

DISUGUAGLIANZE E PENALITÀ

a cura di
Francesca Curi e Elena Valentini


Pacini
Giuridica



Disuguaglianze e penalità

DISUGUAGLIANZE E PENALITÀ

*Atti del convegno
1 dicembre 2023, Bologna*

a cura di
Francesca Curi e Elena Valentini


**Pacini
Giuridica**



© Copyright sull'Opera 2024 Francesca Curi e Elena Valentini

Tutti i diritti riservati alle Curatrici Francesca Curi e Elena Valentini, salvo quanto di seguito specificato. All'Editore è stato concesso il diritto esclusivo e senza limiti territoriali (con divieto di cessione a terzi) di pubblicazione a stampa e distribuzione dell'Opera. Gli ulteriori diritti restano in capo al Curatore in via esclusiva. L'Editore e il Curatore, ciascuno per quanto di propria spettanza, rilasciano la presente opera anche in formato digitale (PDF editoriale) ad accesso aperto in licenza Creative Commons CC BY ND 4.0, disponibile per il download gratuito sul sito cris.unibo.it, con il seguente identificativo persistente 11585/948658 | <https://hdl.handle.net/11585/948658>.



ISBN 978-88-3379-745-8

Realizzazione editoriale



Via A. Gherardesca
56121 Pisa

Responsabile di redazione
Gloria Giacomelli

Fotolito e Stampa
IGP Industrie Grafiche Pacini

Indice

I rapporti tra disuguaglianze e penalità: note introduttive..... »	7
<i>Stefano Canestrari</i>	
Capitolo I	
Disuguaglianze plurali..... »	11
<i>Chiara Saraceno</i>	
1. Disuguaglianze..... »	11
2. Disuguaglianze di genere..... »	14
3. Disuguaglianze generazionali..... »	15
4. Disuguaglianze territoriali..... »	17
Capitolo II	
Di cosa parliamo quando parliamo di disuguaglianze economiche? Concetti e evidenze... »	23
<i>Michele Raitano</i>	
1. Introduzione..... »	23
2. Questioni definitorie..... »	23
3. L'andamento della disuguaglianza dei redditi in Italia, in prospettiva comparata..... »	26
4. Dobbiamo preoccuparci della disuguaglianza?..... »	30
Capitolo III	
Disuguaglianze e penalità: per una lettura delle ambivalenze..... »	35
<i>Alvise Sbraccia</i>	
1. Ricezione, produzione e riproduzione delle disuguaglianze..... »	35
2. Stratificazione sociale e linea del colore..... »	40
3. Selettività del controllo e confini della disuguaglianza..... »	43
4. Punire, contenere, assistere: il carcere contemporaneo..... »	45
Capitolo IV	
Qualche considerazione sul tema “disuguaglianze e penalità”..... »	49
<i>Antonio Cavaliere</i>	
1. Costituzione e disuguaglianze..... »	49
2. Penalità..... »	51
3. Il diritto penale come (ri)produttore di disuguaglianze: il codice Rocco e la legisla- zione penale fascista..... »	52
3.1. Disuguaglianze e parte generale..... »	52
3.2. Disuguaglianze e parte speciale..... »	53
4. Diritto penale della Costituzione e disuguaglianze..... »	55
5. Radici e forme di manifestazione attuali della penalità diseguale..... »	57
6. Il diritto penale come strumento di contrasto delle disuguaglianze?..... »	64
Capitolo V	
Condizioni di marginalità e disuguaglianza del condannato “ <i>in executivis</i> ”..... »	67
<i>Marcello Bortolato</i>	

Capitolo VI	
Efficienza, innovazione e nuove diseguaglianze nel sistema processualpenalistico	73
<i>Claudia Cesari</i>	
1. Premessa.....	73
2. Le parole chiave.....	74
3. L'efficienza.....	75
4. L'innovazione nei modelli e nell'ideologia del processo	77
5. L'innovazione tecnologica.....	79
6. Le variabili aggiuntive	83
Capitolo VII	
Profili penali del lavoro povero: dal caporalato alla costrittività.	
Per un modello di organizzazione responsiva	87
<i>Francesca Curi</i>	
A mo' di premessa	87
1. La discesa agli inferi.....	88
2. La stazione intermedia: l'art. 603-bis c.p. ovvero il cosiddetto caporalato.....	89
3. Le sfide dell'economia 4.0 e l'inadeguatezza della risposta penale	94
4. Il sistema 231: un primo passo	99
5. Commissari giudiziari: quanta abbondanza.....	103
5.1. Il coniglio dal cilindro: l'amministratore giudiziario del codice antimafia	106
6. La linea continua: la costrittività lavorativa vs benessere lavorativo	111
7. La prevenzione dei rischi psicosociali: il ruolo dello stress lavoro correlato	114
8. Profili di responsabilità penale per il datore incurante del 'benessere' dei suoi dipendenti.....	119
8.1. Le contravvenzioni di mera condotta e i meccanismi premiali	121
8.2. I delitti omissivi di evento e le difficoltà nell'accertamento causale.....	123
9. Modelli responsivi: il volano degli intrecci sistematici contro lo stress lavorativo.....	125
9.1. L'ordito (Mog 231) e la trama (Mog 81) nella prevenzione sui luoghi di lavoro	130
9.2. Modelli standardizzati e asseverazione paritetica. La best practice nella tutela dei rischi psicosociali	134
10. La tutela del benessere lavorativo con altri mezzi: un <i>déjà vu</i>	139
Capitolo VIII	
Il processo penale degli ultimi	141
<i>Elena Valentini</i>	
1. Premessa.....	141
2. Un'intersezione ricorrente: patrocinio a spese dello Stato e difesa d'ufficio.....	143
3. Processo <i>in absentia</i>	146
4. Svantaggio economico e provvedimenti <i>de libertate</i>	149
5. La disuguaglianza anche formale: il processo a carico degli stranieri irregolari.....	156
6. Postilla	168
Disuguaglianze e penalità: la nuova questione sociale.....	169
<i>Renzo Orlandi</i>	
Indice degli Autori	175

I rapporti tra disuguaglianze e penalità: note introduttive

Stefano Canestrari

La relazione tra il diritto penale e le disuguaglianze che permeano la realtà sociale non solo è stata sempre profonda e radicata nella storia, ma continua ad esserlo nel presente. Nel ribadire fermamente che, in un'ottica liberale, il diritto penale non può che essere inteso come *extrema ratio* dell'ordinamento e, in quanto tale, nutrirsi dei principi costituzionali che fondano la materia, si avverte la necessità di opporsi con fermezza alle derive del populismo penale e dell'uso simbolico del diritto criminale di cui il primo si alimenta. Invero, sotto la pretesa "assolutizzazione" della salvaguardia di determinati beni giuridici – quali, ad esempio, la sicurezza pubblica o l'ordine pubblico¹ – si nascondono logiche di ricerca del consenso sociale perseguite attraverso l'impiego dello *ius puniendi*, le quali vedono la loro massima traduzione nell'uso smodato e sproporzionato della pena che, per definizione, è la più afflittiva delle sanzioni.

La "scivolosa connessione" tra l'impiego a fini populistici del diritto penale e il tema della disuguaglianza (sociale) assume una connotazione specifica quando le scelte del legislatore, ispirate da una simile *ratio*, hanno anche l'effetto di provocare la marginalizzazione dei più fragili, finendo col muoversi nei binari del diritto penale del nemico. Se, infatti, *in re ipsa*, la pena implica un'esclusione dalla società, sono proprio quei conflitti che non trovano compensazione attraverso le politiche sociali a divenire spesso la base per interventi penali volti a una neutralizzazione degli individui in difficoltà mediante l'esercizio della potestà punitiva. Invero, basta scorrere i dati riportati nelle indagini svolte sulla popolazione carceraria per trovarsi spettatori di un quadro desolante: una percentuale significativa dei detenuti è straniera, deriva da un contesto di povertà assoluta, è affetta da tossicodipendenze più o meno gravi e presenta un basso grado di alfabetizzazione e di istruzione².

¹ A titolo esemplificativo, tra gli interventi legislativi più recenti, basta fare riferimento al decreto-legge "Caivano" (n. 123/2023) recante «*Misure urgenti di contrasto al disagio giovanile, alla povertà educativa e alla criminalità minorile*»; al delitto c.d. "anti rave" di cui all'art. 434 bis c.p., collocato tra i reati contro l'incolumità pubblica e introdotto mediante il d.l. 162/2022 per contrastare i raduni illegali. Ancora, si pensi al nuovo pacchetto sicurezza approvato dal Consiglio dei ministri, che propone l'introduzione di misure restrittive e di nuove fattispecie di reato per il contrasto di rivolte in carcere e da parte dei richiedenti asilo collocati in CPR, oppure nei confronti delle borseggiatrici in stato di gravidanza. Infine, appare opportuno richiamare anche la c.d. legge "anti-imbrattamento" n. 6 del 2024.

² Cfr. il rapporto «*È vietata la tortura. XIX Rapporto di Antigone sulle condizioni della detenzione*» (2023), curato dall'Associazione Antigone e liberamente accessibile all'indirizzo <https://www.rapport>

Al penalista, in un simile contesto, non solo è imposto di sottolineare con nettezza la necessità che il diritto penale continui ad essere l'ultima *ratio* dell'ordinamento, ma altresì il dovere di riavvicinarsi alla società, cercando di comprendere la sua complessità. Il contrasto alle derive che conseguono all'uso simbolico della pena, infatti, non può che muovere da una presa di coscienza delle cause che generano una tanto diffusa richiesta di penalità. Solo a partire da un confronto tra lo studioso del diritto e la realtà sociale, infatti, è possibile vagliare, analizzare e dar forza alle risposte alternative all'uso del penale. In tal senso, ci si pone nell'ottica di guardare alle problematiche mediante la lente della prevenzione sociale che, come tale, non è animata dallo scopo di "reprimere", ma di ristabilire la centralità dello Stato sociale e della piena attuazione dell'eguaglianza sostanziale (art. 3, comma 2, Cost.).

Il perseguimento di simili obiettivi pare definirsi come un baluardo nel superamento delle discriminazioni che ancora sono diffuse nella nostra realtà. Tanto nell'ambito di un discorso in punto di politica criminale quanto in quello di una critica al panpenalismo che si propaga in maniera sempre più prepotente, si prospetta l'opportunità di sostenere la predisposizione di una pluralità di interventi in chiave preventiva, il cui incremento finisce con il divenire "strumento" di contrasto alla "degenerazione simbolica del penale". Nello specifico, il riferimento è sia all'esigenza di caldeggiare il rafforzamento del *welfare state* (oggi profondamente in crisi), quanto a quella di avvalorare le misure volte ad offrire una tutela effettiva dei più fragili e/o a fornire un'alternativa agli ambienti criminali, le quali devono essere oggetto di un'azione positiva da parte dell'ordinamento.

La "neutralizzazione del nemico" attraverso l'irrogazione della pena e, laddove essa – ancora – non arrivi, l'applicazione di misure di prevenzione *ante delictum*, che si traducono in «un comodo alibi attraverso il quale lo Stato si sottrae ai suoi compiti sociali e di riforma»³, sono solo rimedi apparenti al senso di insicurezza collettivo e ai conflitti sociali. Il loro effetto, in realtà, è piuttosto quello di condurre ad un aggravamento delle disuguaglianze, poiché si finisce con il riprodurre sul piano giuridico le medesime dinamiche già presenti all'interno della società. D'altronde, l'ingresso in carcere restituisce spesso alla società un delinquente più esperto, in ragione delle scarse opportunità di risocializzazione offerte dal sistema carcerario, nonché dello stato di abbandono in cui versa il reo una volta espia la pena. A tratteggiarsi, quindi, è un "circolo vizioso" dal quale emerge il profondo legame che intercorre tra le disuguaglianze e il diritto penale.

toantigone.it.

³ F. BRICOLA, *Forme di tutela «ante delictum» e profili costituzionali della prevenzione*, in *Le misure di prevenzione. Atti del convegno di Alghero*, Milano, 1975, 74.

Più nel dettaglio, l'introduzione di nuovi titoli di reato, l'estensione di misure *ante delictum* o, ancora, l'inasprimento delle pene, attraverso riforme dal tono spesso emergenziale, assumono le vesti di un "flebile compenso" destinato a saziare solo provvisoriamente il senso di insicurezza della collettività. Invero, i reali effetti di un simile approccio sembrano piuttosto essere quelli di un accrescimento delle disuguaglianze e di un'exasperazione dei conflitti sociali, a cui consegue una sofferenza delle nostre istituzioni penitenziarie e del nostro sistema giudiziario. Inoltre, si ha un mancato effettivo contenimento del fenomeno criminoso oggetto di attenzione da parte del legislatore.

In definitiva, nel sostenere la necessità di una piena attuazione del dettame dell'art. 3 della Costituzione e, in specie, della componente sostanziale del principio di eguaglianza (comma 2), si pone l'esigenza di incentivare un dialogo tra il diritto penale e le scienze umane di riferimento, nel corso del quale sia riservata una forte attenzione al dato empirico. È questa la prospettiva che ha animato gli interventi susseguitisi nel corso del convegno che ha dato vita al presente contributo, al quale hanno partecipato specialisti del diritto, dell'economia, della sociologia e della criminologia. Un confronto plurale e interdisciplinare che, dunque, si prefigura come un passo significativo nella costruzione del percorso sostenuto in questa breve introduzione.

CAPITOLO I

Disuguaglianze plurali

Chiara Saraceno

SOMMARIO: 1. Disuguaglianze. – 2. Disuguaglianze di genere. – 3. Disuguaglianze generazionali. – 4. Disuguaglianze territoriali.

1. Disuguaglianze

Le diverse forme di disuguaglianza vengono di solito, in letteratura, raggruppate in disuguaglianze verticali e orizzontali. Le prime sono quelle che possono essere rappresentate in una gerarchia ordinata – di livelli di istruzione, di reddito, di posizione nella stratificazione sociale basata sulla stratificazione occupazionale. Le seconde sono quelle associate a una particolare caratteristica personale o di gruppo (categoriale): il sesso, l'etnia, la religione, il colore della pelle e così via. La dicotomia verticale/orizzontale non deve tuttavia trarre in inganno, dato che le disuguaglianze sono sempre verticali: tra chi è sopra e chi è sotto, tra chi ha più o meno potere, più o meno riconoscimento.

Ciò che distingue i due tipi di disuguaglianze – verticali e orizzontali, o di gruppo – è che le seconde vengono legittimate in termini culturali/valoriali ed esprimono giudizi generali sulle caratteristiche, capacità, persino valore, degli individui che vengono identificati (e/o si identificano) come appartenenti all'uno o all'altro gruppo, a prescindere dalle loro specificità individuali e talvolta anche alla posizione che occupano nella stratificazione sociale. Le differenze di sesso, trasformate in differenze di genere, ovvero di aspettative e identità socialmente costruite, diventano disuguaglianze culturalmente legittimate tra uomini e donne in diversi ambiti di vita e relazione. Una donna non solo è spesso discriminata in quanto tale nel mercato del lavoro, mentre ci si aspetta che si faccia carico di tutto, o gran parte, del lavoro familiare. Anche se ha una istruzione elevata, una buona posizione professionale e un buon reddito, non è al riparo dall'essere valutata, anche in campo professionale, per il suo aspetto fisico, o dall'essere oggetto di molestie sessuali per strada o nel posto di lavoro, o di violenza sessuale da parte di familiari o di estranei.

L'appartenere ad un'etnia, avere una religione, o colore della pelle, diversi dalla maggioranza (o anche dalla minoranza che è in posizione di potere) può costituire un fattore di discriminazione in uno, o più, ambiti di vita e relazione. Come ebbe ad osservare Obama in occasione dell'ennesimo omicidio di un ragazzo nero da parte di un poliziotto, un ragazzo nero non è mai al sicuro per

strada negli Stati Uniti, anche se fosse figlio del presidente degli Stati Uniti. Avere un nome e una sembianza “araba” o medio-orientale induce immediato sospetto e provoca lunghi controlli negli aeroporti. Essere noti come appartenenti all’etnia rom può causare molte difficoltà nella ricerca sia di un lavoro sia di una abitazione, a prescindere dal livello di istruzione, di ciò che si sa fare, di come si vive. Avere una disabilità costituisce spesso ancora oggi un marchio di inferiorità sociale.

A differenza delle disuguaglianze “verticali”, che possono assomigliarsi anche in società culturalmente diverse tra loro e in epoche differenti (anche se può variare il numero e la composizione degli scalini), nel senso che il principio che le ordina è lo stesso, quelle orizzontali/categoriali possono variare anche molto da una società e da un’epoca all’altra, se differiscono, o cambiano i modelli culturali o la religione e l’etnia prevalenti. I mussulmani discriminati in un paese possono a loro volta discriminare i cristiani nelle proprie comunità, o nei paesi in cui la loro è la religione maggioritaria. Gli ebrei erano un tempo in Europa, ed anche in Italia, il gruppo etnico-religioso più discriminato, oggi non più. Più in generale, “le differenze che si traducono in disuguaglianza” non sono sempre la stesse nel tempo e da una società all’altra ed il loro elenco può essere più o meno lungo, anche se alcune – in particolare l’essere di sesso femminile o appartenere ad una minoranza etnica – sono più diffuse e permanenti di altre.

Ancora diverse dalle disuguaglianze cosiddette verticali e orizzontali, a mio parere, sono le diseguaglianze che derivano dai “tempi di ingresso” in un determinato contesto sociale e quelle territoriali all’interno di uno stesso paese.

Le disuguaglianze nei “tempi di ingresso” riguardano in primo luogo l’età. Tipicamente, ad essere in una situazione di svantaggio rispetto all’accesso alle posizioni migliori nel mercato del lavoro, in politica, nel sistema culturale e così via, sono i più giovani. “Arrivando dopo”, trovano le posizioni migliori, incluse quelle del *decision making* e del potere di cooptazione, già occupate da chi è venuto prima di loro. A ciò si può aggiungere che, come aveva osservato già molti anni fa la demografa Matilda Riley, ogni generazione, nell’insieme di decisioni che prende in termini di organizzazione della società, “prepara il letto di Procuste in cui dovrà adattarsi la generazione successiva”. Uno dei motivi della ridotta mobilità ascendente delle coorti più recenti sta nel fatto che, rispetto alle coorti più vecchie entrate nel sistema formativo e poi mercato del lavoro negli anni dell’istruzione di massa, dell’industrializzazione, del boom economico e dell’espansione dei consumi, il ventaglio delle posizioni che permettono di migliorare rispetto ai propri genitori sono più ridotte¹ e, stante il

¹ Cfr. ad esempio M. BARBAGLI e M. PISATI, *La mobilità sociali in Italia*, in Accademia dei Lincei, *Atti del convegno Diseguaglianze e classi sociali. La ricerca in Italia e nelle democrazie avanzate*, Roma, 2018, 103-116.

miglioramento delle speranze di vita e l'innalzamento dell'età pensionistica, sono detenute più a lungo dalla generazione anziana. Ma l'età, e i tempi di ingresso, possono giocare anche in direzione opposta, specie in periodi di forte mutamento tecnologico e sociale. Gli anziani possono diventare, o essere considerati, obsoleti nelle loro capacità, gusti, modi di pensare e di apparire. E possono essere discriminati in quanto tali sia nel mercato del lavoro, sia in settori culturali, nelle rappresentazioni pubbliche, nelle offerte di consumo. È per lo meno interessante e da segnalare che in alcuni paesi (non in Italia) l'*ageism*, la discriminazione nei confronti delle persone anziane, sia stata messa a fuoco, appunto, come una forma specifica di discriminazione in società in cui il peso demografico degli anziani è sempre più grande.

“Il tempo di ingresso” può costituire un fattore di disuguaglianza anche indipendentemente dall'età. I migranti sono tipici “nuovi entranti” in un sistema, che oltre tutto spesso non li prevede. Anche le donne, anche quando autoctone e certamente non minoranza, sono nella maggior parte dei paesi, inclusi quelli democratici sviluppati, “nuove entranti” nei sistemi occupazionali, in talune professioni, in politica, nei luoghi di presa delle decisioni e dove vengono elaborate le rappresentazioni e narrazioni dominanti sulla società e su come va il mondo. Perciò devono fare i conti con sistemi organizzativi, temporali, di riconoscimento del merito e delle competenze e simbolici che non le prevedevano, o non come pari, oltre ad essere in larga misura in mano a uomini che difendono come tali le proprie posizioni di genere.

Le disuguaglianze territoriali spostano il livello di analisi della disuguaglianza – verticale, orizzontale, di tempi di ingresso – dagli individui al contesto locale. È la struttura locale delle possibilità economiche, lavorative, spesso anche di welfare, a dare forma alle chances di vita delle persone, a partire dalle chances di accedere a un ventaglio ampio di posizioni professionali, ma anche per quanto riguarda la salute, le speranze di vita, in alcuni casi anche l'efficacia dell'istruzione. Ovvero sono i territori ad essere disuguali nelle chances di vita che offrono, non una qualche definizione categoriale degli individui che vivono in questo o quel contesto. Per gli individui che si spostano da un territorio svantaggiato ad uno con maggiori risorse questa particolare disuguaglianza può sparire, mentre per quelli che rimangono essa può accentuare il peso delle disuguaglianze sia verticali che orizzontali. Il caso, in Italia, delle scarsissime chances occupazionali e del sovraccarico del lavoro familiare delle donne meridionali a bassa istruzione, stante l'inadeguatezza del welfare locale, è emblematico.

In questo breve saggio illustrerò alcuni esempi di come in Italia queste disuguaglianze si intreccino, dando luogo a particolari costellazioni.

2. Disuguaglianze di genere

Il tasso di occupazione femminile in Italia è in un costante, benché lento, aumento, interrotto solo dalla crisi pandemica, dagli anni Novanta del secolo scorso. Rimane tuttavia, al 52,7%, insieme a Malta e Grecia tra i più bassi d'Europa, ove la media è del 69%. Presenta, inoltre, uno dei divari maggiori rispetto al tasso maschile, nonostante questo, al 70,8%, non sia certamente tra i più alti in Europa e sia persino diminuito rispetto al 2004. Ciò è avvenuto soprattutto a causa dell'invecchiamento della popolazione che ha ridotto la fascia in età lavorativa, ovviamente per entrambi i sessi, ma che nel caso delle donne è stato compensato dall'aumentato tasso di attività da una coorte all'altra². Le donne sono anche più spesso concentrate nei settori e mansioni meno remunerati ed hanno più spesso contratti di lavoro non standard e precari, con alti, e in aumento, tassi di part time involontario. Ciò riduce sia la loro capacità economica, sia la loro ricchezza pensionistica. Come ha documentato anche il *Rapporto annuale* INPS del 2022³, le pensioni delle donne sono in media inferiori a quelle degli uomini, anche considerando solo quelle occupazionali, ad esclusione delle pensioni di reversibilità.

Il comparativamente basso tasso di occupazione femminile, lo schiacciamento verso i livelli più bassi della scala occupazionale e la maggiore precarietà dei contratti di lavoro che sperimentano, hanno diverse cause. Le principali sono: la persistenza di una forte asimmetria nella divisione del lavoro familiare a carico delle donne, quindi la persistenza di modelli di genere polarizzati, specie in presenza di responsabilità familiari, con l'uomo percepito come responsabile principale del mantenimento e la donna del lavoro domestico e di cura; l'insufficienza (e disuguaglianza a livello territoriale) di servizi per la prima infanzia, scuole a tempo pieno, servizi per la non autosufficienza; stereotipi di genere che guidano sia le scelte e le priorità nelle politiche sociali sia le decisioni di datori di lavoro, sia i comportamenti dei singoli. Secondo l'ultima indagine sugli stereotipi, il 23 % degli uomini adulti ritiene che sia compito dell'uomo provvedere alle necessità della famiglia e, simmetricamente, il 24,6 % che gli uomini siano meno adatti ad occuparsi delle faccende domestiche -opinioni condivise rispettivamente solo dall'11,5 e 18,3 % delle donne. E l'8,7 % degli uomini (3,9 % delle donne) ritiene che sia l'uomo a dover prendere le decisioni importanti per la famiglia, con un 8,1 % (4,9 tra le donne) che ritiene che una buona moglie/companna debba assecondare le idee del proprio marito/compagno anche se non è d'accordo⁴.

² Cfr. ISTAT, *Rapporto Annuale 2023*, Roma, 2023, Cap. 2.

³ INPS, *Rapporto annuale*, Roma, INPS, 2022.

⁴ Cfr. Presidenza del Consiglio dei Ministri, Dipartimento per le Pari Opportunità e ISTAT, Gli

Le conseguenze di questo stato di cose non riguardano, per altro, solo la bassa partecipazione al mercato del lavoro delle donne, ma anche le, crescenti, disuguaglianze tra donne nella partecipazione a seconda che abbiano o meno figli, specie se piccoli, e il livello di istruzione, oltre che dell'area territoriale. In Italia, infatti, la maternità continua a rappresentare un handicap nel mercato del lavoro, solo parzialmente compensata da un buon livello di istruzione. Come osserva il Rapporto annuale Istat del 2023, “nel 2022 il tasso di occupazione delle 25-49enni è l'80,7 per cento per le donne che vivono da sole, il 74,9 per cento per quelle che vivono in coppia senza figli, e il 58,3 per cento per le madri. Anche in questo caso, il divario a sfavore delle madri rispetto alle donne senza obblighi familiari si riduce sensibilmente per le donne con un più elevato titolo di studio. Per le laureate, il tasso di occupazione è superiore al 70 per cento indipendentemente dal ruolo svolto in famiglia (tranne quello di figlia), e in tutte le ripartizioni. Si delinea dunque un quadro molto eterogeneo, con un tasso di occupazione per le donne di 25-49 anni che varia da un minimo di 21,4 per cento delle madri del Mezzogiorno con basso titolo di studio a un massimo di 92,7 per cento delle donne laureate che vivono da sole al Nord”⁵.

3. Diseguaglianze generazionali

Ogni nuova coorte di età che entra nel mercato del lavoro trova davanti a sé persone più grandi per età, con una storia lavorativa più lunga, quindi con salari in generale più alti. Ciò che è successo e succede da alcuni decenni alle giovani generazioni che via via entrano nel mercato del lavoro, tuttavia, segnala svantaggi che non hanno solo che fare con il fatto che si tratta di nuovi ingressi, ma con i mutamenti avvenuti sia nel mercato del lavoro sia sul piano demografico. Dagli anni Novanta del secolo scorso, infatti, la progressiva riduzione della popolazione giovanile unita ad un innalzamento del suo livello di istruzione medio (che pure rimane più basso della media europea) non si è tradotta in una facilitazione all'ingresso nel mercato del lavoro. Al contrario i giovani hanno trovato crescenti difficoltà ad entrare ed a stabilizzarsi. Gran parte della cosiddetta flessibilizzazione del mercato del lavoro, con il ricorso a contratti atipici e temporanei, si è infatti concentrata sulle generazioni più giovani, spesso prolungandosi ben oltre la giovinezza. Ciò ha anche fatto sì che le coorti più giovani fossero maggiormente esposte all'impatto delle due grandi crisi degli anni 2000: quella finanziaria del 2008 e quella pandemica del 2020.

stereotipi sui ruoli di genere e l'immagine sociale della violenza sessuale. Anno 2018, Roma

⁵ ISTAT, *Rapporto annuale 2023*, cit., 82. Si veda anche: M. NALDINI e C. SARACENO, *Changes in the Italian Work-Family System and the Role of Social Policies in the Last Forty Years*, in *Stato e mercato*, 42 (1), 2022, 87-115

Come documenta il citato Rapporto annuale ISTAT, “Al netto delle dinamiche demografiche, nel periodo 2004-2022 gli andamenti del mercato del lavoro hanno interessato in modo differente e speculare i lavoratori giovani e adulti. Il tasso di occupazione per i 15-34enni è diminuito di 8,6 punti percentuali (dal 52,3 al 43,7 per cento), mentre per i 50-64enni l'indicatore aumenta di 19,2 punti (dal 42,3 al 61,5 per cento), tanto che a partire dal 2010 il tasso della coorte più anziana supera quello dei giovani. Il tasso di occupazione per i 35-49enni tra il 2004 e il 2022 è invece rimasto stabile, poco sopra il 75 per cento”⁶. Queste percentuali, inoltre, nascondono forti differenze di genere, a svantaggio delle donne.

La maggiore difficoltà dei giovani ad entrare nel mercato del lavoro, la loro più lunga permanenza in contratti precari, discontinui e perciò poco protetti dal sistema frammentato di ammortizzatori sociali, incide negativamente sulle loro possibilità di formare una famiglia qualora lo desiderino. Mette anche a rischio la loro vecchiaia stante che per loro vigerà esclusivamente il sistema pensionistico contributivo, per il quale è cruciale la continuità e la progressione sia lavorativa sia contributiva⁷.

