

EVOLUZIONE DEL SISTEMA PENALE E GIUDIZI DISCREZIONALI (*)

I giudizi discrezionali nelle alternative al carcere

di Giovanni Maria Pavarin

Premessa una riflessione relativa alla discrezionalità nella concessione delle misure alternative alla detenzione e alla discrezionalità interpretativa, l'articolo passa in rapida rassegna i caratteri della discrezionalità nei giudizi di sorveglianza, caratterizzati dalla latitudine dei criteri legali dettati per la formazione della prognosi e della corrispondente incidenza di altrettanti fattori extra legali condizionanti, di carattere sia soggettivo sia oggettivo. Brevi cenni sono dedicati all'applicazione del principio di proporzionalità anche in executivis, al giudizio predittivo riguardante le misure di sicurezza psichiatriche e all'incompatibilità del giudizio prognostico con l'uso dell'intelligenza artificiale.

SOMMARIO: 1. Discrezionalità dei giudizi e rischi della discrezionalità interpretativa nella giurisdizione di sorveglianza. – 2. La flessibilità della pena quale corollario della giurisdizione rieducativa. – 3. Il mandato in bianco conferito alla magistratura di sorveglianza. – 4. Latitudine dei criteri legali di giudizio e rassegna dell'incidenza dei fattori condizionanti la discrezionalità. – 5. Il principio di proporzionalità. – 6. Riparazione e risarcimento: una confusione da evitare. – 7. Il giudizio prognostico nelle misure di sicurezza psichiatriche. – 8. Giudizio prognostico ed intelligenza artificiale.

1. Discrezionalità dei giudizi e rischi della discrezionalità interpretativa nella giurisdizione di sorveglianza.

Il tema della discrezionalità nella concessione delle alternative al carcere va ovviamente tenuto distinto da quello della discrezionalità interpretativa¹, sulla quale mi limito ad osservare che il suo esercizio a volte sembra sconfinare dai limiti entro i quali l'attività interpretativa dovrebbe rimanere.

Dietro il paravento della discrezionalità interpretativa sembra infatti spesso celarsi una tendenza giurisprudenziale, mai sufficientemente contrastata, che vorrebbe ricondurre nell'alveo della discrezionalità quelle che a mio avviso sono opzioni

(*) Il contributo riproduce il testo della relazione tenuta dall'Autore al Convegno "Evoluzione del sistema penale e giudizi discrezionali", tenutosi a Firenze il 9 e 10 maggio 2024.

¹ Sulla discrezionalità interpretativa si veda, con ampi riferimenti dottrinali, il seguente importante contributo di E. LUPO, Presidente emerito della Suprema Corte, *Il giudizio interpretativo tra norma scritta e diritto effettivo*, in *ww.giustiziainsieme.it*, 28 dicembre 2023.

interpretative che probabilmente sono più onestamente definibili quali casi di abuso della discrezionalità, cui spesso, anche se inutilmente, pone rimedio la giurisprudenza di cassazione.

Mi riferisco ad esempio, con intento volutamente critico, a quella parte della giurisprudenza che, ai fini della concessione dell'affidamento in prova al servizio sociale, richiede l'avvenuto risarcimento del danno prima dell'udienza di sorveglianza: dato – questo – in realtà non richiesto da alcuna norma, ma la cui legittimità viene erroneamente rivendicata, attribuendola appunto all'esercizio della discrezionalità (v. Invece Cass. Pen., 1, n. 23047 del 19.5.2009, Rv. 244070-01, secondo cui la mancata riparazione del danno causato dal reato non può, di per sé, giustificare il diniego dell'affidamento in prova al servizio sociale, atteso che la riparazione del danno rientra fra le prescrizioni applicabili al soggetto nei confronti del quale l'affidamento sia stato disposto; semmai è solo l'ingiustificata indisponibilità del condannato manifestata ex ante a legittimare il diniego dell'affidamento: Cass. Pen., 1, n. 39266 del 15.6.2017, Rv. 271226-01).

Nel medesimo abuso della discrezionalità cade a mio avviso anche quella giurisprudenza secondo cui l'istituto dell'esecuzione della pena presso il domicilio *ex l.n. 199/2010* sarebbe una vera e propria misura alternativa alla detenzione, con la conseguenza di richiedere un pari giudizio di meritevolezza (contrariamente, dunque, a quanto la Cassazione ha più volte affermato: v. Cass. Pen., 1, n. 2292 del 15.12.2021, Rv. 282488-01, secondo cui "l'istituto dell'esecuzione della pena detentiva presso il domicilio, previsto dall'art. 1 della legge 26 novembre 2010, n. 199, è applicabile anche in deroga alle regole generali poste dall'art. 47-ter della legge 26 luglio 1975, n. 354, per la detenzione domiciliare e, quindi, indipendentemente da ogni valutazione di meritevolezza in ordine alla concessione della misura").

