attenzione sul solo esito cognitivo del fatto oggetto di accertamento[8], perdendo, così, di vista il senso «costituzionale del processo penale come sistema di limiti nei quali è imbrigliato il potere di punire»[9]. A fronte di tale pericolo, si rivela, quindi, «indispensabile rileggere le garanzie esistenti in chiave innovativa, ma anche congegnarne di nuove»[10], al fine di cogliere – e governare – la trasformazione che la realtà processuale sta subendo, in linea con l'evoluzione del sistema verso una società tecnologicamente sempre più avanzata[11].

[5] In questi termini, O. Mazza, *La verità giudiziale nel sistema delle prove tecnologiche*, cit., 8-9.

[6] Così, F. Caprioli, *Tecnologia e prova penale: nuovi diritti e nuove garanzie*, in L. Lupária, L. Marafioti, G. Paolozzi (a cura di), *Dimensione tecnologica e prova penale*, cit., 45.

[7] Sul tema, per tutti, G. De Luca, *La cultura della prova e il nuovo processo penale*, in *Evoluzione e riforma del diritto e della procedura penale. Studi in onore di Giuliano Vassalli*, Milano, II, 1991, 19.

[8] Evidenzia questo rischio, F. Centorame, *Le indagini tecnologiche ad alto potenziale intrusivo fra esigenze di accertamento e sacrale inviolabilità dei diritti della persona*, in *Riv. it. dir. proc. pen*., 2021, 503.

[9] Così, F. Cordero, *Procedura penale*, Milano, 1983, 584.

[10] In questi termini, C. Cesari, *L'impatto delle nuove tecnologie sulla giustizia penale – un orizzonte denso di incognite*, in *Rev. bras. deir. proc. pen.*, 2019, 1185.

[11] Così, F. Caprioli, *Tecnologia e prova penale: nuovi diritti e nuove garanzie*, L.

2. *Intrusioni informatiche e libertà fondamentali 2.0*

Sotto quest'ultimo profilo, una posizione di indubbio rilievo, per le inevitabili ricadute sui diritti fondamentali della persona, viene rivestita dagli strumenti, sempre più sofisticati, di captazione di colloqui riservati o di perquisizioni informatiche.

In particolare, uno dei mezzi investigativi a disposizione degli organi inquirenti per intercettare il flusso informativo in tempo reale è rappresentato dal "captatore informatico"[12], conosciuto anche come *virus trojan* o "agente intrusore". Si tratta di un *malware*, installato furtivamente su dispositivi elettronici da monitorare – quali lo *smartphone*, il *personal computer* o il *tablet* – e capace, non solo di estrarre copia delle unità di memoria e dei dati del dispositivo (*on line search*); ma, altresì, di catturare tutto ciò che viene digitato sulla tastiera, visualizzato sullo schermo, pronunciato attraverso il microfono, visionato tramite la *webcam* o filmato mediante la videocamera (*on line surveillance*).

Proprio in ragione di questa polivalenza funzionale, il captatore informatico si arricchisce di una straordinaria capacità di divorare, in modo quasi «bulimico»[13], ogni spazio virtuale che cir-

Lupária, L. Marafioti, G. Paolozzi (a cura di), *Dimensione tecnologica e prova penale*, cit., 45. Sulla tutela "progressiva" dei diritti fondamentali, v., tra gli altri, R. Orlandi, *La riforma del processo penale fra correzioni strutturali e tutela "progressiva" dei diritti fondamentali*, in *Riv. it. dir. proc. pen*., 2014, 1139; P. Felicioni, *L'acquisizione da remoto di dati digitali nel procedimento penale: evoluzione giurisprudenziale e prospettive di riforma*, in *Proc. pen. giust*., 2016, 123.

[12] Per un'ampia disamina del captatore informatico e dell'uso di questo strumento nel processo penale, si rinvia, senza alcuna pretesa di completezza, a R. Brighi, *Funzionamento e potenzialità investigative del malware*, in G. Giostra, R. Orlandi (a cura di), *Nuove norme in tema di intercettazioni. Tutela della riservatezza, garanzie difensive e tecnologie informatiche*, Torino, 2018, 231 ss.; F. Caprioli, *Il "captatore informatico" come strumento di ricerca della prova in Italia*, in *Rev. bras. deir. proc. pen*., vol. 3, n. 2, 2017, 497; L. Cuomo, *La prova digitale*, in G. Canzio, L. Lupària (a cura di), *Prova scientifica e processo penale*, cit., 675 ss.; W. Nocerino, *Il captatore informatico nelle indagini penali interne e transfrontaliere*, Padova, 2021; M. Pittiruti, Digital evidence *e procedimento penale*, cit., 69 ss.; M. Torre, *Il captatore informatico. Nuove tecnologie investigative e rispetto delle regole processuali*, Milano, 2017.

[13] Per questa espressione, L. Filippi, *L'ispe-perqui-intercettazione "itinerante": le Sezioni Unite azzeccano la diagnosi ma sbagliano la terapia*, in *Arch. pen*., 2016, 350.

conda il soggetto avente la disponibilità materiale del dispositivo, offrendo, per tale via, risorse irrinunciabili nell'ottica di perseguire forme di criminalità sempre più sofisticate.

Tuttavia, la singolare forza intrusiva di questo strumento, all'interno della sfera privata della persona, impone – come correttamente osservato anche dalla giurisprudenza di legittimità[14] – un delicato bilanciamento tra esigenze pubblicistiche di accertamento del reato e tutela delle libertà individuali dei soggetti coinvolti in tale pur doveroso accertamento. Sono libertà che, «da un lato, possono essere ricondotte ai principi costituzionali tradizionalmente in gioco nel procedimento penale, dall'altro lato, chiamano in causa garanzie inedite, a presidio di una "nuova" sfera di intimità da proteggere»[15].

In particolare, «l'eccesso di ingerenza connaturato all'uso del captatore»[16], mediante l'introduzione di un programma-spia all'interno di un sistema informatico, accresce la sensibilità in ordine all'esigenza di preservare un vero e proprio «diritto all'intangibilità della vita digitale»[17], posto a tutela della soggettività dell'individuo in rapporto a qualunque dato o a qualsiasi attività svolta nell'ambito del sistema stesso.

Il che apre la strada al riconoscimento del diritto alla riservatezza e alla libertà domiciliare informatica, nel tentativo di offrire una tutela più ampia allo «spazio ideale (ma anche fisico in cui sono contenuti i dati informatici) di pertinenza della sfera individuale»[18]. Si delinea, per tale via, un concetto di "domicilio" in senso

[14] Si fa riferimento a Cass., Sez. Un., 28 aprile 2016, 26889, Scurato, in *Cass. pen*., 2016, 3546, con nota di W. Nocerino, *Le Sezioni Unite risolvono l'enigma: l'utilizzabilità del "captatore informatico" nel processo penale*; e F. Cajani, *Odissea del captatore informatico*.

[15] In questi termini, L. Parlato, *Libertà della persona nell'uso delle tecnologie digitali: verso nuovi orizzonti di tutela nell'accertamento penale*, in *Proc. pen. giust*., 2020, 291.

[16] Così, A. Sanna, *L'irriducibile atipicità delle intercettazioni tramite virus informatico*, in A. Scalfati (a cura di), *Le indagini atipiche*, II ed., Torino, 2019, 613.

[17] Così, S. Signorato, *Le indagini digitali. Profili strutturali di una metamorfosi investigativa*, Torino, 2018, 69.

[18] Per questa definizione di "domicilio informatico", cfr. Cass., Sez. VI, 4 ottobre 1999, n. 3067, in *Cass. pen*., 2000, 2990 ss., con note di S. Aterno, *Sull'accesso abusivo a un sistema informatico o telematico* e di L. Cuomo, *La tutela penale del domicilio*

dinamico[19], quale proiezione informatica dell'individuo, destinata a creare un vero e proprio spazio virtuale al cui interno «ciascuno deve essere in grado di manifestare e sviluppare liberamente la propria personalità, al riparo da occhi e orecchi indiscreti»[20].

E ciò *a fortiori* nel caso in cui ad essere impiegato nel processo penale sia il captatore informatico in funzione di sorveglianza *online*, rispetto al quale si avverte in modo ancora più preoccupante il rischio di rievocare scenari *orwelliani*[21] o, addirittura, da *panopticon*[22], capaci di compromettere le minime istanze garantistiche su cui si fonda lo Stato di diritto[23].

3. *Dialettica processuale a distanza: verso la smaterializzazione delle garanzie partecipative?*

Ulteriori insidie, derivanti dall'impiego della tecnologia nel processo penale, possono celarsi dietro la possibilità, in capo

informatico. In senso conforme, M. Trogu, *Intrusioni segrete nel domicilio informatico*, in A. Scalfati (a cura di), *Le indagini atipiche*, cit., 570 ss., secondo il quale, quando i programmi spia entrano in funzione, «il bene giuridico maggiormente limitato cessa di essere il domicilio in quanto tale, e si individua in qualcosa di più intimamente legato alla persona».

[19] Sull'evoluzione – in senso dinamico – del concetto di "domicilio", si veda, ampiamente, F. Caprioli, *Tecnologia e prova penale: nuovi diritti e nuove garanzie*, in L. Lupária, L. Marafioti, G. Paolozzi (a cura di), *Dimensione tecnologica e prova penale*, cit., 49; F. Centorame, *Le indagini tecnologiche ad alto potenziale intrusivo fra esigenze di accertamento e sacrale inviolabilità dei diritti della persona*, cit., 518; L. Cuomo, *La prova digitale*, cit., 692; L. Parlato, *Le perquisizioni on-line: un tema che resta un tabù*, in G. Giostra, R. Orlandi (a cura di), *Revisioni normative in tema di intercettazioni*, cit., 350; P.G. Santoro, *L'evoluzione della nozione di domicilio: tra esigenze di tutela dell'inviolabilità e nuove frontiere tecnologiche*, in F.R. Dinacci (a cura di), *Processo penale e Costituzione*, Milano, 2010, 251.

[20] Così, F. Caprioli, *Il "captatore informatico" come strumento di ricerca della prova in Italia*, cit., 491.

[21] Il riferimento va a G. Orwell, *Nineteen Eighty-Four*, London, 1949.

[22] J. Bentham, *Panopticon or the Inspection-House*, Dublino, 1791.

[23] Evidenzia questo pericolo, G. Di Paolo, *Tecnologie del controllo e processo penale. L'esperienza statunitense e spunti per la comparazione*, Padova, 2008, 87; e, in senso analogo, S. Signorato, *Rimodulazione normative dell'uso investigativo del captatore informatico*, in G. Giostra, R. Orlandi (a cura di), *Nuove norme in tema di intercettazioni. Tutela della riservatezza, garanzie difensive e tecnologie informatiche*, cit., 325.

all'imputato o al condannato, di partecipare a distanza alla propria udienza, attraverso strumenti di telecomunicazione necessari per instaurare un collegamento audiovisivo[24]. Si tratta, in particolare, di apparecchiature capaci di ricevere immagini e suoni provenienti dalla "sala di udienza" e di trasmetterli direttamente vero la "postazione remota" attraverso l'uso di telecamere e *monitors*[25].

Tornato recentemente alla ribalta nella stagione emergenziale pandemica da *virus* Covid-19[26], l'impiego di tali tecnologie comunicative, ai fini dello svolgimento dell'esame o, più in generale, per consentire la partecipazione virtuale all'udienza, ha fatto la sua prima apparizione nel processo penale, agli inizi degli anni Novanta del secolo scorso, sull'onda lunga delle stragi di Capaci e di Via d'Amelio[27]. A partire da allora, il legislatore d'urgenza ha progressivamente «portato fuori dalle aule di udienza»[28] i soggetti ammessi ai programmi di protezione, gli agenti sotto copertura, gli imputati di reato connesso, di criminalità organizzata o di grave allarme sociale o, ancora, quelli sottoposti a regime carcerario differenziato, di cui all'art. 41-*bis* comma 2 ord. penit.[29].

[24] Sull'uso processuale dei collegamenti audiovisivi, si rinvia per tutti, a livello monografico, all'ampia disamina di D. Curtotti Nappi, *I collegamenti audiovisivi nel processo penale*, Milano, 2006 e, di recente, B. Galgani, *Forme e garanzie nel prisma dell'innovazione tecnologica. Alla ricerca di un processo penale virtuoso*, Padova, 2022, 228 ss.

[25] Per questa definizione, v. D. Curtotti Nappi, *L'uso dei collegamenti audiovisivi nel processo penale tra necessità di efficienza del processo e rispetto dei principi garantistici*, in *Riv. it. dir. proc. pen*., 1999, 487.

[26] Sulla progressiva dilatazione dell'ambito di operatività della giustizia penale "a distanza" durante l'emergenza pandemica da Covid-19, si rinvia, tra gli altri, a G. Barone, *Pandemia e processi penali da remoto: modelli a confronto e prospettive future*, in *Cass. pen*., 2021, 711 ss.; L. Giordano, *Il processo penale a distanza ai tempi del* coronavirus, in *Dir. pen. proc*., 2020, 920 ss.; E.M. Mancuso, *La dematerializzazione del processo al tempo del COVID-19*, in *Giur. pen. web*, 5/2020, 1 ss.; S. Signorato, *L'ampliamento dei casi di partecipazione a distanza dell'imputato tra logiche efficientistiche e menomazioni difensive*, in *Legisl. pen*., 2017, 1 ss.

[27] Sull'introduzione, ad opera dell'art. 7, comma 2, d.l. 8 giugno 1992, n. 306 convertito nella l. 7 agosto 1992, n. 356, della partecipazione virtuale al processo per mezzo di strumenti di videoconferenza, cfr., per tutti, A. Melchionda, *Commento all'art. 147 bis disp. att*., in M. Chiavario (coordinato da), *Commento al nuovo codice di procedura penale*, Torino, 1993, 306 ss.

[28] Così, O. Mazza, *Distopia del processo a distanza*, in *Arch. pen*., 1/2020, 3 ss.

[29] Per una ricostruzione storica della disciplina che si è succeduta, dagli anni No-

Se, per un verso, erano – e sono tuttora – innegabili i vantaggi che la partecipazione virtuale al processo, per mezzo di strumenti di videoconferenza, apporta in termini di marginalizzazione di tempi, costi, pericoli e difficoltà organizzative derivanti dal fenomeno meglio conosciuto come "turismo giudiziario"[30], altrettanto innegabile si rivela, per altro verso, l'impatto dirompente che siffatti meccanismi finiscono per avere sul modo di intendere la dialettica processuale e, prima ancora, sulla stessa modulazione fisica dell'udienza in cui si celebra il rito giudiziario[31].

L'udienza, tradizionalmente intesa quale unità di tempo, spazio e persone, si trasforma in un ambiente virtuale[32], ove la simbolica sacralità dell'aula[33] si riduce ad un'immagine trasmessa sullo schermo del *computer*, dietro il quale finiscono per sbiadire anche i principi dell'oralità e della pubblicità[34].

Non ci vuole molto senso pratico, invero, per rendersi conto che la partecipazione all'udienza, mediata dal supporto di strumenti audiovisivi, svilisce anzitutto la fisicità della dialettica dibattimentale, affievolendo, altresì, il principio dell'immediatezza che – come noto – si nutre di sfumature, emozioni e linguaggi

vanta alla Riforma Orlando, in tema di videoconferenze e di telesame, si rinvia all'ampia disamina di G. Di Chiara, *«Come s'uno schermo». Partecipazione a distanza, efficienza, garanzie, upgrade tecnologici*, in *Imputazione e prova nel dibattimento tra regole e prassi*, Atti del XXXI Convegno nazionale (Campobasso, 13-14 ottobre 2018), Milano, 2018, 125 ss.

[30] Per tale fenomeno, P. Giordano, *Regole più chiare sui collaboratori di giustizia e per i superboss uno stop al turismo giudiziario*, in *Guida dir.*, 21 febbraio 1998, 33.

[31] Sul tema, ampiamente, A. Garapon, *La despazializzazione della giustizia*, trad. it., Milano-Udine, 2021.

[32] Si infrange – secondo L. Marafioti, *Il processo penale di fronte all'emergenza pandemica*, in *disCrimen*, 26 aprile 2021, 8 – l'idea di "udienza", intesa come unità di tempo, spazio e luogo.

[33] Ricostruisce il dibattimento penale come un "luogo sacro", G.P. Voena, *Il telesame*, in E. Zappalà (a cura di), *L'esame e la partecipazione a distanza nei processi di criminalità organizzata*, Milano, 1999, 82.

[34] Per un'interessante disamina dell'esame a distanza come limite al contraddittorio, si rinvia a M. Daniele, *La sagomatura dell'esame a distanza nel perimetro del contraddittorio*, in D. Negri, R. Orlandi (a cura di), *Le erosioni silenziose al contraddittorio*, Torino, 2017, 131 ss.

corporei, difficilmente percepibili dal *monitor* di un *computer*[35]. A maggior ragione ove si consideri che la percezione della scena processuale e del soggetto collegato rischia di essere alterata, già, dalla stessa qualità della trasmissione audiovisiva o dall'inquadratura prescelta.

Ma vi è di più. La presenza dell'imputato nel luogo di udienza, filtrata dallo schermo di un *computer*, non è priva di ricadute pure sul concetto tradizionale di assistenza difensiva[36]. È indubbio, infatti, che la distanza intercorrente tra l'assistito e il difensore, qualora quest'ultimo scelga di presenziare fisicamente all'udienza, renda meno tempestiva ed agevole la loro comunicazione, che, di fatto, viene mediata dall'operatore presente nell'aula. Tuttavia, anche qualora preferisca affiancare il proprio assistito e partecipare virtualmente al dibattimento, il difensore finisce per incontrare le medesime limitazioni "percettive" dovute alla "virtualità" dell'esame a distanza[37].

Di qui, il rischio – tutt'altro che peregrino – che nessuna tecnologia, neanche il più sofisticato *software* di videoconferenza, possa dirsi davvero in grado di assicurare la piena equiparabilità della partecipazione virtuale a quella *de visu*[38] e garantire, di conseguenza, l'effettività del contraddittorio[39].

[35] Sull'importanza dei tratti prosodici e paralinguistici, per tutti, P. Ferrua, *Studi sul processo penale*, II, *Anamorfosi del processo accusatorio*, Torino, 1992, 181.

[36] Manifesta forte preoccupazione in merito alle possibili limitazioni arrecate al diritto di difesa dalla partecipazione "virtuale" al dibattimento, S. Lorusso, *La mutata fisionomia della partecipazione a distanza al dibattimento e il vulnus delle garanzie difensive*, in Id. (a cura di), *Il fragile mosaico delle garanzie difensive. Dalla legge Orlando alle scelte della XVIII legislatura*, Torino, 2020, 147 ss.

[37] Per tali rilievi, S. Signorato, *L'ampliamento dei casi di partecipazione a distanza dell'imputato tra logiche efficientistiche e menomazioni difensive*, cit., 11 ss., secondo la quale una soluzione potrebbe essere quella di consentire ad un sostituto del difensore di assistere l'imputato nella postazione remota; non senza conseguenze in termini di «costi che ricadrebbero sull'imputato per una tale duplice difesa».

[38] Di questo avviso, G.P. Voena, *Il telesame*, cit., 83, secondo il quale «la differenza tra la presenza fisica nell'aula di udienza e quella che si realizza con il collegamento telematico non è riducibile a zero poiché la distanza tra i due fenomeni, anche utilizzando le tecnologie più sofisticate, resta, in ogni caso, incommensurabile».

[39] Secondo G. Frigo, *Videoconferenze giudiziarie: forti limiti all'oralità e al contraddittorio*, in Aa.Vv., *Le nuove leggi penali*, Padova, 1998, 386, «la "partecipazione a distanza" resta una partecipazione… di serie B».

4. *L'apporto del sapere neuroscientifico alla ricerca della verità*

Le ingerenze del sapere tecnico-scientifico nell'orizzonte cognitivo processuale tendono, poi, ad acuirsi ogni qualvolta ad entrare nelle aule di giustizia siano particolari tecnologie legate alle "neuroscienze"[40], le quali si propongono – come noto – di comprendere, mediante l'osservazione delle aree cerebrali, le modalità con cui le connessioni neuronali influiscono sull'agire umano.

Il progressivo avanzamento degli studi e delle sperimentazioni in ambito neuroscientifico ha consentito, invero, di sviluppare innovative metodiche di esplorazione cerebrale, suscettibili di trovare impiego anche nel processo penale, in quanto destinate ad offrire risultanze conoscitive utili ad indagare le possibili correlazioni tra fattori neurobiologici e comportamenti individuali penalmente rilevanti.

Si pensi, in particolare, al contributo fornito dalle tecniche di *neuro-imaging* in sede di elaborazione di perizie e consulenze ai fini dell'accertamento dell'infermità mentale, nel quadro del giudizio di imputabilità[41]. A tale scopo vengono condotte sofisticate indagini volte ad evidenziare comportamenti aggressivi ed antiso-

[40] Sul tema, la letteratura è amplissima. Si rinvia, tra gli altri, agli approfondimenti di L. Algeri, *La prova neuroscientifica nel processo penale*, Padova, 2020; M.L. Di Bitonto, *Neuroscienze e processo penale*, in G. Canzio, L. Lupària (a cura di), *Prova scientifica e processo penale*, cit., 703 ss.; O. Di Giovane, voce *Neuroscienze (diritto penale)*, in *Enc. dir*., Annali, VII, Milano, 2014, 711 ss.; C. Grandi, *Neuroscienze e responsabilità penale. Nuove soluzioni per problemi antichi?*, 2016; P. Martucci, *Neuroscienze e processo penale. Profili applicativi e giurisprudenziali*, Frosinone, 2015; L. Sammicheli, G. Sartori, *Neuroscienze e processo penale*, in *Cass. pen*., 2010, 356 ss.

[41] Per un'ampia disamina dell'impiego di tecniche neuroscientifiche ai fini dell'accertamento dell'imputabilità, in caso di infermità mentale, cfr., senza alcuna pretesa di completezza, L. Algeri, *La prova neuroscientifica nel processo penale*, cit., 95 ss.; M.T. Collica, *Il riconoscimento del ruolo delle neuroscienze nel giudizio di imputabilità*, in *Dir. pen. cont*., 15 febbraio 2012; A. Corda, *Riflessioni sul rapporto tra neuroscienze e imputabilità nel prisma della dimensione processuale*, in *Criminalia*, 2012, 509 ss.; G. Messina, *I nuovi orizzonti della prova (neuro)scientifica nel giudizio sull'imputabilità*, in *Riv. it. med. leg*., 2012, 247 ss.; I. Merzagora, *Il ruolo delle neuroscienze in relazione alla imputabilità e ai giudizi di predittività*, in *Dir. pen. proc*., 2020, 14 ss.; L. Sammicheli, G. Sartori, *Neuroscienze e imputabilità*, in L. De Cataldo Neuburger (a cura di), *La prova scientifica nel processo penale*, Padova, 2007, 336.

ciali, sovente di natura violenta, associati ad anomalie morfologiche o funzionali relative ad alcune aree del cervello.

Non solo. Le potenzialità offerte dalle tecniche neuroscientifiche in fase di accertamento giudiziale possono cogliersi, anche sul versante più strettamente processuale, nella capacità delle stesse di «vedere»[42] – tramite l'analisi dei circuiti cerebrali coinvolti nelle attività della memoria e della menzogna – l'attendibilità o la veridicità delle dichiarazioni rese nel corso del processo[43].

Sebbene sia fortissima la seduzione esercitata dagli scenari svelati dagli studi condotti sulle dinamiche di funzionamento del cervello, è lecito, tuttavia, nutrire qualche dubbio in merito alla compatibilità delle indagini neuroscientifiche con il complesso di valori, regole e principi che delineano la fisionomia del processo penale generalmente accolta nei sistemi giuridici evoluti.

Invero, gli accertamenti neuroscientifici, oltre a mettere in crisi le categorie basilari del diritto penale come i concetti di "libero arbitrio" o di "coscienza e volontà"[44], rischiano di pro-

[42] Così, C. Intrieri, *Le neuroscienze e il paradigma della nuova prova scientifica*, in A. Bianchi, G. Gulotta, G. Sartori (a cura di), *Manuale di neuroscienze forensi*, Milano, 2009, 198, il quale riconduce la possibilità di "vedere" il tracciato della menzogna consapevole o, ancora, come si forma il ricordo, al principio secondo cui «tutte le funzioni del cervello sono "tracciabili" in quanto frutto di interazioni tra i neuroni in differenti zone tra loro legati ed influenzati dalle sinapsi».

[43] Per un esame delle principali metodologie volte alla verifica dell'attendibilità della prova dichiarativa, si rinvia a L. Algeri, *La prova neuroscientifica nel processo penale*, cit., 139 ss.; M. Jelovcich, *Le frontiere del giudizio di attendibilità dichiarativa: potenzialità e limiti delle neuroscienze in ambito penale*, Milano, 2020; I. Merzagora, A. Verde, C. Barbieri, A. Boiardi, *Come mente la mente: un nuovo strumento per valutare la memoria*, in *Cass. pen*., 2014, 1897; G. Sartori, S. Agosta, *Menzogna, cervello e* lie detection, in A. Bianchi, G. Gulotta, G. Sartori (a cura di), *Manuale di neuroscienze forensi*, cit., 168.

[44] Nella letteratura penalistica, si rinvia, senza alcuna pretesa di completezza, a F. Basile, G. Vallar, *Neuroscienze e diritto penale: le questioni sul tappeto*, in *Riv. trim. dir. pen. cont*., 4/2017, 270 ss.; O. Di Giovine, *La sanzione penale nella prospettiva delle neuroscienze*, in *Riv. it. dir. proc. pen*., 2013, 626 ss.; Ead., *Ripensare il diritto penale attraverso le (neuro-)scienze?,* Torino, 2019; U. Fornari, *Le neuroscienze forensi: una nuova forma di neopositivismo?*, in *Cass. pen*., 2012, 2719 ss.; C. Grandi, *Sui rapporti tra neuroscienze e diritto penale,* in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2014, 1249 ss.; B. Magro, *Neuroscienze e teorie "ottimiste" della pena. Alla ricerca del fondamento ontologico dei bisogni di pena*, in *Riv. trim. dir. pen. cont*., 2018, 172.

vocare, sul terreno processuale, una vera e propria «rivoluzione cognitiva»[45].

Non sono poche, né di scarso rilievo, a tale riguardo, le perplessità sollevate dalle metodologie neuroscientifiche volte a distinguere la risposta veritiera da quella menzognera[46], con particolare riferimento alla loro idoneità epistemologica e non lesività della libertà morale della persona[47].

Basti pensare all'impiego della risonanza magnetica funzionale (*Functional Magnetic Resonance Imaging*), in grado di decifrare la veridicità del racconto mediante lo studio del flusso sanguigno all'interno delle aree cerebrali attivate dalla menzogna o, ancora, al test di *Brain Fingerprinting*, la cui "diagnosi di verità"[48] si fonda sulla disamina di impronte cerebrali sintomatiche del soggetto esaminato. Si tratta, all'evidenza, di indagini preordinate ad ottenere dichiarazioni veridiche, indipendentemente da un apporto consapevole della fonte[49], e, pertanto, suscettibili di incidere sulla libertà di autodeterminazione del soggetto interessato e sulla capacità di

[45] Così, O.R. Goodenough, *Neuroscientific Development as a legal challenge,* in A. Santosuosso (a cura di), *Le neuroscienze e il diritto*, Pavia, 2009, 46 ss., il quale ritiene che, grazie allo sviluppo neuroscientifico e delle tecniche di esplorazione metabolico-funzionale del cervello, assistiamo, ad oggi, ad una "rivoluzione cognitiva".

[46] Si parla, a tal proposito, di "prove di verità", per intendere quei mezzi tecnici «potenzialmente idonei a verificare e/o promuovere la sincerità di chi renda dichiarazioni processualmente rilevanti», così, S. Maffei, *Ipnosi, poligrafo, narcoanalisi, risonanza magnetica: sincerità e verità nel processo penale*, in *Ind. pen*., 2006, 717. Sul tema, M. Bertolino, *Prove neuro-psicologiche di verità penale*, in G. Forti, G. Varraso, P.M. Caputo (a cura di), *«Verità» del precetto e della sanzione penale alla prova del processo*, Napoli, 2014, 111 ss.; G. Di Chiara, *Il canto delle sirene. Processo penale e modernità scientifico-tecnologica: prova dichiarativa e diagnostica della verità,* in *Criminalia*, 2007, 19 ss.; G. Garofalo, *Il giudizio di ammissione delle "prove di verità" nel processo penale*, in L. Lupária, L. Marafioti, G. Paolozzi (a cura di), *Dimensione tecnologica e prova penale*, cit., 139 ss.; A.U. Palma, *Le "prove di verità" e la libertà morale del dichiarante*, in *Arch. pen. web*, 2020, 49.

[47] Per tali prospettive, F.R. Dinacci, *Neuroscienze e processo penale: il ragionamento probatorio tra chimica valutativa e logica razionale*, in *Proc. pen. giust*., 2016, 3 ss.

[48] In questi termini, A.U. Palma, *Le "prove di verità" e la libertà morale del dichiarante*, cit., 49.

[49] Sottolinea questo aspetto, L. Capraro, *Primi casi "clinici" in tema di prova neuroscientifica*, in *Proc. pen. giust*., 2012, 101.

ricordare o di valutare i fatti[50], in contrasto con il divieto posto dall'art. 188 c.p.p.

Indicativa di tale incidenza sulla libertà di autodeterminazione appare, del resto, la stessa configurazione del dispositivo di risonanza magnetica: un apparecchio *scanner* all'interno del quale viene introdotto il soggetto dichiarante affinché l'esposizione del cranio ad un campo magnetico consenta di misurare la variazione dell'attività cerebrale indotta dalla dichiarazione falsa[51]. È indubbio, a tale proposito, che siffatto accertamento neurologico, sebbene non alteri in sé la capacità di ricordare e di valutare i fatti per cui si procede, può provocare uno stato di soggezione psicologica del soggetto esaminato, la cui libertà di autodeterminazione, pur non del tutto eliminata, finisce per essere gravemente compressa.

Il rischio, insomma, scaturente dall'impiego di tali strumenti è quello di trasformare l'individuo, con la sua componente cerebrale, da "fonte di prova dichiarativa" a "fonte di prova reale"[52], in grado di offrire al giudice una pericolosa, quanto irresistibile, "scorciatoia cognitiva" verso la verità, nella mai sopita tentazione di utilizzare il corpo dell'inquisito *ad eruendam veritatem*[53].

[50] Sull'incidenza dei metodi neuroscientifici di ricerca della verità sulla libertà morale della persona, v. L. Algeri, *La prova neuroscientifica nel processo penale*, cit., 151 ss.; L. Sammicheli, A. Forza, L. De Cataldo Neuburger, *Libertà morale e ricerca processuale della verità: metodiche neuroscientifiche*, in A. Bianchi, G. Gulotta, G. Sartori (a cura di), *Manuale di neuroscienze forensi*, cit., 244; G. Di Chiara, *Il canto delle sirene. Processo penale e modernità scientifico-tecnologica: prova dichiarativa e diagnostica della verità,* cit., 25. Più in generale sul tema, v. G. Vassalli, *I metodi di ricerca della verità e la loro incidenza sulla integrità della persona*, in *Riv. pen*., 1972, 408.

[51] Per tali rilievi, v., in particolare, G. Di Chiara, *Il canto delle sirene. Processo penale e modernità scientifico-tecnologica: prova dichiarativa e diagnostica della verità,* cit., 38.

[52] Manifesta perplessità sull'impiego di queste tecniche, nelle quali la persona degrada a mero oggetto di osservazione e di analisi», P. Ferrua, *Neuroscienze e processo penale*, in O. Di Giovine (a cura di), *Diritto penale e neuroetica. Atti del Convegno 21-22 maggio 2012. Università degli studi di Foggia*, Padova, 2013, 270; C. Conti, *La prova scientifica*, in P. Ferrua, E. Marzaduri, G. Spangher (a cura di), *La prova penale*, Torino, 2013, 101; G. Varraso, *Neuroscienze e consulenza "investigativa"*, in A. Scalfati (a cura di), *Le indagini atipiche*, cit., 364, e, nello stesso senso, T. Alesci, *Il corpo umano fonte di prova*, Milano, 2017, 186-187.

[53] Per approfondimenti sull'uso del corpo ai fini della ricerca della verità, v., per tutti, F. Cordero, *Procedura penale*, 8ª ed., Milano, 2006, 251, il quale impiega l'espres-

5. *Note conclusive*

Ebbene, le insidie sottese ai possibili spazi applicativi delle moderne tecnologie nelle dinamiche probatorie del processo penale inducono a muovere le riflessioni finali verso un'apertura all'innovazione tecnologica improntata ad estrema cautela e prudenza.

Giova ribadire, infatti, che, se per un verso, è impensabile, oltre che infruttuoso, perdere una preziosa occasione, offerta dai continui progressi della tecnologia e della scienza, per incrementare la qualità della giustizia penale, sotto il profilo della celerità e della efficienza; per altro verso, si rivela imprescindibile, però, tracciare il confine entro il quale l'impiego in sede processuale delle nuove conoscenze tecnico-scientifiche «contribuisca ad esaltare (e non certo a depotenziare) le garanzie dell'architettura costituzionale del processo penale»[54].

È una sfida importante, non scevra da inconvenienti e questioni controverse, ma che tuttavia occorre accettare fino in fondo, nella prospettiva di realizzare un sistema in grado di preservare l'equilibrio tra esigenze pubbliche di accertamento e tutela dei diritti individuali.

sione "*ad eruendam veritatem*" non solo per rievocare alcuni istituti processuali storici, ma altresì per richiamare i vari strumenti probatori attualmente in uso nel processo penale.

[54] Così, B. Galgani, *Istanze di deflazione, principio di immediatezza e… smaterializzazione del processo penale*, in G. De Francesco, A. Gargani, E. Marzaduri, D. Notaro (a cura di), *Istanze di deflazione tra coerenza dogmatica, funzionalità applicativa e principi di garanzia*, Torino, 2019, 211 ss.

Rosita Del Coco

La "smaterializzazione" del processo penale

SOMMARIO: 1. Forme e garanzie processuali alla prova della dimensione tecnologica. – 2. La "despazializzazione" del processo penale. – 3. Prova penale e tecnologia: promiscuità pericolose. – 4. (Dis)orientamenti giurisprudenziali in tema di *digital evidence* e prova documentale.

1. *Forme e garanzie processuali alla prova della dimensione tecnologica*

Si incorrerebbe in un grave errore di sottovalutazione se si confinasse la portata della evoluzione tecnologica del processo penale all'ovvia constatazione del ruolo crescente che il progresso svolge sulle dinamiche dell'accertamento del reato e delle condizioni di punibilità del suo autore[1].

Scienza, tecnologia[2] e processo vivono ormai da tempo in un rapporto di reciproca integrazione che ha consentito di avvicinare e fondere tra loro ambiti del sapere diversi quanto a metodi e finalità. Tutte le principali direttrici operative lungo le quali si esplica l'esperienza processuale risultano oramai attinte dalla rivoluzione tecnologica. Anche le forme e le modalità di svolgimento del processo, dal canto loro, sono destinate ad adattarsi plasticamente alle peculiarità delle innovazioni che, di volta in volta, trovano impiego all'interno del processo stesso.

[1] Sul tema, tra i tanti, U. PAGALLO, *Il diritto nell'età dell'informazione. Il riposizionamento tecnologico degli ordinamenti giuridici tra complessità sociale, lotta per il potere e tutela dei diritti*, Torino, 2014.

[2] Per una distinzione tra le diverse terminologie "tecniche", v. S. SIGNORATO, *Le indagini digitali. Profili strutturali di una metamorfosi investigativa*, Torino, 2018, 9 ss.

Lungi dal risolversi in una mera questione settoriale, dunque, la modernizzazione della giustizia finisce progressivamente per associarsi ad una risagomatura delle forme, con conseguente rivisitazione anche della liturgia processuale, dinanzi alla quale risulta necessario un ripensamento degli attributi qualificanti del rito.

Agevole intuire che connotati "classici" come la "fisicità" dell'esperienza processuale, con cui si allude alla necessaria presenza fisica dei soggetti del processo all'interno di una stessa realtà spazio-temporale, o la materialità della documentazione che scandisce la progressione della sequenza procedimentale verso l'emanazione del provvedimento finale, appaiano poco compatibili con la smaterializzazione propria della dimensione digitale[3]. Con la conseguenza che la trasformazione delle forme rischia di recare con sé un mutamento degli attributi valoriali del rito penale, dando vita, così, a nuove coordinate assiologiche delle quali occorre verificare il grado di compatibilità con i valori della giurisdizione ritenuti irrinunciabili, in quanto consentanei al modello di giusto processo delineato dal legislatore costituzionale e sovrannazionale.

Sennonché, proprio la impossibilità di replicare, nell'ambito della dimensione tecnologica, lo statuto valoriale della esperienza processuale "tradizionale", ha sinora ostacolato un approccio laico e non condizionato al tema della informatizzazione della giustizia. Di qui, il pregiudizio ed un atteggiamento di ostinato ostracismo nei confronti di ogni potenziale prospettiva evolutiva del rito penale lungo la direttrice tecnologica.

Anche la speculazione scientifica, che pure si è ampiamente dedicata ad aree tematiche come quella della prova digitale[4] o dell'Intelligenza Artificiale[5], collocate al crocevia tra il fenome-

[3] A tale riguardo v., ampiamente, B. Galgani, *Forme e garanzie nel prisma dell'innovazione tecnologica. Alla ricerca di un processo penale virtuoso*, Padova, 2022; Ead., *Il processo penale* paperless*: una realtà affascinante, ancora in divenire*, in L. Lupária, L. Marafioti, G. Paolozzi (a cura di), *Dimensione tecnologica e prova penale*, Torino, 2019, 245.

[4] V. *infra*, §§ 3 e 4.

[5] Sul tema v., senza alcuna pretesa di completezza, C. Castelli, D. Piana, *Giusto processo e Intelligenza Artificiale*, Santarcangelo di Romagna, 2019; B. Galgani, *Considerazioni sui "precedenti" dell'imputato e del giudice al cospetto dell'IA nel processo penale*, in *Sist. pen.*, 8 aprile 2020; Ead., *Giudizio penale,* habeas data *e garanzie fondamentali*, in *Arch. pen.*, 8 febbraio 2019; S. Quattrocolo, *Artificial Intelligence,*

no processuale e le scienze informatiche e telematiche, ha sinora mostrato una certa resistenza nei riguardi della informatica giudiziaria. Solo di recente un pregevole contributo monografico ha avuto il merito di cimentarsi nell'approfondimento del processo penale telematico, nel tentativo di comprendere limiti e, soprattutto, prospettive evolutive del singolare prodotto dell'ibridazione[6].

Non è, del resto, casuale che lo "sdoganamento" della giustizia penale digitale sia coinciso temporalmente con il dilagare della crisi pandemica[7], nonostante la genesi del processo di razionalizzazione tecnologica della giustizia si collochi in un tempo ben più risalente.

Certo, non si può negare che la riconfigurazione in senso digitale delle attività processuali abbia trovato la decisiva spinta propulsiva nella gestione della emergenza pandemica, dal momento che proprio l'immaterialità della dimensione tecnologica ha reso possibile la continuità della giurisdizione, assurgendo il collegamento digitale a strumento privilegiato, se non esclusivo, per bypassare le limitazioni connesse al distanziamento sociale. Tuttavia, non può essere sottovalutato che a livello europeo già da tempo, ed in più occasioni, era stata sollecitata l'adozione di politiche volte ad una riqualificazione tecnologica dello strumentario processualpenalistico, con l'obiettivo di favorire il processo di integrazione tra gli Stati in materia di giustizia[8].

Computational Modelling and Criminal Proceedings. A Framework for A European Legal Discussion, Springer, Cham, 2020.

[6] Il riferimento è a B. GALGANI, *Forme e garanzie nel prisma dell'innovazione tecnologica*, cit.

[7] Cfr. E. ALBAMONTE, *Basta dietrologie e congetture: la giustizia ai tempi del Covid non è la tomba delle garanzie*, in *Il Dubbio*, 9 aprile 2020; ID. *La Procura della Repubblica ai tempi del Covid-19*, in *Il Penalista*, 24 aprile 2020; E. AMODIO, E.M. CATALANO, *La resa della giustizia penale di fronte alla bufera del contagio*, in *Sist. pen.*, 5/2020, 267; J. FERRACUTI, *L'emergenza Covid-19 e l'udienza pubblica "da remoto". Profili di costituzionalità*, in *Nomos*, 3/2021, 1; L. MARAFIOTI, *Il processo penale di fronte all'emergenza pandemica*, in *disCrimen*, 26 aprile 2021.

[8] Per una ricostruzione completa delle tappe del processo di transizione verso una giustizia elettronica nell'ambito del contesto paneuropeo, cfr. B. GALGANI, *Forme e garanzie nel prisma dell'innovazione tecnologica*, cit., 5 ss., cui si rinvia per gli ampi riferimenti bibliografici.

Agevole comprendere, infatti, che nella prospettiva appena evidenziata, la gestione informatizzata di dati[9] ed informazioni[10] rappresenti condizione primaria per la lotta alla criminalità transnazionale[11] e che la creazione di uno "spazio europeo di giustizia elettronica", in grado di fare "dialogare" tra loro i sistemi di giustizia degli Stati membri, costituisca presupposto indefettibile per favorire, nell'eterogeneo coacervo di regole nazionali, la reciproca fiducia su cui si basa il reciproco riconoscimento.

Così, già nei primi anni Ottanta del secolo scorso, le principali istituzioni europee avevano "puntato" sull'utilizzo di strumenti tecnologici in ambito processuale per implementare il processo di armonizzazione. Successivamente, soprattutto nel corso dell'ultimo ventennio, il ricorso all'*e-justice*[12] è progressivamente divenuto uno degli assi principali su cui si è inteso intraprendere il rinnovamento, in senso eurounitario, del sistema giustizia, nella maturata consapevolezza del fatto che «l'"Europa del diritto e dei diritti" non può fare a meno della tecnologia», poiché anche attraverso «una revisione complessiva delle strutture ordinamentali e delle procedure giudiziali compatibile con un ambiente di-

[9] G. Di Paolo, *Verso una nuova architettura di gestione dei dati contenuti nei sistemi di informazione dell'Unione*, in *Cass. pen.*, 2019, 3380; C. Fanuele, *Lo scambio di informazioni a livello europeo*, in L. Filippi, P. Gualtieri, P. Moscarini, A. Scalfati (a cura di), *La circolazione investigativa nello spazio giudiziario europeo: strumenti, soggetti, risultati*, Padova, 2019, 19.

[10] Cfr., B. Galgani, *Forme e garanzie nel prisma dell'innovazione tecnologica*, cit., 1, nota 2, la quale precisa che «si dovrebbe parlare di *Information Technology* (IT) quando ci si riferisce al mero utilizzo di sistemi digitali allo scopo di memorizzare, modificare e recuperare dati e, invece, di ICT quando le richiamate tecnologie vengono impiegate nello spazio delle telecomunicazioni».

[11] Cfr. D. Cimadomo, *Il casellario giudiziario*, in L. Kalb (a cura di), *«Spazio europeo di giustizia» e procedimento penale italiano*, Torino, 2012, 832; M. Colamussi, *Correttivi sul sistema europeo di informazione e i casellari giudiziari (ECRIS)*, in *Proc. pen. giust.*, 4 marzo 2022; G. Di Paolo, *La circolazione dei dati personali nello spazio giudiziario europeo dopo Prüm*, in *Cass. pen.*, 2010, 1969; F. Peroni, M. Gialuz (a cura di), *Cooperazione informativa e giustizia penale nell'Unione europea*, Trieste, 2009.

[12] Termine con il quale si allude a quel settore dell'*e-government* volto ad amministrare ed erogare il servizio "giustizia" avvalendosi di tecnologie informatiche: v. B. Galgani, *Forme e garanzie nel prisma dell'innovazione tecnologica*, cit., 5.

gitale evoluto […] si può ambire alla realizzazione di un processo finalmente *fair*»[13].

2. *La "despazializzazione" del processo penale*

L'attenzione e la pressione manifestate a livello europeo verso la giustizia digitale, riflesso delle ambizioni di armonizzazione tra gli ordinamenti degli Stati membri, non hanno trovato un equipollente sul versante dell'ordinamento interno.

Gli interventi normativi che si sono succeduti nel settore della giustizia penale digitale sono stati, per lo più, governati da logiche casistiche ed emergenziali, idonee a legittimare una lettura "al ribasso" dei diritti e delle garanzie.

Solo la crisi pandemica ha rappresentato un importante punto di svolta nella cultura della giustizia digitale: il momento storico che ha contrassegnato e reso irreversibile l'irruzione della tecnologia anche nel sistema processuale ha disvelato che la gestione informatizzata di attività e segmenti procedimentali rappresenta lo strumento più performante in termini di razionalità del sistema di risorse[14].

Nonostante la difficoltà di approdare ad un assetto definitivo della materia, immune da smottamenti sistematici interni dovuti anche alla accelerazione del progresso tecnologico, sembrano ormai tracciate le linee direttrici lungo le quali intraprendere i percorsi di digitalizzazione[15] e di gestione informatica dei procedimenti giudiziari.

[13] In questi termini, ancora, B. GALGANI, *Forme e garanzie nel prisma dell'innovazione tecnologica*, cit., 16.

[14] Sul tema, A. GARAPON, *La despazializzazione della giustizia*, Milano, 2021.

[15] Con l'espressione "processo di digitalizzazione" si intende la trasformazione di informazioni dal formante analogico ad unità digitali (bit). Cfr. G. AMATO, *Digitalizzazione, il problema resta la corrispondenza tra dire e fare*, in *Guida dir.*, 45/2020, 72; B. GALGANI, *Digitalizzazione e processo penale: riflessioni sul dover essere di una nuova "cartografia",* in *disCrimen*, 6 giugno 2021; M. GIALUZ, *La digitalizzazione del processo*, in M. GIALUZ, J. DELLA TORRE, *Giustizia per nessuno. L'inefficienza del sistema penale italiano tra crisi cronica e riforma Cartabia*, Torino, 2022, 293.

A tal fine non è certo pensabile una trasposizione meccanica, in formato digitale, di attività anche processualmente rilevanti[16], che recherebbe con sé una deformazione degli *essentialia* della giurisdizione, cui farebbe seguito l'inevitabile depauperamento di diritti e garanzie.

La costruzione di un modello di processo telematico assiologicamente orientato, in grado di assicurare progresso tecnologico e tutela dei diritti[17] trova, invece, il punto di riferimento essenziale nella necessità di valorizzare una virtuosa prospettiva multifattoriale e multidimensionale della *e-justice*, capace di coniugare, in una architettura condivisa, una complessa trama di fattori che, muovendo dal riconoscimento dei diritti e delle garanzie, sappiano valorizzare i necessari profili tecnologici, coinvolgano gli aspetti organizzativi ed istituzionali per approdare, infine, all'impianto del sistema processuale.

Sostanzialmente in linea con tali indicazioni si collocano i contenuti della legge del 27 settembre 2021, n. 134[18], in cui il rapporto tra tecnica e diritto processuale penale è stato affrontato per la prima volta con una visione ampia, che non trascura l'incidenza anche di profili extraprocessuali[19], nella raggiunta consapevolezza della dimensione complessa della materia[20].

[16] F. Delvecchio, *L'informatizzazione della giustizia penale*, in *Dir. pen. cont. – Riv. trim.*, 2/2021, 20; Id., *Prospettive e tempi della digitalizzazione del processo*, in *Proc. pen. giust.*, 2022, 8.

[17] Cfr. G. Di Chiara, *«Come s'uno schermo». Partecipazione a distanza, efficienza, garanzie,* upgrade *tecnologici*, in *Riv. dir. proc.*, 2018, 1479.

[18] Per un commento, a titolo meramente esemplificativo, v. E. N. La Rocca, *Il modello di riforma Cartabia: ragioni e prospettive della Delega n. 134 del 2021*, in *Arch. pen.*, 1° dicembre 2021; A. Marandola (a cura di), *"Riforma Cartabia" e rito penale. La Legge Delega tra impegni istituzionali e scelte valoriali*, Milano, 2022.

[19] Testimonia il cambio di approccio nell'opera di rinnovamento del processo segnato dall'attenzione, finora carente, nei confronti del profilo organizzativo, G. Canzio, *Le linee del modello "Cartabia". Una prima lettura*, in *Sist. pen.*, 25 agosto 2021. In questa specifica direttrice organizzativa si colloca l'istituzione dell'ufficio per il processo, su cui v. M. G. Civinini, *Il "nuovo ufficio per il processo" tra riforma della giustizia e PNRR. Che sia la volta buona!*, in *Quest. giust. – Riv. trim.*, 3/2021, 173; V. Fanchiotti, *Il PNRR e l'ufficio del processo nella giustizia penale*, in *Dir. pen. proc.*, 2022, 276.

[20] Cfr. G. Di Paolo, *"Riforma Cartabia" e digitalizzazione del processo penale. Verso una non più rinviabile opera di ammodernamento della giustizia penale,* in *Riv. it. dir.*

Molteplici e diversificati sono gli aspetti presi in considerazione dal progetto riformatore. Si spazia dalla informatizzazione delle procedure, degli atti, delle notificazioni, delle modalità di documentazione fino ad interessarsi della *remote justice* o *virtual justice*. Locuzioni, queste ultime, con cui si allude alle modalità di svolgimento di talune attività processuali con soggetti che partecipano da luoghi fisici diversi, grazie a sistemi di videoconferenza o attraverso l'impiego di piattaforme informatiche.

Impossibile, in questa sede, una riflessione approfondita sulle difficili questioni coinvolte. In attesa della approvazione della normativa delegata, a cui spetta il compito di operare la riconversione in concreto di categorie e modelli in formato tecnologico è, tuttavia, possibile qualche breve considerazione sul terreno dei valori a tal fine sacrificabili e dei valori irrinunciabili, prendendo spunto da alcune interessanti indicazioni fornite di recente dal Giudice delle Leggi.

Iniziando la riflessione proprio dal tema forse più controverso, quale quello della partecipazione a distanza, importanti indicazioni provengono da una recente sentenza con cui la Corte costituzionale ha inteso convalidare tale variante procedimentale, precisando che la possibilità di adottare una pluralità di modelli di disciplina rientra nella esclusiva discrezionalità del legislatore, le cui scelte al riguardo appaiono, pertanto, censurabili solo nel caso in cui «la differenza di trattamento risulti priva di ogni plausibile ragione giustificativa»[21].

Una posizione che ripercorre itinerari argomentativi già sviluppati in precedenti pronunce[22] e che appare perfettamente in linea con il canone di adeguatezza delle forme, per cui l'offerta di soluzioni procedimentali semplificate[23], «lungi dal rispondere ad

proc. pen., 2022, 87; P. TONINI, *Le nuove tecnologie e la riforma Cartabia*, in *Dir. pen. proc.*, 2022, 293.

[21] Cfr. sent. n. 74 del 2022, punto 5.1 del *Considerato in diritto*. Per un commento, cfr. A. M. CAPITTA, *Richiesta di riabilitazione e valutazione sull'esito dell'affidamento in prova*, in *Arch. pen.*, 1/2022.

[22] Il riferimento è, in particolare, a sent. n. 317 del 2009.

[23] Sottolinea il necessario pluralismo delle forme procedimentali, M. CHIAVARIO, *Processo e garanzie della persona*, vol. II, *Le garanzie fondamentali*, Milano, 1984.

una logica di "efficientismo giudiziario che privilegia in chiave statica la quantità a scapito della qualità delle decisioni giudiziarie"», rappresenta, piuttosto, l'attuazione del principio di ragionevole durata del processo che costituisce, a sua volta «connotato identitario della giustizia del processo »[24].

Altrettanto incoraggiante è un'altra recente pronuncia[25] in materia di notificazioni, con cui i giudici della Consulta sono stati, in particolare, chiamati a pronunciarsi sulla legittimità costituzionale dell'art. 153 c.p.p., per supposto contrasto con gli artt. 3, 24, comma 2 e 111 Cost., laddove la disposizione *de qua* non consente alle parti di fare ricorso alla pec per la trasmissione degli atti al pubblico ministero il quale, dal canto suo, può avvalersi della stessa modalità nei confronti del difensore, secondo quanto previsto dagli artt. 157, comma 8-*bis* e 148, comma 2, c.p.p.

Sebbene la Corte abbia ritenuto di dover salvare la norma censurata per valutazioni di ordine meramente pratico, nella sentenza non si è mancato di mettere in risalto la sussistenza di un *vulnus*, evidente ed irragionevole, arrecato al principio di parità e destinato ad affiancarsi alla riscontrata violazione del diritto di difesa insita nel divieto di utilizzare lo strumento telematico. Nella prospettiva privilegiata dalla pronuncia, infatti, si rileva che la notifica di un atto via pec «dal proprio studio professionale comporta evidentemente un significativo risparmio di tempi e di costi non solo rispetto all'ordinario procedimento tramite ufficiale giudiziario, ma anche rispetto alla pur semplificata modalità prevista dall'art. 153 c.p.p., rappresentata dal deposito di copia dell'atto nella segreteria del pubblico ministero, dal momento che tale attività presuppone pur sempre l'accesso ad un ufficio che potrebbe trovarsi anche a grande distanza dallo studio del difensore»[26]. Non basta.

[24] Così, sent. n. 74 del 2022, punto 5.1 del *Considerato in diritto*.

[25] Cfr. sent. n. 96 del 2022. Per un commento, v. F. Lombardi, *La Corte costituzionale sui poteri del difensore di notificare via pec al pubblico ministero*, in *Giur. pen.*, 4/2022; L. Giordano, *Lede il diritto di difesa non consentire a parti o difensori di eseguire le notificazioni a p.m. mediante pec*, in *ilProcessoTelematico*, 27 aprile 2022.

[26] Cfr. Considerato in diritto § 5.2.