Questa situazione di svantaggio generazionale non cancella le disuguaglianze tra giovani dovute all'origine familiare e alla collocazione territoriale, oltre che all'appartenenza di genere. Se mai le accentua, nella misura in cui i meno istruiti e coloro che vivono nel Mezzogiorno e le donne sperimentano di norma difficoltà maggiori. Va segnalato, in particolare, che l'Italia è uno dei paesi in cui le politiche pubbliche, a partire da quelle educative, sono meno efficaci nel contrastare le disuguaglianze derivanti dall'origine sociale. Lo mostrano i risultati dei test PISA e INVALSI, le caratteristiche sociali di chi abbandona precocemente la scuola e della maggioranza dei cosiddetti NEET, di chi né studia né lavora, specie tra chi non cerca neppure un lavoro, il peso dell'origine familiare nella scelta della scuola secondaria di secondo grado.

Un altro aspetto delle disuguaglianze generazionali poco o per nulla messo a fuoco dalla politica riguarda l'aumento, a partire dalla seconda metà degli anni Novanta, dell'incidenza della povertà minorile, che ha portato le bambine/i e adolescenti ad essere il gruppo di età più esposto alla povertà sia relativa sia assoluta (fig. 1)⁸. Nel 2022, si trovava in povertà assoluta il 13,4% di tutti i minorenni, a fronte di un'incidenza sull'intera popolazione del 9,7%. Per i minorenni di origine straniera la percentuale è di oltre il 30%. Va segnalato che le ricerche nazionali e internazionali documentano come

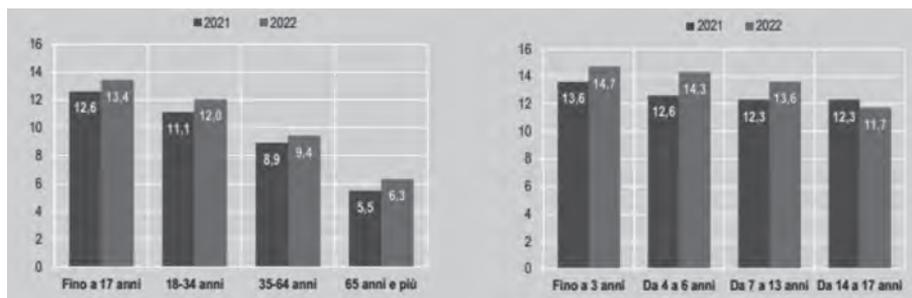
⁶ ISTAT, *Rapporto Annuale 2023*, cit. p. 77.

⁷ S veda anche il cap. 2 in M. FILANDRI, *Lavorare non basta*, Bari, 2022.

⁸ Sui minorenni, insieme ai lavoratori poveri e i migranti come i gruppi più a rischio di povertà in Italia si veda il cap. 5 di C. SARACENO, D. BENASSI, E. MORLICCHIO, *La povertà in Italia*, Bologna, 2022.

crescere in povertà, specie se grave, non solo sia altamente predittivo di rimanere in povertà anche da adulti. È anche fortemente correlato con la povertà educativa, sia in termini di livelli di istruzione raggiunti, sia in termini di capacità sviluppate sul piano cognitivo, relazionale, emotivo⁹. La povertà dei bambini e adolescenti, quindi, non rappresenta solo un'ingiustizia; rappresenta anche un rischio di impoverimento generale della società, tanto più in un contesto di bassa natalità.

Fig. 1 Incidenza della povertà assoluta per fascia di età. 2021-2022



Fonte: ISTAT, Le statistiche ISTAT sulla povertà. Anno 2022, *Statistiche Report*, 25 Ottobre 2023, fig. 2.

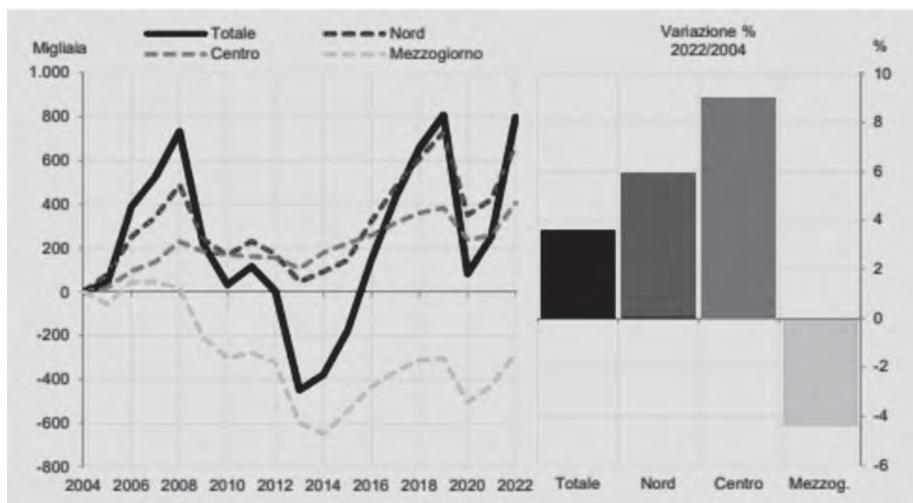
4. Disuguaglianze territoriali

I divari territoriali, la loro persistenza e intensità sono una delle caratteristiche dell'Italia dall'unità a oggi, oggetto di un'ampia letteratura che non è il caso di riprendere qui. Questi divari, che per molti versi possono essere considerati vere e proprie disuguaglianze nella cittadinanza, riguardano molte dimensioni, intrecciandosi, e aggravando, anche altre forme di disuguaglianza.

Per quanto riguarda il mercato del lavoro, basti segnalare che, come mostra il Rapporto Annuale ISTAT già citato, dal 2004 al 2022 la situazione del Mezzogiorno è nettamente peggiorata, ampliando i divari nei tassi di disoccupazione con le altre ripartizioni, nonostante anche queste abbiano sofferto sotto i colpi della crisi finanziaria prima, di quella pandemica poi (fig. 2).

⁹ Si veda ad esempio O. DE SCHUTTER, H. FRAZER, A.-C. GUIO, E. MARLIER, *The escape from poverty*, Bristol, Policy Press, 2023.

Fig. 2. Occupati per ripartizione geografica. 2004-2022. Numeri assoluti in migliaia di unità e in percentuale



Fonte: ISTAT, Rilevazione sulle forze di lavoro

Come si è detto in un paragrafo precedente, queste disuguaglianze territoriali nei livelli di occupazione riguardano in maniera accentuata le donne, tanto più se madri e se a bassa istruzione. Riguardano anche i giovani di ambo i sessi, anche i più istruiti, che ormai da tempo hanno ripreso a migrare verso le regioni settentrionali o fuori Italia, depauperando di risorse umane il Mezzogiorno, come documentano periodicamente i Rapporti SVIMEZ.

Per quanto riguarda l'incidenza differenziale della povertà, è un dato di lungo periodo al punto da aver fatto, erroneamente, pensare che la povertà in Italia fosse esclusivamente una questione meridionale¹⁰. Rimane il fatto che essa è più consistente e intensa nel Mezzogiorno e nelle Isole, nonostante le due crisi degli anni 2000, unite ai fenomeni migratori, la abbiano fatta aumentare un po' anche nel Centro – Nord. La Tab.1 mostra queste differenze per il biennio 2021-2022, l'unico per cui ci siano dati omogenei, poiché la rilevazione su cui si basano e le modalità di calcolo sono in parte cambiati.

¹⁰ Si veda la discussione nel citato volume *La povertà in Italia*, in particolare i capitoli 3 e 4.

Tab. 1 Incidenza e intensità della povertà assoluta a livello territoriale. Anni 2020-2021

POVERTÀ ASSOLUTA: I NUMERI CHIAVE												
Anni 2021 (a)-2022 (b), stime in migliaia di unità e valori percentuali												
PRINCIPALI INDICATORI	RIPARTIZIONE GEOGRAFICA											
	Nord-ovest		Nord-est		Centro		Sud		Isole		Italia	
	2021	2022	2021	2022	2021	2022	2021	2022	2021	2022	2021	2022
Famiglie povere (valori assoluti)	495	531	366	408	318	342	585	630	258	276	2.022	2.187
Persone povere (valori assoluti)	1.183	1.295	924	1.003	857	874	1.711	1.780	642	722	5.317	5.674
Incidenza della povertà assoluta familiare (%)	6,8	7,2	7,1	7,9	6,0	6,4	10,5	11,2	9,2	9,8	7,7	8,3
Incidenza della povertà assoluta individuale (%)	7,5	8,3	8,1	8,8	7,3	7,5	12,7	13,3	10,0	11,3	9,1	9,7
Intensità della povertà assoluta familiare (%)	18,3	18,5	15,9	16,5	18,2	17,1	21,3	19	19,2	20	18,9	18,2

Fonte: Le statistiche ISTAT sulla povertà. Anno 2022, *Statistiche Report*, 25 Ottobre 2023.

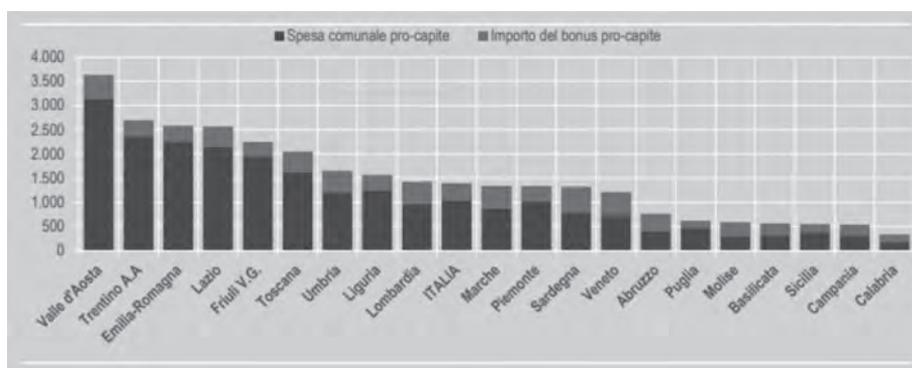
Le disuguaglianze territoriali non riguardano solo il mercato del lavoro, ovvero i tassi di occupazione regolare, con i loro effetti sul reddito, ma anche sull'accesso alle diverse forme di protezione sociale e sulla ricchezza pensionistica. Riguardano anche la stessa offerta di beni pubblici: sanità, istruzione, servizi per la prima infanzia, servizi per la non autosufficienza, assistenza sociale, ma anche trasporti efficienti, disponibilità di verde pubblico, sicurezza, e così via¹¹. Queste disuguaglianze dipendono sia da come vengono effettuate le politiche nazionali – ad esempio nel Mezzogiorno ci sono molte meno scuole a tempo pieno e con mensa, incluse le scuole per l'infanzia, che nel resto d'Italia ed i trasporti ferroviari e le infrastrutture stradali sono meno efficienti – sia dalle disponibilità e scelte locali. Nonostante la spesa sociale dei comuni sia sensibilmente aumentata tra il 2016 e il 2022, come ha segnalato una recente analisi¹², essa è lungi dall'essere uniforme sul territorio nazionale e mostra un'evidente situazione di svantaggio per i piccoli comuni e per il Meridione. Nel 2022 la spesa pro capite era di soli 133 euro nei comuni con popolazione inferiore ai 10 mila abitanti, il doppio nelle città con più di 100 mila abitanti, in parte a moti-

¹¹ Per una panoramica generale delle differenze e disuguaglianze regionali nei livelli di benessere si vedano gli indicatori territoriali sul Benessere equo e sostenibile nei territori (BEST) prodotti dall'ISTAT dal 2018 ad integrazioni di quelli nazionali (BES), [https://www.istat.it/it/benessere-e-sostenibilit%C3%A0/la-misurazione-del-benessere-\(bes\)/il-bes-dei-territori](https://www.istat.it/it/benessere-e-sostenibilit%C3%A0/la-misurazione-del-benessere-(bes)/il-bes-dei-territori). Specificamente sulla sanità si veda l'ultimo rapporto della Fondazione GIMBE, *6° Rapporto sul Servizio Sanitario Nazionale*, Roma, 10 Ottobre 2023 e quello, sempre della Fondazione GIMBE, sulle migrazioni sanitarie inter-regionali che mostra come, di fatto, le carenze del servizio sanitario nel Mezzogiorno portino un flusso aggiuntivo di risorse dalle regioni meridionali verso alcune di quelle settentrionali: Osservatorio GIMBE, *Report mobilità sanitaria 2021*, Roma, 16 gennaio 2024. Sulla diseguale dotazione di infrastrutture educative e scolastiche a livello territoriale si veda il Rapporto CRC, *I diritti dell'infanzia e dell'adolescenza in Italia – I dati regione per regione 2021*, Roma, 2021.

¹² F. MOSTACCI, *Come cambia la spesa sociale dei comuni*, lavoce.info, 27.12, 2023, <https://lavoce.info/archives/103188/come-cresce-la-spesa-sociale-dei-comuni/>.

vo della possibilità di ricorrere ad economie di scala. Per quanto riguarda nello specifico le differenze territoriali, la spesa pro capite nel 2022 è stata di 205 euro nel Nord-Est, 180 nel Nord-Ovest, 187 al Centro e appena 131 al Sud (113 euro in Calabria e 115 in Campania). Le Isole sono fortemente eterogenee, con il valore più alto d'Italia in Sardegna (411 euro) e uno tra i più bassi in Sicilia (142 euro). La fig. 3 mostra come queste differenze – sia negli investimenti nazionali (nella fattispecie il bonus nido) sia in quelli locali, si traducano nel caso dei bambini fino ai tre anni: l'assenza di nidi riduce la possibilità di fruire del bonus nido, lasciando molti bambini e i loro genitori senza alcun aiuto nella crescita di un bambino piccolo, una situazione che verrà ulteriormente accentuata dalla maggiorazione del bonus nido decisa con la legge di stabilità per il 2024.

Fig. 3 Spesa media per bambino residente di 0-2 anni, per l'offerta educativa dei comuni e per il bonus nido erogato dall'INPS. Anno 2021



Fonte: ISTAT, Offerta nidi e servizi integrati per la prima infanzia. Anno educativo 2020-21, *Statistiche Report*, 21 Ottobre 2022.

Proprio la condizione infantile segnala i possibili effetti drammatici di disuguaglianze così ampie e pervasive, toccando le stesse possibilità di sopravvivenza alla nascita. Nonostante il tasso di mortalità neo-natale e infantile sia oggi in Italia comparativamente molto basso, infatti, oltre il 45% di tutte le morti nel primo anno di vita avviene nel Mezzogiorno. E un bambino che nasce da genitori residenti nel Mezzogiorno ha un rischio del 50% in più di morire nel primo anno di vita rispetto ad uno che nasce nelle regioni del Nord. Questo stesso livello di rischio aggiuntivo riguarda anche, a livello nazionale, i bambini che nascono da genitori stranieri, ma raddoppia, salendo al 100 %, nel caso nasca nel Mezzogiorno¹³: un chiaro esempio di disuguaglianze intrecciate, che

¹³ M. DE CURTIS e S. SIMEONI, *Mortalità infantile, ancora troppe disuguaglianze*, in *Pediatria*, 6,

si aggravano reciprocamente. Questo fenomeno è l'esito della combinazione di povertà, difficoltà di accesso alle cure, abbandono da parte di servizi socio-assistenziali carenti.

Della disuguale distribuzione di beni pubblici a livello territoriale occorrerebbe tenere conto quando si discute del costo della vita differenziale in senso inverso, nella misura in cui quest'ultimo considera solo i beni di mercato. Ovviamente occorrerebbe tenerne conto anche nei progetti di autonomia differenziata, che invece sembrano andare nella direzione di un rafforzamento, con il rischio molto concreto di cristallizzare ulteriormente e in modo definitivo le diseguaglianze territoriali nell'accesso effettivo al riconoscimento e risorse di cittadinanza¹⁴.

giugno 2021.

¹⁴ Cfr. G. VIESTI, *Contro la secessione dei ricchi*, Bari, 2023. Si veda anche il citato 6° Rapporto della Fondazione GIMBE.

Di cosa parliamo quando parliamo di diseguaglianze economiche? Concetti e evidenze

Michele Raitano

SOMMARIO: 1. Introduzione. – 2. Questioni definitorie. – 3. L'andamento della diseguaglianza dei redditi in Italia, in prospettiva comparata. – 4. Dobbiamo preoccuparci della diseguaglianza?

1. Introduzione

L'obiettivo di questo contributo è chiarire a cosa guardano gli economisti quando si parla di diseguaglianze economiche, in modo da fornire gli strumenti necessari per interpretare l'andamento della distribuzione dei redditi in Italia. In quest'ottica, dopo aver chiarito cosa si intende per diseguaglianza economica, ragionerò su alcuni dei meccanismi che la generano – sottolineando, in particolare, il ruolo svolto dai mercati – e rifletterò sulle tendenze in atto, richiamando i principali dati a disposizione su livelli e dinamica della diseguaglianza di reddito nel nostro paese e nei principali paesi occidentali.

2. Questioni definitorie

In questa relazione mi concentro sulla diseguaglianza personale, ovvero sulle differenze di reddito (da ogni possibile fonte) fra gli individui e le famiglie appartenenti a una data popolazione. Un altro importante concetto di diseguaglianza studiato dagli economisti si riferisce alla distribuzione funzionale, ovvero a come il prodotto nazionale si divide tra i fattori produttivi (in primis fra capitale e lavoro). Le tendenze della diseguaglianza funzionale vengono solitamente valutate guardando alla quota di reddito appropriata dal fattore lavoro (la *labour share*); un calo di quest'ultima, come avvenuto in quasi tutti i paesi sviluppati negli ultimi anni (Piketty, 2014; Glyn, 2009; Francese e Mulas-Granados, 2015), viene interpretato come peggioramento della distribuzione funzionale.

Sebbene guardare alla divisione del prodotto fra salari e profitti sia importante per valutare le dinamiche distributive, per interpretare le tendenze della diseguaglianza è preferibile guardare alla distribuzione personale per due ragioni principali. In primo luogo, le evidenze recenti mostrano un forte au-

mento della disegualianza “all’interno del lavoro”, che non viene catturata se si guarda solo alla distribuzione funzionale. A tale proposito, basta pensare che all’interno della “quota lavoro” rientrano sia un manager super-ricco che un lavoratore precario che lavora poche ore durante la giornata; la quota di prodotto che va al lavoro potrebbe, dunque, rimanere costante pur in presenza di un forte peggioramento delle differenze fra lavoratori “forti” e “molto deboli”. In secondo luogo, pur essendo i due concetti chiaramente interrelati (essendo, in media, i lavoratori meno abbienti dei capitalisti), un peggioramento della distribuzione funzionale non comporta automaticamente un aumento della disegualianza personale e viceversa, per molteplici ragioni. Da una parte, come richiamato poc’anzi, una data *labour share* potrebbe essere distribuita in modo estremamente diverso tra i lavoratori; dall’altra, le famiglie possono ricevere sia redditi da lavoro che da capitale e, inoltre, non tutti i redditi da capitale sono effettivamente distribuiti alle famiglie, almeno nel breve periodo (alcuni sono capitalizzati nei valori delle attività finanziarie o sono trattenuti nelle imprese); infine, imposte e trasferimenti pubblici possono alterare significativamente il legame tra distribuzione funzionale e personale.

Coerentemente con la gran parte della letteratura economica che si occupa di disegualianza personale, di seguito si considera il reddito come la principale “proxy” del benessere economico, anche perché altre possibili grandezze – quali il consumo, la ricchezza, o misure multidimensionali basate sull’approccio delle capacità (Sen, 1991) – sono più difficili da misurare dei redditi, soprattutto nei confronti internazionali, a causa di limiti dei dati disponibili e notevoli complessità metodologiche (Davies, 2009; Comin, 2008; Aprea e Raitano, 2023).

Tuttavia, anche limitando l’attenzione al reddito, lo studio della disegualianza rimane una questione complessa. La distribuzione dei redditi è un fenomeno sfaccettato poiché, anche a parità del valore di un possibile indice di disegualianza, diverse tendenze e meccanismi possono agire lungo le varie parti della scala distributiva, relative, ad esempio, a poveri, classe media e ricchi. A causa della complessità dei processi che influenzano la distribuzione dei redditi, non è peraltro possibile sviluppare una teoria onnicomprensiva della disegualianza, né si può identificare un unico motore responsabile delle tendenze in atto nei vari paesi.

Misurare i redditi al fine di cogliere il benessere economico di individui e famiglie non è, peraltro, affatto semplice. La letteratura economica (Canberra Group 2011) suggerisce che per valutare il benessere economico individuale occorre guardare al reddito disponibile equivalente, che viene espresso come la somma di tutti i redditi di mercato, quale ne sia la fonte (lavoro dipendente e autonomo, capitale, rendita), percepiti dai membri di un nucleo familiare, al netto delle imposte e al lordo dei trasferimenti di welfare. Tutti i redditi familiari vanno resi equivalenti, mediante le apposite scale, per consentire la compara-

zione del tenore di vita degli individui che vivono in nuclei familiari di diversa composizione. Si ritiene infatti che gli individui possano disporre delle risorse della loro famiglia anziché essere vincolati dai soli redditi percepiti direttamente da loro. In aggiunta, vivere insieme consente di beneficiare di economie di scala (ad esempio, poter condividere una serie di beni durevoli), ragion per cui nella valutazione del benessere degli individui non basta dividere il reddito familiare per il numero dei componenti. I redditi equivalenti esprimono, dunque, per ogni individuo, il tenore di vita comparabile con quello di altri individui appartenenti a famiglie di diversa dimensione.

Sul piano empirico emergono, tuttavia, problematiche di non facile soluzione. Nella valutazione del benessere economico, e del ruolo redistributivo svolto dall'attore pubblico, occorrerebbe tenere conto di ogni tipologia di imposta (su reddito, consumo, patrimonio, tenendo anche conto di ogni tipo di deduzione e detrazione) e di trasferimento (attribuendo, dunque, un valore monetario ai trasferimenti in natura, quali, ad esempio, sanità e istruzione, e alle minori imposte versate grazie alle agevolazioni fiscali). Analogamente, si dovrebbe attribuire un valore monetario ai redditi in natura derivanti dalla possibilità di consumo di determinati beni senza bisogno di passare per il mercato, in primis, l'abitazione di residenza per chi è proprietario, oltre che, ad esempio, il consumo di beni e servizi prodotti all'interno della famiglia o delle forme di retribuzione non monetaria, i cosiddetti *fringe benefits* (Baldini e Toso 2009).

La limitata disponibilità di dati e i problemi metodologici che ostacolano la valutazione dell'impatto redistributivo dei trasferimenti e dei redditi in natura e delle imposte indirette fanno sì che nella definizione dei redditi disponibili si considerino invece, generalmente, soltanto le imposte personali e i trasferimenti in moneta (come le pensioni, i sussidi di disoccupazione e i redditi minimi) e non si tenga conto dei redditi non monetari (in primis, dei fitti imputati – ovvero le rendite catastali – di cui beneficiano i proprietari di casa o del vantaggio economico che affluisce agli affittuari a prezzi agevolati). Si è, dunque, costretti a trascurare alcuni importanti meccanismi attraverso i quali lo Stato può influenzare la distribuzione del potere d'acquisto tra i cittadini o attraverso cui ulteriori meccanismi di mercato possono attenuare o amplificare la sperequazione del tenore di vita. Ad esempio, guardando al possibile effetto redistributivo delle politiche pubbliche, l'adozione di misure di austerità che portino a una modifica del grado di copertura dei sistemi sanitari nazionali o una riforma tributaria che incrementi la tassazione dei consumi non sarebbero colte dai tradizionali indicatori distributivi, se non tramite eventuali effetti indiretti sui redditi da lavoro.

Va altresì evidenziato come i redditi disponibili non rappresentino che l'esito finale di un processo di formazione dei redditi – e, quindi, delle disegualianze – che si compone almeno di tre snodi, che, essendo fortemente interrelati, possono essere pensati come anelli di una catena. Nel primo, gli individui

offrono lavoro sul mercato e dalla posizione che ottengono (ad esempio, da lavoratore dipendente o da autonomo, a tempo determinato o indeterminato, a tempo pieno o parziale) dipendono il salario, la durata dell'impiego, la frequenza dei periodi di disoccupazione. Nel secondo, gli individui si compongono in nuclei familiari il cui reddito complessivo dipende non solo dai redditi da lavoro dei suoi componenti (e quindi, in modo cruciale, dal numero di percettori di salari), ma anche da altri eventuali redditi di mercato, come quelli che scaturiscono dal rendimento della ricchezza finanziaria e immobiliare posseduta. L'ultimo anello è quello dell'intervento redistributivo dello Stato attraverso imposte e trasferimenti.

La valutazione dell'impatto dell'azione pubblica sulla distribuzione dei redditi e del benessere economico non può però limitarsi alle sole politiche redistributive. Le politiche pubbliche influenzano invero la disuguaglianza anche negli altri anelli della catena, agendo sugli equilibri che si raggiungono su ogni mercato, in primis quello del lavoro, e sulle stesse scelte occupazionali e di vita dei membri dei nuclei familiari. In particolare, le politiche pubbliche possono influenzare gli esiti raggiunti dai mercati sia favorendo l'accumulazione individuale di dotazioni richieste e premiate dal mercato (ad esempio quelle di capitale umano, su cui richiamano con forza l'attenzione i sostenitori del *social investment state*; Morel et al., 2012), sia attraverso forme di regolazione dei mercati dalle quali dipende, ad esempio, la possibilità che si formino rendite e che si abbiano sperequazioni più o meno marcate (Franzini, 2018). In altri termini, l'intervento pubblico può influenzare la disuguaglianza sia attraverso le politiche redistributive sia mediante ogni altra misura in grado di determinare il funzionamento dei mercati e, quindi, di incidere sui redditi che in essi si formano. Queste politiche determinano la disuguaglianza prima dell'azione redistributiva e, per questo, vengono chiamate di "predistribuzione" (Hacker, 2011).

Tenendo conto della complessità degli aspetti e dei limiti metodologici qui richiamati, che potrebbero distorcere l'interpretazione delle tendenze degli indicatori distributivi e la loro comparabilità nello spazio e nel tempo, passiamo a riflettere su alcune evidenze relative all'evoluzione della disuguaglianza personale nei principali paesi occidentali.

3. L'andamento della disuguaglianza dei redditi in Italia, in prospettiva comparata

Il reddito equivalente disponibile (misurato, nei dati di comparazione internazionale, al netto delle imposte dirette e includendo i trasferimenti pubblici in moneta ed escludendo i fitti imputati) è, come detto, considerato il miglior indicatore del benessere economico individuale. Come indice di disuguaglianza si tende ad utilizzare nei confronti internazionali l'indice (o coefficiente) di

Gini, che varia fra 0 e 1, dove 0 rappresenta il caso ideale di equidistribuzione delle risorse all'interno di una popolazione, mentre l'indice, il cui valore cresce quanto più i redditi sono diseguali, vale 1 nel caso di massima sperequazione, ovvero quando tutti hanno reddito nullo tranne un individuo che detiene l'intero reddito della collettività.

L'osservazione dell'andamento dell'indice di Gini dei redditi disponibili in alcuni importanti paesi OCSE (Danimarca, Svezia, Germania, Italia, Regno Unito e Stati Uniti) conferma una crescita generalizzata della diseguaglianza negli ultimi decenni, anche se le dinamiche temporali seguite nei vari paesi sono differenti (Raitano, 2019). I paesi del Nord Europa si confermano come i più egualitari, nonostante una chiara tendenza di crescita della diseguaglianza soprattutto negli anni più recenti, mentre gli Stati Uniti e il Regno Unito risultano i più diseguali. In particolare, negli Stati Uniti la sperequazione dei redditi è cresciuta in modo considerevole, e con una tendenza pressoché lineare, a partire dagli anni '80 del XX secolo.

In Italia, contrariamente a una diffusa percezione, la diseguaglianza dei redditi disponibili, misurata attraverso l'indice di Gini, non sembra essere aumentata in modo rilevante dalla metà degli anni '90 del XX secolo in poi. L'indice, infatti, dopo aver registrato un improvviso salto intorno al 1993, presumibilmente in ragione della forte crisi economica-occupazionale del 1992 e delle politiche di bilancio restrittive che ne seguirono, è rimasto sostanzialmente costante negli anni successivi. Tuttavia, dietro questa costanza possono nascondersi molti cambiamenti, alcuni dei quali anche seriamente problematici (Franzini e Raitano, 2018).