Non sono ovviamente qualificabili come ipotesi di abuso quelle in cui l'interpretazione della norma appare sì forzata, ma risulta pur sempre sorretta da considerazioni costituzionalmente orientate.

È questo, ad esempio, il caso della giurisprudenza secondo cui il requisito del sicuro ravvedimento previsto per la liberazione condizionale sarebbe compatibile con la dichiarazione di innocenza (Cass. Pen., 1, n. 25604 del 2.12.2022, Araniti; Cass. Pen., 1, n. 33302 del 27.6.2013, Rv. 257005-01; Cass. Pen., 1, n. 1907 del 30.4.1993, Rv. 194245-01), anche se non è facile spiegare all'uomo della strada come sia possibile ravvedersi da qualcosa che si nega di aver commesso.

Va a tal proposito osservato che, diversamente opinando, nessun ergastolano che continuasse a protestare la propria innocenza potrebbe mai avere accesso alla liberazione condizionale, e dovrebbe morire *in vinculis*, potendo al massimo ottenere una semilibertà dopo vent'anni di pena.

Al tema della discrezionalità, che fino a ieri riguardava i soli magistrati di sorveglianza, devono oggi ritenersi interessati anche i giudici della cognizione, i quali sono chiamati ad applicare le pene sostitutive *ex lege* Cartabia, posto che anche queste - quale che sia l'inquadramento sistematico che si voglia ad esse attribuire - rappresentano di fatto delle "alternative" al carcere (ricordo a tal proposito che Corte cost. N. 32/2020, nel considerato in diritto 4.3.3, scrive che "tra il 'fuori' e il 'dentro' la differenza è radicale:

qualitativa, prima ancora che quantitativa. La pena da scontare diventa qui un *aliud* rispetto a quella prevista al momento del fatto”).

2. La flessibilità della pena quale corollario della giurisdizione rieducativa.

Il tema della discrezionalità nel campo dell’esecuzione penale mi sembra a dire il vero poco approfondito in dottrina: del resto, esso ha meno di mezzo secolo di vita, posto che fino al 1975 si usciva dal carcere solo per morte o per integrale espiazione della pena o della misura di sicurezza.

Esistevano sì ipotesi in cui si poteva uscire dal carcere anche per altri motivi, ma si trattava di casi che non coinvolgevano la competenza della magistratura di sorveglianza: mi riferisco alla concessione della liberazione condizionale, o al differimento dell’esecuzione *ex* artt. 146 e 147 c.p., o alla revoca anticipata della misura di sicurezza (tutte misure di competenza del Ministro di grazia e giustizia), o all’indulto e, per gli imputati, all’amnistia.

L’allora giudice di sorveglianza non aveva alcun potere di trasformare la pena in qualcosa di diverso dal carcere, né di concedere benefici di alcun tipo.

Al severo sistema di pena rigida ha posto fine, come noto, la sentenza n. 204/1974, con cui la Corte costituzionale – in due sole paginette di motivazione – ha riconosciuto che dall’art. 27, 3° comma Cost. consegue l’insorgenza del diritto per il condannato a che, verificandosi le condizioni poste dalla norma di diritto sostanziale, il protrarsi della realizzazione della pretesa punitiva venga riesaminato al fine di accertare se, in effetti, la quantità di pena espiata abbia o meno assolto positivamente il suo fine rieducativo.

Di qui l’introduzione del sistema della pena flessibile, la cui gestione, regolata dall’ordinamento penitenziario approvato ad appena un anno di distanza dalla pronuncia della Consulta, è stata attribuita alla magistratura di sorveglianza.

La discrezionalità concessa alla magistratura di sorveglianza è per l’appunto la conseguenza diretta della flessibilità della pena: se, come dice la Corte costituzionale, esiste il diritto del condannato a che ad un certo punto del percorso esecutivo venga riesaminata la propria posizione, è evidente che la gestione di tale flessibilità ha come conseguenza inevitabile la discrezionalità delle decisioni².

3. Il mandato in bianco conferito alla magistratura di sorveglianza.

Si tratta di una discrezionalità che ha un carattere amplissimo a motivo del fatto che i criteri normativi che la regolano sono oltremodo generici: sono infatti generici i canoni di giudizio che fanno riferimento alla prevenzione del pericolo di commissione di ulteriori reati, o all’assenza di pericolosità sociale, o al contributo alla rieducazione

² Si veda sul punto l’illuminante contributo di A. MARGARA, *La discrezionalità delle decisioni della Magistratura di sorveglianza*, nella raccolta antologica dei suoi scritti contenuta in “*La giustizia e il senso di umanità*”, a cura di F. Corleone, Fondazione Michelucci Press, II ed., 2022, p. 73 ss.

del reo, coordinate logico-giuridiche oggi riprese pari pari dal novellato art. 58, 1° comma l.n. 689/1981 circa i criteri per l'uso del potere discrezionale di concedere le pene sostitutive.