Nella motivazione i giudici costituzionali precisano che ogni intervento riformatore in materia dovrà garantire il «corretto funzionamento dei servizi di ricezione delle notificazioni telematiche da parte degli uffici giudiziari»; la puntuale indicazione delle «caratteristiche tecniche degli atti da notificare»; le modalità «di attestazione della loro spedizione e ricevimento», e dovrà altresì farsi carico della transizione «dalle notifiche tradizionali a quelle telematiche», oltre alla «formazione del personale degli uffici giudiziari»[27].

Insomma, una sorta di *vademecum* che, nel solco dei criteri direttivi contenuti nella delega, guadagna alla riqualificazione informatica di attività processuali un ruolo di primo piano nella realizzazione in concreto di un processo giusto.

A tal fine, l'impegno del legislatore dovrà estendersi anche ad una seria rimeditazione del contenuto degli atti processuali: la scala dei valori coinvolti differisce, infatti, profondamente in rapporto alla forma analogica o digitale degli stessi, non potendo quest'ultima prescindere da adeguate garanzie di autenticità, integrità, reperibilità alla cui violazione dovrà fare riscontro la diversificazione dell'apparato sanzionatorio[28].

Tali indicazioni provenienti dalla giurisprudenza costituzionale contribuiscono senza dubbio a collocare la versione informatizzata del processo penale in una prospettiva evolutiva virtuosa, in cui l'efficienza riesce a coniugarsi con le garanzie realmente qualificanti la giurisdizione, emancipandosi da valori storicamente superati, i quali rischiano di essere ridotti a mero simulacro.

Solo entro queste coordinate valoriali si può attenuare quel malessere ideologico che ciascuno di noi avverte dinanzi alla prospettiva di una despazializzazione della giustizia penale. Del resto, non bisogna mai dimenticare che «l'intelligenza tecnologica è strumento»; «l'intelligenza delle nostre regole è la architettura»[29].

[27] Cfr. Considerato in diritto § 5.3.

[28] V., a tale riguardo, B. GALGANI, *Forme e garanzie nel prisma dell'innovazione tecnologica,* cit., 321 ss.

[29] In questi termini, D. PIANA, *Il difficile bilanciamento tra diritti e libertà. L'intelligenza delle regole batte la tecnologia*, in *Il dubbio*, 21 maggio 2020.

3. *Prova penale e tecnologia: promiscuità pericolose*

Se i rilievi sinora svolti hanno evidenziato che il sistema processuale sembra avere definitivamente intrapreso la via verso un progressivo smarrimento del connotato della "fisicità" dell'esperienza processuale, un'analoga "smaterializzazione", frutto dell'evoluzione tecnologica, si è registrata sul terreno del diritto delle prove, con effetti altrettanto dirompenti. Invero, l'irruzione della tecnologia nelle dinamiche dell'accertamento penale ha provocato un'alterazione dell'intera sistematica del modello processuale, tradizionalmente fondato sul primato della prova dichiarativa[30].

In questo cono d'ombra, non può trascurarsi il pericolo che nel bilanciamento tra esigenze di garanzie della difesa ed esigenze di accertamento le prime vengano completamente obliterate[31]. In ambito probatorio, difatti, l'irruzione della tecnologia rischia di alterare e stravolgere l'intera sistematica del modello: contraddittorio, oralità, immediatezza, da sempre eletti a principi basilari che devono presiedere alla formazione della prova, si apprestano, insomma, a diventare concetti dal «fascino *vintage*»[32].

Certo, il legislatore del 1988 non ignorava affatto l'importanza della tecnologia a fini processuali e, per questo motivo, non aveva optato per un sistema di prove solo tipiche, prevedendo, per converso, l'ammissione di prove ed indagini atipiche[33]. Al riguardo, viene in rilievo l'art. 189 c.p.p. che, come noto, consente al giudice

[30] Cfr. O. Mazza, *La verità giudiziale nel sistema delle prove tecnologiche*, in Id., *Tradimenti di un codice. La Procedura penale a trent'anni dalla grande riforma*, Torino, 2020, 3 ss.

[31] V., sul punto, F. Centorame, *Le indagini tecnologiche ad alto potenziale intrusivo fra esigenze di accertamento e sacrale inviolabilità dei diritti della persona*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2021, 499 ss.

[32] Così F. Caprioli, *Tecnologia e prova penale: nuovi diritti e nuove garanzie*, in L. Lupária, L. Marafioti, G. Paolozzi (a cura di), *Dimensione tecnologica e prova penale*, Torino, 2019, 45.

[33] Secondo la giurisprudenza, l'art. 189 c.p.p. trova applicazione anche con riferimento alle attività investigative compiute nel corso delle indagini preliminari. *Ex multis*, cfr. Corte cass., V sez. penale, sent. n. 43491 del 2001, in *CED Cass.*, rv. 220261, nonché, più di recente, Corte cass., II sez. penale, sent. n. 41332 del 2015, *ivi*, rv. 264889 e Corte cass., II sez. penale, sent. n. 22972 del 2018, *ivi*, rv. 273000.

il potere di assumere prove non disciplinate dalla legge quando queste siano idonee ad assicurare l'accertamento dei fatti definiti dall'art. 187 c.p.p. e non pregiudichino la libertà morale della persona.

La Relazione al progetto preliminare al codice di rito rende manifesta l'intenzione dei compilatori di evitare eccessive restrizioni a fini dell'accertamento della verità, tenuto conto del continuo sviluppo tecnologico che estende le frontiere dell'investigazione, senza mettere in pericolo le garanzie difensive[34]. Il problema nasce, però, quando la prova atipica viene incorporata all'interno di un mezzo probatorio tipico, di cui non riesce, evidentemente, a replicare le caratteristiche.

Intuibili, difatti, le difficoltà di conciliare categorie della tradizione con l'approccio evolutivo che i nuovi strumenti digitali rivendicano, adattando figure probatorie nuove ad una cornice normativa che sottende fenomeni spesso ontologicamente diversi. Cionondimeno, la Corte di cassazione, in una nota sentenza che poneva fine al processo di Cogne, ha avuto modo di precisare che gran parte delle nuove tecniche di accertamento dei fatti offerte dallo sviluppo tecnologico non sono prove atipiche, bensì modalità di espletamento di prove tipiche[35].

Secondo la prospettiva evidenziata, dunque, dinanzi a nuovi strumenti tecnologici a venire in rilievo non è tanto l'art. 189 c.p.p., quanto, piuttosto, la regolamentazione del mezzo di prova che maggiormente agli stessi si avvicina.

Ma è evidente che l'adeguamento forzato finisce per scontare necessariamente un *deficit* di determinatezza idoneo a pregiudicare diritti inviolabili della persona, mettendo altresì in forte pericolo l'attendibilità dei risultati conseguibili. In altre parole, l'a-

[34] Cfr. la *Relazione al progetto preliminare del codice di procedura penale*, citata in G. CONSO, V. GREVI, G. NEPPI MODONA, *Il nuovo codice di procedura penale. Dalla legge delega ai decreti delegati. Vol. IV – Il progetto preliminare del 1988*, Padova, 1990, 553.

[35] Corte cass., I sez. penale, sent. n. 31456 del 2008, in *Guida dir.*, 33/2008, 97 ss., con nota di S. BELTRANI, *Imputabilità della Franzoni desunta anche da filmati Tv*; in *Giust. pen.*, 2009, 459 ss., con nota di N. VENTURA, *Prove penali e leggi scientifiche*; in *Cass. pen.*, 2009, 1840 ss., con nota di F. CAPRIOLI, Scientific evidence *e logiche del probabile nel processo per il delitto di Cogne*.

deguamento forzato di un atto probatorio o investigativo atipico nell'abito confezionato su misura per un mezzo di prova tipico, o addirittura il compimento di un atto investigativo del tutto ignoto alla disciplina normativa, non valgono a rendere legittima ogni manovra dell'inquirente solo perché manca uno specifico divieto in tal senso.

Emblematica, al riguardo, una nota sentenza della Corte costituzionale del 1996[36], nella quale, in buona sostanza, i giudici hanno avuto modo di statuire che allorquando uno strumento tecnologico incide, menomandolo, su un diritto inviolabile, l'ammissione dello stesso esige una base legale ed un provvedimento del giudice, pena, altrimenti, la inammissibilità del relativo mezzo di prova. Allo stesso modo, l'art. 8 della Convenzione europea dei diritti dell'uomo richiede un'adeguata base legale per ogni invasione dell'autorità pubblica non solo nella intimità della corrispondenza e del domicilio, ma, più in generale, nella vita privata dell'individuo. Il che, alla resa dei conti, certifica la imbarazzante arretratezza della tutela offerta alle garanzie fondamentali dalla normativa "nostrana".

Emblematica conferma della fondatezza dell'assunto si ricava dalla vicenda che ha interessato la disciplina dei tabulati di traffico telefonico e telematico[37].

[36] Cfr. sent. n. 238 del 1996.

[37] Per una ricostruzione dell'istituto, in dottrina, cfr. A. Camon, *L'acquisizione dei dati sul traffico delle comunicazioni*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2005, 594 ss.; L. Capraro, *Il procacciamento di dati "esteriori" alle comunicazioni*, in A. Scalfati (a cura di), *Le indagini atipiche*, II ed., Torino, 2019, 129 ss.; E. Colombo, Data retention *e Corte di giustizia: riflessioni a prima lettura sulla declaratoria di invalidità della Direttiva 2006/24/CE*, in *Cass. pen.*, 2014, 2705 ss.; F. De Leo, *La conservazione dei dati di traffico telefonico e telematico nella prospettiva europea*, in *Dir. pen. proc.*, 2002, 1015 ss.; R. Flor, *Dalla* data retention *al diritto all'oblio. Dalle paure orwelliane alla recente giurisprudenza della Corte di giustizia. Quali effetti per il sistema di giustizia penale e quali prospettive* de jure condendo*?*, in *Dir. inf.*, 2014, 775 ss.; F. Iovene, Data retention *tra passato e futuro. Ma quale presente?*, in *Cass. pen*., 2014, 4274 ss.; L. Lupária, Data retention *e processo penale. Un'occasione mancata per prendere i diritti davvero sul serio*, in *Dir. Internet*, 2019, 761 ss.; S. Marcolini, *L'istituto della* data retention *dopo la sentenza della Corte di giustizia del 2014*, in A. Cadoppi, S. Canestrari, A. Manna, M. Papa (diretto da), Cybercrime. *Diritto e procedura penale dell'informatica*, Torino, 2019, 1579 ss.; M. Riccardi, *Dati esteriori delle comunicazioni e tabulati di traffico – il bilanciamento tra*

Per anni, in materia di *data retention* – espressione con cui si allude alla conservazione, finalizzata all'accertamento dei reati, dei dati esterni delle comunicazioni – il nostro ordinamento si è caratterizzato per un atteggiamento di resistenza nei confronti delle sensibilità manifestate, invece, a livello sovranazionale[38]. Tale atteggiamento è stato tollerato fino a quando, con la nota sentenza del 2 marzo 2021 della Grande Sezione della Corte di giustizia dell'Unione Europea[39], i giudici di Lussemburgo, nel rispondere

privacy *e repressione del fenomeno criminale nel dialogo tra giurisprudenza e legislatore*, in *Dir. pen. cont. – Riv. trim.*, 3/2016, 156 ss.; F. RUGGERI, Data retention *e giudice di merito penale. Una discutibile pronuncia*, in *Cass. pen.*, 2017, 2483 ss.; S. SIGNORATO, *Novità in tema di* data retention*. La riformulazione dell'art. 132 Codice privacy da parte del D. Lgs. 10 agosto 2018, n. 101*, in *Dir. pen. cont. – Riv. trim.*, 11/2018, 153 ss.; L. TRUCCO, Data retention*: la Corte di giustizia si appella alla Carta UE dei diritti fondamentali*, in *Giur. it.*, 2014, 1850 ss. In chiave monografica, E. ANDOLINA, *L'acquisizione nel processo penale dei dati "esteriori" delle comunicazioni telefoniche e telematiche*, Milano, 2018, nonché, da ultimo, G. FORMICI, *La disciplina della* data retention *tra esigenze securitarie e tutela dei diritti fondamentali*, Torino, 2021.

[38] V., *ex multis*, Corte cass., II sez. penale, sent. n. 33116 del 2021, in *Arch. pen.*, 3/2021, con nota di G. GAETA, *Consensi e dissensi sulla indipendenza del p.m. (a proposito del potere di acquisire i tabulati telefonici)*, nonché Corte cass., III sez. penale, sent. n. 36380 del 2020, in *Sist. pen.*, 13 maggio 2020, con nota di I. NERONI REZENDE, *Dati esterni alle comunicazioni e processo penale: questioni ancora aperte in tema di* data retention.

[39] Corte di Giustizia dell'Unione Europea, Grande Sezione, 2 marzo 2021, C-746/18, H.K. c. Estonia, in *https://curia.europa.eu*. Per alcuni commenti alla pronuncia, cfr. E. ANDOLINA, *Ancora una pronuncia della Grande Camera della Corte di Giustizia UE in tema di condizioni di accesso ai* traffic data, in *Proc. pen. giust.*, 2021, 1195 ss.; M. ARANCI, *L'acquisizione dei dati esteriori delle comunicazioni nel processo penale italiano dopo la sentenza H.K.: alcuni spunti di riflessione sulle prime applicazioni giurisprudenziali*, in *lalegislazionepenale.eu*, 19 luglio 2021; G. CASCONE, *La Corte di Giustizia dell'Unione Europea definisce le condizioni per la legittimità delle normative nazionali in materia di acquisizione dei tabulati. Le ripercussioni sull'ordinamento italiano della sentenza del 2 marzo 2021 (C-746/18) nel caso H.K.*, in *Cass. pen.*, 2022, 419 ss.; A. CISTERNA, Data retention*: dalla Corte di giustizia una rivoluzione in "punta di piedi"*, in *Guida dir.*, 11/2021, 15 ss.; P. DI STEFANO, *La Corte di Giustizia interviene sull'accesso ai dati di traffico telefonico e telematico e ai dati di ubicazione ai fini di prova nel processo penale: solo un obbligo per il legislatore o una nuova regola procedurale?*, in *Cass. pen.*, 2021, 2563 ss.; L. FILIPPI, *La disciplina italiana dei tabulati telefonici e telematici contrasta con il diritto U.E.*, in *https://dirittodidifesa.eu*, 20 marzo 2021; C. GRECO, *Quest'acquisizione non s'ha da fare: ennesimo 'no' della Corte di Giustizia alla* data retention *indiscriminata in campo penale*, in *Dir. inf.*, 2021, 235 ss.; A. MALACARNE, *"Gravità" dell'ingerenza e "terzietà" dell'organo titolare del potere autorizzatorio: vecchi e*

ad un rinvio pregiudiziale, hanno affermato che l'art. 15 della direttiva 2002/58/UE esige, per un verso, che l'acquisizione dei dati esterni delle conversazioni sia ammessa solo in relazione a procedure aventi come obiettivo la lotta contro forme gravi di criminalità organizzata o la prevenzione di gravi minacce alla sicurezza pubblica e, per altro verso, che il potere di acquisizione dei tabulati deve essere riconosciuto ad un soggetto terzo e, dunque, non al rappresentante della pubblica accusa[40].

Dinanzi alle evidenti lacune della disciplina interna rispetto allo *standard* di tutela imposto dal diritto dell'Unione, il legislatore si è fatto attendere solo pochi mesi, riscrivendo la disciplina dei presupposti per l'acquisizione dei tabulati di traffico telefonico e telematico. Quest'ultima è ora consentita solo per reati in relazione ai quali la legge stabilisce la pena dell'ergastolo o della reclusione non inferiore nel minimo a tre anni e per i reati di minaccia e di molestie o disturbo alle persone per mezzo del telefono, quando la minaccia, la molestia e il disturbo sono gravi. Sotto il profilo operativo, è previsto che i dati sono acquisiti previa autorizzazione del giudice con decreto motivato, su richiesta del pubblico ministero o su istanza del difensore dell'imputato, dell'indagato, della persona offesa o delle altre parti private (art. 132, comma 3 del decreto legislativo 30 giugno 2003, n. 196)[41].

nuovi princìpi in materia di data retention, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2021, 1164 ss.; ID., *Corte di Giustizia e* data retention*: ultimo atto?*, in *Cass. pen.*, 2021, 4105 ss.

[40] Sul *cultural lag* italiano circa la presunta "imparzialità" del pubblico ministero, sia consentito rinviare a R. DEL COCO, *La maschera e il volto della consulenza tecnica d'accusa*, in *Proc. pen. giust.*, 2021, 668 ss.

[41] Per una ricostruzione della nuova normativa, v. F. DEMARTIS, *La nuova disciplina sui tabulati: un completo adeguamento agli* standard *europei?*, in *Dir. pen. proc.*, 2022, 299 ss.; F.R. DINACCI, *L'acquisizione dei tabulati telefonici tra anamnesi, diagnosi e terapia: luci europee e ombre legislative*, in *Proc. pen. gius.*, 2022, 301 ss.; M. GIANGRECO, Data retention, *acquisizione e utilizzabilità dei tabulati telefonici e telematici: una riflessione incrociata*, in *Cass. pen.*, 2022, 1672 ss.; A. MALACARNE, *La decretazione d'urgenza del Governo in materia di tabulati telefonici: breve commento a prima lettura del d.l. 30 settembre 2021, n. 132*, in *Sist. pen.*, 8 ottobre 2021; O. MURRU, *Dubbi di legittimità costituzionale e problemi di inquadramento sistematico della nuova disciplina dei tabulati*, in *Cass. pen.*, 2022, 2440; C. PARODI, *Sottratto al p.m. il potere di richiedere autonomamente i tabulati*, in *ilpenalista*, 1° ottobre 2021; F. RINALDINI, *La nuova disciplina del regime di acquisizione dei tabulati telefonici e telematici: scenari e prospettive*, in *Giur.*

La legge 23 novembre 2021 n. 178 di conversione del decreto-legge 30 settembre 2021, n. 132 ha, inoltre, previsto una disciplina transitoria per l'utilizzabilità dei tabulati acquisiti in data precedente alla nuova normativa[42]. È, infatti, stabilito che tali dati possano essere utilizzati unicamente per l'accertamento dei medesimi reati rispetto ai quali è attualmente consentita l'acquisizione su autorizzazione del giudice ed è, inoltre, precisato che gli stessi possano essere valutati a carico dell'imputato solo unitamente ad altri elementi di prova[43].

Sul punto, occorre ricordare che, di recente, la giurisprudenza sovranazionale è tornata sulle implicazioni negative di una generalizzata conservazione dei dati di traffico[44]. Segnatamente, i giudici europei hanno ribadito che il diritto eurounitario osta a misure legislative che prevedano, a titolo preventivo, per finalità di lotta alla criminalità grave e di prevenzione delle minacce gravi alla sicurezza pubblica, la conservazione generalizzata e indifferenziata dei dati relativi al traffico e dei dati relativi all'ubicazione. Inoltre, l'attività di acquisizione dei dati non può essere affidata a soggetti privi dei caratteri di terzietà e imparzialità.

Infine, i giudici europei hanno affermato che il diritto dell'Unione deve essere interpretato nel senso che «esso osta a che un giudice nazionale limiti nel tempo gli effetti di una declaratoria

pen., 27 ottobre 2022; L. TAVASSI, *Acquisizione di tabulati, tutela della privacy e rispetto del principio di proporzionalità*, in *Arch. pen.*, 20 gennaio 2022.

[42] Anteriormente alla predisposizione di una disciplina transitoria, la Corte di cassazione aveva affermato che la disciplina introdotta dall'art. 1 del D.l. 30 settembre 2021, n. 132, convertito in l. 23 novembre 2021, n. 178 non era applicabile ai dati già acquisiti nei procedimenti pendenti alla data di entrata in vigore del decreto, trattandosi di disciplina di natura processuale. In questi termini Corte cass., V sez. penale, sent. n. 1054 del 2021, in *Guida dir.*, 5/2022, 90 ss., con nota di A. CISTERNA, *La riforma sulle intercettazioni non si applica ai giudizi in corso*, nonché in *Sist. pen*., 22 febbraio 2022, con nota di A. CIPRANDI, *La Cassazione si pronuncia sull'utilizzabilità nei processi pendenti delle "acquisizioni telefoniche e telematiche" precedenti all'entrata in vigore dell'art. 1 del D.l. 132/2021.*

[43] Per una prima applicazione della regola in discorso, cfr. Corte cass., V sez. penale, sent. n. 8968 del 2022, in *Giur. it.*, 2022, 1232 ss., con nota di F. DEMARTIS, *Tabulati: nessuna condanna senza riscontri o fuori dai casi previsti dalla legge*.

[44] Corte di Giustizia dell'Unione Europea, Grande Sezione, 5 aprile 2022, C-140/20, G.D. c. Irlanda, in *https://curia.europa.eu*.

di invalidità ad esso spettante, in forza del diritto nazionale, nei confronti di una normativa nazionale che impone ai fornitori di servizi di comunicazione elettronica la conservazione generalizzata e indifferenziata dei dati relativi al traffico e dei dati relativi all'ubicazione, a causa dell'incompatibilità di tale normativa con l'articolo 15, paragrafo 1, della direttiva 2002/58, come modificata dalla direttiva 2009/136, letto alla luce della Carta dei diritti fondamentali». Viceversa, a parere della Corte, l'ammissibilità degli elementi di prova ottenuti mediante *data retention* rientra nella discrezionalità del legislatore nazionale. Nondimeno, l'impiego processuale di tali dati deve avvenire «nel rispetto, in particolare, dei principi di equivalenza e di effettività».

Da quest'angolo visuale, non può non evidenziarsi come la disciplina transitoria sia chiaramente disallineata rispetto ai principi espressi dalla giurisprudenza sovranazionale. Tale disciplina, invero, appare giustificata soltanto dalla necessità di "salvare" acquisizioni probatorie operate nella vigenza di una disciplina – quella dell'art. 132 del decreto legislativo 30 giugno 2003, n. 196 prima della recente riforma – in palese contrasto con il diritto sovranazionale. Con buona pace dei diritti del soggetto interessato dalla *data retention*.

Chiamata a pronunciarsi sulle censure di incostituzionalità di tale norma transitoria, la Corte di cassazione ha dichiarato manifestamente infondata la *quaestio* dedotta, argomentando che tale disciplina sarebbe unicamente volta a «favorire una graduale applicazione nel tempo della nuova disciplina processuale»[45] rispettosa dei criteri di ragionevolezza. Secondo i giudici di legittimità, peraltro, la regola censurata sarebbe in linea con il "principio di effettività", poiché l'assenza di un provvedimento autorizzativo del giudice troverebbe adeguata compensazione nella perimetrazione delle fattispecie incriminatrici per le quali i dati già acquisiti risultano utilizzabili, nonché nella *regula iuris* che impone di valutare gli stessi unitamente ad altri elementi probatori[46].

[45] Corte cass., VI sez. penale, sent. n. 9204 del 2022, in *www.italgiure.giustizia.it/sncass*.

[46] Corte cass., III sez. penale, sent. n. 11991 del 2022, in *CED Cass.*, rv. 283029.

Va detto senza mezzi termini che tale visione pare condizionata da "dogmi" non più attuali a livello interpretativo. Siamo dinanzi ad orientamenti che tradiscono una certa immagine delle attività investigative in ambiente digitale permeata dalla concezione secondo cui "il fine giustifica i mezzi". Il che è evidentemente dissonante sia rispetto alla nuova disciplina dettata dall'art. 132 del decreto legislativo n. 196 del 2003, sia con riguardo ai principi stabiliti dalla Corte di Giustizia dell'Unione Europea.

4. *(Dis)orientamenti giurisprudenziali in tema di* digital evidence *e prova documentale*

Anche alla luce delle vicende giurisprudenziali e normative che hanno caratterizzato la disciplina dell'acquisizione dei dati di traffico esterno telefonico o telematico, si rimane a dir poco perplessi dinanzi all'atteggiamento che la giurisprudenza continua a mostrare nei confronti del regime di utilizzabilità probatoria dei dati contenuti all'interno di strumenti come telefoni cellulari o *computer*[47].

Come noto, il telefono ha sempre trovato impiego nel processo penale per accertare i fatti di reato. Negli ultimi decenni, l'utilizzo di nuove tecnologie nell'ambito della telefonia mobile ha determinato un inarrestabile potenziamento delle funzioni dei dispositivi cellulari, consentendo di affiancare alle tradizionali forme di colloqui orali nuove metodologie di comunicazione che permettono di interloquire, attraverso la connessione *on line*, tramite messaggi di testo e multimediali, video, foto, *e-mail*. Tanto che la stessa giurisprudenza di legittimità[48] ha da

[47] Sul tema, a livello monografico, v. L. LUPÁRIA, G. ZICCARDI, *Investigazione penale e tecnologia informatica*, Milano, 2017; M. PITTIRUTI, Digital Evidence *e procedimento penale*, Torino, 2017; S. SIGNORATO, *Le indagini digitali. Profili strutturali di una metamorfosi investigativa*, Torino, 2018; A. TESTAGUZZA, Digital forensics. *Informatica giuridica e processo penale*, Milano, 2015.

[48] V. Corte cass., SS. UU. penali, sent. n. 6 del 2000, in *Cass. pen*., 2000, 2595 ss., con nota di G. MELILLO, *Intercettazioni ed acquisizioni di tabulati telefonici: un opportuno intervento correttivo delle Sezioni Unite*; nonché *ivi*, 2000, 3245, con nota di L.

tempo incluso l'apparato mobile nel *genus* dei sistemi informatici[49] e telematici.

Nel novero delle molteplici informazioni suscettibili di apprensione da un dispositivo cellulare, un indubbio rilievo rivestono le comunicazioni effettuate con servizi di messaggistica *on line*, come *Facebook messenger* o *whatsapp*[50]. Più in particolare, quest'ultimo consiste in un applicativo per *smartphone* che consente, oltre allo scambio di messaggi di testo, note vocali, video, documenti, anche la possibilità di effettuare chiamate sfruttando, a tal fine, una tecnologia che rende possibile il transito di informazioni in forma digitalizzata.

Com'è agevole intuire, la natura eterogenea dei dati che "viaggiano" sulla *chat* rende difficile delineare in modo netto sia la scansione e la fisionomia delle attività di acquisizione di dati informatici, sia l'inquadramento dogmatico del fenomeno, il quale è suscettibile di assumere connotati diversi a seconda della particolare tipologia di informazione oggetto di apprensione in ambito processuale[51].

Filippi, *Il* revirement *delle Sezioni Unite sul tabulato telefonico: un'occasione mancata per riconoscere una prova incostituzionale*.

[49] Al riguardo, v. Corte cass., VI sez. penale, sent. n. 3067 del 1999, in *Cass. pen*., 2000, 2990 ss., con note di L. Cuomo, *La tutela penale del domicilio informatico* e S. Aterno, *Sull'accesso abusivo a un sistema informatico o telematico*, secondo cui per sistema informatico deve intendersi «una pluralità di apparecchiature destinate a compiere una qualsiasi funzione utile all'uomo, attraverso l'utilizzazione (anche in parte) di tecnologie informatiche», caratterizzate «dalla registrazione (o "memorizzazione"), per mezzo di impulsi elettronici, su supporti adeguati, di "dati", di rappresentazioni elementari di un fatto, effettuata attraversi simboli (*bit*) numerici ("codice"), in combinazioni diverse; tali "dati", elaborati automaticamente dalla macchina, generano le "informazioni" costituite "da un insieme più o meno vasto di dati organizzati secondo una logica che consenta loro di attribuire un particolare significato per l'utente"».

[50] Cfr. A. Nocera, *L'acquisizione delle* chat whatsapp *e* messenger*: intercettazione, perquisizione o sequestro?*, in *www.ilpenalista.it*, 12 febbraio 2018, nonché M. Pittiruti, *L'impiego processuale dei messaggi inviati mediante l'applicazione Telegram tra "scorciatoie" probatorie e massime di esperienza informatiche*, in *Dir. internet*, 2020, 113 ss.

[51] Sottolinea la sfida di «mediare tradizione e modernità» insita nell'approccio alla *digital evidence*, E. Lorenzetto, *Utilizzabilità dei dati informatici incorporati su* computer *in sequestro: dal contenitore al contenuto passando per la copia*, in *Cass. pen*., 2010, 1524.

Sotto il primo profilo, non si tarda a comprendere che la generalizzata riconducibilità dei dati *whatsapp* nella categoria delineata dall'art. 234 c.p.p., privilegiata dalla giurisprudenza prevalente[52], rischia di risolversi in un *escamotage* per eludere surrettiziamente il controllo sull'autenticità delle informazioni digitali: un'autenticità tutelata da numerose disposizioni contenute nella legge n. 48 del 2008[53], ma sconosciuta alla disciplina normativa della prova documentale[54].

Nella prospettiva delineata, assume rilievo determinante la indiscussa differenza tra il documento tradizionale – al quale è conformata la disciplina dell'art. 234 c.p.p. – e quello informatico[55]. Mentre nel primo caso non si pone alcuna esigenza di autenticità, dal momento che il contenuto informativo è collocato all'interno di un supporto materiale, rendendo impossibile la manipolazione di quest'ultimo in ragione del rapporto di immedesimazione che lega contenuto e contenitore, nella seconda ipotesi, per converso, il dato si connota per il suo carattere di immaterialità, con conseguente rischio di alterazione insito nella procedura di trasferimento in un contenitore diverso da quello in cui è stato generato[56].

[52] Corte cass., VI sez. penale, sent. n. 12975 del 2020, in *CED Cass.*, rv. 278808; Corte cass., IV sez. penale, sent. n. 40903 del 2016, *ivi*, rv. 268227; Corte cass., III sez. penale, sent. n. 37419 del 2012, *ivi*, rv. 253573. Non sono mancati casi in cui il supporto cartaceo è stato acquisito come corpo del reato già in sede di formazione del fascicolo dibattimentale: v. Trib. Taranto, sent. 24 agosto 2015, *inedita*, relativa ad un procedimento per diffamazione in cui la «copia della schermata dal sito "B.C.", costituente corpo del reato» è stata inserita nel fascicolo «ai sensi dell'art. 431, lett. h), c.p.p.».

[53] Per un commento organico, cfr. L. Lupária (a cura di), *Sistema penale e criminalità informatica: profili sostanziali e processuali nella Legge attuativa della Convenzione di Budapest sul cybercrime (l. 18 marzo 2008, n. 48)*, Milano, 2009.

[54] Sulla prova documentale nel processo penale, v., a livello monografico, L. Kalb, *Il documento nel sistema probatorio*, Torino, 2000; F. Zacché, *La prova documentale*, Milano, 2012.

[55] Cfr. Tonini, *Documento informatico e giusto processo*, in *Dir. pen. proc.*, 2009, 401 ss.

[56] Per alcune annotazioni sul carattere di immaterialità del dato digitale, v. L. Marafioti, Digital evidence *e processo penale*, in *Cass. pen.*, 2011, 4517 ss., nonché G. Paolozzi, *Relazione introduttiva*, in L. Lupária, L. Marafioti, G. Paolozzi (a cura di), *Dimensione tecnologica e prova penale*, cit., 1 ss.

Sotto il secondo profilo relativo all'inquadramento dogmatico, invece, è di tutta evidenza la diversa prospettiva entro cui collocare le numerose fattispecie in cui può declinarsi l'acquisizione di dati *whatsapp*[57].

Così, se può essere condivisibile l'inquadramento come prova documentale della registrazione di conversazione effettuata, di propria iniziativa, da uno degli interlocutori[58], ben diverso è il caso in cui l'attività acquisitiva degli organi investigativi si ripercuote, minandola, sui diritti costituzionalmente garantiti di libertà e segretezza delle comunicazioni (art. 15 Cost.), di domicilio (art. 14), anche nella sua declinazione di domicilio informatico, nonché sulle garanzie riconosciute a livello sovranazionale dall'art. 8 Cedu, il quale tutela il rispetto della vita privata e familiare, del domicilio e della corrispondenza.

Per quest'ultimo caso, le peculiari caratteristiche del dato informatico dischiudono prospettive interpretative per un ripensamento del rapporto tra documento tradizionale e quello informatico, alla luce delle specifiche modalità di apprensione del dato digitale. Da questa specifica visuale prospettica, non merita di essere condivisa la lettura incline a ritenere che l'attività acquisitiva dei messaggi *whatsapp* non soggiace né alla disciplina delle intercettazioni telefoniche, né alle regole stabilite per la corrispondenza[59].

Per quanto concerne il primo profilo, è noto che l'orientamento privilegiato in giurisprudenza reputa ostativa all'applicazione dell'art. 266-*bis* c.p.p. l'assenza di un flusso di comunicazioni in

[57] Da ultimo, sul tema, G. Fiorelli, *Lo* screenshot *quale prova documentale: regole acquisitive e garanzie di affidabilità*, in *Dir. internet*, 2020, 507.

[58] Nel senso del testo, *ex multis*, Corte cass., II sez. penale, sent. n. 12347 del 2021, in *CED Cass.*, rv. 280996. In dottrina, v. P. Maggio, *La registrazione occulta curata da una persona presente al colloquio*, in A. Scalfati (a cura di), *Le indagini atipiche*, cit., 61 ss.

[59] Da ultimo, in giurisprudenza, v. Corte cass., V sez. penale, sent. n. 2658 del 2021, in *CED Cass.*, rv. 282771, secondo cui «ai fini dell'utilizzabilità della trascrizione delle conversazioni via *whatsapp* effettuata dalla persona offesa, la necessità di acquisire il supporto telematico o figurativo contenente la relativa registrazione deve essere valutata in concreto, tenendo conto della credibilità della persona offesa e dell'attendibilità delle sue dichiarazioni accusatorie».

corso, il quale deve rappresentare il nucleo concettuale della nozione di intercettazione[60]; relativamente al secondo profilo, invece, il richiamo alla disciplina dell'art. 254 c.p.p. è escluso sul rilievo che si tratterebbe di dati che non rientrano nel concetto di corrispondenza, la cui nozione implicherebbe un'attività di spedizione in corso o comunque avviata dal mittente mediante consegna a terzi per il recapito, dalla quale esulerebbero, pertanto, tutte le informazioni che siano già state ricevute dal destinatario[61].

Al fine di un corretto inquadramento delle attività di acquisizione della messaggistica *whatsapp* da telefono mobile sottoposto a sequestro, il discorso deve prendere le mosse dai criteri alla stregua dei quali distinguere l'intercettazione dal sequestro di corrispondenza e, a tale proposito, seppure con isolate prese di posizioni difformi, è opinione prevalente che solo l'attualità del flusso di informazioni possa caratterizzare la fattispecie intercettiva[62]. Di talché, è possibile ritenere che alcuna intercettazione sia configurabile nel caso di ablazione di dati telefonici da un apparecchio oggetto di sequestro, se non nell'ipotesi in cui gli organi investigativi captinino i messaggi *whatsapp* nel momento in cui questi dati pervengono sul telefono cellulare.

Ben diverso è, invece, il riferimento alla disciplina contenuta nell'art. 254 c.p.p. Tale disposizione è stata interpolata dalla legge 18 marzo 2008, n. 48, la quale ha esteso l'ambito di operatività del sequestro di corrispondenza presso coloro che forniscono servi-

[60] Cfr. Corte cass., VI sez. penale, sent. n. del 2017, in *Proc. pen. giust.*, 2018, 529 ss. Per un commento, volendo, cfr. R. DEL COCO, *L'utilizzo probatorio dei dati whatsapp tra lacune normative e avanguardie giurisprudenziali.*

[61] v. Corte cass., IV sez. penale, sent. n. 3435 del 2003, in *Cass. pen.*, 2006, 536 ss., secondo cui «l'utilizzazione dei dati segnalati sul display di un apparecchio di telefonia mobile non necessita del decreto di autorizzazione del g.i.p. in quanto tali elementi non sono assimilabili al contenuto di conversazioni o comunicazioni telefoniche». Per un commento critico, v. S. RENZETTI, *Acquisizione dei dati segnalati sul* display *del cellulare: il rischio di una violazione dell'art. 15 Cost.*, *ivi*, 537 ss.

[62] Con particolare riferimento ai messaggi e-mail, v. R. ORLANDI, *Questioni attuali in tema di processo penale e informatica*, in *Riv. dir. proc.*, 2009, 134, per il quale i messaggi già letti vanno considerati alla stregua di «lettere già aperte […] coperti dalla riservatezza», che non esigono la tutela apprestata dall'art. 266-*bis* c.p.p., essendo sufficiente il decreto del p.m. per la loro lettura.

zi postali, telegrafici, telematici o di telecomunicazioni a «lettere, pieghi, pacchi, valori, telegrammi e altri oggetti di corrispondenza, anche se inoltrati per via telematica».

Proprio il richiamo a tale ultima modalità di invio per via telematica impone una necessaria calibratura della nozione di corrispondenza che si adatti ai caratteri peculiari del dato digitale, i cui tempi di inoltro e ricezione sono caratterizzati da una quasi contestualità. Con la conseguenza che non possono essere esclusi dalla nozione di corrispondenza tutti quei dati digitali (messaggi *sms*, *whatsapp*, *e-mail*) che sono già pervenuti al destinatario, pena una sostanziale, inaccettabile ed incostituzionale *interpretatio abrogans* della novellata formulazione dell'art. 254 c.p.p.

Francesco Caprioli

Neuroscienze e processo penale

SOMMARIO: 1. Tecniche di esplorazione del cervello. – 2. Usi processuali delle neuroscienze. – 3. La valutazione dello stato mentale dell'imputato: costi e benefici. – 4. Misuratori di verità. – 5. Introspezioni psichiche e libertà morale.

1. *Tecniche di esplorazione del cervello*

L'analisi dei rapporti tra neuroscienze[1] e processo penale non può che muovere da una breve rassegna delle più diffuse tecniche neuroscientifiche di esplorazione del cervello umano[2].

[1] Sull'estensione della categoria, per tutti, A. CORDA, *Neuroscienze forensi e giustizia penale tra diritto e prova (Disorientamenti giurisprudenziali e questioni aperte)*, in *Arch. pen.,* 2014, 3, 5 ss., e C. GRANDI, *Neuroscienze e responsabilità penale*, Torino, 2016, XI, che definisce le neuroscienze come «un gruppo eterogeneo di discipline scientifiche, accomunate dall'obiettivo di spiegare come le connessioni neuronali sovrintendano allo svolgimento di tutte le attività umane». Per alcune opportune puntualizzazioni v. però, da ultimo, L. SAMMICHELI, *Diritto, politica, neuroscienze*, in *Teoria e Critica della Regolazione Sociale*, 2021, 1, 18 ss.

[2] Le indicazioni che seguono si devono prevalentemente all'accurata ricostruzione di C. GRANDI, *Neuroscienze*, cit., 4 ss. Ma v. anche, tra gli altri, L. ALGERI, *Neuroscienze, infermità di mente e credibilità del dichiarante*, in *Dir. pen. proc.*, 2013 (11), 1354 ss.; F. BASILE, G. VALLAR, *Neuroscienze e diritto penale: le questioni sul tappeto*, in *Dir. pen. cont., Riv. Trim.*, 4/2017, 269 ss.; M. BERTOLINO, *Prove neuro-psicologiche di verità penale*, in *Dir. pen. cont.*, 8 gennaio 2013, 1 ss.; L. CAPRARO, *Problematiche relative al diritto processuale penale*, in E. PICOZZA, L. CAPRARO, V. CUZZOCREA, D. TERRACINA, *Neurodiritto. Una introduzione*, Torino, 2011, 243 ss.; M.T. COLLICA, *Gli sviluppi delle neuroscienze sul giudizio di imputabilità,* in *Dir. pen. cont.*, 20 febbraio 2018, 1 ss.; A. CORDA, *Neuroscienze forensi*, cit., 1 ss.; ID., *Riflessioni sul rapporto tra neuroscienze e imputabilità nel prisma della dimensione processuale*, in *Criminalia*, 2012, 497 ss.; R. CUBELLI, S. DELLA SALA, *L'*Implicit Association Test (IAT) *non è la macchina della verità. L'illusoria ricerca di pregiudizi e ricordi inconsapevoli*, in *www.cicap.org*., 13 novembre

Alcuni degli strumenti appartenenti al *genus* vengono utilizzati per accertare le sole caratteristiche strutturali – cioè la configurazione anatomica – della massa cerebrale: è questa, ad esempio, la funzione della tomografia assiale computerizzata (TAC) o dell'imaging a risonanza magnetica (MRI). Altri servono invece a scoprire quali regioni della corteccia cerebrale si attivano in presenza di determinati stimoli e/o nello svolgimento di particolari compiti cognitivi, e in quale preciso momento il fenomeno si registra[3]. Accanto al "vecchio" elettroencefalogramma (EEC)[4], vanno menzionate al riguardo, tra le altre, le tecniche di *neuro-imaging* costituite dalla tomografia ad emissione di positroni (PET) e dalla risonanza magnetica funzionale (fMRI). La prima consiste nell'iniettare nel circuito sanguigno dell'esaminando una traccia radioattiva il cui tragitto, monitorato da apparecchiature esterne, identifica le zone della corteccia che, in corrispondenza di certi stimoli, richiedono un maggiore afflusso di sangue (sintomatico di un'attività sinaptica

2020, 1 ss.; G. Di Chiara, *Il canto delle sirene. Processo penale e modernità scientifico-tecnologica: prova dichiarativa e diagnostica della verità*, in *Criminalia*, 2007, 19 ss.; O. Di Giovine, *Ripensare il diritto penale attraverso le (neuro)scienze*, Torino, 2019; F.R. Dinacci, *Neuroscienze e processo penale: il ragionamento probatorio tra chimica valutativa e logica razionale*, in *Proc. pen. giust.*, 2016, n. 2, 1 ss.; P. Ferrua, *La prova nel processo penale, I, Struttura e procedimento*, Torino, 2017, 311 ss.; C. Intrieri, *L'euristica scientifica. Buona e cattiva scienza nel processo penale*, Roma, 2012, 69 ss.; A. Lavazza, L. Sammicheli, *Il delitto del cervello. La mente tra scienza e diritto*, Torino, 2012, 183 ss.; I. Merzagora, A. Verde, C. Barbieri, A. Boiardi, *Come mente la mente. Un nuovo strumento per valutare la memoria*, in *Cass. pen.*, 2014, 1896 ss.; P. Pietrini, *La macchina della verità alla luce delle recenti acquisizioni delle neuroscienze*, in *Cass. pen.*, 2008, 407 ss.; L. Sammicheli, A. Forza, L. De Cataldo, *Libertà morale e ricerca processuale della verità: metodiche neuroscientifiche*, in Aa.Vv., *Manuale di neuroscienze forensi*, Milano, 2009, 231 ss.; L. Sammicheli, G. Sartori, *Neuroscienze e processo penale*, in *Cass. pen.*, 2010, 3305 ss.; A. Santosuosso, B. Bottalico, *Neuroscienze e genetica comportamentale nel processo penale italiano, casi e prospettive,* in *Rass. it. criminologia,* 2013, n. 1, 70 ss.; G. Sartori, S. Agosta, *Menzogna, cervello e* lie detection, in Aa.Vv., *Manuale di neuroscienze forensi*, cit., 163 ss.; P. Tonini, C. Conti, *Il diritto delle prove penali*, Milano, 2014, 191 ss.

[3] Ad essere visualizzati sono «i c.d. "correlati neuronali" delle attività mentali», ossia «le strutture anatomiche e i circuiti cerebrali attivi durante lo svolgimento di determinate funzioni mentali (memoria, linguaggio, emozioni ecc.)»: C. Grandi, *Neuroscienze*, cit., 1 nota 3.

[4] Tuttora prezioso per misurare la dimensione temporale delle dinamiche cerebrali: v. C. Grandi, *Neuroscienze*, cit., 8.

in corso). La seconda, maggiormente diffusa perché meno invasiva e più economica, consiste invece nell'esporre il tessuto cerebrale a un campo magnetico e a brevi sequenze di onde radio, per accertare quali sono le aree del cervello che, in date circostanze, presentano un maggiore fabbisogno di molecole di ossigeno.

Esistono poi metodiche funzionalmente rivolte a sondare l'attendibilità di un resoconto testimoniale. Al riguardo si tendono a distinguere («all'interno della macrocategoria che potremmo chiamare delle macchine della verità»)[5] le tecniche di *lie detection* da quelle di *memory detection*[6]. Le prime servono a riconoscere il carattere menzognero di una narrazione, ossia a scoprire se il dichiarante sta riferendo circostanze diverse da quelle che ha effettivamente appreso e/o conserva consapevolmente nella propria memoria (giova ricordare che un testimone può riferire del tutto sinceramente anche un ricordo che non corrisponde, o non corrisponde più, all'originaria esperienza sensoriale). Le seconde puntano invece a rintracciare nel tessuto neurale una determinata traccia mnestica indipendentemente dalla volontà dichiarativa del *loquens*, a prescindere – si sostiene – dalla stessa consapevolezza del ricordo[7].

Gli strumenti di *lie detection* muovono dal presupposto che l'attività umana sottostante a una dichiarazione menzognera sia più faticosa e complessa di quella sottostante a una dichiarazione veritiera. In realtà, alcuni di essi – come la termografia o il *Facial Action Coding System* (FACS) – servono esclusivamente a svelare i sintomi esteriori di questo più intenso lavorio mentale ed emotivo (le emissioni di raggi infrarossi del volto del dichiarante, le contrazioni muscolari del viso ecc.). Non sono dunque che varianti del poligrafo[8] o dell'idrosismografo ideato da Cesare Lombroso

[5] Cfr. A. Lavazza, L. Sammicheli, *Il delitto del cervello*, cit., 203 ss., e G. Sartori, S. Agosta, *Menzogna, cervello e* lie detection, cit., 168 ss.

[6] Cfr. A. Lavazza, L. Sammicheli, *Il delitto del cervello*, cit., 203 ss.; L. Sammicheli, G. Sartori, *Neuroscienze e processo penale*, cit., 3312 ss.

[7] A. Lavazza, L. Sammicheli, *Il delitto del cervello*, cit., 203.

[8] Il poligrafo, di cui non v'è traccia nella nostra esperienza giudiziaria (A. Lavazza, L. Sammicheli, *Il delitto del cervello*, cit., 186) – e sulle cui versioni più aggiornate v. G. Sartori, S. Agosta, *Menzogna, cervello e* lie detection, cit., 169 ss., nonchè L. Sammicheli, A. Forza, L. De Cataldo, *Libertà morale*, cit., 238 ss. – risulta «a tutt'oggi utilizzato in molti Paesi» (I. Merzagora, A. Verde, C. Barbieri, A. Boiardi, *Come*

sul finire del diciannovesimo secolo[9] – che misuravano battito cardiaco, pressione arteriosa, sudorazione, frequenza respiratoria – e non possono essere annoverate tra le tecniche neuroscientifiche in senso stretto perché non comportano una diretta osservazione delle attività cerebrali dell'interessato[10]. Una tecnica di *lie detection* squisitamente neuroscientifica – tendenzialmente più accurata del poligrafo, della termografia o del FACS, proprio perché legata all'analisi della funzionalità cerebrale anziché al riscontro di *outputs* emotivi di incerta decifrazione[11] – è invece la già menzionata risonanza magnetica funzionale (fMRI): un maggiore afflusso di ossigeno in una certa zona della corteccia cerebrale del dichiarante dimostrerebbe che è in atto il processo di inibizione della risposta veritiera e di elaborazione creativa della menzogna[12].

Tra gli strumenti neuroscientifici di *memory detection* figura invece il c.d. GKT (*Guilty Kowledge Test*, test della conoscenza colpevole) accompagnato dalla registrazione dei c.d. "potenziali evocati cognitivi"[13]. La tecnica adottata – della quale esiste, a

mente la mente, cit., 1897), nonostante un severo pronunciamento contrario della Corte Suprema statunitense risalente al 1998 (L. Sammicheli, G. Sartori, *Neuroscienze e processo penale*, cit., 3312).

[9] Lo descrivono A. Lavazza, L. Sammicheli, *Il delitto del cervello*, cit., 186.

[10] C. Grandi, *Neuroscienze*, cit., 12.

[11] Ritengono, in linea generale, ampiamente «deficitaria la legge psicologica di copertura che lega l'emotività al mentire», ricavandone una diagnosi di scarsa affidabilità del poligrafo, A. Lavazza, L. Sammicheli, *Il delitto del cervello*, cit., 185 ss. Per analoghe osservazioni cfr. L. Algeri, *Neuroscienze, infermità di mente*, cit., 1365; L. Capraro, *Problematiche*, cit., 258; G. Di Chiara, *Il canto delle sirene*, cit., 33 ss. (che sottolinea altresì l'agevole "ingannabilità" del poligrafo, sull'assunto che «un opportuno *training* è ben in grado di addestrare il soggetto a un'attività di dominio della sfera emotiva»: sarebbero maggiormente efficaci, sotto questo profilo, le tecniche neuroscientifiche); I. Merzagora, A. Verde, C. Barbieri, A. Boiardi, *Come mente la mente*, cit., 1897; P. Pietrini, *La macchina della verità*, cit., 407, 410; L. Sammicheli, A. Forza, L. De Cataldo, *Libertà morale*, cit., 239; G. Sartori, S. Agosta, *Menzogna, cervello e* lie detection, cit., 171 ss. Non mancano, tuttavia, le perplessità anche in ordine all'efficacia della fMRI: v. *infra*, § 4.

[12] V. ancora, per tutti, C. Grandi, *Neuroscienze*, cit., 13, nota 30, nonché L. Algeri, *Neuroscienze, infermità di mente*, cit., 1357 s.; A. Lavazza, L. Sammicheli, *Il delitto del cervello*, cit., 205; L. Sammicheli, G. Sartori, *Neuroscienze e processo penale*, cit., 3312 s.; G. Sartori, S. Agosta, *Menzogna, cervello e* lie detection, cit., 166 ss.

[13] G. Sartori, S. Agosta, *Menzogna, cervello e* lie detection, cit., 174.

quanto risulta, una versione commerciale nota come *Brain fingerprinting* già impiegata in ambito forense negli Stati Uniti, nonché una versione indiana denominata *Beos* (*Brain Electrical Oscillations Signature Test*)[14] – consiste nel rilevare, per il tramite di un apparecchio collegato a elettrodi applicati sul capo del dichiarante, una sorta di onda cerebrale (la P300) che si farebbe più o meno intensa a seconda della familiarità del soggetto con l'immagine o con l'informazione che gli viene somministrata (una vera e propria "impronta cerebrale" che rimarrebbe depositata nella mente di chi ha vissuto una certa esperienza sensoriale).

Nella nostra esperienza giudiziaria hanno infine riscosso particolare successo tecniche denominate IAT (*Implicit Association Test*), a-IAT (*autobiographical-Implicit Association Test*) e TARA (*Timed Antagonistic Response Alethiometer*), anch'esse finalizzate a vagliare l'attendibilità di atti narrativi. Sulle caratteristiche strutturali e funzionali di tali strumenti diagnostici – che possono essere utilizzati anche congiuntamente alla rilevazione dei potenziali evento-relati[15] – occorrerà tornare più avanti: sia per comprendere se abbiano natura autenticamente neuroscientifica (circostanza tutt'altro che incontroversa[16], benché largamente accreditata nel dibattito dottrinale[17] e nella *vulgata* giornalistica[18]), sia per vagliarne la reale attitudine a fungere da strumenti di *memory detection* oltre che di pura e semplice *lie detection*.

[14] V.A. Lavazza, L. Sammicheli, *Il delitto del cervello*, cit., 205; L. Sammicheli, G. Sartori, *Neuroscienze e processo penale*, cit., 3313 ss.

[15] Cfr. la relazione peritale depositata in data 29 gennaio 2020 dalla prof.ssa Michela Balconi, docente di Psicofisiologia e Neuroscienze cognitive presso l'Università Cattolica S. Cuore di Milano, nell'ambito del procedimento di revisione sfociato in Corte App. Brescia, 11 novembre 2020, C., in *www.sistemapenale.it*, 10 dicembre 2020, con nota di G. Gennari, *Oscillazioni neuro…scientifiche: test a-IAT e macchina della verità* (il riferimento è alla p. 26 della relazione).

[16] V. da ultimo L. Sammicheli, *Diritto, politica, neuroscienze*, cit., 22 ss., le cui argomentazioni sono riferite *infra*, nota 59.

[17] V. per tutti C. Grandi, *Neuroscienze*, cit., 15, che definisce l'a-IAT una tecnica «di matrice neuroscientifica».

[18] V. ad esempio Corriere della Sera, 16 luglio 2020 (*Dopo 15 anni una lettera lo salva dall'accusa di violenza. Decisiva una perizia basata sulle neuroscienze*), e La Stampa, 23 febbraio 2012 (*Violenza sessuale, le "neuroscienze" incastrano commercialista*).

2. *Usi processuali delle neuroscienze*

Inutile dire che si tratta di tecniche che possono rivelarsi molto utili anche nel processo penale, in cui si devono valutare comportamenti umani (quelli che costituiscono reato)[19] ed è necessario comprendere se l'imputato o i testimoni stanno dicendo la verità.

Le neuroscienze hanno dunque finora trovato applicazione nelle aule di giustizia penale[20] – italiane e straniere[21] – in una duplice proiezione funzionale: per valutare lo stato mentale dell'imputato e per misurare il grado di attendibilità delle dichiarazioni di quest'ultimo o di un testimone. Il primo tipo di sondaggio punta a verificare: (a) guardando al passato, se l'imputato fosse totalmente o parzialmente incapace di intendere e volere al momento del fatto (nonché, più in generale, a valutare adeguatamente il suo comportamento ai fini della commisurazione della pena); (a2) guardando al presente, se l'imputato sia in grado di partecipare coscientemente al processo; (a3) guardando al futuro, se l'imputato sia un individuo socialmente pericoloso, da assoggettare a misure di sicurezza, e quale sia il più adeguato percorso riabilitativo da allestire in sede di esecuzione della pena[22].