La prima considerazione è che la diseguaglianza non è diminuita in seguito alla crescita occupazionale registratasi dal 1997 fino all'esplosione della crisi del 2008-2011. Questo aspetto è rilevante perché l'aumento dell'occupazione è un fattore di decisiva importanza per la riduzione delle diseguaglianze, soprattutto laddove la crescita occupazionale vada a vantaggio di chi vive in nuclei familiari che si posizionano nella coda bassa della distribuzione. Se questo non è avvenuto vuol dire sia che la crescita occupazionale si è accompagnata a livelli salariali molto modesti per i neo-entrati in attività e/o non ha avvantaggiato chi vive nei nuclei meno abbienti, sia che in altri punti della scala della distribuzione dei redditi le diseguaglianze si sono ampliate, annullando l'effetto positivo che si dovrebbe essere prodotto nella parte più bassa di quella scala. La stabilità dell'indice di diseguaglianza è, infatti, del tutto compatibile con la compresenza di opposti movimenti nella distribuzione dei redditi: al miglioramento di alcune categorie si può contrapporre il peggioramento di altre. In Italia tra coloro che hanno migliorato la propria posizione sembrano rientrare, in media, i dirigenti, i pensionati, i lavoratori autonomi – categoria caratterizzata, però, da una forte eterogeneità interna e una polarizzazione fra lavoratori a

basso e ad altissimo reddito – e i percettori di redditi da capitale, mentre operai e impiegati sarebbero regrediti (Brandolini 2005).

È inoltre presumibile che la disegualianza, così come solitamente misurata, sia sottostimata a causa della difficoltà di tenere conto di una serie di fattori “aggravanti” (Franzini e Raitano 2018). I dati campionari sui quali la si calcola non registrano, infatti, con precisione ciò che accade nelle code della distribuzione, dal momento che i più poveri (in primis gli immigrati) e i più ricchi difficilmente sono oggetto di rilevazione (Burkhauser et al., 2017). In aggiunta i “super-ricchi” rappresentano una porzione così poco rilevante dal punto di vista numerico – ma molto rilevante dal punto di vista della concentrazione dei redditi e dell’influenza sulle decisioni prese dal potere politico – che risulta pressoché impossibile osservare cosa accade al loro interno mediante indagini campionarie. Alcune tendenze recenti possono avere reso più grave la difficoltà delle indagini campionarie nel mettere a fuoco quanto sta avvenendo lungo l’intera scala distributiva. La prima riguarda il corposo aumento dell’immigrazione che ha avuto l’effetto di concentrare nella coda bassa della distribuzione individui che, per varie ragioni, tendono a non essere correttamente rappresentati nelle indagini campionarie. La seconda è la crescente concentrazione dei redditi più elevati nelle mani di pochissimi super-ricchi e anche questo fenomeno tende a sfuggire quasi del tutto alle rilevazioni campionarie (Franzini et al. 2014). Di conseguenza, se le modifiche strutturali nelle tendenze distributive hanno riguardato, in modo particolare, i segmenti estremi della popolazione, la costanza dell’indice di Gini potrebbe essere dovuta all’incapacità dei dati di cogliere questi cambiamenti decisivi per la disegualianza.

In particolare, la difficoltà di osservare quanto accade nella coda alta (nel top 1% o anche meno della popolazione), dal momento che i molto ricchi tendono, in misura maggiore, a non essere rilevati nelle survey in misura proporzionale alla loro consistenza e dispongono di fonti di reddito più difficilmente misurabili, rischia di generare una forte sottostima del livello della disegualianza. Se poi le dinamiche di concentrazione dei redditi nella parte alta della distribuzione si stessero accentuando, a essere sottostimato, oltre al livello, sarebbe anche l’aumento della disegualianza. Sulla misura della sottostima del livello della disegualianza ci viene in ausilio l’indagine 2020 sui bilanci delle famiglie italiane della Banca d’Italia che ha proposto una modalità innovativa per selezionare il campione anche sulla base delle informazioni sulle condizioni reddituali e di indebitamento, in modo da migliorare la capacità dell’indagine di rilevare i segmenti della popolazione più ricchi o più indebitati. L’utilizzo dei tradizionali pesi di riporto all’universo della popolazione intervistata restituisce un valore del coefficiente di Gini nel 2020 pari a 0,333, ma tale valore aumenta in misura molto considerevole – a 0,395 (con un aumento del 18,6%) – se la disegualianza viene calcolata applicando i pesi di riporto all’universo che ten-

gono conto anche di livello di reddito e indebitamento e, dunque, riducono la sottostima delle diseguaglianze che emergono nella coda estrema.

Essendo applicata la nuova metodologia al solo 2020 i dati di Banca d'Italia non consentono di correggere il trend del coefficiente di Gini e, dunque, di confutare o meno l'immagine di costanza della diseguaglianza in Italia. Tuttavia, altri dati, di natura fiscale amministrativa, seppur distorti dalle possibili dinamiche di evasione e elusione fiscale, segnalano come in Italia nel corso degli ultimi decenni si sia accresciuta la quota di reddito appropriata da chi si situa nella parte alta e altissima della distribuzione. Guardare alla dinamica della diseguaglianza senza avere la capacità di registrare con precisione quello che accade nei segmenti estremi della distribuzione rischia, dunque, di restituire una fotografia sempre più sfocata e distorta delle dinamiche in atto in periodi in cui povertà e ricchezza estrema tendono a crescere.

Quando dalla diseguaglianza – che riguarda le differenze fra tutti gli individui all'interno di una collettività – si passa alla povertà – ovvero quando l'attenzione è rivolta unicamente a chi si situa nella parte bassa della distribuzione – il quadro diventa più articolato (Franzini e Raitano, 2023). Così come la diseguaglianza dei redditi, l'incidenza della povertà relativa – che registra la quota di individui con reddito disponibile equivalente inferiore al 60% di quello mediano – è cresciuta in modo molto limitato fra il 2005 e il 2020, mentre l'incidenza della povertà assoluta – ovvero la quota di famiglie che spende meno del costo di un paniere di beni ritenuto come necessario (il cui costo varia in funzione della composizione del nucleo familiare e dell'area geografica e del tipo di comune in cui si vive) – è praticamente raddoppiata fra il 2011 e il 2022. In questo contributo non approfondiamo le implicazioni delle diverse misure di povertà. Va però evidenziato come la sostanziale costanza dell'indicatore di povertà relativa sia in realtà coerente con la dinamica della diseguaglianza dei redditi; tale concetto di povertà – definendo la soglia di riferimento in base alla mediana della distribuzione dei redditi (che varia nel tempo a seconda del ciclo economico) – non registra infatti un eventuale impoverimento di un'intera collettività e risente, principalmente, della diseguaglianza nella 'coda bassa' di una distribuzione. Al contrario, l'indicatore di povertà assoluta, basandosi su una soglia che non varia nel tempo se non in misura della variazione dei prezzi dei beni inclusi nel paniere di riferimento – e tiene conto, dunque, anche dell'impennata dell'inflazione dello scorso biennio –, è utile a cogliere un impoverimento 'assoluto' della popolazione, ovvero l'aumento di chi non può permettersi nemmeno panieri di consumo minimali.

Guardare alla sola diseguaglianza dei redditi disponibili – che, come detto, risente in modo rilevante dell'azione pubblica redistributiva – non informa, peraltro, su quanto sta avvenendo nei mercati, in primis in quello del lavoro. Nel nostro paese, nonostante la sostanziale stabilità della diseguaglianza dei redditi disponibili richiamata poc'anzi, la sperequazione dei redditi creata dai

mercati ha continuato a crescere anche dopo la metà degli anni '90 del XX secolo (Raitano, 2019). In particolare, sulla base dei dati dell'OCSE, l'Italia risulta essere il Paese europeo caratterizzato dal maggiore aumento della disuguaglianza di mercato fra il 1985 e il 2015. Tale tendenza, nel nostro paese, è legata alla forte crescita della disuguaglianza nelle retribuzioni. Come risulta dai dati amministrativi dell'INPS sui salari nel settore dipendente privato (Bavaro e Raitano, 2024), la disuguaglianza delle retribuzioni annue è cresciuta in modo rilevante, e in misura pressoché costante, fra il 1990 e il 2018 (in tale periodo, il valore dell'indice di Gini delle retribuzioni lorde annue è aumentato di circa il 15%). Nell'ultimo decennio osservato la disuguaglianza si mantiene invece sostanzialmente costante quando il tenore di vita dei lavoratori viene valutato guardando ai salari "unitari", dividendo cioè le retribuzioni annue per le settimane lavorate *full-time equivalent* (depurando, cioè, le retribuzioni annue per le differenze legate al diverso numero di settimane lavorate, su cui incidono, in primis, i contratti a tempo determinato, e di ore lavorate alla settimana, su cui incidono i contratti a tempo parziale).

Ma basta osservare la sostanziale stabilità negli ultimi 25 anni dell'indice di Gini dei salari *full-time equivalent* per affermare che il mercato del lavoro italiano non genera disuguaglianze crescenti? Purtroppo, la risposta è necessariamente negativa per una duplice considerazione: in primo luogo, i lavoratori con contratti *full-time/full-year* sono una quota sempre minore fra i dipendenti (Bavaro e Raitano, 2024) e, in secondo luogo, se vogliamo capire come il mercato del lavoro influenzi la dispersione del benessere economico fra i residenti in Italia, non possiamo guardare semplicemente a una misura di dispersione retributiva che depuri dall'influenza dei tempi di lavoro. Dai tempi di lavoro e, dunque, dal totale dei redditi da lavoro che si riceve in un anno, dipende infatti in misura cruciale il tenore di vita di lavoratori e lavoratrici.

4. Dobbiamo preoccuparci della disuguaglianza?

L'opposta dinamica di disuguaglianza e povertà assoluta porta molti commentatori a dire che l'enfasi sulla prima sarebbe mal posta e dibattito, e dunque politiche, dovrebbero preoccuparsi unicamente delle condizioni di vita dei meno abbienti, lasciando perdere eventuali forme di sperequazione che emergono, ad esempio, fra classe media e ricca. Ma siamo sicuri che non ci siano elementi, teoricamente ed empiricamente robusti, che possono portare a valutare in modo più problematico le dinamiche della disuguaglianza dei redditi in Italia?

A tale proposito, va in primo luogo osservato che, se è vero che la dinamica del coefficiente di Gini dei redditi – così come comunemente misurati – mostra una sostanziale stabilità, è altrettanto vero che il livello di tale coeffi-

ciente posiziona l'Italia fra i paesi a più elevata diseguaglianza. Basti pensare che nel 2021 soltanto 4 paesi dell'Unione Europea (Bulgaria, Lettonia, Lituania e Romania) presentavano un coefficiente di Gini dei redditi disponibili equivalenti più elevato di quello italiano. Fra i paesi dell'UE con reddito pro capite simile, l'Italia è, dunque, sicuramente quello più diseguale. Si può quindi pensare che non sia rilevante contrastare un fenomeno la cui graduatoria ci pone fra i peggiori solo perché non emergono segnali di un ulteriore peggioramento?

In aggiunta, come già richiamato, emergono alcune preoccupazioni rispetto alla capacità dei dati di cui disponiamo di cogliere con precisione tutte le dinamiche in atto. Da una parte, le misure abituali di reddito disponibile tralasciano una serie di elementi cruciali per il benessere economico, quali, ad esempio, adeguati servizi di welfare o abitativi, la cui disponibilità può essere variata in modo diseguale nel corso del tempo. Dall'altro lato, emergono forti dubbi sulla capacità dei dati campionari, su cui si basano le statistiche sull'andamento della diseguaglianza dei redditi disponibili, di rappresentare con esattezza ciò che accade nelle parti estreme della distribuzione, ovvero fra i molto poveri e fra i molto ricchi.

Al di là di livello e tendenze della diseguaglianza, si deve analizzare in dettaglio da cosa dipendono le differenze nel tenore di vita degli individui, per valutare i processi che generano le diseguaglianze e le sue stesse conseguenze e, quindi, considerarne le implicazioni per la politica economica. Per valutare se e in quale misura ci si debba preoccupare della diseguaglianza economica, gli studiosi dovrebbero, dunque, fare un passo in più e chiedersi se le dinamiche osservate dei mercati siano accettabili in base a principi condivisi di equità e di efficienza. In particolare, quando il focus viene posto sull'efficienza, bisogna chiedersi se le differenze di reddito e salario ottenute dagli individui rispecchiano il diverso contributo che gli individui, sulla base delle loro "abilità" differenziate, offrono alla produzione – e, se questo è il caso, bisognerebbe indirizzare la policy verso l'offerta a tutti di adeguate opportunità, in primis educative – o dipendono da fattori diversi da abilità e produttività, quali rendite e posizioni di vantaggio ingiustificate, che spesso emergono nei mercati meno concorrenziali e avvantaggiano soprattutto chi riceve retribuzioni molto elevate (Franzini et al., 2014).

In Italia il quadro appare fosco sia che ci si limiti a considerare la sola eguaglianza di opportunità, sia qualora si ragioni anche sul legame fra esiti dei mercati ed efficienza dei processi economici sottostanti. Da una parte, la possibilità di dotarsi di adeguate competenze e accrescere le abilità innate risulta fortemente dipendente dalle origini familiari (Franzini, 2013; Granaglia, 2022), così generando chiare diseguaglianze di opportunità che rendono ingiusti gli esiti dei mercati, anche qualora essi rispettino principi di efficienza. Dall'altra, è forte l'evidenza che molti dei premi che si ottengono nei mercati non sono connessi a abilità individuali, ma a situazioni legate a rendite, connessioni so-

ciali e fenomeni di nepotismo. E tali situazioni evidenziano in modo plastico come, almeno in parte, le diseguaglianze che si formano nel nostro paese, oltre che ingiuste, siano anche inefficienti (Franzini et al., 2020). Non è, dunque, sufficiente migliorare il livello di istruzione di chi proviene da contesti più svantaggiati per contrastare le diseguaglianze di opportunità sostanziali e affermare che si è effettivamente livellato il piano di gioco se le posizioni che raggiungono gli individui continuano a dipendere dalle condizioni di origine e i processi di mercato non fanno altro che cristallizzare vantaggi persistenti fra genitori e figli e/o portano a remunerazioni non legate ad effettivi “meriti” individuali (laddove non si prenda come tautologica misura del merito il mero livello reddituale raggiunto dagli individui).

Preoccuparsi delle diseguaglianze appare quindi necessario perché i processi che le generano sono iniqui e inefficienti e, dunque, possono indurre una serie di conseguenze negative accentuando una serie di “mali” per la collettività che si vorrebbe invece contrastare, quali la bassa crescita economica, il malfunzionamento della democrazia e l’indebolimento della coesione sociale. In questo quadro, contrastare le diseguaglianze ingiuste diventa un imperativo per la politica economica, e molte misure, sia redistributive che predistributive, possono essere messe in campo a tale scopo.

Bibliografia

Aprèa M., Raitano M. (2023), “The income and consumption approach to uni-dimensional poverty measurement”, in Silber J. (eds.), *Handbook of research on measuring poverty and deprivation*, Edward Elgar Publishing.

Baldini M., Toso S. (2009), *Diseguaglianza, povertà e politiche pubbliche*, il Mulino, Bologna.

Bavaro M., Raitano M. (2024), “Is working enough to escape poverty? Evidence on low-paid workers in Italy”, *Structural Change and Economic Dynamics*, online first.

Brandolini A. (2005), “La diseguaglianza di reddito in Italia nell’ultimo decennio”, *Stato e mercato*, 2, pp. 207-230.

Burkhauser R., Héroult N., Jenkins S., Wilkins R. (2017), “Survey under-coverage of top incomes and estimation of inequality: what is the role of the UK’s SPI adjustment?”, ISER Working Paper, n. 2017-08

Canberra Group (2011), *Handbook on Household Income Statistics*, Geneva, United Nations.

Comin F. (2008), “Measuring capabilities”, in Comin F., Qizilbash M., Alkire S. (eds), *The Capability Approach: Concepts, Measures and Applications*, Cambridge University Press.

Davies J. (2009), “Wealth and economic inequality”, in Salverda W., Nolan B., Smeeding T. (eds), *The Oxford Handbook of economic inequality*, Oxford University Press.

Francese M., Mulas-Granados C. (2015), "Functional Income Distribution and Its Role in Explaining Inequality", IMF Working Paper, 15-244.

Franzini M. (2013), *Disuguaglianze inaccettabili. L'immobilità economica in Italia*, Laterza, Bari.

Franzini M. (2018), "Redistribuire non basta: perché e come intervenire sulle disuguaglianze di mercato", in Franzini M., Raitano M. (eds), *Il mercato rende diseguali? La distribuzione dei redditi in Italia*, Il Mulino, Bologna.

Franzini M., Granaglia E., Raitano M. (2014), *Dobbiamo preoccuparci dei ricchi? Il Mulino*, Bologna.

Franzini M., Patriarca F., Raitano M. (2020), "Market competition and parental background wage premium: the role of human and relational capital", *Journal of Economic Inequality*, 18:291-317.

Franzini M., Raitano M. (2018), a cura di, *Il mercato rende diseguali? La distribuzione dei redditi in Italia*, Il Mulino, Bologna.

Franzini M., Raitano M. (2023), *Disuguaglianza e povertà in Italia: proviamo a fare il punto*, www.eticaeconomia.it.

Glyn A. (2009), "Functional distribution and inequality", in Salverda W., Nolan B., Smeeding T. (eds), *The Oxford Handbook of economic inequality*, Oxford University Press.

Granaglia E. (2022), *Uguaglianza di opportunità. Sì, ma quale?* Laterza, Bari.

Hacker J.S. (2011), *The Institutional Foundation of Middle-Class Democracy*, Policy Network, London.

Morel N., Palier B. e J. Palme (eds) (2012), *Towards a Social Investment Welfare State? Ideas, Policies and Challenges*, Policy Press.

Piketty T. (2014), *Capital in the Twenty-First Century*, Harvard University Press.

Raitano M. (2019), "Trends and structural determinants of income inequality: an overview", in European Commission (eds.), *Addressing Inequalities: A Seminar of Workshops*, Luxembourg: Publications Office of the European Union.

Sen A. (1991), *Capabilities and well-being*, United Nations University Press.

Simons H.C. (1938), *Personal income taxation*, Chicago University Press.

Disuguaglianze e penalità: per una lettura delle ambivalenze

Alvise Sbraccia

SOMMARIO: 1. Ricezione, produzione e riproduzione delle disuguaglianze. – 2. Stratificazione sociale e linea del colore. – 3. Selettività del controllo e confini della disuguaglianza. – 4. Punire, contenere, assistere: il carcere contemporaneo.

1. Ricezione, produzione e riproduzione delle disuguaglianze

Nella declinazione proposta dalle curatrici di questo volume e promotrici del convegno tenutosi il primo dicembre 2023, quello della penalità sembra configurarsi come un terreno di incontro tra prospettive disciplinari diverse, come spazio nel quale possono convergere sguardi e saperi orientati a descrivere e analizzare le forme della disuguaglianza nelle società contemporanee, con particolare riferimento alla morfologia che esse vanno assumendo nel contesto italiano. Si tratta di uno stimolo all'incontro che proviene dalle aree degli studi giuridici penalistici e processual-penalistici ma, significativamente, non è il diritto penale ad assumere centralità nell'ambito di questa speculazione condivisa. La penalità viene definita dal diritto penale in senso prescrittivo e procedurale e senza di esso non esisterebbe come possibile oggetto di interesse nell'era contemporanea; tuttavia, ne eccede radicalmente la dimensione e in esso non si risolve, in primo luogo poiché incorpora le prassi amministrative delle istituzioni che interagiscono nella sua sfera in senso tradizionale: polizia, magistratura, carcere. Istituzioni profondamente e minuziosamente regolate in chiave giuridica, ma densamente normate attraverso meccanismi e prassi di riproduzione che ad essa si sottraggono¹.

La tentazione potrebbe allora essere quella di identificare la penalità come comparto integrato di azione amministrativa e l'elemento fondamentale di tale integrazione andrebbe identificato nella finalità di prevenire la criminalità o la sua espansione. Da questo punto di vista sarebbe stato però più lineare un riferimento al sistema della giustizia penale, oggetto peraltro di analisi comparative interdisciplinari a livello internazionale, in particolare sotto l'etichetta anglofona di *criminal justice system*.

¹ E. GOFFMAN, *Asylums: le istituzioni totali*, Torino, 1978 (1961).

Nell'ambito della sociologia funzionalista, che privilegia tendenzialmente la dimensione del consenso e della riproduzione ordinata della società, quello della giustizia (penale) sarebbe propriamente un sotto-sistema, che concorrerebbe efficacemente alla riproduzione di un ordine sociale declinato appunto nei termini di equilibrio sistemico². Si tratta di un approccio finalistico improprio per le scienze sociali, a parere di chi scrive. Più prudentemente ci proponiamo di considerare questo comparto come luogo di metabolizzazione e traduzione delle prescrizioni giuridiche e di gestione di soggettività che, attraverso le loro condotte, incontrano una dinamica definitoria di problematicità e pericolosità sociale. Queste definizioni risultano storicamente mutevoli e diversamente declinate a seconda dei contesti politico-culturali di riferimento poiché riflettono la natura dinamica dei rapporti di potere³.

Le citazioni cui si ricorre di frequente (talvolta abusandone) si caratterizzano per fascino iconico: “La legge, nella sua maestosa equità, proibisce ai ricchi così come ai poveri di dormire sotto i ponti, mendicare per le strade e rubare il pane”. Così Anatole France⁴ ironizzava quasi un secolo fa sui pilastri storici di una pericolosità sociale fatalmente proiettata verso i bassifondi. Ma già allora l'architettura del diritto penale risultava ben più articolata, identificando fattispecie e sanzioni dedicate agli autori di illegalismi che si collocavano piuttosto ai gradini intermedi e alti della gerarchia sociale. È in virtù di questa articolazione ed estensione che in ambito socio-criminologico è stato possibile sviluppare una mole significativa di studi sulla criminalità dei potenti e sui delitti dei colletti bianchi⁵. Senza di essa, in ambito nazionale, non si sarebbe condensata l'epopea giudiziaria di “Tangentopoli” che ha sospinto una dinamica di transizione politica di assoluto rilievo. Parliamo di una spinta che taluni considerano esaurita sul piano di un efficace contrasto del fenomeno della corruzione e dell'inquinamento delle relazioni economiche. Tuttavia, sul piano simbolico e sostanziale, la leva del diritto penale è costantemente attivata anche verso l'alto. Nella nostra arena culturale si sono affermati dei professionisti dell'invocazione della soluzione penale dei problemi posti da corrotti e corruttori, con particolare riferimento ai rapporti tra attori politici ed economici. Praticamente non esiste opera pubblica che si realizzi in assenza di strascichi giudiziari. Il potere politico è sistematicamente investito da inchieste e processi mediatici e tale esposizione non appare secondaria rispetto alle dinamiche di ottenimento e mantenimento del consenso elettorale. Ciò che France sottolineava non riguar-

² T. PARSONS, *Il sistema sociale*, Milano, 1965 (1951).

³ D. GARLAND, *Pena e società moderna*, Milano, 1999.

⁴ A. FRANCE, *Il giglio rosso*, Milano, 1928.

⁵ Per una ricognizione su questi temi consigliamo la lettura di due testi di Vincenzo Ruggiero (recentemente scomparso): V. RUGGIERO, *Economie sporche: l'impresa criminale in Europa*, Torino, 1996; V. RUGGIERO, *Delitti dei deboli e dei potenti: esercizi di anticriminologia*, Torino, 1999.

da tanto alla legge di per sé, bensì i meccanismi selettivi di attuazione del diritto penale, ossia appunto la sua traduzione fenomenica in quanto mediata dalle agenzie del controllo. In sostanza l'autore si riferiva al fatto che – soprattutto per quanto attiene alle forme sanzionatorie più coercitive e contundenti – sono i poveri e i marginali ad essere oggetto largamente maggioritario dei comparti amministrativi dedicati alla repressione e alla correzione⁶. In questa traduzione si producono quindi forme specifiche di disuguaglianza attraverso prassi discriminatorie e si riproducono condizioni di disuguaglianza legate alla fisionomia dei rapporti sociali in generale e di quelli di produzione in particolare⁷.

Tale effetto di riproduzione si determina a partire dalla materialità dell'esecuzione penale e non nell'ambito delle definizioni penalistiche, che non possono che sorvolare sugli elementi di dannosità delle sanzioni che eccedono l'a-

⁶ Per quanto attiene alle dinamiche specifiche del comparto giudiziario, si consideri il seguente lavoro di una delle curatrici: E. VALENTINI, *Non è un processo per poveri*, in M. CATERINI et al (a cura di), *Diritto penale della miseria e miseria del diritto penale*, Pisa, 2022, 253-278.

⁷ La criminologia di matrice marxiana insiste particolarmente sulla penalità come ambito di gestione di quella componente fluttuante rispetto alle dinamiche inclusive del mercato del lavoro alle sue articolazioni più basse. In dipendenza dai cicli del capitale, i comparti della penalità – e il carcere in particolare – si orienterebbero a formare lavoratori affidabili (operando all'insegna del principio della riabilitazione) oppure a “terrorizzare” (principio di deterrenza) coloro i quali, esclusi dal mercato del lavoro formale, potrebbero preferire gli illegalismi come modalità di sopravvivenza o comunque di acquisizione di risorse economiche. In questa prospettiva (della *less eligibility*, cfr. G. RUSCHE, O. KIRCHHEIMER, *Pena e struttura sociale*, Bologna, 1978) la penalità sarebbe funzionalmente dedicata a coloro i quali rientrano, in termini propriamente marxiani, nei ranghi del sottoproletariato urbano da un punto di vista sociologico, in quelli dell'esercito industriale di riserva da un punto di vista socio-economico. L'elemento discriminatorio e il legame con le disuguaglianze sarebbero in questo senso connotati a una penalità inquadrata nel modo di produzione capitalista. La questione teorica dibattuta in letteratura negli ultimi anni (a partire dall'ormai classico: M.B. KATZ (a cura di), *The Underclass Debate*, Princeton University Press, 1993) afferma all'ipotesi che la fluttuazione inclusiva sia ormai, in era neolibera, talmente ridotta da configurare ampie sacche sociali composte da persone che non possono più coltivare alcuna aspirazione di inclusione nel mercato del lavoro formale (A. DE GIORGI, *Il governo dell'eccezione*, Verona, 2002). Il dibattito ruota quindi intorno alla cosiddetta *underclass*, ossia a una componente sociale definitivamente marginalizzata, al più disponibile a adattamenti estemporanei a cavallo tra le economie informali e quelle illegali. Una componente rispetto alla quale la pena non potrebbe più agire negli orizzonti strategici della riabilitazione e della deterrenza, ripiegando fatalmente su crudi obiettivi di incapacitazione degli “eccedenti” (difesa sociale pura). Riecheggiando France, Wacquant ha tradotto questo scenario irrigidito con l'espressione “punire i poveri”. Si tratta pertanto di una povertà che tende a configurarsi come assoluta (L. WACQUANT, *Punire i poveri: il nuovo governo dell'insicurezza*, Roma, 2006). Il nodo interpretativo sta quindi nel considerare in che misura gli adattamenti praticabili nelle economie informali e nei settori occupazionali più deregolati e precarizzanti (quelli nei quali si addensano i cosiddetti *working poor*) possano aver sostituito le mansioni operaie di base come alternative alle carriere criminali (A. SBRACCIA, *Migranti tra mobilità e carcere*, Milano, 2007). In ogni caso, i dati socio-anagrafici che vengono registrati ufficialmente dalle amministrazioni penitenziarie occidentali (compresa quella italiana: https://www.giustizia.it/giustizia/pagel/it/statistiche?selectedNode=0_2) restituiscono l'immagine di una popolazione sempre più caratterizzata da posizionamenti stabili nella marginalità sociale, che non escludono esperienze lavorative estemporanee e fortemente caratterizzate nei termini proprio dello sfruttamento.

strazione retributiva. Torneremo su questo punto nei prossimi paragrafi, qui è rilevante ribadire come la materialità appena menzionata possa essere colta empiricamente solo attraverso la ricerca sviluppata dalle scienze sociali. A titolo esemplificativo possiamo riferirci agli studi qualitativi sulle attività di polizia⁸, alle ricerche sul *sentencing*⁹ e alle etnografie giudiziarie¹⁰, alla tradizione dei *prison studies*¹¹. Si tratta di ambiti di ricerca che insistono appunto sulle determinanti operative e selettive dei processi di criminalizzazione, ovvero sulla centralità delle pratiche del controllo. Esse riflettono da un lato gli assetti strutturali della subordinazione sociale, giacché sono i subordinati a tentare di aggredire l'ordine sociale che li penalizza; dall'altro le determinanti culturali dei soggetti che attivano e agiscono il controllo in senso microfisico, nelle interazioni del quotidiano. Ed è in particolare su questo secondo versante che l'analisi sociologica della selettività del controllo identifica un ulteriore limite.