Una specie di mandato in bianco alla magistratura di sorveglianza era a ben vedere racchiuso anche nella formuletta che la Corte costituzionale era solita usare, prima della coraggiosa pronuncia n. 32/2020, per fissare il paletto dell'irretroattività della legge sfavorevole sopravvenuta, quando ancorava l'irretroattività alla circostanza che "prima dell'entrata in vigore della norma più sfavorevole il condannato avesse già raggiunto un grado di rieducazione adeguato alla concessione del beneficio".

La discrezionalità del Tribunale di sorveglianza, e prima ancora del magistrato di sorveglianza, nel processo decisionale funzionale alla concessione delle misure alternative alla detenzione, o - più in generale - dei benefici penitenziari, si esercita dunque su di un terreno dagli incerti confini, e viene di fatto gestita senza sostanziali controlli (è del tutto eccezionale il ricorso in cassazione da parte delle Procure Generali) in tutte le aree non interdette dall'esistenza delle preclusioni di legge.

La presenza nel sistema della discrezionalità del magistrato di sorveglianza, più volte fatta oggetto di critiche per la larghezza delle sue maglie, non deve sorprendere più di tanto, posto che essa fa il paio con l'esistenza delle ampie forbici edittali all'interno delle quali il giudice della cognizione può calibrare il *quantum* sanzionatorio: mentre però quest'ultimo esercita la propria discrezionalità su di un fatto storico giudizialmente accertato, e dunque opera sulla scorta di un dato (sia pure convenzionalmente) certo ed oggettivo, sul quale dosare il *quantum* di pena secondo i criteri cui all'art. 133 c.p., la discrezionalità del magistrato di sorveglianza ha ad oggetto un giudizio predittivo, assiologicamente del tutto diverso, perchè riguarda la previsione di un fatto futuro ed incerto; esso appare come tale di ancor più difficile giustificazione sul terreno della razionalità.

Questo potere discrezionale è tanto più temibile quanto più si pensi che esso si esercita in una materia nella quale non esiste, per quanto concerne le pronunce del Tribunale di Sorveglianza, il diritto al doppio grado di giurisdizione di merito, che, quantunque non dotato di copertura costituzionale, è sancito sia dall'art. 2 del Protocollo addizionale n. 7 della CEDU, adottato a Strasburgo il 22 novembre 1984 e ratificato in Italia con legge 9 aprile 1990, n. 98, sia dall'art. 14, 5° comma del Patto internazionale sui diritti civili e politici, ratificato in Italia con legge 25 ottobre 1977, n. 881.

Altra peculiare caratteristica della discrezionalità in sorveglianza, che implica la grande responsabilità del giudice che la esercita, è costituita dal fatto che tutte le ordinanze della sorveglianza sono immediatamente esecutive, anche in pendenza dei termini per l'impugnazione.

La radice etimologica della discrezionalità ci riporta al latino *discernere*, che significa scegliere consapevolmente tra più possibili opzioni. Discrezionalità non significa dunque arbitrio, ma scelta motivata, ragionata e consapevole tra più soluzioni possibili.

Nel giudizio di sorveglianza essa appare influenzata da alcuni **specifici fattori** determinanti suoi propri, che - nel loro multiforme intrecciarsi - sono capaci di produrre un'alta eterogeneità di risposte.

Al punto che l'esito del procedimento di sorveglianza sembra poter di fatto sfuggire al rispetto del principio della prevedibilità delle decisioni giudiziarie, pure riaffermato dalla CEDU proprio nella decisione della Grande Camera nel caso Mursic/Croazia del 20 ottobre 2016 (che proprio la sorveglianza riguarda, avendo messo un punto fermo circa le modalità di calcolo dello spazio minimo vitale da assicurare in cella, quantunque in Italia vi sia stata l'ulteriore necessità dell'intervento delle sezioni unite: cfr. Cass., s.u. N. 6551 del 24.9.2020, Rv. 2804533-01).

4. Latitudine dei criteri legali di giudizio e rassegna dell'incidenza dei fattori condizionanti la discrezionalità.

Quali sono i **criteri** cui di norma si attiene la discrezionalità ed i dati sui quali poggiare il suo concreto esercizio ?

I parametri cui orientare l'esercizio della discrezionalità devono ovviamente essere diversamente declinati a seconda della diversità degli istituti di cui trattasi (permesso premio, semilibertà, detenzione domiciliare, affidamento in prova al servizio sociale, affidamento terapeutico, ecc.): nella pratica, va però rilevata la tendenza di certa giurisprudenza a far per così di ogni erba un fascio, usando cioè degli stessi criteri per decidere qualsiasi istanza.

Faccio l'esempio del parametro "pericolosità sociale", evocato dalla legge anche in tema di permessi-premio (art. 30 *ter*, 1° comma, o.p.): ho visto centinaia di decreti di rigetto di permesso basati sul fatto che il detenuto è ritenuto pericoloso.