Di regola le tecniche neuroscientifiche del primo tipo (la TAC, la RMI, la PET) servono per diagnosticare lo stato mentale dell'imputato, mentre le seconde (*lie detection* e *memory detection*) ser-

[19] Di sicuro interesse è anche il contributo che può essere offerto dalle neuroscienze allo studio delle dinamiche del ragionamento giudiziale: sul tema si rinvia a L. Capraro, *Problematiche*, cit., 262 ss.

[20] Sulla perizia o la consulenza tecnica come canali (tipici) di ingresso delle discipline neuroscientifiche nel processo penale cfr. per tutti M.T. Collica, *Gli sviluppi delle neuroscienze*, cit., 10; P. Ferrua, *La prova nel processo penale*, cit., 312 ss.; L. Sammicheli, G. Sartori, *Neuroscienze e processo penale*, cit., 3307.

[21] Sul ricorso alle tecniche neuroscientifiche nell'esperienza giudiziaria statunitense cfr. ampiamente C. Grandi, *Neuroscienze*, cit., 128 ss., che rileva «una tendenza progressivamente sempre più favorevole all'ammissione in dibattimento e alla conseguente valutazione delle prove in questione», accompagnata, tuttavia, da un atteggiamento «assai prudente» nell'apprezzamento della loro efficacia dimostrativa (*ivi*, 188).

[22] Questi alcuni dei casi giudiziari italiani in cui si è fatto ricorso alle tecniche neuroscientifiche (etichettati, per comodità espositiva, con riguardo alla sede dell'ufficio giudiziario interessato): (a) nel c.d. "caso di Trieste" (Corte Ass. App. Trieste, 18 settembre 2009, Bayout, in *www.biodiritto.org*, nonché in *Riv. pen*., 2010, 70,

vono per valutare l'attendibilità di resoconti testimoniali (si è già

con nota di A. Forza, *Le neuroscienze entrano nel processo penale*), l'imputato, reo confesso di omicidio, è stato ritenuto affetto da vizio parziale di mente dopo essere stato sottoposto a una «risonanza magnetica all'encefalo […] per ricercare eventuali alterazioni strutturali cerebrali» (da tale analisi, a dire il vero, non sono emersi «segni significativi di alterazione»: assai più rilevanti gli esiti delle indagini di genetica comportamentale contestualmente disposte dal giudice, che hanno svelato l'esistenza di un corredo cromosomico tale da rendere l'imputato "geneticamente vulnerabile" rispetto alla tentazione di reagire con violenza in situazioni di stress emotivo); (b) nel c.d. "caso di Torino", o Cogne-*bis* (Trib. Torino, 19 aprile 2011, Franzoni, in *Dir. pen. cont.*, 5 marzo 2012), l'imputata, già ritenuta responsabile con sentenza definitiva dell'omicidio del figlio, e chiamata a rispondere del delitto di calunnia per avere falsamente attribuito il delitto a un vicino di casa, è stata condannata dopo essere stata sottoposta ai test a-IAT e TARA (in realtà dai test era emerso che l'interessata non possedeva più alcuna traccia mnestica dell'omicidio commesso: il Tribunale, tuttavia, ha ritenuto sostanzialmente irrilevante l'esito dell'esperimento, avendo giudicato plausibile che il meccanismo di rimozione del ricordo colpevole fosse stato attivato dall'imputata successivamente alla condotta calunniosa, e sussistendo numerosi altri indici di sussistenza del dolo di calunnia); (c) nel c.d. "caso di Como" (G.u.p. Tribunale di Como, 20 maggio 2011, A., in *Guida dir.*, 2012, n. 5, 63, con nota di D. Terracina, *Neuroscienze: lo studio della morfologia del cervello determinante nello stabilire il vizio parziale di mente*), l'imputata è stata ritenuta affetta da vizio parziale di mente anche all'esito di indagini morfologiche-cerebrali (la fMRI e la *Voxel Based Morphometry*) che avevano evidenziato l'esistenza di «alterazioni nella densità della sostanza grigia in alcune zone chiave del cervello» deputate alla «regolazione delle azioni aggressive», nonché all'esito di indagini di genetica comportamentale dalle quali era emersa l'esistenza di «tre alleli sfavorevoli» in grado di determinare un «significativo aumento del rischio di sviluppo di comportamento aggressivo e impulsivo»; (d) nel c.d. "caso di Cremona" (G.u.p. Trib. Cremona, 19 luglio 2011, G.R., in *Riv. it. med. leg.*, 2012, 2, 749 ss.), l'autore di una violenza sessuale è stato condannato anche sulla base degli esiti di una perizia condotta con le metodologie a-IAT e TARA applicate alla persona offesa dal reato, che avevano consentito di rintracciare in quest'ultima la traccia mnestica dell'evento traumatico; (e) nel c.d. "caso di Venezia" (Trib. Venezia, 24 gennaio 2013, M., in *Riv. it. med. leg.*, 2013, 1905 ss., con nota di L. Algeri, *Accertamenti neuroscientifici, infermità mentale e credibilità delle dichiarazioni*), l'imputato, chiamato a rispondere di violenza sessuale a danno di minori, era stato assoggettato sia ad accertamenti neuroscientifici condotti con la tecnica della fMRI, che avevano evidenziato come diverse aree cerebrali del medesimo, tra cui la corteccia orbitofrontale e l'ipotalamo, fossero compromesse da una formazione tumorale di recente insorgenza (cordoma del clivus), sia al test di associazione implicita autobiografica a-IAT, dal quale era emerso che l'imputato non conservava in memoria tracce autobiografiche di una pulsione sessuale verso i minori antecedente al sorgere della patologia (all'esito di un articolato percorso argomentativo, i giudici, in questo caso, hanno tuttavia ritenuto non attendibile il test di memoria autobiografica e non sufficientemente comprovata la correlazione tra la massa tumorale e l'insorgere

visto come la risonanza magnetica funzionale si presti a entrambi gli utilizzi). Ma non è sempre così: nel caso di Como, ad esempio, l'uso dei test di memoria autobiografica a-IAT e TARA ha consentito di diagnosticare l'esistenza di una sindrome dissociativa nella perizianda, dal momento che quest'ultima non conservava alcun ricordo di condotte che pacificamente aveva posto in essere[23].

degli atteggiamenti pedofili, giudicando l'imputato pienamente capace di intendere e volere al momento del fatto); (f) nel c.d. "caso di Salerno" (Corte App. Salerno, 16 dicembre 2016, V., in *Cass. pen.*, 2018, 944 ss., con nota di P. Marchetti, *L'uso processuale dei test di memoria autobiografica tra nuove tecnologie e antiche aspirazioni. A proposito di una recente sentenza della Corte d'Appello di Salerno*), una richiesta di revisione basata sulla sottoposizione del condannato alle tecniche a-IAT e TARA è stata respinta per due volte – dopo un annullamento del primo provvedimento di rigetto disposto dalla Corte di cassazione – sul presupposto che le suddette tecniche non fossero da ritenere metodologicamente corrette né sufficientemente validate dalla comunità scientifica internazionale; (g) nel c.d. "caso di Milano" (Cass., Sez. I, 10 aprile 2015, N., in *DeJure*), la Corte di cassazione – condividendo le argomentazioni del giudice d'appello – ha ritenuto non significativi gli esiti di un test a-IAT dal quale era risultato che l'imputato, accusato di avere volontariamente travolto con la propria macchina un agente di polizia, non conservava nella propria memoria il ricordo di avere avvertito la presenza del soggetto poi investito (le due Corti hanno concordemente rimarcato sia l'esistenza di dubbi in ordine all'affidabilità del metodo, in quanto di recente creazione, sia la presenza di alcune criticità nell'applicazione del test al caso concreto, tra cui la sottoposizione di domande complesse all'imputato nonostante quest'ultimo presentasse difficoltà di lettura, tali da poter influenzare i tempi di risposta); (h) nel c.d. "caso di Brescia", infine (Corte App. Brescia, 11 novembre 2020, C., *op. cit.*), un soggetto condannato in via definitiva ha chiesto la revisione della sentenza adducendo, tra l'altro, gli esiti di una prova effettuata con la tecnica dell'a-IAT (per ragioni che saranno indicate più avanti, la Corte d'Appello ha ritenuto la prova non ammissibile, pur accogliendo la richiesta di revisione sulla base di altre risultanze probatorie). Per il resoconto di altre vicende giudiziarie imperniate sull'uso di tecniche neuroscientifiche (Cass., Sez. V, 18 maggio 2006, Reggiani, *inedita*; Corte Ass. Treviso, 9 ottobre 2007, F., *inedita*; Corte Ass. App. Venezia, 23 giugno 2008, F., *inedita*; Cass., Sez. I, 7 novembre 2012, P., *inedita*; Cass., Sez. I, 21 novembre 2012, S.E., *inedita*) cfr. C. Grandi, *Neuroscienze*, cit., 194 ss., 198 s., 214 ss. V. altresì F. Basile, G. Vallar, *Neuroscienze e diritto penale*, cit., 285 ss.; M.T. Collica, *Gli sviluppi delle neuroscienze*, cit., 21 ss., e I. Merzagora, A. Verde, C. Barbieri, A. Boiardi, *Come mente la mente*, cit., 1904, 1909 ss.

[23] Si veda la consulenza tecnica di parte presentata a favore della difesa in data 10 febbraio 2011 dai proff. Pietro Petrini e Giuseppe Sartori, che concludevano nel senso dell'esistenza di una vera e propria «amnesia dissociativa» in relazione ai fatti processualmente rilevanti, deducendone una limitata capacità dell'imputata di partecipare consapevolmente al giudizio, stante la sua incapacità di «riferire i fatti di cui è

Le tecniche neuroscientifiche potrebbero infine agevolare accertamenti di altri tipo: l'analisi delle funzionalità cerebrali del soggetto agente potrebbe far emergere, ad esempio, caratteristiche neurobiologiche inconciliabili con l'elemento soggettivo del reato contestato[24] (come l'incapacità di pianificare azioni a lungo termine, ossia di premeditare il delitto, o l'incapacità di prevedere gli effetti non voluti della propria condotta, ossia di agire con dolo eventuale[25]), nonché mostrarsi utile per la misurazione del grado soggettivo della colpa[26]. S'intende, poi, che il ricorso alle tecniche neuroscientifiche di *lie detection* potrebbe rivelarsi particolarmente proficuo nei procedimenti per reati di calunnia – nonché, in genere, nei procedimenti per reati «la cui dimensione psicologica [sia] caratterizzata dalla coscienza della falsità oggettiva [di una] dichiarazione di scienza»[27] –, al fine di verificare (come è già avvenuto in Italia nel caso di Torino) la difformità tra la dichiarazione asseritamente falsa e la realtà così come conosciuta e/o ricordata dal dichiarante.

stata protagonista» (e quindi, ad esempio, di rendere confessione e beneficiare della conseguente riduzione di pena: v. 74 ss., 106).

[24] C. Grandi, *Neuroscienze*, cit., 238 ss., 298 ss. V. anche F. Basile, G. Vallar, *Neuroscienze e diritto penale*, cit., 283 ss.

[25] L'a-IAT potrebbe servire anche per sondare l'effettiva consapevolezza, da parte dell'imputato, di tutti gli elementi costitutivi del fatto tipico: cfr. C. Grandi, *Neuroscienze*, cit., 269 nota 440. Non sembra pensarla così, tuttavia, la Corte di cassazione. In un recente caso giudiziario concernente plurimi fatti di bancarotta, la difesa, nei motivi di ricorso, aveva contestato la sussistenza dell'elemento soggettivo del reato in capo a uno dei concorrenti adducendo, tra l'altro, gli esiti di un test a-IAT condotto sul ricorrente, dal quale era emerso che quest'ultimo intendeva «fare solo il commercialista» e non anche «partecipare e inserirsi nel progetto criminoso [del coimputato], cominciato alla fine degli anni '90, molto prima del loro incontro» (esiti che il giudice territoriale avrebbe indebitamente svalutato). La Corte di cassazione (Cass., Sez. V, 30 aprile 2021, P., *inedita*) ha ritenuto che il motivo fosse «inammissibile già dalla stessa prospettazione, postulando *la dimostrazione dell'elemento soggettivo del reato in chiave clinica*, al di fuori di ogni rilievo patologico, in tal modo ignorando come l'accertamento del dolo involga un procedimento squisitamente normativo, nella misura in cui l'atteggiamento psicologico dell'autore del reato si rivela *ab extrinseco* attraverso dati fattuali». In argomento A. Lavazza, L. Sammicheli, *Il delitto del cervello*, cit., 197 ss.

[26] C. Grandi, *Neuroscienze*, cit., 223, 269 ss.

[27] *Ibidem*, 264 ss.

3. *La valutazione dello stato mentale dell'imputato: costi e benefici*

Sul primo versante (la valutazione dello stato mentale dell'imputato), non v'è dubbio, per cominciare, che gli esperimenti neuroscientifici – se ritenuti intrinsecamente validi e affidabili[28] – possano contribuire a innalzare il tasso di accuratezza delle perizie in materia di capacità di intendere e volere, e dunque a rendere più attendibile il giudizio di sussistenza del vizio totale o parziale di mente[29]. Si ritiene, in particolare, che il ricorso a queste tecni-

[28] Sul punto «la parola non può che spettare, almeno in prima battuta, alle scienze empiriche»: v. C. GRANDI, *Neuroscienze*, cit., 303 ss. Sul piano giudiziario, non sono mancate espressioni di aperta diffidenza nei confronti della "scientificità" delle tecniche di *neuroimaging* e delle indagini di genetica comportamentale, che non potrebbero ancora vantare «una adeguata verifica da parte della comunità scientifica nel settore cui si ha riguardo» (Cass., Sez. I, 7 novembre 2012, Pannuccio, cit.), e che offrirebbero risultati dall'incerta attitudine esplicativa (con specifico riferimento alle neuroimmagini, si è fatta rilevare l'estrema complessità dell'opera di decodificazione delle medesime, nonché l'impossibilità di individuare precise corrispondenze eziologiche tra alterazioni funzionali e/o strutturali della corteccia, disturbi psichiatrici e comportamenti devianti: v. Corte Ass. Treviso, 9 ottobre 2007, F., cit.). Quanto alle tecniche di *memory* e *lie-detection*, v. più ampiamente *infra*, § 4.

[29] Così, tra gli altri, C. GRANDI, *Neuroscienze*, cit., XVI, 29 ss., 124, e A. LAVAZZA, L. SAMMICHELI, *Il delitto del cervello*, cit., 195. Secondo questi ultimi, tuttavia, (*ivi*, 148 ss.), ciò non significa che le tecniche neuroscientifiche «permettano di ricostruire le malattie psichiatriche, le quali sono, e restano, malattie del comportamento»: le analisi neurobiologiche «aggiungono informazioni a una diagnosi condotta facendo riferimento esclusivamente a dati di carattere sintomatologico», essendo ancora «difficilmente contestabile il fatto che il dato biologico segua, e non preceda, da un punto di vista concettuale, la costruzione della malattia». Più in generale, L. SAMMICHELI, *Diritto, politica, neuroscienze*, cit., 18 ss., mette in guardia contro un duplice rischio: da un lato, ritenere che sia possibile «sfuggire allo *status* 'soft'» delle tradizionali scienze comportamentali (psicologia e psichiatria) «semplicemente aggiungendo il suffisso *neuro-* (ancor meglio se seguito dall'apodittico *-scienze*) a domini di conoscenza che non possono non portarsi dietro tutte le difficoltà epistemologiche e metodologiche delle medesime» (di fatto, «quando si discorre di *neuroscienze* quali discipline capaci di descrivere il comportamento umano si sta parlando di un solo livello delle neuroscienze, quello cioè delle neuroscienze comportamentali o cognitive, ossia della vecchia neuropsicologia»); dall'altro, accogliere l'impostazione riduzionista che pretende di ricondurre ormai «le scienze comportamentali all'interno del modello delle scienze naturali in senso lato e biologiche in senso specifico», trasformando arbitrariamente il termine neuroscienze in un «nuovo modo» – neurobiologicamente connotato – «di definire la psicologia».

che possa rivelarsi prezioso nella diagnosi di quei disturbi della personalità (come il disturbo paranoideo) che, secondo il noto orientamento della Corte di cassazione[30], possono farsi rientrare nel concetto di "infermità" evocato dagli artt. 88 e 89 c.p. pur non essendo inquadrabili nel ristretto novero delle malattie mentali – vale a dire, pur non comportando un'alterazione anatomico-funzionale della sfera psichica del soggetto agente –, purché siano di consistenza, intensità e gravità tali da incidere concretamente sulla capacità di intendere o di volere[31].

Conviene tuttavia procedere con cautela sotto diversi profili. In primo luogo, non va dimenticato che un conto è diagnosticare la sussistenza dell'infermità nel momento in cui si effettua la perizia, un conto è stabilire se l'anomalia fosse presente anche al momento del fatto[32]. È inoltre il caso di ricordare che il giudizio di sussistenza della capacità di intendere e di volere – ossia la valutazione della "concreta incidenza" che l'infermità di mente può avere esercitato sulla determinazione criminosa nel singolo caso – è un giudizio squisitamente giuridico e non scientifico, su cui deve pronunciarsi solo il giudice[33] (benché spesso, erroneamente,

[30] Cass., Sez. un., 25 gennaio 2005, Raso, in *Dir. pen. proc.*, 2005, 837, con nota di M. Bertolino, *L'infermità mentale al vaglio delle Sezioni Unite.*

[31] V. per tutti L. Algeri, *Neuroscienze, infermità di mente*, cit., 1356 ss., M.T. Collica, *Gli sviluppi delle neuroscienze*, cit., 11 ss., e O. Di Giovine, *Ripensare il diritto penale*, cit., 14 (secondo cui i c.d. disturbi della personalità sono «una categoria semantica cui si ricorre in mancanza di una *rilevabile* causa organica: lacuna che i nuovi saperi sembrerebbero poter colmare in un prossimo futuro», rendendo «visibile ciò che prima non era osservabile ad occhio nudo»). Sulla necessità di riconsiderare, alla luce degli studi neuroscientifici, anche il tradizionale principio di irrilevanza del fattore emotivo-passionale nella ricostruzione della capacità di intendere e volere, cfr. la stessa O. Di Giovine, *ivi*, 35 ss., nonché, recentemente, M. Di Florio, *Disturbi della personalità e capacità di intendere e di volere (in un caso di* stalking*): un difficile "dialogo"* de iure condendo *tra diritto penale e (neuro)scienze*, in *Arch. pen.*, 2022, n. 1, 1 ss.

[32] Cfr. F. Basile, G. Vallar, *Neuroscienze e diritto penale*, cit., 288; P. Ferrua, *La prova nel processo penale*, cit., 317.

[33] Cfr. L. Algeri, *Neuroscienze, infermità di mente*, cit., 1361 ss., e P. Ferrua, *La prova nel processo penale*, cit., 317. Il rischio che l'approccio neuroscientifico possa favorire lo sbilanciamento del giudizio di imputabilità sul versante della pura e semplice diagnosi medica è molto avvertito nella dottrina penalistica: cfr. tra i molti M. Bertolino, *Prove neuro-psicologiche di verità penale*, cit., 3 ss., 15 ss.; F. Basile, G. Vallar, *Neuroscienze e diritto penale*, cit., 276 ss.; L. Capraro, *Problematiche*, cit., 254;

la diagnosi venga rimessa all'esperto fin dalla formulazione del quesito peritale[34]).

Occorre poi naturalmente guardarsi da ingannevoli derive deterministiche. Lo studio dei rapporti tra la fisiologia cerebrale e il comportamento criminoso si è originariamente concentrato, come è noto[35], su soggetti che avevano manifestato insoliti atteggiamenti aggressivi dopo avere sofferto di deformazioni traumatiche della corteccia cerebrale nella zona dei lobi frontali. È su questa scia molto insidiosa che si sono collocate, negli Stati Uniti, le prime analisi neuroscientifiche del comportamento antisociale, che hanno consentito ad esempio di riscontrare, all'interno della popolazione carceraria, l'esistenza di una specifica correlazione tra lo sviluppo di comportamenti violenti e talune caratteristiche strutturali o funzionali dell'area prefrontale, anche a prescindere da autentiche lesioni cerebrali. Come è stato giustamente osservato, muovendo da simili premesse «il passo è breve» per giungere a teorizzare l'esistenza di una vera e propria base biologica della condotta antisociale[36], in linea con la screditatissima concezione lombrosiana dell'agente criminale[37]: tanto più se agli esperimenti

A. Corda, *Riflessioni*, cit., 513 ss.; C. Grandi, *Neuroscienze*, cit., 306 ss. Distinguono opportunamente i due ambiti, sul versante della letteratura neuroscientifica, L. Sammicheli, G. Sartori, *Neuroscienze e processo penale*, cit., 3311.

[34] P. Ferrua, *La prova nel processo penale*, cit., 317.

[35] Cfr. L. Algeri, *Neuroscienze, infermità di mente*, cit., 1356 ss., e C. Grandi, *Neuroscienze*, cit., 2 ss., 19 ss.

[36] C. Grandi, *Neuroscienze*, cit., 23, 282.

[37] Per A. Corda, *Neuroscienze forensi*, cit., 13, sarebbe «difficile non scorgere [in simili teorie] una sorta di "attualizzazione" (per quanto non esplicita) del determinismo criminologico lombrosiano» (v. anche Id., *Riflessioni*, cit., 500 ss., nonché O. Di Giovine, *Ripensare il diritto penale*, cit., 59 ss.). Che «il convitato di pietra dell'attuale dibattito [neuroscientifico forense sia] certamente Cesare Lombroso, e in generale la Scuola positiva del diritto», è ammesso «senza reticenze» anche da A. Lavazza, L. Sammicheli, *Il delitto del cervello*, cit., 119: «la riconduzione dei comportamenti umani (delinquenziali e non) nell'ambito dei fatti di natura, l'identificazione in chiave materialistica della mente con il cervello, la spiegazione del comportamento criminale (in quanto patologico) nei termini di anomalie cerebrali (disfunzioni biologiche), la conseguente convinzione che la società debba reagire al crimine in chiave soprattutto pragmatica (come si fa in relazione a minacce di altra natura) sono tutte posizioni che possono ritrovarsi tanto nel pensiero del criminologo italiano quanto in quello di vari [neuroscienziati] contemporanei» (*ivi*, 121); «il principio che il delitto può essere determinato

neuroscientifici si affiancano gli studi di genetica comportamentale, che si propongono di mettere in correlazione il corredo cromosomico dell'individuo e la sua capacità di reazione agli stimoli ambientali, cioè di dimostrare che esiste una maggiore o minore "vulnerabilità genetica" rispetto alla tentazione di porre in essere condotte criminose[38]. Non a caso, nelle due più importanti occasioni in cui si è fatto ricorso alle neuroscienze nella giurisprudenza italiana – il caso di Trieste del 2009 e il caso di Como del 2011 –, le tecniche di *neuro-imaging* sono state accompagnate da indagini del corredo cromosomico degli imputati, realizzate attraverso l'analisi di un campione di sangue, che hanno indotto i giudici a ritenere sussistente il vizio parziale di mente in virtù di una ritenuta maggiore "vulnerabilità genetica" dei soggetti interessati rispetto alla tentazione di reagire aggressivamente a stimoli esterni.

Trattandosi di conseguenze (finora) *in bonam partem*[39], il quadro potrebbe apparire poco allarmante: ma esistono due rischi molto evidenti. Il primo è che gli esiti di perizie come queste condizionino lo stesso giudizio sulla responsabilità dell'imputato: al netto della loro risicata compatibilità con il disposto dell'art.

(o codeterminato […]) da una patologia di carattere neurologico […] è esattamente il nucleo dell'intera riflessione della Scuola Positiva» (*ivi*, 122; v. anche L. SAMMICHELI, G. SARTORI, *Neuroscienze e processo penale*, cit., 3306).

[38] Per utili approfondimenti L. ALGERI, *Neuroscienze, infermità di mente*, cit., 1359 ss.

[39] Osserva C. GRANDI, *Neuroscienze*, cit., 30, nota 86, e 124, che «l'ampliamento delle ipotesi in cui viene esclusa l'imputabilità» rappresenta tuttora «l'esito maggiormente pronosticato dell'aumento dell'utilizzo dei dati neuroscientifici in ambito processuale». Per una diversa opinione A. CORDA, *Riflessioni*, cit., 530 ss.; v. inoltre, sottilmente, P. FERRUA, *La prova nel processo penale*, cit., 316 ss., secondo cui «se sotto l'impulso delle neuroscienze dovesse allargarsi oltre misura l'area della non imputabilità, alla lunga il prevedibile esito sarebbe quello di una revisione delle categorie penalistiche, sostanziali e processuali, che porterebbe a processare e a giudicare anche gli infermi di mente: e non è detto che l'eventuale conversione della pena in misura di sicurezza riuscirebbe vantaggiosa ai condannati. Dato che la società si deve difendere dal crimine e neutralizzare la pericolosità, si assisterebbe con tutta probabilità ad uno slittamento del sistema penale verso un modello incentrato essenzialmente sull'obiettiva commissione del fatto di reato e assai poco sugli stati mentali che stanno a base dell'azione delittuosa».

220 comma 2 c.p.p. – che vieta in sede cognitiva, fuori dal quadro *stricto sensu* patologico, ogni indagine peritale su carattere, personalità, qualità psichiche, tendenza a delinquere del soggetto esaminato[40] –, si tratta, come è stato osservato, di accertamenti che andrebbero semmai compiuti dopo la decisione sulla colpevolezza, in un sistema processuale che potrebbe essere strutturato secondo un radicale modello "bifasico" nel quale il «controllo sulla capacità di intendere e volere al momento della commissione del reato fosse successivo all'accertamento della colpevolezza»[41]. Il secondo è l'evidente rovescio della medaglia di una simile benevola diagnosi, ovvero la prognosi sfavorevole di capacità a delinquere del soggetto fisiologicamente vulnerabile[42]. Lo scenario futuro più inquietante è quello della stigmatizzazione e dell'incapacitazione dell'individuo sulla base del suo solo corredo genetico o fisiologico: la pericolosità sociale diagnosticata su base genetica o neuroscientifica addirittura *praeter delictum,* a prescindere dalla commissione di qualunque reato.

[40] Sul punto si rinvia alle considerazioni di A. Santosuosso, B. Bottalico, *Neuroscienze e genetica comportamentale*, cit., n. 1, 73 ss., e, soprattutto, di O. Di Giovine, *Ripensare il diritto penale*, cit., 57, che osserva come il ricorso alle neuroscienze e alla genetica comportamentale rischi di «mette[re] in crisi la tenuta anche formale del divieto di disporre perizie sul carattere, sulla personalità e sulle qualità psichiche, posto che la possibilità di accertare la matrice organica delle disfunzioni renderebbe più facile ravvisare una "patologia"», notando come ciò sia «una conseguenza logica del superamento del dualismo "mente/corpo": se la deviazione da *standard* caratteriali e personologici dipende (anche) dal cervello o dai geni, studiando i secondi, si indagherà la prima».

[41] La proposta è di P. Ferrua, *La prova nel processo penale*, cit., 318; sul punto v. anche F.R. Dinacci, *Neuroscienze e processo penale*, cit., 5 ss. Osserva C. Grandi, *Neuroscienze*, cit., 164, che «nel sistema penale nordamericano […] proprio all'interno della fase del *sentencing* dei *capital trials* le prove neuroscientifiche hanno dispiegato il loro impatto più evidente» (si tratta, tuttavia, di una fase nella quale si discute della sola commisurazione della pena, essendo limitata alla fase cognitiva l'applicazione della c.d. *insanity defense* al fine di una radicale esclusione della punibilità: v. ancora C. Grandi, *Neuroscienze*, cit., 133 ss.).

[42] Come ricordano F. Basile, G. Vallar, *Neuroscienze e diritto penale*, cit., 281, nei casi di Trieste e Como le risultanze delle indagini neuroscientifiche, utilizzate per ridurre la pena, sono state poste anche a fondamento del giudizio di pericolosità sociale degli imputati. Sul punto M.T. Collica, *Gli sviluppi delle neuroscienze*, cit., 30 ss.; A. Corda, *Riflessioni*, cit., 531; C. Grandi, *Neuroscienze*, cit., 308 ss.

In realtà sono gli stessi neuroscienziati – così come gli studiosi di genetica comportamentale – a predicare cautela, a parlare prudentemente di propensioni e di tendenze, ad astenersi dall'evocare rigide catene deterministiche di derivazione esclusivamente biologica[43]: l'orientamento massimalista, incline a rimettere in discussione le stesse fondamenta della responsabilità penale individuale, rimane ampiamente minoritario[44]. Dunque, in chiave retrospettiva

[43] P. Ferrua, *La prova nel processo penale*, cit., 316. Con specifico riferimento alla genetica comportamentale, si ha cura di precisare che il condizionamento genetico ha carattere essenzialmente probabilistico, non esistendo alcun autentico "gene causativo" di comportamenti violenti o criminali, ma solo "geni di suscettibilità" che possono «favorire una risposta aggressiva alla scintilla innescata da un certo stimolo ambientale» (C. Grandi, *Neuroscienze*, cit., 23 ss., 30, 282). V. anche, in questo senso, L. Algeri, *Neuroscienze, infermità di mente*, cit., 1359; L. Capraro, *Problematiche*, cit., 251; O. Di Giovine, *Ripensare il diritto penale*, cit., 63 ss.

[44] Muovendo dall'esito sconvolgente degli esperimenti neuroscientifici condotti da Jonathan Libet intorno agli anni ottanta del secolo scorso (il formarsi della volontà cosciente di agire *seguirebbe* di almeno 300 millisecondi, anziché precederlo, l'attivarsi dei meccanismi cerebrali funzionali al compimento dell'atto asseritamente volontario), una parte della dottrina penalistica ritiene – con buona pace della psicologia del senso comune – che l'autopercezione dell'individuo di orientare liberamente le proprie condotte non sarebbe che un'illusione, l'epifenomeno di un'attività cerebrale a base esclusivamente meccanicistica. Di qui la proposta "rifondativa" di accantonare i modelli di responsabilità penale imperniati sulle nozioni di volontà cosciente, capacità di autodeterminazione e libero arbitrio, sostituendo anche la pena tradizionalmente intesa (ritenuta ormai priva di giustificazione in chiave retributiva) con misure di sicurezza finalizzate alla correzione o alla neutralizzazione del reo. Numerose e convincenti, tuttavia, le repliche. Per alcuni studiosi, ad esempio, gli esperimenti di Libet – anche ad ammetterne la correttezza metodologica, nonché la reale efficacia esplicativa rispetto ad attività volontarie tendenzialmente complesse come quelle criminose – lascerebbero impregiudicata la questione se non si debba comunque alla mente umana l'attivazione degli impulsi elettrici cerebrali prodromici all'atto (non tutte le scelte volontarie, del resto, sarebbero scelte coscienti: secondo un noto esempio, il tennista "vuole" effettuare il colpo anche quando non ha il tempo di meditare coscientemente sulla sua realizzazione). Tali esperimenti, comunque, anche a ritenere che dimostrino l'inesistenza del libero arbitrio (*free will*), non dimostrerebbero l'inesistenza del libero veto (*free won't*): l'individuo conserverebbe la facoltà di arrestare e inibire i processi cerebrali che si attivano inconsciamente, e dunque, almeno in questo senso, resterebbe libero. Per queste e altre riflessioni v., tra i molti, L. Algeri, *Neuroscienze, infermità di mente*, cit., 1371; F. Basile, G. Vallar, *Neuroscienze e diritto penale*, cit., 273 ss.; L. Capraro, *Problematiche*, cit., 245 ss.; A. Corda, *Neuroscienze forensi*, cit., 13 ss.; Id., *Riflessioni*, cit., 502 ss.; O. Di Giovine, *Ripensare il diritto penale*, cit., 7 ss.; C. Grandi, *Neuroscienze*, cit., XIII

(di valutazione della sussistenza di un'"infermità" rilevante ex artt. 88 e 89 c.p., ossia di un vizio totale o parziale di mente), l'anomalia diagnosticata su base neuroscientifica o genetica non dovrebbe mai essere una condizione sufficiente per escludere o ritenere attenuata la capacità di intendere e volere: così come, in chiave prognostica (di valutazione della pericolosità sociale), non dovrebbe essere una condizione sufficiente per inferirne un'elevata probabilità di commissione di reati[45].

In linea generale, poi, è «opinione comune» che, nella diagnosi del vizio totale o parziale di mente, gli strumenti neuroscientifici, «più che sostituire quelli tradizionali come i colloqui clinici e i test psicopatologici, debbano ad essi affiancarsi, avvalorandone o mettendone in discussione gli esiti», come, del resto, «è avvenuto di fatto nei processi dove si è ricorso alle neuroscienze»[46].

ss., XVII, 31 ss., 40 ss., 90 ss., 283 ss. (che definisce comunque «assai limitato» il successo conseguito, nell'ambito della dottrina penalistica, dal paradigma neuroscientifico "forte" e dalla sua proposta "rifondativa", sottolineando, tra l'altro, come quest'ultima muova da un duplice falso presupposto: che «le concezioni retribuzioniste della pena siano il fondamento ineluttabile del diritto penale moderno», e che «il giudizio di responsabilità individuale sia basato su premesse filosofiche indeterministe e postuli l'esistenza del libero arbitrio»); A. Lavazza, L. Sammicheli, *Il delitto del cervello*, cit., 143 ss.

[45] Per i fautori dell'approccio "moderato" ai rapporti tra neuroscienze e responsabilità penale, «l'utilizzo dei dati neuroscientifici e di genetica comportamentale […] non rappresenta affatto una riedizione aggiornata delle teorie deterministiche, che pure si ripropongono a intermittenza nella storia del diritto penale» (C. Grandi, *Neuroscienze*, cit., 31, 283). Con specifico riferimento alla genetica comportamentale, osservano tuttavia A. Lavazza, L. Sammicheli, *Il delitto del cervello*, cit., 147, che negare l'esistenza di "geni causativi" del comportamento criminale non significa sconfessare il meta-modello di riferimento, che resta biologico-deterministico, ma semplicemente affermare che «anziché a un determinismo *monodimensionale* (solo geni) occorre riferirsi a un determinismo *polidimensionale* (geni+ambiente)». In argomento, per condivisibili puntualizzazioni in ordine alla funzione dei marcatori neurobiologici nel giudizio di pericolosità sociale, v. O. Di Giovine, *Ripensare il diritto penale*, cit., 22 ss., 61 ss., secondo cui «le neuro-Scienze (quelle con la S maiuscola) rifuggono la lineare logica causale tipica – quantomeno nella rappresentazione corrente – del lombrosianesimo».

[46] P. Ferrua, *La prova nel processo penale*, cit., 312. Per analoghe riflessioni M.T. Collica, *Gli sviluppi delle neuroscienze*, cit., 15, 28 ss.

4. *Misuratori di verità*

Quanto all'uso delle tecniche neuroscientifiche (o presunte tali) come strumento di verifica dell'attendibilità di un resoconto dichiarativo, una prima riflessione va dedicata al grado di "scientificità" che simili tecniche sono attualmente in grado di esibire.

Premesso che la letteratura scientifica non sembra fornire notizie rassicuranti in ordine all'affidabilità della fMRI (in questa sua specifica funzione)[47] e delle varie forme di *Guilty Knowledge Test* con registrazione dei potenziali evocati cognitivi[48], va dato atto dei contrasti che si registrano nel nostro panorama dottrinale e giurisprudenziale a proposito dell'idoneità di IAT, a-IAT e TARA a soddisfare gli standard di scientificità pretesi dal c.d. *Daubert test* nordamericano – e dalla giurisprudenza della Corte di cassazione[49] – per l'ingresso delle "nuove scienze" nel processo penale[50].

Occorre tuttavia, in primo luogo, sciogliere la riserva formulata in precedenza a proposito del concreto funzionamento di queste tecniche.

[47] Cfr. L. Sammicheli, G. Sartori, *Neuroscienze e processo penale*, cit., 3312 (che ne parlano come di uno strumento «di validità e affidabilità ancora assai discussa e di utilizzo molto complicato»); C. Grandi, *Neuroscienze*, cit., 13, nota 30 (che la definisce, in accordo con la prevalente dottrina anglosassone, una tecnica di identificazione della menzogna «non ancora in grado di soddisfare una soglia di attendibilità minima [tale] da consentirne il ricorso sistematico in ambito processuale»); I. Merzagora, A. Verde, C. Barbieri, A. Boiardi, *Come mente la mente*, cit., 1897 ss.; P. Pietrini, *La macchina della verità*, cit., 411 ss.; G. Sartori, S. Agosta, *Menzogna, cervello e* lie detection, cit., 170 ss. Più benevoli i giudizi di L. Capraro, *Problematiche*, cit., 259, e di A. Corda, *Riflessioni*, cit., 523 ss.

[48] Cfr. P. Pietrini, *La macchina della verità*, cit., 414 («anche per questo metodo l'applicazione sistematica non appare realisticamente possibile allo stato attuale di sviluppo»). C. Grandi, *Neuroscienze*, cit., 233 nota 309, riferisce di una *guideline* rilasciata nel 2009 dall'*India National Institute of Mental Health and Neurosciences*, nella quale si riconosce alla tecnica di cui trattasi un livello di affidabilità scientifica non ancora sufficiente a consentirne l'uso *contra reum* in un processo penale (benché, l'anno precedente, una condanna per omicidio fosse stata pronunciata in India proprio sulla base di un accertamento peritale condotto con la versione locale del *Brain Fingerprinting*: v. A. Lavazza, L. Sammicheli, *Il delitto del cervello*, cit., 205 nota 9).

[49] Cass., Sez. IV, 17 settembre 2010, Cozzini, in *Cass. pen.*, 2011, 1679.

[50] Per un giudizio severamente negativo v. M.T. Collica, *Gli sviluppi delle neuroscienze*, cit., 25 ss.

In estrema sintesi, lo IAT (*Implicit Association Test*), messo a punto dallo psicologo sociale americano Anthony Greenwald nel 1998[51], è uno strumento di sondaggio della memoria individuale basato sulla misurazione del tempo che impiega il soggetto esaminato a mettere in associazione due concetti. Il dato cronologico è rilevante perché deve ritenersi che il tempo di reazione sia più breve quando l'associazione è già presente nella mente di chi viene sottoposto all'esperimento. Nel caso dell'a-IAT – che è una variante dello IAT elaborata dal neuropsicologo forense italiano Giuseppe Sartori – si usano frasi anziché semplici parole o immagini: l'analisi, dunque, si estende dalla memoria semantica alla memoria episodica o autobiografica[52].

Lo scopo del test di associazione implicita autobiografica è quello di verificare «quale, di due ricordi alternativi, è quello realmente rappresentato nella mente/cervello del soggetto esaminato»[53]. Il confronto viene istituito tra il ricordo corrispondente alla versione dei fatti resa dal periziando e il ricordo corrispondente a una versione dei fatti di segno contrario, logicamente incompatibile con la prima: quando ad essere sottoposto all'esperimento è il presunto autore di una condotta criminosa, si tratta di comprendere se quest'ultimo conservi nella propria mente il ricordo di tale condotta (ad esempio, nel caso di Brescia, "ho fotografato la bambina in pose oscene"), oppure il ricordo del fatto che costituisce oggetto delle sue dichiarazioni difensive (nel caso di Brescia, "in nessun caso ho scattato foto sconce alla bambina").

La tecnica utilizzata è alquanto complessa. Al periziando vengono mostrate sullo schermo di un computer frasi che descrivono la sua condizione nel momento in cui sta effettuando il test, alcune

[51] A.G. Greenwald, D.E. McGhee, J.L.K. Schwartz, *Measuring individual differences in implicit cognition: The Implicit Association Test*, in *Journal of Personality and Social Psychology*, 1998, 74, 1464-1480.

[52] Sulla distinzione tra i due tipi di memoria v. L. Algeri, *Neuroscienze, infermità di mente*, cit., 1367.

[53] La citazione è tratta dalla Relazione redatta dal prof. Sartori in data 20 marzo 2018, allegata alla richiesta di revisione della sentenza di condanna nel caso di Brescia (13). Sul funzionamento del test, ampiamente, G. Sartori, S. Agosta, *Menzogna, cervello e* lie detection, cit., 178 ss.

palesemente vere ed altre palesemente false (come "sono seduto davanti al computer", "sono in fondo al mare" ecc.), alternate in ordine casuale a frasi che hanno attinenza con l'episodio oggetto di accertamento, alcune corrispondenti alla versione dei fatti resa dall'interessato, altre corrispondenti alla versione alternativa. In un primo momento, il soggetto esaminato deve schiacciare un certo tasto (di regola, il tasto A) in corrispondenza delle frasi che ritiene vere e in corrispondenza di quelle che classifica di portata colpevolista, un altro tasto (di regola, il tasto L) in corrispondenza delle frasi che ritiene false e di quelle che classifica come di portata innocentista. In un secondo momento l'associazione cambia: il tasto A deve essere usato per le frasi vere e per quelle da ricondurre alla categoria "difesa", il tasto L per le frasi false e per quelle da ricondurre alla categoria "accusa"[54]. Il computer registra il tempo (in millisecondi) che intercorre tra l'apparizione della frase e la pressione del tasto, e il ricordo che deve ritenersi presente nella mente del periziando è quello che viene evocato più rapidamente quando condivide la stessa risposta con le frasi (palesemente) vere[55]. La mente umana, infatti, sostengono i creatori del metodo, «messa in questa condizione, tende ad abbinare implicitamente ed inconsapevolmente il concetto di "vero" alla memoria autobiografica effettivamente vera, e quindi farà meno fatica a classificare quando il tasto che rappresenta questi due concetti è lo stesso»: diversamente, «vi sarà un forte conflitto cognitivo, che avrà come conseguenza un significativo rallentamen-

[54] In realtà la procedura è ancora più articolata: «lo IAT è costituito di 5 blocchi di prove, tre dei quali servono al soggetto per fare pratica con il compito e sono nello specifico il blocco 1, il blocco 2 e il blocco 4. Questi sono chiamati blocchi semplici in quanto il soggetto deve classificare le frasi usando solo un criterio (*versione del periziando / versione contraria* o *vero / falso*). I blocchi critici (a classificazione doppia) su cui poggia la diagnosi sono il blocco 3 e il blocco 5. In particolare, nel blocco 3 vengono associate la categoria *vero* e la categoria corrispondente alla *versione del periziando* (e *falso / versione contraria*), mentre nel blocco 5 vengono associate la categoria *vero* e la categoria *versione contraria* (e *falso / versione del periziando*)» (Relazione Sartori 20 marzo 2018, 5).

[55] «Se il ricordo dell'esaminando è quello rappresentato dalle frasi "*difesa*", la risposta con questo tasto sarà più veloce quando la stessa mano viene usata per rispondere a frasi *vere* e a frasi "*difesa*" (blocco 3) rispetto a quando la stessa mano viene usata per classificare frasi *vere* e frasi riferite a "*accusa*" (blocco 5)» (Relazione Sartori 20 marzo 2018, 7 ss.).

to della risposta motoria, in quanto la mente deve effettuare un passaggio in più e quindi, un maggiore sforzo cognitivo, per poter classificare correttamente»[56]. Se, dunque, ad esempio – nel caso del test somministrato al presunto responsabile –, l'associazione della frase "ho commesso il reato" alla categoria "accusa" è più rapida quando il tasto-accusa coincide con il tasto-vero di quando il tasto-accusa coincide con il tasto-falso, la traccia di memoria autobiografica rivelata dal test è il ricordo di avere commesso il reato.

La procedura è analoga nel caso del test computerizzato TARA (*Timed Antagonistic Response Alethiometer*). Come nell' a-IAT, al periziando vengono mostrate frasi vere o false che attengono alla sua condizione al momento del test e frasi che corrispondono alle due versioni contrastanti associate all'evento autobiografico indagato (ossia l'evento passato riferito dal dichiarante e un evento alternativo che il soggetto assume non appartenere al suo vissuto): e anche in questo caso gli si chiede di reagire con la pressione di un determinato tasto alla comparsa della frase sul monitor. A differenza, tuttavia, di quanto accade nel test di associazione implicita, al soggetto esaminato è richiesto di classificare anche le frasi del secondo tipo solo attraverso le due categorie logiche vero/falso. Il conflitto cognitivo rivelatore della falsità viene instaurato chiedendo all'interessato, in un primo momento, di qualificare come vere o false le frasi del secondo tipo sulla base di un criterio che viene definito "onesto" (cioè indicando come vere le frasi che cor-

[56] Così l'allegato 3 alla consulenza tecnica di parte presentata da Giuseppe Sartori e Pietro Pietrini il 10 febbraio 2011 nel procedimento relativo al "caso di Como", 140. V. anche la Relazione Sartori 20 marzo 2018, 4: il test di associazione implicita «si fonda su un fenomeno chiamato incompatibilità. Un modo molto chiaro per comprendere tale fenomeno è la guida a gambe incrociate. Chiunque abbia provato a guidare in questo modo sa che si diventa molto lenti ed inaccurati. La gamba di destra che normalmente viene utilizzata per manovrare l'acceleratore deve, in questa nuova condizione, guidare la frenata e l'uso della frizione. Questo cambiamento determina errori che se si possono in parte evitare effettuando dei movimenti molto lenti per cercare di bloccare l'automatismo motorio che ci porterebbe a muovere il piede destro come se fosse sopra l'acceleratore. Il fenomeno è molto forte perché il soggetto deve inibire un automatismo. Nello IAT vengono indotte delle condizioni di incompatibilità che determinano un rallentamento dei tempi di reazione. Dal confronto fra le due condizioni chiamate rispettivamente compatibile ed incompatibile è possibile, attraverso una procedura matematica, arrivare ad identificare il ricordo vero».

rispondono alla sua versione dei fatti e come false quelle che corrispondono alla versione alternativa), e, in un secondo momento (blocco 4), di qualificare tali frasi come vere o false secondo un criterio opposto, definito "disonesto". L'associazione "disonesta", riferita alle frasi concernenti l'evento autobiografico di cui si cerca la traccia mnestica, deve essere effettuata, in una fase dell'esperimento (blocco 5), anche contemporaneamente alla classificazione "onesta" delle frasi che attengono alla condizione del periziando al momento del test. Tutto ciò determina nel soggetto «una condizione di incompatibilità con le sue conoscenze reali circa gli eventi autobiografici» tale per cui egli «dovrà inibire la risposta "automatica", che lo porterebbe a classificare le frasi vere come vere e quelle false come false per invertire i tasti di risposta e classificare in modo menzognero». Una simile «operazione, sia cognitiva che motoria, necessariamente si mostra attraverso un incremento nei tempi di risposta in questi due blocchi rispetto a quelli in cui è richiesta una classificazione onesta: in questo modo, e grazie a degli algoritmi matematici che rendono estremamente precisa l'analisi, la metodologia è in grado di verificare quale delle due versioni dell'evento autobiografico indagato è quello realmente vissuto dal soggetto esaminato e se lo stesso sia stato onesto nel riferirlo»[57].

Va subito detto che la natura autenticamente "neuroscientifica"[58] dei test di memoria autobiografica non appare così scontata: come nel caso del *Facial Action Coding System*, non si procede a una diretta esplorazione delle attività cerebrali del soggetto esaminato, ma si inferisce un determinato lavorio psichico da indizi esterni di carattere comportamentale (in questo caso, la maggiore o minore rapidità con cui viene eseguito un compito di categorizzazione). V'è dunque chi ritiene che a-IAT e TARA possano fregiarsi della qualifica di tecniche neuroscientifiche solo al prezzo di una considerevole dilatazione del *genus*[59].

[57] Così ancora l'allegato 3 alla consulenza tecnica di parte presentata da Giuseppe Sartori e Pietro Pietrini il 10 febbraio 2011 nel procedimento relativo al "caso di Como", 141 ss.

[58] Cfr. la perizia presentata dalla prof.ssa Balconi nel processo di Brescia (24).

[59] Esprime questa opinione L. SAMMICHELI, *Diritto, politica, neuroscienze*, cit., 22 ss., secondo cui l'a-IAT «può essere considerato 'neuroscientifico' solo nel senso

Ciò premesso, sulla circostanza che le descritte metodiche rispettino i criteri di ammissibilità processuale della prova scientifica esistono, come già accennato, opinioni contrastanti in giurisprudenza. Mentre nel caso di Torino il giudice, ritenendo sostanzialmente irrilevanti gli esiti dell'a-IAT, aveva potuto astenersi dal prendere posizione sul punto[60], nei casi di Cremona e di Como il *Daubert test* era stato brillantemente superato: sia pure sulla base, per lo più, di un'acritica valorizzazione delle credenziali di scientificità del metodo fornite dallo stesso consulente[61], nonché in considerazione della «statura scientifica» del medesimo[62]. Una brusca battuta di arresto si era invece registrata nel caso di Venezia: condividendo gli esiti di una perizia d'ufficio, il Tribunale aveva definito l'a-IAT una metodologia ancora «di carattere sperimentale, i cui risultati non possono ritenersi indiscussi». A conclusioni analoghe era pervenuta la Corte d'Appello nel caso di Milano: il metodo, «di recente sperimentale applicazione in ambito forense», non sa-

[di una] generica *riduzione* ed identificazione della psicologia con la neuroscienza» (v. *supra,* nota 29); si tratta, infatti, di una «metodologia essenzialmente 'psicologica': essa interpreta un dato comportamentale (il tempo di risposta in un compito di categorizzazione di stimoli) sulla base di una legge psicologica, quella che *inferisce* il tasso di associazione di due stimoli (da cui il nome) dalla velocità di risposta nella categorizzazione». In sintesi, «quando si tira in ballo il cervello a proposito dell'a-IAT lo si fa in modo assolutamente generico».

[60] Trib. Torino, 19 aprile 2011, Franzoni, cit., 192 ss., in cui si commentano gli esiti del test a-IAT «a prescindere dalla sua validazione scientifica».

[61] Nella consulenza presentata nel processo di Cremona, così come in quelle successive, il prof. Sartori ha sempre convintamente affermato che il suo metodo potrebbe vantare un «tasso di scientificità molto superiore a gran parte di altri metodi della psicologia/psichiatria». Nella consulenza 10 febbraio 2011, all. 3, 135 ss. (caso di Como), si sostiene, ad esempio: (a) che esisterebbe una generalizzata accettazione del metodo nell'ambito della comunità scientifica, in quanto «l'IAT è stato validato in numerosissimi settori (es. stereotipo razziale, pedofilia, doping sportivo, etc.) e risulta essere una delle acquisizioni più citate e note degli ultimi 15 anni nel settore della psicologia/psichiatria»; (b) che «tutti i lavori sullo IAT sono apparsi sulle più prestigiose riviste mondiali *peer-reviewed*», e i soli lavori scientifici di Greenwald (l'"inventore" dello IAT) potrebbero vantare, secondo Google Scholar, oltre 15.000 citazioni; (c) che si tratterebbe di un metodo popperianamente "falsificabile"; (d) che la percentuale di errore dello IAT sarebbe nota ed estremamente limitata, dal momento che «in tutte le versioni dello IAT, l'accuratezza nella classificazione è molto elevata ed è sempre superiore al 92%».

[62] Con riferimento al caso di Salerno, v. G. Gennari, *La macchina della verità si è fermata a Salerno… fortunatamente*, in *Dir. pen. cont., Riv. Trim.*, 12/2018, 6.

rebbe stato ancora assistito dal «consenso generale della comunità scientifica di riferimento».

Il punto ha costituito oggetto di ulteriori specifici approfondimenti nei casi di Salerno e di Brescia, avendo entrambi i giudici della revisione disposto accertamenti peritali per verificare se le tecniche IAT, a-IAT e TARA fossero «metodologicamente corrette e validate dalla comunità scientifica internazionale, e tali pertanto da garantire valide acquisizioni di conoscenza sul piano giudiziario processuale». Assai diversi gli esiti. Nel caso di Salerno[63], il perito – le cui opinioni sono state ritenute persuasive dal giudice – ha concluso in senso radicalmente negativo, sostenendo, per un verso, che a godere di un sufficiente credito all'interno della comunità scientifica sarebbe soltanto il metodo IAT di Greenwald[64] e non già i suoi "derivati" a-IAT e TARA (solo superficialmente assimilabili al primo per struttura e funzione)[65], e facendo rilevare, per altro verso, come la moderna concezione "strutturalista" della memoria autobiografica renda ingenua la premessa, implicita nelle metodiche di cui trattasi, secondo cui il dichiarante si limiterebbe a ripescare nella propria mente un'informazione precedentemente acquisita[66]. Di tutt'altro tenore le conclusioni del perito nel caso

[63] Giova ricordare che la decisione del giudice di Salerno era stata sollecitata da una decisione della Corte di cassazione (Cass., Sez. V, 22 gennaio 2013, A.V.), con la quale era stata annullata una sentenza della Corte d'Appello di Catanzaro che aveva rigettato una richiesta di revisione fondata sull'esito di test condotti con le metodologie a-IAT e TARA. In quell'occasione, la Corte di cassazione aveva fatto rilevare come il giudice territoriale avesse indebitamente omesso di valutare la scientificità delle suddette metodologie, pur esistendo ormai al riguardo «letteratura, anche in ambito giuridico».

[64] Anche la "scientificità" dello IAT – e la sua attitudine a fungere da prova nei giudizi penali – non può dirsi affatto incontestata nella comunità scientifica internazionale: cfr., ad esempio, anche per ulteriori riferimenti bibliografici, R. Cubelli, S. Della Sala, *L'*Implicit Association Test (IAT) *non è la macchina della verità*, cit., 2 ss., nonché G. Gennari, *La macchina della verità*, cit., 11.

[65] Come osserva G. Gennari, *La macchina della verità*, cit., 13, «il test IAT, utilizzato in psicologia sociale per valutare stereotipi, pregiudizi, atteggiamenti impliciti verso prodotti di consumo o candidati politici, è cosa profondamente diversa dall'a-IAT che ricerca la traccia mnestica di un evento».