La ricerca sul comparto (sistema di giustizia penale) non basta, poiché i riferimenti che lo attraversano non sono solo quelli propri delle culture giuridiche e professionali¹² dei soggetti coinvolti. Nelle operazioni di traduzione interferiscono e interferiscono elementi culturali di più ampia portata, che afferiscono non già a definizioni penalistiche di pericolosità sociale, delinquenza abituale (recidivismo¹³), eversione bensì alle rappresentazioni sociali dei medesimi oggetti (e soggetti). Si tratta quindi di includere nell'analisi gli elementi narrativi che identificano ad esempio i canoni di razzializzazione dei nemici interni, le condotte che rientrano nelle declinazioni contingenti di allarme sociale o vengono identificate come portatrici di degrado, i soggetti che vengono dichiarati meritevoli di sanzioni più stringenti od esemplari.

Per esemplificare, se un noto esponente politico o una celebre *influencer* affermassero “per quello che ha fatto, X si merita di marcire in galera: bisognerebbe sbatterlo in carcere e buttare via la chiave”, utilizzerebbero una locuzione che risulta incompatibile con l'impianto formale del diritto penale e senz'altro impropria rispetto alle funzioni e agli obiettivi delle istituzioni chiamate a dare corpo all'esecuzione penale. Infatti, questi attori – nel caso specifico - non legiferano né amministrano: eppure, insistono propriamente nel campo della penalità. Essa si configura pertanto come spazio nel quale convivono – e si in-

⁸ G. FABINI, *Polizia e migranti in città*, Roma, 2022; G. CAMPESI, *Che cos'è la polizia: una introduzione critica*, Roma, 2024.

⁹ D.P. MEARS, *The Sociology of Sentencing: Reconceptualizing Decision-making Process and Outcomes*, in *Law & Society Review*, 32, 3, 1998, 667-724.

¹⁰ L. ZAPPULLI, *Magistrati si diventa: etnografia della formazione professionale*, Milano, 2009.

¹¹ E. SANTORO (a cura di), *Carcere e società liberale*, Torino, 2004.

¹² C. PENNISI ET AL (a cura di), 2018, *Amministrazione, cultura giuridica e ricerca empirica*, Santarcangelo di Romagna, 2018.

¹³ A. SBRACCIA, *Recidiva: risorse e paradossi degli approcci diacronici*, in M.L. Ghezzi et al (a cura di), *Processo penale, cultura giuridica e ricerca empirica*, Santarcangelo di Romagna, 2017, 119-150.

fluenzano vicendevolmente – definizioni giuridiche, pratiche sociali e istituzionali del controllo e della repressione e rappresentazioni sociali. Queste ultime da intendersi come strutture narrative che aspirano a raggiungere una posizione egemonica nel processo di significazione che afferisce appunto all’obiettivo di prevenire il delitto e al come raggiungerlo.

In sintesi, *penalità* è il costruito che ci consente di sviluppare una riflessione che assuma una concezione ampia ed organica di una politica criminale oggi innervata di populismo¹⁴. Tale ampiezza, se riferita allo specifico rapporto con le disuguaglianze, si spinge naturalmente ad includere le interconnessioni con altre linee di *policy*, in particolare con quelle che appaiono in grado di ridurle o amplificarle nelle sfere della regolazione dei rapporti economici e dell’implementazione dei dispositivi di assistenza sociale. Nella fase attuale più ad amplificarle che a ridurle, nel quadro di una declinazione neoliberista degli assetti produttivi e riproduttivi delle società a capitalismo “avanzato”.

Con particolare riferimento alla penalità detentiva non è qui in discussione la continuità storica che la vede impegnata a contenere esponenti degli strati sociali più bassi: davvero, niente di nuovo sotto il sole che talvolta filtra tra le sbarre. Le variazioni si registrano però sia sul versante quantitativo che su quello qualitativo. Dal primo punto di vista non si sono prodotti ovunque gli esiti infausti della carcerazione di massa, tanto che il modello wacquantiano incentrato sul passaggio dallo stato sociale allo stato penale¹⁵ è stato criticato per la sua rigidità predittiva. Ma non vi sono dubbi sulla tendenziale progressione al rialzo della pressione in ingresso – ormai di medio-lungo periodo – sulle capacità contenitive dei sistemi penitenziari¹⁶. Appare peraltro evidente che dove essa risulta calmierata non si registrano ripensamenti significativi orientati a veicolare significative risorse pubbliche verso l’assistenza sociale di base, bensì forse piuttosto dinamiche di abbandono sociale che rinunciano perfino alla repressione di una parte degli illegalismi degli ultimi. Dal secondo (e correlato) punto di vista le eccedenze sociali che risentono di queste dinamiche di sottrazione di risorse sul piano redistributivo si qualificano propriamente come radicalmente escluse dalle dinamiche di integrazione socio-economica: risultano cioè più composte da soggetti e gruppi che sperimentano le forme più estreme di discriminazione, alimentando la progressione statisticamente registrata degli indicatori statistici della marginalità sociale e della povertà assoluta, più che quella pur significativa della disuguaglianza (cfr. Raitano in questo volume). Con un margine significativo di indipendenza dalle sue funzioni attive, il

¹⁴ M. ANSELMi ET AL, *Populismo penale: una prospettiva italiana*, Padova, 2015.

¹⁵ L. WACQUANT, 2000, *Parola d'ordine: tolleranza zero*, Milano, 2000.

¹⁶ M. PAVARINI (a cura di), *Governare la penalità: struttura sociale, processi decisionali e discorsi pubblici sulla pena*, Bologna, 2013.

comparto della penalità si configura come ricettore di tali eccedenze crescenti e appare sempre meno adeguato a gestirle in una prospettiva di reinserimento sociale.

Così, mentre il diritto penale e il sistema di giustizia penale seguitano ad evolversi attraverso un processo di differenziazione delle sanzioni, incorporando forme di mediazione e una dialettica sempre più complessa tra orizzonti retributivi, risarcitori e “riparativi”, perfino stabilizzando forme deflative significative nel campo dell’esecuzione penale e dei provvedimenti cautelari, senz’altro ampliando la gamma di forme di *probation* anche orientate alla decongestione delle attività giudiziarie¹⁷, non desta particolare sorpresa che – non solo in Italia – ad attirare l’attenzione pubblica siano (sempre più) le condizioni di detenzione in strutture carcerarie sovraffollate in quanto contenitori impropri e insufficienti di una marginalità sociale montante¹⁸.

2. Stratificazione sociale e linea del colore

In chiave storica, la marginalità sociale si definisce in relazione a due dimensioni cruciali di mobilità: geografica e occupazionale. Per quanto attiene alla prima, la tradizionale direttiva campagna-città – imposta come messa in mobilità di masse di lavoratori agricoli verso i centri industriali – è oggi configurabile lungo assi che riflettono lo sviluppo economico delle diverse aree regionali e continentali, avendo assunto decisamente una dimensione transnazionale e appunto transcontinentale¹⁹. Per quanto riguarda la seconda, gli spostamenti (anche in chiave motivazionale) si basano sulla prospettiva di intercettare ascensori di mobilità sociale ascendente, ovvero di migliorare le proprie condizioni socio-economiche. Si tratta però di una prospettiva stabilmente incerta, giacché le traiettorie di mobilità possono invece condurre a sentieri di cristallizzazione di condizioni di subordinazione e perfino a parabole di mobilità discendente. In ogni caso, le aspettative di emancipazione e realizzazione di chi ha intrapreso o intraprende un progetto migratorio devono fare i conti con i rischi di marginalizzazione nei contesti di approdo.

Siamo di fronte alla dinamica sociale dalla quale scaturiscono tutte le domande fondamentali alle quali le scienze sociali hanno cercato di offrire risposte. Possiamo sintetizzarle brutalmente con un quesito centrale: a fronte di questi fattori di rischio e dei conflitti emergenti da queste transizioni demogra-

¹⁷ C. SCIVOLETTO *et al*, *La messa alla prova per l'imputato maggiorenne*, in *Studi di Sociologia*, 2, 143-158, 2020.

¹⁸ Si veda in proposito la reportistica prodotta dall’associazione Antigone: <https://www.rapportoantigone.it/>.

¹⁹ L. ZANFRINI, *Introduzione alla sociologia delle migrazioni*, Roma, 2016.

fiche, come è possibile mantenere sufficientemente coese le società evitando la compromissione dell'ordine sociale e lo sgretolamento degli equilibri che consentono la riproduzione sociale (ovvero dell'umanità)? Le mobilità umane sono al contempo elementi necessitati dello sviluppo e fattori di crisi dell'ordine.

In ragione di questa irriducibile ambivalenza esse vengono intercettate dalla penalità moderna e contemporanea, sempre sostenuta da rappresentazioni sociali (strutture narrative di matrice ideologica) che associano la mobilità alla pericolosità sociale²⁰. I processi migratori sono pertanto un oggetto di interesse fondamentale in ambito socio-criminologico. Con un buon margine di indipendenza dalla lunghezza dei percorsi effettuati dalle persone migranti e dalla quantità di confini dalle stesse attraversati, ad attenderle ci sono dinamiche di criminalizzazione che produrranno tendenzialmente la loro sovrarappresentazione nell'ambito delle statistiche sulla criminalità²¹. Si tratta di dinamiche relativamente persistenti, tanto da trasferirsi – in chiave intergenerazionale – dai migranti originari ai loro discendenti, che andranno a comporre i cosiddetti gruppi di minoranza²². Tali canoni di subordinazione possono paradossalmente riscontrarsi anche quando la mobilità geografica si configura come dispositivo di espansione e conquista. È il caso delle intraprese coloniali, che infatti – come osservano tra gli altri Agozino²³ e Cunneen con Tauri²⁴ – si configurano sempre anche come progetti criminologici, nel senso che incorporano sistematicamente la rappresentazione del colonizzato come pericoloso (selvaggio) e i processi di criminalizzazione delle sue condotte resistenziali.

Il caso italiano, considerando le dimensioni finora menzionate in questo paragrafo, risulta paradigmatico. Lo sfondo originario del positivismo criminologico lombrosiano è propriamente quello di un progetto coloniale che identifica nell'atavismo il tratto da contrastare e reprimere diffuso tra le popolazioni colonizzate e immediatamente tradotto in termini penalistici: brigantaggio. La messa in mobilità propedeutica allo sviluppo industriale delle città del nord-ovest della nazione si configura per l'intreccio di assi campagna-città e sud-nord. Fatalmente, saranno i migranti dalle aree meridionali del Paese e i loro di-

²⁰ A. DAL LAGO, *Non-persone: l'esclusione dei migranti in una società globale*, Milano, 1999.

²¹ Il caso italiano, da questo punto di vista, si rivela particolarmente interessante. A partire dal terzo millennio, quindi con riferimento agli ultimi 25 anni, la percentuale di residenti stranieri sul territorio nazionale sul totale della popolazione è sostanzialmente raddoppiata (dal 6 al 12%) mentre il tasso di incarcerazione ha oscillato tra il 29% e il 37%, stabilizzandosi nell'ultimo decennio nella parte bassa della finestra (intorno al 32%). Tale andamento di per sé rende indebita ogni declinazione lineare del rapporto immigrazione-criminalità, pur evidenziando un rapporto di sovrarappresentazione (di 3 a 1) che si mantiene elevato.

²² A. SBRACCIA, *Pericolosi e funzionali: gli stranieri nel pensiero socio-criminologico*, in F. CURI et al., *I migranti sui sentieri del diritto*, Torino, 3-54, 2021.

²³ B. AGOZINO, *Counter-colonial Criminology*, London, 2003.

²⁴ C. CUNNEEN-J. TAURI, *Indigenous Criminology*, Bristol, 2016.

scendenti nati a Milano, Torino o Genova a posizionarsi ai gradini più bassi dei mercati del lavoro e a costituire gruppi di minoranza ampiamente sovra-rappresentati nelle aule giudiziarie e nei penitenziari. Si tratta di una costante che ha attraversato l'intero XX secolo e si è affacciata nel XXI²⁵. A cavallo tra i due millenni essa è stata trasformata in virtù di un ulteriore meccanismo di sostituzione della forza lavoro di base, che coincide con l'ingresso massiccio di migranti internazionali (soprattutto africani ed est-europei) in Italia. I canoni ascritti di pericolosità possono quindi variare, ma la dinamica fondamentale resta inalterata sui piani della costruzione sociale della pericolosità sociale e dei processi effettivi di criminalizzazione, che restano fortemente ancorati alla mobilità geografica e ai suoi effetti di medio-lungo periodo (stabilizzazione delle minoranze). Infatti, sono attualmente gli stranieri a far registrare il tasso di sovrarappresentazione più elevato nell'ambito delle statistiche sulla criminalità.

Al di là del caso italiano, siamo in presenza di dinamiche strutturali e culturali ampiamente riscontrate dalla letteratura socio-criminologica nei Paesi occidentali. Ciò significa che, almeno in questi contesti, risulta estremamente difficoltoso isolare i processi di stratificazione sociale dalle dimensioni della mobilità, che infatti tendono a produrre forme specifiche di inclusione subordinata ed esclusione sociale direttamente connesse alla fisionomia generale dei processi di criminalizzazione nelle società capitalistiche. Ciò significa anche che la tradizionale distinzione tra dimensioni verticali (struttura di classe) e orizzontali (appartenenze "etiche" o di genere) – trattata in questo volume da Saraceno – non possa che sfumare, in prospettiva critica, all'interno di un quadro teorico intersezionale²⁶. Per quanto qui interessa, in considerazione dell'incidenza statistica assolutamente residuale dei processi di criminalizzazione femminile, l'intersezione determinante è quella tra i processi di subordinazione che si realizzano sulla base del posizionamento di classe e della linea del colore.

La linea del colore è un costrutto sviluppato soprattutto in ambito statunitense²⁷ per descrivere la riarticolazione della struttura di classe determinata da dimensioni razziali facilmente riconducibili alle differenze somatiche. Si rivela particolarmente utile per un'analisi materialista delle forme di razzismo²⁸ che stabilizzano le posizioni di subalternità e interdicono i percorsi di mobilità

²⁵ A partire dai dati del ministero della Giustizia (https://www.giustizia.it/giustizia/it/mg_1_14_1.wp?facetNode_1=3_1_6&facetNode_3=1_5_31&facetNode_2=3_1_6_0&previousPage=mg_1_14&contentId=SST613918) è possibile osservare come ancora oggi, tra i detenuti nati in Italia, quelli nati a sud della regione Lazio (esclusa, inclusa invece la Sardegna) costituiscano il 71% (28.562 su 40.170).

²⁶ A. CARASTATHIS, *Intersectionality: Origins, Contestations, Horizons, e-book*, University of Nebraska Press, 2016.

²⁷ W.E.B. DU BOIS, *Sulla linea del colore: razza e democrazia negli Stati Uniti e nel mondo*, Bologna, 2010.

²⁸ M. MELLINO, 2012, *Cittadinanze post-coloniali*, Roma.

ascendente, ad esempio con riferimento alla minoranza afro-americana negli U.S.A. Per quanto riguarda l'Italia esso può apparire fuorviante e meno appropriata rispetto a quella di xenofobia, giacché la riarticolazione delle fasce basse della società (con annessi processi di criminalizzazione) ha visto come co-protagoniste persone provenienti dall'Europa dell'Est, e quindi "caucasiche" come quelle autoctone. Tuttavia, nel contemporaneo più stretto, così come avvenuto per i "caucasici" emigrati negli Stati Uniti, sembra delinearci anche nel nostro Paese una dinamica per la quale la stabilizzazione delle minoranze produca effetti perduranti di criminalizzazione soprattutto per coloro che appartengono a minoranze somaticamente più connotabili per differenze (africane, mediorientali, sud-americane, asiatiche²⁹). Questa dinamica incide sulla configurazione del campo della penalità producendo un duplice effetto culturale, ossia fissando da un lato la centralità del crimine nella produzione di rappresentazioni xenofobiche e razziste³⁰ e riorientando le pratiche delle agenzie del controllo sulla base di criteri razzializzati di attribuzione del sospetto e della pericolosità sociale. L'occultamento delle dimensioni integrate della disuguaglianza rispetto ai processi di criminalizzazione passa in altre parole attraverso narrazioni e pratiche discriminatorie³¹ fortemente incentrate sulla "attitudine" agli illegalismi attribuita di volta in volta ai tratti biologici e culturali di "altri" etnicamente connotati.

3. Selettività del controllo e confini della disuguaglianza

Le linee di demarcazione di classe e quelle del colore tendono quindi a sovrapporsi con effetti cumulativi di cristallizzazione degli svantaggi sociali, soprattutto negli strati di popolazione che li sperimentano in forma più acuta. Il problema che si può porre in un simile quadro è quello di restituire attenzione ai processi di discriminazione che esitano in disuguaglianza. Il migrante irregolare è anche personificazione di un artefatto giuridico, giacché a renderlo tale è un apparato di leggi che compongono linee di *policy* nazionali e comunitarie. Analogamente, l'adolescente "straniero" nato o cresciuto in Italia risulta tale in

²⁹ I dati ufficiali del ministero di Giustizia indicano – al 31 dicembre 2023 – una quota di stranieri di origine europea pari al 32% sul totale della popolazione reclusa di cittadinanza non italiana (18.894 persone). Gli africani coprono il 54% mentre si segnala una crescita tendenziale degli asiatici (8%) e dei nati nel continente americano (6%).

³⁰ M. MANERI, A. POGLIANO, *Il racconto mitico delle differenze: obiettività ed emozionalità nel trattamento dicotomico di 25 anni di casi di cronaca*, in *Problemi dell'Informazione*, 2021, 3, 353-376.

³¹ A. SBRACCIA, F. VIANELLO, *Sistema penitenziario e discriminazione*, in A. ALIETTI (a cura di), *Razzismi, discriminazioni, disuguaglianze: analisi e ricerche sull'Italia contemporanea*, Milano, 2018, 135-154.

virtù di precisi indirizzi politici e giuridici che lo escludono dal comparto dei cittadini.

Si tratta di due declinazioni diverse – per composizione di effetti sociali materiali e simbolici – che nell’ambito della criminologia critica³² possono essere considerate come antecedenti dei processi di criminalizzazione. Tali caratterizzazioni socio-giuridiche possono però essere confuse con fattori causali del (più probabile) comportamento delinquenziale. In altre parole, la vocazione reificante e positivista del discorso criminologico tradizionale può assumerle come indicatori di rischio legittimando ad esempio una focalizzazione mirata e accentuata delle attività del controllo poliziale su queste soggettività e sui territori che abitano e attraversano. Non si tratta qui di asserire che stranieri e appartenenti ai gruppi di minoranza non delinquantino o delinquantino meno degli autoctoni: perché mai dovrebbero? Si tratta piuttosto di comprendere in che misura siano più probabilmente e intensamente controllati, fermati, arrestati, processati, condannati, condotti in carcere.

L’effetto di sovrarappresentazione che producono nei riscontri statistici in questi campi è essenzialmente co-determinato dagli assetti culturali e operativi di chi incarna le funzioni di controllo. Ma questa matrice può essere poi nascosta, attribuendo ai dati stessi una capacità esplicativa che non hanno (o hanno solo parzialmente): “siccome in proporzione i dati ci dicono che gli esponenti dei gruppi di minoranza commettono più reati, è funzionale concepire che siano soggetti a forme di controllo più stringenti. In proporzione, sono più responsabili del volume dato di illegalismi nel territorio piuttosto che gli autoctoni”. Questa traccia argomentativa apparentemente lineare è invece, come speriamo di aver fin qui chiarito, scientificamente fallace e politicamente interessata. Ma produce effetti di realtà, ad esempio rinforzando un orizzonte cognitivo diffuso (tra gli addetti ai lavori e i comuni cittadini) sulle accentuate propensione al crimine e pericolosità sociale di questi soggetti.

Il circolo vizioso allora si chiude per via della dinamica di alimentazione reciproca che i pregiudizi e le dinamiche di criminalizzazione effettiva rinforzano. Ancora una volta i meccanismi di discriminazione – si pensi anche all’indicazione della nazionalità o della provenienza geografica di presunti autori di reato nell’ambito della cronaca nera³³ – non possono che agevolare la produzione e la riproduzione delle disuguaglianze. Non solo perché il coinvolgimento in procedimenti giudiziari di tipo penale ha una ricaduta diretta e perdurante sulle strutture di opportunità in ambito lavorativo (configurando in prospettiva

³² A. SBRACCIA, *Criminologie critiche*, in A. DINO, C. RINALDI (a cura di), *Sociologia della devianza e del crimine*, Milano, 2021, 321-350.

³³ M. MANERI, «Vengono qui per delinquere»: logiche e cicli di criminalizzazione dell’immigrazione, in *La Rivista delle Politiche Sociali*, 2, 2019, 63-84.

un elemento di svantaggio salariale), ma anche perché esso, reificando il pregiudizio sulle attitudini predatorie e opportunistiche dei soggetti in questione, non può che ostacolare i loro percorsi di inclusione relazionale, indebolendo le loro reti di capitale sociale e favorendo processi di segregazione e autosegregazione in luoghi poi fatalmente più battuti dal controllo istituzionale³⁴. A causa di questo andamento a spirale, le dinamiche culturali e operative che il campo della penalità contribuisce a determinare restituiscono ai comparti ultimi e contenitivi della penalità stessa problematiche sociali che essi faticano ad affrontare e non possono risolvere.

4. Punire, contenere, assistere: il carcere contemporaneo

Il campo della penalità e il sottocampo della detenzione penale si caratterizzano per un elevato livello di contraddizione funzionale e ideologica. Alludiamo ad ambivalenze e contrasti che riguardano la sfera delle funzioni sostanziali delle istituzioni di riferimento e quella dei criteri di legittimazione che le sostengono nel loro scaricare gli elementi sanzionatori più violenti e coercitivi previsti dalla legge. Con riferimento alla cornice fin qui delineata, il carcere appare destinato a reggere una pressione crescente di ingressi di soggetti già vittime di processi di marginalizzazione consolidati. Per loro, la retribuzione pura potrebbe apparire perfino come una forma di accanimento. Ma la retribuzione è sempre impura nella sua declinazione in prassi e nella sua configurazione ideologica.

Ad un primo livello deve confrontarsi con istanze di difesa sociale: immaginare che dalla marginalità (tendenzialmente cronicizzata) ci si possa “difendere” attraverso la detenzione – penale e amministrativa – significa superare l’orizzonte distopico della carcerazione di massa per come essa si è finora realizzata storicamente³⁵. Inoltre, dal momento che marginalità e povertà assoluta sono anche il portato della contrazione delle risorse dedicata all’assistenza sociale, tale obiettivo di controllo coinciderebbe in chiave contraddittoria con investimenti davvero straordinari di spesa pubblica.

Ad un secondo livello la retribuzione dovrebbe in qualche modo comprendere una finalità preventiva di deterrenza, predisponendo esperienze di detenzione talmente afflittive da indurre all’astensione dagli illegalismi anche persone che, in stato di libertà, già esperiscono livelli elevati di sofferenza, di subordinazione, di violenza e discriminazione nei rapporti sociali ed economici. Anche in questo caso, un obiettivo di peggioramento delle loro condizioni di esistenza che tende al distopico.

³⁴ F. VIANELLO (a cura di), *Ai margini della città*, Roma, 2006.

³⁵ L. RE, *Carcere e globalizzazione: il boom penitenziario negli Stati Uniti e in Europa*, Roma, 2006.

Resta, al terzo livello, la combinazione tra retribuzione e riabilitazione: il trattamento penitenziario “rieducativo”, finalizzato al “reinserimento sociale” agirebbe in chiave attributiva, proponendosi di realizzare una trasformazione dei soggetti puniti che li renda più responsabili e adeguati al momento del loro rientro in società. Siamo di fronte ad un intento pedagogico che necessiterebbe anch'esso di un flusso consistente di risorse da iniettare nei sistemi penitenziari. Di tale flusso crescente al momento non c'è traccia, almeno in Italia: piuttosto si assiste a una riduzione degli investimenti pro-capite riferiti alla popolazione detenuta, nel quadro complessivo di un sistema che veicola prevalentemente le risorse economiche verso i salari degli operatori, e degli agenti di polizia penitenziaria in particolare³⁶.

Al di là delle evidenti contraddizioni e di un meccanismo di sovrapposizione multipla delle finalità della pena davvero problematico, appare chiaro come nessuna di queste combinazioni risulti convincente dal punto di vista politico. Ma non si tratta di volare alti nei cieli della teoria della pena. In Italia e non solo, i riscontri empirici prodotti dalla sociologia nel campo dei *prison studies*³⁷ ci pongono di fronte a una figura archetipica che condensa lo stato di crisi della penalità carceraria e trova una declinazione esplicita e ricorrente nell'ambito del gergo penitenziario: “il detenuto che non ha niente da perdere”.

In realtà il costrutto presenta un'estensione semantica più articolata e sarebbe più completa la formulazione “detenuto che non ha niente da perdere né da guadagnare”. Esso coincide di fatto col marginale cronicizzato di cui sopra, addensatore di svantaggi sociali irrecuperabili, spesso afflitto da disturbi psichici, spesso tossicodipendente, socialmente isolato, scarsamente scolarizzato³⁸, sprovvisto di competenze lavorative strutturate. Questo profilo è trasversale rispetto alla linea del colore, ma non vi è alcun dubbio che nel comparto carcerario italiano possa essere attribuito in prevalenza al recluso straniero³⁹.

Difficile spaventarlo attraverso il carcere, difficilissimo prospettargli uno scenario minimamente degno di reinserimento sociale. In carcere, di fatto, viene abbandonato. All'interno di una lettura sociologica delle dinamiche carcerarie, si tratta di una soggettività che tende a sottrarsi alla logica fondamentale di regolazione dei rapporti interni, che risulta non riconducibile al piano ordinamentale⁴⁰. Nell'informalità che invece regna sovrana, l'alternanza

³⁶ Per un approfondimento si consulti: <https://www.rapportoantigone.it/ventesimo-rapporto-sulle-condizioni-di-detenzione/i-costi-della-detenzione/>.

³⁷ L. STERCHELE, *Il carcere invisibile*, Milano, 2022.

³⁸ I dati del ministero di Giustizia sui titoli di studio posseduti dalle persone detenute segnano un significativo 48% di mancate rilevazioni nel 2023: vanno dunque trattati con estrema prudenza. Segnalano comunque, con verosimile sottostima, che ad avere un titolo eguale o superiore alla licenza media inferiore sarebbe il 19% della popolazione reclusa.

³⁹ P. GONNELLA, *Detenuti stranieri in Italia: norme, numeri e diritti*, Napoli, 2014.

⁴⁰ G. TORRENTE, *Le regole della galera*, Torino, 2018.

di premi e punizioni (privilegi e sanzioni non formalizzate come trasferimenti punitivi in sezioni e istituti dove si sta meglio o peggio) che aspira a costruire il recluso disciplinato che sa “farsi la galera” vede di molto ridotta la sua capacità funzionale, determinando una vera e propria crisi gestionale⁴¹. A fronte di risorse trattamentali – come detto – scarse, si affaccia allora la prospettiva dei trattamenti differenziati, ossia di un dispositivo che produce ulteriori forme di discriminazione e disuguaglianza.

Tali risorse vengono “pragmaticamente” destinate a quelle persone che consentono agli operatori del trattamento di sperare in un futuro di inclusione sociale e lavorativa, ossia di investire su persone dotate di un capitale culturale, economico e sociale superiore alla media, ad esempio potendo contare su qualche forma di supporto familiare, su una abitazione alla quale fare ritorno, su esperienze pregresse nei mercati del lavoro regolari⁴². Gli stranieri, soprattutto quelli in posizione di irregolarità giuridica, sono depositari di una serie di interdizioni sostanziali e formali (impossibilità di sottoscrivere regolari contratti di lavoro o locazione, ad esempio) che li rendono meno appetibili rispetto alla concessione di benefici penitenziari, all’accesso a misure alternative alla detenzione e, in generale, a percorsi più strutturati di reinserimento che si appoggiano appunto su requisiti di affidabilità sociale che non posseggono o posseggono in misura minore. Perché dunque investire su di loro?