Ritengo a tal proposito che il magistrato di sorveglianza debba valutare se nel tempo e nello spazio concesso al detenuto "permessante" ci sia la qualificata probabilità che egli commetta ulteriori reati (un permesso premio di qualche ora, fruito con l'accompagnamento di un volontario, certamente presenta molto meno rischi rispetto alla misura alternativa dell'affidamento in prova al servizio sociale, nel corso della quale il condannato riacquista lo *status libertatis*).

Altro esempio riguarda il discusso concetto di revisione critica, richiamato da copiosa parte della giurisprudenza per motivare il rigetto di qualsivoglia istanza, da quella di permesso-premio a quella di affidamento in prova al servizio sociale.

In realtà l'unica norma che parla di qualcosa che ci assomiglia un pò, cioè il sicuro ravvedimento, è quella sulla liberazione condizionale.

In realtà, i fattori che condizionano in concreto l'uso della discrezionalità dipendono da varie circostanze di ordine sia soggettivo sia oggettivo.

Quanto alle circostanze di carattere soggettivo, rilevano senz'altro:

La sensibilità culturale; l'estrazione sociale; le precedenti esperienze professionali; il grado di aggiornamento giuridico; le convinzioni personali dei singoli magistrati di sorveglianza circa le funzioni della pena; la propensione al rischio che il singolo magistrato di sorveglianza abbia, e ciò sotto un duplice profilo: il primo è quello della disponibilità del giudice ad essere coinvolto in un eventuale procedimento disciplinare che lo chiami a rendere conto di una scelta che si sia rivelata *ex post* errata; il secondo, che è generalmente poco conosciuto e dunque poco considerato dai non

appartenenti all'ordine giudiziario, dipende dal fatto che l'ordinamento interno della magistratura è divenuto sensibile al grado di sopravvivenza nei successivi gradi di giudizio delle decisioni di primo grado, posto che la vigente circolare del Consiglio Superiore della Magistratura in materia di giudizi di professionalità dei magistrati contempla anche questo parametro di giudizio.

Vorrei a tal proposito evidenziare come la giurisdizione penale di cognizione è costellata di prognosi fallite delle quali nessuno parla: pensiamo a quante volte il condannato che ha beneficiato della sospensione condizionale della pena (istituto anch'esso subordinato al giudizio prognostico previsto dal 1° comma dell'art. 164 c.p.) Torna a delinquere (nel quinquennio o nel biennio di legge) e merita dunque la revoca della sospensione condizionale della pena *ex art. 168 c.p.*

In disparte la considerazione secondo cui i certificati penali sono pieni di sospensioni condizioni che andrebbero revocate, non sono a conoscenza di procedimenti disciplinari per tale motivo instaurati a carico dei giudici della cognizione che abbiano concesso sospensioni condizionali sulla scorta di giudizi prognostici che si siano *ex post* rilevati fallaci. Sono invece a conoscenza di procedimenti disciplinari instaurati nei confronti di magistrati di sorveglianza (ad esempio a seguito di mancati rientri da permessi-premio).

La mia esperienza professionale mi induce da ultimo a ritenere che nei giudizi di sorveglianza abbiano la loro influenza persino le caratteristiche personali dei singoli giudici, a seconda che essi propendano per una visione ottimistica della vita e del futuro, ovvero sperimentino una condizione soggettiva di pessimismo esistenziale.

È solo amore di verità che mi costringe a fare un'ultima annotazione circa i fattori soggettivi che influenzano la prognosi: pur nella piena consapevolezza del carattere geograficamente limitato della mia esperienza, e della conseguente impossibilità di trarne una regola generale, sono portato a credere che conti anche il sesso (almeno di quello della componente non togata del collegio), non essendomi mai accaduto di raccogliere da un'esperta di sesso femminile un parere favorevole ad una misura alternativa richiesta da un condannato per violenza sessuale.

Non ritengo invece che le convinzioni politiche esplichino una qualsiasi influenza sull'esercizio della discrezionalità, dato che la mia esperienza professionale mi induce a ritenere che anche i magistrati idealmente collocabili o collocati nell'area cd. Progressista sanno fornire risposte piuttosto severe alle istanze dei condannati che invocano le misure alternative.

Nessuna, o assai poca, influenza esplicano del pari le convinzioni religiose dei singoli giudici: dato – questo – che mi ha consentito di superare un mio personale pregiudizio iniziale, quando credevo che il magistrato credente avesse una naturale predisposizione all'esercizio della misericordia *in executivis*.