[66] Corte App. Salerno, 16 dicembre 2016, A.V., cit., 946: la memoria autobiografica non andrebbe più considerata «semplicemente come la capacità di immagazzinare informazioni del proprio passato […] ma, piuttosto, come un processo di ricostruzione

di Brescia: l'a-IAT, «quale estensione della misura originaria IAT, costituisce un valido strumento, come riconosciuto dalla comunità scientifica internazionale attualmente disponibile», ossia «una misura «validata e affidabile, in quanto considerata una misura oggettiva in grado di descrivere e predire atteggiamenti, attitudini e comportamenti relati a memorie di natura autobiografica»[67]. Forti perplessità sono tuttavia riemerse nella decisione della Corte d'Appello bresciana: i giudici hanno fatto rilevare, in particolare, che mentre in materia di IAT «esiste un'ampia serie di ricerche soprattutto internazionali, sul metodo a-IAT […] gli scritti sono assai meno numerosi e in parte preponderante provenienti dall'ideatore del metodo o dalla sua scuola»[68]. Quanto all'idea che le metodologie in discorso trascurerebbero di considerare la dimensione "costruttiva" della narrazione, la Corte bresciana mostra invece di aderire all'opinione contraria del perito, riferita da quest'ultimo nel corso dell'esame dibattimentale: l'a-IAT sarebbe «resistente alla *self-presentation artifact*», ossia all'inevitabile commistione dei ricordi effettivi del dichiarante con i processi di integrazione e di sovrascrittura narrativa che caratterizzano qualunque resoconto consapevole di una propria passata esperienza sensoriale. L'assunto condiviso dai giudici bresciani – di rilevanza centrale, come vedremo, anche per la soluzione del quesito relativo alla possibile violazione degli artt. 64 e 188 c.p.p. – è, in altre parole, che il test di associazione implicita autobiografica consentirebbe «di bypassare una serie di potenziali filtri o bias che il soggetto può in qualche modo, anche inconsapevolmente, mettere in atto quando raccon-

dell'esperienza che, partendo da interessi e conoscenze attuali, permette di inquadrare e, a volte, di ripristinare a posteriori il significato degli eventi». L'impostazione è condivisa da G. Gennari, *La macchina della verità*, cit., 13.

[67] Così la già citata relazione peritale della prof.ssa Balconi, 30. In particolare, nel corso del tempo la misura avrebbe «mostrato un progressivo consolidamento e riconoscimento da parte dei ricercatori a livello internazionale, seppure circoscritto al lasso temporale dell'ultimo decennio, dovuta alla datazione di diffusione dello stesso» (*ivi*, 34). Per considerazioni fortemente critiche al riguardo v. G. Gennari, *Oscillazioni neuro…scientifiche*, cit.

[68] Corte App. Brescia, 11 novembre 2020, C., cit., 18. Sui rischi connessi al «(potenziale) conflitto di interessi tra produttori e portatori del sapere neuroscientifico all'interno del processo penale», v. A. Corda, *Neuroscienze forensi*, cit., 38 ss.

ta, quando ricorda, quando sostanzialmente rende conto delle proprie attitudini»[69].

La questione dunque, rimane aperta, fuori e dentro le aule dei tribunali[70]. Non sono però da escludere ulteriori sviluppi: le stesse decisioni di Salerno e Brescia lasciano intendere che nuovi riscontri positivi provenienti dalla comunità scientifica di riferimento potrebbero rovesciare il giudizio provvisorio di scarsa affidabilità dello strumento diagnostico.

5. *Introspezioni psichiche e libertà morale*

Residua un fondamentale quesito: le descritte tecniche di introspezione neurologica – volte a "misurare la verità" di un enunciato narrativo – sono conciliabili con il disposto degli artt. 64 comma 2

[69] Così, nel riferire i contenuti dell'audizione dibattimentale della prof.ssa Balconi, Corte App. Brescia, 11 novembre 2020, C., cit., 19. V. però *infra*, nota 94.

[70] In aggiunta alle obiezioni già riferite – secondo cui «diversamente dalla memoria di parole e concetti, che può essere pensata come un repertorio o un archivio, la memoria degli eventi è un fenomeno tipicamente ricostruttivo ed è contaminata da falsi ricordi indotti da sogni, desideri, paure, fantasie, suggestioni, letture o pensieri» –, i critici fanno osservare che l'esperimento sarebbe «facilmente soggetto a manipolazioni» (i partecipanti, se debitamente istruiti, potrebbero «guidare le risposte esplicitamente»); che sarebbe «bassa la replicabilità dei risultati, poco sopra il 60%»; che l'a-IAT non potrebbe essere validato, perché «i contenuti della memoria autobiografica variano da individuo a individuo, quindi gli stimoli devono essere personalizzati, il che impedisce la raccolta di dati normativi»; infine, e soprattutto, che l'a-IAT «non usa termini dicotomici come lo IAT ma frasi (come "sono un pedofilo" o "ho ucciso mia sorella") che devono essere interpretate e possono assumere significati differenti in agenti e contesti diversi». Così, con ampi riferimenti alla letteratura internazionale in materia, R. Cubelli, S. Della Sala, *L'*Implicit Association Test (IAT) *non è la macchina della verità*, cit., 6 ss. V. anche L. Algeri, *Neuroscienze, infermità di mente*, cit., 1369, e I. Merzagora, A. Verde, C. Barbieri, A. Boiardi, *Come mente la mente*, cit., 1899 ss. Per la replica a talune di queste argomentazioni v. tuttavia la relazione peritale depositata dalla prof. ssa Balconi nel processo di Brescia: esisterebbero, ad esempio, «evidenti contromisure in grado di controbilanciare» il rischio che le risposte fornite dal test possano essere «inficiate dalla presenza di processi di induzione esterna» (25 ss.). Quanto alla possibile manipolazione proveniente dall'esaminando stesso, replicano G. Sartori, S. Agosta, *Menzogna, cervello e* lie detection, cit., 188, che sarebbe possibile smascherare «con una precisione di oltre il 90% i soggetti simulatori rispetto a quelli che rispondono "onestamente"».

e 188 c.p.p., che vietano[71] di fare ricorso, nell'esame dell'imputato o del testimone, e a dispetto di un loro eventuale consenso, a metodi e tecniche «idonei a influire sulla libertà di autodeterminazione o ad alterare la capacità di ricordare o valutare i fatti»[72]? E anche ad ammettere che lo siano, esistono altri divieti d'uso desumibili dal sistema processuale[73]?

Nella parte in cui si riferiscono a un possibile pregiudizio per la "libertà di autodeterminazione", le due citate disposizioni codicistiche vietano l'uso di metodi o tecniche di sondaggio delle conoscenze del dichiarante che inducano quest'ultimo a fornire una prestazione comunicativa non spontanea (ossia, banalmente, a dire ciò che intenzionalmente non avrebbe detto). Ovvio, pertanto, che sia da ritenersi precluso il ricorso alla tortura, alla narcoanalisi, all'ipnosi, a "sieri della verità" di varia natura (ammesso che ne esistano) e a qualunque altra tecnica di «manipolazione psichica, grossolana o sottile»[74], che sia idonea a coartare la volontà dell'imputato o del testimone. Anche l'uso di metodi più sottilmente ingannevoli viene messo al bando: secondo un'autorevole opinione

[71] Sulle conseguenze dell'inosservanza del divieto v. per tutti L. Scomparin, *La tutela del testimone nel processo penale*, Padova, 2000, 20 ss.

[72] Sui possibili profili di interferenza tra le due tematiche (affidabilità del mezzo e tutela processuale del dichiarante) si rinvia alle acute riflessioni di G. Di Chiara, *Il canto delle sirene*, cit., 28 ss.

[73] Per escludere i test di memoria autobiografica dal novero delle prove ammissibili non sembra consentito appellarsi al divieto di perizia psicologica di cui all'art. 220 comma 2 c.p.p. (anche a ritenerlo esteso al testimone e alla persona offesa: v. Cass., Sez. fer., 17 agosto 2011, Z., rv. 251087), trattandosi di tecniche volte alla ricognizione di semplici e momentanei "stati" mentali e non alla ricostruzione del profilo caratteriale o personologico del soggetto esaminato. In questi termini v. A. Corda, *Neuroscienze forensi*, cit., 37 («scopo dell'esame non è tanto indagare qualità psichiche dell'imputato riguardanti la sua personalità ovvero particolari dedizioni o inclinazioni […], quanto piuttosto quello di far emergere un ricordo autobiografico autentico e non mediato rispetto al fatto di cui all'imputazione»). V. anche Cass., Sez. I, 10 aprile 2015, N., cit. (nel c.d. caso di Milano), in cui si dà atto, incidentalmente, di come la Corte d'Appello non avesse condiviso «la valutazione del Tribunale di contrasto [del test a-IAT] con il disposto dell'art. 220 c.p.p., atteso che esso era *diretto ad accertare le tracce mnestiche di un fatto*» (corsivo aggiunto). Cfr. però, in una diversa prospettiva, M. Bertolino, *Prove neuro-psicologiche di verità penale*, cit., 24, e Cass., Sez. V, 30 aprile 2021, P., cit.

[74] V.F. Cordero, *Procedura penale*, Milano, 2006, 620, anche per un'efficace esemplificazione.

dottrinale, rientrerebbero nel novero degli attentati alla libertà di autodeterminazione, nel corso dell'esame testimoniale, non solo le domande intimidatorie ma anche le c.d. domande "implicative", che danno per scontate circostanze di fatto – non pacifiche – sulle quali il testimone viene inconsapevolmente forzato a esprimersi[75]. La stessa sorte andrebbe riservata alle domande «espresse in un linguaggio che non è accessibile al testimone», da ritenersi, come quelle precedenti, "nocive" ex art. 499 comma 2 c.p.p. per la loro ambiguità[76].

Più difficile dire se rientrino nell'orbita precettiva degli artt. 64 e 188 c.p.p. le tecniche – più o meno "scientifiche" – che si propongono di decodificare i numerosi messaggi non verbali trasmessi dal corpo del dichiarante nel corso della *performance* narrativa: dai tradizionali poligrafi ai più moderni dispositivi di misurazione della risposta emotiva del *loquens* agli stimoli connessi alla prestazione testimoniale (termografia, FACS ecc.)[77]. Esiste al riguardo, come è noto, un diffuso orientamento contrario all'uso di tali mezzi[78]: ma nella dottrina processualistica è autorevolmente rappresentata anche l'opinione favorevole, che dispone di solidi argomenti[79]. A stretto rigore, imputato e testimone, benché sottoposti a varie forme di monitoraggio, restano liberi di autodeterminarsi nel rispondere alle domande: il solo condizionamento di cui soffrono è quello che deriva dalla consapevolezza di rendere dichiarazioni che saranno sottoposte a un test "scientifico" di veridicità. Il punto è chiedersi se basti questo condizionamento a minare la libertà

[75] P. Ferrua, *La prova nel processo penale*, cit., 143.

[76] *Ibidem*, 143 ss.

[77] Che strumenti di coazione del dichiarante e strumenti di decifrazione della menzogna costituiscano due categorie non omogenee è fuori discussione: cfr. G. Di Chiara, *Il canto delle sirene*, cit., 29, e L. Sammicheli, A. Forza, L. De Cataldo, *Libertà morale*, cit., 247 ss.

[78] Nel senso che l'uso degli strumenti di *lie detection* sarebbe vietato dagli artt. 64 e 188 c.p.p., v., per tutti, G. Di Chiara, *Il canto delle sirene*, cit., 34 ss., e L. Scomparin, *La tutela del testimone*, cit., 18 ss., ai quali si rinvia anche per ulteriori riferimenti bibliografici e per l'analisi del dibattito dottrinale sviluppatosi *in subiecta materia* nel vigore del codice abrogato.

[79] V. in particolare P. Ferrua, *La prova nel processo penale*, cit., 320, e G.F. Ricci, *Le prove atipiche*, Milano, 1999, 543 ss.

morale del dichiarante. Per alcuni non vi sarebbero dubbi: la libertà di determinazione cui alludono gli artt. 64 e 188 c.p.p. sarebbe «fortemente limitata» proprio «a causa della pressione psicologica esercitata dalla presenza di un sistema che si presume in grado di svelare il carattere mendace delle risposte fornite»[80]; ma giustamente si replica che, così ragionando, il fronte della tutela verrebbe inopportunamente dilatato, non essendo agevole «teorizzare un diritto a mentire senza essere scoperti in base alle modalità extralinguistiche» della narrazione[81]. Altri ancora pongono l'accento sull'attitudine dello strumento diagnostico a provocare «risposte involontarie [che restano] al di fuori dell'autodominio del soggetto», dando per scontato che non si debba garantire al *loquens* il governo delle sole affermazioni veicolate dall'atto dichiarativo[82]: ma nulla vieta al giudice di valutare l'atto comunicativo tenendo conto anche dei segnali paralinguistici di tipo comportamentale o corporeo che provengono da chi parla, come il tono della voce o il rossore del viso[83], e una valutazione scientifica di tali risposte involontarie potrebbe essere perfino preferibile rispetto a quella affidata alle "sensazioni" del giudicante[84]. Non manca, infine, chi attribuisce valore determinante ai protocolli operativi dell'esperimento diagnostico: collegato alla macchina, il paziente soffrirebbe di privazioni della libertà personale e corporale che sarebbero destinate a riflettersi anche sul terreno della sua libertà morale[85].

[80] L. Algeri, *Neuroscienze, infermità di mente*, cit., 1370.

[81] P. Ferrua, *La prova nel processo penale*, cit., 320.

[82] In questi termini F. Grifantini, *Commento all'art. 188 c.p.p.*, in G. Illuminati, L. Giuliani, *Commentario breve al codice di procedura penale*, Padova, 2020, 737, nella scia di F. Cordero, *Il procedimento probatorio*, in *Tre studi sulle prove penali*, Torino, 1963, 70 (le tecniche di *lie detection* andrebbero bandite perché, non diversamente dalla narcoanalisi, mirano a provocare «una risposta che sfugge ai poteri di controllo del paziente»). V. anche L. Algeri, *Neuroscienze, infermità di mente*, cit., 1365, 1370.

[83] V. ancora P. Ferrua, *La prova nel processo penale*, cit., 320.

[84] Per uno spunto in questo senso S. Maffei, *Ipnosi, poligrafo, narcoanalisi, risonanza magnetica: sincerità e verità nel processo penale*, in *Ind. pen*., 2006, 725. Un'argomentazione non dissimile era già contenuta in Corte Ass. App. Roma, 27 aprile 1956, Pisciotta, in *Riv. dir. proc.*, 1956, II, 270, sulla cui motivazione si sofferma G. Di Chiara, *Il canto delle sirene*, cit., 30 ss.

[85] Insiste particolarmente su questo aspetto G. Di Chiara, *Il canto delle sirene*, cit., 37 ss.; ma v. anche L. Sammicheli, A. Forza, L. De Cataldo, *Libertà morale*, cit.,

Quanto all'a-IAT e al TARA, l'opinione prevalente è che si tratti di tecniche di *lie detection* sostanzialmente affini al poligrafo o ai suoi derivati, destinate, pertanto, a condividere il trattamento processuale riservato dalla legge a tali dispositivi[86]. Per chi ritiene ammissibile il poligrafo, sarebbe dunque consentito anche l'uso dei test di memoria autobiografica: il soggetto esaminato, del resto, rimarrebbe «pienamente libero di definire vere o false le frasi che gli vengono proposte», e il computer si limiterebbe a misurare un tipico tratto paralinguistico come la maggiore o minore latenza della risposta[87].

L'idea che a-IAT e TARA vadano apparentati, quanto a struttura e funzione, a poligrafo, termografia, FACS ed altri analoghi macchinari può essere sostanzialmente condivisa. Occorre tuttavia considerare che i test di memoria autobiografica costringono il soggetto esaminato a comunicare il proprio pensiero in un linguaggio che potrebbe risultare non facilmente governabile. Nell'a-IAT, infatti, non ci si limita a chiedere al periziando di definire vera o falsa una certa affermazione per poi misurare i suoi tempi di reazione (fin qui, non ci sarebbe nulla da obiettare). Ciò che gli viene richiesto, ripetutamente, è di attribuire valenza colpevolista o innocentista a certe affermazioni, e di effettuare la classificazione talora premendo un tasto associato ad altri enunciati certamente veri, talora un tasto associato ad altri enunciati

239 ss. Il tema richiama quello – più ampio – dei limiti entro i quali è legittimo assoggettare imputati e testimoni a forme di esplorazione del proprio corpo per rendere possibile l'accertamento dei fatti di reato. In argomento P. Felicioni, *Accertamenti sulla persona e processo penale*, Milano, 2007, 51 ss.; P. Tonini, C. Conti, *Il diritto delle prove penali*, cit., 188 ss.

[86] Deduce da questa assimilazione l'applicabilità del divieto di cui agli artt. 64 e 188 c.p.p. alle tecniche di cui trattasi Corte App. Salerno, 16 dicembre 2016, A.V., 947. In dottrina, v. L. Algeri, *Neuroscienze, infermità di mente*, cit., 1370; I. Merzagora, A. Verde, C. Barbieri, A. Boiardi, *Come mente la mente*, cit., 1899; P. Tonini, C. Conti, *Il diritto delle prove penali*, cit., 194 (secondo cui lo IAT sarebbe vietato «per motivi identici a quelli che tradizionalmente inducono a ritenere vietata l'ipnosi o la macchina della verità»).

[87] P. Ferrua, *La prova nel processo penale*, cit., 320. Condividono espressamente questa argomentazione A. Corda, *Neuroscienze forensi*, cit., 36; F.R. Dinacci, *Neuroscienze e processo penale*, cit., 7; P. Marchetti, *L'uso processuale dei test di memoria autobiografica*, cit., 953.

certamente falsi. Nel TARA, il soggetto esaminato viene invece indotto, in una certa fase del test, a rispondere in maniera "disonesta" ai quesiti che gli vengono somministrati, cioè a schiacciare il tasto "vero" in corrispondenza di enunciati che ritiene falsi e viceversa. L'impressione è che tutto ciò possa provocare nel dichiarante una condizione di disorientamento analoga a quello indotta dalle domande ambigue (qualitativamente diversa da quella che potrebbe essere provocata, ad esempio, dal procedere incalzante di un abile controesaminatore in un esame orale)[88]. Gli stessi creatori dei test di associazione implicita autobiografica ammettono che l'inversione dei tasti o l'obbligo di rispondere ai quesiti in maniera "disonesta" generano nel periziando un conflitto cognitivo destinato a creare per quest'ultimo una situazione di oggettiva difficoltà[89], acuita dalla consapevolezza che saranno fondamentali

[88] Il problema non è che chi viene sottoposto al test potrebbe non rendersi conto di ciò che le sue parole e il suo comportamento, complessivamente considerati, comunicano all'organo decidente. Fin qui, giova ripeterlo, si potrebbe anche ritenere che non ci sia nulla di male: è quanto accade allorché si valuta qualunque *performance* narrativa, né avrebbe senso impedire al giudice di tenere conto dei messaggi corporei e/o comportamentali trasmessi inconsapevolmente dal testimone o dall'imputato. Il problema è che il dichiarante potrebbe non essere pienamente consapevole del *significato* di ciò che gli viene fatto dire («se quando compare la scritta 'non ho commesso il reato' schiaccio il tasto L, associato per il resto a frasi palesemente false, sto davvero dicendo di non avere mai commesso il reato o sto dicendo il contrario?»; «se ammetto di avere commesso il reato, pur essendo tenuto a rispondere in modo disonesto alla domanda, non sto forse, in qualche misura, confessando?»). Nel senso che la libertà di autodeterminazione è compromessa «quando *il significato oggettivo* di ciò che è stato dichiarato non corrisponde a ciò che si sarebbe voluto dichiarare», v. P. Ferrua, *La prova nel processo penale*, cit., 143 (corsivo aggiunto): sembra dunque indispensabile che il dichiarante *sappia* quale significato oggettivo verrà attribuito alle sue parole. Questo non vuol dire, come è ovvio, che egli si debba rendere conto di tutte *le implicazioni logiche* di quanto intenzionalmente riferisce: un conto è ciò che *significano* le sue parole (ciò che si vuole dire), un conto è ciò che esse (direttamente o indirettamente) *provano*. Ad esempio, non si può certamente ritenere violata la libertà di autodeterminazione di un testimone solo perché, nel riferire una circostanza di fatto, non è in grado di intuire tutte le conseguenze che dall'accertamento di quella circostanza potrebbero essere tratte dal giudice nel pronunciarsi sulla responsabilità dell'imputato.

[89] Nell'a-IAT, «i blocchi 3 e 5 […] hanno lo scopo di creare un conflitto cognitivo [e sono] sicuramente *più difficili per il soggetto*, che deve continuamente passare da un criterio classificatorio all'altro»: nel TARA, «il blocco 4, ma ancor di più il blocco 5, in cui al soggetto è richiesta una classificazione 'disonesta' […] in riferimento alle frasi

le tempistiche entro le quali verrà fornita la risposta. Riprendendo una similitudine ricorrente nella descrizione del funzionamento dell'a-IAT e del TARA[90], è come se il soggetto esaminato venisse messo alla guida di una complicata macchina di trasmissione del pensiero in cui i pedali del freno e dell'acceleratore risultano, talora, invertiti: ovvio che ne possano derivare sbandamenti o deviazioni dal tragitto che sarebbe stato seguito in condizioni normali[91]. Basta questo, probabilmente, per ritenere l'a-IAT e il TARA lesivi della libertà di autodeterminazione del periziando: senza che sia necessario invocare l'argomento, non interamente persuasivo, secondo cui sarebbe sufficiente a compromettere la sua libertà morale la consapevolezza di essere assoggettato a uno strumento di *lie detection* idoneo a provocare incontrollabili "risposte" comportamentali[92].

riferite all'evento indagato, *risulta difficile da svolgere* per il soggetto» (così l'allegato 3 alla consulenza tecnica Sartori-Pietrini nel procedimento relativo al "caso di Como", 140 e 144, corsivi aggiunti).

[90] Cfr. ad esempio L. Sammicheli, G. Sartori, *Neuroscienze e processo penale*, cit., 3314. V. inoltre *supra*, nota 56.

[91] Il concetto è icasticamente espresso da I. Merzagora, A. Verde, C. Barbieri, A. Boiardi, *Come mente la mente*, cit., 1902: «quel poverino che deve premere tutti quei tasti, con istruzioni diverse e contraddittorie, non si confonderà?». Considerazioni analoghe si ritrovano in Corte App. Brescia, 11 novembre 2020, C., 20 (corsivi aggiunti): «la valutazione dei tempi di risposta si inserisce a valle di una complessa procedura empirica che richiede al soggetto testato di destreggiarsi compiendo (il più velocemente e accuratamente possibile) plurime associazioni tramite lo schiacciamento di vari tasti, alcuni a destra, altri a sinistra; inizialmente abbinati ad una risposta e poi ad un'altra e poi in un blocco successivo ad altra ancora, *con ciò minacciando di intaccare la normale attitudine della persona all'autocontrollo, disorientandola ed estenuandone la volontà al fine di ottenere risposte che si collocano totalmente al di fuori della sua sfera di governo*». Di tutt'altra opinione L. Sammicheli, A. Forza, L. De Cataldo, *Libertà morale*, cit., 253: «il soggetto risponde in piena coscienza e non perde le proprie capacità critiche». Secondo M.T. Collica, *Gli sviluppi delle neuroscienze*, cit., 25 nota 91, sarebbe necessaria «la previsione di protocolli a garanzia della riuscita dell'operazione probatoria e del rispetto della libertà di autodeterminazione».

[92] Quanto all'"invasività" dello strumento in sé (parametro cui attribuisce particolare rilievo, come si è visto, G. Di Chiara, *Il canto delle sirene*, cit., 37 ss.), osservano L. Sammicheli, A. Forza, L. De Cataldo, *Libertà morale*, cit., 246, che l'a-IAT desterebbe preoccupazioni molto minori rispetto agli ordinari strumenti di *lie detection* («nulla di tecnologicamente più invasivo di una visita di controllo per la patente di guida»).

L'incidenza sulla libertà di autodeterminazione del dichiarante (e sulla sua autonoma capacità di ricordare e valutare i fatti) sembrerebbe ancora più evidente ove si ritenga, come ha ritenuto il giudice della revisione nel "caso di Brescia"[93], che i test di associazione implicita autobiografica siano in grado di accertare la presenza, nella mente del periziando, anche di ricordi che quest'ultimo non sarebbe più in grado di recuperare per averli soppressi e/o sovrascritti. Che a-IAT e TARA consentano realmente simili arditi ripescaggi – fungendo da strumenti di *memory detection* oltre che di semplice *lie detection* – è circostanza tutt'altro che pacifica sia nella dottrina neuroscientifica[94] e processualistica[95] che in giurisprudenza: nel caso di Torino, ad esempio, si è ritenuto irrilevante l'esito

[93] V. *supra*, § 4.

[94] Che l'a-IAT fosse a tutti gli effetti uno strumento di *memory detection*, e non servisse affatto a «rilevare la menzogna, ma a identificare la traccia mnestica "vera" che si trova nella mente/cervello del soggetto esaminato», era scritto a chiare lettere in G. Sartori, S. Agosta, *Menzogna, cervello e* lie detection, cit., 175 e 188, e in L. Sammicheli, A. Forza, L. De Cataldo, *Libertà morale*, cit., 246. Più cauto lo stesso Sartori in uno scritto dell'anno successivo (L. Sammicheli, G. Sartori, *Neuroscienze e processo penale*, cit., 3314): l'a-IAT andrebbe collocato «*a cavallo*» tra gli strumenti di *lie detection* e quelli di *memory detection*. Per considerazioni di segno apertamente contrario cfr., ad esempio, R. Cubelli, S. Della Sala, *L'*Implicit Association Test (IAT) *non è la macchina della verità*, cit., 6 (sarebbe «vano il tentativo di rilevare implicitamente con l'a-IAT ricordi sgradevoli […] soppressi»), e I. Merzagora, A. Verde, C. Barbieri, A. Boiardi, *Come mente la mente*, cit., 1908: ma anche A. Lavazza, L. Sammicheli, *Il delitto del cervello*, cit., 207, descrivono l'a-IAT come uno strumento che permette di discriminare solo «*chi è sincero da chi tenta di ingannare*» (corsivi aggiunti). Va ricordato, infine, che anche nella relazione peritale presentata nel processo di Brescia dalla prof.ssa Balconi, sostanzialmente favorevole alla classificazione dell'a-IAT come strumento di *memory detection* (v. *supra*, § 4), si faceva notare – a proposito della «effettiva utilizzabilità della misura in presenza di memorie reali (e non in condizioni di creazione di falsi ricordi o alibi)» – che l'a-IAT «appare mantenere il massimo grado di validità e attendibilità proprio nel caso in cui il soggetto stia ricordando fatti realmente presenti (memorie autobiografiche che si riferiscono a fatti reali e non irrealistici o non pertinenti) piuttosto che nel caso in cui si abbia a che fare con falsificazioni o manipolazioni delle stesse» (35).

[95] P. Ferrua, *La prova nel processo penale*, cit., 319 («la tecnica accerta nella migliore delle ipotesi solo la corrispondenza o no ai ricordi tuttora presenti nella mente […] Si verifica l'attuale sincerità della persona sottoposta al test»). In senso conforme L. Algeri, *Neuroscienze, infermità di mente*, cit., 1369, e F.R. Dinacci, *Neuroscienze e processo penale*, cit., 9.

dell'a-IAT, come già accennato, proprio sull'assunto che l'imputata avrebbe potuto attuare il processo di rimozione inconscia del ricordo colpevole solo successivamente alla condotta calunniosa (così ragionando, il Tribunale torinese ha dato per scontato che tramite il test di memoria autobiografica si potessero indagare i soli ricordi consapevoli[96]); ancora più esplicitamente, nella sentenza di Cremona si trova scritto che «i tests a-IAT e TARA non provano di per sé la verità di un fatto ma hanno il compito più limitato di far emergere […] quale sia il 'ricordo', cioè la 'verità' propria di un soggetto in merito a un determinato fatto» (una verità che potrebbe anche essere «frutto di suggestioni, autoconvincimenti o distorsioni di quanto realmente accaduto»)[97]. Accolta la premessa contraria, i giudici bresciani hanno ritenuto che il pregiudizio alla libertà di autodeterminazione fosse pacifico, e perfino più grave di quello derivante dalla "normale" sottoposizione del dichiarante a un dispositivo di *lie detection*: tramite l'a-IAT e il TARA si farebbe letteralmente "dire" al testimone o all'imputato – mediante la pressione più o meno rapida dei tasti del computer – ciò che *non avrebbe mai potuto costituire oggetto* di una sua intenzionale deposizione[98].

[96] Trib. Torino, 19 aprile 2011, Franzoni, cit. Intuibili, del resto, le conseguenze che un diverso approccio avrebbe determinato sulla sorte della stessa condanna definitiva pronunciata a carico di Annamaria Franzoni nel (tristemente celebre) processo principale.

[97] G.u.p. Trib. Cremona, 19 luglio 2011, G.R., cit. Impostazioni analoghe si ritrovano nelle decisioni relative ai casi di Venezia e Milano: per Trib. Venezia, 24 gennaio 2013, M., cit., non si potrebbe escludere che «il ricordo, soprattutto se riferito, come nel caso in esame, a situazioni complesse, e protrattesi nel tempo, possa essere frutto di suggestioni o auto convincimenti»; secondo Cass., Sez. I, 10 aprile 2015, N., «poichè il test era stato somministrato oltre un anno dopo il fatto, il ricordo dell'imputato poteva essere differente da quello iniziale, in quanto influenzato da meccanismi inconsci di rimozione».

[98] Corte App. Brescia, 11 novembre 2020, C., 21: «proprio perché la misura/metodo permetterebbe di rilevare tracce mnestiche di eventi archiviati nella memoria del soggetto esaminato indipendentemente dal recupero consapevole che questi può compiere, la stessa diventa idonea a influire sulla capacità di autodeterminarsi a ricordare fatti perché, in tesi, idonea a fornire risposte di ricordi impliciti e dunque fuori dell'autodominio del soggetto». Come è stato ironicamente osservato (G. Gennari, *Oscillazioni neuro…scientifiche*, cit.), «il perito, questa volta, è stato bravo a convincere la corte

Si potrebbe in realtà sostenere che non vi sia molta differenza – al cospetto di un testimone o di un imputato che dichiari liberamente di non avere mai assistito a un determinato fatto o di non avere mai compiuto una determinata azione – tra l'avvalersi di metodi o tecniche finalizzati a smascherare la menzogna e l'avvalersi di strumenti finalizzati a svelare l'oggettiva falsità di una dichiarazione in sé e per sé sincera: l'esito, in entrambi i casi, è l'accertamento dell'esistenza, nella mente del *loquens*, di un ricordo diverso da quello che è stato comunicato. In realtà la differenza esiste, ed è quella appena rimarcata: nel secondo caso, il ricordo taciuto che viene portato alla luce – proprio perché inconsapevole – non avrebbe mai potuto essere riferito liberamente dal dichiarante. Sottoponendosi al test, quest'ultimo affiderebbe interamente alla macchina il compito di rivelare quali sono state le sue passate esperienze sensoriali (con esiti del tutto imprevedibili e potenzialmente dannosi), abdicando alla totale signoria sull'atto dichiarativo che è implicita nel concetto di libera autodeterminazione. Si tratta di conseguenze inaccettabili soprattutto per l'imputato[99], il cui diritto di tacere per non autoincriminarsi non può che coprire tanto i nascondimenti consapevoli quanto quelli inconsapevoli (quando la perdita della traccia mnestica deriva da un meccanismo di rimozione inconscia del ricordo colpevole, chi ha commesso il reato non fa altro, in un certo senso, che avanzare il fronte dell'autotutela, rifiutando perfino di fronte a se stesso di ammettere la propria responsabilità).

delle qualità del test; troppo bravo. Talmente tanto bravo che la corte si è persuasa del fatto che l'a-IAT è troppo potente per essere utilizzato nel processo penale».

[99] Così ancora Corte App. Brescia, 11 novembre 2020, C., 19 ss.: «qualora un imputato prestasse il proprio consenso a sottopor[si all'a-IAT], quel consenso sarebbe "viziato" dal fatto che chi lo presta […] si troverebbe comunque nella situazione di non saper egli stesso quali siano le proprie tracce mnestiche implicite (in altre parole cosa c'è nella sua memoria implicita) […], con una sostanziale delega, alla macchina, della prova della propria responsabilità o della propria innocenza»; «in un sistema ove tutta la disciplina sulle prove orali è incentrata sulla necessità che queste siano ricercate e acquisite al di fuori dell'imputato, laddove quest'ultimo ha facoltà di astenersi dal deporre e, entro certi limiti, ha diritto di difendersi addirittura mentendo […], la prova della innocenza-responsabilità dell'imputato non può essere ricercata somministrando allo stesso un test che [sia in grado di] recupera[re] ricordi "impliciti"» (in quest'ultimo senso v. già Corte App. Salerno, 16 dicembre 2016, A.V., 947).

Risulta da quanto precede che i dati di esperienza che il dichiarante non sia in grado di richiamare alla memoria – e di offrire all'altrui conoscenza per il tramite di uno spontaneo atto comunicativo – devono ritenersi *off limits* per il giudice penale. Tanto basta per mettere al bando anche tecniche di esplorazione del cervello come la risonanza magnetica funzionale (se impiegata per riportare alla superficie i ricordi inconsapevoli del soggetto esaminato) o come il *Brain Fingerprinting*, che sembrerebbe perfino prescindere dall'esistenza di un autentico atto dichiarativo[100]. Proprio per questa ragione, v'è chi ritiene, invece, che una tecnica di *memory detection* come il *Brain Fingerprinting* sfuggirebbe, nel nostro ordinamento, al divieto di cui agli artt. 64 e 188 c.p.p.: mancando del tutto «la dichiarazione quale espressione volontaria», sarebbe il corpo del soggetto esaminato, «nella forza delle connessioni sinaptiche», a farsi «segno […] di un accadimento, […] esattamente come il DNA diventa prova di un legame di parentela, senza che questo limiti la libertà di autodeterminazione e la capacità di ricordare e giudicare i fatti»[101]. L'argomentazione è sottile: ma conviene, a questo proposito, utilizzare un argomento *a fortiori* ricavabile dalle due richiamate disposizioni codicistiche. Salve le inferenze che il giudice è autorizzato a compiere nel valutare la sincerità del *dictum*, nulla, in nessun modo, può essere recuperato dalla mente dell'imputato o del testimone se non per il tramite di un suo libero e consapevole atto comunicativo. Occorre cioè accedere «a una concezione ampia della libertà di autodeterminazione che ricomprenda, accanto all'inviolabilità, anche *l'insondabilità della psiche umana a fini processuali*»[102]. L'alternativa è assai insidiosa (specie nei confronti di chi, nel processo, è chiamato a difendersi): alimentare, aggiornandola ai progressi della tecnica, la ricorrente tentazione

[100] Giudica il *Brain Fingerprinting* lesivo della libertà morale, tra gli altri, L. ALGERI, *Neuroscienze, infermità di mente*, cit., 1366.

[101] Cfr. A. LAVAZZA, L. SAMMICHELI, *Il delitto del cervello*, cit., 208, e L. SAMMICHELI, G. SARTORI, *Neuroscienze e processo penale*, cit., 3317.

[102] In questi termini, sia pure in un diverso contesto argomentativo, L. SCOMPARIN, *La tutela del testimone*, cit., 19 (corsivo aggiunto).

di matrice inquisitoria di «estrarre la verità dall'imputato»[103], contro il suo *volere* di rivelarla e perfino contro il suo *potere* di farlo. Altrimenti detto: nel processo penale si può "leggere nel pensiero" dell'imputato o del testimone? Certamente sì: è quanto fa il giudice allorché ritiene una dichiarazione insincera sulla base delle altre risultanze probatorie, ivi comprese le componenti paralinguistiche dell'atto comunicativo. Ma non è consentito indurre o costringere chi parla ad ammettere ciò che non avrebbe mai liberamente ammesso, e neppure squarciare veli mentali che rendano inaccessibile un interno psichico al suo stesso depositario.

Quanto all'impiego della fMRI come strumento di *lie detection*, si è già detto, invece, come il compito affidato alla macchina non sia significativamente dissimile da quello svolto dal poligrafo o dal rilevatore termografico, se non per il fatto che ad essere monitorate sono le funzionalità cerebrali dell'interessato anziché reazioni neurovegetative come l'aumento della pressione sanguigna, l'alterazione della frequenza cardiaca, l'emissione di raggi infrarossi dal volto ecc.[104]. Ammissibile per chi ritiene che simili monitoraggi rispettino la libertà di autodeterminazione del dichiarante[105], la risonanza magnetica funzionale sembrerebbe dunque destinata a incorrere nel divieto di cui agli artt. 64 e 188 c.p.p. solo per chi muova dalla premessa contraria[106]. Va detto, però, che l'oggetto dell'*inspectio* muta la qualità dell'intrusione: l'immagine cerebrale non mostra, come i tradizionali poligrafi, «l'emotività correlata al

[103] Cfr. P. Marchetti, *L'uso processuale dei test di memoria autobiografica*, cit., 953 («un sogno mai venuto meno»).

[104] Per L. Sammicheli, G. Sartori, *Neuroscienze e processo penale*, cit., 3312, e per G. Sartori, S. Agosta, *Menzogna, cervello e* lie detection, cit., 170, è «la stessa logica».

[105] Come P. Ferrua, *La prova nel processo penale*, cit., 320 ss.

[106] V. ad esempio L. Algeri, *Neuroscienze, infermità di mente*, cit., 1366, e G. Di Chiara, *Il canto delle sirene*, cit., 37 ss. Si è già detto che, per quest'ultimo, è soprattutto l'invasività dello strumento diagnostico (a partire dalla «stessa configurazione fisica del dispositivo») a pregiudicare, di riflesso, la libertà morale del paziente: per un'opinione diametralmente opposta v. però L. Sammicheli, A. Forza, L. De Cataldo, *Libertà morale*, cit., 244, che alludono a un «tasso di invasività fisica e psichica […] ridotto al minimo».

mentire, ma il mentire in sé»[107]. Benché il cervello venga sondato nelle sue sole dinamiche fisiologiche, l'impressione – senza alcuna pretesa di addentrarsi nella complessa tematica del rapporto tra mente e cervello[108] – è di essere nuovamente alle soglie della «sfera psichica» dell'individuo, la cui inammissibile profanazione viene talora addotta, in dottrina, a fondamento del divieto di utilizzare *qualunque* macchina della verità[109]. S'intende, in ogni caso, che l'uso coattivo di questo e di altri strumenti diagnostici (come la PET) – comportando un evidente pregiudizio per la libertà corporale del soggetto esaminato – potrebbe ritenersi consentito solo se la legge lo prevedesse espressamente[110]: non potendo certo ritenersi sufficiente, al riguardo, il generico riferimento agli "accertamenti medici" oggi contenuto nell'art. 224-*bis* c.p.p.[111].

Sembra dunque doversi propendere per l'attuale inammissibilità come prova degli strumenti di *lie detection* e di *memory detection* passati in rassegna. Ciò rende superfluo dare conto delle ulteriori perplessità – di varia natura – che il ricorso a tali strumenti ha suscitato nella dottrina processualistica e nella giurisprudenza: il rischio che il portatore del contributo conoscitivo sia degradato «a puro oggetto di osservazione e di analisi», con pregiudizio per

[107] Così L. Capraro, *Problematiche*, cit., 258, che lo ritiene, non a torto, un «fondamentale dato distintivo». Nello stesso senso L. Sammicheli, A. Forza, L. De Cataldo, *Libertà morale*, cit., 243.

[108] Si tratta di una tematica centrale nella riflessione neuroscientifica: ne discute con finezza A. Corda, *Riflessioni*, cit., 502.

[109] V. ad esempio L. Scomparin, *La tutela del testimone*, cit., 19, il cui argomentare, a ben vedere, si attaglia alla fMRI meglio ancora che agli strumenti di registrazione degli *outputs* emotivi.

[110] Non manca chi ritiene che le tecniche neuroscientifiche di *lie detection* (ivi compresi i test di memoria autobiografica) siano compatibili con la libertà di autodeterminazione cui alludono gli artt. 64 e 188 c.p.p., ma non con la libertà morale tutelata dall'art. 13 Cost.: con la conseguenza che ad esse potrebbe farsi ricorso soltanto previa individuazione normativa dei casi e dei modi e nel rispetto della riserva di giurisdizione. Così A. Bonomi, *Le neuroscienze in rapporto alla libertà morale: aspetti di diritto costituzionale*, in *www.antoniocasella.eu*, 26 gennaio 2018, 12 ss.

[111] Sul punto, per tutti, P. Ferrua, *La prova nel processo penale*, cit., 313 ss., e P. Tonini, C. Conti, *Il diritto delle prove penali*, cit., 195. Addirittura inimmaginabile l'esecuzione coattiva di strumenti diagnostici che comportino, come i test di memoria autobiografica, la collaborazione attiva del paziente: cfr. P. Ferrua, *ivi*, 313, e L. Capraro, *Problematiche*, cit., 261.

la sua stessa dignità personale[112]; la difficoltà piuttosto evidente, per il giudice e le parti, di smascherare l'influenza esercitata dall'operatore sull'esito del test[113], nonché, più in generale, di comprendere il funzionamento dei dispositivi impiegati[114]; la dubbia compatibilità del ricorso a tecniche come l'a-IAT con le regole legali di escussione del testimone[115] e con il disposto dell'art. 196 comma 2 c.p.p., secondo cui oggetto di accertamento peritale può essere l'idoneità del testimone a deporre, ma non l'attendibilità stessa della testimonianza[116] (una preoccupazione frequentemente espressa in dottrina con riguardo a tutte le prove neuroscientifiche è che il giudice, in questo settore, conserverebbe margini pressoché inesi-

[112] P. Ferrua, *La prova nel processo penale*, cit., 312, 321. Si tratta di una critica da sempre riservata alle "macchine della verità": cfr. G. Di Chiara, *Il canto delle sirene*, cit., 37, e P. Tonini, C. Conti, *Il diritto delle prove penali*, cit., 193 ss. S'intende che essa vale a maggior ragione per i test di *memory detection*, nel cui ambito il dichiarante, a tutti gli effetti, «non parla per essere creduto» (P. Ferrua, *ivi*, 321: è il caso dell'a-IAT o del TARA, se finalizzati a rintracciare tracce mnestiche inaccessibili al loro depositario), o che potrebbero addirittura prescindere da un atto dichiarativo (come il *Brain Fingerprinting*).

[113] P. Ferrua, *La prova nel processo penale*, cit., 312.

[114] Corte App. Brescia, 11 novembre 2020, C., 20: «il sistema àncora la predittività allo studio dei tempi di reazione tra domanda e risposta, ossia alla diversa velocità con cui determinate frasi vengono associate tra loro, tempi questi calcolati *da un algoritmo di cui l'esaminando – e la sua difesa, la pubblica accusa e chi deve giudicare – sconosce tutto, e che non può in alcun modo verificare o falsificare*» (corsivi aggiunti).

[115] Per uno spunto in questo senso (nel caso di Cremona, alla persona offesa minorenne sottoposta all'a-IAT sarebbero state formulate domande suggestive) L. Algeri, *Neuroscienze e testimonianza della persona offesa*, in *Riv. it. med. leg.*, 2012, 918. Sul punto v. anche C. Intrieri, *L'euristica scientifica*, cit., 93. Per un possibile profilo di attrito tra l'esecuzione del test a-IAT e l'escussione rituale del *loquens* (in questo caso, l'imputato) v. anche la sentenza pronunciata nel caso di Milano, in cui si faceva rilevare come le dichiarazioni rese dal soggetto esaminato al consulente tecnico nell'ambito del test fossero differenti da quelle rese nel corso dell'interrogatorio («ulteriori perplessità sull'esito del test nascevano dall'utilizzo da parte del perito di un "resoconto verbale dell'incidente fornito dall'imputato" che non emergeva dagli atti del processo, nel corso del quale N. aveva sempre affermato di non ricordare e di non essere in grado di ricostruire quanto avvenuto»).

[116] Cfr. Cass., Sez. V, 30 aprile 2021, P., cit. («la valutazione di attendibilità della fonte dichiarativa è compito esclusivo del giudice»). Negli stessi termini L. Algeri, *Neuroscienze, infermità di mente*, cit., 1370, e I. Merzagora, A. Verde, C. Barbieri, A. Boiardi, *Come mente la mente*, cit., 1914 ss.

stenti di autonomia valutativa[117]); gli effetti potenzialmente devastanti di un uso generalizzato delle tecniche in discorso[118].

Rimane invece aperta, anche con riferimento alle macchine della verità (più o meno) "neuroscientifiche", un'altra non inedita[119] questione: se abbia senso far prevalere la regola che rende indisponibile la libertà di autodeterminazione del dichiarante[120] sul diritto dell'imputato di vedere riconosciuta la propria innocenza sottoponendosi volontariamente al test. Al riguardo, non tutti ritengono che il legislatore abbia adeguatamente bilanciato i diversi interessi in gioco (libertà personale e morale, dignità dell'individuo, diritto di difesa)[121]. Esiste però la controindicazione rappresentata dal pregiudizio *contra reum* che finirebbe per gravare contro gli imputati che rifiutassero di sottoporsi all'espe-

[117] Esprimono questa preoccupazione, tra gli altri, M. Bertolino, *Prove neuro-psicologiche di verità penale*, cit., 16 ss., e A. Corda, *Riflessioni*, cit., 517 ss. Secondo C. Grandi, *Neuroscienze*, cit., 307, invece, le neuroscienze non potrebbero vantare alcuna peculiarità, sotto questo profilo, rispetto agli altri saperi specialistici immessi nel circuito probatorio («si tratta, in sostanza, dell'immane problema attinente i rapporti tra scienza, diritto e processo»).

[118] G. Gennari, *La macchina della verità*, cit., 8 ss.: se l'a-IAT dovesse considerarsi pienamente affidabile, «per mera coerenza ogni procuratore generale presso ciascuna corte d'appello dovrebbe promuovere giudizio di revisione in tutti i casi in cui il ritenuto responsabile si sia dichiarato estraneo».

[119] V. già F. Carnelutti, *Diritto dell'imputato agli esperimenti sul suo corpo*, in *Riv. dir. proc.*, 1956, 270 ss.

[120] Irrilevante il suo consenso ex artt. 64 e 188 c.p.p.: la definisce una "regola di etica probatoria", incisivamente, Corte App. Brescia, 11 novembre 2020, C., 20 ss.

[121] Cfr. L. Sammicheli, G. Sartori, *Neuroscienze e processo penale*, cit., 3317, e L. Sammicheli, A. Forza, L. De Cataldo, *Libertà morale*, cit., 254 ss. Nella dottrina penalistica v. A. Santosuosso, B. Bottalico, *Neuroscienze e genetica comportamentale*, cit., 79, secondo cui i divieti di cui agli artt. 64 e 188 c.p.p. risponderebbero a «una logica di *tutela attraverso la privazione di libertà* (dal momento che penso che la persona possa agire sotto costrizione, allora la privo anche della libertà di dare il suo consenso) che andrebbe, pur con le dovute cautele, superata alla luce degli sviluppi sociali e culturali recenti». Nella dottrina costituzionalistica cfr. G. Gemma, *Dignità umana: un disvalore costituzionale*?, in *Quad. cost.*, 2008, 380 (secondo cui neppure la dignità individuale potrebbe «essere protetta […] contro il medesimo, poiché ciò sarebbe in contraddizione insanabile con il principio della sua autodeterminazione, e la dignità, in siffatta ipotesi, si convertirebbe in un disvalore costituzionale»), e F.G. Pizzetti, *Neuroscienze forensi e diritti fondamentali: spunti costituzionali*, Torino, 2012, 94.

rimento probatorio[122]. Paradossalmente, quanto più diventassero affidabili le tecniche di *memory detection* e *lie detection*, tanto più crescerebbe «il sospetto di una dissimulazione della verità» nei confronti della parte refrattaria ad assoggettarsi alla prova, che vedrebbe così «seriamente compromesso» il suo diritto a non autoincriminarsi[123].

[122] A raccogliere la "sfida" sarebbero costretti, in particolare, gli imputati attinti da dichiarazioni accusatorie già neuroscientificamente verificate: cfr. P. Ferrua, *La prova nel processo penale*, cit., 319, nonché, in scia, F.R. Dinacci, *Neuroscienze e processo penale*, cit., 7 ss. (anche per un utile riferimento alla valutazione negativa che la giurisprudenza solitamente trae dal rifiuto dell'imputato di sottoporsi al prelievo coattivo di materiali biologici).

[123] Così F. Cordero, *Il procedimento probatorio*, cit., 70.

Dario Di Cecca

Indagini genetiche neuroscientifiche ed imputabilità. Laboratorio

SOMMARIO: 1. Il caso tratto dalla pronuncia della Corte d'assise d'appello di Trieste 18 settembre 2009, n. 5. – 2. I recenti progressi del contributo delle neuroscienze in materia di imputabilità. – 3. La utilizzabilità delle indagini neuroscientifiche nel processo penale: la pronuncia del Tribunale di Como, sez. G.I.P./G.U.P., 20 agosto 2011. – 4. Possibili profili problematici di carattere etico-giuridico.

1. *Il caso tratto dalla pronuncia della Corte d'assise d'appello di Trieste 18 settembre 2009, n. 5*

Tizio, cittadino straniero di religione islamica residente in Italia da diversi anni, subisce un'aggressione da parte di un gruppo di giovani. A poche ore di distanza, Tizio, deciso a vendicarsi, acquista un coltello. Poco dopo, in strada, convinto di aver riconosciuto in Caio uno degli aggressori, lo segue e, raggiuntolo alle spalle, lo colpisce più volte con il coltello, cagionandone la morte. Subito dopo Tizio provvede ad occultare l'arma e a lavare i vestiti, sporchi del sangue di Caio.

La sera stessa, Tizio viene arrestato con l'accusa di omicidio volontario aggravato dai futili motivi e dalla premeditazione. Decide di procedere con rito abbreviato innanzi al giudice per le udienze preliminari. In sede di incidente probatorio, il giudice dispone di procedere a perizia psichiatrica sull'imputato, che era risultato essere conosciuto ed assistito in passato dai servizi di salute mentale.

Il perito, espletato l'incarico ricevuto, conclude per ritenere l'imputato affetto da «un disturbo psicotico di tipo delirante in

soggetto con disturbo della personalità, con tratti impulsivi-asociali e con capacità cognitive-intellettive ai limiti inferiori della norma». Al momento del fatto si sarebbe trovato in una condizione di scompenso, avendo interrotto da tempo le cure neurolettiche. Sarebbe stato, pertanto, per quanto capace di partecipare coscientemente al processo, quasi totalmente incapace di intendere e soprattutto totalmente incapace di volere. Veniva ritenuto persona socialmente pericolosa. Il consulente tecnico della difesa perveniva a conclusioni sostanzialmente conformi.

Diversamente, il consulente del Pubblico Ministero riteneva che la capacità di intendere o di volere dell'imputato fosse solo grandemente scemata.

Il giudice per le udienze preliminari, acquisiti tutti gli elementi, riteneva che la patologia da cui l'imputato era affetto avesse solamente influenzato, al più, una "normale" volontà di vendetta, amplificandola nell'ambito del più generale disturbo. Pertanto, giudicava l'imputato parzialmente incapace di intendere e di volere. Seguiva la condanna dell'imputato, ridotta per la diminuita imputabilità. La riduzione per la concessa attenuante *ex* articolo 89 c.p. non era operata nel massimo, ritenendo non incidente in grado massimo la ritenuta parziale incapacità.

La sentenza veniva appellata dalla difesa dell'imputato, che lamentava l'erronea valutazione in ordine alla capacità di intendere e di volere e la mancata applicazione della riduzione della pena per la seminfermità mentale nel suo massimo non essendo stato conferito rilievo adeguato alla gravità della patologia di cui era affetto l'imputato.

La Corte di assise di appello disponeva una nuova perizia, condotta sia attraverso la somministrazione di test psicodiagnostici, sia mediante tecniche di *neuroimaging* con risonanza magnetica funzionale sia, infine, con indagini genetiche relative a cinque varianti alleliche di geni, coinvolti nel funzionamento dei principali neurotrasmettitori cerebrali. Ne emergeva un alterato funzionamento del lobo frontale nonché la presenza, in tutti e cinque i geni esaminati, di varianti associate al rischio di sviluppare comportamenti antisociali e violenti. Alla luce di tali risultanze, il giudice di secondo grado non solo includeva la rilevata vulnerabilità genetica

tra gli elementi determinanti per confermare la sussistenza di un vizio parziale di mente, ma poneva la stessa a fondamento dell'applicazione della riduzione massima di pena, prevista dall'articolo 89 c.p.

2. *I recenti progressi del contributo delle neuroscienze in materia di imputabilità*

La pronuncia della Corte di Assise di Appello di Trieste, insieme a quella del Tribunale di Como, sezione G.I.P./G.U.P. del 20 agosto 2011, sulla quale si tornerà più avanti, hanno sollevato alcune interessanti questioni sul nuovo ruolo delle neuroscienze rispetto alle tradizionali categorie dell'imputabilità e della capacità di intendere e di volere. In queste due decisioni, infatti, i giudici hanno desunto la prova della parziale infermità di mente dell'imputato dall'accertata presenza nel suo patrimonio cromosomico di geni ritenuti idonei ad aumentarne l'inclinazione all'aggressività ed a condotte antisociali. I progressi scientifici hanno, infatti, permesso di aprire nuovi orizzonti sui legami tra il profilo cromosomico degli individui ed il loro comportamento, permettendo ai giudici di ravvisare l'infermità di mente anche in una condizione soggettiva di "vulnerabilità genetica"[1].