La materializzazione spaziale di questo indirizzo selettivo sono, nel panorama penitenziario italiano, le cosiddette “sezioni etniche”⁴³. Bracci degli istituti di pena che, in piena analogia con gli ambienti della segregazione urbana, vedono una concentrazione di soggetti ulteriormente svantaggiati rispetto ad altri detenuti: più poveri, e quindi dotati di meno risorse da impiegare negli scambi che sostengono la solidarietà tra compagni di detenzione; più isolati, e quindi più esposti al rischio di sviluppare sindromi psichiche e pratiche autolesionistiche; più compromessi dalla radicale esposizione ai rigori della marginalità sociale; infine, più conflittuali⁴⁴ e più probabilmente soggetti a sanzioni disciplinari. Si tratta di spazi gestionali non previsti dall’ordinamento in quanto definiti dalla linea del colore, ma spesso identificabili come tali a partire dalle prassi “amministrative” di allocazione dei detenuti negli spazi carcerari. Va precisato che una simile organizzazione non si riscontra in tutti gli istituti di pena e va anche considerato come tale condizione di abbandono possa caratterizzare

⁴¹ E. KALICA-S. SANTORSO, 2016, *Farsi la galera: spazi e culture del penitenziario*, Verona, 2016.

⁴² V. PASCALI-A. SBRACCIA, *La fabbrica in carcere e il lavoro all'esterno*, Bologna, 2023.

⁴³ A. SBRACCIA, *Galere clandestine: la linea del colore*, in Associazione Antigone (a cura di), *Galere d'Italia: dodicesimo rapporto sulle condizioni di detenzione*, Modena, 2016, 63-70.

⁴⁴ A. SBRACCIA, *Conflitto, controllo e salute: razionalità contrastanti nel carcere dell'Italia contemporanea*, in P. PACINI (a cura di), *Il tempo del carcere. Aspetti criminologici e sociologici della prigione attuale: modelli a confronto tra Francia e Italia*, Pisa, 2022, 261-286.

l'esperienza detentiva di persone bianche e autoctone. D'altra parte, naturalmente, la marginalità sociale grave di certo non riguarda solo coloro che appartengono alle minoranze e il carcere ne è parziale ricettacolo comunque. In altre parole, la linea interna del colore non è di per sé sufficiente per tracciare i confini tra categorie di soggetti sanzionati più o meno "meritevoli" di "trattamento intensificato". Ciò che sinteticamente si può affermare è che i meccanismi di disciplinamento che non possano affacciarsi su prospettive future di inclusione sociale più probabilmente insisteranno su dispositivi di contenzione e soluzioni chimiche (somministrazione massiccia di psicofarmaci⁴⁵).

Uno scenario così delineato tende ad escludere che, per una quota crescente dei soggetti criminalizzati, possano risultare realistiche le finalità formali della pena, con l'effetto collaterale di rendere implausibili anche i criteri della sua legittimazione. Abbandono e puro contenimento, nel tentativo difficoltosissimo di non fare esplodere i conflitti nella quotidianità, si configurano sempre più come tratti qualificanti di una istituzione che Verdolini⁴⁶ ha efficacemente descritto come "reietta". Reietta perché in buona parte abitata da reietti e reietta in quanto fondamentalmente incapace di perseguire gli obiettivi che si pone.

Un quadro a tinte fosche della penalità, dipinto a partire dai suoi gironi più bassi. Il problema è che essi si espandono nel campo del penitenziario. Sostenuta lateralmente dall'ideologia riabilitativa che ancora anima il lavoro di tanti operatori carcerari, resta aperta la prospettiva del carcere come agenzia residuale di erogazione di servizi assistenziali di base. Di una sorta di riduzione del danno da abbandono e contenimento che certo non può declinarsi alla stregua della fruizione di diritti fondamentali (alla salute, all'istruzione, al lavoro, all'espressione) ma delinea un punto di partenza minimale per un'evoluzione sistemica meno claustrofobica e, obiettivamente, un tentativo disperato di rendere meno tremendi gli effetti ultimi delle disuguaglianze sociali più estreme.

⁴⁵ C. PRINCIVALLI, A. SBRACCIA, *La "manica stretta": ipotesi di regolazione della somministrazione di psicofarmaci in carcere*, in Associazione Antigone, *XVII Rapporto sulle condizioni di detenzione*, Roma, 2021, 241-255.

⁴⁶ V. VERDOLINI, *L'istituzione reietta: spazi e dinamiche del carcere in Italia*, Roma, 2022.

Qualche considerazione sul tema “diseguaglianze e penalità”

Antonio Cavaliere

SOMMARIO: 1. Costituzione e diseguaglianze. – 2. Penalità. – 3. Il diritto penale come (ri)produttore di diseguaglianze: il codice Rocco e la legislazione penale fascista. – 3.1. Diseguaglianze e parte generale. – 3.2. Diseguaglianze e parte speciale. – 4. Diritto penale della Costituzione e diseguaglianze. – 5. Radici e forme di manifestazione attuali della penalità diseguale. – 6. Il diritto penale come strumento di contrasto delle diseguaglianze?

1. Costituzione e diseguaglianze

La Costituzione del 1948, sorta dalle ceneri della guerra e dalla Resistenza al nazifascismo, ci indica principi fondamentali da difendere ed in gran parte ancora da realizzare. Nei primi tre articoli c'è già l'essenziale. Art. 1: l'Italia è una Repubblica democratica, fondata sul lavoro, e la sovranità appartiene al popolo, non alla tirannia di una maggioranza; tanto meno ad una minoranza, e men che mai ad un solo *Leader, Führer* o duce. Art. 2: la Repubblica tutela i diritti inviolabili di ogni essere umano ed impone doveri inderogabili di solidarietà politica, economica e sociale. Art. 3: Tutti i cittadini, e - come ha riconosciuto la Corte costituzionale nella sent. n.105/2001 - quando si tratta di diritti fondamentali tutti gli esseri umani, ovunque siano nati, 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. Ed è compito della Repubblica realizzare l'eguaglianza sostanziale, rimuovendo gli ostacoli di ordine economico e sociale che, limitando di fatto libertà ed eguaglianza, impediscono il pieno sviluppo della personalità e l'effettiva partecipazione democratica di tutti.

Secondo alcune organizzazioni ed *équipes* di ricerca internazionali che si occupano di diseguaglianze, nel “secolo breve” le diseguaglianze si sono ridotte, sia a livello globale che in Italia. In effetti, una prima diseguaglianza politica, concepibile solo in dittatura, è caduta col fascismo e con il ritorno al pluralismo politico, grazie al quale, dopo il 1948, persino esponenti politici che si ispiravano al regime di Salò potevano sedere in Parlamento, nel MSI, accanto a coloro che, sotto il regime precedente, avrebbero rischiato di essere fucilati o mandati in carcere o al confino per le proprie idee politiche. Un'altra intollerabile diseguaglianza politica è stata eliminata in Italia solo nel 1946, con l'estensione

alle donne del diritto di voto. Nel secondo dopoguerra, fino agli anni '80 del secolo scorso ed in misura diversa, l'Italia ed altri Stati sociali di diritto europei hanno contribuito a ridurre le diseguaglianze economiche e sociali, attraverso politiche industriali, del lavoro e dei redditi, ma anche mediante politiche fiscali almeno parzialmente orientate a progressività e politiche dei servizi pubblici: previdenza e assistenza sociale pubblica, sanità pubblica e sistema sanitario nazionale, scuola ed Università pubblica. Non vanno dimenticati, in tale contesto, lo Statuto dei lavoratori del 1970, la riforma del diritto di famiglia del 1975 e le riforme in tema di divorzio ed aborto; ed ancora, il ripudio della segregazione manicomiale delle persone portatrici di disturbi psichici ed il riconoscimento dei loro diritti fondamentali con la legge n.180/1978.

Con l'avvento del neoliberalismo e di una globalizzazione economica ispirata al "fondamentalismo del mercato"¹ che si regola da sé, all'interno dei singoli Paesi occidentali ed in Italia tornano a crescere le diseguaglianze economiche e sociali. In Italia, si assiste a deindustrializzazione e privatizzazioni, cresce la disoccupazione e il lavoro diviene sempre più precario e/o malpagato e quindi 'povero'; si assiste ad una politica fiscale iniqua e sempre meno orientata a progressività, che privilegia i patrimoni e introduce "tasse piatte"; simmetricamente, vengono imposti tagli di risorse per lo stato sociale – il *welfare* –, dalla previdenza ed assistenza sociale alla sanità e alla scuola; ma pure la Pubblica amministrazione, compreso il settore della giustizia, viene penalizzata dai seguaci dell'ideologia neoliberista dello Stato 'leggero'. La crisi economica e il ritiro dello stato sociale colpiscono naturalmente in maniera diseguale, aggravando la condizione dei ceti meno abbienti ed in particolare della popolazione femminile. Con l'arretramento dello Stato sociale, il taglio delle risorse pubbliche e la riduzione dei trasferimenti dallo Stato agli enti territoriali, crescono i divari tra le Regioni ricche e quelle povere. Il cd. regionalismo differenziato sarebbe il colpo finale all'eguaglianza formale e sostanziale tra fratelli e sorelle d'Italia.

In tale contesto si inserisce il fenomeno migratorio globale, dovuto a fattori di forte disagio e diseguaglianza sul piano economico, sociale, ambientale, a squilibri demografici, a gravi violazioni di diritti politici e a persecuzioni, conflitti interni o internazionali: tutti fattori strutturali, come tali non agevolmente eliminabili, almeno nel breve periodo. Quel fenomeno, anziché essere governato secondo politiche, interne ed estere, di sviluppo economico, rispetto dei diritti umani e solidarietà economica e sociale, viene regolato, in Europa ed in particolare in Italia, in modo fondamentalmente rigoristico e proibizionistico, a partire dalla questione della cittadinanza, per finire con la disciplina in tema di immigrazione irregolare. Tutto ciò crea ulteriori diseguaglianze, con

¹ J. E. STIGLITZ, *La globalizzazione e i suoi oppositori. Antiglobalizzazione nell'era Trump*, nuova ed., Torino, 2018, *Introduzione*, XXXIII, XXXVII, e *passim*.

l'esclusione dalla prerogativa dei diritti inviolabili di tante persone migranti che andrebbero invece integrate, per rendere possibile una pacifica convivenza, con effetti economici e sociali positivi per l'intera collettività².

2. Penalità

Per comprendere il rapporto tra diseguaglianze e penalità bisogna estendere l'analisi al di là delle pene, guardando pure a sanzioni sostanzialmente penali quali sono le misure di sicurezza, le misure di prevenzione – nonostante il contrario avviso della Corte EDU e della Corte costituzionale – ed altre misure, specialmente se privative della libertà personale, formalmente qualificate 'trattamenti amministrativi' o – altro istituto problematico e purtroppo negletto dai penalisti – 'trattamenti sanitari obbligatori', ma che dovrebbero rientrare nel concetto di 'materia penale'³. *L'argumentum libertatis*, se non può intendersi nel senso che sanzioni non privative della libertà non siano penali, va invece impiegato, secondo l'opinione a mio avviso preferibile, nel senso che nessuna privazione della libertà personale può essere inflitta al di fuori delle garanzie costituzionali del diritto e del processo penale. Ciò, peraltro, non esclude che altre misure, che incidano su diritti fondamentali diversi, quali la libertà di circolazione o il patrimonio, possano rientrare sostanzialmente nella materia penale. Il criterio decisivo, in proposito, dev'essere la gravità dell'incidenza sui diritti fondamentali. L'altro criterio tradizionale, ripreso anche dalla Corte EDU, secondo cui le misure 'repressive' o 'sanzionatorie' sono penali, mentre le misure 'preventive' sono extrapenali, non è accettabile e si presta a gravi frodi delle etichette. Infatti, in primo luogo, sanzioni penali si legittimano, nel nostro e in altri ordinamenti costituzionali da stato sociale di diritto, solo in quanto siano orientate a finalità di prevenzione, cosicché la predetta distinzione cade. Del resto, anche le misure extrapenali sono 'sanzionatorie': voler sostenere che, ad esempio, una sorveglianza speciale, in quanto 'preventiva', non sia una sanzione è un caso evidente di 'neolingua' orwelliana.

Ciò premesso, cercherò di affrontare il rapporto tra diseguaglianze e penalità tenendo conto di due questioni speculari: anzitutto, e soprattutto, quella relativa al ruolo della penalità nel riprodurre ed aggravare le diseguaglianze; in

² In argomento, sia consentito rinviare ad A. CAVALIERE, *Le vite dei migranti e il diritto punitivo*, in *www.sistemapenale.it*, fasc. 4/2022, 43 ss.

³ Sul tema, v. spec. M. DONINI, L. FOFANI (a cura di), *La «materia penale» tra diritto nazionale ed europeo*, Torino, 2018; MASERA, *La nozione costituzionale di materia penale*, Torino, 2018; Fr. MAZZACUVA, *Le pene nascoste. Topografia delle sanzioni punitive e modulazione dello statuto garantistico*, Torino, 2017. Per una più ampia esposizione della tesi sostenuta in questa sede, sia consentito rinviare ad A. CAVALIERE, *Osservazioni intorno al concetto di "materia penale", tra Costituzione e CEDU*, in *Arch. pen. (web)*, fasc. 2/2023, 1 ss.

chiusura, quella relativa ad un possibile impiego del diritto penale come strumento per contrastare le diseguaglianze.

3. Il diritto penale come (ri)produttore di diseguaglianze: il codice Rocco e la legislazione penale fascista

3.1. Diseguaglianze e parte generale

Il carattere autoritario e, in particolare, discriminatorio e classista del codice Rocco emerge notoriamente soprattutto nella parte speciale. Ma la parte generale non era e in gran parte tuttora non è priva di violazioni del principio di eguaglianza, alle quali mi limiterò ad accennare. La violazione si presenta, ad esempio, già nella perseguibilità su richiesta ministeriale di qualunque delitto politico commesso all'estero, che mirava alla repressione del dissenso dei cosiddetti fuoriusciti. Inoltre, si realizza sotto forma di pari trattamento di condotte di diverso disvalore, nella disciplina dell'equivalenza causale e soprattutto nel modello unitario del concorso di persone. Anche le presunzioni di imputabilità equiparano indebitamente situazioni diverse. Per altro verso, l'art. 53 c.p. rappresenta un odioso privilegio per le forze dell'ordine, duro a morire. La disciplina della recidiva, insieme a quella dell'abitudine, professionalità e tendenza a delinquere, rappresenta anch'essa una violazione del principio di eguaglianza, ispirata ad un diritto penale discriminatorio secondo tipi di autore. Infatti, per ciascuno dei fatti commessi è intervenuta una condanna ed è stata irrogata una pena commisurata a tali fatti: dunque, rispettivamente, la pena per la recidiva e l'applicazione aggiuntiva di una misura di sicurezza per i delinquenti abituali, professionali e per tendenza sono, per definizione, sproporzionati in rapporto ai fatti commessi, e si fondano su una mera "condizione personale", che invece, per dettato costituzionale, non dovrebbe mai fondare un trattamento discriminatorio (art. 3 Cost).

Sul piano delle sanzioni, a parte l'originaria disciplina classista della conversione di pene pecuniarie, dichiarata illegittima dalla Corte cost., sent. n. 131/1979, la discriminazione più grave sembra essere proprio quella basata sulla "pericolosità sociale" posta a fondamento delle misure di sicurezza: infatti, alla stregua della disciplina codicistica, talune persone, originariamente presunte e oggi 'giudicate' pericolose su basi empiriche ormai diffusamente riconosciute quali inconsistenti⁴ – e dunque insufficienti a legittimare l'inflizione

⁴ In proposito, v. la ricostruzione di E. MUSCO, *La misura di sicurezza detentiva. Profili storici e costituzionali*, Milano, 1978, *passim*, spec. 85 ss.; l'Autore finisce, tuttavia, per basare la propria proposta *de lege ferenda* in materia – *ivi*, 279 ss. – proprio sul concetto di pericolosità sociale, in precedenza riconosciuto come indeterminato ed evanescente. Per un superamento di tale concetto,

di una sanzione penale per contrasto con l'art. 25 comma 2 Cost. *sub specie* verificabilità empirica – venivano sottoposte ad una sanzione di durata indeterminata, per lo più di regola detentiva. Infatti, la misura di sicurezza, al di là dell'etichetta fraudolenta di “amministrativa”, presentava, sul piano della realtà dell'esecuzione, un'afflittività non inferiore alla pena, per di più di durata indeterminata – fino all'ergastolo bianco – e al di fuori di ogni proporzione con il fatto commesso. Solo con la l. n. 81/2014 si è posto un limite a tale sanzione penale indeterminata, ma restano disparità di trattamento, derivanti dalla commisurazione della misura alla pericolosità sociale ed al suo periodico riesame, anziché alla concreta gravità del reato commesso.

Tuttavia, forse nella materia penale la violazione più grave del principio di eguaglianza, nel suo aspetto sostanziale, dipende dalla funzione assegnata alla pena nel codice Rocco: perché dalle idee di retribuzione e deterrenza discendeva – e, nonostante tutto, discende ancora, rimanendo al riguardo inattuata la Costituzione – il carattere carcerocentrico del sistema sanzionatorio penale. La pena per antonomasia è tuttora il carcere; ed il carcere, nei fatti, tende a riprodurre l'esclusione sociale e non certo a “rimuovere gli ostacoli” all'eguaglianza sostanziale, come impone l'art. 3 comma 2 Cost. Ma sul punto occorrerà tornare.

3.2. *Diseguaglianze e parte speciale*

La parte speciale del codice Rocco e la legislazione penale complementare fascista traboccavano di diseguaglianze.

Oggi ritorna il riferimento a Dio, Patria, famiglia. Ebbene, nel codice Rocco, il riferimento a “Dio” si traduceva nella tutela penale privilegiata della religione cattolica quale religione di Stato; l'art. 402 c.p. è stato dichiarato illegittimo per violazione del principio di eguaglianza dalla Corte cost., con la sent. n. 508, soltanto nel 2000.

L'invocazione della “Patria” comportava – tra l'altro – la subordinazione della persona al primato dello Stato etico: il rapporto tra autorità e individuo era concepito per principio come diseguale, come relazione asimmetrica tra una singola parte e il ‘tutto’⁵. Ciò, per inciso, implicava la legittimità della pena di morte: emblematica dimostrazione della sacrificabilità della persona all'interesse supremo dello Stato. Non è un caso che la pena capitale sia stata reintrodotta nel 1925, con la legge istitutiva del Tribunale speciale “per la difesa dello Stato” – *rectius*, del potere costituito –, quale sanzione prevista per alcuni reati politici.

cf. invece A. MANNA, *L'imputabilità e i nuovi modelli di sanzione. Dalle “finzioni giuridiche” alla “terapia sociale”*, Torino, 1997, 66 ss., 228 ss.

⁵ Sulla ‘progressione discendente’ dagli interessi superindividuali a quelli individuali cfr. spec. T. PADOVANI, L. STORTONI, *Diritto penale e fattispecie criminose. Introduzione alla parte speciale del diritto penale*, Bologna, 1991, 41 ss.

Nella parte speciale del codice, il riferimento alla “Patria” si traduceva nella tutela privilegiata della personalità dello Stato – ad esempio, con la previsione della pena di morte per i separatisti, art. 241 c.p. – e finanche del ‘sentimento nazionale’, a discapito della libertà di manifestazione del pensiero, con i famigerati reati di opinione⁶; ed ispirava anticipazioni di tutela ‘diseguali’, in deroga agli artt. 56 e 115 c.p., per i reati contro personalità dello stato ed ordine pubblico, ad es. artt. 241, 270 – associazioni sovversive –, 302 ss., 414 ss. Ancora, il primato degli interessi superindividuali sulla persona comportava – e continua a comportare, rimanendo inattuata anche sotto tale punto di vista la Costituzione – la tutela privilegiata dei pubblici ufficiali: si pensi ai delitti di resistenza a pubblico ufficiale e di oltraggio. Anche la repressione dello sciopero veniva pretestuosamente legittimata con la prevalenza sugli interessi individuali del bene superindividuale dell’economia pubblica.

Pure il settore delle contravvenzioni risente di quella visione autoritaria: l’art. 650 c.p., in effetti, è il reato di mera disobbedienza per eccellenza.

Un’ulteriore espressione rilevante di ciò che significava, per la penalità e al di là di frodi delle etichette, l’esaltazione della Patria, era la subordinazione dell’individuo all’interesse supremo dello Stato, realizzata mediante la misura di prevenzione “amministrativa” del confino politico rivolta contro gli oppositori del fascismo “pericolosi” per la sicurezza pubblica; nonché mediante i “campi di internamento” per ebrei, stranieri e soggetti pericolosi in Italia, ed i campi di internamento in Libia. Si trattava di un diritto, sostanzialmente penale, diseguale, “d’eccezione”, fondato non sulla realizzazione di fatti offensivi di beni giuridici, ma sul mero dissenso o sulla non appartenenza alla “razza italiana”.

Il richiamo alla “famiglia” comportava, com’è noto, la subordinazione di donne e minori alla “morale familiare” ed all’autorità del capofamiglia; e, nel codice Rocco, si traduceva in particolare nella disegualianza tra adulterio e concubinato – poi dichiarata, com’è noto, illegittima dalla Corte cost. –, nella non punibilità di stupro ed altri reati sessuali per grazia di matrimonio riparatore, art. 544 c.p., nonché in altri privilegi, abrogati con la l. n. 442/1981, in relazione all’omicidio, all’infanticidio, alle lesioni e all’abbandono di neonato commessi per “causa d’onore”.

Quanto alle disegualanze economico-sociali, il codice Rocco, com’è stato posto in rilievo da autorevole dottrina⁷, apprestava un sistema di ipertutele del bene patrimonio, con un rigore repressivo ‘diseguale’ contro talune forme di aggressione. Emblematica la disciplina del furto, con i suoi livelli sanzionatori terroristici nelle ipotesi aggravate, tante e tali da costituire la regola. Ma si

⁶ In argomento, cfr. per tutti C. FIORE, *I reati di opinione*, Padova, 1972, *passim*.

⁷ Cfr. per tutti S. MOCCIA, *Tutela penale del patrimonio e principi costituzionali*, Padova, 1988, 13 ss.

pensi anche alla pena detentiva prevista per i furti lievi, finanche commessi in stato di bisogno, o per la mendicizia: forme di vera e propria criminalizzazione della miseria⁸.

Va sottolineato che, ancora oggi, è la diseguaglianza, *sub specie* sproporzione relativa, dei livelli di pena edittale previsti per furti ed altri delitti contro il patrimonio, una tra le cause principali del dato per cui, secondo le statistiche giudiziarie, più della metà della popolazione penitenziaria è costituita, nel 2023, da condannati (solo o anche) per tali reati; circa 13.000 persone risultavano detenute nel 2022 per furto⁹.

4. Diritto penale della Costituzione e diseguaglianze

L'attuazione del principio democratico, del primato dei diritti inviolabili della persona e del principio di eguaglianza, formale e sostanziale, sanciti dalla Costituzione, avrebbero dovuto comportare una riforma radicale della legislazione penale, volta anche al superamento di tutti i profili di diseguaglianza finora considerati. Invece, com'è noto, solo per effetto di riforme legislative molto settoriali e di alcuni interventi della Corte costituzionale sono venute meno alcune delle diseguaglianze citate. Ma se ne sono aggiunte molte altre.

L'orientamento del diritto penale alla Costituzione, magistralmente delineato soprattutto da Franco Bricola¹⁰, dovrebbe dar luogo ad un riequilibrio dei rapporti tra individuo ed autorità, nel senso di ridurre l'intervento penale all'*extrema ratio*. Dovrebbe comportare un diritto penale del fatto uguale per tutti, e quindi l'eliminazione dalla legislazione penale di ogni forma di diritto penale dell'autore o del sospetto, con l'abolizione dell'intero sistema delle misure, sostanzialmente penali, *ante o praeter delictum*: l'unica prevenzione *ante o praeter delictum* costituzionalmente legittima, anzi doverosa in uno stato sociale di diritto, è quella economica, sociale, culturale, o pure sanzionatoria, ma – sostanzialmente e non secondo mere 'etichette' – extrapenale¹¹. Dall'orientamento alla Costituzione dovrebbe farsi discendere pure una gerarchia dei beni giuridici che rovesci il primato degli interessi statuali su quelli personali, con una corrispondente revisione complessiva del sistema delle pene edittali¹²; nonché l'eliminazione di ingiustificati privilegi per le forze dell'ordine. Dovrebbe

⁸ In argomento, cfr. recentemente E. PAZÉ, *Giustizia, roba da ricchi*, Bari, 2017, 40 ss.

⁹ Cfr. i dati reperibili all'interno del sito internet www.giustizia.it, nella sezione "strumenti" / "statistiche".

¹⁰ Cfr. spec. F. BRICOLA, *Teoria generale del reato*, in *Nss.D.I.*, XIX, Torino, 1973, 7 ss.

¹¹ Per un tale ordine di idee, sia nella *pars destruens* che in quella *construens*, cfr. magistralmente F. BRICOLA, *Forme di tutela "ante delictum" e profili costituzionali della prevenzione* (1975), ora in *Politica criminale e scienza del diritto penale*, Bologna, 1997, 27 ss.

¹² Cfr. spec. T. PADOVANI, L. STORTONI, *op. cit.*, 59 ss.

inoltre realizzarsi, finalmente, una riforma del sistema penale, ed in specie delle sanzioni, orientata al recupero sociale: l'art. 27 comma 3 Cost. è strettamente connesso all'eguaglianza sostanziale di cui all'art. 3 comma 2, sia in quanto presuppone una corresponsabilità della società nella genesi della condotta criminale – e nella sua stessa definizione o *labelling*¹³ quale criminale –, sia in quanto vincola la Repubblica a rimuovere gli ostacoli all'integrazione sociale, al fine di una pacifica convivenza tra i consociati¹⁴. E ciò mediante interventi da stato sociale, di prevenzione primaria, da attuare su diversi piani, in primo luogo economici e culturali; e solo quale *ultima ratio* mediante un intervento penale che miri, fin dalla comminatoria edittale, al reinserimento sociale¹⁵. Per il sistema sanzionatorio penale, da tali principi dovrebbe derivare la previsione, fin dall'inizio, della pena detentiva, notoriamente desocializzante, quale sanzione residuale, sussidiaria rispetto a pene principali non privative della libertà personale.

Un diritto penale conforme a Costituzione non può essere solo “liberale”; non basta il pur necessario riferimento a sussidiarietà, legalità, personalità della responsabilità¹⁶. Il diritto penale ‘liberale’ è stato, storicamente, un diritto penale autorevolmente definito “del privilegio”¹⁷; un diritto penale orientato

¹³ Su etichettamento e selettività della giustizia penale, cfr. da ultimo T. PITCH, *Introduzione, in Devianza e questione criminale. Temi, problemi e prospettive*, a cura di T. PITCH, Roma, 2022, 13 ss., e L. RE, *Criminalità e criminalizzazione: selettività sociale, discriminazione razziale, disegualianza di genere*, *ivi*, 45 ss.

¹⁴ Cfr. per tutti S. MOCCIA, *Il diritto penale tra essere e valore. Funzione della pena e sistematica teleologica*, Napoli, 1992, 101 ss.

¹⁵ L'idea di un diritto penale sussidiario rispetto ad interventi extrapenali, nella prospettiva di un sistema integrato di risposte ordinali ai conflitti individuali e sociali, viene efficacemente sintetizzata così da S. BARATTA, *Il Corpus Juris e la cultura giuridico-penale europea*, in *Ambito e prospettive di uno spazio giuridico-penale europeo*, a cura di S. MOCCIA, Napoli, 2004, 35-36: «Per me, un corollario della sussidiarietà è quello della complementarità. Cioè, sostengo che vi sono tre forme corrette di rispondere a conflitti, tanto a livello degli Stati che dell'Unione. Una prima è non fare nulla: non sempre bisogna intervenire, quando vi è conflitto. La seconda è fare altro che un intervento penale, che dovrebbe essere quella normale; e la terza è ricorrere ad un intervento penale insieme ad altro. L'intervento penale, specialmente nel campo del diritto penale in senso stretto, oggi io non lo considero più possibile come risposta isolata, ed appunto la risposta isolata è quella quarta alternativa non corretta che è propria dell'efficientismo, che ritiene che, con il taumaturgico strumentario del diritto penale, e solo con quello, si possano risolvere i conflitti». Cfr. pure S. BARATTA, *La politica criminale e il diritto penale della Costituzione. Nuove riflessioni sul modello integrato delle scienze penali*, in AA.VV., *Il diritto penale alla svolta di fine millennio*, a cura di S. CANESTRARI, Torino, 1998, 24 ss.