Quanto alle circostanze di carattere oggettivo, la discrezionalità dipende da fattori quali:

1. L'ampiezza del materiale istruttorio disponibile (i carichi pendenti *ex art. 60 c.p.p.* E le iscrizioni *ex art. 335 c.p.p.* Sono in genere limitati al *locus commissi delicti*, ovvero al luogo di residenza, ovvero poco più in là; è poi del tutto infrequente, a fronte di un carico pendente o anche di una mera iscrizione, che si chieda al pubblico

- ministero la comunicazione della *notizia criminis*, sia pure compatibilmente con il segreto delle indagini, per una valutazione più approfondita); lo stesso vale anche quanto alla valutazione dei precedenti penali, atteso che non viene mai acquisita copia delle relative sentenze (l'esistenza di una pregressa condanna per un 624 c.p. Ha un peso diverso a seconda che essa riguardi l'impossessamento di un quaderno oppure di un'ingente somma di denaro);
2. Il carico di lavoro (più procedimenti si trattano in udienza, meno attenta è la disamina del contenuto del fascicolo: il che spesso penalizza le posizioni più dubbie, più critiche, più problematiche);
 3. Le modalità di conduzione dell'udienza (se il Presidente fa parlare il condannato, lascia che dica la sua e gli pone delle domande, le cose spesso cambiano, nel senso che la proposta che il giudice relatore aveva formulato in cuor suo sulla base dello studio del fascicolo cambia di segno, anche se ovviamente non sempre in meglio per l'istante);
 4. L'impegno che le parti processuali mettono nel procedimento di sorveglianza: se il difensore studia il fascicolo, se ne occupa, e motiva le sue richieste, ciò impegna il Tribunale ad una motivazione più congruente e completa, in grado di dare compiuta ragione dei canoni impiegati per l'esercizio della propria discrezionalità. Se invece il difensore si limita a dire, come spesso accade, "insiste", l'impegno motivazionale sarà meno avvertito dall'estensore del provvedimento. Lo stesso accade quanto all'intervento del Procuratore Generale, tutte le volte in cui egli partecipa attivamente all'udienza e motiva le sue conclusioni. Se invece il P.G. si limita a spifferare una serie di "contrario, contrario, contrario", senza quasi alzare la testa, il Tribunale si riterrà libero di disattendere il parere data la sua immotivata ripetitività, che in realtà manifesta il disinteresse delle Procure Generali circa la sorte dei procedimenti di sorveglianza;
 5. Il tempo trascorso tra la data del commesso reato, la data dell'irrevocabilità della sentenza di condanna e quella di celebrazione dell'udienza di sorveglianza: appare innegabile che più tempo è passato meno il giudizio risulta legato a profili di prevenzione generale o speciale, trattandosi spesso di prendere atto del già avvenuto processo rieducativo intrapreso dall'interessato nei cui confronti non emergano ulteriori pendenze per reati successivamente commessi;
 6. Il rito processuale applicabile: basti pensare al rito imposto dall'art. 678, comma 1 *ter* c.p.p.: per le pene inflitte a soggetti liberi, di durata uguale o inferiore a 18 mesi, la legge prevede che il Presidente faccia l'istruttoria ed assegni al magistrato un termine per provvedere. In questo caso il magistrato, a meno che non lasci scadere inutilmente il termine, decide in perfetta solitudine a nome e per conto del collegio, non ha la possibilità di interloquire con il condannato, e spesso non dispone nemmeno dell'indagine socio-familiare dell'uepe, con il quale vengono territorialmente stipulate convenzioni che esonerano tale Ufficio da intervenire per pene uguali od inferiori ad un certo tetto (6 mesi - 1 anno).

5. Il principio di proporzionalità.

Altro importantissimo parametro che incide sull'esercizio della discrezionalità è costituito dal principio di proporzionalità³, che la Corte costituzionale ormai riconosce come autonomo parametro di costituzionalità, e che io ritengo debba essere esteso in senso dinamico anche alla fase esecutiva.

Secondo la Corte costituzionale e la giurisprudenza della Cassazione occorre sempre applicare il criterio della proporzionalità tra le esigenze di sicurezza sociale e penitenziaria e l'interesse della singola persona, per cui il sacrificio imposto al detenuto non deve eccedere quello minimo necessario al fine della sicurezza e non deve ledere posizioni non sacrificabili in assoluto. Di tale principio è stata fatta ad esempio applicazione per decidere questioni attinenti al regime di "carcere duro" *ex art. 41 bis* o.p., quali quelle del divieto di cucinare i cibi, il divieto di scambiare oggetti, i colloqui con il difensore ed il visto di controllo sulla corrispondenza con il difensore.

Ma non è a tale modalità applicativa del principio di proporzionalità che intendo riferirmi in questa sede.

Intendo dire che non v'è ragione per ritenere che il giudizio di proporzionalità non debba riguardare anche il se ed il quando della decisione relativa alla concessione delle misure alternative.

Ritengo infatti che vi sia un nesso inscindibile tra principio rieducativo e principio di proporzionalità a motivo del fatto che l'istanza rieducativa viene frustrata non solo quando il condannato percepisce la pena come sproporzionata rispetto al reato commesso, ma anche quando la pena, per le concrete modalità con le quali viene eseguita, costituisce per lui un'incomprensibile vessazione.

Si deve pertanto guardare al momento esecutivo non come ad una fase separata, impermeabile alla proporzionalità della pena, teatro del solo finalismo rieducativo: la proporzionalità va dunque intesa quale principio idoneo a penetrare l'intera vita della pena.