[1] J.R. Searle, *Libero arbitrio e neurobiologia*, in J.R. Searle (a cura di), *Libertà e neurobiologia. Riflessioni sul libero arbitrio, il linguaggio e il potere politico*, Milano, 2005, 31 ss.; P. Pietrini, *Responsabilmente: dai processi cerebrali al processo penale. Prospettive e limiti dell'approccio neuroscientifico*, in L. Decataldoneuburger (a cura), *La prova scientifica nel processo penale*, Padova, 2007, 317 ss.; M.T. Collica, *Il giudizio di imputabilità tra complessità fenomenica ed esigenze di rigore scientifico*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2008, 1170 ss.; M. Bertolino, *Il breve cammino del vizio di mente. Un ritorno al paradigma organicistico?*, in A. Santosuosso (a cura), *Le neuroscienze e il diritto*, Pavia, 2009, 121 ss.; A. Forza, *Le neuroscienze entrano nel processo penale*, in *Riv. pen.*, 2010, 70 ss., in particolare 75 ss.; R. Prodomo, *Neuroscienze tra epistemologia ed etica*, in L. Chieffi e P. Giustiniani (a cura di), *Percorsi tra bioetica e diritto. Alla ricerca di un bilanciamento*, Torino, 2010, 149 ss.; I. Merzagora Betsos, *Il colpevole è il cervello: imputabilità, neuroscienze, libero arbitrio: dalla teorizzazione alla realtà*, in *Riv. it. med. leg.*, 2011, 175 ss.; R. Catalano, *Indagini genetiche, imputabilità e libero arbitrio: questioni giurisprudenziali e nuovi bisogni di tutela della persona*, in L. Chieffi (a cura di), *Bioetica pratica e cause di esclusione sociale*, Milano, 2012, 297 ss. e in *Revista do Instituto do Di-*

La perizia utilizzata dalla Corte di Assise di Appello di Trieste, in particolare, si è avvalsa di tecniche come il *neuroimaging* con risonanza magnetica funzionale e di indagini genetiche volte a individuare eventuali varianti alleliche di geni associate all'aggressività. Il *Neuroimaging* è quell'insieme di strumenti tecnologici e di procedure sperimentali per la visualizzazione del cervello *in vivo*, sia nei suoi dettagli strutturali e anatomici (*neuroimaging* morfologico), sia nel corso di esecuzione di particolari compiti motori e cognitivi (*neuroimaging* funzionale). La risonanza magnetica funzionale (*functional magnetic resonance imaging* o fMRI) è, insieme alla PET (tomografia a emissione di positroni o *positron emission tomography*), uno dei metodi radiologici di *neuroimaging* funzionale, che permettono di studiare la localizzazione cerebrale delle funzioni cognitive e motorie superiori[2]. Le tecniche di *neuroimaging* funzionano misurando il consumo energetico del cervello: quando il consumo aumenta, si ritiene che in quell'area l'attività neuronale sia maggiore, mentre, laddove diminuisce l'approvvigionamento energetico, è minore anche la trasmissione chimico-elettrica tra cellule nervose. La risonanza magnetica funzionale, in particolare, misura l'attività cerebrale rilevando i cambiamenti associati al flusso sanguigno. Questa tecnica si basa sul fatto che il flusso sanguigno cerebrale e l'attivazione neuronale sono accoppiati. Quando un'area del cervello è in uso, aumenta anche il flusso sanguigno in quella regione.

La principale innovazione delle tecniche utilizzate nella perizia, tuttavia, risiede nell'utilizzo dei test genetici sull'imputato. Nel tempo, infatti, numerosi studi hanno indicato l'esistenza di associazioni tra aggressività e varianti genetiche a carico di geni coinvolti nella neurotrasmissione dopaminergica e serotoninergica, nella regolazione ormonale e nello sviluppo neuronale. La predisposizione genetica, dunque, potrebbe costituire un fattore di rischio per alcune fattispecie di reati violenti.

reito Brasileiro, Anno 2 (2013), n. 5, 3643-3652, da cui si cita; P. Martucci, *Neuroscienze e processo penale. Profili applicativi e giurisprudenziali*, Milano, 2015.

[2] S.A. Huettel, A. W.Song, G. McCarthy, *Functional Magnetic Resonance Imaging*, Massachusetts, 2009.

La ricerca di polimorfismi genetici significativi per modulare le reazioni a variabili ambientali fra i quali, in particolare, l'esposizione ad eventi stressanti e a reagire agli stessi con comportamenti di tipo impulsivo, ha condotto, nel caso trattato, la Corte a ritenere che l'imputato «risulta[va] possedere, per ciascuno dei polimorfismi esaminati, almeno uno se non tutti e due gli alleli che, in base a numerosi studi internazionali riportati sinora in letteratura, sono stati riscontrati conferire un significativo aumento del rischio di sviluppo di comportamento aggressivo, impulsivo (socialmente inaccettabile)». Un soggetto che possiede un profilo genetico come quello dell'imputato, dunque, sarebbe «maggiormente incline a manifestare aggressività se provocato o escluso socialmente».

La Corte, inoltre, sottolinea che le "vulnerabilità genetica" risulta avere un peso ancor più significativo «nel caso in cui l'individuo sia cresciuto in un contesto familiare e sociale non positivo e sia stato, specialmente nelle prime decadi della vita, esposto a fattori ambientali sfavorevoli, psicologicamente traumatici o negativi […]».

Tale predisposizione genetica, tuttavia, non è ritenuta, da sola, in grado di giustificare il comportamento aggressivo. La Corte di assise di appello di Trieste, infatti, si limita a rivalutare la decisione del giudice per le udienze preliminari nei limiti in cui essa non ha visto l'applicazione, nella misura massima di un terzo, della riduzione di pena possibile per il difetto parziale di imputabilità.

3. *La utilizzabilità delle indagini neuroscientifiche nel processo penale: la pronuncia del Tribunale di Como, sez. G.I.P./G.U.P., 20 agosto 2011*

La pronuncia del Tribunale di Como, sez. G.I.P./G.U.P. del 20 agosto 2011 si pone, come detto, nel solco aperto dalla Corte di assise di appello di Trieste nell'ambito dell'utilizzo delle neuroscienze per la prova della imputabilità. La portata innovativa della sentenza, tuttavia, risiede principalmente nelle motivazioni, attraverso le quali viene esposto in modo chiaro e dettagliato come, dal punto di vista procedurale, il supporto decisionale possa essere

fornito non soltanto dagli esiti dei tradizionali test psichiatrici, ma anche dalle risultanze di specifiche indagini neuroscientifiche tese ad accertare se il periziando presenti alleli significativamente associati ad un maggior rischio di comportamento impulsivo, aggressivo e violento[3]. Pertanto, ai fini della comminazione della sentenza, il particolare metodo tecnico-giuridico mediante il quale si è pervenuti al riconoscimento del vizio parziale di mente *ex* articolo 89 c.p. rappresenta un importante carattere di originalità.

In questo caso il giudice ha condannato, nella forma del rito abbreviato, alla pena di venti anni di reclusione una donna imputata e riconosciuta colpevole di aver ucciso la sorella, i cui resti carbonizzati furono rinvenuti solamente due mesi dopo l'esecuzione dell'omicidio. La donna, secondo le successive risultanze processuali, aveva inoltre già tentato di uccidere, mediante strangolamento, anche sua madre e di distruggerne il cadavere con le stesse modalità incendiare.

In questo procedimento sono state impiegate tecniche di *neuroimaging* cerebrale e studi di genetica molecolare, attraverso le quali è stato possibile dimostrare che nella imputata ci fosse una correlazione tra anomalie di alcune aree del cervello e comportamenti aggressivi. Inoltre, la riscontrata presenza di tre particolari tipologie di geni (alleli) era stata ritenuta in grado di predisporre il soggetto a porre in essere comportamenti antisociali e aggressivi. L'utilizzo di tali metodiche nel processo è stato possibile mediante l'impiego degli articoli 187 e 189 c.p.p. e ha condotto al riconoscimento del vizio parziale di mente per l'imputata.

Già la Corte di Cassazione a Sezioni Unite, con sentenza n. 9163 del 25 gennaio 2005, aveva affermato che «nell'accertamento dei connotati di gravità ed intensità dei disturbi della personalità,

[3] Sulla La utilizzabilità delle indagini neuroscientifiche nel processo penale si vedano O. Dominioni, *La prova penale scientifica: gli strumenti tecnico-scientifici nuovi o controversi e di elevata specializzazione*, Milano, 2005; S. Lorusso, *La prova scientifica*, in A. Gaito (a cura di), *La prova penale*, Milano, 2008, I, 295 ss.; O. Dominioni, *La prova penale scientifica. Gli strumenti scientifico-tecnici nuovi o controversi e di elevata specializzazione*, Milano, 2005; C. Bonzano, *Prova "scientifica": le garanzie difensive tra progresso tecnologico e stasi del sistema*, in C. Conti (a cura di), *Scienza e processo penale*, Milano, 2011.

il giudice deve procedere avvalendosi degli strumenti tutti a sua disposizione, dell'indispensabile apporto e contributo tecnico nonché di ogni altro elemento di valutazione e di giudizio desumibile dalle acquisizioni processuali».

Seguendo tale orientamento, il Giudice di Como ritiene di dover sottoporre ad un vaglio particolarmente rigoroso le emergenze psichiatriche, facendo un uso «particolarmente avveduto e controllato» delle categorie strettamente penalistiche. Infatti, «le conclusioni psichiatriche, costituiscono un parere tecnico che non fornisce verità ma solo conoscenza, comprensione dell'accaduto e, spesso, tentativi di comprensione dell'accaduto e, nella vigenza dell'attuale quadro normativo, esercita una funzione di supporto della decisione giudiziaria che è il prodotto di una valutazione complessiva, logica e coordinata delle emergenze psichiatriche e di quelle processuali». Nel caso di specie, le conclusioni specialistiche sullo stato mentale dell'imputata erano state ritenute «insanabilmente divergenti», circostanza che aveva portato il giudice ad operare una scelta per una delle opposte tesi scientifiche ricorrendo proprio al dirimente apporto delle più moderne neuroscienze.

Ai sensi dell'articolo 187 c.p.p., sono oggetto di prova anche i fatti relativi alla imputabilità del soggetto ed ai fini delle sue valutazioni il giudice, ai sensi dell'articolo 189 c.p.p., introdotto proprio per assicurare l'opportuna flessibilità del sistema processuale in tema di prova scientifica, può servirsi anche di prove non disciplinate dalla legge quando esse siano rilevanti, non superflue e concretamente idonee ad assicurare l'accertamento dei fatti. Il legislatore, infatti, in tema di c.d. prove atipiche, non ne ha escluso a priori l'utilizzabilità in sede processuale, ma ne ha, tuttavia, delimitato l'ambito di operatività, demandando al giudice il compito di valutarne l'ammissibilità, anche in riferimento all'importanza che di volta in volta possono assumere nella fattispecie concreta. A tal fine il giudice dovrà operare due distinte valutazioni: da un lato accertare che la prova sia idonea ad assicurare l'accertamento dei fatti, dall'altro lato che non pregiudichi la libertà morale della persona[4].

[4] Cfr. V. Bozio, *La prova atipica*, in *Trattato sulla prova penale*, Torino, 2013; A. Procaccino, *Prove atipiche*, in A. Gaito (a cura di), *La Prova Penale*, cit.

È proprio in virtù di queste due norme che il Giudice di Como ha deciso di ricorrere all'ausilio delle nuove tecniche che, grazie al progresso scientifico, hanno permesso di offrire spunti ulteriori verso la conferma o la falsificazione di ciò che deve costituire oggetto di prova nel processo penale relativamente alla imputabilità.

Nelle motivazioni, infatti, si ritiene «limitante e riduttivo che il giudice si assesti in modo acritico sull'opinione consolidata della comunità scientifica di riferimento escludendo a priori l'ammissibilità di nuovi metodi di indagine anche quando si tratta di metodi che, per effetto del progresso scientifico, hanno ottenuto un unanime riconoscimento internazionale: data per scontata la rilevanza, la non superfluità e la idoneità della nuova prova richiesta ad assicurare l'accertamento dei fatti, la valutazione decisoria che il giudice è chiamato ad operare non potrà che essere facilitata dalla raccolta di evidenze ancora più complete». Ragionamento che ha portato il giudice a tenere conto, ai fini della decisione, delle indagini neuro scientifiche disposte «con estremo rigore» dai consulenti tecnici della difesa, a integrazione delle tradizionali indagini psichiatriche e neuropsicologiche.

4. *Possibili profili problematici di carattere etico-giuridico*

Queste pronunce presentano senz'altro alcuni importanti profili di originalità. Non soltanto, infatti, mostrano come i progressi delle biotecnologie e delle neuroscienze possano contribuire a rimodellare le tradizionali categorie dell'imputabilità e della capacità di intendere e di volere, ma costituiscono uno spunto di riflessione su come le scoperte sui legami tra il profilo cromosomico degli individui ed il loro comportamento possa sollevare anche delicate questioni etico-giuridiche.

Innanzitutto occorre tenere a mente che l'impiego di questi nuovi strumenti tecnologici nel processo penale può sempre comportare il rischio di una compressione dei diritti fondamentali della persona imputata, richiedendo, quindi, una più chiara regolamentazione del loro utilizzo, al fine di garantire il rispetto dei diritti e delle libertà esplicitamente riconosciuti negli articoli 2, 13 e 32 della Costituzione.

Inoltre, sebbene siano, ormai, sempre più numerosi gli studi che hanno dimostrato l'esistenza di una base genetica nel comportamento aggressivo umano, si tratta, comunque, di lavori che non sono ancora unanimemente considerati conclusivi, nel senso che occorrerà effettuarne di altri, su casistiche sempre più ampie, per caratterizzare in maniera certa il profilo di rischio genetico associato con l'aggressività.

D'altra parte, un sempre maggiore ricorso in futuro a tale strumento potrebbe condurre ad interrogarsi sulle possibili conseguenze, sul piano etico-giuridico, della teorizzazione della esistenza di una predisposizione genetica al comportamento aggressivo da parte di singoli individui o categorie di persone. Come è stato osservato, infatti, «se si ammette tout court – come fanno i giudici di Trieste e di Como – che la "vulnerabilità genetica" integra gli estremi dell'infermità di cui agli artt. 85, 88, 89 c.p. e comporta una riduzione di pena, deve ammettersi anche, in linea di principio, che in certe categorie di individui, geneticamente caratterizzati, il determinismo biologico è in grado di prevalere sul libero arbitrio della persona. La capacità ed il diritto di autodeterminarsi di questi individui verrebbero ad essere limitati a priori in ragione delle peculiarità del loro profilo genetico, mentre il trattamento da riservare agli stessi, anche sul piano giuridico, non potrebbe che essere diverso rispetto a quello di tutti gli altri individui; ossia degli individui dotati di un patrimonio genetico che, a questo punto, non si tarderebbe a qualificare come "normale"»[5].

[5] R. Catalano, *Indagini genetiche, imputabilità e libero arbitrio*, cit., 3647.

Silvia Piergiovanni

Tecniche neuroscientifiche e giudizio di attendibilità delle dichiarazioni. Laboratorio

SOMMARIO: 1. Il caso tratto dalla pronuncia del Tribunale di Cremona, n. 109 del 19 luglio 2011. – 2. L'utilizzo dei test a-I.A.T. e T.A.R.A. nella valutazione della prova dichiarativa. – 3. Le tecniche di *memory-detection* e i dubbi di affidabilità del sapere neuroscientifico. – 4. La difficile compatibilità dei test a-I.A.T. e T.A.R.A. con le garanzie processuali del dichiarante.

1. *Il caso tratto dalla pronuncia del Tribunale di Cremona, n. 109 del 19 luglio 2011*

Caia, studentessa minorenne di un istituto tecnico commerciale, viene affidata a Tizio, commercialista, nell'ambito di un progetto di formazione organizzato dalla scuola.

Al rientro dall'ultimo giorno di tirocinio presso lo studio di Tizio, Caia arriva a scuola evidentemente sconvolta e racconta alla compagna di banco che, quel giorno, Tizio aveva iniziato a rivolgerle apprezzamenti fisici e a toccarla, nonostante i suoi palesi segnali di fastidio.

L'accaduto viene riferito anche a due professori della scuola, i quali, insieme al dirigente scolastico, si determinano a presentare denuncia contro Tizio.

All'esito delle indagini, il pubblico ministero esercita l'azione penale, chiedendo il rinvio a giudizio di Tizio per il reato di cui all'art. 609-*bis*, commi 1 e 3, c.p. per avere lo stesso costretto la studentessa Caia, al tempo minorenne, a subire atti di natura sessuale, con violenza e mediante abuso di autorità, in quanto la ragazza era stata affidata dalla scuola al commercialista nell'ambito di un

progetto di formazione. Nel corso dell'udienza preliminare, Caia si costituisce parte civile e Tizio chiede che il processo venga definito nelle forme del giudizio abbreviato.

All'esito della discussione delle parti, il giudice dell'udienza preliminare, ritenendo di non poter decidere allo stato degli atti, dispone procedersi a perizia nei confronti di Caia, al fine di verificare se nella sua memoria sia presente una traccia dell'evento narrato e se l'episodio abbia causato un danno post-traumatico da stress. Caia viene, quindi, sottoposta ai tradizionali test psico-diagnostici, nonché alle tecniche a-I.A.T. e T.A.R.A. (rispettivamente *autobiographical Implicit Association Test* e *Timed Antagonistic Response Alethiometer*).

Ai fini dello svolgimento delle indagini neurologiche mediante le tecniche a-I.A.T. e T.A.R.A., il perito, incaricato dal giudice dell'udienza preliminare, sottopone a Caia una serie di frasi, formulate d'accordo con il consulente tecnico di parte nominato dalla difesa: alcune di esse corrispondono alla versione dei fatti sostenuta da Caia, mentre le altre riportano il racconto del medesimo episodio fornito dall'imputato Tizio.

I risultati dei test a-I.A.T. e T.A.R.A. confermano che la traccia mnestica, presente nella memoria di Caia, corrisponde alle frasi associate alla ricostruzione accusatoria e, dunque, a quanto affermato verbalmente fin dall'inizio dalla persona offesa.

2. *L'utilizzo dei test a-I.A.T. e T.A.R.A. nella valutazione della prova dichiarativa*

Premesso il caso oggetto di analisi, giova ora illustrare la disciplina delle tecniche neuroscientifiche impiegate, nella vicenda richiamata, ai fini della valutazione dell'attendibilità delle dichiarazioni rese in sede processuale. E ciò al fine di vagliare la compatibilità di tale forma di accertamento probatorio con i principi cardine del "giusto" processo penale.

I test a-I.A.T. e T.A.R.A. – acronimi, rispettivamente, di *autobiographical Implicit Association Test* e *Timed Antagonistic Response Alethiometer* – rappresentano tecniche neuroscientifiche di

analisi della memoria, volte ad indagare la presenza di una traccia mnestica nella mente del soggetto sottoposto all'analisi.

Entrambe le metodologie in parola traggono origine dall'*Implicit Association Test (I.A.T.)*, procedura elaborata negli Stati Uniti nel 1998[1] ed utilizzata nell'ambito della psicologia sociale, al fine di scandagliare il grado di associazione inconscia tra concetti sulla base del tempo impiegato dal soggetto per categorizzare gli stimoli inviati[2]. La procedura *de qua* si fonda, infatti, sull'idea che i comportamenti umani siano determinati dalle cognizioni inconsapevoli che risiedono nella memoria implicita di ciascuno.

In particolare, il test I.A.T. consente, non solo l'emersione delle suddette associazioni implicite, ma anche la rilevazione dell'intensità del legame inconscio tra le stesse, sul presupposto che quanto più esso è forte, tanto più sarà ridotto il tempo necessario al soggetto per riassociarle, una volta stimolato. Proprio in ragione di tali caratteristiche, il test è stato utilizzato per misurare il grado di pervasività di pregiudizi e stereotipi, censurabili a livello conscio, nonché per studiare l'atteggiamento assunto dai singoli nei confronti di prodotti di consumo ovvero di candidati politici.

[1] A.G. Greenwald, D.E. McGhee, J.K.L. Schwartz, *Measuring individual differences in implicit cognition: the implicit association test,* in *Journal of personality and social psychology*, 1998, 74, 1464-1480.

[2] Si tratta di un test computerizzato al quale il soggetto può fornire risposta solo utilizzando due tasti, cui corrispondono categorie di concetti tra loro antitetici. In particolare, in una prima fase, vengono associati ai suddetti tasti due soli concetti come, ad esempio, "donna", per il tasto destro, e "uomo", per il sinistro, con richiesta al soggetto di utilizzarli per classificare gli stimoli proiettati sul *monitor*. In una seconda fase, vengono collegate ai due tasti due categorie di attributi quali, ad esempio, "spiacevole" per il tasto destro, "piacevole" per il sinistro. Nella terza fase, invece, le precedenti categorie vengono combinate tra loro. Pertanto, rispetto all'esempio precedente, la scelta del tasto destro varrà ad indicare "donna/spiacevole", mentre, quella del sinistro, "uomo/piacevole". Nelle fasi ancora successive, il soggetto viene nuovamente sottoposto agli stimoli ma le combinazioni corrispondenti ai tasti sono invertite rispetto ai blocchi precedenti. Dunque, stando all'esempio già descritto, rispetto al primo blocco, il tasto destro sarà ora associato a "uomo" e il sinistro a "donna", mentre, rispetto al secondo blocco, al tasto destro corrisponderà l'associazione "uomo/spiacevole" mentre il sinistro coinciderà con "donna/piacevole". I promotori della tecnica I.A.T. assumono che attraverso il calcolo dei diversi tempi di risposta, in base alle differenti combinazioni di concetti, sia possibile rilevare il grado di associazione inconscia sussistente tra gli stessi.

I test T.A.R.A. e a-I.A.T., pur mutuando il procedimento dall'originario test I.A.T. del 1998, se ne discostano in punto di finalità, in quanto assumono di poter valorizzare i differenti tempi di risposta del soggetto agli stimoli, per verificare l'effettiva sussistenza di una traccia mnestica nella mente dello stesso.

Più nel dettaglio, nel *Timed Antagonistic Response Alethiometer* (T.A.R.A.)[3], il soggetto sottoposto alla procedura di associazione è chiamato a classificare come veri o falsi, dapprima, alcuni stimoli di "controllo", irrilevanti rispetto ai profili che si intende indagare, e, successivamente, le affermazioni "bersaglio", concernenti invece le questioni di interesse. La tecnica *de qua*, basata sul calcolo del divario temporale intercorso nella formulazione delle varie risposte, muove dall'assunto che, ad una risposta mendace, corrispondano tempi più lunghi di reazione. Ciò in ragione della necessità di attivare, inizialmente, un processo cognitivo volto ad inibire la risposta veritiera e, in seguito, un secondo processo, deputato a formulare ed esprimere una risposta falsa sostitutiva.

Nel 2008, un gruppo di studiosi italiani[4] ha ideato un'ulteriore applicazione del metodo I.A.T., volta ad utilizzare il calcolo dei tempi di risposta al fine, strettamente processuale, di fornire al giudice altri elementi utili per il vaglio di attendibilità della fonte di prova dichiarativa. In tale ipotesi, infatti, gli stimoli consistono in descrizioni del ricordo da validare, dapprima ricostruite secondo la tesi accusatoria e, successivamente, secondo quella difensiva.

Nelle diverse fasi in cui il test si articola, il soggetto sottoposto ad esame è chiamato a classificare i suddetti stimoli, in un primo momento, scegliendo tra gli attributi vero o falso; in un secondo momento, riconducendo le affermazioni alla versione accusatoria ovvero difensiva e, infine, utilizzando tutte e quattro le categorie precedenti, variamente combinate tra loro.

L'obiettivo è, dunque, quello di verificare se l'associazione tra le categorie del vero/falso e la tesi dell'accusa generi un tempo di

[3] In merito, cfr. A.P. Gregg, *When vying reveals lying: the timed antagonistic response alethiometer*, in *Applied Cognitive Psychology*, 2007, 21, 621-647.

[4] G. Sartori, S. Agosta, C. Zogmaister, S.D. Ferrara, U. Castiello, *How to accurately detect autobiographical events*, in *Psychological science*, 2008, 19, 772-780.

reazione più breve rispetto all'abbinamento tra gli stessi attributi e la versione della difesa, sul presupposto che all'allungamento dei tempi di risposta corrisponda il conflitto cognitivo, generato nel soggetto dalla natura mendace della stessa.

L'effettiva attendibilità degli esiti di tali procedure solleva, tuttavia, numerose perplessità.

Anzitutto, si obietta che la consapevolezza del soggetto di essere sottoposto al test rischia di rivelarsi influente sulla buona riuscita dello stesso[5], attesa la possibilità che l'individuo assuma comportamenti idonei a controllare i tempi di risposta, falsando così i risultati.

Appaiono, dunque, preferibili procedure di *covert lie-detection*, che si caratterizzano proprio per la mancata conoscenza, da parte dell'interessato, dei fini perseguiti dal test[6].

Ma vi è di più. Un ulteriore profilo problematico è rappresentato dalla natura stessa del ricordo umano che, lungi dall'essere sovrapponibile all'episodio reale cui afferisce, si sostanzia nel risultato di una ricostruzione, frutto di meccanismi innati di selezione ed organizzazione delle informazioni[7].

3. *Le tecniche di* memory-detection *e i dubbi di affidabilità del sapere neuroscientifico*

Prima di analizzare i possibili punti di frizione tra l'impiego delle indagini neuroscientifiche a-I.A.T. e T.A.R.A. e i principi cardine del "giusto" processo penale, occorre – in via preliminare – soffermare l'attenzione sull'idoneità di tali tecniche a costituire valida prova scientifica all'interno del processo.

Sul punto, va detto subito, la Corte di cassazione consente, con indirizzo ormai costante, che siano poste a fondamento della

[5] G. Gulotta, *Compendio di psicologia giuridico-forense, criminale e investigativa*, Milano, 2020, 214.

[6] R. Rumiati, C. Bona, *Dalla testimonianza alla sentenza. Il giudizio tra mente e cervello*, Bologna, 2019, 63.

[7] In tema cfr. F. Bartlett, *Remembering: a study in experimental and social psychology*, London, Cambridge University Press, 1932.

decisione anche teorie scientifiche non ancora accreditate dalla comunità di riferimento, a condizione che siano provati la base d'indagine, con i relativi riscontri fattuali, gli studi pregressi, nonché l'autorevolezza e l'indipendenza di chi ne è autore[8].

La Suprema Corte ha, infatti, recepito ormai da tempo i "criteri *Daubert*"[9], vale a dire i parametri elaborati nell'ordinamento statunitense al fine di guidare il vaglio di attendibilità della "nuova" prova scientifica, affidato al giudice, emancipandolo dalla soggezione al consenso della comunità degli esperti.

In particolare, alla stregua dei suddetti criteri, un metodo può considerarsi "scientifico" solo qualora sia verificabile mediante esperimenti, suscettibile di falsificazione, nonché ogget-

[8] In merito, cfr. Cass., Sez. IV, 13 dicembre 2010, n. 43786, Cozzini e altri, in *Dir. pen. proc.*, 2011, 1341 ss., con nota di P. Tonini, *La Cassazione accoglie i criteri* Daubert *sulla prova scientifica. Riflessi sulla verifica delle massime di esperienza*, in cui si afferma che «per valutare l'attendibilità di una teoria occorre esaminare gli studi che la sorreggono. Le basi fattuali sui quali essi sono condotti. L'ampiezza, la rigorosità, l'oggettività della ricerca. Il grado di sostegno che i fatti accordano alla tesi. La discussione critica che ha accompagnato l'elaborazione dello studio, focalizzata sia sui fatti che mettono in discussione l'ipotesi sia sulle diverse opinioni che nel corso della discussione si sono formate. L'attitudine esplicativa dell'elaborazione teorica. Ancora, rileva il grado di consenso che la tesi raccoglie nella comunità scientifica. Infine, dal punto di vista del giudice, che risolve casi ed esamina conflitti aspri, è di preminente rilievo l'identità, l'autorità indiscussa, l'indipendenza del soggetto che gestisce la ricerca, le finalità per le quali si muove. […] Naturalmente, il giudice di merito non dispone delle conoscenze e delle competenze per esperire un'indagine siffatta: le informazioni di cui si parla relative alle differenti teorie, alle diverse scuole di pensiero, dovranno essere veicolate nel processo dagli esperti. Costoro, per le ragioni che si sono ormai ripetutamente dette, non dovranno essere chiamati ad esprimere (solo) il loro personale seppur qualificato giudizio, quanto piuttosto a delineare lo scenario degli studi ed a fornire gli elementi di giudizio che consentano al giudice di comprendere se, ponderate le diverse rappresentazioni scientifiche del problema, possa pervenirsi ad una "metateoria" in grado di guidare affidabilmente l'indagine. Di tale complessa indagine il giudice è infine chiamato a dar conto in motivazione, esplicitando le informazioni scientifiche disponibili e fornendo razionale spiegazione, in modo completo e comprensibile a tutti, dell'apprezzamento compiuto». Più di recente, in senso conforme, cfr. Cass., Sez. I, 29 settembre 2020, n. 27115, in *CED Cass*., rv. 279582 – 01, nonché Cass., Sez. V, 16 novembre 2021 (dep. 2022), n. 1801, *ivi*, rv. 282545 – 01.

[9] Cfr. Corte Suprema Stati Uniti d'America, *Daubert v. Merrel Dow Pharmaceuticals*, *Inc.*, 509 U.S. 579, 1993.

to di pubblicazioni specialistiche. Ancora, deve esserne noto o potenzialmente calcolabile il tasso di errore e, da ultimo, se ne deve saggiare il grado di accettazione nell'ambito della comunità di riferimento.

Risulta, dunque, esaltato il ruolo del giudice quale *peritus peritorum*, cui è demandato il compito di valutare l'attendibilità della nuova tecnica scientifica nell'esercizio del proprio libero convincimento, alla luce delle informazioni veicolate nel processo dagli esperti.

La richiamata centralità, attribuita alla discrezionalità giudiziale, spiega le diverse conclusioni cui è giunta la giurisprudenza di merito, in ordine all'affidabilità scientifica delle tecniche a-I.A.T. e T.A.R.A.

Invero, mentre, nella sentenza pronunciata dal Tribunale di Cremona – da cui è tratto il caso esaminato – si afferma espressamente che i suddetti test sono in grado di «far emergere, grazie ad una metodologia scientifica e controllabile e non in base ad apprezzamenti soggettivi»[10] quale sia il ricordo del soggetto rispetto ad un determinato fatto; un più recente arresto della Corte d'Appello di Salerno[11] ha, invece, escluso che gli stessi test siano dotati dei requisiti di "scientificità" necessari per accedere nel processo penale. La citata Corte d'Appello, infatti, dopo aver nominato un perito con l'incarico di fornire una valutazione tecnica sulla validità delle suddette tecniche, ha ritenuto che le stesse «non possono essere considerate, allo stato attuale, metodologicamente corrette (ai fini di ciò che si propongono di indagare), né sono state validate (cioè riconosciute valide allo scopo) dalla comunità scientifica internazionale e, tali, pertanto, da garantire valide acquisizioni di conoscenza sul piano giudiziario processuale»[12].

[10] Cfr. Trib. Cremona, sent. 19 luglio 2011, n. 109, inedita, 20.

[11] Cfr. Corte d'App. Salerno, sent. 16 dicembre 2016 (dep. 2017), n. 2575, in *Cass. pen.*, 2018, 944 ss., con nota di P. Marchetti, *L'uso processuale dei test di memoria autobiografica tra nuove tecnologie e antiche aspirazioni. A proposito di una recente sentenza della Corte d'Appello di Salerno.*

[12] Corte d'App. Salerno, sent. 16 dicembre 2016 (dep. 2017), n. 2575, *op. cit.*, 947.

4. *La difficile compatibilità dei test a-I.A.T. e T.A.R.A. con le garanzie processuali del dichiarante*

In ogni caso, anche qualora s'intenda superata la valutazione preliminare circa l'affidabilità delle indagini condotte secondo le "nuove" metodologie neuroscientifiche, l'impiego in sede processuale dei test a-I.A.T. e T.A.R.A. rischia di provocare un'evidente violazione dei diritti inviolabili della persona.

Assume, anzitutto, rilievo in tal senso la capacità di autodeterminazione del soggetto, in relazione alle proprie facoltà fisiche, mentali e morali, secondo quanto statuito dagli artt. 64, comma 2, e 188 c.p.p., a norma dei quali «non possono essere utilizzati, neppure con il consenso della persona interessata, metodi o tecniche idonei a influire sulla libertà di autodeterminazione o ad alterare la capacità di ricordare e di valutare i fatti».

In linea con quanto affermato dalla Corte costituzionale, l'enunciato divieto, «tutelando la "libertà morale nell'assunzione della prova", rappresenta una diretta applicazione dell'art. 2 della Costituzione»[13], che – come noto – riconosce e garantisce i diritti inviolabili dell'uomo. A ciò deve aggiungersi l'evidente strumentalità dello stesso rispetto agli artt. 24 e 27, comma secondo, Cost., ogniqualvolta operi a tutela dei diritti difensivi dell'imputato, presunto innocente fino alla condanna definitiva. Qualora, infatti, si ammettesse «un'intrusione nel corpo per giungere alla mente»[14] dell'imputato, si finirebbe, di fatto, per ripristinare la logica di matrice strettamente inquisitoria, che anteponeva la ricerca della verità ad ogni costo alla libertà di autodeterminazione del singolo, legittimando perfino forme di tortura *ad eruendam veritatem*[15].

[13] Corte cost., sent. 19 giugno 1998, n. 229, in *Cass. pen*., 1999, 817 ss. con nota di D. Potetti, *Note in tema di sequestro avente ad oggetto appunti predisposti a fini difensivi.*

[14] M. Bertolino, *Prove neuro-psicologiche di verità penale*, in *Dir. pen. cont.*, 8 giugno 2013, 31.

[15] In merito A.U. Palma, *Le "prove di verità" e la libertà morale del dichiarante*, in *Arch. pen*, 2020, 1, 43, osserva che il legislatore del 1988, «rifuggendo da ipertrofiche ed onnivore forme di conoscenza, ha anteposto, all'etica del risultato, l'etica delle forme».

Per tali ragioni, il divieto in esame aveva già impedito l'ingresso nel processo penale di altre tecniche volte a ricercare tracce di verità nella mente del dichiarante, quali il poligrafo o l'ipnosi, in quanto suscettibili di provocare, in capo al soggetto, un condizionamento psichico, in grado di influenzarne la libertà morale.

Segnatamente, nel caso dei test a-I.A.T. e T.A.R.A., la richiamata limitazione della libertà di autodeterminarsi si spiega alla luce della natura precostituita degli stimoli e delle risposte, che, in quanto tale, osta all'esercizio di qualsiasi arbitrio in termini di contenuto ed ampiezza dell'apporto collaborativo. A ciò si aggiunga, più in generale, che è la stessa finalità delle suindicate tecniche a risultare inconciliabile con la libertà di autodeterminazione del singolo, dal momento che mirano a far emergere elementi nascosti nell'inconscio e, dunque, al di fuori dell'autodominio del soggetto.

Il profilo in questione è stato recentemente affrontato dalla Corte d'Appello di Brescia[16], che ha assimilato il metodo a-I.A.T. a quello impiegato nella "macchina della verità", inammissibile nel processo penale alla luce del principio di "ordine pubblico processuale"[17], previsto dagli artt. 64, comma 2, e 188 c.p.p. La stessa Corte d'Appello, in particolare, ha rilevato che, anche in presenza di un consenso espresso del soggetto, le tecniche in questione devono ugualmente reputarsi illegittime, attesa appunto la natura inconscia – e, dunque, inconsapevole – delle informazioni che sono rese note all'esito del test.

Tuttavia, se l'illegittima compressione della libertà di autodeterminarsi appare evidente in presenza di un soggetto imputato, anche per le ovvie implicazioni sul diritto al silenzio, non minori perplessità possono cogliersi, altresì, con riferimento alla figura del testimone.

Invero, qualora la procedura neuroscientifica rilevasse la presenza di una traccia mnestica incompatibile con le dichiarazioni rese dal soggetto nel corso dell'esame, si profilerebbe alto il rischio di emersione di eventuali aspetti mendaci della deposizione. Il che

[16] Cfr. Corte d'App. Brescia, sent. 15 luglio 2020, n. 1683, in *Sist. pen. web*, 10 dicembre 2020, con commento di G. Gennari, *Oscillazioni neuro…scientifiche: test a-IAT e macchina della verità.*

[17] Così definito in Corte d'App. Brescia, sent. 15 luglio 2020, n. 1683, *op. cit.*, 19.

finirebbe per tradursi in una violazione dell'art. 198, comma 2, c.p.p., che – come noto – "esonera" il testimone dall'obbligo di deporre su fatti dai quali potrebbe emergere una sua responsabilità penale. Ciò in quanto le riscontrate discrasie tra il contenuto delle dichiarazioni, rese consapevolmente dal teste, e quelle ricavabili dalle tracce nella sua memoria, potrebbero astrattamente esporlo al rischio di incriminazione per falsa testimonianza o calunnia.

Infine, un altro punto problematico è rappresentato dalla connotazione suggestiva, che caratterizza gli stimoli cui il soggetto è sottoposto durante l'esecuzione dei test neuroscientifici in parola e dal conseguente rischio di eludere il divieto di porre domande suggestive durante l'esame testimoniale, sancito dall'art. 499, comma 3, c.p.p.

La finalità di garantire la genuinità delle risposte, sottesa alla norma *de qua*, si rivela infatti incompatibile con la struttura stessa dei test, che costringono il soggetto a reagire a frasi precostituite, solo con risposte vincolate quali "vero"/"falso" ovvero "versione dell'accusa"/"versione della difesa". Si palesa, dunque, l'irragionevolezza di una tecnica che, a fronte dell'intento dichiarato di aumentare il livello di attendibilità della testimonianza, finisce invece per vanificare proprio quelle norme poste a presidio di un simile valore[18].

Ebbene, alla luce di simili considerazioni, se per un verso, sono senz'altro apprezzabili i vantaggi derivanti dall'impiego delle moderne conoscenze neuroscientifiche al fine di coadiuvare il giudice nel vaglio sull'attendibilità del dichiarante, per altro verso, tuttavia, il soddisfacimento di tali esigenze processuali non può spingersi fino ad arrecare compressioni ai diritti fondamentali. Qualora, infatti, si tollerasse, ai fini delle predette istanze di accertamento, un'ingerenza nella sfera dei singoli, tale da decodificarne le reazioni più inconsce, si finirebbe per legittimare un travisamento della funzione stessa del processo penale, concepito come strumento di garanzia dell'individuo rispetto allo Stato.

[18] Con specifico riferimento al profilo della suggestività degli stimoli cfr. I. Merzagora, A. Verde, C. Barbieri, A. Boiardi, *Come mente la mente. Un nuovo strumento per valutare la memoria*, in *Cass. pen.*, 2014, 1901 ss.

Parte Quarta
OPPORTUNITÀ E RISCHI DELLE NUOVE TECNOLOGIE NEL SISTEMA PENALE E PENITENZIARIO

Alice Riccardi

Opportunità e rischi delle nuove tecnologie nel sistema penale e penitenziario nella prospettiva dei diritti umani

Sommario: 1. Introduzione. – 2. Qualche spunto a partire dal principio di non discriminazione. – 3. Conclusione.

1. *Introduzione*

Già nel 2018, la Commissione europea per l'efficienza della giustizia del Consiglio d'Europa, adottando la Carta etica europea sull'uso dell'intelligenza artificiale nei sistemi penali, esprimeva l'esigenza di un dibattito pubblico sull'utilizzo delle nuove tecnologie nel campo della giustizia; in particolare, la Commissione si augurava che un tale dibattito si svolgesse nelle aule universitarie e che coinvolgesse studenti e operatori del diritto, con l'obiettivo di formare professionisti consapevoli e capaci di contribuire allo sviluppo e all'uso di tecnologie compatibili con i diritti umani[1].

Tale esigenza è oggi ancora più viva. L'emergenza sanitaria legata alla pandemia da COVID-19 ha determinato diversi Stati, sia europei che non, a premere sull'acceleratore dello sviluppo tecnologico; per esempio, si è ampliato il ricorso a strumenti di video-conferenza, di comunicazione elettronica e di intelligenza artificiale sia nell'ambito del processo penale che all'interno delle strutture penitenziarie. Anche il conflitto armato in Ucraina ha contribuito a tale repentino sviluppo, in particolare per quanto

[1] European Commission for the Efficiency of Justice (CEPEJ), *European ethical Charter on the use of Artificial Intelligence in judicial systems and their environment*, Strasburgo, 2018, 60.

riguarda l'utilizzo delle nuove tecnologie per la raccolta di prove circa la commissione di crimini di diritto internazionale e ai fini della cooperazione giudiziaria[2].

Questo volume, e la *Spring School* che ne ha costituito il motore, in un certo senso rispondono al citato appello del Consiglio d'Europa, il cui invito era volto a un dibattito ampio, che permettesse di valutare sia le opportunità sia i rischi insiti nell'utilizzo delle nuove tecnologie. Tale valutazione trova un suo naturale parametro nel diritto internazionale dei diritti umani: il *design* e l'uso di nuovi strumenti tecnologici nel sistema penale e penitenziario devono difatti essere compatibili con gli obblighi sui diritti umani. Tale branca del diritto internazionale pubblico impone agli Stati obblighi sia negativi (di risultato) sia positivi (sia di risultato sia di condotta): in forza dei primi, gli Stati devono astenersi dall'adottare misure che interferiscano con il godimento dei diritti umani; i secondi impongono di promuovere i diritti e proteggerne l'esercizio. Partendo dal presupposto che l'utilizzo delle nuove tecnologie deve sempre rafforzare i diritti umani e mai indebolirne il godimento, è evidente come sia la stessa struttura degli obblighi sui diritti umani a suggerire come gli Stati debbano sia evitare di utilizzare la tecnologia in modo tale da comportare un *rischio* di violazione, sia favorirne l'utilizzo, quando ciò determini delle *opportunità*, astenendosi dal precludere l'accesso a tali tecnologie, a certe condizioni anche in ambito penitenziario, e attivandosi per promuoverle, quando ciò favorisca l'accesso a certi diritti.

I capitoli che seguono vogliono indagare entrambi questi aspetti: opportunità e rischi. Il presente contributo, dal canto suo, intende introdurre tale dibattito accennando a come il diritto internazionale dei diritti umani debba servire a individuare e affrontare sia i rischi sia le opportunità offerte dall'utilizzo delle nuove tecnologie in ambito penale e penitenziario, partendo da alcune norme di base.

[2] J. Hendrix, *Ukraine May Mark a Turning Point in Documenting War Crimes*, in *Just Security*, 2022, *www.justsecurity.org*.

2. *Qualche spunto a partire dal principio di non discriminazione*

Secondo il Comitato sui diritti umani delle Nazioni unite, le persone private della libertà personale godono di tutti i diritti umani, salve le restrizioni che sono inevitabili in un ambiente secluso.[3] In diritto internazionale, il principio di non discriminazione comporta che gli Stati devono garantire il godimento di ogni diritto umano senza discriminazione alcuna; al contempo, esso assurge a diritto soggettivo e obbliga gli Stati a proteggere tutti gli individui da ogni discriminazione[4]. L'applicazione di queste norme alla questione dell'uso delle nuove tecnologie nel sistema penale e penitenziario suggerisce come gli Stati incontrino due obblighi principali.

Primo, gli Stati non possono arbitrariamente escludere i detenuti dal godimento di quei diritti che si esercitano attraverso le nuove tecnologie. A tal riguardo, un vivo dibattito in prassi e dottrina riguarda la questione se il diritto di accesso all'Internet sia un diritto autonomo,[5] o se esso sia rilevante solo nella misura in cui costituisca un mezzo per accedere al godimento dei diritti umani – si pensi, ad esempio, al diritto di ricevere e impartire informazioni. La Corte EDU ha abbracciato tale ultima posizione[6] e ha di conseguenza ritenuto che, seppure manchi un obbligo generale in capo agli Stati di garantire ai detenuti accesso all'Internet, laddove uno Stato offra tale accesso anche ai detenuti, esso non può essere arbitrariamente limitato,[7] pena violare l'obbligo negativo di astenersi dall'interferire[8] con il godimento dell'articolo 10 CEDU

[3] Human Rights Committee, *General Comment No. 21: Article 10 (Humane Treament of Persons Deprived of the Their Liberty)*, UN Doc. HRI/GEN/1/Rev.1(1992), 1992, 1-3.

[4] Tra gli altri v. Patto sui diritti civili e politici delle Nazioni unite, 1966, art. 26.

[5] Cfr. O. Pollicino, *The Right to Internet Access: Quid Iuris?*, in A. von Arnauld et al. (a cura di), *The Cambridge Handbook of New Human Rights*, Cambridge, 2020.

[6] Corte EDU, *Cengiz et al c. Turchia*, App. No. 48226/10 e 14027/11, 1 dicembre 2015, par. 49, 52. Dello stesso avviso anche la Corte di Giustizia dell'Unione europea, v. ad es. sent. nel caso C-70/10, *Scarlet Extended c. SABAM*, 24 novembre 2011, par. 50 and sent. nel caso C-360/10, *SABAM c. Netlog*, 16 febbraio 2012.

[7] Corte EDU, *Kalda c. Estonia*, App. No. 17429/10, 19 gennaio 2016; Corte EDU, *Ramazan Demir c. Turchia*, App. No. 68550/17, 9 febbraio 2021.

[8] Della stessa opinione A. Peacock, *Human Rights and Digital Divide*, Abingdon-on-Thames, 2009, 84-88.

(libertà di espressione) o, a seconda della situazione concreta, di ulteriori norme, come l'articolo 2 del Protocollo No. 1 alla CEDU (diritto all'educazione), quando ad esempio l'accesso all'Internet si renda necessario a fini di istruzione[9], o l'articolo 8 (diritto alla vita privata e familiare), quando l'Internet sia il mezzo attraverso cui si possa comunicare con la propria famiglia e in particolare con i figli minori[10].

Secondo, gli Stati devono contrastare ogni utilizzo della tecnologia che causi discriminazioni. Ciò riguarda sia l'uso della tecnologia *da parte* dei detenuti, che l'uso della tecnologia *nei confronti* dei detenuti.

Quanto alla prima questione, laddove si condivida il presupposto per cui le condizioni all'interno delle strutture penitenziarie dovrebbero riflettere il più possibile le condizioni all'esterno[11], non può che concludersi che gli Stati devono sia attivarsi per rimuovere ogni ostacolo all'accesso a certi diritti godibili solo *online*, sia promuovere l'utilizzo dell'Internet, quando ciò favorisca l'accesso ai diritti. Di recente, il Relatore speciale delle Nazioni unite sulla povertà estrema e i diritti umani ha messo in guardia circa quella modalità di diffondersi del "digital welfare State", per cui i sistemi di assistenza sociale sono accessibili solo *online*. Secondo il Relatore speciale, questi sistemi sono capaci di creare o esacerbare situazioni di discriminazione nei confronti di quei gruppi sociali che incontrano barriere all'accesso all'Internet, come i detenuti. In letteratura è già stato rilevato come il diniego arbitrario di accesso a Internet per i detenuti costituisca un esempio "classico" di come la tecnologia possa essere utilizzata per creare esclusione sociale[12]. Pertanto, gli

[9] Corte EDU, *Mehmet Resit Arslan e Orhan Bingol c. Turchia*, App. No. 47121/06, 130988/07 e 34750/07, 18 giugno 2019; Corte EDU, *Jankovskis c. Lituania*, App. No. 21575/08, 17 gennaio 2017.

[10] V. anche Comitato delle Nazioni unite sui diritti del fanciullo, *Report and recommendations of the day of general discussion on "Children of incarcerated parents"*, 30 settembre 2011, 46, in *www.ohchr.org*.

[11] Cfr. D. van Zyl Smit, S. Snacken, *Principles of European Prison Law and Policy. Penology and Human Rights*, Oxford, 2009, 103.

[12] Y. Jewkes, H. Johnston, *Cavemen in an Era of Speed-to-Light Technology: Historical and Contemporary Perspectives on Communications within Prisons*, in *The Howard Journal of Criminal Justice*, 2009, 137.

Stati dovrebbero sempre mantenere un'opzione *offline* di accesso al *welfare*[13], ma non solo; dovrebbero più in generale promuovere la c.d. "uguaglianza digitale" tra tutti i gruppi sociali[14], ad esempio sostenendo programmi di alfabetizzazione digitale rivolti alla popolazione detenuta così contribuendo, inoltre, alla realizzazione dell'ulteriore diritto umano alla riabilitazione. La Finlandia, partendo dall'assunto che il processo di digitalizzazione delle carceri non possa essere arrestato, poiché esso costituisce la naturale estensione della tendenza più generale alla realizzazione di spazi "smart" (si pensi al fenomeno delle c.d. *smart cities*), ha realizzato nel 2021 lo "Smart Prison Project". La struttura femminile di Hämeenlinna è così oggi organizzata in celle dotate di un terminale attraverso cui le detenute possono inviare messaggi e richieste allo staff, contattare i servizi sanitari, sociali e le ONG competenti, comunicare con i propri parenti, fare acquisti *online*, studiare (anche i fondamenti dell'intelligenza artificiale) e avere un accesso limitato a certi siti *web*. Secondo i promotori del progetto, ciò non solo favorisce la riabilitazione e il reinserimento sociale, ma garantisce alle detenute l'accesso agli stessi servizi di *welfare* della popolazione generale[15].

Quanto alla seconda questione, un rischio insito nel progressivo processo di digitalizzazione dello Stato concerne l'utilizzo di strumenti tecnologici involontariamente o volontariamente discriminatori nei confronti di certi gruppi sociali. Ciò è particolarmente evidente in diritto penale: sistemi che sfruttano in particolare l'intelligenza artificiale sono utilizzati nel *law enforcement*, nel procedimento penale e nel sistema penitenziario. Il rischio che questi sistemi riproducano strutture discriminatorie o razziste è denunciato da più parti[16].

[13] Assemblea generale delle Nazioni unite, *Report of the Special rapporteur on extreme poverty and human rights*, UN Doc. A/74/48037, 2019, par. 44-49.

[14] *Ibidem*, par. 49.

[15] P. Puolakka, *Towards digitalisation of prisons: Finland's Smart Prison Projects*, in *Penal Reform International*, 2021, *www.penalreform.org*.

[16] Su tutti v. Consiglio dei diritti umani delle Nazioni unite, *Racial discrimination and emerging digital technologies: a human rights analysis. Report of the Special Rapporteur on contemporary forms of racism, racial discrimination, xenophobia and related intolerance*, UN Doc. A/HRC/44/57, 2020.

Dei primi – che includono sistemi di riconoscimento facciale, strumenti di *predictive policing* come ad esempio il c.d. *predictive criminal mapping*, un software che utilizza i dati sulla storia criminale di certe aree per prevedere la futura commissione di reati – vi è evidenza di utilizzo da parte di alcuni Stati sia in tempo di pace (si pensi al Gangs Violence Matrix utilizzato in Gran Bretagna o al PredPol per un certo periodo in uso alla polizia di Los Angeles)[17] che di conflitto armato (ne è un esempio il sistema utilizzato dall'esercito statunitense nel corso dei conflitti armati in Iraq e Afghanistan)[18] e occupazione militare (si pensi al sistema di riconoscimento fornito da AnyVision ad Israele)[19], tanto che alcuni autori parlano del rischio di «detention by algorithm»[20]. Dei secondi ne esistono diversi esempi: si passa da algoritmi utilizzati per supportare il lavoro degli operatori giuridici (come i sistemi automatici di traduzione e trascrizione) a sistemi di *predictive justice* (come i sistemi di calcolo del rischio di recidiva, quale il COMPAS negli Stati uniti). L'intelligenza artificiale, che pervade ogni livello del procedimento penale statunitense, è ancora a uno stadio embrionico di utilizzo in Europa.[21] Le critiche mosse a partire dal principio di non discriminazione nei confronti dei sistemi algoritmici di *predictive policing* e *justice* si fondano su una serie di considerazioni; su tutte, il fatto che i comportamenti passati di un intero gruppo sono utilizzati per decidere il destino futuro di singoli individui. Vi è poi da rilevare come tali sistemi rendono difficoltoso per gli Stati adempiere in particolare agli obblighi di *due diligence* derivanti dai diritti umani: si sottolinea da più parti la mancanza di trasparenza nei processi operativi degli algoritmi sviluppati da compagnie

[17] *Ivi*, par. 36-37.

[18] R. Talbot, *Automating occupation: International humanitarian law and human rights lse implications of the deployment of facial recognition technologies in the occupied Palestinian territory*, in *International Review of the Red Cross*, 2020, 828-829.

[19] R. Talbot, *Automating occupation: International humanitarian law and human rights lse implications of the deployment of facial recognition technologies in the occupied Palestinian territory*, in *International Review of the Red Cross*, 2020, 829 ss.

[20] H. Kannegieter, *Algorithmic Detention and International Human Rights Law*, in *Harvard Human Rights Journal*, 2021, *harvardhrj.com*.

[21] S. Carrera, V. Mitsilegas, M. Stefan, *Criminal Justice, Fundamental Rights and the Rule of Law in the Digital Age. Report of CEPS and QMUL Task Force*, 2021, 54.

private, che ne nascondono i metodi di funzionamento dietro alle norme sulla proprietà intellettuale, così limitando la possibilità di monitoraggio da parte delle autorità statali[22]. Tutto ciò, con la conseguenza ineluttabile di rendere inaccessibile o parzialmente inaccessibile il "giudice" che ha adottato la decisione a chi ne è il destinatario[23].

Quanto ai terzi, essi vengono utilizzati in certe strutture penitenziarie definite *smart prisons* che però, rispetto all'esempio finlandese sopra descritto, sono dei luoghi in cui la tecnologia è posta al servizio della sicurezza invece che della riabilitazione del condannato. La sicurezza è qui invero in parte gestita da automi, in un progressivo processo verso la realizzazione di un controllo "senza contatto". Si pensi ad esempio alle carceri sudcoreane e di Singapore, in cui dei *robot* dotati di sensori, telecamere tridimensionali e algoritmi di riconoscimento facciale ispezionano le aree all'aperto; al carcere di Yancheng in Cina, dove l'intelligenza artificiale è in grado di riconoscere e monitorare 24 ore su 24 ogni detenuto e allertare il personale nel caso di comportamenti sospetti; e alla discussione circa l'installazione nelle celle di isolamento delle carceri statunitensi di assistenti *smart*, con l'intento di "risolvere" il problema del sovra-isolamento in carcere[24].