¹⁶ In proposito, cfr. *Manifesto del diritto penale liberale e del giusto processo*, in archiviodpc.dirittopenaleuomo.org, 15 maggio 2019; M. DONINI, *Perché il garantismo non rende liberali la pena e il “diritto” penale, ma solo legittimi. Riflessioni a margine del Manifesto del diritto penale liberale dell'Unione delle Camere Penali Italiane*, in *disCrimen* 24.5.2019, 6-7; G. FIANDACA, *Intorno al diritto penale liberale*, in *disCrimen* 10.6.2019, 1 ss.; per una più ampia argomentazione in rapporto a quanto sostenuto nel testo, cfr. A. CAVALIERE, *Punire per ottenere ‘sicurezza’: corsi e ricorsi di un'illusione repressiva e prospettive alternative*, in www.lageislazionepenale.eu, 20.4.2021, 28-32.

¹⁷ F. MANTOVANI, *Diritto penale. Parte generale*, XI ed., Milano, 2020, XXXVI ss.

alla tutela dell'ordine costituito, anche economico, da un lato con i suoi reati di mera disobbedienza, dall'altro con una dura difesa della proprietà, vista quale diritto soggettivo "naturale"; e un diritto penale indifferente, nella sua pretesa 'neutralità', alle diseguaglianze, sia nel senso di non presupporre politiche volte a rimuovere condizioni criminogene di diseguaglianza e povertà - anche culturale -, sia nel senso di disinteressarsi del reinserimento sociale del reo. Detto per inciso, è stato anche un diritto penale di polizia, con la repressione del dissenso e dei sindacati e con le prime misure di prevenzione.

Una politica criminale conforme a Costituzione deve, certo, essere liberale, ma anche da stato sociale di diritto: deve anzitutto prevenire i reati mediante interventi di prevenzione primaria volti a garantire i diritti di tutte /i e a contrastare le diseguaglianze. Laddove si renda necessario l'intervento penale, deve punire solo condotte realmente offensive di beni giuridici comparabili alla libertà personale, secondo una gerarchia orientata al primato della persona; non deve continuare a punire principalmente i poveri e gli emarginati, italiani e stranieri, ma, al contrario, promuoverne l'integrazione, come impone l'art. 3 comma 2, prima dell'art. 27 comma 3 Cost.

Soltanto mediante l'attivazione di strumenti extrapenali efficaci, ossia di risposte ordinamentali articolate ed integrate ai problemi sociali e culturali, è realisticamente possibile che il diritto penale torni ad essere sussidiario: in tal senso, uno stato sociale efficiente e il ricorso ad illeciti, sanzioni e controlli extrapenali efficaci rappresentano il presupposto per la reale praticabilità di un diritto penale minimo o sussidiario.

5. Radici e forme di manifestazione attuali della penalità diseguale

Per certi versi, le diseguaglianze prodotte dalla penalità si sono aggravate in epoca repubblicana. Accanto al codice è cresciuta una mole di legislazione penale complementare in larga misura contravvenzionale; un "altro diritto penale", non insovente 'da gentiluomini', di scarsissima effettività¹⁸.

Dagli anni Settanta è arrivata la stagione dell'emergenza, dapprima terroristica e mafiosa, poi "perenne"¹⁹. Diversamente da quanto talora si sostiene, non è vero che il sistema penale abbia risposto a quelle prime emergenze rispettando sempre i principi costituzionali. Al contrario, si è impiegato l'armamentario del codice Rocco e lo si è arricchito, sia estendendo le misure di prevenzione ed introducendone di nuove, sia intervenendo con la decretazione d'urgenza a tutela dell'ordine pubblico, a cominciare dalla legge Reale, sia,

¹⁸ Cfr. in particolare D. BERTACCINI - M. PAVARINI, *L'altro diritto penale. Percorsi di ricerca sociologica sul diritto penale complementare nelle norme e nei fatti*, Torino, 2004, *passim*.

¹⁹ S. MOCCIA, *La perenne emergenza, Tendenze autoritarie nel sistema penale*, 2^a ed., Napoli, 1997.

ancora, prevedendo nuove incriminazioni problematiche o per l'anticipazione della tutela, o per l'exasperato rigore repressivo – si pensi solo alla reclusione da 25 a 30 anni prevista per il sequestro di persona nelle ipotesi di cui agli artt. 289-*bis*, 289-*ter* e 630 c.p. – ed introducendo ben note e problematiche circostanze aggravanti soggettivistiche ad effetto speciale, art. 1 d.l. n. 625/1979, conv. in l. n. 15/1980²⁰ e art. 7 d.l. n. 152/1991, conv. in l. n. 203/1991, nel 2018 trasfuse, rispettivamente, negli artt. 270-*bis*.1 e 416-*bis*.1 c.p.

Inoltre, si sono progressivamente creati 'doppi o tripli binari', sia sostanziali – mi riferisco in particolare alla premialità –, sia processuali e penitenziari, sui quali non posso soffermarmi, la cui quintessenza è la discriminazione per tipi d'autore: il mafioso, il terrorista – e il cosiddetto collaboratore di giustizia –, il criminale sessuale, il recidivo reiterato, il corrotto etc.: si tratta di veri e propri spazi di "diritto penale del nemico", contrari a Costituzione²¹.

La sovrapposizione e l'innesto scoordinato sul codice Rocco di una legislazione penale complementare ipertrofica e di leggi e leggine emergenziali hanno determinato un assetto fortemente 'diseguale', squilibrato della legislazione penale, con esiti di grave disorientamento della collettività.

Un fenomeno particolarmente avvilente è quello per cui la progressiva formazione di un diritto penale discriminatorio per i 'nemici', di uno per i 'cittadini' e di uno per gli 'amici', ha trovato autorevoli avalli dottrinali. E non mi riferisco tanto alle note posizioni di Jakobs, quanto alla teorizzazione, nella stessa manualistica italiana, di una vigenza differenziata dei principi costituzionali. Si è, infatti, autorevolmente affermato che il principio di offensività, pur riconosciuto di rango costituzionale, ammetta deroghe, e che dunque possano legittimamente esistere reati senza offesa o "di scopo"²². Non meno autorevolmente, si insegna agli studenti che il finalismo rieducativo vale per alcuni au-

²⁰ In proposito, cfr. spec. N. MAZZACUVA, *Il disvalore d'evento nell'illecito penale. L'illecito commissivo doloso e colposo*, Milano, 1983, 19 ss.

²¹ Sul c.d. diritto penale del nemico, nell'ambito di una bibliografia ormai vastissima, sia consentito rinviare ad A. CAVALIERE, *Diritto penale "del nemico" e "di lotta": due insostenibili legittimazioni per una differenziazione, secondo tipi d'autore, della vigenza dei principi costituzionali*, in AA.Vv., *Delitto politico e diritto penale del nemico*, a cura di A. GAMBERINI e R. ORLANDI, Bologna, 2007, 265 ss., con ampi riferimenti bibliografici.

²² Cfr. F. MANTOVANI, *Diritto penale*, cit., 200 ss., 228 ss.: nei «reati di scopo (o senza offesa)» «si incrimina non l'offesa ad un bene giuridico, ma la realizzazione di certe situazioni che lo Stato ha interesse a che non si realizzino» (228); ma in tal modo è rotto qualunque argine al fiume in piena delle opinioni del legislatore di turno relativamente a quali comportamenti lo Stato abbia «interesse a che non si realizzino». In chiusura della trattazione del principio di offensività e delle relative deroghe in parte ritenute "legittime", l'illustre Autore, *ivi*, 242, afferma: «Il principio di offensività appartiene alla "razionalità", che non sempre si concilia con la "necessità" o i "diritti della paura"». Ciò implica la grave affermazione secondo cui mere istanze emotive/irrazionali di punizione dettate dalla "paura" possano e debbano, talora, prevalere su un principio non solo 'razionale', ma normativo e di rango costituzionale.

tori, ma non per altri, ad esempio terroristi e mafiosi²³. Ciò, purtroppo, non significa altro che ammettere un diritto penale del nemico, ovvero l'introduzione, neppure tanto velata, di discriminazioni per tipi d'autore nell'applicazione dei principi costituzionali.

Quella parte della dottrina che legittima deroghe ad offensività e finalismo rieducativo potrebbe affermarle, domani, pure per legalità e personalità della responsabilità, presunzione d'innocenza e diritto di difesa... E bisogna essere avvertiti delle conseguenze dommatiche ed applicative che tali discriminazioni 'di principio' tacitamente implicano: innanzitutto dommatiche, perché ritenere legittima la previsione di reati senza offesa significa avallare, in rapporto a tipi d'autore 'nemici', delitti di attentato – magari tornando a punire atti soggettivamente 'diretti' –, reati associativi, punibilità di remoti atti preparatori, del mero accordo e della mera trasgressione, reati di opinione, etc. In rapporto al sistema sanzionatorio, legittimare deroghe al finalismo rieducativo significa ammettere, per certi tipi d'autore, la legittimità dell'ergastolo ostativo, di esclusioni dalle misure alternative, di forme di carcere duro, etc.

Sotto un diverso profilo, un contributo alle diseguaglianze lo reca pure la proliferazione di sottosistemi differenziati, sia all'interno che all'esterno del codice penale. Sgubbi ammoniva circa il passaggio dalla tutela di beni giuridici al "reato come rischio sociale", laddove, a seconda del tipo d'autore, le soglie di rischio consentito e, quindi, le "scelte di allocazione" della penalità si differenziano²⁴. Oggi è comune la constatazione del passaggio dalla colpa alle 'colpe'²⁵, laddove si tende a differenziare per tipo d'autore: la colpa 'stradale' è considerata legislativamente più grave di quella sul lavoro e la colpa 'medica' meno grave

²³ Cfr. G. MARINUCCI, E. DOLCINI, G.L. GATTA, *Manuale di diritto penale. Parte generale*, 12ª ed., Milano, 2023, 21: «La rieducazione deve inoltre cedere il passo, in parte, alla neutralizzazione del condannato, qualora questi non appaia suscettibile né di essere reinserito nella società attraverso l'esecuzione della pena, né appaia sensibile ai suoi effetti di intimidazione-ammonimento. Emblematico il caso degli esponenti di rilievo della criminalità organizzata, dalla mafia alle organizzazioni terroristiche, che conservino collegamenti con l'organizzazione criminale di appartenenza [...] Questa logica trova espressione nella disciplina dettata nell'ordinamento penitenziario agli artt. 4-bis e 41-bis, che disegnano un regime speciale di esecuzione della pena detentiva per gli autori di taluni gravissimi reati», non solo relativi, però, alla "criminalità organizzata". Infatti, quando si accetta e, anzi, si legittima un diritto penale d'eccezione per taluni tipi d'autore o di 'nemico', è difficile porre limiti alle eccezioni consentite e ai tipi d'autore eccettuati: ammettendo eccezioni ai principi costituzionali, si rischia invece di rimettere al legislatore la selezione dei 'nemici' o, all'opposto, degli 'amici'. Lo prova la vicenda dell'inserimento, con l. n. 3/2019, cosiddetta 'spazzacorrotti', di taluni delitti dei pubblici ufficiali contro la p.a. nell'elenco dei reati 'ostativi' alla concessione di misure alternative alla detenzione, di cui all'art. 4-bis ord. penit.; inserimento poi soppresso dal d.l. n. 162/2022, conv. in l. n. 199/2022.

²⁴ F. SGUBBI, *Il reato come rischio sociale. Ricerche sulle scelte di allocazione dell'illegalità penale*, Bologna, 1990, *passim*.

²⁵ Cfr. nella manualistica G. FIANDACA, E. MUSCO, *Diritto penale. Parte generale*, 8ª ed., Bologna, 2019, 566 ss.

di entrambe, a meno che non si tratti di esercizio abusivo della professione. Infatti, l'omicidio colposo, se si tratta ad esempio di colpa medica, è punibile *ex art.* 589 c.p. con la reclusione da sei mesi a cinque anni; se invece si tratta di colpa per violazione delle norme sugli infortuni sul lavoro, con la reclusione da due a sette anni, art. 589 comma 2 c.p.; se si tratta di colpa 'stradale', art. 589-*bis* c.p., con la reclusione da due a sette anni, ma nelle ipotesi di cui ai commi 4-5 da cinque a dieci anni o, nei casi di cui ai commi 2-3, persino da otto a dodici anni. L'omicidio colposo nell'esercizio abusivo di una professione, o di un'arte sanitaria, è punibile con la reclusione da tre a dieci anni, art. 589 ult. comma c.p. Una vera e propria torre di Babele sanzionatoria.

Ma il particolarismo giuridico-penale ormai domina nella legislazione emergenziale, che assume un taglio sempre più arbitrariamente casistico²⁶.

La crisi dell'eguaglianza trova anche qui un fenomeno corrispondente nella scienza penalistica: la crisi della teoria 'generale', della sistematica, della dommatica e la teorizzazione di costruzioni accentuatamente 'separate', di sottosistemi e di rinvii al diritto vivente giurisprudenziale – differenziato per 'sottofattispecie' e per sminuzzate casistiche più o meno arbitrarie – rischia di compromettere insieme eguaglianza, certezza del diritto e conformità ai principi.

Tornando all'aumento delle diseguaglianze nella legislazione penale, contributi deleteri sono venuti prima dalla *war on drugs* e poi dal neoliberalismo, che ha portato con sé un diritto penale non solo classista, ma addirittura – in modo solo apparentemente paradossale – illiberale.

Il proibizionismo in materia di stupefacenti, tra gli altri effetti negativi, ha comportato, con i livelli edittali delle incriminazioni – talora alti, talora spropositati, e tutt'altro che miti pure per fatti legislativamente definiti di lieve entità: si veda l'art. 73 comma 5 d.P.R. n. 309/1990, come modificato, da ultimo, dal c.d. decreto Caivano –, fin dagli anni '90 del secolo scorso una carcerizzazione di massa – attualmente, un terzo dell'intera popolazione penitenziaria –; prevalentemente si tratta di soggetti marginali, non insovente povera manovalanza di organizzazioni criminali.

Il neoliberalismo ha sostituito lo stato sociale con lo stato penale²⁷. All'aggravarsi delle diseguaglianze sono seguite politiche della penalità ispirate alla

²⁶ In argomento, per una più ampia argomentazione sia consentito rinviare ad A. CAVALIERE, *Il furore casistico nella recente legislazione penale. In particolare: circostanze e soggettivismo*, in *Penale. Diritto e Procedura* – <https://www.penaledp.it>, Fasc. 4/2022, 541 ss.

²⁷ In argomento, cfr., a livello internazionale e da una prospettiva sociologica, spec. L. WACQUANT, *Les prisons de la misère*, nouvelle éd., Paris, 2015, 7, 10, 18 e *passim*; ID., *Iperincarcerazione. Neoliberalismo e criminalizzazione della povertà negli Stati Uniti*, Verona, 2013, *passim*, spec. 27-28, 30 («transizione da un (semi)welfare state "maternalistico" a uno stato penale paternalista»), 44, dove si parla di una «vasta ristrutturazione del perimetro e delle funzioni dello stato, che ha comportato in modo simultaneo e convergente il restringimento (downsizing) della sua componente welfarista e l'accrescimento (upsizing) delle sue funzioni poliziesche, giurisdizionali e penitenziarie». V. pure,

zero tolerance e all'esaltazione della sicurezza, la nuova variante onnicomprensiva del concetto di ordine pubblico, con i vari 'pacchetti' 2001, 2008, 2009, 2017, 2018, 2019, 2020. Accomunare nel "ripostiglio concettuale" della sicurezza (la famigerata *Rumpelkammer von Begriffen* bindinghiana²⁸) la tutela dell'incolumità personale, quella del patrimonio nei confronti dei reati predatori 'di strada' e quella del decoro urbano, comporta una violazione del principio di eguaglianza: sia perché si mette sullo stesso piano la tutela di beni giuridici finali ben diversi fra loro; sia perché si finisce per rilegittimare l'ipertutela del patrimonio – con inasprimenti in tema di furti, scippi e rapine, che danno luogo a risultati percepibili in termini di aumento della popolazione carceraria - nonché il giro di vite da diritto penale dell'autore contro i recidivi, praticato specialmente in rapporto ai piccoli reati di strada; sia, ancora, perché la repressione si rivolge contro abusivi, mendicanti e *clochard*, anche con strumenti parapenali come il cosiddetto D.A.C.U.R. Questa è una penalità scopertamente classista.

Un corollario del diritto penale securitario, neoliberista ma politicamente illiberale - che pare riproporre, in forme nuove, il diritto penale asseritamente liberale dello Stato 'guardiano' o gendarme -, è la repressione del dissenso: non solo *sub specie* reati di opinione, ma anche in rapporto al blocco stradale, alle misure di prevenzione applicate a gruppi 'antagonisti', fino alle proposte di nuove incriminazioni applicabili ai detenuti 'rivoltosi' anche sotto forma di

nella sociologia giuridico-penale italiana, spec. M. PAVARINI, *Governare la penalità. Struttura sociale, processi decisionali e discorsi pubblici sulla pena*, n. monografico della Rivista *ius17@unibo.it*, 3/2013, 32 ss., 46-47, 109; nella dottrina penalistica, S. MOCCIA, *Alcune riflessioni su sicurezza e controllo penale*, in *Questione meridionale e questione criminale. Non solo emergenze*, a cura di A. BEVERE, Napoli, 2007, 123-124.

²⁸ In senso critico rispetto al bene sicurezza, cfr. fra i tanti spec. K. AMELUNG, *Der Begriff des Rechtsguts in der Lehre vom strafrechtlichen Rechtsgüterschutz*, in *Die Rechtsgutstheorie. Legitimationssbasis des Strafrechts oder dogmatisches Glasperlenspiel?*, a cura di R. HEFENDEHL, A. VON HIRSCH, W. WOHLERS, Baden-Baden, 2003, 172-173: «Sicurezza è l'assenza di pericolo di minaccia, in termini politico-criminali mancanza di punibili lesioni o esposizioni a pericolo di beni giuridici. Questa sicurezza sussiste, quando le norme penalmente sanzionate vengono osservate. Pertanto [...] sicurezza è soltanto il riflesso della vigenza fattuale delle norme, un nulla che grazie a un uso linguistico reificante viene trasformato in qualcosa di esistente e con ciò stilizzato in oggetto capace di assurgere a bene giuridico»; A. BARATTA, *Diritto alla sicurezza o sicurezza dei diritti?*, in *La bilancia e la misura. Giustizia, sicurezza, riforme*, a cura di S. ANASTASIA, M. PALMA, Milano, 2001, 19 ss.; F. PALAZZO, *Contrasto al terrorismo, diritto penale del nemico e principi fondamentali*, in *Quest. giust.* 2006, 673: «La sicurezza come criterio di selezione di tipi criminosi si rivela un po' simile al valore dell'«obbedienza come tale» di antica memoria [...]. Non solo qualunque fatto violento si pone naturalmente in contrasto con la sicurezza, ma qualunque fatto anche lontanamente prodromico a quello è capace di attentare alla sicurezza [...]. L'esito finale di questa operazione mistificatoria è lo scardinamento dell'intero sistema costituzionale dei diritti fondamentali»; M. PAVARINI, *Degrado, paure e insicurezza nello spazio urbano*, in AA.VV., *Sicurezza e diritto penale*, a cura di M. DONINI e M. PAVARINI, Bologna 2011, 55-56; G. FIANDACA, *Sul bene giuridico. Un consuntivo critico*, Torino, 2014, 92 ss. (sia pur con una conclusione cautamente 'aperta'); L. RISICATO, *Diritto alla sicurezza e sicurezza dei diritti: un ossimoro invincibile?*, Torino, 2019, 8 ss.

“resistenza passiva” che, magari, si ribellino a condizioni carcerarie disumane, ed ai migranti e rifugiati che resistano anche passivamente a pubblici ufficiali, come è previsto da un recente disegno di legge in tema di ‘sicurezza’²⁹. Simmetricamente, si intende aumentare i privilegi per le forze dell’ordine, inasprendo le pene per reati commessi nei loro confronti o autorizzando gli agenti al porto d’armi fuori servizio.

Un ulteriore ‘nemico’ creato dalle politiche securitarie è notoriamente l’immigrato illegale³⁰. La vita, l’incolumità, la libertà personale dei migranti irregolari non ‘valgono’ quanto quelle degli altri: sono “meno uguali”³¹ e quindi sono sacrificabili alla *ratio* – perché non si tratta di un bene giuridico – della ‘regolarità dei flussi migratori’, una *species* dell’ordine pubblico. Di conseguenza, chi salva vite in mare – regola di umanità basilare del diritto marittimo – rischia il favoreggiamento, perché accusato di favorire flussi irregolari; le O.N.G. vengono obbligate a trasportare verso porti lontani le persone soccorse in mare, aumentando così il rischio di morti per annegamento durante l’assenza forzata delle navi umanitarie; e si prevedono fino a 18 mesi di detenzione cautelare in C.P.R. o “altre strutture”, eludendo le garanzie del diritto e del procedimento penale mediante l’etichetta fraudolenta del “trattenimento amministrativo”, con mera finalità “preventiva”, laddove le condizioni di detenzione in quei luoghi sono sovente non migliori di quelle carcerarie. Non c’è spazio per approfondire il tema; basti dire che le alternative all’attuale normativa in materia di immigrazione notoriamente esistono. Innanzitutto, una legislazione meno restrittiva, che agevoli l’inserimento sociale e lavorativo dei migranti³²; ed una reale politica di sviluppo nei Paesi di origine, anche se forse basterebbe, come primo passo, porre fine al loro perdurante sfruttamento postcoloniale, ad esempio in termini di estrazione di risorse naturali e di vendita di armi.

Un’ultima considerazione circa il diritto penale diseguale concerne l’ampliamento della discrezionalità giudiziale. Nei cinquant’anni dalla novella del 1974 ad oggi, il rimedio legislativo principale volto al superamento della centralità della pena detentiva è consistito nella previsione di varie misure ampliative – in senso favorevole al reo - della discrezionalità giudiziale, dall’estensione dell’art. 69 c.p. ad una lunga serie di misure sostitutive/alternative o sospensive e all’art. 131-*bis* c.p. Le poche depenalizzazioni sono state ampiamente superate

²⁹ Cfr. gli artt. 18-19 d.d.l. n. 1660, presentato dai Ministri Piantedosi, Nordio e Crosetto.

³⁰ In argomento, sia consentito rinviare ad A. CAVALIERE, *Le vite dei migranti e il diritto punitivo*, in *Sistema penale*, fasc.4/2022, 43 ss., con ulteriori riferimenti bibliografici.

³¹ V. il comandamento ‘finale’ in G. ORWELL, *La fattoria degli animali* (1945), Roma, 2002,108: «Tutti gli animali sono eguali ma alcuni animali sono più eguali degli altri».

³² Cfr. già la proposta presentata quasi vent’anni fa da MAGISTRATURA DEMOCRATICA e ASSOCIAZIONE STUDI GIURIDICI SULL’IMMIGRAZIONE, *Dieci punti per una nuova politica del diritto sull’immigrazione. Una svolta possibile e necessaria*, in *Quest. giust.*, 2006, 1083 ss.

dalle nuove incriminazioni; i reati di mendicizia e di oltraggio sono stati addirittura aboliti e poi reintrodotti. Il risultato di tale impostazione è un diritto penale che resta ‘massimo’ o “totale”³³; salvo concessioni discrezionali di libertà per mano della magistratura, magari a seguito di accordi e patteggiamenti vari.

Tutto ciò, da un lato, aumenta la selettività e dunque la diseguaglianza nel diritto penale: perché ottenere quelle concessioni dipende da fattori anche economico-sociali, che ad esempio incidono su qualità e dunque effettività della difesa. Ecco perché le carceri scoppiano di poveri e marginali.

Dall’altro, ormai gli strumenti deflattivi discrezionali, anziché sostituirsi al carcere, contribuiscono ad estendere sempre più la rete della penalità. Tale noto effetto di *net widening*³⁴ è confermato dal dato per cui la popolazione carceraria, dopo il 2015, è aumentata pressoché costantemente, nell’ultimo anno di circa 4.600 unità, da 56.300 a oltre 60.900 (capienza regolamentare 51.000)³⁵; nello stesso periodo, i soggetti sottoposti a pene sostitutive, misure alternative e sospensive e libertà vigilata risultano in continuo e netto aumento, fino agli oltre 88.000 attuali. In particolare, 29.000 persone risultano affidate in prova al servizio sociale, 27.000 sono sottoposte a sospensione del procedimento con messa alla prova, 12.000 sono in detenzione domiciliare, oltre 11.500 sono assegnate a lavori di pubblica utilità, quasi 5.000 persone si trovano in libertà vigilata³⁶.

Simili esiti dipendono, tra altri fattori, in particolare dall’incapacità o dalla mancanza di volontà di perseguire percorsi di politica criminale realmente alternativi, da stato sociale di diritto, che prevedano quel modello integrato di risposta ai conflitti sociali indicato da Sandro Baratta³⁷: partendo dalla prevenzione primaria – economica, sociale e culturale –, passando per discipline extrapenalistiche più liberali, solidali ed efficaci, in materia di droghe e di immigrazione, e ricostruendo, anche mediante serie depenalizzazioni, un sistema penale degno di tale nome e conforme ad *extrema ratio*.

³³ F. SGUBBI, *Il diritto penale totale. Punire senza legge, senza verità, senza colpa. Venti tesi*, Bologna, 2019, 23 ss.

³⁴ BANDINI, GATTI, GUALCO, MALFATTI, MARUGO, VERDE, *Criminologia*, 2^a ed., vol. I, Milano, 2003, 372-373: «Per *net widening* si intende il fenomeno, osservato frequentemente, per cui l’introduzione o la maggiore utilizzazione di misure alternative non determina la prevista riduzione delle incarcerazioni, in quanto le nuove misure non vengono utilizzate come vere alternative, ma vengono applicate per soggetti per i quali in precedenza non veniva adottata alcuna misura. Le cosiddette “misure alternative” quindi rischiano di allargare la rete del controllo sociale, invece di determinare un alleggerimento dell’impatto del sistema giudiziario»; «questo fenomeno è stato osservato negli Stati Uniti d’America, ed anche in Europa»; v. pure, in riferimento alla *diversion* minorile, *ivi*, 400.

³⁵ Si confrontino i dati riportati nel sito www.giustizia.it sui detenuti presenti al 28 febbraio 2023 con quelli relativi ai presenti al 29 febbraio 2024.

³⁶ Dati provvisori aggiornati al 15 marzo 2024, disponibili sempre all’interno del sito www.giustizia.it.

³⁷ V. *supra*, nota 15.

6. Il diritto penale come strumento di contrasto delle diseguaglianze?

Una riforma organica della legislazione penale orientata a Costituzione dovrebbe prevedere una revisione anzitutto delle gerarchie dei beni giuridici, come proposto anche nel progetto Pagliaro³⁸, e delle comminatorie edittali³⁹. Ad esempio, la pena edittale per il peculato, art. 314 c.p., attualmente è più elevata di quella prevista per la tortura, art. 613-*bis* c.p.; e una falsità in atto fidefaciente, artt. 476 comma 2 e 479 c.p., è punita più severamente – e perciò si prescrive dopo⁴⁰ – di una lesione personale grave. Ma persino per lo scippo, art. 624-*bis* c.p., la pena è più severa – stante il minimo edittale più elevato – che per una lesione grave, art. 583 c.p. – una lesione da cui, ad esempio, derivi una malattia di durata superiore a 40 giorni – oppure per i maltrattamenti in famiglia, art. 572 c.p.!

Da una revisione del sistema dei beni giuridici, delle forme di aggressione e delle pene edittali deriverebbero pure esiti più conformi alle esigenze di tutela di beni fondamentali quali vita, integrità fisica, libertà personale e sessuale.

Bisogna però tener presente un punto fondamentale: anche dove occorre un intervento penale, una reale efficacia della tutela richiede, per lo più, pure interventi di prevenzione primaria ed extrapenale. E l'intervento penale, anche se rivolto alla protezione di beni giuridici fondamentali, dev'essere sempre conforme ad eguaglianza/proporzione ed a tutti i principi costituzionali della materia. L'alternativa è un uso solo simbolico, populistico ed illiberale del diritto penale.

Ciò vale da qualunque parte politica ed in rapporto a qualunque settore venga proposto, quale illusoria panacea, l'intervento punitivo.

Ad esempio, è vano contrastare la tortura mediante la sola introduzione di una norma incriminatrice – oltretutto, non priva di irragionevolezza e presidiata da pene sproporzionate –, se ci si disinteressa della selezione e formazione delle forze dell'ordine, del sistema dei controlli e delle sanzioni extrapenali per condotte illegittime e dell'identificabilità di autori e partecipi, attraverso codici

³⁸ Pubblicato in *Documenti Giustizia*, 1992, n.3.