Si tratta di accogliere un'idea di proporzionalità pervasiva, capace di coinvolgere le varie fasi in cui la pena si dipana, dalla comminatoria astratta riservata alla discrezionalità del legislatore, alla determinazione del *quantum* sanzionatorio adeguato al caso concreto da parte del giudice di cognizione, sino alla fase esecutiva di competenza della magistratura di sorveglianza.

Il legislatore, quando calibra il minimo ed il massimo edittali sulla scorta della gravità del reato, non sa nulla della storia della persona: ha in mente un autore del reato astrattamente considerato, che non ha età, sesso, né particolari condizioni personali e familiari, né è appartenente ad un determinato ceto sociale.

Il giudice della cognizione, quando infligge la condanna, se dosa la pena in concreto, usando di tutti i criteri soggettivi ed oggettivi previsti dall'art. 133 c.p., non sa

³ Si vedano, sul punto, A. MENGHINI, *Carcere e Costituzione*, Collana della Facoltà di Giurisprudenza dell'Università degli Studi di Trento, Editoriale scientifica, Napoli, 2022, p. 471, ove è trattato il tema dell'applicazione del principio di proporzionalità da parte della Magistratura di Sorveglianza; G. NICOLÒ, *Riflessioni sul principio di proporzionalità nella vita della sanzione penale*, Consultaonline, 22 settembre 2022.

però se, dove, come e quando il condannato espierà la pena detentiva. Né è in grado di presagire quali saranno le risposte del condannato alle offerte trattamentali, né i mutamenti della sua scala valoriale, né il multiforme evolversi delle sue condizioni di vita individuali, lavorative, ambientali, sociali, affettive, economiche, ecc.

Entra a questo punto in gioco il magistrato di sorveglianza, il quale è a mio avviso tenuto a far riferimento ad un concetto di proporzionalità parametrato non solo e non tanto al fatto commesso (a questo ha già pensato il giudice della cognizione), quanto piuttosto sia al sacrificio che in concreto la pena impone al condannato sia agli esiti del trattamento penitenziario: altro è trascorrere 10 anni in una cella invasa dagli scarafaggi, senza acqua corrente e con servizi igienici a vista e senza alcuna attività trattamentale, potendo trascorrere 4 ore d'aria al giorno piroettando in un piccolissimo cortile con le pareti di cemento, altro è trascorrere lo stesso periodo di tempo in un istituto a vocazione trattamentale, con regime aperto e con occasioni di scuola, di lavoro e di studio.

Sono dunque convinto che il magistrato di sorveglianza debba ormai essere considerato l'ultimo anello della catena in grado di applicare il canone di proporzionalità della pena: canone che va applicato a quella particolare persona, a quel particolare carcere, a quella particolare sezione, a quella particolare risposta alle offerte trattamentali, usando dunque di un criterio *quam suis*.

A sostegno della necessità di applicare il principio di proporzionalità anche alla fase esecutiva, l'entrata in vigore della legge Cartabia offre un ulteriore spunto di riflessione: se il giudice della cognizione che irroga le pene sostitutive *ex lege* Cartabia deve applicare, al pari di chi non le applica, il principio di proporzionalità, perché non ritenere che lo stesso principio debba essere applicato anche alle misure alternative concesse dal Tribunale di sorveglianza?

Non credo che cambi qualcosa a seconda che una misura non carceraria sia applicata in una fase antecedente o successiva al passaggio in giudicato.

6. Riparazione e risarcimento: una confusione da evitare.

L'esercizio della discrezionalità si è arricchito negli ultimi anni di un nuovo parametro, di cui la magistratura di sorveglianza tiene sempre più conto, anche se spesso *in malam partem*: parlo della clausola riparativa di cui al 7° comma dell'art. 47 c.p.⁴.

È ancora purtroppo frequente la tendenza a confondere la riparazione con il risarcimento, ignorando del tutto la dimensione per così dire "etica" del termine e dando un eccessivo rilievo all'aspetto pecuniario: non è infrequente leggere ordinanze che

⁴ Una curiosità storica: il testo originario dell'ordinamento penitenziario del 1975 prevedeva che nel verbale contenente le prescrizioni "può" anche stabilirsi che l'affidato si adoperi in favore delle vittime. 11 anni dopo la legge Gozzini ha modificato la norma prevedendo che nel verbale "deve" anche stabilirsi, sostituendo cioè il può con il deve. Di tale modifica i codici usualmente usati da avvocati e magistrati non avevano però tenuto conto: ad esempio, nell'edizione della casa editrice "La Tribuna" del codice penale e procedura penale, quella ordinariamente più usata in magistratura, il "può" è rimasto fino all'edizione del 1999, fino a quando cioè il Presidente del Tribunale di sorveglianza di Genova, Lino Monteverde, non si è accorto dell'errore, segnalandolo sia alle case editrici sia ai colleghi della sorveglianza.

concedono sì l'affidamento, ma statuendo alla cieca l'obbligo di provvedere al risarcimento senza però commisurarli alle concrete condizioni economiche del condannato, e addirittura subordinando a tale adempimento l'esito positivo della declaratoria di estinzione della pena al termine della misura (in tal caso l'ordinanza è illegittima: Cass. Pen., 1, n. 11923 del 21.11.2018, Rv. 275171-01).