Rispetto a questi recenti sviluppi tecnologici, il diritto internazionale dei diritti umani, come si diceva sopra, impone agli Stati l'obbligo di contrastare e prevenire ogni utilizzo della tecnologia che causi discriminazioni, anche quando tale utilizzo è realizzato da attori non statali (si pensi alle società che sviluppano tali sistemi o a quelle che gestiscono certe strutture penitenziarie). Secondo il Relatore speciale delle Nazioni unite sulle forme contemporanee di razzismo, discriminazione razziale e xenofobia, ciò comporta che gli Stati devono non solo combattere, nello sviluppo delle tec-

[22] European Commission for the Efficiency of Justice (CEPEJ), *European ethical Charter on the use of Artificial Intelligence in judicial systems and their environment*, Strasburgo, 2018, 11.

[23] S. Carrera, V. Mitsilegas, M. Stefan, *Criminal Justice, Fundamental Rights and the Rule of Law in the Digital Age. Report of CEPS and QMUL Task Force*, 2021, 60 ss.

[24] A. Zavrsnik, *Criminal justice, artficial intellifence systems, and human rights*, in *ERA Forum*, 2020, 573.

nologie, il razzismo e l'intolleranza espliciti ma anche le forme indirette e strutturali di discriminazione che sono il risultato dell'uso di quelle tecnologie[25]. Inoltre, l'obbligo di proteggere e prevenire si estende anche ad altre norme che possano risultare violate, come il diritto a un equo processo, il divieto di detenzione arbitraria[26] e il divieto di tortura, trattamenti inumani e degradanti (tutte disposizioni che assurgono a norme imperative del diritto internazionale).

Quanto ancora al caso dell'uso della tecnologia *nei confronti* dei detenuti, esistono delle opportunità interessanti di impiego di strumentazioni nel contesto delle misure alternative alla detenzione in carcere. Si tratta in particolare di strumenti di monitoraggio elettronico che permettono agli Stati di limitare o differentemente modulare il ricorso alle misure di privazione della libertà personale. Il Gruppo di lavoro della Nazioni unite sulla detenzione arbitraria, in suo recente rapporto, ha accolto con favore l'introduzione da parte di alcuni Stati di strumenti tecnologici, collegati a Internet, come certi braccialetti elettronici particolarmente all'avanguardia, che permettono di limitare la necessità di confinare gli individui in carcere, così diminuendo i costi sia per la società sia per i detenuti stessi, in termini di ulteriori violazioni dei loro diritti derivanti dalla detenzione[27].

3. *Conclusione*

Gli Stati, attraverso lo strumento del c.d. *human rights impact assessment* – ossia quel processo attraverso cui è possibile identificare, comprendere, analizzare e approntare strategie per ridurre gli effetti avversi di una certa attività sul godimento dei diritti umani – hanno la capacità di valutare i rischi e le opportunità in-

[25] Consiglio dei diritti umani delle Nazioni unite, *Racial discrimination and emerging digital technologies: a human rights analysis. Report of the Special Rapporteur on contemporary forms of racism, racial discrimination, xenophobia and related intolerance*, UN Doc. A/HRC/44/57, 2020, par. 48.

[26] Consiglio dei diritti umani delle Nazioni unite, *Report of the Working Group on Arbitrary Detention*, UN Doc. A/HRC/45/16, 2020, par. 57 ss.

[27] *Ivi*, par. 57

site nell'utilizzo delle nuove tecnologie nel sistema penale e penitenziario. Questo contributo ha voluto offrire una rapidissima carrellata, decisamente incompleta, delle norme fondamentali sui diritti umani che costituiscono il quadro giuridico di riferimento alla cui luce valutare le modalità di sviluppo e impiego delle nuove tecnologie. Come nel caso di ogni altra attività, gli Stati sono chiamati anche in questo contesto a rispettare e prevenire la violazione delle norme sui diritti umani. Queste norme stabiliscono obblighi di risultato e di condotta, in forza dei quali gli Stati devono sia astenersi dal violare i diritti umani sia approntare un apparato giuridico-amministrativo che permetta di prevenire tali violazioni, creare meccanismi di monitoraggio, punire coloro che violino le norme e riparare il danno sofferto dalle vittime. Questi obblighi si dirigono direttamente nei confronti dello Stato, che non può violarli né tramite azione né omissione; inoltre, lo Stato deve sforzarsi, secondo il principio della *due diligence*, di proteggere gli individui da violazioni poste in essere da parte di terzi attori non statali, come ad esempio le società private. Talune norme sui diritti umani creano un'aspettativa di *compliance* anche da parte delle compagnie private[28]. Con un po' di approssimazione, i gruppi di norme che vengono in rilievo sono quelle che regolano l'accesso all'Internet e ai diritti ad esso connessi (vita privata e familiare, diritto all'educazione, il diritto alla privacy, ecc.); le norme sull'equo processo e suoi corollari (in particolare presunzione di innocenza, parità delle armi, diritto di accesso a un giudice); e il divieto di detenzione arbitraria, tortura e trattamenti inumani. Su tutte spicca il principio di non discriminazione, che ne informa l'interpretazione e applicazione, fungendo inoltre da autonoma fonte sostanziale. Gli studi che si concentrano su questi aspetti non possono ancora dirsi sufficienti, soprattutto alla luce dell'incredibile avanzamento tecnologico a cui si sta assistendo, e di cui questo contributo ha voluto offrire qualche rapido esempio. Eppure, rispetto ad altre discipline che

[28] Consiglio dei diritti umani delle Nazioni unite, *Report of the Special Representative of the Secretary-General on the Issue of Human Rights and Transnational Corporations and Other Business Enterprises, John Ruggie, on Guiding Principles on Business and Human Rights: Implementing the United Nations "Protect, Respect and Remedy" Framework*, UN Doc. A/HRC/17/31, 2011, principio 11 ss.

sono in cerca di nuovi standard per leggere il fenomeno in parola, il diritto internazionale dei diritti umani è flessibile a sufficienza da offrire di già un quadro giuridico di riferimento efficace per il *design*, lo sviluppo e l'uso delle nuove tecnologie nel sistema penale e penitenziario e permette di già di identificare i fattori che gli Stati e le compagnie private devono tenere in considerazione al fine di evitare di limitare o violare i diritti umani[29].

[29] L. McGregor, D. Murray, V. Ng, *International Human Rights Law as a Framework for Algorithmic Accountability*, in *International & Comparative Law Quarterly*, 2019, 309 ss.

Luca Lupária Donati

Algoritmi e giustizia predittiva: i giudizi prognostici di fronte all'intelligenza artificiale

SOMMARIO: 1. Qualche premessa di ambientamento. – 2. La libertà cognitiva del giudicante alla prova degli strumenti "intelligenti" di supporto alla decisione. – 3. L'ingresso del ragionamento artificiale nella camera di consiglio: verso un effetto positivo per la tenuta garantista del principio del libero convincimento? – 3.1. Un giudice che ragiona meglio e… – 3.2. … nuove prospettive per la "prova legale negativa".

1. *Qualche premessa di ambientamento*

Parlare di algoritmi e giustizia predittiva nell'ambito di una *Spring School* dedicata al rapporto tra giustizia penale e nuove tecnologie rappresenta un'occasione utile per affrontare il delicato tema del legame intercorrente tra l'impiego dell'Intelligenza Artificiale e il libero convincimento del giudice, con uno sguardo rivolto anche alla fase dell'esecuzione penale.

Se, infatti, è sicuramente vero che il ricorso all'Intelligenza Artificiale avviene con maggiore frequenza nel giudizio di cognizione, rispetto a quello esecutivo, è altrettanto corretto affermare che l'utilizzo di "macchine intelligenti" nel momento della pronuncia della decisione e, dunque, all'atto di formazione di quello che diventerà il titolo esecutivo, finisce per ripercuotersi anche sulla pena e, soprattutto, sulla sua finalità rieducativa.

Al fine di entrare subito nel vivo della questione, darò per acquisiti i profili generali del rapporto tra sistema penale e intelligenza artificiale, sorvolando sui caratteri degli strumenti algoritmici, nonché sulle criticità che tali applicativi fanno sorgere sul terreno del contraddittorio, del diritto di difesa, dello

ius tacendi[1], e in generale delle lesioni sul piano delle garanzie correlate alle ipotesi di "opacità algoritmica"[2].

Andrò pertanto diretto al tema del rapporto tra libero convincimento e *artificial intelligence*, soffermandomi sui profili che maggiormente interessano all'ottica propria di questo nostro incontro.

Si tratta peraltro di una buona occasione per ritornare su aspetti studiati ormai tanti anni fa in maniera un po' pionieristica e poi sviluppati più di recente[3].

Anzitutto occorre tracciare le linee del perimetro giacché, in questo settore, la delimitazione degli àmbiti e la pulizia terminologica sono quasi tutto: quando si intende discorrere di intelligenza artificiale è oltremodo facile cadere in forme di "rebelot" scientifico in cui si finisce col mischiare i piani metodologici.

Cercando una sagomatura precisa per affrontare il tema del libero convincimento, dico subito che non mi soffermerò su tutto quello che ruota intorno allo *standard* c.d. "forte" dell'*artificial intelligence*, ossia l'approccio che conduce (o vorrebbe condurre) alla sostituzione completa di un giudice per opera di una macchina

[1] J. Della Torre, *Novità dal Regno Unito: il riconoscimento facciale supera il vaglio della* High Court of Justice, in *Dir. pen. cont. – Riv. trim.,* 2020, 1, 231; J. Purshouse, L. Campbell, *Privacy, Crime Control and Police Use of Automated Facial Recognition Technology*, in *Criminal Law Review*, 2019, 188.

[2] Per qualche notazione sul punto: F. Palmiotto, *The Black Box on Trial: The Impact of Algorithmic Opacity on Fair Trial Rights in Criminal Proceedings*, in M. Ebers, M. Cantero Gamito (a cura di), *Algorithmic governance and governance of algorithms*, Cham, 2021, 49 ss.; J. Danaher, *Algorithmic decision-making and the problem of opacity*, in *Comput. Law*, 2016, fasc. 8, 29; E. Mouriesse, *Quelle transparence pour les algorithmes de justice prédictive?*, in *Archives de Philosophie du Droit, La justice predictive*, 2018, 125 ss.

[3] Cfr., volendo, L. Lupária Donati, *Prova giudiziaria e ragionamento artificiale: alcune possibili chiavi di lettura*, in J. Sallantin, J.J. Szczeciniarz (a cura di), *Il concetto di prova alla luce dell'intelligenza artificiale*, Milano, 2005, XIV ss.; Id., *Artificial Intelligence in Criminal Courts. Opportunity or Threat?*, in M.D. Green, A.M. Lopez Rodriguez, M.L. Kubica (a cura di), *Legal Challenges in the New Digital Age*, Leiden, 2021, 160 ss., nonché, da ultimo, Id., G. Fiorelli, *Diritto probatorio e giudizi criminali ai tempi dell'intelligenza artificiale*, in R. Giordano, A. Panzarola, A. Police, S. Preziosi, M. Proto (a cura di), *Il diritto nell'era digitale: persona, mercato, amministrazione, giustizia*, Milano, 2022, 779 ss.; Id., *Intelligenza artificiale e libero convincimento del giudice,* in G. Canzio, L. Lupária Donati (a cura di), *Prova scientifica e processo penale*, II ed., Milano, 2022, 943 ss.

pensante oppure, in via graduata, all'affidamento in via esclusiva di alcune circoscritte decisioni ad algoritmi o a moduli di ragionamento artificiale[4].

Laddove a decidere non sia il giudice, sarebbe paradossale disquisire del suo *freie Beweiswürdigung*, a meno di non voler invece analizzare il convincimento della macchina, ma si tratterebbe allora di un'altra relazione. Oltretutto, sulla prima ipotesi – quella dell'elaboratore raziocinante che riecheggia la primigenia idea del *general problem solver*[5] –, non vi sono ad oggi le condizioni tecniche e l'etica del giudizio costituisce un perentorio sbarramento a qualsivoglia prospettazione di siffatto tenore. Il principio di umanità della decisione penale[6], la dignità della persona[7], il canone del

[4] V., in una letteratura oramai cospicua, G. Sartor, *Intelligenza artificiale e diritto. Un'introduzione*, Milano, 1996; M. Taruffo, *Judicial Decisions and Artificial Intelligence*, in *Artif. Intell. Law*, 1998, 6, 311 ss.; D. Tiscornia, *Il diritto nei modelli dell'intelligenza artificiale*, Bologna, 1996; R. Bichi, *Intelligenza digitale, giurimetria, giustizia predittiva e algoritmo decisorio.* Machina sapiens *e controllo sulla giurisdizione*, in U. Ruffolo (a cura di), *Intelligenza Artificiale – Il diritto, i diritti, l'etica*, Milano, 2020, 423 ss.; C. Burchard, *L'intelligenza artificiale come fine del diritto penale? Sulla trasformazione algoritmica della società*, in *Riv. it. dir. proc. pen*., 2019, 1909 ss.; G. Canzio, *Intelligenza artificiale, algoritmi e giustizia penale*, in *Sistema penale*, 8 gennaio 2021; A. Garapon, J. Lassègue, *Justice Digitale: Révolution Graphique et Rupture Anthropologique*, Paris, 2018; S. Quattrocolo, *Artificial Intelligence, Computational Modelling and Criminal Proceedings. A Framework for A European Legal Discussion*, Cham, 2020.

[5] A. Newell, H.A. Simon, *GPS. A program that Simulates Human Thought*, in E.A. Feigenbaum, J. Feldman (a cura di), *Computer and Thought*, New York, 1963, 279.

[6] S. Gaboriau, *Libertà e umanità del giudice: due valori fondamentali della giustizia. La giustizia digitale può garantire nel tempo la fedeltà a questi valori?*, in *Questione Giustizia*, 2018, 4, 200 ss.; C.V. Giabardo, *Il giudice e l'algoritmo (in difesa dell'umanità del giudicare)*, in *Giustizia insieme*, 9 luglio 2020; S. Quattrocolo, *Artificial Intelligence, Computational Modelling and Criminal Proceedings. A Framework for A European Legal Discussion*, cit.; G. Riccio, *Ragionando su intelligenza artificiale e processo penale*, in *Arch. pen.*, 2019, 3, il quale s'interroga sulla possibilità di conciliare «il processo formativo della decisione giudiziale con strumenti di origine matematica e di carattere virtuale con una materia del diritto che si nutre di principi e regole di genesi costituzionale, che "umanizzano" il giudizio penale in ogni settore e forma, costituendo la Procedura penale la disciplina dei *moda* dell'accertamento e della decisione finale».

[7] Non vanno dimenticati indirizzi differenti sul punto. Un grande filosofo contemporaneo (Richard Rorty), interrogato su «come si sentirebbe se dovesse venire giudicato da una giuria di macchine, sebbene intelligenti e competenti?», rispose alla fine del XX secolo: «La questione mi ricorda una domanda che veniva posta nel secolo scor-

ragionevole dubbio, i rischi di azzeramento della reale funzione della motivazione[8] sono tutti ulteriori fattori che, intorno alla macchina giudicante, mi fanno dire, citando Wittgenstein, che «di ciò di cui non si può parlare si deve tacere»[9], magari aggiungendo, come diceva scherzosamente Frank Ramsey, che «ciò che non si può dire, non si può neppure fischiettare!».

Certo, per quanto troppo futuribile appaia l'opzione, andrà strenuamente difesa negli anni a venire la visione di un processo criminale che non possa fare a meno di essere un "giudizio dell'uomo sull'uomo". Imprescindibile, infatti, che il nostro codice, se «non riuscirà pienamente ad essere una normativa "per galantuomini", come propugnava Francesco Carrara[10], perlomeno rimanga un Codice (non per macchine ma) «per uomini»[11].

Per concludere le premesse di "posizionamento" della mia relazione, va aggiunto che, come anticipato, non appare rilevante ai miei fini neppure il (meno ambizioso) tema dell'affidamento in via esclusiva di circoscritte decisioni alla macchina. Al di là del divieto sancito dall'art. 11 della direttiva n. 680 del 2016 (così come dall'art. 22 del GDPR) di qualsivoglia pronuncia, anche limitata, basata interamente (*solely*) sul trattamento automatizzato dei dati in cui non vi sia un coinvolgimento umano nel processo decisio-

so: "come vi sentireste se doveste essere giudicati da una giuria di donne?" […] Ritengo che ciò non abbia nulla a che fare con la dignità umana. Questo significherebbe porre il problema sul piano della morale, chiedersi cioè che cosa accadrebbe se i computer venissero a far parte della comunità morale, allo stesso modo in cui si è posto in passato il problema per la gente di colore, le donne e così via. E come non penso vi siano risposte filosoficamente significative alla questione delle giurie composte da neri e donne, allo stesso modo ritengo non ve ne siano riguardo all'ipotesi di venire giudicato da una giuria di computer» (cfr. R. Rorty, *La mente ineffabile. Conversazione con Richard Rorty*, in E. Carli (a cura di), *Cervelli che parlano. Il dibattito su mente, coscienza e intelligenza artificiale*, Milano, 1997, 165-166).

[8] Sul punto, J. Nieva-Fenoll, *Intelligenza artificiale e processo*, traduzione di P. Comoglio, Torino, 2019, 107 ss., ipotizza una vera e propria «fine della motivazione».

[9] L. Wittgenstein, *Tractatus logico-philosophicus e Quaderni 1914-1916*, trad. it., Torino, 1998, 109, prop. 7.

[10] F. Carrara, *Prolusione al corso accademico di diritto penale dell'anno 1873-1874 (il diritto penale e la procedura penale)*, Lucca, 1873, 39.

[11] L. Lupária, Privacy*, diritti della persona e processo penale*, in *Riv. dir. proc.*, 2019, 1470.

nale (quel "controllo umano significativo"[12] di cui ci ha parlato Giulio Ubertis), se in ipotesi si prevedono micro-decisioni affidate totalmente all'algoritmo, anche qui non entra in gioco *stricto sensu* il libero convincimento del magistrato.

2. *La libertà cognitiva del giudicante alla prova degli strumenti "intelligenti" di supporto alla decisione*

Veniamo allora alla concreta cornice della presente relazione, legata dunque al solo *standard* "debole" d'intelligenza artificiale, quella condizione che vede il giudice saldo sul suo scranno decisionale ma circondato (e forse, tra non molto, accerchiato) da strumenti di IA.

In tal caso, il decisore in carne ed ossa non viene spossessato di un autonomo apprezzamento ma lo strumento tecnico "intelligente" ricopre una funzione di ausilio, pregnante o ancillare, in un'ottica "collaborativa"[13].

Nella specifica ottica della pena, basti pensare, a titolo di esempio, alle applicazioni dell'intelligenza artificiale nell'ordinamento statunitense, ove, nel tentativo di contrastare i *bias* cognitivi cui è esposto il giudice persona fisica, i *risk assessment tools*[14] sono ampiamente utilizzati per coadiuvare la valutazione giurisdizionale

[12] Sulla necessità di tale controllo, G. Ubertis, *Intelligenza artificiale, giustizia penale, controllo umano significativo*, in *Dir. pen. cont. – Riv. trim.*, 2020, 4, 75 ss.

[13] Per tale prospettiva, si rinvia alle considerazioni di V. Manes, *L'oracolo algoritmico e la giustizia penale: al bivio tra tecnologia e tecnocrazia*, in U. Ruffolo (a cura di), *Intelligenza artificiale. Il diritto, i diritti, l'etica*, Milano, 2020, 547 ss.

[14] V., tra gli altri, M. Gialuz, *Quando la giustizia penale incontra l'intelligenza artificiale: luci e ombre dei* risk assessment tools *tra Stati Uniti ed Europa*, in *Dir. pen. cont.*, 29 maggio 2019; B. Occhiuzzi, *Algoritmi predittivi: alcune premesse metodologiche*, in *Dir. pen. cont. – Riv. trim.*, 2019, 2, 391 ss.; E. Rulli, *Giustizia predittiva, intelligenza artificiale e modelli probabilistici. Chi ha paura degli algoritmi?*, in *Analisi giuridica dell'economia*, 2018, 2, 533 ss.; S. Signorato, *Giustizia penale e intelligenza artificiale. Considerazioni in tema di algoritmo predittivo*, in *Riv. dir. proc.*, 2020, 605 ss.; E. Filiol, *Les risques concernent l'utilisation des algorithms dit prédictifs dans le domaine sensible de la justice,* in *Archives de Philosophie du Droit, La justice predictive*, 2018, 412.

in ordine all'eventuale rilascio su cauzione[15] ovvero alla prognosi sul rischio di recidiva. Si tratta di tutta una serie di fattori che consentono al giudice di adottare un approccio di tipo attuariale (o statistico) alla valutazione della pericolosità criminale. Oppure, si pensi, ancora, ai modelli impiegati nelle diverse giurisdizioni per il *sentencing*[16], vale a dire a fini di commisurazione della pena dell'imputato riconosciuto colpevole.

Ebbene, rispetto a tutte queste tematiche sembrano riaffiorare quelli che sono i dubbi classici sul rapporto tra persuasione giudiziale e prova scientifica, che vengono semplicemente amplificati con l'avvento della *artificial intelligence*.

Ritorna, allora, lo strapotere argomentativo dell'*ipse dixit* dell'esperto, soprattutto se l'enunciato tecnico proviene dalla parte processuale pubblica[17]; il problema, più generale, della natura oracolare dell'evidenza scientifica; la capacità dell'IA di "imbambolare", come dicono gli americani, la capacità di discernimento della giuria ma al contempo di quel giudice togato che, di fronte ad elementi ad alta specializzazione tecnica, non si mostra tanto dissimile dal giurato[18]. Sarebbe pertanto agevole riproporre tutti questi interrogativi, ma l'uditorio li conosce già fin troppo bene e forse poco aggiungerebbero al dibattito rispetto al tema della *scientific evidence*.

Lo stesso può dirsi rispetto al rischio di ammantare di certezza matematica conclusioni – quelle della macchina intelligente – che

[15] E. Livni, *Nei tribunali del New Jersey è un algoritmo a decidere chi esce su cauzione*, in *Internazionale*, 2017.

[16] Cfr. L. D'Agostino, *Gli algoritmi predittivi per la commisurazione della pena. A proposito dell'esperienza statunitense nel c.d.* evidence-based sentencing, in *Dir. pen. cont. – Riv. trim*., 2019, 2, 354 ss.; L. Maldonato, *Algoritmi predittivi e discrezionalità del giudice: una nuova sfida per la giustizia penale*, in *Dir. pen. cont. – Riv. trim*., 2019, 2, 401 ss.

[17] Cfr. R.E. Kostoris, *Una grave mistificazione inquisitoria: la pretesa fede privilegiata del responso del consulente tecnico dell'accusa*, in *Sistema penale*, 28 settembre 2020.

[18] M.R. Damaška, *Il diritto delle prove alla deriva*, traduzione it., Bologna, 2003, 52, e nello stesso senso, G. Fiorelli, *La Corte d'assise di fronte al sapere scientifico*, in L. Lupária, L. Marafioti, G. Paolozzi (a cura di), *Dimensione tecnologica e prova penale*, Torino, 2019, 169 ss.

vanno invece riportate nella dimensione crepuscolare della probabilità. Merita fare riferimento, a mo' di parallelismo, alla prova del DNA[19] e ai relativi strumenti di analisi (spesso peraltro intrisi di applicazioni di IA): a dispetto di una matrice probabilistica (il più delle volte bayesiana) del ragionamento, l'*output* che fuoriesce dal "cilindro informatico" rischia di apparire "perfetto" agli occhi del giudice, incline così a dimenticarsi la struttura probabilistica del calcolo e dell'infrastruttura nodale che supporta il risultato. Ne deriva una forma di assoggettamento del giudice all'IA e, più in generale, alla *scientific evidence* che, a ben vedere, si verifica anche – in una sorta di contro-dipendenza – nel caso opposto in cui l'organo giurisdizionale decida di discostarsi dagli esiti ottenuti con l'ausilio delle nuove tecnologie, assumendo *in toto* il rischio delle proprie valutazioni.

A ciò si aggiunga che anche rispetto all'IA, al pari della prova del DNA, si rivela illusorio credere che l'opzione per la prova scientifica azzeri i rischi legati alla fallibilità umana, dal momento che anche la *scientific evidence* è intrisa di scelte umane, non ultima quella sul metodo da applicare.

3. *L'ingresso del ragionamento artificiale nella camera di consiglio: verso un effetto positivo per la tenuta garantista del principio del libero convincimento?*

Non volendo allora semplicemente ampliare le tematiche appena richiamate e desiderando proporre, non dico un *coup de théâtre,* ma almeno alcune riflessioni prospettiche e non banali, preferisco concentrarmi su come l'intelligenza artificiale, invece che mettere in crisi i valori fondanti il principio del libero convincimento, possa al contrario determinarne un progresso nella sua applicazione all'interno delle aule di giustizia.

[19] In tema, cfr., volendo, L. Lupária Donati, *Le promesse della genetica forense e il disincanto del processualista: appunti sulla prova del Dna nel sistema italiano,* in *Riv. it. med. leg.*, 2016, 167 ss.; Id., *Probabilité et procès pénal à l'époque de la preuve ADN*, in *Dir. pen. cont. – Riv. trim.*, 2017, 3, 198 ss.

Come vedremo, per far questo occorre non condividere l'idea secondo la quale il perimetro di valutazione probatoria costituisce un «giardino proibito»[20] rispetto ad ogni forma di condizionamento dettato dal legislatore. Slegandosi da questo approccio sarà allora forse possibile mirare alle potenzialità pratiche e teoriche dell'intelligenza artificiale capaci di aprire, nella dimensione del futuribile, una nuova stagione per il moderno convincimento giudiziale.

3.1. *Un giudice che ragiona meglio e…*

Prima di arrivare a quello che potrebbe appunto essere un interessante nuovo paradigma, occorre intanto procedere ad uno stadio intermedio, mostrando come, alla luce degli studi maturati in altri Paesi, il fiorire di sistemi di intelligenza artificiale nel giudizio criminale possa aiutare il giudice ad interrogarsi proficuamente sul proprio ragionare, migliorandolo di conseguenza.

Che cosa voglio dire? Nel momento in cui viene ideato un sistema di ragionamento artificiale in ausilio alla giurisdizione penale, occorre in partenza stabilire lo schema logico da utilizzare, le regole da impiegare, gli sbarramenti inferenziali che possano evitare fallacie logico-probabilistiche. Una rete neuronale che serve appunto per scandire le tappe del ragionamento[21].

Ebbene, questo tipo di "mappa logica" alla base dello strumento utilizzato dal magistrato dovrà essere da questi controllata, compresa, condivisa. L'interazione può allora favorire – aggiungo io, finalmente – la conoscenza del giudice del *probabilistic reasoning* in generale e di quello *bayesian* in particolare, facendo guadagnare agli operatori della giustizia *skills* che da

[20] Così, P. Ferrua, *Un giardino proibito per il legislatore: la valutazione delle prove*, in *Quest. Giust*., 1998, 587 ss.

[21] L. Lupária, *Trial by probabilities. Qualche annotazione "eretica"*, in *La Corte d'Assise*, 2, 2012, 155; F. Taroni, S. Bozza, J. Vuille, *Il ruolo della probabilità nella valutazione della prova scientifica*, in G. Canzio, L. Lupária Donati (a cura di), *Prova scientifica e processo penale*, Milano, 2018, 23 ss. e, volendo, L. Lupária, Trial by probabilities. *Qualche annotazione "eretica"*, in *La Corte d'Assise*, 2012, 2, 155.

anni, a livello internazionale, si vuole che il decisore penale acquisisca[22].

Si tratta di un meccanismo di contaminazione tra programma e uomo che consente un percorso inverso rispetto a quello tradizionale: non è la macchina che impara da noi, ma siamo noi che miglioriamo il modo di maneggiare le nostre inferenze in condizioni di incertezza mentre comprendiamo come il sistema artificiale ragiona.

Di tali tematiche si è ad esempio discusso in questi mesi a livello internazionale in occasione della diffusione dell'emergenza epidemiologica da Covid-19. È stato scritto che, per fronteggiare la pandemia, le persone chiamate a prendere le decisioni avrebbero dovuto imparare dalle reti neuronali poste alla base dell'intelligenza artificiale per assumere decisioni complesse. La conoscenza dei *tools* di IA avrebbe aiutato a superare la difficoltà di fronteggiare dati mancanti, ritardi di segnalazione, test analitici incoerenti, notizie false e propagandistiche, esperienze cliniche limitate, conoscenze mediche incomplete e una pluralità di opinioni spesso discordanti[23]. Appare evidente la difficoltà di determinarsi, sulla scorta di una piattaforma così complessa e malferma, ai fini di classificare i pazienti ricoverati o di assumere decisioni sul trattamento medico. Ebbene, muoversi in condizioni di incertezza (*under uncertainty*), con dati frammentari e a volte confliggenti, non ricorda da vicino il quotidiano operare del giudice penale?

Insomma, per concludere su un aspetto che meriterebbe ben altra ampiezza di trattazione: il livello metodologico di ragionamento di chi afferma la colpevolezza o l'innocenza di un uomo non può collocarsi ad un livello inferiore rispetto a quello raggiunto in altri settori umani d'esperienza, come già ci ricordava anni fa Michele Taruffo. Il magistrato penale, proprio perché si occupa di una gemma preziosa nel forziere dei valori, la libertà delle persone, deve possedere un bagaglio metodologico, comprensivo dei

[22] Già molto aiuterebbe inserire la teoria della probabilità e la logica come materie fondamentali del primo anno del corso di laurea in Giurisprudenza…

[23] J.P.A. Ioannidis, *A fiasco in the making? As the coronavirus pandemic takes hold, we are making decisions without reliable data*, in *www.statnews.com*, 17 marzo 2020.

meccanismi logici probabilistici, uguale, se non superiore, a quello di altri professionisti che si muovono nella complessa società contemporanea. È, dunque, auspicabile che lo studio dei metodi probabilistici diventi parte integrante del bagaglio di competenze del giudice penale, fin dalla formazione iniziale.

Non è pensabile che nella giurisdizione criminale si possa fare a meno di un patrimonio di conoscenze sedimentato in altri importanti domini e che, peraltro, non priva il magistrato della sua individualità di apprezzamento, ma semplicemente ne agevola un buon uso e un successivo controllo, in linea con la garanzia di logicità delle decisioni. La conoscenza del funzionamento dei sistemi di IA potrà forse contribuire a tale auspicabile fenomeno.

Certo, come ho già scritto in passato, più il giurista si addentra in questo àmbito, più gli appaiono evidenti le nostre debolezze nel percepire e nel ragionare. Non è però occultando le limitatezze dell'uomo, che inevitabilmente divengono i limiti dell'accertamento giudiziale, che perverremo ad una qualche forma di progresso nella cultura del processo penale.

3.2. … *nuove prospettive per la "prova legale negativa"*

Veniamo infine al tema anticipato poc'anzi, ossia l'auspicabile effetto positivo generato, sul crinale del libero convincimento, dall'impiego della IA nel giudizio penale.

Abbastanza di recentemente è stato pubblicato – un po' sotto silenzio rispetto alla eco che nel passato provocavano immediatamente i suoi scritti – un interessante libro di Mirjan Damaška[24] dedicato alla valutazione delle prove, in chiave storica e comparatistica.

Nello scritto, il comparatista croato ci ricorda come la «illustre formula»[25] del libero convincimento, per dirla con Massimo Nobili[26],

[24] M. Damaška, *Evaluation of Evidence: Pre-Modern and Modern Approaches*, Cambridge, 2018.

[25] Così, M. Nobili, *Storie d'una illustre formula: il "libero convincimento" negli ultimi trent'anni*, in *Riv. it. dir. proc. pen*., 2003, 71.

[26] Del quale non posso non ricordare la magistrale monografia *Il principio del libero convincimento,* Milano, 1974.

sia diventata nel corso del tempo più venerabile di quanto non fosse agli occhi dei suoi iniziali patrocinatori[27].

Dico cose conosciute ai più: ai tempi della Rivoluzione Francese, con un sistema di prove legali ormai al collasso, gli architetti del moderno accertamento dei fatti scelsero la libera valutazione probatoria non certo sulla base della convinzione che il *fact-finding* libero da regole fosse un approdo ideale da un punto di vista epistemico. I riformatori europei lo adottarono soprattutto perché ritennero che meccanismi di *preuve légale* non fossero adattabili alla giuria. In forte reazione contro l'apparato *d'ancien régime*[28] e le sue degenerazioni (denunciate, come noto, anche da Beccaria) finirono, in mancanza di meglio, per accogliere quella che anche nel recente volume viene chiamata la *second best solution.*

Insomma, una *faute de mieux,* piuttosto che un perfetto paradigma epistemico per l'accertamento giudiziale. Lo stesso Bentham, passato agli annali quale sostenitore del libero convincimento, in realtà avrebbe preferito introdurre alcune regole di contemperamento, di imbrigliamento dell'arbitrio e dell'errore umano, ma fu costretto a rilevare come non ce ne fossero di buone in quel momento. Senza escludere, tuttavia, la possibilità che nel futuro avrebbero potuto essere concepite[29].

È allora come se stessimo aspettando, da quei tempi, una svolta: un nuovo ingresso di prove legali "negative", di precetti di corroborazione che possano meglio definire i limiti dell'apprezzamento giudiziale, anche per evitare quello che Stella chiamava «l'involucro vuoto» del libero convincimento[30].

[27] A. Giuliani, *Il problema del libero convincimento. Riflessioni storiche e metodologiche* (1988), in *Raccolta di scritti in memoria di Agostino Curti Gialdino,* tomo II, Napoli, 1990, 332 ss.

[28] «La condanna rivoluzionaria della regolamentazione romano-canonica ha provocato qualcosa di più di una semplice antipatia per le regole sul 'peso' probatorio: essa ha generato anche un clima ostile nei confronti dell'adozione di regole che escludessero elementi di dubbio valore probatorio» (M. Damaška, *Il diritto delle prove alla deriva* (1997)*,* trad. it., Bologna, 2003, 37).

[29] J. Bentham, *Rationale of Judicial Evidence*, vol. 5, Edimburgo, 1843, 216.

[30] F. Stella, *Oltre il ragionevole dubbio: il libero convincimento del giudice e le indicazioni vincolanti della costituzione italiana*, in *Il libero convincimento del giudice penale. Vecchie e nuove esperienze*, Milano, 2004, 108.

Muovendo da alcune di queste considerazioni, Damaška, che non parla specificamente di IA, sembra confidare nella capacità dell'evoluzione scientifica di valorizzare tali *negative legal proof*. Lo fa con convinzione, senza il timore che siffatto percorso possa condurre, al contempo, verso prove legali positive, giacché nessun ordinamento, nel 2022, imporrebbe mai ad un giudice di condannare qualcuno quando la sua mente razionale gli suggerisse di assolvere[31].

Esiste allora un ambito di azione che può essere affidato all'intelligenza artificiale per ridurre il pericolo di sovrastima giudiziale di specifiche prove? Io credo di sì. Non possiamo ad esempio scartare l'ipotesi che possano essere coniate regole probatorie in grado di limitare – per l'appunto in senso negativo – il potere del giudice di condannare in assenza di una *scientific corroboration of evidence*. Si tratta di una prospettiva influenzata dalla radicata convinzione che alcune prove tradizionali, delle quali siamo ormai assuefatti all'utilizzo, non siano più in grado di fondare la sentenza di condanna al di là di ogni ragionevole dubbio («*is it not possible that the danger of miscarriages of justice caused by reliance on shaky evidence is understimated?*» scrive il professore emerito di Yale nelle pagine conclusive).

Le considerazioni appena svolte possono essere agevolmente trasferite sul terreno dell'intelligenza artificiale. Non sembra peregrino ipotizzare la messa a punto, nei prossimi decenni, di *corroboration rules* in virtù delle quali – in relazione a un certo catalogo di prove – il convincimento del giudice non potrebbe essere, di per sé, sufficiente a condannare, in assenza di una serie di elementi di conferma provenienti dalla intelligenza artificiale (ai quali il

[31] Già C.J.A. Mittermayer, *Teoria della prova nel processo penale*, Milano, 1858, 109, notava che l'idea di prove a corroborazione «non può essere confusa coll'antica teoria di prove legali. Questa obbligava i giudici a tener per veri e pienamente provati i fatti, tosto che concorressero certe prove; […] secondo noi, invece, la teoria delle prove si propone soltanto di porre all'arbitrio del giudice certi confini per meglio tutelare l'innocenza; si limita a vietargli di condannare, quando manchi l'una o l'altra delle condizioni richieste; non lo costringe mai ad accettare, suo malgrado, per veri i fatti; che anzi gli concede di assolvere, quando, a fronte che le formalità della prova siano state tutte adempiute, egli non abbia una intiera e profonda convinzione della reità».

giudice dovrà necessariamente attingere se "vorrà" pervenire alla pronuncia di responsabilità a carico dell'imputato)[32].

Negli interstizi del sistema probatorio si potrà allora pervenire ad un utilizzo dell'intelligenza artificiale quale elemento di supporto in grado di fornire un controllo, un *check*, che possa irrobustire la valenza di un dato elemento, altrimenti non adoperabile come unico pilastro d'una decisione avversa al prevenuto.

Queste mie rapsodiche considerazioni, un po' controintuitive, servono allora a mostrare come lo sviluppo della IA possa risvegliare dibattiti classici mai sopiti. Se nella letteratura contemporanea le prove legali negative non meritano più di essere guardate con disapprovazione[33], quali reliquie di una giustizia penale dell'*ancien régime*, allora, una volta ammesso l'impiego dell'intelligenza artificiale nel rito penale, non avrebbe più alcun senso limitare l'uso di tale strumento cognitivo a disposizione del giudice; occorrerebbe invece "imporne" l'impiego nelle ipotesi in cui il giudice tradizio-

[32] Nella nota vicenda giudiziaria di Cremona (G.I.P., Tribunale Cremona, 19 luglio 2011, n. 109) nella quale si è fatto impiego delle neuroscienze per verificare l'attendibilità del teste – in funzione di validazione delle dichiarazioni testimoniali delll'offeso –, si è già osservato tale possibile fenomeno, ben conosciuto a livello internazionale con il nome di *expert corroboration of ordinary witness testimony*. Nonostante il ricorso allo a-IAT in quel giudizio non fosse pienamente convincente, il suo impiego in funzione ausiliaria alla valutazione di una prova tradizionale ma assai discussa quanto ad attendibilità (la testimonianza della vittima) ha mostrato come il giudice contemporaneo senta il peso di fondare una decisione su elementi conoscitivi che tralatiziamente consideriamo validi ma che nel fondo sappiamo non esserlo.

[33] Cfr. M. McConville, *Corroboration and Confessions: The Impact of a Rule Requiring that No Conviction Can be Sustained on the Basis of Confession Evidence Alone, Royal Commission on Criminal Justice Research Study*, n. 13, HMSO, London, 1993; S. Thaman, *Reanchoring Evidence Law to Formal Rules*, in *Vision of Justice*, 2016, 384; S. Uglow, *Il problema delle prove nell'ordinamento penale inglese,* Conferenza tenuta all'Università di Siena (23 ottobre 1998), in *Rivista di polizia,* 2000, 129. Sotto la vigenza del precedente assetto codicistico, vale la pena di rammentare il vivace dibattito scientifico sulla legalità in materia probatoria originato dallo scritto di E. Amodio, *Libertà e legalità della prova nella disciplina della testimonianza,* in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1973, 310 ss., cui fecero seguito la risposta di M. Cappelletti, *Ritorno al sistema della prova legale?*, *ivi*, 1974, 139 ss. e la replica di E. Amodio, *Prove legali, legalità probatoria e politica processuale*, *ivi*, 1974, 373 ss. Per alcuni rilievi anticipatori della questione, P. Nuvolone, *Legalità, giustizia e difesa sociale esigenze fondamentali del processo moderno,* in *Riv. it. dir. proc. pen.,* 1964, 981-982.

nalmente oggi potrebbe pervenire ad una condanna nonostante un concreto rischio di errore giudiziario[34]. In quei casi dovrebbe attingere alla IA proprio al fine di salire a un livello epistemico migliore. Si potrebbe parlare di *rules requiring AI corroboration of evidence*.

Concludendo, negli ultimi decenni è stato condotto un lavoro straordinario per isolare il libero convincimento dall'acquisizione probatoria[35] e per inquadrare il rapporto tra siffatto paradigma e il canone dell'"oltre ogni ragionevole dubbio" quale «binomio formidabile per l'affermazione di quella razionalità (*lato sensu*) giudiziaria da cui dipende […] la stessa giustizia del diritto»[36].

È arrivato ora il momento di lavorare su quel lato del principio che, ricordando le parole di Nobili, «forse il meglio l'ha già dato all'epoca di Voltaire». E l'intelligenza artificiale, con tutta la sua caratura ancora da esplorare, con le esitazioni che giustamente ingenera in noi, rappresenta una splendida occasione per ripensare alla tematica della "prova legale negativa" quale possibile, anche se non immediato, inizio di una nuova era[37].

[34] Si rinvia, volendo al mio *Un viaggio al termine della giustizia. Alla ricerca di anticorpi per la condanna dell'innocente*, in L. Lupária Donati (a cura di), *L'errore giudiziario*, Milano, 2021, 1.

[35] E. Amodio, *Dalla* intime conviction *alla legalità della prova*, in *Riv. it. dir. proc. pen*., 2012, 19 ss., ben evidenzia come nel codice del 1988 «il libero convincimento perde le scorie della eredità inquisitoria che ne facevano uno strumento idoneo a fagocitare qualsiasi elemento desumibile dalla attività istruttoria».

[36] G. Carlizzi, *Libero convincimento e ragionevole dubbio nel processo penale. Storia, prassi, teoria*, San Lazzaro di Savena, 2018, 105.

[37] «*These rules should be treated as small steps in the direction of the true, through probably unattainable, ideal of the rule of law in the sphere of forensic fact-finding*» (M. Damaška, *Evaluation of Evidence: Pre-Modern and Modern Approaches*, 148).

Carmelo Cantone

L'uso della tecnologia per la gestione della sicurezza interna

SOMMARIO: 1. Premessa. – 2. Telemedicina. – 3. Perché investire nella tecnologia.

1. *Premessa*

Se è pur vero che in questi ultimi anni la coniugazione delle opportunità tecnologiche per la gestione della sicurezza negli istituti penitenziari sta vivendo una nuova costruttiva stagione, non si può sottacere che l'Amministrazione Penitenziaria sta scontando un *gap* importante in questo settore per molteplici ragioni di cui cercheremo di dare conto.

Una riflessione seria sull'uso delle tecnologie deve, a nostro avviso, tenere presente due aspetti: innanzitutto che l'uso delle tecnologie non è soprattutto – o solo – una questione di forti investimenti in termini di risorse economiche, dall'altro lato racconteremo come vi sono innovazioni tecnologiche che, anche indirettamente, impattano sulla sicurezza, ma in modo molto significativo.

2. *Telemedicina*

Anche se lo sviluppo dell'uso della telemedicina in carcere non costituisce una partita giocata in prima persona dall'Amministrazione Penitenziaria, ma semmai dai servizi sanitari regionali, egualmente questo ambito ci vede partecipi e ci permette di sviluppare ricadute sulla sicurezza.

Si tratta di collocare negli istituti dei dispositivi di telemonitoraggio ed una piattaforma *software* per teleassistenza, teleconsulto e telecooperazione sanitaria. In sostanza, bisogna immaginare attraverso il teleconsulto prestazioni che possono essere assimilate a qualunque attività diagnostica "in presenza" e dall'altro lato si realizzano prestazioni che supportano l'attività tradizionale dello specialista; per non dimenticare poi quanto sia importante per il medico curante dell'istituto avere in tempo reale la possibilità di arrivare a soluzioni – o comunque fare significativi passi avanti – nella gestione del caso nella cura del paziente. Cosa voglio ottenere?

La tabella sintetizza i risultati a cui vogliamo pervenire:

Tabella n. 1

I VANTAGGI	
Sanità	Sicurezza
• Cure più celeri; • cure più efficaci; • risparmio delle risorse umane; • definizione di un percorso individuale assistenziale completo;	• Miglioramento della qualità della vita in carcere; • risparmio sulle scorte per le traduzioni; • maggiore sicurezza sul territorio;

Appare evidente, anche ad un osservatore non esperto del mondo penitenziario, come in questa vicenda miglioramento degli *standard* sanitari e aumento della sicurezza si tengano insieme. Il risparmio delle scorte per le traduzioni significa avere maggiore disponibilità di personale di Polizia Penitenziaria per tutti gli altri servizi fondamentali, ma anche riuscire a garantire l'effettuazione di prestazioni ambulatoriali che oggi vengono spesso rinviate, e tutto questo senza dimenticare che il paziente detenuto con un servizio di telemedicina ad ampio spettro ha una risposta sulle cure più veloce e puntuale. Per le persone private della libertà personale questo ha una valenza enorme, su cui sia la Costituzione sia le leggi ordinarie, anche attraverso la lettura della giurisprudenza, hanno fissato il punto.

3. *Perché investire nella tecnologia*

Addentriamoci su forme di investimento tecnologico che incidono, come abbiamo visto per la tutela della salute delle persone, sulla complessiva qualità della vita in carcere.

Qui si tratta innanzitutto di dare una maggiore qualità alla sicurezza, e quindi si tratta di semplificare i processi lavorativi del personale, tenendo presente che le tecnologie devono essere declinate alla luce delle specificità del mondo penitenziario.

Su questi aspetti è esemplare la vicenda della trasformazione della corrispondenza telefonica tra detenuti e familiari, dalla telefonata classica all'attribuzione al detenuto della scheda telefonica prepagata con un centralino digitale.

Attraverso i due diagrammi di flusso funzionali di seguito esposti, si può comprendere il passaggio dalla procedura di autorizzazione cartacea con la "domandina" alla procedura digitalizzata con un flusso molto più semplificato ma più efficiente, efficace ed economico.

Tabella n. 2

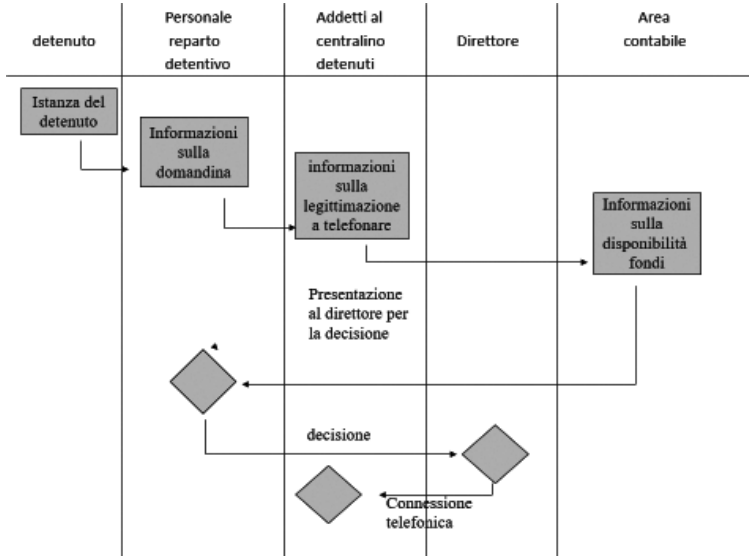
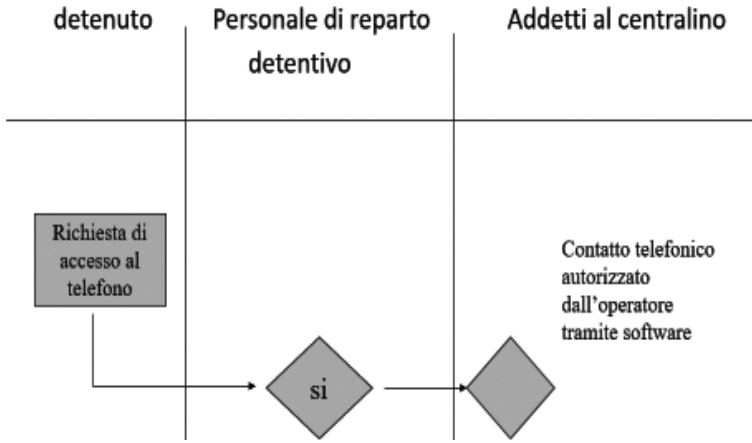


Tabella n. 3



Questo ha dimostrato che realizzando processi lavorativi della quotidianità si contribuisce enormemente a migliorare la qualità della vita e, nello stesso tempo, si restituisce al personale una migliore qualità di lavoro e di benessere organizzativo.

Qualche considerazione importante che investe anche le altre ipotesi di lavoro che verranno narrate:

a. uno sviluppo tecnologico deve sfruttare anche la partecipazione dell'utenza; probabilmente non rientriamo, in questo caso, in una vera e propria co-progettazione, ma sicuramente il coinvolgimento dei detenuti nel progetto ha permesso di migliorarlo;
b. è stata fondamentale la partecipazione del personale allo sviluppo e all'affinamento del *software*, perché una tecnologia come quella appena descritta deve essere adeguata alle specificità sia normative sia pratiche che l'ambiente penitenziario richiama (si pensi, ad esempio, alla necessità di registrare solo le telefonate dei detenuti imputati o condannati per delitti *ex* art. 4-*bis* dell'Ordinamento Penitenziario).

È chiaro che sulla base dell'area di intervento che si sceglie l'innovazione tecnologica può incidere maggiormente, o meglio con immediatezza, sulla qualità del lavoro "in sicurezza" del personale. È il caso dei sistemi di controllo biometrico per l'accesso dei familiari dei detenuti ai colloqui. In concreto il controllo biometri-

co dei dati dal dorso della mano di ogni persona, con conseguente immagazzinamento del dato, consente di fare accedere all'interno delle zone più sensibili dell'istituto, all'interno del muro di cinta, solo quelle persone che sono state registrate nel sistema ed esclusivamente per la giornata del colloquio.

In questo modo scompare la registrazione cartacea per gli ingressi che viene sostituita dall'inserimento dei dati nel sistema di controllo biometrico; ma oltre che facilitare le eventuali successive ricerche di ufficio su chi è entrato in istituto, è fondamentale la diversa strutturazione dell'attività di sicurezza nel settore colloqui. Ci si potrà concentrare su altri aspetti essenziali di lavoro e non sull'identità delle persone e, soprattutto, sul rischio che dal settore colloqui possano evadere detenuti sotto mentite spoglie. Infatti, bisogna attraversare un tornello sia all'entrata che all'uscita della zona colloqui con l'esposizione del dorso della mano e la digitazione del codice numerico che è stato attribuito alla persona.

Anche con l'utilizzo di questa tecnologia, alla fine, si tengono insieme sicurezza e qualità della vita e dei servizi.

Riassumendo:

- vantaggi per la sicurezza: il personale effettuerà più velocemente le operazioni e potrà concentrarsi su altre attività anziché preoccuparsi di chi entra o esce dalla zona colloqui, poiché solo chi è abilitato a superare il tornello potrà uscire dopo i colloqui;
- vantaggi per le persone: non sarà più necessario portare con sé e consegnare un documento per l'identificazione. Le operazioni di accesso ed uscita dal colloquio saranno più celeri.

Il controllo biometrico è consigliato per istituti con capienza alta o medio-alta con abituale forte afflusso ai colloqui.

La raccolta in digitale dei dati personali, in questo caso, è in linea con il codice della *privacy* e le deliberazioni in materia dell'Autorità garante per la protezione dei dati personali, trattandosi di attività strettamente connesse con le esigenze di sicurezza della struttura penitenziaria.

Dicevamo all'inizio come non corrisponde al vero che l'uso della tecnologia debba sempre richiedere costi economici rilevanti.

Il caso che andiamo ad esaminare conferma la nostra valutazione, perché si tratta di vedere come semplificare l'accesso dei detenuti a tutti i servizi importanti dell'istituto, economizzando sull'utilizzo di personale per gli accompagnamenti e abbreviando i tempi di attesa sia dei detenuti che degli operatori nonché delle persone che li devono incontrare.

È da questa esigenza che nasceva il progetto "MOVE" presso la Casa Circondariale Rebibbia Nuovo Complesso, dopo alcuni anni esportato alla Casa Circondariale di Lecce con la denominazione "FREE MAN". Attraverso i lavori della Commissione Ruotolo per l'innovazione del sistema penitenziario si sta sviluppando una più che possibile implementazione dell'utilizzo del sistema di lavoro che adesso illustreremo.

Il nostro obiettivo è: gestire la circolazione dei detenuti dai reparti detentivi verso le varie zone dell'istituto senza aggravare i carichi di lavoro del personale e garantendo una migliore fruizione dei servizi.

Preliminare allo sviluppo del progetto è la comprensione della spazialità dell'istituto o della parte di istituto che ci interessa.

Per esemplificare osserviamo le due tabelle di seguito riportate in cui sono rappresentate le aree che ci interessano rispettivamente degli istituti di Rebibbia N.C. e di Lecce.