³⁹ In argomento, cfr. spec. T. PADOVANI, *La disintegrazione attuale del sistema sanzionatorio e le prospettive di riforma: il problema della comminatoria edittale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1992, 419 ss.

⁴⁰ Ad esempio, nel noto procedimento penale per le violenze di polizia verificatesi nella scuola Diaz in occasione del G8 di Genova del 2001 – in relazione alle quali la Corte EDU, IV sez., con la sent. Cestaro c. Italia del 7 aprile 2015, condannò l'Italia –, è accaduto che le lesioni gravi realizzate da agenti di polizia nei confronti di diversi manifestanti si siano prescritte (termine di prescrizione 7 anni), mentre non si è prescritta la falsità ideologica relativa al verbale di polizia avente ad oggetto il rinvenimento delle bottiglie incendiarie (falso in atto fidefaciente, termine di prescrizione 10 anni). Ciò è dovuto al dato per cui il codice Rocco considera la fede pubblica quale bene giuridico di maggior valore rispetto all'integrità fisica e, dunque, ritiene più grave dichiarare il falso in un verbale che rompere le ossa a qualcuno.

identificativi⁴¹. Ancora, è vano, oltre che problematico sul piano dei principi, introdurre nuove fattispecie di taglio casistico in tema di omicidio stradale o sul lavoro, se non si interviene predisponendo ed implementando con risorse adeguate un effettivo sistema di illeciti, sanzioni e controlli amministrativi. E si potrebbe continuare.

Gli esiti del dibattito sulla pretesa funzione promozionale del diritto penale, come, per altro verso, quelli relativi ai pretesi obblighi costituzionali di tutela penale, furono a ragione prevalentemente di segno critico⁴². Non solo è illusorio e populistico affidare al diritto penale un ruolo primario di bandiera simbolica, nel senso dell’“azione affermativa” di interessi anche fondamentali; ma ciò comporta sovente pure un’estensione, un’anticipazione ed un inasprimento della tutela penale che presentano profili di contrasto con la Costituzione.

Due esempi: l’idea di introdurre il reato di femminicidio, sbandierata come strumento per tutelare maggiormente le donne dalla violenza omicida, si porrebbe in elementare contrasto con l’eguaglianza; perché non proporre, allora, pure un’ulteriore, ‘diseguale’ norma incriminatrice sul transicidio? L’obiezione secondo cui una norma *ad hoc* si giustificherebbe con la maggior diffusione del fenomeno dei femminicidi e, dunque, in chiave di prevenzione generale, equivale a sostenere la necessità di un inasprimento della pena a carico del singolo autore di un fatto a causa della numerosità di fatti altrui: ma ciò darebbe luogo ad una strumentalizzazione del singolo per finalità di intimidazione, orientamento o ‘rassicurazione’ della collettività, in contrasto con la dignità della persona e con la personalità della responsabilità penale, artt. 2 e 27 comma 1 Cost.

Il secondo esempio riguarda i nuovi “reati contro l’eguaglianza”, trasferiti nel codice dalla legge Mancino. In primo luogo, come è stato autorevolmente osservato⁴³, il loro vero oggetto di tutela non è l’eguaglianza; infatti, a ben vedere i beni offesi dalle condotte discriminatorie sono quelli, personali, di colui che viene discriminato, dalla vita, all’integrità fisica, alla libertà, all’onore etc. Tutti beni già penalmente tutelati, con sanzioni ragionevolmente diverse secondo la gravità dell’offesa. In secondo luogo, l’art. 604-*bis* c.p., “propaganda e istigazione a delinquere per motivi di discriminazione razziale etnica e religiosa”, contiene reati di opinione – si tratta di opinioni certamente aberranti,

⁴¹ Carenze di tutela poste in evidenza dalla sent. CEDU, Cestaro c. Italia, citata nella nota precedente.

⁴² Cfr. per tutti D. PULITANÒ, *Obblighi costituzionali di tutela penale?*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1983, 484 ss.; F. BRICOLA, *Carattere “sussidiario” del diritto penale e oggetto della tutela* (1984), ora in *Politica criminale e scienza del diritto penale*, cit., 192 ss.

⁴³ F. PALAZZO, *La nuova frontiera della tutela penale dell’eguaglianza*, in *www.sistemapenale.it*, 11 gennaio 2021, par. 2.

ma pur sempre tali – e l'art. 604-ter c.p. contiene un'aggravante ad effetto speciale, con annessa deroga all'art. 69 c.p., basata su meri atteggiamenti interiori. L'“azione affermativa” penale contro alcune, certamente odiose, manifestazioni di pensiero o contro finalità interiori discriminatorie, al di là della sua illusoria efficacia, si traduce, qui, in incriminazioni e circostanze aggravanti palesemente contrastanti con il principio di offensività⁴⁴. Principio che, a mio avviso, in una vera democrazia, deve valere egualmente per tutti i tipi d'autore, anche quelli più ‘intolleranti’.

⁴⁴ In argomento, cfr. per tutti N. MAZZACUVA, *op. loc. cit.*; sia consentito pure rinviare ad A. CAVALIERE, *Il furore casistico nella recente legislazione penale*, cit., 575 ss.

CAPITOLO V

Condizioni di marginalità e disuguaglianza del condannato “*in executivis*”

Marcello Bortolato

Noi sappiamo che la pena detentiva, come la conosciamo oggi, nasce nella prima metà del XIX secolo, dopo che il pensiero illuminista ha promosso il suo recupero da elemento marginale nel mondo penale a pena per eccellenza. Questo perché, essendo il tempo divenuto l'unità di misura di ogni aspetto dell'esistenza umana, la pena detentiva – dunque il carcere – è la pena più uguale che esista in quanto il tempo è qualcosa che ognuno possiede in egual misura. Conseguentemente anche la libertà è un diritto che ciascuno possiede in egual misura e dunque toglierla, per un tempo che può differenziarsi in ragione della gravità del male commesso o delle esigenze di riabilitazione, è strumento massimamente egualitario.

Questa idea di sanzione come privazione di una quota di libertà, determinata in modo astratto, diventa possibile storicamente solo in quel processo economico in cui tutte le forme della ricchezza sociale vengono ricondotte alla forma più semplice ed astratta del lavoro umano misurato nel tempo. C'è da aggiungere, anche per quanto dopo si dirà, che la nascita del carcere riflette anche la mentalità della borghesia come classe culturalmente egemone in formazione e pertanto manifesta la vendetta sociale in particolare contro coloro che hanno violato il diritto di proprietà e, dall'altro, non può più tollerare i pubblici supplizi e le pene corporali che caratterizzavano i sistemi penali delle società più antiche.

Fatta questa premessa storica, vengo alla domanda che il titolo di questo convegno pone ad un magistrato che, come chi vi parla, si occupa di esecuzione della pena: quanto incidono le condizioni di disuguaglianza sostanziale e di marginalità sociale sull'esecuzione della pena carceraria? Che poi significa quando si ha giustizia “giusta” in materia di pena?

Rispondo subito con la nota frase di Don Milani: «non si possono fare parti uguali fra diseguali» che ci pone l'interrogativo angoscioso per cui sembra aversi una giustizia inesorabile e severa nei confronti dei deboli ma facile ad eludere e malleabile per i forti. L'ideale illuminista viene dunque tradito nei fatti: non c'è pena più disuguale di quella detentiva perché essa in realtà, nella stragrande maggioranza dei casi, soddisfa il giustizialismo contro i poveri che sono il capro espiatorio dell'insicurezza generale, quelli che è facile raccogliere dagli angoli delle strade e delle piazze.

Oggi assistiamo al trionfo del mito securitario che vede da un lato il ritorno del mito della “tolleranza zero” (che pensavamo sepolto dopo averne constatato negli Stati Uniti, dove è nato, il totale fallimento: in quel Paese, nonostante politiche severissime in tema di repressione sanzionatoria, i reati sono in crescita) e dall’altro quello, più moderato ma altrettanto pericoloso, della “finestra rotta”, secondo cui sono i piccoli gesti di disordine (come, appunto, una finestra rotta in casa) che portano al manifestarsi della criminalità più grave. In questa chiave devono infatti leggersi i più recenti provvedimenti in materia, ad esempio, di penalizzazione dei raduni “rave” (decreto del 2022) o il disegno di legge recentemente approvato che prevede sanzioni penali contro gli ecoattivisti e l’introduzione del reato di “rivolta in carcere” dai contorni assai indeterminati e che prevede condotte già punite separatamente (evasione, danneggiamento, resistenza) ma in cui si definisce rivolta anche solo una “resistenza passiva” all’esecuzione di ordini se commessa da tre o più persone. Si tratta, come è evidente, di punire quella miriade di condotte “disordinate” conseguenti al degrado degli ambienti di vita per evitare il peggio ma nessuna ricerca empirica ha tuttavia mai dimostrato questo assioma.

O, ancora, pensiamo al mito della “pena certa” che risale sì a Beccaria e che Beccaria introduceva in un tempo in cui mancavano le regole per definire le pene, la loro durata e le modalità di esecuzione, dimenticando che Beccaria diceva anche che le pene oltre che essere “certe” dovevano essere “miti”. Ora, la certezza della pena, intesa come certezza del carcere, è divenuta viceversa il mito culturale del pensiero securitario, ma essa è palesemente in contrasto con il dettato costituzionale che innanzitutto parla di “pene” al plurale e che, inoltre, prevede, come riflesso del finalismo rieducativo, la sua flessibilità attraverso il sistema delle misure alternative e dunque con la possibilità, se funzionale al reinserimento sociale, di una modificazione in senso qualitativo (pensiamo alle misure alternative alla detenzione), ma anche quantitativo della pena fissata dal giudice nella condanna (pensiamo alle riduzioni di pena attraverso l’istituto della liberazione anticipata). Il principio della flessibilità, e dunque il sistema delle misure alternative, si scontra tuttavia con la realtà di un carcere sempre più “discarica sociale” per cui soltanto pochi possono accedere ai benefici: con l’esclusione sociale dei gruppi bersaglio la detenzione da penale diventa sociale.

Parto da una situazione ben nota.

Ad oggi ci sono più di 15.000 detenuti che stanno espiando una pena residua inferiore ai due anni: questi soggetti non hanno potuto accedere alle misure alternative (e un domani forse un analogo numero di persone non avranno accesso nemmeno alle pene sostitutive della riforma Cartabia). Perché?

Ciò non è dovuto alla scarsa sensibilità o benevolenza dei magistrati di sorveglianza ovvero all’inerzia o farraginosità del sistema dell’esecuzione ma, da un lato ai vincoli normativi esistenti, pensiamo ai reati *ex art. 4-bis* o.p. esclusi dallo strumento della sospensione dell’ordine di esecuzione *ex art. 656* comma

5 c.p.p., dal fatto che in caso di sospensione la procedura di concessione della misura si attiva solo su domanda dell'interessato da presentare nel termine di trenta giorni (e quindi se non hai un difensore il termine può sfuggirti), dalle preclusioni ed inammissibilità esistenti (divieto di concessione di misure nel triennio dalla precedente revoca di altra misura) e, infine, dalla recidiva (che impedisce la concessione della stessa misura nell'arco della vita). Dall'altro, per le difficoltà nascenti dalla mancanza di un domicilio, dall'assenza di un valido riferimento familiare esterno ovvero dall'assenza di una qualche attività lavorativa o anche solo di pubblica utilità che possa costituire l'ossatura di un valido programma di reinserimento sociale.

Ecco allora che anche da questo deriva quel sovraffollamento che non può far altro che aggravare le condizioni carcerarie e quindi le disuguaglianze.

Il sovraffollamento: al 31 ottobre 2023 i detenuti erano 59.715 a fronte di una capienza regolamentare di 51.275 (alla data odierna – 1° dicembre 2023 – abbiamo in realtà già superato quota 60.000). Ma il sovraffollamento non è una situazione di emergenza, è una condizione strutturale, che nasce non dalla crescita della criminalità ma dalla crescita della criminalizzazione. Il tasso di sovraffollamento, dunque, si attesta al 117%, lontano ancora da quello che determinò 10 anni orsono l'umiliante condanna di Strasburgo (139 %). In carcere il numero degli stranieri è ormai prossimo al 31,5 % (18.803 detenuti stranieri sul totale). Il numero dei tossicodipendenti è pari al 40,7 % (dato del 2022) e una percentuale quasi pari è fatta di persone con problemi psichiatrici. È ovvio che molti appartengono a più categorie (la condizione di tossicodipendenza spesso convive con disturbi di natura psichica), ma quello che risalta è che almeno i due terzi dei detenuti appartengono ad un'area del disagio sociale che viene affrontata con lo strumento semplificatore del carcere. La reclusione delle persone problematiche non risolve i loro problemi, viceversa li congela e li restituisce intatti al termine della pena. Ora, questi soggetti sono i destinatari di una sorta di razzismo sociale: se il carcere è una "discarica" i detenuti sono i rifiuti che la alimentano, rifiuti il più delle volte derivanti da politiche che non intervengono sui problemi da cui sono prodotti, ma che li negano attraverso la semplificazione della pena e del carcere. Il carcere è divenuto sempre più un nuovo contenitore del disagio, che raccoglie anche le antiche funzioni dei manicomii. Lo scopo dichiarato è quello di tenere queste vite in carcere sempre di più e questo fanno, da un lato, le nuove ipotesi di reato, le nuove aggravanti, l'aumento delle pene, l'abrogazione (da ultimo) perfino del differimento obbligatorio della pena per le detenute madri.

Su questo mi permetto una piccola digressione perché credo che la possibile abrogazione della norma che non consente la carcerazione delle donne incinte o con prole di età inferiore ad anni uno (fino ad anni 3 la sospensione è solo facoltativa) costituisce veramente un gravissimo *vulnus*. La norma ha infatti origine millenarie se si pensa che era già contenuta nel Digesto giustiniano

ove si prevedeva che per le donne condannate definitivamente ma in gravidanza la pena è differita “affinché lo stato di detenzione non possa nuocere a colui che portano in grembo”, per il motivo che la pena essendo personale non poteva ricadere sul bambino. Fu il Codice Rocco ad estendere tale obbligo di sospensione anche ad un periodo dopo il parto (in origine 6 mesi): la *ratio* - pervenuta intatta fino ai tempi nostri - è quella di togliere di mezzo quella rigidità che di fatto rende difficoltosa la concessione dei benefici alle detenute madri che, nel maggior numero di casi, provengono da un ambiente denso di povertà e di microcriminalità e pertanto sono donne che presentano, anche se giovani, un percorso già avanzato di condanne penali per cui, se si dovesse tenere in considerazione il concreto pericolo di commissione di delitti (come si fa nella sospensione facoltativa), per la magistratura sarebbe assai difficoltoso concedere un rinvio della pena o una misura alternativa. Ma è evidente come l’annunciata soppressione di questo differimento obbligatorio faccia pensare alla volontà, nemmeno tanto sottaciuta, di elevare un certo gruppo di persone, portatrici in genere di significativi problemi sociali, a bersaglio di una discriminazione.

Ora, l’operazione di ricarcerazione di alcuni gruppi sociali che complessivamente possono costituire ed essere definiti “detenzione sociale” ha due dinamiche di rafforzamento: una sociale ed una penale. La prima è di limitazione dell’intervento sociale nei confronti del disagio con politiche che fanno diminuire le risorse dedicate ai servizi sociosanitari. E la seconda è proprio la politica penale volta a limitare in vario modo e sempre più l’ammissione ai benefici penitenziari pur sapendo che le misure alternative hanno dimostrato di essere assai più efficaci del carcere per contenere la recidiva.

La conseguenza è che le politiche securitarie e carcerarie sono diventate la questione centrale della politica generale che pure di cose a cui pensare ne avrebbe tante altre, con l’effetto che il carcere cresce a dismisura e si riempie sempre di più di stranieri, di tossicodipendenti, di soggetti psichiatrici e socialmente abbandonati, non della criminalità più grave (ad es. a quella economica o ambientale) di cui pare talvolta la politica non interessarsi (salvi i reati di criminalità organizzata). Bisognerebbe cominciare veramente a pensare a quelle strutture territoriali (le Case per semiliberi già previste dall’art. 101 Reg. ma mai realizzate o le Case territoriali della proposta di legge Magi per pene inferiori ad 1 anno). Sebbene queste proposte non neghino l’approccio securitario, riproducendo, in piccolo, la logica del carcere e della segregazione, tuttavia, se pensate come case di comunità, allevierebbero da un lato il sovraffollamento e, dall’altro, consentirebbero un graduale e progressivo rientro nel mondo libero.

Quando si parla di pena e di sistema esecutivo spesso comunque si trascura che l’area della detenzione pura e semplice copre in realtà soltanto un quarto della complessiva area dell’intervento penale/sanzionatorio: se i detenuti sono infatti 60.000, oltre 86.000 sono le persone in misura alternativa, misura di sicurezza, messa alla prova e sanzione sostitutiva, cui vanno aggiunti circa

90.000 “liberi sospesi”, cioè persone con pena residua inferiore a 4 anni aventi ordine di carcerazione sospeso perché in attesa di una decisione sul proprio destino ad opera del Tribunale di sorveglianza. Si tratta di numeri impressionanti, quasi 240.000 soggetti che, tra l’altro, se non esistessero il sistema delle misure alternative ed i meccanismi sospensivi sopra ricordati, sarebbero tutti in carcere nei 190 istituti italiani, ad espiare la propria pena.

Infine, ultimo fattore di disuguaglianza nell’esecuzione della pena è la varietà del nostro sistema di detenzione da istituto ad istituto. Constatiamo frequentemente quanto sia diverso per un condannato trovarsi a espiare la pena in un carcere piuttosto che in un altro, a Bollate piuttosto che a Secondigliano. Guardiamo alla sanità: in decine di carceri non c’è un medico 24 ore su 24. È una realtà a macchia di leopardo, vale anche per i percorsi di trattamento: il lavoro, il teatro, la scuola, l’università, non ci sono dappertutto e ciò costituisce un ulteriore fattore di discriminazione e di disuguaglianza. C’è differenza tra case di reclusione e case circondariali dove condannati definitivi e imputati stanno insieme mentre la legge prevederebbe una netta divisione. Ci sono carceri “chiuse” e carceri “aperte”. Vi è poi l’aspetto edilizio, vi sono carceri fatiscenti, con grandi inadeguatezze strutturali, a fronte di prigioni modello. Essere assegnati ad una piuttosto che ad un’altra segna uno spartiacque fra sommersi e salvati che poco ha a che fare con il principio di uguaglianza. Vi sono Regioni dove il welfare funziona meglio ed il trattamento ne risente.

Da ultimo, la discriminazione interna agli istituti e che deriva dalla mentalità carceraria – riprodotta dalla istituzione – per cui esistono detenuti che vanno segregati in sezioni cd “protette” perché altrimenti sarebbero oggetto di sopraffazione e soprusi da parte degli altri detenuti a causa della tipologia dei reati commessi. Vi sono reati più infamanti degli altri (i reati sessuali, i reati compiuti dalle Forze dell’ordine, le condotte di collaborazione) che per una certa cultura delinquenziale non vengono tollerati e ciò, si ritiene, per lenire il proprio senso di colpa (“qui dentro c’è qualcuno che ha fatto cose peggiori delle mie”). È un grande fattore di discriminazione perché questi condannati hanno molta più difficoltà ad accedere, anche per questo, alle attività trattamentali e, conseguentemente, ai benefici.

Concludo con una riflessione sulla giustizia.

Essa, anche nella fase dell’esecuzione della pena, si deve atteggiare a giustizia “relazionale”, che è il rifiuto di una giustizia che passi solo dall’applicazione meccanica di norme generali e astratte, è la giustizia del “*qui e ora*” in una situazione che interroga direttamente il giudice che è chiamato a essere giusto. La funzione di un giudice che guarda all’uomo, come il magistrato di sorveglianza, è molto più impegnativa di quella che pensiamo di chi si trincerava dietro alle regole.

La parola fondamentale è “cura”: la cura è farsi carico del bisogno, è attenzione, responsabilità e, fondamentale per chi esercita una funzione pubblica,

un servizio. Prendersi cura significa, sempre nell'ottica "orizzontale" di una giustizia di relazione, portare l'uguaglianza e il rispetto della dignità laddove non esiste e dunque proprio nel carcere luogo in cui, più di altri, v'è disuguaglianza e dove si riesce con difficoltà ad affermare la propria dignità a causa delle difficili condizioni della detenzione attuale, dell'infantilizzazione purtroppo ancora ricorrente all'interno degli istituti, dell'amputazione di diritti fondamentali come quello dell'affettività e così via, condizioni note su cui non vale la pena ritornare.

È il lavoro sulla pena per i cattivi ma anche per i diseguali, una pena personalizzata dal volto umano, attenta promotrice dei valori dell'uguaglianza sostanziale e, come tale, adeguata alla storia del soggetto e alla sua evoluzione.

Alla domanda iniziale dunque rispondo che, in materia di pena, si ha giustizia "giusta" solo quando si può, alla Don Milani, fare realmente "parti uguali fra diseguali".

Efficienza, innovazione e nuove diseguaglianze nel sistema processualpenalistico*

Claudia Cesari

SOMMARIO: 1. Premessa. – 2. Le parole chiave. – 3. L'efficienza. – 4. L'innovazione nei modelli e nell'ideologia del processo. – 5. L'innovazione tecnologica. – 6. Le variabili aggiuntive.

1. Premessa

Leggere il sistema penalistico, in genere, e processualpenalistico, in particolare, con la lente bifocale dell'impatto delle nuove tecnologie e della produzione di nuove diseguaglianze, impone di partire dalla verifica delle direttrici di sviluppo più recenti del processo penale. È indispensabile, in altri termini, guardare a quello che sta succedendo in questi ultimi anni e persino mesi (considerando la rapidità vorticoso di innovazione del legislatore in quest'ambito dell'ordinamento), e poi cercare di immaginare quello che potrebbe succedere in futuro, per riflettere sui possibili rischi della produzione di nuove disuguaglianze proprio là dove si cerca di rimediare ai guasti dell'esistente. Ci si deve chiedere, insomma, se lo slancio attuale nella direzione del rinnovamento del sistema porti di per sé buoni risultati oppure se non rechi dei rischi occulti, rispetto ai quali sarebbe bene mantenere alta la vigilanza, proprio dal punto di vista elettivo dei possibili contraccolpi sul principio di eguaglianza e sulla nascita di inedite forme di discriminazione.

Credo si possa ammettere, in questa prospettiva, che il punto di vista del penalista, in quest'ambito, sia connotato da una peculiare sensibilità al problema. Benché le preoccupazioni su simili profili siano ampie e largamente condivise a vari livelli e in tutti i campi, va rammentato che l'attenzione forte al valore dell'uguaglianza e quindi la paura di o l'avversione per le disuguaglianze siano una componente tipica della sensibilità penalistica. Non solo il sistema penale nel suo complesso nasce fondato sull'idea di dover essere eguale (non foss'altro per il rilievo degli interessi coinvolti e per la gravità dell'esercizio di potere sui singoli che esso comporta e autorizza a determinate condizioni),

* Il presente lavoro si inserisce nell'ambito del progetto "Innovazione e vulnerabilità: problemi giuridici e tutele" del Dipartimento di Giurisprudenza dell'Università di Macerata (finanziamento MUR, programma: Dipartimenti di Eccellenza 2023-2027).

basato su canoni di precisione e legalità volti ad eliminare ogni arbitrio, ma lo stesso processo penale poggia sui pilastri dell'eguaglianza e dell'equità. Per un verso, lo stesso art. 112 Cost. è da sempre considerato la cinghia di trasmissione dell'art. 3 Cost. nel rito penale; per altro verso, il processo si basa sul principio di parità, che – se non corrisponde all'idea di perfetta eguaglianza tra i contendenti – integra un canone di equo temperamento e bilanciamento tra i poteri e le opportunità dei protagonisti, che è la linfa del contraddittorio e quindi dello stesso metodo sul quale l'accertamento giurisdizionale si fonda. Il processo, insomma, si basa sull'idea di un metodo che, se non è equo, poiché paritetico, non funziona: la metodologia che lo connota è inefficace se non è basata sulla pari opportunità dei contendenti di ottenere determinati risultati.

Si tratta di un'idea culturale e metodologica che in campo processual-penalistico è avvertita e condivisa oramai come patrimonio comune, in modo particolarmente pressante anche perché in quest'ambito, sull'orizzonte filosofico, epistemologico e pratico del suo agire quotidiano, c'è la giustizia. E l'eguaglianza non è un dato anodino nel fare giustizia, ma è ad essa consustanziale, giacché la giustizia è un valore oggettivo, ma anche morale e sociale, è qualcosa rispetto a cui si giocano le sorti della convivenza civile. La giustizia, o almeno l'idea di saperla realizzare in concreto, secondo la legge e in modo equo – e quindi eguale – è un collante sociale essenziale, fondamento della capacità del sistema di sopravvivere, di mantenersi e applicare le regole, di riuscire a gestire efficacemente la coesistenza tra i singoli.

La giustizia, inoltre, specialmente in questo campo, ha un doppio livello di effettività: si afferma in quanto esiste, ma anche in quanto appare; un sistema penale deve non solo essere, ma anche apparire giusto e quindi "eguale", giacché si basa sulla fiducia. Bisogna fidarsi del fare giustizia, perché questa funga efficacemente da base della coesistenza civile, e quindi la percezione dei cittadini rispetto alla giustizia penale, e al sistema penale in genere, deve essere la percezione di un sistema che fa giustizia in modo eguale, che opera correttamente, in modo trasparente e senza arbitri o discriminazioni. In caso contrario, il sistema è percepito come inaffidabile, e finisce – indipendentemente dalla quantità di riforme cui ci si affida, semplicemente col non funzionare.

È tenendo conto di questo scenario che ci si può porre la domanda di fondo del tema in esame: quello che si sta facendo nel processo penale, con le riforme di quest'ultimo periodo, produrrà un sistema necessariamente migliore oppure ci sono dei pericoli da cui guardarsi proprio, paradossalmente, su questo piano?

2. Le parole chiave

Le parole d'ordine di questo periodo di riforme processualpenalistiche sono fondamentalmente tre: efficacia, efficienza, innovazione.

Il concetto di efficacia va inteso nel senso che il sistema deve funzionare, per rendere giustizia in maniera adeguata; dunque, sembra designare la capacità dell'ingranaggio processuale di raggiungere i propri scopi e quindi accertare le responsabilità e, di conseguenza, governare le premesse dell'attuazione del potere punitivo e "fare giustizia".

L'efficienza ha più a che vedere con le modalità di funzionamento del processo penale; dev'essere un sistema che funziona rapidamente, deve essere "economico", garantendo la razionalizzazione delle risorse umane e finanziarie, deve quindi selezionare (ma selezionare in modo efficiente) i "casi" più importanti, portandoli avanti per primi e smaltendo gli altri, preferibilmente attraverso una serie di canali differenziati, più rapidi o a caratura ridotta dal punto di vista dell'economia, di tempo e gestionale. Efficienza è insomma concetto che evoca il risparmio di risorse, declinato sotto forma di minor impiego di tempo, ma anche di danaro e personale.

Da ultimo, è ricorrente l'idea di "innovazione" (concetto forte del resto in tutti i campi in questo momento, secondo differenti accezioni e sfumature, benché pericolosamente generico), da declinare in funzione strumentale alle prime due: l'innovazione è l'apparato di tecniche e metodologie che dovrebbe garantire efficacia ed efficienza, e tale è sia dal punto di vista delle modalità del fare giustizia, sia dello strumentario tecnologico di riferimento. Sotto il primo profilo possiamo ricordare, ad esempio, la giustizia riparativa, a sviluppo stragiudiziale, cioè i sistemi complementari che stanno accanto o in parallelo rispetto al sistema della giustizia autoritativa, di carattere formale, che sono innovativi ma che garantiscono più o meno direttamente anche la maggiore efficacia ed efficienza del sistema principale. Sotto il secondo aspetto, si collocano le nuove tecnologie applicate al sistema della giustizia penale, dunque l'innovazione tecnologica in senso stretto, impiegata a vari livelli, dalla digitalizzazione degli atti al processo telematico, dal braccialetto elettronico agli algoritmi predittivi, che tracciano un sentiero oramai ampio sul quale ci stiamo incamminando, con l'entusiasmo di alcuni e qualche comprensibile scetticismo di altri.