Si è arrivati perfino, ad affidamento concluso, a negare l'estinzione della pena per il solo fatto che l'affidato aveva giudizialmente resistito all'azione civile promossa dal danneggiato, contestando la quantificazione dei danni subiti (Cass. Pen., 1, n. 9676 del 23.2.2012, Rv. 252922-01, che ha giustamente annullato la relativa ordinanza).

Né mancano decisioni che negano l'affidamento in prova al servizio sociale deducendo l'assenza di segni di ravvedimento esclusivamente dal mancato risarcimento, anche solo parziale, del danno omettendo di considerare le concrete condizioni economiche del condannato (decisione annullata da Cass. Pen., 1, n. 5981 del 21.9.2016, Rv. 269033-01: era il caso di un imprenditore, fallito nel 2012 ed espropriato di ogni suo avere, che si era ridotto a lavorare come operaio e che si era dichiarato disposto a risarcire solo con 200 € al mese).

Ho sempre notato nei miei colleghi che ragionano così la tendenza a far prevalere la dimensione retributiva della pena, arrivando all'esercizio di una specie di azione civile nel procedimento di sorveglianza (una specie di *negotiorum gestio*, come se lo Stato agisse *utendo iuribus* del creditore rimasto presuntivamente inerte).

È stato inutile tentare di spiegare che l'obiettivo della rieducazione può ritenersi raggiunto quando il condannato arriva a convincersi che risarcire, potendolo fare, è giusto in sé e per sé, e non perché qualcuno glielo impone dall'esterno.

7. Il giudizio prognostico nelle misure di sicurezza psichiatriche.

Un profilo del tutto particolare la discrezionalità assume quando il giudizio prognostico riguarda le misure di sicurezza personali di tipo psichiatrico⁵. Va premesso che il giudizio predittivo cui è chiamato il magistrato di sorveglianza non è certamente aiutato dall'amplessissima definizione di pericolosità scolpita nell'art. 203 c.p., secondo cui tanto il reato presupposto quanto il reato temuto possono essere di qualsiasi natura.

I testi elaborati dalla Commissione Pellissero, che aveva ridefinito sia la nozione di pericolosità sociale utilizzabile in sede di applicazione delle misure di sicurezza personali, sia la nozione di imputabilità, sono stati dapprima secretati e poi sì pubblicati, ma anche riposti dal Governo nel cassetto di una scrivania che temo resterà a lungo chiusa a chiave.

⁵ Riprendo qui alcune considerazioni già sviluppate nel corso del convegno svoltosi presso la Facoltà di Giurisprudenza di Trento a fine gennaio 2020, i cui atti - ai quali rimando - si trovano compendati in *"Infermità mentale, imputabilità e disagio psichico in carcere"*, Quaderni della Facoltà di Giurisprudenza dell'Università degli Studi di Trento, Editoriale Scientifica, 2020, p. 103 ss.

Per quanto riguarda i criteri cui la giurisprudenza è solita ancorare i propri giudizi predittivi, la consultazione di qualsiasi banca dati dà conto di come le formulette adottate siano rarefatte, nebulose, tautologiche e ripetitive.

Interessantissima a questo proposito con riferimento alle misure di sicurezza psichiatriche si rivela l'analisi dello studio fatto in sede di Stati Generali dell'esecuzione penale dal tavolo XI sulle misure di sicurezza, che si è preoccupato di analizzare decine di ordinanze in materia di applicazione, prosecuzione o revoca di tali misure⁶.

Orbene, andandone ad analizzare la parte motiva ci si accorge che molto spesso i giudici hanno inseguito clausole di stile del tipo: "...ritiene questo giudice che la misura di sicurezza del ricovero in una r.e.m.s. Costituisca allo stato l'unica soluzione realmente ed efficacemente in grado di contenere la pericolosità sociale dell'imputato..."; "...in tale contesto non appaiono percorribili percorsi terapeutici alternativi che si contemperino con le esigenze di tutela della collettività..."; "...il ricovero in rems appare adeguato con riferimento alla patologia e al pericolo ritenuto in relazione al fine di contenere la significativa pericolosità sociale..."; "...la misura di sicurezza provvisoria del ricovero presso la rems allo stato appare indubbiamente l'unica in grado di contenere la sua accertata pericolosità...".

Ove manchino elaborati dimessi da consulenti tecnici di parte, c'è sovente un richiamo "di pacca" alle valutazioni peritali⁷, anche se in realtà l'applicazione della misura di sicurezza deriva prevalentemente dalla constatazione della particolare gravità del fatto commesso.