Tabella n. 4

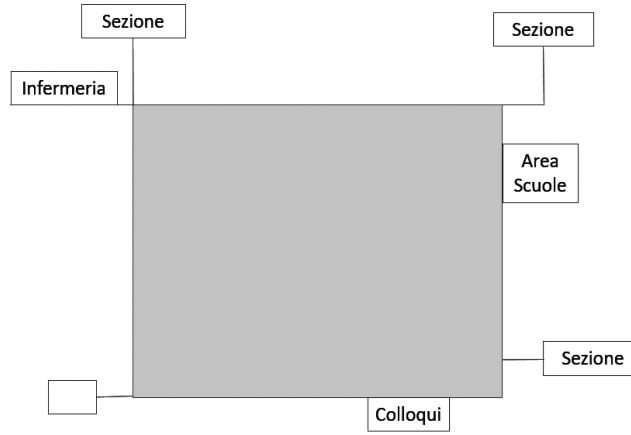
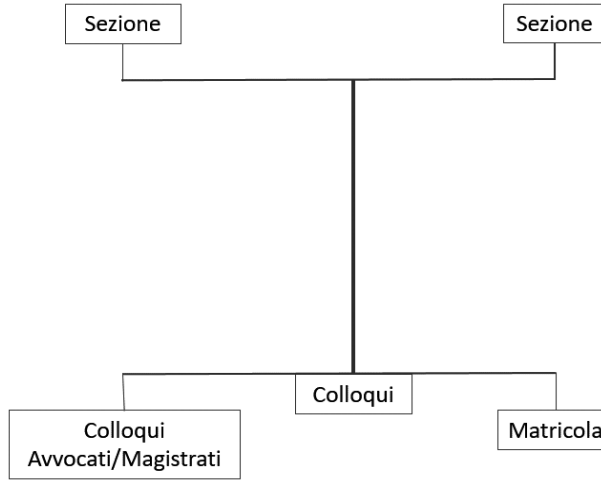


Tabella n. 5



Impadronirsi della spazialità dell'istituto significa, in questi casi, comprendere che c'è un percorso obbligato e ideale per recarsi dalla sezione detentiva ad una serie di servizi (colloqui con i familiari, con i magistrati e gli avvocati, servizi medici, scuole, ufficio matricola).

Per fare questo è usuale che si preveda l'accompagnamento del singolo o di un gruppo da parte del personale di Polizia Penitenziaria. Per superare questa logica, invece, tutti i detenuti che non esprimano significativi problemi di sicurezza attiva o passiva possono recarsi nei servizi ove sono stati convocati, senza accompagnamento e dotati di *pass* con codice a barre, foto del detenuto, numero di matricola e colore attribuito al settore dove si deve recare.

Le operazioni allora saranno le seguenti.

Uscita dal reparto:

- *pass* esposto al personale della sezione che digita su *computer touch-screen* il campo dove la persona si deve recare;
- sigla in uscita del codice a barre tramite lettore ottico;
- presentazione del *pass* esposto al settore interessato;
- rientro in reparto;

- al termine dell'attività ci si riavvia celermente verso il reparto, ove si ripeteranno le operazioni digitali in rientro.

È vietato fermarsi durante il percorso e intrattenersi con detenuti impiegati in altre attività, oltre che partecipare ad assembramenti non autorizzati lungo gli spazi comuni. I contravventori vengono sollecitati tramite altoparlanti dal personale impiegato nelle sale di telesorveglianza.

I risultati:

- i detenuti raggiungono molto più velocemente i settori di interesse;
- non è necessario attendere la disponibilità di personale per gli accompagnamenti nei vari settori;
- i costi di realizzazione sono estremamente contenuti, se si tiene conto che il *know-how* è stato sviluppato con i referenti informatici dei due istituti.

Si tenga anche conto che con lo sviluppo continuo che ha – e che avrà – la telesorveglianza in tutti gli istituti penitenziari, non sarà difficile avere una stesura adeguata di questo progetto per molti istituti.

In questo caso non interessa la presenza di un alto numero di detenuti ma la possibilità di impadronirsi della spazialità dell'istituto.

Nell'attuale fase di elaborazione all'interno del Ministero della Giustizia, è importante il lavoro comune che il Dipartimento dell'Amministrazione Penitenziaria sta sviluppando con la Direzione Generale per i Sistemi Informativi Automatizzati (DGSIA) per quanto riguarda l'ottimizzazione dei servizi attraverso la rete dati collocata in ogni istituto.

Ancora una volta si potranno coniugare insieme sicurezza e trattamento attraverso, ad esempio, la collocazione dei cc.dd. *totem touch* che consentirebbero di far presentare ai detenuti quasi tutte le richieste tramite la rete, abbandonando la c.d. "domandina" cartacea.

Il potenziamento della rete, come ben si comprenderà, è anche il *pass-partout* per ottimizzare, anche qui in sicurezza, il settore dei

colloqui audio-video con i familiari, così come le varie forme di didattica a distanza.

Se tutto questo in parte è accaduto, ma sempre più accadrà, è anche perché il mondo degli operatori penitenziari trasversalmente sta comprendendo l'importanza di un modo diverso di fare sicurezza negli istituti.

Parte Quinta
RACCONTARE IL CARCERE

Patrizio Gonnella

I tanti modi per raccontare e conoscere il carcere

Sommario: 1. Il superamento delle forme auto-referenziali di conoscenza. – 2. Capire il carcere attraverso le norme e le sentenze. – 3. Il carcere visto dai suoi protagonisti: custoditi e custodi. – 4. Il carcere nei rapporti degli organismi di monitoraggio. – 5. Il carcere raccontato dalla musica, dalla letteratura di fantasia, dal cinema e dalla fiction.

1. *Il superamento delle forme auto-referenziali di conoscenza*

Nel 1955 Piero Calamandrei tenne a Milano, nel Salone degli affreschi della Società Umanitaria, il famoso discorso sulla Costituzione in cui si rivolgeva agli studenti medi e universitari approfondendo il senso e la funzione della stessa: «La Costituzione non è una macchina che una volta messa in moto va avanti da sé. La Costituzione è un pezzo di carta, la lascio cadere e non si muove: perché si muova bisogna ogni giorno rimetterci dentro il combustibile; bisogna metterci dentro l'impegno, lo spirito, la volontà di mantenere queste promesse, la propria responsabilità. Quindi voi giovani alla Costituzione dovete dare il vostro spirito, la vostra gioventù, farla vivere, sentirla come vostra; metterci dentro il vostro senso civico, la coscienza civica; rendersi conto (questa è una delle gioie della vita), che nessuno di noi nel mondo non è solo, non è solo che siamo in più, che siamo parte, parte di un tutto, un tutto nei limiti dell'Italia e del mondo…Se voi volete andare in pellegrinaggio nel luogo dove è nata la nostra Costituzione, andate nelle montagne dove caddero i partigiani, nelle carceri dove furono imprigionati, nei campi dove furono

impiccati. Dovunque è morto un italiano per riscattare la libertà e la dignità, andate lì, o giovani, col pensiero perché lì è nata la nostra costituzione»[1].

Per conoscere la Costituzione, dunque, Piero Calamandrei suggerisce alle nuove generazioni di visitare le carceri. È sia un invito al ricordo, al rispetto della memoria storica, ma anche alla sperimentazione di forme non autoreferenziali di conoscenza. La Costituzione (dunque finanche la norma fondamentale) è conoscibile tramite l'osservazione diretta. A maggior ragione lo sono i contenuti delle prescrizioni costituzionali. E fra di esse vi è quell'articolo 27 che ci riporta dentro la questione carceraria. Seppur vero che l'articolo 27 non ha al proprio interno alcun riferimento espresso al carcere come pena, e che invita il legislatore ad adottare soluzioni che portino al pluralismo sanzionatorio, la storia della penalità negli ultimi due secoli ha purtroppo segnato la vittoria del carcere nel mercato delle sanzioni criminali. I numeri globali – quasi undici milioni di detenuti – per ora evidenziano quanto lontana sia una forma di differenziazione delle forme di punizione[2]. Tutto viene parametrato al carcere, anche le sanzioni alternative. Ancora non riusciamo a immaginare un sistema penale che porti a una progressiva decentralizzazione della pena detentiva. Per cui per conoscere il sistema delle pene bisogna conoscere la pena più utilizzata su scala universale, ossia la prigione, in tutte le sue forme.

Infine, per capire cosa sia il carcere non ci si può affidare alla lettura e allo studio delle sole norme. Esse definiscono il dover essere, ma non sempre consentono di identificare i nodi critici dell'essere della pena. L'auto-referenzialità del giurista può costituire un limite epistemologico. Bisogna partire dalle norme, ma andare oltre per indagare, raccontare e far conoscere cosa è la pena in concreto. Solo così avremo strumenti per riformarla o superarla.

[1] Il discorso tenuto da Piero Calamandrei può essere ascoltato per intero al seguente indirizzo web: *https://www.youtube.com/watch?v=ZnOWxw9aHc8*.

[2] Tutti i dati intorno alla pena carceraria su scala mondiale sono presenti nel database dell'*Institute for crime & Justice Policy Research* della *Birkbeck University of London* al sito *https://www.prisonstudies.org/*.

2. *Capire il carcere attraverso le norme e le sentenze*

A volte le stesse norme, primarie o secondarie, introiettano un'idea di pena non necessariamente conforme al suo scopo costituzionale. Le norme secondarie che dovrebbero segnare il dover essere della pena, non di rado accade che siano trascinate nel definirne altrimenti la sua funzione effettiva. Quando le disposizioni penitenziarie, come accade in Italia, non consentono la sessualità in carcere per i detenuti[3] è evidente che presuppongono un'idea di pena che sia tendenzialmente afflittiva o comunque punitiva in senso stretto. Cosa c'entra la proibizione della sessualità con il fine rieducativo della pena? Negare la sessualità a un detenuto significa rendere a lui, ma anche inevitabilmente al *partner*, la vita difficile, ben lontana da quegli obiettivi di normalità che invece dovrebbe essere ambiti. La sessualità negata per legge è violazione della dignità, umiliazione, inflizione di sofferenza gratuita. Contribuisce inevitabilmente all'innescarsi di comportamenti violenti e aggressivi. Da anni si sovrappongono tentativi di riformare la legge penitenziaria (nella parte relativa ai colloqui visivi) nella consapevolezza ampiamente condivisa della sua arretratezza culturale, ma non si riesce a modificare l'articolo 18 o.p. in quanto nel dibattito politico-parlamentare prevale una concezione della pena meramente afflittiva e vessatoria[4].

Dunque anche la legge, insieme ai processi incompiuti di modifica, può essere strumento di conoscenza della realtà carceraria. A volte le disposizioni si appiattiscono sulla realtà, la certificano, rinunciano a cambiarla. Ciò ancora più spesso accade con quelle secondarie e le circolari dell'amministrazione penitenziaria che capita che assecondino un'idea di pena non propriamente coerente con le finalità costituzionali.

[3] L'articolo 18, terzo comma, dell'Ordinamento Penitenziario recita testualmente: «I colloqui si svolgono in appositi locali sotto il controllo a vista e non auditivo del personale di custodia». Un tentativo di riforma per via regolamentare è stato bocciato dal Consiglio di Stato in occasione dei lavori preparatori al Regolamento di esecuzione del 2000.

[4] Il tema dell'affettività è specificamente affrontato nel contributo di S. TALINI, *L'uso delle tecnologie per il mantenimento dei rapporti affettivi*, in questo Volume.

Per lunghi decenni è stato vietato il possesso in cella (e quindi la lettura) di libri aventi la copertina rigida paventando ragioni di sicurezza. Tutt'oggi non è consentita la visione *offline* di film sui *tablet* o *personal computer*. Si tratta di imposizioni irragionevoli che rendono la pena carceraria più prossima a una forma di sofferenza o sacrificio che non a un percorso di progressivo avvicinamento a forme di reintegrazione sociale. È chiara la contraddizione con le prescrizioni di apertura presenti nello stesso Ordinamento Penitenziario. Il primo comma dell'articolo 1, così come innovato nel 2018[5], sancisce che: «Il trattamento penitenziario deve essere conforme a umanità e deve assicurare il rispetto della dignità della persona. Esso è improntato ad assoluta imparzialità, senza discriminazioni in ordine a sesso, identità di genere, orientamento sessuale, razza, nazionalità, condizioni economiche e sociali, opinioni politiche e credenze religiose, e si conforma a modelli che favoriscono l'autonomia, la responsabilità, la socializzazione e l'integrazione». Non si vede come gli obiettivi di autonomia, responsabilità, socializzazione e integrazione possano essere compatibili con proibizioni acritiche della sfera affettiva o culturale. Dunque anche attraverso la produzione normativa ci si può avvicinare a comprendere quale sia la funzione sociale effettiva della pena nella dimensione empirica in contrapposizione alla pena costituzionalmente delineata.

Anche le sentenze possono costituire una via per conoscere in profondità la consistenza reale e tragica della pena del carcere. Le decisioni dei giudici hanno sempre origine in un elemento di realtà, in una lamentela su un diritto compresso o negato, in un dato di fatto. Nella nota sentenza pilota della Corte Europea dei Diritti Umani *Torreggiani c. Italia* del 2013[6] si legge: «Inoltre, i ricorrenti denunciano l'esistenza di gravi problemi di distribuzione di acqua calda negli istituti penitenziari di Busto Arsizio e di Piacenza. A loro dire, per molto tempo la mancanza di acqua calda ha limitato

[5] Testo modificato dall'art. 11, comma 1, lett. a) del D.lgs. 2 ottobre 2018, n. 123.

[6] Sentenza della Corte EDU dell'8 gennaio 2013, Torreggiani e altri c. Italia (ricorsi nn. 43517/09, 46882/09, 55400/09, 57875/09, 61535/09, 35315/10 e 37818/10). Pronuncia successivamente confermata nel maggio 2013 dalla Grande Camera.

a tre volte a settimana l'accesso alla doccia. Infine, i ricorrenti detenuti a Piacenza lamentano l'apposizione alle finestre delle celle di pesanti sbarre metalliche che impediscono all'aria e alla luce del giorno di entrare nei locali. La grave mancanza di spazio sperimentata dai sette ricorrenti per periodi variabili dai quattordici ai cinquantaquattro mesi costitutiva di per sé di un trattamento contrario alla Convenzione. La mancanza di acqua calda nei due istituti per lunghi periodi nonché l'illuminazione e la ventilazione insufficienti nelle celle del carcere di Piacenza non hanno mancato di causare nei ricorrenti un'ulteriore sofferenza». Ed in particolare la Corte «ritiene che le condizioni detentive in questione, tenuto conto anche della durata della carcerazione dei ricorrenti, abbiano sottoposto gli interessati ad una prova d'intensità superiore all'inevitabile livello di sofferenza inerente alla detenzione». Dunque è attraverso una sentenza pilota di una Corte internazionale, capace di guardare ben oltre il caso singolo, che acquisiamo la consapevolezza che la pena detentiva nel suo fluire ordinario produce una sofferenza ben superiore a quella necessaria per proteggere la società.

Le violenze di centinaia di poliziotti penitenziari nei confronti dei detenuti reclusi a Santa Maria Capua Vetere nell'aprile del 2020, in pieno *lockdown*, non erano minimamente necessarie ai fini del ripristino della legalità e della tranquillità nella vita interna. Esse rispondevano alla necessità di rompere ogni condizione di simmetria, di mostrare chi ha il potere di comandare in quanto si auto-definisce superiore nelle gerarchie di vita interna. Quelle immagini rappresentano uno squarcio di vita reale. Esse hanno svelato la violenza di massa, l'assenza di voci contrarie tra i poliziotti e il clima di terrore prodotto nei confronti dei detenuti[7]. Dunque la violenza pareva il metodo di governo della vita dentro la prigione di Santa Maria Capua Vetere. Altro che il dover essere costituzionale che vieta i trattamenti contrari al senso di umanità. Si dovrebbe andare in carcere perché si è puniti e non per essere puniti. Eppure il carcere è pieno di punizioni informali, vietate, e

[7] Le immagini sono visibili grazie all'inchiesta del quotidiano Domani al seguente indirizzo web: *https://www.youtube.com/watch?v=lCMhK-xUugA*.

neanche, come visto, troppo tenute nascoste. Negli atti giudiziari, ed in particolare nella richiesta di misura coercitiva nei confronti del personale di Polizia penitenziaria coinvolto nelle violenze, si legge di «corridoio umano» dove erano costretti a transitare uno a uno i detenuti ai quali «venivano inflitti un numero impressionante calci, pugni, schiaffi alla nuca, violenti colpi di manganello». Emerge una condizione carceraria fondata sulla violenza, la sopraffazione e la paura.

Il 27 agosto del 2020 il Tribunale di Sorveglianza di Bologna[8], nel negare sia la misura del differimento facoltativo della pena sia la detenzione domiciliare per ragioni di salute a un detenuto, ha usato la seguente argomentazione: «La laurea conseguita durante la detenzione e la frequentazione di un master per giurista di impresa, ove si consideri la sua personalità per come emerge dalle relazioni di sintesi, si ritiene possano avere affinato le sue indiscusse capacità e gli strumenti giuridici a sua disposizione per reiterare condotte illecite in ambito finanziario ed economico, che possono essere svolte anche se ristretto in detenzione domiciliare». Il diritto all'istruzione viene stravolto e reinterpretato quale strumento rafforzativo dello *status* di criminale. Una decisione di questo tipo sottintende quale sia l'essenza della pena per chi ha compiti di supervisione legale della stessa. Un'essenza ben lontana dalla dimensione costituzionale. Un'idea che però, vista l'imperatività della decisione giudiziaria, condiziona a sua volta in negativo la vita reale nelle carceri nonché le prospettive individuali di reintegrazione sociale.

3. *Il carcere visto dai suoi protagonisti: custoditi e custodi*

Un'inchiesta conoscitiva del mondo della scuola non potrebbe prescindere dall'acquisizione delle opinioni degli studenti e degli insegnanti, principali protagonisti del mondo scolastico, intorno alla capacità effettiva della scuola pubblica di rispondere alle fina-

[8] Ordinanza del Tribunale di Sorveglianza di Bologna n. 36/3009 del 27 agosto 2020.

lità educative di massa che si propone. La conoscenza del mondo reale della scuola ben potrebbe aiutare chiunque abbia a cuore progetti di riforma che intendano ridurre il *gap* tra l'educazione scolastica quotidianamente offerta e il suo dover essere costituzionale.

Anche nel mondo carcerario, il sapere, talvolta tragico, dei protagonisti – custodi e custoditi – costituisce un'irrinunciabile forma di racconto e conoscenza dell'istituzione e della funzione da esso effettivamente svolta. Le dinamiche di vita interna, gli irragionevoli soprusi, le ambiguità e le ipocrisie possono essere svelate solo da chi ha vissuto un'esperienza di reclusione, avendone adeguata capacità di racconto, per educazione e cultura personale. Non tutti coloro che hanno avuto un'esperienza detentiva hanno coscienza del significato profondo della stessa. Il carcere è sempre stato, dalla sua fondazione, fortemente selettivo sulla base del censo, della classe di appartenenza, della nazionalità, dell'etnia. Il carcere colpisce in modo diseguale. Chi ha sempre vissuto di crimini e galere considererà normali l'ozio forzato, lo *slang* carcerario ridicolo e offensivo, la gerarchizzazione tra detenuti frutto di sotto-culture carcerarie, la perdita di diritti, il vivere in un limbo di incertezza. Il suo sguardo sulla pena in concreto riuscirà ad essere efficace e critico, solo se possiede gli strumenti personali per comprenderne i significati assurdi e le criticità. Alcuni, per storia o per capacità acquisite, ci riescono e, di conseguenza, ci aiutano ad affrescare la vita penitenziaria dei suoi colori veri. In questo senso le autobiografie di detenuti e degli operatori penitenziari o del diritto, con le loro riflessioni e i loro racconti, costituiscono un quadro di vita penitenziaria. Nel tempo, nonostante i tanti cambiamenti avvenuti nel mondo del diritto e i processi riformatori che hanno riguardato il sistema penitenziario in Italia e all'estero, si ritrovano immagini, espressioni e critiche ricorrenti. Nelle autobiografie di detenuti raccolte lungo un secolo, si ritrova spesso una dura critica alla stessa possibilità che mai il carcere possa effettivamente avere una funzione rieducativa. I racconti autobiografici di vita carceraria costituiscono una forma essenziale ed irrinunciabile di conoscenza della pena, nonché della distanza della funzione sociale effettivamente svolta dall'istituzione penitenziaria rispetto a quella dichiarata nelle norme o studiata in dottrina.

(Vittorio Foa, 1949): «Un anno di pena prospettiva è molto più lungo, nella previsione, se si tratta del decimo anno di pena anziché, poniamo, del quarto. Per il recluso dopo qualche anno si verifica la stessa perdita della dimensione reale del tempo. La coscienza dei tempi è forse immatura per una riforma nel senso di una abolizione totale delle pene detentive, ed anche per l'introduzione dell'autocondanna, che legherebbe il tempo alla volontà del condannato. Ma si rifletta che le privazioni materiali del carcere sono poca cosa o comunque cosa alla quale l'organismo umano si adatta con facilità, ma che il peso reale della detenzione consiste solo nel progressivo svanire della volontà col decorso del tempo. Nessuna pena detentiva dovrebbe perciò superare i tre, e al massimo i cinque anni. Dopo la mia liberazione sono passato molte volte sotto le mura di una prigione e non mi sono mai sognato di rivolgere un pensiero ai reclusi, né mai ho tentato (pur avendone la possibilità e fors'anche il dovere morale) di visitare qualche stabilimento. Le carceri costituiscono un mondo a parte. Viviamo in letizia ed infischiamoci di quel che succede là dentro. Intanto, vi è un mondo che difende la sua esistenza, i suoi piccoli miserabili privilegi di comando, con molto accanimento, e non vuole essere disturbato. È il mondo della custodia, dei direttori funzionari e guardie degli stabilimenti. Dico subito che è gente come tutti gli altri. Vi ho incontrato dei sadici manigoldi e degli uomini angelici, dei santi in uniforme. Ma la necessaria struttura gerarchica congiunta alla specifica funzione crea una condizione particolare di arbitrio sistematico. Il detenuto è passivamente in preda alla custodia. La direzione e la custodia devono mostrare ai detenuti un volto rigido e severo. Il detenuto non può riacquistare fiducia nell'umanità e nella legge, nelle carceri di oggi. Vedevo questo, negli ultimi anni della mia pena, e mi proponevo con alcuni amici di dedicare la mia futura attività di uomo libero nelle carceri, di diventare direttore di stabilimento e di provare se è veramente impossibile di affermare la legge positiva e la legge morale nei rapporti con gli uomini deboli che sono caduti. I bei propositi sono rimasti tali. Che io sappia nessuno di noi si è votato a questo lavoro. Il carcere respinge da sé gli uomini liberi. Oggi appartengo io pure al gran mondo degli indifferenti. La custodia difende il suo piccolo potere senza

controllo, segue le vie di minor resistenza, favorisce fatalmente il servilismo, la menzogna, la delazione, la mancanza di carattere, disprezza ed osteggia fatalmente le qualità virili della vita libera. La pena, poiché ha da esserci, sia certa, con esclusione non solo di ogni amnistia ed indulto, ma anche dei benefici condizionali che dipendono da valutazioni soggettive»[9].

Vittorio Foa, dissidente antifascista, pone al centro della sua riflessione l'innaturalezza della vita carceraria, che stravolge la dimensione del tempo e che va a relativizzarsi in modo estremo e iniquo, privando di senso le pene eccessivamente lunghe. Foa, sulla base della propria esperienza, propone un cambiamento radicale del sistema che dovrebbe condurre alla rinuncia a pene carcerarie con durata superiore ai cinque anni. L'adattamento a una vita anormale come quella carceraria è da lui ritenuta ontologicamente in conflitto con ogni prospettiva di rieducazione sociale. La vita dentro per un detenuto è nelle mani dei suoi custodi. I diritti dei detenuti dipendono dal personale carcerario, dal loro essere o meno culturalmente e valorialmente sintonici con le norme in vigore.

Trascorrono alcuni decenni e c'è chi mirabilmente ritorna sul rapporto tra lo *staff* carcerario e i detenuti e su quanto molto della vita in prigione dipenda da come i direttori interpretano le regole del gioco.

(Pierre Clémenti, 1973): «Nelle mie prigioni ho conosciuto tre direttori. Il primo era una specie di apostolo. Un funzionario che si riteneva investito di una missione. Padre superiore di clausura, voleva trasformare le prigioni… Il mio primo direttore era troppo buono per Rebibbia. I suoi progetti mettevano in discussione l'istituzione carceraria stessa. Più felicità per i carcerati: che idea folle! Così l'ispettorato penitenziario si è affrettato a sostituirlo. Ci ha riuniti per la sua partenza e ci ha detto semplicemente "In bocca al lupo!". Al suo posto hanno nominato un repressivo. Non è durata: tre rivolte una dietro l'altra hanno provocato la sua destituzione».[10] Quale sia il senso da dare alla pena dipende anche dalle scelte or-

[9] V. Foa, *Psicologia carceraria*, in P. Gonnella, D. Ippolito (a cura di), *Bisogna aver visto. Il carcere nella riflessione degli antifascisti*, Roma, 2019, 26.

[10] P. Clémenti, *Pensieri dal carcere*, Ripa di Fagnano Alto, 2007, 7.

ganizzative della stessa amministrazione penitenziaria. Eugenio Perucatti è stato direttore del carcere di Santo Stefano tra il 1952 e il 1960. Un'isola-carcere, usata quale luogo di punizione somma dei detenuti ritenuti più pericolosi in determinati momenti storici. Perucatti voleva ingentilire le condizioni di detenzione nell'isola. Il suo afflato riformista gli costò il trasferimento punitivo in Puglia, così la vita degli ergastolani che lui voleva rendere meno afflittiva e più dignitosa, tornò a essere dura, lontana dai principi costituzionali e tutto sommato senza prospettive[11].

(Adriano Sofri, 1993): «Spedisco molti telegrammi, per ragioni varie. Bisogna fare così: prendere il modulo per fare domandina (si chiama così per sottolineare l'infantilizzazione coatta del tutto; la domandina è la regina di questo regno; uno grida "voglio morire" o "voglio una donna" e l'altro gli risponde "fai domandina"; in una domandina tesa all'acquisto di un chilo di uva ho scritto "In attesa di una vostra sollecita risposta con ossequio mi firmo" ecc.), prendere il modulo del telegramma, compilare il telegramma, compilare la domandina in cui si chiede l'autorizzazione a inoltrare il telegramma, voltare la domandina e sul retro riscrivere mittente, destinatario e testo completo del telegramma, far infilare il plico così ottenuto in una cassetta e augurarsi che vada»[12].

Il processo di infantilizzazione così ironicamente ed efficacemente descritto da Adriano Sofri, è in palese contraddizione con gli obiettivi della pena presenti nel citato all'articolo 1 dell'Ordinamento Penitenziario. Eppure la "domandina", per decenni, ha governato la vita nelle carceri, impedendo che essa si dipanasse in sentieri di ordinarietà. La domandina segna un mix di burocratizzazione e arbitrio decisionale che trasforma i diritti in concessioni, nel nome di un paternalismo autoritario che nulla ha a che fare con percorsi di legalità condivisa. Il detenuto è "ibernato" in uno stato di incertezza costante, il che lo rende vulnerabile e insicuro rispetto ai suoi diritti e alla sua stessa condizione umana. Il racconto di Sofri svela le ambiguità di un sistema paternalista e correzionalista che, al di là della volontà dei singoli, produce smarrimento ma

[11] E. Perucatti, *Perché la pena dell'ergastolo deve essere attenuata*, Napoli, 2021.
[12] A. Sofri, *Le prigioni degli altri*, Palermo, 52.

anche assuefazione nei confronti della a-normalità. Una normalità che per Spinelli è ontologicamente incompatibile con la privazione della libertà, tanto da rendere necessario un riformismo dell'intero sistema sanzionatorio.

(Altiero Spinelli, 1949): «A pensarci bene, credo che, per quanto si voglia trasformare e perfezionare il carcere, non lo si può modificare in modo sostanziale. Naturalmente è possibile migliorare il cibo, rendere più igieniche le celle e le camerate, dare più svaghi e più lavoro, e simili. Ma ciò non altera il dato essenziale, che consiste nel tenere degli uomini in gabbia, nella impossibilità di sviluppare una vita normale, privi quasi completamente di una tutela giuridica. Il problema del significato profondo del carcere sorge quando ci si mette dal punto di vista del delinquente, e lo si considera un essere umano, cioè fornito del diritto di essere rispettato malgrado il suo delitto…Ma chi pensa che il carcere, comunque modificato, possa essere uno strumento di redenzione morale e sociale è vittima non di una illusione, ma di una ipocrisia. Il regime carcerario fascista, accanto ai miglioramenti, cui ti accennavo al principio della lettera, ha introdotto nel carcere, ed ha largamente applicato nel confino, la regola che il prigioniero poteva essere liberato prima di aver scontato tutta la pena se teneva buona condotta. Poche istituzioni sono in ugual misura corruttrici dell'animo umano come questa. Il prigioniero è spinto a tutte le bassezze, a tutte le ipocrisie, a tutte le viltà per riuscire a convincere i suoi superiori che egli ha buona condotta. Come una sofferenza per uno o due anni al massimo. È una ben strana maniera di rieducare quella che consiste nello staccarlo completamente da tutta la rete dei rapporti sociali, e nel metterlo in un insieme di regole nuove, per rispettare le quali egli non ha più bisogno di alcun senso di responsabilità. Il carcerato si alza, si lava, scopa, mangia, lavora, riposa, parla, tace, legge, scrive, va a suon di campana. Gli si richiede di essere una macchina e nulla più. Non ha preoccupazioni di sorta sulla sua esistenza. Stritola l'anima prima ancora del corpo. Se dovessi occuparmi del problema carcerario, sosterrei questa tesi: i delinquenti che si debbono allontanare dalla società, possono, a scopo intimidatorio, essere condannati ad una prigionia dura, ma brevissima, e devono poi essere mandati in una

qualche località appartata (isola, colonia o simili) dalla quale non devono andarsene prima del tempo stabilito. Ivi devono poter vivere una vita sottoposta a leggi più severe e più restrittive, ma una vita normale, controllata da regolari magistrati, con possibilità di guadagnare, di sposarsi, di aver casa, di vivere civilmente».[13]

Anche Spinelli, oltre a Foa, matura un'opzione anti-carceraria, sulla base dell'esperienza fatta. Il carcere non riesce a rispondere ai grandi scopi che gli sono affidati. E per capire l'essenza bisogna starci dentro.

(Igino Cappelli, 1988): «Visitando il piccolo universo carcerario della zona che compete al giudice di sorveglianza di Napoli, devo presto riconoscere che l'istituto più complesso e difficile da esplorare è Poggioreale. Non vale conoscere regolamenti e circolari. E visite, per quanto ripetute e prolungate, non danno il senso (il ritmo, l'odore, l'umore) della vita quotidiana che conducono tra quelle mura centinaia di persone, mediamente duemila carcerati, la quasi totalità in attesa di giudizio. Dopo anni si capisce qualcosa»[14]. Ci vogliono anni, anche per un giudice, responsabile della legalità interna alle carceri, per capire cosa significhi la vita in galera. Saranno il ritmo ripetitivo e alienante delle giornate, gli odori forti di cibo o di disinfettante, i rumori o i silenzi a dare corpo e anima alla pena. Troppo silenzio può essere indice di paura collettiva, di obbligo all'obbedienza. Le urla notturne non sono più rassicuranti. In carcere non si possono sentire contemporaneamente voci di donne e uomini, in quanto rigidamente separati anche di giorno, persino a scuola o a teatro. Eppure, non è così che funziona la vita fuori. La vita normale e libera non separa donne uomini collocandoli rispettivamente nel ginoceo e androceo.

(Emmy Hennings, 1919): «Ora cucio le calze per i detenuti della sezione maschile. Gli uomini non li vediamo quasi mai. Solo di ritorno dalla passeggiata incrociamo a volte un drappello di carcerati che viene condotto fuori per l'ora d'aria, dopo di noi. Quando sfilano noi donne ci schiariamo la voce per attirare l'attenzione, ma

[13] A. Spinelli, *Esperienza di prigionia*, in P. Gonnella, D. Ippolito (a cura di), *Bisogna aver visto*, cit., 38.

[14] I. Cappelli, *Gli avanzi della giustizia*, Roma, 1988, 22.

qui nel penitenziario sembrano tutti insensibili alla civetteria»[15]. Le dinamiche di vita quotidiana della prigione bavarese narrate da Emmy Hennings sono un affresco non tramontato di vera vita penitenziaria, con le sue pratiche che si ripetono perpetuamente, nonostante nessuna legge si assuma la responsabilità di dare ad esse dignità di norma. Questa è l'ipocrisia carceraria. Si interroga ad inizio '900 Emmy Hennings sul perché l'ora d'aria deve essere fatta obbligatoriamente camminando in circolo e non camminando. Son tante le cose che avvengono in carcere alle quali è difficile dare una spiegazione razionale. L'irrazionalità è però capace di riportare al senso profondo della pena: produrre un'ossessiva incertezza di vita.

Non lontano nel tempo e nello spazio – siamo adesso vicini a Vienna – Egon Schiele racconta lo «stato di continua ebetudine» a cui era costretto a vivere con guardie che lo umiliavano e maltrattavano.

(Egon Shiele, 1922): «Prigione di Neulenbach, 16 aprile 1912. Finalmente! Finalmente! Finalmente! Finalmente la pena è alleviata. Finalmente carta, matite, pennelli, colori, per disegnare e per scrivere. Strazianti sono state queste ore selvagge, disordinate, terribili queste ore indistinte, informi, monotone, totalmente grigie, che ho dovuto trascorrere come un animale spogliato, nudo tra muri freddi e spogli»[16]. Trascorrono i decenni, si afferma la retorica universale dei diritti umani, ma gli operatori penitenziari non riescono a trasformare la vita detentiva in spazio fisico ed emotivo razionale.

(Giuseppe Certomà, 2010): «Le gestione proprietaria ha cristallizzato la forma organizzativa dei servizi rendendo impossibile la loro crescita e il loro sviluppo, ha generato nell'animo degli operatori sociali uno stato di alienazione e di disagio per cui essi non riconoscono i servizi come il prodotto del loro lavoro cognitivo».[17] Con la consapevolezza critica di operatore sociale che riflette sul suo lavoro, Certomà riconosce come il carcere è un'istituzione che toglie il respiro anche a chi ha nel suo mandato professionale la reintegrazione nella società libera.

[15] E. Hennings, *Prigione*, Roma, 2019, 73.

[16] E. Schiele, *Diario dal carcere*, Milano, 2010.

[17] G. Certomà, *Il carcere discarica*, Roma, 2010, 31.

Dunque, per avvicinarsi alla pena costituzionale ci vogliono contro-spinte forti, continue che provengano dal basso e siano sostenute dall'alto. Altrimenti come ha scritto George Mangakis, dissidente recluso nelle carceri greche al tempo del regime dei Colonnelli, al detenuto non resta che l'amicizia di una zanzara

(George Mangakis, 1973): «Vorrei scrivere di un'altra amicizia nata nel penultimo autunno. La ritengo significativa. Mostra la comunanza che può sorgere tra creature infelici. Ero in cella d'isolamento da quattro mesi. Da tutto quel tempo non vedevo un'anima. Solo uniformi: inquisitori e secondini. Un giorno notai tre zanzare nella cella. Stavano lottando duramente per resistere al freddo che cominciava a farsi sentire. Di giorno dormivano sulla parete. Di notte venivano a ronzarmi intorno. All'inizio mi esasperavano. Ma per fortuna non impiegai molto tempo a capire che anch'io stavo lottando duramente per sopravvivere all'ondata di freddo. In fondo che cosa mi chiedevano? Niente di importante. Una goccia di sangue le avrebbe salvate. Non potevo rifiutare. All'imbrunire mi scoprivo il braccio e le aspettavo. Si abituarono a me e non ebbero più paura. Mi si avvicinavano con tutta naturalezza, apertamente. Di questa fiducia sono loro debitore. Grazie a loro il mondo non si limitava più a un'aula da interrogatorio. Poi, un giorno, fui trasferito in un altro carcere. Non rividi mai più le mie zanzare»[18].

4. *Il carcere nei rapporti degli organismi di monitoraggio*

Il carcere reale è anche quello descritto nei rapporti degli organismi nazionali e internazionali, istituzionali e non-governativi che, a diverso titolo e con diversi poteri o facoltà, hanno diritto o possibilità di visitare i luoghi di privazione della libertà per poi rendere pubblici i risultati delle proprie osservazioni sul campo.

Fact-finding, indagine empirica sulla pena in concreto allo scopo di evidenziarne gli elementi di distanza dalla pena legale: è questo il senso del monitoraggio degli organismi internazionali e

[18] G. Mangakis, *Un'amicizia fondamentale*, in S. Dowd (a cura di), *Scrittori dal carcere, Antologia PEN di testimonianze edite e inedite*, Milano, 1998.

nazionali di prevenzione della tortura[19]. Nel diciottesimo rapporto sulle condizioni di detenzione dell'associazione Antigone, a proposito degli spazi si legge: «Per guardare invece agli spazi in cui le persone detenute scontano queste pene, facciamo riferimento anzitutto ai dati raccolti negli istituti visitati nel 2021 dal nostro osservatorio. Si tratta di un campione, sostanzialmente casuale, di 96 istituti penitenziari sui 189 al momento in funzione, un campione assolutamente significativo, superiore al 50%. A proposito del regolamento di esecuzione del 2000, di cui sarebbe urgente un aggiornamento, questo prescriveva che le "camere detentive" fossero dotate di doccia, riscaldamento adeguato ed acqua calda. Come si vede sotto in molti degli istituti da noi visitati ci sono ancora celle che non rispettano queste condizioni. Ma come si vede abbiamo osservato anche dell'altro. Per quanto appaia incredibile ed anacronistico, nel 5% degli istituti visitati ci sono ancora celle in cui il wc non è in un ambiente separato, isolato da una porta, ma in un angolo della cella. A Carinola ad esempio, nel reparto destinato ai protetti, manca qualsivoglia divisorio tra il water, il lavabo ed il letto. A San Severo in Puglia il bagno è separato dal resto della stanza esclusivamente tramite pannello dell'altezza di circa 3 metri. Da segnalare inoltre il fatto che, nel 25% degli istituti visitati, abbiamo trovato celle in cui non apparivano garantiti 3 metri quadri calpestabili per ciascun detenuto, creando condizioni di affollamento evidentemente invivibili. La vivibilità delle celle è un aspetto fondamentale per chi è detenuto, dato che in cella molti detenuti finiscono per passare buona parte del proprio tempo. Ma un carcere non è fatto solo di celle, e la qualità della detenzione,

[19] Dal 1989 opera il Comitato Europeo per la Prevenzione della Tortura (*www.cpt.coe.int*); su scala universale dal 2007 vi è il Sotto-Comitato delle Nazioni Unite per la Prevenzione della Tortura (*https://www.ohchr.org/en/treaty-bodies/spt/introduction-committee*); in ambito nazionale opera dal 2016 l'NPM – National Preventive Mechanism – nell'ambito delle funzioni svolte dal Garante Nazionale delle persone private della libertà (*www.garantenazionaleprivatiliberta.it*); a livello ancora più locale vi è il lavoro dei Garanti regionali e comunali dei diritti delle persone private della libertà (a titolo di esempio si veda il sito del Garante istituito dalla regione Lazio *https://www.garantedetenutilazio.it/*). Infine, è presente il monitoraggio delle prigioni effettuato dalle organizzazioni non governative, come ad esempio dall'associazione Antigone dal 1998 (*www.antigone.it*).

e la sua capacità di influire positivamente sul percorso trattamentale della persona, dipende anche dalle caratteristiche degli spazi comuni. Anche questi purtroppo spesso inadeguati. In più di un terzo degli istituti i detenuti non hanno accesso settimanalmente alla palestra o al campo sportivo. Generalmente perché questi non ci sono o non sono agibili. Non a caso se si guarda solo ai 47 istituti situati all'interno di un contesto urbano (generalmente quelli più vecchi) non è garantito l'accesso settimanale alla palestra nel 38% dei casi e al campo sportivo addirittura nel 51% dei casi»[20]. Il carcere osservato da Antigone non è in linea con quello disciplinato dalle disposizioni regolamentari.

L'osservazione non è mai una pratica neutra. Lo sguardo dell'osservatore è necessariamente uno sguardo condizionato dal proprio sapere. L'osservazione, dunque, se finalizza la propria attività al racconto pubblico, può influenzare l'oggetto osservato, producendo possibili trasformazioni, a volte temporanee, a volte resistenti nel tempo. Il monitoraggio di organismi qualificati a visitare gli istituti di pena ha finalità preventive, proprio partendo dalla considerazione che l'osservazione non è neutra, ma condiziona il punto di vista dell'oggetto osservato, evidenziando le disparità tra pena legale e pena reale.

Il rapporto del Garante Nazionale delle persone private della libertà sulle carceri calabresi visitate nel 2020 così descrive la vita dentro le mura: «In tutti gli Istituti visitati la quasi totalità dei detenuti presenti nell'ambito del circuito "Media sicurezza" è sottoposto al modello a custodia chiusa. Era rilevabile una generalizzata e 'presunta' pericolosità di tutti i detenuti comuni presenti ben distante dai principi di individualizzazione e progressività del trattamento penitenziario. Trattamento che in tali strutture, a prescindere dalle condotte poste in essere nel corso della vita detentiva, è risultato alla delegazione del Garante nazionale, sotto questo profilo, irrimediabilmente insuscettibile di valutazione e revisione periodica, come previsto dalle circolari di settore. Una simile si-

[20] I dati sono tratti dal IXX Rapporto dell'Associazione Antigone (*https://www.rapportoantigone.it/diciottesimo-rapporto-sulle-condizioni-di-detenzione/numeri-del-carcere/*).

tuazione determina, da un lato, il venir meno di un incentivo alla responsabilizzazione delle persone detenute, dall'altro, il rischio di rinunciare in partenza a un incremento delle attività trattamentali, componenti entrambe fondamentali nel percorso di rieducazione della pena detentiva. Inoltre, come sarà più approfonditamente esplicato con riferimento particolare ad alcuni Istituti, la modalità di esecuzione del modello a custodia chiusa si è rivelata particolarmente rigida e non in linea con le indicazioni nazionali in materia di sicurezza dinamica»[21].

Girovagando tra i rapporti delle autorità internazionali e nazionali si può ricostruire la mappa della carcerazione nel mondo, in Europa e in Italia. Sono i tasselli di un realista mosaico penitenziario universale. Chiunque abbia compiti amministrativi o politico-legislativi dovrebbe leggerla, consultarla e non prescinderne, ogniqualvolta debba prendere decisioni nel campo della esecuzione penale. Accade invece che osservatori e decisori si muovano su binari paralleli, i secondi ergendosi a protezione della sovranità illimitata del loro decidere e comandare, quasi fosse umiliante essere condizionati da elementi dati dall'osservazione empirica e non dalla propria infinita scienza e coscienza. Oggi, in Europa, la conoscenza dei sistemi carcerari passa dalla lettura dei rapporti del Comitato Europeo per la Prevenzione della Tortura. Non c'è altro modo, se non l'approfondimento delle relazioni che arrivano da Strasburgo, per essere informati su quello che accade dietro le mura delle prigioni europee, rese non di rado più alte e impenetrabili del necessario, a ingiustificata protezione del bisogno di opacità e dell'intenzione illegale di privare la vista dei detenuti, delle celle e degli spazi di vita comuni dallo sguardo critico della società pubblica[22]. Bisognerebbe trasformare i rapporti del Comitato Europeo per la Prevenzione della Tortura in materiali di

[21] Così il Garante dei diritti delle persone private della libertà personale nel Rapporto pubblicato a seguito della visita regionale in Calabria dal 9 al 13 settembre 2018. Il documento è reperibile al seguente link: *https://www.garantenazionaleprivatiliberta.it/gnpl/resources/cms/documents/f93df459771eed1628272230e6f3a077.pdf*.

[22] Si vedano i seguenti libri che raccontano i contenuti delle visite del Comitato: A. Sofri, *Il rapporto degli ispettori europei sullo stato delle carceri in Italia*, Palermo, 1993; A. Cassese, *Umano-Disumano. Commissariati e prigioni nell'Europa di oggi*, Bari,

studio obbligatorio per chi ha compiti di custodia, allo scopo di orientarne l'azione e socializzare le pratiche più rispondenti agli *standard* proposti dagli organismi ispettivi: «La delegazione non ha ricevuto accuse di maltrattamenti fisici o abusi verbali da parte del personale carcerario in nessuna delle prigioni. La delegazione non ha ricevuto alcuna denuncia di maltrattamenti fisici o abusi verbali da parte del personale carcerario in nessuna delle carceri visitate e la violenza tra detenuti non sembra essere un problema rilevante. Le condizioni materiali erano di alto livello nelle prigioni visitate. Il CPT è lieto di notare che, nelle prigioni di Bodø e Ullersmo, la stragrande maggioranza dei detenuti in custodia cautelare e condannati erano impegnati in una serie di attività fuori dalle celle per la maggior parte del giorno»[23]. Questo breve estratto relativo a una recente visita nelle prigioni norvegesi, attesta il contrario di quanto accertato nella nostra Calabria dall'autorità di garanzia italiana.

L'osservazione empirica è dunque strumento di conoscenza, di informazione, di studio, di prevenzione, di trasformazione sociale, di politica attiva. Spetta all'accademia dare ad essa dignità scientifica sottraendola a uno spazio ingiustamente e proditoriamente definito di tipo militante. Bisognerebbe continuamente riflettere, anche tra penalisti e filosofi, sull'essere della pena contrapposto al suo dover essere.

5. *Il carcere raccontato dalla musica, dalla letteratura di fantasia, dal cinema e dalla fiction*

Era il 1980 quando uscì sugli schermi "Brubaker" di Stuart Rosenberg con Robert Redford, direttore democratico al quale è affidato il compito di riformare il carcere di Wakefield in Arkansas. Sette anni prima Franklin J. Shaffner aveva girato "Papillon" con Steve McQueen e Dustin Hoffman. Due film che hanno con-

1994; L. Astarita, P. Gonnella, S. Marietti, *Il collasso delle carceri italiane. Sotto la lente degli ispettori europei*, Roma, 2003.

[23] Rapporto del Comitato Europeo per la Prevenzione della Tortura sulla Norvegia a seguito della visita effettuata tra il 28 maggio e il 5 giugno 2018 (*https://rm.coe.int/1680909714*).

tribuito da un lato a formare l'immaginario riformista sulle carceri negli anni '70 e '80 del secolo scorso e dall'altro ad alimentare indignazione dell'opinione pubblica intorno alle pratiche sistematiche di violenza, tortura, isolamento forzato. Il carcere è sempre stato presente nel cinema, nella letteratura, nella musica. E oggi lo è nella fiction televisiva. Attira curiosità. Raffina conoscenze. Anche quando le immagini ripropongono stereotipi interpretativi classici – si pensi a "Prison Break" o alla più recente mini-serie televisiva "Il re" – esse comunque danno conto del pensiero sociale diffuso intorno ad esso o comunque contribuiscono a rafforzarlo. Dopo aver visto "Il re", con tutta la sua distanza dalla realtà, che fortunatamente è meno avventurosa e greve, e nonostante tutte le sue esagerazioni fumettistiche, possiamo forse meglio capire cosa l'opinione pubblica italiana media immagina o sa della vita nelle galere, vero o falso che sia. Il falso condiziona il vero.

Corruzione, droga e violenza sono ingredienti non solo della vita carceraria. Sono presenti anche nella società libera, dalla quale la società carceraria non potrà differenziarsi in meglio. Fabrizio de Andrè, Bob Dylan e, a loro modo la nuova generazione di rapper e trapper italiani, hanno aiutato tantissime persone a formarsi un'idea sulla giustizia criminale, sulla sua selettività, sul classismo carcerario. A Bob Dylan il pugile Hurricane deve la sua libertà, dopo un processo fondato sulla discriminazione razziale che lo aveva portato ai confini della sedia elettrica. Norman Jewison ha trasformato la canzone in un film nel 1999. Dunque una storia vera viene prima musicata, poi cantata e infine trasformata in un film. Così prende sostanza. Le ballate blues compongono una fotografia del razzismo della giustizia americana, criminogena nel suo essere intollerante, come ne scriveranno Edward Bunker[24] e Angela Davis[25].

Sono infinite le storie che hanno visto musicisti rock, blues, punk, jazz, pop finire nelle prigioni al di là e da questa parte dell'oceano. Le loro storie sono una breccia nel mondo della giustizia

[24] E. Bunker, *Educazione di una canaglia*, Torino, 2016.

[25] Si veda la nuova edizione di A. Davis, *Aboliamo le prigioni. Contro il carcere, la discriminazione, la violenza del capitale*, Roma, 2022 con il commento di V. Verdolini.

penale, con le sue insensatezze, le sue discriminazioni sulla base del censo, i suoi eccessi, le sue incapacità di guardare al mondo giovanile. Raccontano anche da dentro il mondo delle galere, e le tragedie che vi accadono.

Il 20 aprile del 1984, mentre stava provando gli impianti del Variety a Bologna, due carabinieri si avvicinarono a Vasco Rossi. Il cantante consegnò spontaneamente i ventisei grammi di cocaina in suo possesso. Venne arrestato e portato nella prigione di Pesaro. Per ventidue giorni abiterà la cella numero ventidue. Poco prima, là dentro, si era impiccato un detenuto di origini iraniane. Così scrive e canta "Cosa c'è", dopo avere riacquistato la libertà. Storie di carcerazione preventiva. Roberto Vecchioni critica il suo "Signor Giudice" che lo mise dentro in pieno agosto senza verificare se la denuncia di possesso di droga fosse vera o meno: «Lei venga quando vuole. Più ci farà aspettare, più sarà bello uscire. Signor giudice, si compri il costumino. Si mangi l'arancino col suo pomodorino. Noi siamo tanti e siam qua, già la chiamiamo papà. Di quei papà che non si conoscono. Quel giorno quando verrà, giudichi senza pietà». Vecchioni racconta cosa significa dipendere da un giudice, che usa come un grimaldello la carcerazione preventiva (che lui sconterà nel carcere di Marsala, da dove musicherà una lettera). Quella carcerazione preventiva inumana vista tante volte nei film. Una condizione che lascia la persona senza risposte, sola con le proprie paure, aspettando un giudizio che chissà se mai arriverà.

Alberto Sordi la descriverà tragicamente e perfettamente nel film "Detenuto in attesa di giudizio". La vita negli istituti penitenziari è ben diversa se si è imputati o condannati. Il tempo scorre diversamente. Non accadono le stesse cose per gli uni e per gli altri durante la carcerazione. Molti ragazzi e adolescenti conoscono il carcere attraverso i testi autobiografici di giovani rapper e trapper. (Massimo Pericolo, Scialla Semper): «E ho visto uomini piangere tutti in fila dopo il colloquio e l'abbraccio di una bambina. E il lunedì ci si scanna per la partita Il prete quando torna? La posta quando arriva? Il secondino più bravo è quello che grida. Ero impazzito del tutto quand'è finita». In carcere la vita dipende sempre da una guardia, da un poliziotto, da un secondino, da qualcuno

che si inventa una regola, nel nome di una sicurezza non sempre comprensibile. «Vietati i vestiti arancioni. Vietati i vestiti in qualsiasi sfumatura di blu….Vietati i vestiti a cipolla. Vietate le magliette senza maniche o con le maniche ad aletta. Vietate le spalle scoperte. Vietate le magliette scollate»[26].

Rachel Kushner in Mars Room racconta le illogicità insensate che regolano la detenzione femminile in una prigione inventata. È un esercizio di fantasia. Forse sì, forse no. Nelle carceri italiane sono ancora vietate le penne stilografiche, i cappotti foderati, i libri con copertina rigida, gli orologi Swatch e mille altre cose. Un giorno in un passato oramai non più certificabile, uno di questi oggetti sarà stato usato per nascondere armi, droga, soldi o qualsiasi cosa non consentita. Da allora sono vietati per sempre, senza possibilità di circoscrivere nel tempo o nello spazio il divieto insensato. La grande maestria di una scrittrice come Rachel Kushner ci riporta con ironia nell'anormalità carceraria. Questa è la forza dell'arte, in tutte le sue espressioni e forme. Rendere indistinguibile la realtà dalla immaginazione.

[26] R. Kushner, *Mars room*, Torino, 2019, 51.

Daniela de Robert

Raccontare il carcere

SOMMARIO: 1. Lo sguardo sul carcere. – 2. Le assenze del fuori. – 3. La sensatezza del tempo della pena. – 4. L'appartenenza. – 5. La richiesta populista di penalità. – 6. La gabbia delle storie.

1. *Lo sguardo sul carcere*

Raccontare il carcere non è un'impresa facile. Il mondo che vive dall'altra parte del muro, oltre le porte blindate, dietro le finestre sbarrate è una realtà complessa, variegata, disomogenea.

Più facile semplificare la quotidianità trasformandola nei suoi estremi: da una parte, la cronaca nera con la descrizione di un permanente e persistente degrado e, dall'altra, la cronaca bianca, con la presentazione di singole esperienze positive. Dunque, una realtà bipolare fatta di violenze contro i detenuti e di aggressioni ai poliziotti o di iniziative culturali, ricreative, lavorative. Due polarità, proposte ogni volta come rappresentative di tutto il mondo penitenziario che – come detto – è in realtà ben più articolato e diversificato di quanto appaia e di quanto si racconti, appunto. Due descrizioni totalizzanti e simmetricamente opposte che non tengono conto della complessità di questo aggregato umano, non scelto ma subito dalle persone che lo abitano, in cui lo spazio e il tempo sono governati da regole diverse da quelle della comunità sociale.

In tal modo, lo sguardo coglie la realtà solo nella sua superficie, senza andare oltre l'apparenza, senza una analisi dei fenomeni, perché questi inevitabilmente proiettano interrogativi sulla comunità sociale nel suo complesso. Perché interrogarsi sul carcere significa necessariamente confrontarsi con le contraddizioni sociali che riguardano la collettività nel suo insieme.