Nel giudizio di pericolosità avente ad oggetto l'applicazione o la revoca dell'internamento in rems o della libertà vigilata cd. "psichiatrica", l'errore più comune nell'esercizio della discrezionalità consiste nel fatto che il giudice è sovente portato a pensare che più il fatto-reato è grave più il soggetto sia pericoloso.

Ritengo che il magistrato di sorveglianza, nel formulare il giudizio di pericolosità sociale, debba invece tenere nella debita considerazione alcuni dati inconfutabili offerti dalla scienza e dall'esperienza pratica, e cioè che⁸:

- 1) le persone con disturbo mentale non delinquono in misura superiore al resto della popolazione;
- 2) non esistono rapporti di equivalenza tra disturbo mentale e pericolosità sociale, anche se è vero che le persone con doppia diagnosi (disturbo mentale ed abuso di sostanze) risultano ad alto rischio di comportamento violento;
- 3) gli strumenti clinici utilizzati per predire il comportamento del soggetto con disturbo mentale autore del reato si sono rivelati imprecisi e inadeguati;

⁶ Il materiale è reperibile in www.giustizia.it, *Stati generali dell'esecuzione penale*.

⁷ Si tratta di un atteggiamento più volte giudicato illegittimo dalla Suprema Corte, secondo cui la prognosi di pericolosità sociale non può limitarsi all'esame delle sole emergenze di natura medico-psichiatrica, ma implica la verifica globale di tutte le circostanze indicate nell'articolo 133 c.p. (v. Cass. pen., sez. 5, n. 43631 del 11.5.2017, Rv. 271008).

⁸ Si tratta dei criteri suggeriti da U. FORNARI, *Trattato di psicopatologia e di psichiatria forense*, Utet Giuridica, Edizione IX, 24 gennaio 2024.

4) non esistono dati psicologici e/o psichiatrici adeguati per fornire previsioni a medio-lungo termine;

5) la predizione della recidiva non può basarsi sulla considerazione delle sole caratteristiche psicopatologiche individuali;

6) non va sottovalutato l'aspetto dinamico-evolutivo della patologia mentale, che non ha caratteristiche di staticità e di permanenza, e si deve dunque tenere conto delle modificazioni cui la patologia può andare incontro dopo gli interventi terapeutici effettuati.

Qui il giudice deve stare molto attento ad attribuire agli algoritmi predittivi e alle neuro-predizioni un eccessivo valore, in quanto il giudizio sulla pericolosità sociale è suo e soltanto suo, e va riferito a quel particolare soggetto che egli ha dinanzi e che egli ha il dovere di conoscere.

I neurolettici di nuova generazione sono in grado di assicurare lunghi periodi di stasi della malattia psichiatrica: il problema è quello di decidere se il paziente sia in grado di continuare l'assunzione dei farmaci indipendentemente dagli obblighi connessi alla misura di sicurezza in corso, il che è molto difficile in tutti i casi in cui non ci sia coscienza di malattia.

In particolare, ritengo che la misura di sicurezza della libertà vigilata terapeutica non debba durare all'infinito solo perché esistono malattie psichiatriche dalle quali non si guarisce mai: tali malattie, se opportunamente curate, non necessariamente producono reati, di talché va rotta l'equazione, propria del primo novecento: "malattia mentale = pericolosità sociale".

In particolare, non si può aspettare che il paziente abbia coscienza di malattia per porre fine alla misura di sicurezza: bisogna cioè avere il coraggio di riconsegnare al territorio, cioè ai Dipartimenti di Salute Mentale, i liberi vigilati che dopo un pò di tempo non abbiano più commesso reati.

Non si può continuare a ritenere pericoloso un soggetto solo perché egli non ha consapevolezza della sua malattia, posto che la caratteristica principale della malattia mentale è proprio quella dell'inconsapevolezza del soggetto di esserne portatore.

8. Giudizio prognostico ed intelligenza artificiale.

Un cenno merita da ultimo, alla fine di questo rapido *excursus* circa l'esercizio della discrezionalità, il tema dell'intelligenza artificiale: impostando certi parametri (come le pendenze, le iscrizioni, i precedenti penali, ecc.), potremmo un domani affidare ad un computer la redazione dell'ordinanza.

Ciò che – oggi come ieri – fa la differenza è l'intelligenza, tutta umana e per nulla artificiale, del giudice, che deve cercare il contatto con l'uomo autore di reato che gli si para davanti: le valutazioni del magistrato all'esito dell'esame della persona (cioè il prodotto spirituale del suo pensiero) segnano la cifra della distanza tra la risposta dell'uomo e la risposta che potrebbe essere data dall'intelligenza artificiale.

Non esiste io credo algoritmo possibile in grado di sostituire il giudizio prognostico che si forma nella testa di un magistrato di sorveglianza, laddove il *decisum*

finale è secondo la mia esperienza il precipuo frutto di quella che chiamerei una sorta di “intuizione emotiva” che mette la parola fine – pacificandola nel suo animo – alla contrapposizione tra gli elementi favorevoli e quelli contrari alla concessione di un beneficio.