Lo stesso tema del sovraffollamento molto spesso è semplicemente enunciato attraverso il confronto tra il numero delle persone detenute presenti e il numero dei posti previsti. Un dato certamente importante, ma che se considerato in maniera astratta poco dice sulla sua effettiva realtà. Il sovraffollamento non è infatti un fenomeno omogeneo sul territorio. Basti considerare, per esempio, che nelle carceri della Lombardia l'affollamento supera il 136%, mentre gli Istituti della Sardegna sono sotto-affollati, tanto da non raggiungere il 100% dei posti disponibili (l'affollamento è pari all'87%). Tale disomogeneità si riscontra anche all'interno di una stessa Regione: in Campania convivono Istituti come quello di Carinola con un affollamento al 74% e quello di Poggioreale che arriva al 146%. Ma la disomogeneità è anche all'interno di uno stesso Istituto, dove vi possono essere reparti estremamente affollati e altri sottoccupati: nella casa circondariale di Salerno-Fuorni in cui si registra complessivamente un affollamento del 112%, per esempio, a fronte di una sezione circondariale ordinaria con un affollamento al 131%, la sezione circondariale a custodia aperta si ferma invece al 51% di affollamento. Perché la popolazione detenuta non è omogenea per diversi motivi: posizione giuridica, circuiti a cui sono assegnate le persone talvolta incompatibili tra di loro, situazioni soggettive.

Poco, invece, si parla dei reati di lieve entità e di coloro che tali reati hanno commesso: il 31 luglio 2022 su 54.909 detenuti presenti e sui 35.570 in esecuzione penale, cioè con una sentenza definitiva, ben 1.351 erano in carcere per l'esecuzione di una sentenza di condanna a meno di un anno e altre 2.564 per una condanna da uno a due anni. Difficilmente un tale breve periodo trascorso in carcere potrà realmente «tendere alla rieducazione del condannato», come dice la Costituzione: lo stesso scarso tempo a disposizione non consente di conoscere la persona, capirne i bisogni, elaborare un programma individualizzato di percorso rieducativo. Queste detenzioni, di fatto, si traducono in un mero tempo sottratto alla vita e alla normalità. Un tempo vuoto destinato spesso a ripetersi, in una sequenzialità che nulla dà alla persona e nulla restituisce alla società.

La presenza di tali persone in carcere – in un contesto normativo che prevede forme alternative per le pene brevi e medie – ci parla della loro povertà, anzi delle povertà, in senso ampio, che caratterizzano la loro vita: la non conoscenza della stessa possibilità di scontare una pena in maniera diversa dal carcere, la barriera linguistica, la mancanza di un sostegno legale effettivo, l'assenza di una rete familiare e sociale di supporto.

Secondo i dati del Dipartimento dell'Amministrazione penitenziaria il 31 giugno 2022 erano poco meno di 5.000 le persone detenute prive di una residenza (4.997). Si tratta di un elemento che incide molto sulla possibilità di accedere a misure alternative, come era emerso con forza nel 2020, quando l'assenza o l'inidoneità del domicilio proposto dalle singole persone detenute erano un ostacolo di fatto alle domande di detenzione domiciliare, che pure avevano superato tutti gli altri ostacoli posti dall'articolo 123 del decreto-legge n. 18/2020[1]. Un fattore che nulla aveva a che fare con la pericolosità del richiedente o con la sua condotta, ma soltanto con la sua solidità o fragilità sociale ed economica. Allora intervenne la Cassa delle ammende con una delibera di finanziamento di cinque milioni di euro per favorire il passaggio alle misure non detentive sia per i detenuti che avessero i requisiti giuridici per accedervi, sia per coloro che si trovassero in condizioni di incompatibilità con il regime carcerario per motivi sanitari, attraverso il reperimento di alloggi pubblici o privati di cura, di assistenza o accoglienza delle persone in stato di detenzione o sottoposte a provvedimenti giudiziari limitativi della libertà personale. Destinatari degli interventi erano, in particolare, i detenuti maggiorenni privi di risorse economiche o comunque in stato di difficoltà per l'indisponibilità di alloggio o senza prospettive di attività lavorativa[2]. Tale questione, ovviamente, chiama in causa direttamente i territori e la loro capacità di dare un alloggio a quelle persone che non ne dispongono, non solo allora ma anche oggi.

[1] Decreto-legge 17 marzo 2020, n. 18, "Misure di potenziamento del Servizio sanitario nazionale e di sostegno economico per famiglie, lavoratori e imprese connesse all'emergenza epidemiologica da COVID-19".

[2] Delibera del 6 aprile 2020.

2. *Le assenze del fuori*

La presenza di tali persone in carcere, molto ci dice anche sulle assenze del *fuori*, della comunità, del territorio e delle istituzioni, che non hanno saputo intercettare i loro problemi, le loro difficoltà e criticità. Le loro vite, le manifestazioni del loro disagio, le richieste di aiuto, seppure formulate in maniera forte e oppositiva, sono passate inosservate. Il *fuori* non ha saputo o voluto affrontarle, consegnandole direttamente al diritto penale che dovrebbe, al contrario, intervenire solo laddove altre modalità hanno fallito.

Il carcere moderno è tornato così a essere il luogo a cui affidare le contraddizioni della società, determinando quella che Alessandro Margara chiamava *detenzione sociale*, che, tuttavia, il carcere non è in grado né di gestire né, tantomeno, di risolvere.

Alla data del 24 settembre 2021, sulle 18.888 persone detenute per droga, erano 12.274 quelle condannate con sentenza definitiva per il reato previsto dall'art. 73 del d.P.R. 309/90. Di queste 271 avevano una condanna inferiore a 1 anno; 1.603 una condanna tra 1 e 3 anni; 5.801 con una condanna compresa tra 1 e 6 anni e 5.471 per scontare una condanna compresa tra i 6 e i 20 anni. Sono numeri che evidenziano con chiarezza alcuni elementi: la maggioranza di fatti è connessa a episodi spaccio minore, puniti con pene comprese nei termini edittali previsti dal 2014 a oggi per le droghe leggere (da 2 a 6 anni) e prossime al minimo della pena prevista per le droghe pesanti (da 6 a 20 anni, dopo l'intervento della Corte costituzionale del 2019); l'esecuzione in carcere riguarda pene riferibili a fatti di lieve entità o che riguardano sostanze stupefacenti leggere; le condizioni di particolare fragilità sociale delle 271 persone condannate a una pena minima, inferiore a 1 anno[3]. Questi numeri, in sostanza, ci dicono che i protagonisti dello spaccio al minuto sono quelli che formano la parte sostanziale della popolazione detenuta per fatti di droga.

[3] I dati sono riportati nella Relazione di Emilia Rossi al Tavolo tecnico 1 "Giustizia penale, misure alternative e prestazioni sanitarie penitenziarie" della VI Conferenza nazionale sulle droghe, Casa circondariale "Raffaele Cinotti di Rebibbia", Roma, 5-6 ottobre 2021.

Quanto sopra rilevato, allora, apre a due riflessioni: quella sulla sensatezza del tempo della privazione della libertà e quella sulla comunità esterna e il suo rapporto con il carcere.

3. *La sensatezza del tempo della pena*

Il legame tra tempo interno e tempo esterno, in carcere, diventa sempre più sottile. I due tempi camminano a velocità diverse – rapido e sempre più accelerato il primo, rallentato quasi immutabile nella sua ripetitività il secondo. Fuori, la velocità dei mutamenti, sotto la spinta delle tecnologie, allontana i due mondi determinando una difficoltà di reinserimento effettivo e attivo nel contesto sociale esterno, maggiore di quanto non fosse prima. Perché l'esperienza del tempo non è riducibile a un semplice contare minuti. Come ha scritto il fisico Carlo Rovelli «non solo possiamo separarci e incontrarci dopo un lasso tempo *diverso* per l'uno e per l'altro, ma anche per ciascuno di noi c'è un senso misurabile in cui il tempo puro scorre insieme a due differenti velocità»[4].

Ma va detto, anche, che il tempo del carcere è un tempo troppo spesso riempito solo dall'attesa: di decisioni di altri, di risposte che non arrivano o arrivano troppo tardi, di informazioni e notizie che giungono talvolta deformate e inattendibili. Un tempo che invece dovrebbe tendere a restaurare e a ricostruire quel legame sociale che si è interrotto con la commissione del reato e che, complessivamente – salvo qualche positiva eccezione – rimane proiettato all'*oggi* e al *dentro* e non – come dovrebbe – al *domani* e al *fuori*. Divenendo, così, un mero contenitore fondato solo sulla sottrazione, in cui la detenzione, cioè la separazione dalla comunità e la privazione, ne è l'elemento centrale; le attività, le iniziative, le proposte di percorsi culturali e lavorativi restano ai margini. La finalità costituzionale della pena appare, così, come un elemento collaterale. Ma, come ha affermato la Corte costituzionale nella sentenza n. 313 del 1990, «la finalità rieducativa non può essere

[4] C. Rovelli, *Simultaneità, in Garante nazionale dei diritti delle persone private della libertà personale*, Relazione al Parlamento 2022, Roma, 2022, 75.

ritenuta estranea alla legittimazione e alla funzione stesse della pena»[5]. Anzi, nel rivolgersi al Parlamento, nel corso della presentazione della propria Relazione annuale, il Garante nazionale dei diritti delle persone private della libertà personale, Mauro Palma, ha definito tale finalità un *diritto soggettivo* della persona detenuta. «Credo che occorra riconoscere che tale finalizzazione determini un vero diritto soggettivo della persona reclusa a che la sua pena sia a essa concretamente ed effettivamente orientata. L'avere nella nostra Carta una indicazione esplicita di orientamento finalistico delle pene determina, infatti, in particolare per la pena privativa della libertà, il diritto a che il tempo dell'esecuzione non sia mera sottrazione di tempo vitale con carattere deterrente o retributivo, o ancor meno tempo 'vuoto', ma tempo da spendere in un concreto indirizzo verso tale finalità. In questo passaggio si evidenzia il fatto che non si tratti più di una indicazione di politiche penali, ma dell'affermazione di un diritto – forse l'unico diritto *uti captivus*»[6]. Non si tratta, quindi, di un problema di "sfondo", ma di un vero e proprio diritto delle persone condannate a che la pena sia effettivamente tesa alla loro rieducazione.

Questo ci porta a interrogarci sul senso stesso del carcere, sulla sua efficacia, sulla sua "produttività", nel senso di capacità di raggiungere l'obiettivo che la Costituzione ha affidato alle pene. Una riflessione, questa, che, al contrario, tende a sfuggire al racconto del carcere.

Negli ultimi due anni, l'emergenza sanitaria da Covid-19 ha comportato l'interruzione di tutte le attività e l'inaccessibilità per tutte le persone che a vario titolo entravano negli Istituti per portare ascolto, iniziative, progetti, lavoro, attività culturali, sportive, ricreative, corsi scolastici o di formazione professionale e altro ancora. I corridoi delle carceri sono diventati vuoti e sordi. Il tempo della pena è divenuto ancora più pesante e più lungo. E ancora oggi non si è riusciti a ricondurre ovunque la situazione a una normalità, a una riapertura, in sicurezza, a quelle presenze esterne e

[5] Corte cost., sent. n. 313 del 1990, punto 8 del *Considerato in diritto.*

[6] M. Palma, *La direzione dello sguardo. Presentazione della Relazione al Parlamento 2021,* Garante nazionale dei diritti delle persone private della libertà, Roma, 2021, 6.

a quelle attività che sono sempre state un elemento di valore del nostro sistema detentivo, con il rischio di consolidare un modello detentivo meramente custodiale.

Tali presenze della società civile, delle altre Istituzioni, degli Enti, del Terzo settore, del volontariato e del territorio rappresentano una ricchezza voluta dal Legislatore che ha previsto nell'ordinamento penitenziario proprio il coinvolgimento della società nel contribuire alla finalità del reinserimento sociale delle persone detenute. Una ricchezza che va alimentata e rafforzata. Una presenza fondata sulla concezione che il carcere riguarda tutta la collettività.

4. *L'appartenenza*

E qui arriviamo alla seconda riflessione, quella sulla comunità esterna; una riflessione che si sviluppa attorno alla parola *appartenenza*. Perché il carcere non è un luogo 'altro': esso appartiene alla comunità, nel senso che ne è parte, e quei muri e quei cancelli che ne segnano la separatezza indicano soltanto una separazione temporale. La sua conoscenza, analisi e comprensione è, dunque, un elemento decisivo, anche per comprendere la comunità sociale nel suo insieme. E rifiutarsi di guardare negli occhi la parte 'malata' del nostro stesso essere sociale, ci impedisce di comprendere anche la parte sana di esso. Ci impedisce di essere pienamente un corpo sociale.

Il riconoscimento dell'appartenenza è essenziale: per le persone detenute e per la collettività esterna; per comprendere e superare le difficoltà sia dentro che fuori.

Nel 2018, a seguito di una drammatica vicenda avvenuta nella Casa circondariale femminile "Germana Stefanini" di Roma Rebibbia, che portò una donna detenuta a uccidere i suoi due figli ristretti con lei in carcere, il Garante nazionale aveva invitato tutti – stampa compresa – al silenzio. A fermare le parole su quel dramma per discutere invece delle condizioni e delle responsabilità collettive che avevano determinato il contesto di quel gesto: il contesto di una legge sulle detenute madri che stenta ancora oggi a essere applicata nei suoi aspetti più significativi; il contesto

della difficoltà di trovare un punto di equilibrio tra la difesa del diritto alla relazione materna, che porta il nostro ordinamento a consentire alle donne ristrette in carcere di tenere con sé i loro figli almeno nei primi tre anni di vita, e l'assoluta priorità dell'esigenza di positive capacità evolutive e cognitive di un bambino nei suoi primi anni di vita. Ma anche a ragionare sulle responsabilità collettive relative alla carenza di strutture di casa famiglia protette, che esistono ancora oggi in numero limitatissimo[7] e che dovrebbero costituire, invece, la soluzione prioritaria; delle comunità locali che spesso non gradiscono le presenze delle detenute madri nel loro territorio; della pretesa volontà di anteporre le necessarie esigenze di giustizia alla tutela della maternità; di un'opinione pubblica che volge il suo sguardo al carcere solo in occasione di tragedie e non anche ai molti aspetti di cura e tutela che vi si svolgono ogni giorno.

Ecco, allora, che tornano, nella riflessione sul carcere le carenze e le contraddizioni della collettività nella sua complessità. Perché le criticità del carcere riflettono e amplificano le criticità della stessa comunità sociale.

5. *La richiesta populista di penalità*

Ma dall'esterno vengono anche delle spinte che trovano spesso sponda proprio nel racconto del carcere. Mi riferisco alla richiesta populista di penalità che si fonda su una descrizione del carcere come abitato essenzialmente dalla criminalità organizzata. Quando in realtà, quest'ultima rappresenta solo un quinto della popolazione detenuta: poco meno di 10 mila persone su quasi 55 mila. E ancora una volta, un singolo aspetto del carcere viene presentato come il tutto.

[7] Le Case famiglia protette sono a tutt'oggi solo due: una a Roma, la "Casa di Leda", aperta dal Comune, e un'altra dell'Associazione "Ciao", convenzionata con il Comune di Milano e il Provveditorato regionale della Amministrazione penitenziaria della Lombardia, con l'adesione del Tribunale di Milano, del Tribunale di Sorveglianza, del Tribunale per i minorenni e della Procura della Repubblica presso il Tribunale per i minorenni.

Certamente, quello della criminalità organizzata è un problema serio che, tuttavia, non esaurisce e non rappresenta la complessità e la diversità delle persone che abitano il carcere. E schiacciare la riflessione su questo aspetto impedisce ed evita di porsi domande sulla questione più generale del senso di una esecuzione penale, enfatizzando la dimensione della sicurezza, quasi contrapponendola alla finalità costituzionalmente definita delle pene, che rischia così di diventare una mera variabile di sfondo, avulsa dalla concretezza quotidiana e che neppure soddisfa quel desiderio di retribuzione per quanto commesso che sempre più viene stimolato nella collettività esterna, anche con frasi del tipo 'buttare la chiave'.

La narrazione sul carcere, come quella sull'immigrazione e sulle povertà in genere, troppo spesso ha ceduto alle paure che negli ultimi anni sono state alimentate da più parti, alla ricerca di un facile consenso. La cultura dell'inimicizia quando non dell'odio hanno alimentato giornali, blog, televisioni e social. Slogan facili quanto distanti dalla realtà fattuale hanno conquistato uno spazio sempre maggiore. Parole come *invasione*, *svuotacarcere*, *pericolo*, *paura*, *minaccia*, *insicurezza*, *buonismo*, *guerra*, *diverso*, *clandestino* sono entrati nel linguaggio comune, trasformando la realtà, plasmandola.

La guerra al diverso, all'invasore, a chi mette in pericolo la sicurezza diventa una lente per guardare la realtà, raccontarla e in ultimo percepirla in maniera diffusa. Nell'ambito del carcere, si traduce nel rifiuto nei confronti di chi ha commesso un reato, nell'allontanamento dalla comunità, nell'idea di una segregazione senza termine, nel non porre attenzione verso gli strumenti di ricomposizione, ricostruzione e riparazione possibile. In ambito penale, emerge una distorsione del diritto, centrata sull'inimicizia in cui il reo, tramutato in nemico, non è più persona destinata al miglior ritorno avverabile, bensì persona da tenere più distante possibile da ogni ipotesi di ritorno.

Le campagne mediatiche, durante la fase più dura della pandemia, per fermare le timide misure che erano state messe in campo volte a ridurre le presenze all'interno degli Istituti e prevenire così il rischio di contagio in un luogo chiuso, chiamate erroneamente «scarcerazioni» ne sono state una espressione evidente. L'effetto è

stato un rallentamento delle concessioni della misura della detenzione domiciliare per chi avesse un fine pena entro i diciotto mesi e la riduzione di fatto del diritto alla salute delle persone detenute.

La cultura dell'inimicizia non guarda in faccia nessuno. Neanche le vittime, in nome delle quali si pretende di agire, usandole invece strumentalmente, senza alcun rispetto per il loro dolore e talvolta anche la rabbia per quanto hanno subito. A loro viene assegnato il compito di decidere sulla vittima: sulla pena comminata, sulle misure alternative concesse, addirittura sul dove scontare la pena stessa, come è avvenuto in diverse occasioni quando familiari o comitati chiedevano che il responsabile non restasse nel carcere della città in cui aveva commesso il reato, una sorta di esilio in carcere.

6. *La gabbia delle storie*

Dall'altra parte, la realtà positiva del carcere tende a tradursi nel racconto di storie che riguardano singole persone. Certamente per rendere più empatico e attraente il racconto. Ma il rischio insito in questa modalità narrativa è di perdere il contesto, nel nostro caso la cornice dell'esecuzione penale in sé. Le storie di reinserimenti riusciti, di percorsi di studio, di progetti di formazione conclusi in maniera positiva si riducono a storie edificanti di singoli uomini e donne. La finalità della pena, ancora una volta, rimane sullo sfondo, senza riuscire a divenire protagonista dell'informazione.

Le storie rischiano così di diventare una gabbia narrativa che impedisce il racconto complessivo al punto che senza la storia individuale le notizie tendono a perdersi. È il caso di una sentenza di un Tribunale di sorveglianza che tra le motivazioni di un rigetto di una istanza di differimento della pena o di detenzione domiciliare per motivi di salute, ha scritto che la laurea conseguita durante la detenzione e la frequentazione di un master per giurista di impresa «si ritiene possano aver affinato le sue indiscusse capacità e gli strumenti giuridici a sua disposizione per reiterare condotte illecite in ambito finanziario ed economico».

È il ribaltamento dell'idea della cultura come uno dei principali strumenti di promozione della persona e quindi come alleata nel percorso di revisione critica delle persone detenute in vista di un reinserimento positivo nella società. Un capovolgimento radicale a cui l'Università di Bologna, città in cui era stata emessa la sentenza, ha risposto con una iniziativa pubblica e che ha portato il presidente emerito della Corte costituzionale Giovanni Maria Flick a presentare, insieme all'avvocata Francesca Cancellaro, un ricorso alla Corte europea dei diritti umani per violazione, tra gli altri, dell'articolo 2 del primo protocollo integrativo della Convenzione che prevede il diritto allo studio.

Un fatto che avrebbe meritato forse più spazio di quanto non sia stato dato a Ma.Ma, la piccola "casetta rossa" progettata da Renzo Piano dove le donne detenute della Casa circondariale di Rebibbia possono incontrare i loro figli in un ambiente accogliente.

RELAZIONE CONCLUSIVA

Mauro Palma

Necessarie transizioni

Sommario: 1. Premessa. – 2. Alcuni brutti segnali. – 3. Le auspicabili transizioni. – 4. L'apporto tecnologico.

1. *Premessa*

L'atmosfera positiva che la *Spring School* induce non solo per la luminosità del luogo, ma per l'altrettanto luminoso sguardo con cui molti giovani si rivolgono alla cupezza del mondo delle colpe e delle pene perché anche là dove sembra impossibile entri prepotentemente la luce, deve interrogarci su quali indicazioni dare alla nostra riflessione e alla costruzione che qui si vuole fondare affinché costituisca una solida e rinnovata cultura del come affrontare le difficoltà. Riflessione e costruzione di una realtà scientifica e sociale che si sta realizzando in quest'isola, nell'attesa di sistemarsi pienamente nella sua sorella minore: di dimensione, ma non di importanza.

È rilevante che proprio attorno allo scoglio che ha significato da un lato, la volontà del potere di escludere e, dall'altro, la capacità micro-amministrativa di realizzare un'esperienza anticipatoria di riflessioni ancora oggi importanti per indicare una direzione dello sguardo, si stia realizzando un'esperienza culturale, in progressivo ampiamento tematico, che vuole essere di indicazione agli studi penalistici e penitenziaristici in ambito europeo.

Ma proprio tale progettualità impone a noi la domanda su quale sia la base culturale da cui ci muoviamo: quale è la cultura diffusa di chi opera in questo settore e quanto è aperta alla possibile prospettazione in avanti? Per questo ritengo che sia – dolorosamente – necessario partire da alcuni segnali, diversi come origine e

come contenuto, che letti insieme danno un quadro preoccupante della cultura che aleggia nel carcere e nei suoi dintorni.

2. *Alcuni brutti segnali*

Partiamo, quindi, da una frase letta in un provvedimento di un Tribunale di Sorveglianza di una grande e dotta città del nostro Paese, con il quale veniva rigettata una istanza di differimento della pena per motivi di salute o, in via subalterna, di detenzione domiciliare. L'istanza era stata formulata nei primi giorni del 2020, quando l'ansia per la diffusione del virus era particolarmente sentita nei diversi luoghi di privazione della libertà personale e soprattutto in carcere. Riguardava una persona detenuta che nel frattempo aveva compiuto un percorso di studi in giurisprudenza con particolare indirizzo in ambito del diritto di impresa.

Ovviamente non entro nel merito della decisione del Tribunale e non ho elementi per contraddirla; tuttavia nella motivazione si legge la seguente frase: «La laurea conseguita durante la detenzione e la frequentazione di un master per giurista di impresa, ove si consideri la sua personalità per come emerge dalle relazioni di sintesi, si ritiene possano aver affinato le sue indiscusse capacità e gli strumenti giuridici a sua disposizione per reiterare condotte illecite in ambito finanziario ed economico, che possono essere svolte anche se ristretto in detenzione domiciliare». Quindi, il percorso di studi e il conseguimento di risultati ben apprezzabili è visto come elemento potenzialmente indicativo dell'accresciuta capacità criminale. Forse si potrebbe applicare anche fuori del carcere, a ognuno di noi: certamente gli studi aiutano la capacità di comprensione del presente e, implicitamente, possono essere visti come generatori di una maggiore abilità nel commettere i reati.

La frase non può essere archiviata con facilità perché esprime sia il rapporto che la collettività ha con l'acquisizione di strumenti di conoscenza e, quindi, di maggiore consapevolezza, sia il significato attribuito alla parola «rieducazione» che la nostra Carta assegna all'esecuzione penale come finalità tendenziale. Perché sembra delineare una rieducazione di buone intenzioni e non di

strumenti effettivi di consapevolezza e sembra altresì indicare che dietro quell'ambigua parola «trattamento» molto utilizzata nel linguaggio detentivo si celi qualcosa che è *altro* rispetto al contributo che viene dall'istruzione e dalla consapevolezza culturale. Un *trattamento* forse di buoni propositi – così come la parola *educatore* nel definire una figura professionale sembra evocare – e spesso collegato a ipotesi di lavoro, possibilmente servile.

Questa osservazione mi porta al secondo dei segnali negativi: l'enfasi con cui in più sedi, inclusa quella dove si amministra nazionalmente l'esecuzione penale, viene presentato il «lavoro di pubblica utilità», soprattutto con il *logo* "Mi riscatto per …" e via il nome della città dove si svolgeranno questi lavori in sostituzione e soccorso di chi ne sarebbe responsabile e competente, senza retribuzione – al più recentemente con un sussidio – e senza quelle garanzie e quei diritti che nel nostro ordinamento configurano la parola «lavoro». Implicitamente si afferma il disvalore che la privazione della libertà come pena non basti: occorre aggiungere altro per riscattarsi. Simmetricamente, si costruisce una insensibilità culturale della collettività dei liberi soddisfatta nel vedere i reclusi al lavoro per un vivere che non appartiene a chi impiega tempo e fatica ma a chi si sente appagato dalla visibilità della punizione. Eppure, l'Amministrazione ha recentemente previsto una formazione interna su tali "lavori", li presenta come elemento di orgoglio anche in sedi internazionali, con il supporto del Ministero degli affari esteri e della cooperazione, e attorno a essi gioca l'ambiguità tra una doverosa capacità di ricostruzione del tessuto sociale per quella lacerazione che ogni commissione di reato porta con sé e una volontà di attribuzione di maggiore incisione etico-lavoristica alla pena detentiva. Qui spesso viene impropriamente evocata anche la *giustizia ripartiva* su cui molto giustamente si sta impegnando il dibattito penalistico e lo stesso Ministero della giustizia.

Brutti segnali. Ma anche altri si avvertono ora. A cominciare dal riscontrare che, nel disporre lo scorso aprile (2022) il rinvio a giudizio di operatori penitenziari di vario livello, soprattutto appartenenti alla Polizia penitenziaria, per rispondere di reati di maltrattamento e anche tortura (articolo 613-*bis* c.p.) il giudice di Torino ha fissato l'udienza a luglio 2023, cioè dopo quindici mesi

e a circa sei anni da quando tali episodi erano stati segnalati dalla Garante locale e da noi, come Garante nazionale. Anche qui colpiscono in modo particolare i dettagli, cioè le affermazioni di contorno: in questo caso il fatto che «non ci sarebbero particolari ragioni di urgenza» per sveltire le procedure che, quindi, seguono il calendario usuale. Può un Paese accettare che non sia considerato particolarmente urgente stabilire se alcuni suoi operatori di giustizia, quali sono gli agenti di Polizia in un carcere, abbiano o meno commesso tortura?

Un ulteriore segnale viene però dalla mera lettura dei dati della popolazione del carcere che ci consegnano plasticamente quella «detenzione sociale» a cui faceva riferimento Alessandro Margara quale connotazione specifica dell'andamento tendenziale della popolazione ristretta nel nuovo secolo. Infatti, delle 55835 persone detenute, presenti in carcere al 30 settembre 2022, e, in particolare, delle 39419 che sono presenti con sentenze ormai definitive, 1318 sono là per scontare una pena inferiore a un anno e più di altre 2500 per una pena compresa tra uno e due anni. Come ho osservato in occasione della presentazione al Parlamento della Relazione annuale sulle varie aree di azione del Garante nazionale, «superfluo è chiedersi quale possa essere stato il reato commesso che il giudice ha ritenuto meritevole di una pena detentiva di durata così contenuta; importante è piuttosto riscontrare che la sua esecuzione in carcere, pur in un ordinamento quale il nostro che prevede forme alternative per le pene brevi e medie, è sintomo di una minorità sociale che si riflette anche nell'assenza di strumenti di comprensione di tali possibilità, di un sostegno legale effettivo, di una rete di supporto»[1]. Una presenza, questa, che parla di povertà in senso ampio e di altre assenze e che finisce col rendere meramente enunciativa la finalità costituzionale delle pene espressa in quella tendenza al reinserimento sociale: perché la complessa "macchina" della detenzione richiede tempi per conoscere la persona, per capirne i bisogni e per elaborare un programma di

[1] M. Palma, *Il tempo non si conserva*, Presentazione della Relazione al Parlamento del Garante Nazionale dei diritti delle persone private della libertà personale, Senato della Repubblica, 20 giugno 2022.

percorso rieducativo. Al di là della volontà del Costituente e delle indicazioni dell'ordinamento penitenziario queste detenzioni si concretizzano soltanto in tempo vitale sottratto alla normalità – interruzioni di vita destinate probabilmente a ripetersi in una inaccettabile sequenzialità.

3. *Le auspicabili transizioni*

Questi segnali, da me scelti per connotare le difficoltà dell'attuale periodo nel dibattere delle pene, della loro esecuzione e del carcere non vogliono certamente significare l'impossibilità di una diversa direzione dello sguardo collettivo verso il mondo recluso; quasi l'abbandono di ogni ipotesi di trasformazione. Al contrario, vogliono aiutare a individuare gli ambiti in cui si deve attuare un effettivo cambio di paradigma nel misurarsi con i problemi che il carcere pone. Non credo, infatti, che le pur necessarie denunce – spesso urlate – aiutino a comprendere come sciogliere le difficoltà oggettive che, dopo il periodo del vuoto interno dovuto all'assenza di figure e progetti per il timore del contagio pandemico e per le conseguenti regole, oggi vive sia chi in carcere lavora, sia chi vi è ristretto, sia chi ragiona e cerca di costruire pensiero attorno a esso. Neppure penso sia utile inseguire le impossibili vie di una deflazione "naturale". Innanzitutto, trovo grave dal punto di vista etico-politico lasciare crescere attese che ben si sa non essere minimamente praticabili, nel quadro politico attuale e nel contesto delle regole paradossalmente rigide che governano l'adozione di provvedimenti di clemenza. Penso invece che il primo passo da compiere riguardi il linguaggio, Il secondo e il terzo, rispettivamente, una *transizione* – volutamente utilizzo questo termine – verso la centralità della cultura come veicolo del cosiddetto "trattamento" e una *transizione* a questa gemella verso un pieno rapporto con le nuove tecnologie nel contesto dell'esecuzione penale detentiva.

Sul linguaggio mi sono soffermato più volte recentemente, osservando come dall'informazione circa la pandemia si sia andato consolidando un linguaggio mutuato da quello bellico, produttivo di una irriducibile relazione di inimicizia verso coloro che sono

ritenuti portatori di difficoltà. Così al diritto penale del reato – secondo quanto gli studi insegnano circa la penalità dell'era moderna – si è passati già in anni abbastanza recenti a quello del reo, con una impostazione sul "tipo d'autore" per giungere progressivamente al diritto penale del nemico. L'autore di un reato diviene l'attentatore di una sicurezza sempre meno percepita come ricerca del pieno godimento dei diritti che il sistema costituzionale deve garantire e sempre più declinata come ricerca di difesa mai appagata rispetto a potenziali attentatori della normalità soggettiva. La diversità è vissuta come aggressione al modello di vita rassicurante; la criminalità, anche minore e nonostante il suo declino numerico, diviene la responsabile di quel mancato godimento di diritti e il suo annientamento sembra essere l'orizzonte sicuro. La collettività così parcellizzata in termini individualistici non riconosce più obiettivi espansivi nella ricerca di sicurezza dei propri diritti, bensì si concentra sul proprio chiudersi in una inesauribile ricerca di difesa. Il linguaggio ha seguito – e segue – tale tendenza. La consolida e così ne ripropone il futuro consolidamento; soprattutto perché assume la forma del linguaggio istituzionale, in cui anche chi ha responsabilità di governo può impunemente dire che in carcere si deve marcire, che alcune persone che esprimono le difficoltà urbane, forse disturbando lo sguardo, devono sparire, che è stato un errore chiudere i manicomi e così via. La guerra – riconosciuta come prossima a noi, ben più di quanto non avessimo percepito come tale quella jugoslava a cui peraltro abbiamo anche contribuito direttamente – ha accelerato questo mutamento linguistico; le sue conseguenze economiche lo stanno ancor più consolidando.

Per questo occorre una nuova igiene del linguaggio, nel parlare di questi temi. E occorre essere fermi nel non accettare altri modi di rivolgersi a un argomento così complesso e fragile quale è quello della privazione della libertà.

Ma il linguaggio rinvia immediatamente al tema della cultura. Non solo l'istruzione e non solo la formazione professionale: la cultura come bene in sé, di cui ciascuno è portatore, indipendentemente dal livello di studi e che deve trovare il terreno di esprimersi, di emergere anche nel tempo recluso. Deve trovare la voce propria: potrà essere nella musica, nel teatro o anche nel sapere

artigiano o ancora nello sport o in altre forme di espressione. E deve trovare in carcere figure di orientamento, di lettura del bisogno di consolidamento, di indirizzo verso forme più soddisfacenti per la persona stessa. Questo deve essere il centro dell'azione delle figure sociali che devono operare in un carcere, quale è quello attuale, abitato dalla moltitudine delle lingue parlate e dei linguaggi espressivi, dalla globalità delle connessioni, dalle difficoltà delle vite non a caso definite *liquide* nel loro connettersi socialmente. Non è certo possibile mantenere quel concetto dell'educare e del rieducare che quasi cinquant'anni fa nel redigere la riforma penitenziaria rappresentava un grande passo in avanti rispetto alla sola funzione custodiale che la norma precedente prevedeva. Ma che oggi rischia di divenire emblematico di una visione di società che non esiste più. Il linguaggio delle relazioni interne al carcere, degli atti amministrativi, delle stesse richieste avanzate dalle persone detenute risente di una stasi linguistica che rimanda al non investimento sulla riscoperta del "sé culturale" proprio di ogni persona bensì del tentativo di omologarlo a un modello non più esistente. Del resto, questo è il rischio di ogni istituzione totale. Scriveva molti anni fa Erving Goffman relativamente alle attività proposte nelle istituzioni di questo tipo, chiamandole «attività di rimozione»: ««Se dunque si può dire che nelle istituzioni totali le attività normali torturano il tempo, queste attività lo uccidono pietosamente»[2]. I lavoretti esposti nelle direzioni degli Istituti del nostro Paese ne sono conferma.

La transizione culturale come asse del possibile significato contemporaneo del termine *rieducazione* si accompagna poi, ovviamente, anche all'investimento – massiccio – che occorre fare sull'istruzione formale, cioè le scuole, l'università, la formazione professionale, come vero motore di una funzione sociale che il carcere deve assolutamente svolgere. Il discorso torna all'improvvida affermazione del Tribunale di sorveglianza sul 'pericolo' dell'istruzione. Al contrario, questo deve essere l'asse che mantiene anche la possibilità espressiva della cultura del sé, indi-

[2] E. Goffman, *Asylums. Le istituzioni totali: I meccanismi dell'esclusione e della violenza*, Torino, 1974, 261.

cata come criterio portante di riscoperta di significato del tempo della detenzione.

Per sostenere la necessità della riscoperta di un tale asse occorre partire da una constatazione. Accanto alla positività dei più di mille studenti universitari all'interno della popolazione detenuta e del numero crescente di *poli universitari* che i vari Atenei stanno aprendo quasi ovunque, con un impegno rilevante anche sul piano dell'investimento economico, restano alcune carenze inaccettabili in un Paese che voglia stare al passo con la contemporaneità e soprattutto che voglia riconsegnare al contesto sociale coloro che hanno commesso reato in una dimensione di potenziale riduzione del recidivare le loro passate condotte. Attualmente tra la popolazione italiana detenuta circa novecento persone sono analfabete e cinquemila non hanno adempiuto all'obbligo scolastico e il loro corso di studi si è fermato alla scuola primaria, un tempo chiamata 'scuola elementare'. A questi, si aggiunge la prevalente difficoltà linguistica e culturale delle persone straniere detenute (il 31.7% del totale), di 146 diverse nazionalità.

La necessità di un massiccio investimento sull'istruzione è evidente e va colta non solo nella sua dimensione di veicolo per l'inserimento lavorativo, ma per l'intrinseca vulnerabilità accresciuta che la mancata istruzione porta con sé e per quella necessità di comprendere e costruire un proprio sistema di organizzazione delle conoscenze che è fondamentale nella possibilità effettiva dell'esercizio dei propri diritti. L'enfasi, pur doverosa, sull'importanza del lavoro nella costruzione di un percorso di reinserimento – molto affermata e ben poco praticata – non può offuscare la necessità di istruzione, quanto meno di base, affinché la ricerca del lavoro non faccia trovare il singolo in condizione di totale indifesa e il lavoro stesso non degradi verso forme servili[3].

[3] Non sono certamente sufficienti né indicativi gli impegni attualmente portati avanti dall'Amministrazione. Secondo i dati pubblicati dal Ministero della Giustizia, nel primo semestre 2022, hanno frequentato corsi di alfabetizzazione di vario tipo 7845 persone detenute di cui 2893 straniere. Non è chiaro l'esito di tale investimento di tempo e risorse, anche se indubbiamente esso rappresenta un notevole passo in avanti rispetto al passato. Meno significativi, invece, i dati relativi alla formazione professionale: soltanto 1582 persone detenute hanno portato a termine il proprio

Da qui, una prima *transizione* da una visione dell'istruzione come complementare al percorso 'trattamentale' e contemporaneamente dell'espressione culturale propria come elemento aggiuntivo, a quella di riconoscere nell'istruzione e nella cultura il vero significato del termine stesso "rieducazione" e quello del suo improprio succedaneo "trattamento". Quest'ultimo, in particolare, diviene il sedimentato di un processo rieducativo centrato sulla promozione effettiva dell'istruzione e dell'acquisizione di una certificazione durante il periodo della detenzione e parallelamente della riscoperta e del potenziamento della propria espressività culturale. Deve divenire un *a posteriori*, elemento di risulta di un percorso che vede la persona detenuta come attore responsabile del percorso stesso, pur in un processo di indirizzo, orientamento continuo e anche controllo.

Che si tratti di una *transizione* lo testimonia proprio l'inversione del percorso tradizionale che vede la definizione di un progetto trattamentale di cui la persona detenuta diviene implicitamente, ma inesorabilmente oggetto e, in quanto tale sostanzialmente responsabilizzata soltanto in termini di adesione. Con la *transizione*, invece, le fasi si invertono.

Questa centralità culturale rinnovata non è possibile senza un riferimento forte, importante, alle tecnologie dell'informazione e della comunicazione e al loro significato sia nell'interruzione che il mancato accesso a esse determina quale elemento aggiuntivo alla privazione della libertà personale, sia nel contributo essenziale che esse danno a qualsiasi progetto di ritorno alla collettività esterna.

Per parlare tuttavia di entrambi questi aspetti occorre chiarire preliminarmente quale sia il significato attuale delle tecnologie nella costruzione del sapere individuale e sociale. Ciò per capire come un mutamento di atteggiamento sia inevitabile e come esso costituisca una effettiva seconda *transizione*: quella del passaggio da tecnologie per il sapere e la quotidianità, in carcere e fuori di esso, a sapere e quotidianità tecnologicamente costruire, fuori e dentro quelle mura.

corso nel 2021, pur in un totale di quasi cinquantacinquemila mediamente presenti nel corso dell'anno.

4. *L'apporto tecnologico*

Vorrei partire da un interrogativo posto da Emanuele Severino alcuni anni fa. Un interrogativo apparentemente semplice che non riguarda soltanto la società libera, ma ogni persona che debba acquisire consapevolezza dei propri diritti e quindi anche delle proprie responsabilità. Si chiedeva il filosofo: «Che cosa deve sapere un popolo come il nostro, con le sue connotazioni peculiari che vanno dall'acquisizione recente di ricchezza alla forte e nuova esposizione a flussi migratori consistenti, alla relativamente recente scolarità diffusa, non corrispondente a cultura e consapevolezza ugualmente diffuse?». Rispondeva «Deve soprattutto conoscere il significato fondamentale della situazione storica in cui si trova – qualcosa che non riguarda solo l'Italia e che non è pulviscolo inafferrabile e impercorribile di cognizioni, ma ha una "forma", una configurazione determinata. Deve conoscere i tratti essenziali del mondo in cui vive. Altrimenti è un popolo che vive sognando»[4].

Deve conoscere questa "forma", questa configurazione della contemporaneità: ma qual è tale configurazione? Pur nella varietà delle posizioni, è innegabile il progressivo affidamento della cultura diffusa alla potenza della tecnica e alle forme di conoscenza a essa riferentesi. Ma la tecnica, nelle sue forme attuali, relative alle tecnologie della comunicazione e dell'informazione e nell'incidenza che queste hanno nella stessa concettualizzazione individuale delle categorie spaziali e temporali, ha bisogno di essere assunta non come elemento di supporto a processi conoscitivi e organizzativi altrimenti definiti, bensì come elemento che ne cambia la connotazione e l'organizzazione.

Credo allora che sia utile distinguere due diversi modi di riferirsi al rapporto tra tecnologie ed esecuzione penale. Il primo – che sembra essere tuttora prevalente – è quello delle tecnologie *come supporto*, cioè come modalità di facilitazione di alcuni aspetti della quotidianità, della gestione e anche della fisionomia dell'esecuzione penale che non incide su di essi, ma fornisce il modo per rendere più fluida la loro implementazione. Definisco questo

[4] E. Severino, *Il destino della tecnica*, Milano 2009, 24.

modo come *tecnologie per la quotidianità* o anche, riferendomi alla costruzione delle conoscenze, *tecnologie per il sapere*.

È un livello molto povero di rapporto con la tecnologia ed è quello che sembra, pur dopo molte timidezze, avviato ad affermarsi, sebbene in forme superate. Si è avviata la digitalizzazione di molti aspetti che riguardano l'esercizio della giustizia. Tuttavia, molto della digitalizzazione, anche delle procedure in ambito giudiziario, è riassunto nell'inserimento di documenti in "formato pdf", affinché siano poi consultabili senza ricorrere a faldoni di carte. Nulla muta nella logica della stesura e dell'argomentare e neppure dell'organizzare le fasi procedimentali e le relative connessioni. In carcere, anche questo modo di rapportarsi alle tecnologie sembra però stentare a muoversi: al più una mail – in "pdf", appunto – spedita da terzi, alcuni "applicativi" per il funzionamento, compilati disordinatamente secondo il disordine soggettivo dell'addetto in ogni Istituto; in più qualche timido accenno a una "app" per le prenotazioni dei colloqui. Ora, finalmente, un "Totem touch" che dovrebbe cambiare la stretta riduzione dell'apporto tecnologico a duplicazione del cartaceo, ma che ancora trova qua e là resistenze.

Tuttavia, anche se quest'ambito si ampliasse non sarebbe di per sé né sufficiente né significativo. Perché le possibilità tecnologiche devono essere viste in modo diverso: come *produttrici* di nuove conoscenze e di nuove forme organizzative di una diversa quotidianità, anche in carcere. Non, quindi, come supporto a una organizzazione che è altrimenti definita, ma come elemento della sua definizione e progettazione, in grado di modificarne fisionomia e pratica. Questo diverso modo di rapportarsi alle tecnologie è definibile come *quotidianità tecnologicamente definita* o, nell'ambito della costruzione delle conoscenze, come *sapere tecnologico*.

Un cambio di paradigma tra *tecnologia per il sapere* e *sapere tecnologico* necessario e irriducibile. Anche perché occorre riconoscere che le potenzialità offerte dalle tecnologie della comunicazione dell'informazione modificano l'organizzazione concettuale soprattutto nelle generazioni più recenti, le quali ristrutturano le connessioni tra messaggi in modo reticolare e non strettamente gerarchico o tantomeno lineare; questo influisce sulla costruzione dei propri schemi conoscitivi e comunicativi. Miope è allora l'afferma-

zione di chi assegna alle "nuove" tecnologie soltanto una funzione di maggiore supporto a un sistema concettuale, culturale e organizzativo che rimane invariato: sarebbe come dire – con un parallelismo ardito, ma non troppo – che l'avvento della stampa nel XV secolo fornì soltanto uno "strumento" a un impianto conoscitivo ed esistenziale preesistente, senza riconoscere il cambiamento paradigmatico che il nuovo supposto "strumento" determinava quale riorganizzatore delle conoscenze e, quindi, dei diritti e della quotidianità, Del resto, anche la storia delle tecnologie informatiche indica la cesura tra le pur complesse macchine dell'antichità – di cui sia ha una traccia nella cosiddetta *macchina di Antikythera*, di fatto una sorta di orologio astronomico, ma assimilabile a un prototipo dell'odierno computer – e la teorica *macchina di Turing* che identificava su un solo supporto dati e regole per il loro trattamento. La prima rimaneva uno strumento, la seconda apriva la strada a un diverso costruttore concettuale, di cui oggi vediamo gli esiti, certamente non definitivi.

Il primo aspetto, quindi, da riconoscere per un impiego delle tecnologie in carcere che realmente comporti una *transizione* è la loro centralità nella ridefinizione complessiva della stessa quotidianità detentiva da un lato e della percezione che di essa hanno i giovani ristretti. Giovani che hanno costruito progressivamente il proprio schema relazionale e conoscitivo attraverso le connessioni che le tecnologie permettono e stimolano, quasi a configurare una identità personale in cui l'automa diviene prolungamento della propria soggettività. L'interruzione di tale possibilità durante la detenzione costituisce così un aggravio di pena per la generazione più recente; un aggravio che difficilmente è oggi misurabile e soprattutto non è minimamente letto dal sistema attuale.

Da questa consapevolezza si deve, dunque, partire. Considerando che le tecnologie offrono modifiche di impostazione in più distinti ambiti: innanzitutto nella gestione della sicurezza interna, offrendo modelli di interazione controllata anche con il personale e nella comunicazione tra detenuti; in secondo luogo nella gestione della quotidianità da parte della persona ristretta che può avere la diretta percezione di gestione di alcune sue necessità, dalla prenotazione dei controlli sanitari, all'accesso a libri o alla possibilità di

scaricare un film da un insieme di titoli proposti e aggiornati, fino alla propria iscrizione o assenza ai corsi. Un'esperienza da cosniderare è quella del carcere di Beveren in Belgio, dove ogni persona detenuta ha una porzione nello spazio di un *cloud*, oltre a essere fornita nella propria stanza di una tastiera con accesso a tale porzione e al sistema di informazione delle diverse disponibili funzioni – che vanno dalla prenotazione di corsi o di visite mediche o altro, alla possibilità di caricare nell'area personale un film da vedere o un corso *online*, ai colloqui con la direzione, l'amministrazione o con le figure professionali che operano nell'Istituto, alla possibilità di stabilire contatti con familiari o altre figure di riferimento affettivo, ovviamente sottoposti a quei controlli dovuti, alla propria specifica posizione giuridica, fino all'accesso limitato e controllato a porzioni della rete Internet. La persona detenuta diviene così responsabile della costruzione della propria giornata, pur nel contesto di un carcere molto improntato all'assoluta garanzia di sicurezza, ed è altresì responsabile della costruzione del proprio percorso detentivo. Infatti, attraverso l'accesso a diversi corsi e attraverso la funzione orientativa delle figure professionali addette, acquista "crediti" con cui costruisce la fisionomia delle proprie conoscenze, per impiegarle sia in ambito lavorativo, soprattutto con "crediti" di formazione professionale, sia nel possibile prosieguo degli studi. Il "trattamento" scompare come tale e riemerge come il sedimento di un'attività propria, quantunque orientata e controllata.

Molti corsi sono fruiti *online*, anche per quanto riguarda le prove, sebbene siano intervallati da incontri autonomamente programmati con i docenti, grazie alla tastiera e alla porzione del *cloud*. In quest'ultima viene "caricata" la documentazione della propria posizione giuridica e vengono così gestite anche le connessioni con la magistratura, sia di cognizione per i non definitivi, sia di vigilanza per coloro che eseguono una sentenza – una funzione, quella della magistratura di vigilanza, simile, ma non del tutto assimilabile a quella che ha la magistratura di sorveglianza nel nostro contesto.

Certamente non mancano le criticità anche in un sistema di questo tipo: prima fra tutte il rischio del venire meno della relazione interpersonale tra la persona detenuta e chi ha la responsabilità

della sua detenzione: sia in termini di progressione nella prospettiva del ritorno alla collettività esterna, sia nell'esercizio del controllo della sicurezza che può rischiare di divenire troppo connotato da una impropria asettica "neutralità" – gestito anch'esso dall'algoritmo. Critiche, queste, che sono state avanzate anche da me alla gestione dell'Istituto belga, dopo aver valutato nel corso dei primi anni l'evolversi della caratteristica dell'esecuzione penale in un contesto che aveva accentuato l'automazione, ridotto il personale e sciolto le conflittualità – che se ben gestite possono essere sempre "sane" – attraverso la falsa neutralità di uno strumento tecnico assunto come "oggettivo" e quindi, in quanto tale, non soggetto a verifiche di responsabilità di chi amministra la privazione della libertà – bene essenziale di ogni persona.

Resta però la positività dell'ipotesi, Quella della restituzione di responsabilità a una persona che, in quanto reclusa rischia sempre di esserne privata e ridotta a una posizione di neo-infantilizzazione.

Del resto, le tecnologie dell'informazione e della comunicazione si collocano sempre lungo un crinale ambiguo e difficile: quello che separa la loro potenzialità dal rischio della disumanizzazione. Il loro progressivo sviluppo accentua tale rischio; ma la paura delle tecnologie – che pervade le nostre amministrazioni in generale e quella dell'amministrazione della giustizia in particolare – è comunque destinata a fallire. Soprattutto destinata a non saper leggere quanto esse possano offrire e quanto sia necessario che la loro pervasiva presenza, con i relativi effetti anche sul nostro modo di congetturare, di osservare, di valutare e di scegliere, non si fermi davanti ai muri del carcere. Forse proprio di quel mondo che ne potrebbe trarre il vantaggio di un complessivo reinterrogarsi.

La contraddizione tra *agorà* senza confini che il mondo tecnologico auspica e l'intrusivo *panopticon* di controllo diffuso che rende detrattori coloro che sono timorosi per la sua estensione credo debba essere pienamente vissuta; in tutti i suoi aspetti. Mai esorcizzata.

Stefano Anastasia, Garante regionale dei detenuti della Regione Lazio

Carmelo Cantone, Vice Capo del Dipartimento dell'Amministrazione penitenziaria

Francesco Caprioli, Professore ordinario di Diritto processuale penale, Università degli Studi di Torino

Daniela De Robert, Componente del Collegio del Garante dei diritti delle persone private della libertà personale

Rosita Del Coco, Professoressa associata di Diritto processuale penale, Università degli Studi di Teramo

Dario Di Cecca, Avvocato – Clinica legale penitenziaria Università degli Studi «Roma Tre»

Giulia Fiorelli, Ricercatrice di Diritto processuale penale, Componente della giunta del Centro di Ricerca "*European Penological Center*", Università degli Studi «Roma Tre»

Patrizio Gonnella, Ricercatore di Filosofia del diritto, Componente della giunta del Centro di Ricerca "*European Penological Center*", Università degli Studi «Roma Tre»; Presidente Associazione "Antigone"

Lorenza Grossi, Dottoranda di Diritto penale, Università degli Studi «Roma Tre»

Luca Lupària, Professore ordinario di Diritto processuale penale, Università degli Studi di Milano

Antonella Massaro, Professoressa associata di Diritto penale, Componente della giunta del Centro di Ricerca "*European Penological Center*", Università degli Studi «Roma Tre»

Anna Maratea, Titolare di borsa di studio, Centro di Ricerca "European Penological Center", Università degli Studi «Roma Tre»

Aldo Morrone, Direttore scientifico dell'Istituto dermatologico San Gallicano IRCCS, Roma

Mauro Palma, Presidente del Garante Nazionale dei diritti delle persone private della libertà personale

Marco Pelissero, Professore ordinario di Diritto penale, Università degli Studi di Torino

Silvia Piergiovanni, Titolare di borsa di studio, Centro di Ricerca "*European Penological Center*", Università degli Studi «Roma Tre»

Alice Riccardi, Professoressa associata di Diritto internazionale, Componente della giunta del Centro di Ricerca "*European Penological Center*", Università degli Studi «Roma Tre»

Marco Ruotolo, Professore ordinario di Diritto costituzionale, Direttore del Centro di Ricerca "*European Penological Center*" e del Master in "Diritto penitenziario e Costituzione", Università degli Studi «Roma Tre»

Silvia Talini, Ricercatrice di Diritto costituzionale, Coordinatrice didattico-scientifica del Master in "Diritto penitenziario e Costituzione", Università degli Studi «Roma Tre»

Collana Diritto penitenziario e Costituzione

1. M. Ruotolo, *Dignità e carcere*, 2014, II ed.
2. M. Ruotolo (a cura di), *Il senso della pena. Ad un anno dalla sentenza Torreggiani della Corte EDU*, 2014
3. P. Gonnella, *Detenuti stranieri in Italia. Norme, numeri e diritti*, 2014
4. C. Musumeci, A. Pugiotto, *Gli ergastolani senza scampo. Fenomenologia e criticità costituzionali dell'ergastolo ostativo*, 2015
5. M. Bosworth, *La "galera amministrativa" degli stranieri in Gran Bretagna. Un'indagine sul campo*, 2016
6. M. Ruotolo, S. Talini (a cura di), *I diritti dei detenuti nel sistema costituzionale*, 2017
7. S. Talini, *La privazione della libertà personale. Metamorfosi normative, apporti giurisprudenziali, applicazioni amministrative*, 2018
8. M. Ruotolo (a cura di), *Informazione e giustizia penale*, 2019
9. M. Ruotolo, S. Talini (a cura di), *Dopo la riforma. I diritti dei detenuti nel sistema costituzionale, nuova edizione* (2 voll.), 2019
10. M. Ruotolo, S. Talini (a cura di), *Il carcere alla prova dell'emergenza sanitaria*, 2020
11. E. Perucatti, *Perché la pena dell'ergastolo deve essere attenuata*, 2021
12. M. Cartabia, *Filtrerà sempre un raggio di sole*, 2022
13. S. Grieco, *Il diritto all'affettività delle persone recluse*, 2022
14. P. Buffa, *Carcere e Covid-19. Diario di una pandemia*, 2022

Finito di stampare nel mese di novembre 2022
presso Le *Arti Grafiche Licenziato* - Napoli