3. L'efficienza

L'efficienza è declinata a vari livelli, in molti modi, tra cui saltano all'occhio comunque le procedure speciali. Il cosiddetto "doppio binario" ha oramai trovato i suoi multipli, basati su varie peculiarità, in base ai reati da gestire, ai contesti, alle caratteristiche delle persone coinvolte: ci sono la mafia, le persone "vulnerabili", gli stranieri, gli enti, il codice rosso, le morti sul lavoro, gli omicidi stradali, i reati contro la pubblica amministrazione, e così via. Il sistema non fa che gestire emergenze, e ad ogni emergenza corrisponde un provvedimento legislativo, sempre più spesso strutturato in due parti, una sostanziale e una

processuale. Il risultato è che ogni volta si produce un microsistema, speciale per più aspetti, che entra a far parte di una costellazione (sempre più) complessa, composta da un sistema di base – che ormai è quello residuale e che si applica ogniqualvolta non c'è da applicare uno dei microsistemi della costellazione – e una serie di piccoli assetti satellitari coagulati intorno a un soggetto o a una categoria di reati particolari. E a ognuno di questi corrisponde un regime in qualche modo o privilegiato o deteriore – dipende dai punti di vista, o dalle circostanze – che è il tassello di un mosaico di disequaglianze e che trova addirittura un suo linguaggio, una sua peculiare cadenza, persino un suo peculiare strumentario di intervento.

È il caso del “trattenimento amministrativo”, misura di limitazione della libertà personale che è l'emblema di quella strategia di edulcorazione terminologica, mediante la quale il legislatore occulta le disparità di trattamento che, chiamate con il loro nome, entrerebbero in collisione con i valori fondanti del sistema¹. Così, una misura coercitiva diventa “trattenimento”, per di più “amministrativo”, dunque una specie di cortese gesto di protezione, collocato fuori dall'area penalistica e comunque linguisticamente alieno alle misure privative o limitative di libertà, che ovviamente in quanto tale non ha bisogno delle garanzie tipiche di queste.

Analogamente, per quanto riguarda i ritmi del processo, i microsistemi tendono a basarsi su deroghe al laser ai tempi delle scansioni del rito. Così, l'assetto legato agli obiettivi emergenziali (o più emergenziali degli altri, verrebbe da dire) si colloca su un binario privilegiato, che ne accelera i passaggi lungo i principali “scambi” degli snodi processuali. Così, in genere negli inneschi fra le fasi (alla chiusura delle indagini, fra le indagini preliminari e l'udienza preliminare, fra l'udienza preliminare e il dibattimento), si contraggono i tempi, i termini vengono compressi e il procedimento “speciale” viene spinto in avanti più rapidamente.

Infine, spiccano nello strumentario differenziato le misure cautelari: l'assetto delle limitazioni provvisorie di libertà, infatti, più immediate e visibili, utili dal punto di vista dell'impatto sull'opinione pubblica e sulla costruzione del consenso, è un ambito tipico di intervento emergenziale, per categorie di reati o gradi di (pretesa) pericolosità individuale d'autore, nel quale le disparità assumono peraltro connotati inquietanti, visto il rilievo dei valori in gioco.

¹ Sull'ipocrisia terminologica che affligge quest'area del sistema, connotata da «un'irriducibile insofferenza al rispetto della legge», v. E. VALENTINI, *L'arrivo dei migranti, tra respingimenti, “accoglienza” e coercizione*, in AA.VV., *Stranieri in Italia. Una riflessione a più voci*, a cura di C. CESARI, Padova, 2022, 132.

4. L'innovazione nei modelli e nell'ideologia del processo

Anche le riforme declinate nella chiave dell'innovazione non sono prive di insidie, dal punto di vista della parità di trattamento fra i consociati. Un campo di analisi di grande interesse è ad esempio quello della giustizia riparativa, che costituisce il fiore all'occhiello delle strategie basate sull'innovazione ideale e sociale dell'approccio dello Stato ai fenomeni devianti. La *restorative justice*, infatti, modello di giustizia "relazionale" autogestita dai protagonisti della vicenda criminosa con un mediatore esperto lontano dalle logiche (e dalle professionalità) del processo penale, è un sistema che nasce per essere alternativo alla punizione e al processo formale, e quindi più attento alle peculiarità delle persone, più flessibile e più giusto. Non per questo tuttavia più equo e tampoco più "eguale". In questo contesto, anzi, si annidano possibili insidie ai canoni di parità e di eguaglianza, una sorta di "lato oscuro", tipico di meccanismi che valorizzano le persone e le loro esigenze, ma proprio per questo sono flessibili, tarati sull'individuo e quindi a rischio di arbitrio, se non posti su binari strettamente sorvegliati in base a bussole normative ben chiare.

La giustizia formale è una giustizia gelida, in cui non c'è spazio per le emozioni, per le scuse, per la riparazione e nemmeno per la manifestazione del dolore. La giustizia relazionale o comunicativa, come quella riparativa, invece, offre tutti questi spazi. Ma la fredda giustizia formale ha un vantaggio: le forme, per definizione, livellano, per certi versi appiattiscono i singoli e le loro esigenze dentro uno schema rigido uniforme, ma (proprio per questo) sono uguali per tutti. La giustizia riparativa, invece, non appiattisce, dà spazio alle personalità, agli esseri umani, per come sono nelle loro diversità, e dunque amplifica le differenze, con il rischio di riprodurre le diseguaglianze personali, culturali, economiche, sociali, nelle dinamiche della giustizia penale, della quale comunque la *restorative justice* è parte integrante.

Allora, forse, per esempio, sarebbe stato bene, all'interno del nuovo sistema della giustizia riparativa, dare maggiore evidenza a questo rischio: quello, per esempio, di attivare una *victim-offender mediation* fra un autore e una vittima troppo diseguali in concreto per comunicare sullo stesso piano, nell'interesse di entrambe. È una sottolineatura che non a caso compare nelle raccomandazioni sulla mediazione e sulla *restorative justice*, in cui si suggerisce espressamente che, quando le parti sono troppo diseguali, la mediazione o i programmi di giustizia riparativa possono e devono essere evitati². Sarebbe infatti rischiosa, perché il

² Secondo la raccomandazione R(99)19, § IV, 15, «*obvious disparities with respect to factors such as the parties' age, maturity or intellectual capacity should be taken into consideration before a case is referred to mediation*». La raccomandazione R(2018) 8, § V, 28, proprio riguardo ai rapporti tra giustizia penale e dinamiche riparative, avverte che le persone incaricate di operare l'invio ai programmi di *probation*, «qualora abbiano il dubbio che la disparità tra le parti, relativamente all'età, alla maturi-

mediatore potrebbe non riuscire a trovare quel meccanismo di contemperamento tra le voci dei partecipanti, quel piede di parità che è necessario, se le due parti sono troppo distanti e una delle due troppo pesantemente svantaggiata rispetto al suo interlocutore.

La cautela europea segnala la consapevolezza del rischio. Non è detto che si concretizzi sempre, naturalmente, ma è importante tener conto della sua esistenza, e individuare misure di contrasto. Se non c'è una clausola normativa di riferimento, si possono formare i mediatori esperti in modo tale da renderli edotti di questo pericolo e, se del caso, esplicitare nei protocolli l'esigenza di scegliere il programma riparativo che contiene meglio la componente di disparità tra gli interessati³ o addirittura di non attivare affatto un programma di *restorative justice*, se non garantisce quell'equità e pariteticità del confronto che invece sono assolutamente indispensabili al suo corretto funzionamento.

Anche il più risalente esempio di *probation* processuale, del resto, ossia la messa alla prova nel rito a carico di minorenni, non sfugge alle criticità proprio in punto di applicazioni diseguali. E' noto anzi che la sospensione del processo con messa alla prova per imputati minorenni è stata importata dopo un ventennio nel sistema per adulti, sul rilievo che aveva funzionato bene in sede minorile; ma di quell'ottima esperienza non era stata fatta un'analisi compiuta. La genericità dei presupposti applicativi di cui all'art. 28 d.P.R. n. 448 del 1988, infatti, implica che di fatto i giudici minorili attivino la *probation* processuale semplicemente in base a una prognosi di successo nel caso di specie, che è inevitabilmente tarata sui risultati dell'inchiesta sociale e personologica di cui all'art. 9 d.P.R. n. 448/1988. Va da sé che per gli imputati provenienti da contesti familiari più solidi, socialmente, culturalmente ed economicamente, la prognosi tenda ad essere normalmente favorevole o comunque favorevole più spesso di quanto accada per ragazzi che vengono da contesti più deboli⁴. I tassi di successo dei programmi, dunque, si attestano su livelli molto alti anche perché contengono verosimilmente un'alta percentuale di profezie che si auto-avverano, prevalentemente in forza di diseguaglianze socio-economiche che il sistema penale registra e introietta.

tà, alla capacità intellettuale o ad altri fattori potrebbe precludere il ricorso alla giustizia riparativa, dovrebbero contattare i servizi di giustizia riparativa prima di inviare il caso», in modo che questi possano stabilire «se i casi sono adatti per la giustizia riparativa».

³ Si tratta di una possibilità assicurata dal dettato normativo, che prevede un quadro elastico e non tassativo di programmi, *ex art.* 53 d.lgs. n. 150/2022, comprendente, oltre alla mediazione e al dialogo riparativo, «ogni altro programma dialogico guidato da mediatori», così da rendere possibile la scelta – in sede di vaglio sulla fattibilità del percorso *ex art.* 54, di quello più adeguato al caso di specie, anche nella prospettiva di assicurare che gli interessati possano confrontarsi su basi paritetiche e perciò eque.

⁴ Per il dibattito sul punto, si rinvia ai riferimenti in C. CESARI, *sub art.* 28, in AA.VV., *Il processo penale minorile*, a cura di G. GIOSTRA, Milano, 5° ed., 2021, 490 s.

Un meccanismo di questo tipo, del resto, si basa fondamentalmente su due fattori, per funzionare efficacemente. È innanzitutto un meccanismo rieducativo in stato di libertà; quindi, presuppone qualcuno che abbia una casa e un ambiente familiare sicuri e affidabili, in cui possa rimanere per continuare il percorso educativo fisiologico che comunque, con un'alta probabilità, avrebbe avuto esiti positivi nel riassorbimento dell'episodio deviante. Inoltre, è un istituto che si basa su una prognosi di non recidiva. Ora, il concetto di pericolosità sociale è tipicamente un concetto rischioso, giacché la pericolosità è probabilità di recidiva e comporta un giudizio prognostico, una delicatissima valutazione ad alto tasso di soggettivismo. Chi è chiamato a farla non può non basarsi sull'esperienza, sulle proprie convinzioni, ma anche sui precedenti e sul contesto personale, sociale, economico, familiare, di riferimento della persona che deve valutare. Ne deriva che, per forza di cose, un minore – come, adesso, un adulto – in qualche modo “marginale” ha oggettivamente meno *chances* di accedere a meccanismi di questo tipo perché la prognosi di non recidiva è statisticamente meno probabile.

5. L'innovazione tecnologica

Non priva di insidie è anche l'innovazione tecnologica applicata al processo penale. Si tratta di uno strumentario inedito, il cui funzionamento non è ricompreso tra le competenze diffuse tra i protagonisti professionali del contesto processuale, ma al quale ci si sta progressivamente allineando, non potendo le dinamiche giudiziarie prescindere dall'impiego di risorse che stanno diventando viepiù di uso (benché non di comprensione) comune nel contesto sociale. Siamo di fronte a un arsenale ricco e composito, che di certo offre grandi e variegata opportunità, ma che mette il sistema su un terreno nuovo e (non foss'altro per questo) rischioso, a vari livelli. Gli strumenti di innovazione tecnologica più avanzati inseriti nel sistema processuale possono infatti, a ben vedere, non solo offrire vantaggi, ma anche avere ricadute discriminatorie, sia dirette, che indirette.

Dal punto di vista delle possibili discriminazioni dirette, uno degli scenari forse più interessanti e più densi di incognite è quello degli algoritmi predittivi⁵. L'esperienza degli algoritmi predittivi – nel nostro Paese oggetto di

⁵ Il tema degli algoritmi predittivi è oggetto di pratiche e riflessioni risalenti oltreconfine, ma è più di recente coltivato anche in Italia. Per i riferimenti e le coordinate di base, v. *inter alios*, R.E. KOSTORIS, *Predizione decisoria, diversion processuale e archiviazione*, in *Sistema penale*, 23 luglio 2021; 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.*, 2019; S. QUATTROCOLO, *Quesiti nuovi e soluzioni antiche? Consolidati paradigmi normativi VS rischi e paure della giustizia digitale "predittiva"*, in *Cass. pen.*, 2019, 1748 ss.

studio e riflessione, ma non utilizzata e probabilmente ancora ardua da conciliare con alcuni capisaldi di sistema – altrove invece è ampiamente diffusa. Gli algoritmi predittivi si impiegano massicciamente in altri ordinamenti di impianto accusatorio, dagli Stati Uniti all’Australia, agganciandoli alle prognosi di pericolosità svolte sia in corso di procedimento (ad esempio a fini cautelari), sia nello sbocco finale del *sentencing*. Quelle esperienze, oramai radicate, hanno peraltro consentito di maturare una riflessione sulle implicazioni di simili strumenti, apparentemente utili a supportare il momento decisivo su profili delicati, in base all’elaborazione rapida e obiettiva di enormi quantità di dati statistici. Le criticità che sono emerse, tuttavia, sono significative: dal dibattito d’oltreconfine (sovente appassionato e polemico, anche in ragione dell’uso diffuso e risalente di simili strategie) emerge netta l’impressione di trovarsi di fronte a strumenti insidiosi proprio sul piano del *bias*, ossia del pregiudizio che recano con sé sotto le mentite spoglie della neutralità tecnologica. Gli algoritmi sono infatti oggetto di elaborazione e progettazione, e non possono essere quindi intesi come operanti in maniera asettica rispetto alle opinioni e scelte di chi li ha disegnati: elaborano dati selezionandone la qualità ed elaborandone il peso in base a una visione del mondo, di cui la formula matematica è solo lo specchio. Inoltre, analizzano dati presi dal contesto sociale, che finiscono perciò per riprodurlo, alimentando l’algoritmo in ragione delle proprie distorsioni e perciò amplificandole. È noto il caso del *Compas*, algoritmo predittivo utilizzato nella celebre sentenza statunitense sul “caso Loomis”⁶, che ha attivato un possente dibattito sulle implicazioni dell’uso su base statistica di alcune tipologie di dati (genere, razza, persino precedenti penali), atti a replicare per via giudiziaria le discriminazioni razziali ancora presenti nella società americana. In effetti, è intuibile che, se si effettua una prognosi di pericolosità in base all’etnia o al genere (e persino ai precedenti), in un paese in cui il numero di arresti degli uomini di colore è esponenzialmente superiore a quello dei “bianchi”, è evidente che l’elaborazione algoritmica dei dati darà un risultato finale in cui i maschi di un determinato territorio, in una determinata fascia di età e non caucasici avranno probabilità statisticamente assai più alte di essere giudicati pericolosi dall’algoritmo in sede processuale. Con quel che ne consegue, naturalmente, dunque alimentando ulteriormente l’algoritmo in un bulimico meccanismo circolare: sotto l’egida della neutralità tecnologica, una società discriminatoria produce algoritmi discriminatori e i risultati di questi nutrono e amplificano le discriminazioni.

⁶ Supreme Court of Wisconsin, 13 luglio 2016, *State of Wisconsin vs. Eric Loomis*, n. 2015AP157-CR (881 NW 2d 749 (Wis 2016)). Il caso ha destato sin dall’inizio un notevole scalpore: v. A. LIPTAK, *Sent to Prison by a Software Program’s Secret Algorithm*, in *The New York Times*, 1 maggio 2017.

L'ulteriore pericolo dell'impiego di simili tecniche e strumenti risiede però in un elemento aggiuntivo: il ruolo del fattore umano, che dovrebbe degradare l'uso di algoritmi valutativi a elemento complementare di un processo decisorio ancora fondato sul giudizio di una o più persone; il peso psicologico delle tecnologie infatti può avere su questo tipo di giudizio una ricaduta pesante. Proprio a proposito del caso Loomis, si è parlato di *judicial anxiety*⁷: il concetto per cui chi si assume il peso del decidere matura una specifica forma d'ansia; ansia per la responsabilità del giudizio e per le conseguenze che quel giudizio comporta per il destinatario, che di regola si affronta di persona quando l'esito viene reso pubblico. L'algoritmo attutisce questo aspetto, allevia il peso del decidere; è neutro, è oggettivo, è freddo, dunque per definizione imparziale e per il suo fondamento tecnologico e perciò a base scientifica, ipoteticamente affidabile (e presunto tale anche quando non se ne comprende pienamente il funzionamento). Allo stesso tempo è un meccanismo dis-umano, incapace di emozioni quanto di comprensione delle conseguenze dei propri calcoli e di assunzione di responsabilità. Di qui il problema: l'essere umano investito della decisione, per alleviarne il peso può tendere a "scaricare" la responsabilità sull'algoritmo, quanto meno inconsciamente, e fatica anzi a prescindere dal risultato tecnico-matematico, dovendosi in tal caso assumere un surplus di responsabilità e fare una fatica ulteriore. Emblematiche in proposito le modalità di rendicontazione sintetica di questi meccanismi, che si traducono in tabelle decifrabili a colpo d'occhio in una "taratura" a colori del grado di pericolosità di una persona (a mo' di semaforo, il verde indica una persona non pericolosa e il rosso quella pericolosa, con un set di gradazioni intermedie); quando il decidente visualizza il rosso, di norma smetterà di elaborare un giudizio alternativo, scaricando poi la responsabilità psicologica delle conclusioni sulle dinamiche "pulite" e oggettive dei calcoli statistici⁸. Si tratta di una ricaduta specifica di un fenomeno più ampio, che è la *reliability* della tecnologia, la presunzione che essa produca risultati più affidabili, più certi e imparziali e, in poche parole, migliori, per cui tendiamo a fidarcene. Il paradosso è che l'intelligenza artificiale mima quella umana, poi crea l'illusione di un'intelligenza che è migliore di quella umana, fin quando l'intelligenza umana abdica e trasferisce le scelte su quella artificiale; una prospettiva che, nel sistema del processo penale, ne sancisce di fatto la fine.

⁷ Si veda il commento alla sopra citata sentenza *State vs. Loomis: Wisconsin supreme Court requires warning before use of algorithmic assessments in sentencing*, in *Harvard Law Review*, 2017, 1530 ss.

⁸ Per il funzionamento di questi strumenti e il dibattito sulle potenzialità e criticità che presentano, si rimanda a due brevi quanto vivaci illustrazioni: A. MILGRAM, *Why smart statistics re the key to fighting crime*, ottobre 2013, in *ted.com*, e H. FARID, *The dangers of algorithmic justice*, 2 ottobre 2018, *ibidem*.

Non che non si possa e debba lavorare per evitare simili derive. Di questi fenomeni c'è piena consapevolezza a livello europeo, tant'è che il regolamento sull'intelligenza artificiale si sofferma in modo marcato sui rischi di discriminazione, sull'esigenza di modelli *legal by design* e *ethical by design*, e in specie sui rischi di uso iniquo o discriminatorio di strumenti di questo tipo e dunque sull'articolazione conseguente di divieti e preclusioni⁹. Si deve però lavorare con cura e piena consapevolezza su questo fronte anche nell'ordinamento nazionale.

C'è un rischio, poi, di discriminazione indiretta per quanto riguarda altre forme di impiego in sede penale delle tecnologie. Un esempio sta nell'uso massiccio, che il legislatore auspica e implementa, del "braccialetto" elettronico. Meccanismo tecnologico avanzato, il braccialetto elettronico dovrebbe essere un'alternativa efficace alla detenzione carceraria, utile a contenere i costi umani della reclusione (cautelare o meno), oltre che quelli finanziari del mantenimento delle strutture preposte. Anche in questo caso, però, l'uso dello strumento ha i suoi costi e i suoi rischi, evidenziati dal dibattito nei paesi in cui da molti anni è componente strutturale dell'apparato di misure limitative della libertà personale, come il Canada o l'Australia. Si tratta di una serie di problemi che riguardano, appunto, possibili effetti negativi che impattano sulla popolazione destinataria della misura in maniera discriminatoria. Chi è emarginato socialmente, per esempio, chiuso in casa con la cavigliera a fungere da "sorvegliante" elettronico, vive comunque in eccessivo isolamento, al punto che si sollevano gravi perplessità sull'allarmante casistica di problemi di salute mentale e suicidi nell'ambito di quest'area della popolazione. Senza dire che, se si tratta di imputati o condannati tanto emarginati da non avere una collocazione abitativa stabile (o che non si possono permettere di pagare i costi aggiuntivi per l'applicazione, che talora sono richiesti), il braccialetto elettronico non è uno strumento utile e proprio per i soggetti più vulnerabili il carcere diventa l'unica opzione praticabile¹⁰. Semmai, la riflessione di altri Paesi sembra dimostrare che

⁹ Cfr. *Proposal for a regulation of the european parliament and of the council. Laying down harmonised rules on artificial intelligence (artificial intelligence act) and amending certain union legislative acts*, Brussels, 21.4.2021, COM (2021) 206 final, spec. artt. 9 §4, 10 § 2, 12 § 1, 13 § 1, 14 §1, nonché numerosi punti del preambolo, come, tra i molti, i §§ 15, 28, 36 e 37. Chiarissimo quest'ultimo, là dove precisa, in ordine ai sistemi di AI preposti all'accesso a servizi pubblici essenziali o risorse finanziarie, che «AI systems used for this purpose may lead to discrimination of persons or groups and perpetuate historical patterns of discrimination, for example based on racial and ethnic origins, disabilities, age, sexual orientation, or create new forms of discriminatory impacts»

¹⁰ Per un'idea del dibattito in corso, v. M. BLACK, R. SMITH, *Electronic monitoring in the criminal justice system*, in *Australian Institute of criminology*, May 2003, n. 254; L. BARTELS, M. MARTINOVIC, *Electronic monitoring: the experience in Australia*, in *European Journal of probation*, 2017, 80 ss.; nonché, sui media, M. HERBERT, *Fears Australia being turned into a prison after surge in electronic monitoring of offenders*, in *The Guardian*, 31 agosto 2019, ove si sollevano perplessità marcate in relazione al possibile uso dello strumento in modo discriminatorio rispetto alla popolazione aborigena, nonché ai problemi di salute mentale degli utenti.

lo strumento funziona senza gravi controindicazioni solo nella misura in cui si ha un solido apparato di *welfare* che fa da supporto alle persone che vi sono assoggettate¹¹; perché altrimenti si creano tutta una serie di possibili contraccolpi per i soggetti più deboli ed esposti, dunque diseguali. A queste considerazioni va poi aggiunto il rischio dell'effetto *net widening*, tipico degli strumenti di sorveglianza basati sulle tecnologie avanzate. In uno studio europeo del 2016, su 5 Stati europei campione, in cui si fa uso del braccialetto elettronico, si rileva che, stando ai dati, l'istituto funziona a rovescio: lo usano di più gli Stati in cui ci sono più detenuti, e viceversa¹². In altre parole, lo strumento della sorveglianza elettronica risente della cultura penale di riferimento, sicché, se opera in un contesto in cui si tende a utilizzare lo strumento del carcere in maniera massiccia, va a coprire non le fasce di popolazione che andrebbero in carcere, sostituendosi alla detenzione, ma colpisce un'utenza che non avrebbe subito alcuna limitazione di libertà. Quindi, può diventare uno strumento aggiuntivo di controllo sociale, destinato ad operare in maniera marcata sui soggetti che già il sistema penale (specie nella componente che impatta sulla libertà personale) tende a selezionare in base al grado di fragilità o marginalità economico-sociale in una sorta di amplificazione della disuguaglianza.

6. Le variabili aggiuntive

Infine, non si possono trascurare alcune variabili aggiuntive, fattori che si combinano con le direttrici evolutive di cui si è parlato, e che ne influenzano l'impatto, sul piano delle possibili disuguaglianze indotte. Probabilmente sono moltissime, ma quelle che affiorano alla mente in maniera più immediata sono la territorialità e la complessità.

Per quanto concerne la variabile attinente al territorio, va ribadito che molte delle differenze applicative degli istituti processualpenalistici (come di tante altre opportunità in teoria assicurate dall'ordinamento in maniera eguale per tutti) dipendono solo da dove si vive sul territorio della Repubblica. Basti pensare alla pubblica amministrazione e all'apparato del *welfare*, che costituisce

¹¹ V. lo studio di cui alla nota seguente.

¹² A.HUCKLESBY, K. BEYENS, M. BOONE, F. DUNKEL, G. McIVOR, H.GRAHAM, *Creativity and effectiveness in the use of electronic monitoring: a case study on five European jurisdictions*, 2016, in *Academia.edu*, in cui si nota come «the relative use of EM (electronic monitoring) and imprisonment raises complex questions about EM's ability to reduce populations in prison and whether it plays a role in expanding rather than contracting criminal justice interventions. The jurisdictions in the study suggest that high use of imprisonment is linked with high use of EM».

una rete sviluppata “a macchia di leopardo” sul territorio, capillare e forte in alcune zone e a fragili maglie larghissime altrove. Se nascere in Sicilia o in Lombardia influenza persino le *chances* di sopravvivenza dei bambini¹³, va da sé che il dato comporta differenze cruciali per quanto riguarda la gestione del processo penale. Basta pensare ai profili della giustizia riparativa e della messa alla prova, sui quali la variabile della territorialità incide moltissimo. Si tratta tipicamente di strumenti che funzionano meglio nelle regioni in cui sono forti i servizi sociali, diffuse le comunità di supporto, disponibili esperti affidabili nelle pratiche riparative e mediative, solide e radicate sul territorio le organizzazioni o gli enti con cui attivare convenzioni e collaborazioni. In questi casi la magistratura utilizza strumenti di questo tipo in maniera massiccia, contando sulle risorse che il contesto sa offrire; dove non sono disponibili, non è in condizione di attivarli in modo diffuso: a parità di deviante e a parità di reato, dunque, la possibilità di accedere a strumenti di questo tipo varia in ragione del luogo in cui il reato è stato commesso¹⁴.

La complessità, infine, è un dato di fatto della più recente evoluzione del sistema: il codice, le norme, sono diventati lunghi, complicati, farraginosi, affetti da deficit strutturali del drafting normativo e da una sedimentazione incontrollata e ingovernabile. Quanto incide la complessità della normativa rispetto all’utenza e alla parità di trattamento di questa? Cito solo questo fattore: alle vittime vulnerabili – che possono essere vulnerabili per l’età, l’infermità, la deficienza psichica, il tipo di reato, le modalità, le circostanze del fatto per cui si procede, cioè più o meno tutto, a seconda di chi procede, delle sensibilità di chi impatta – ricevono degli avvertimenti lunghissimi, burocratici e incomprensibili anche per un “addetto ai lavori”. Di fatto, abbiniamo alla fragilità riconosciuta alla persona livelli di complessità delle garanzie che ne rendono l’assetto indecifrabile proprio per la persona che dovrebbe fruirne. La disegualianza a questo punto diventa peggiore e si declina su più livelli. Non solo, persino la definizione di chi è disuguale (e vulnerabile) è molto variegata, avendo a che fare con il reddito, l’età, l’assetto culturale, la struttura della personalità, la

¹³ V. *infra*, cap I, § 4.

¹⁴ Va da sé che si tratta di un aspetto cui lo Stato può mettere mano agevolmente, affiancando a misure innovative nello strumentario penalistico i paralleli, necessari investimenti nelle strutture di supporto, come i servizi sociali; i tagli in questo settore colpiscono infatti per definizione le categorie più deboli *welfare*, impattando in modo diseguale sui cittadini. Questo tipicamente vale, appunto, per gli istituti in discorso: più taglio sui servizi sociali, meno si assicurano opportunità ai cittadini. E strumenti di questo tipo funzionano solo là dove sono meccanismi che si sposano a un investimento. Ogni volta che si sono introdotti istituti di tipo riparativo-mediativo, per contro, si è sottolineato che si trattava di una riforma “a costo zero”, senza investimenti aggiuntivi, dimenticando che si possono risparmiare risorse sul sistema giustizia – affidando parti di carichi pendenti nei tribunali e alle agenzie del *welfare* – solo investendo su quest’ultimo. Il tema è avvertito da tempo in sede minorile: cfr. i richiami di cui *supra*, nota 4.

collocazione sociale, la lingua che si parla, il contesto culturale da cui si viene e con gli strumenti che si hanno per stare in una società con livelli di complessità ormai elevatissimi. Più è complicata, più si creano sacche di marginalità per tutti quelli che non hanno gli strumenti, per qualunque ragione, per stare dentro dinamiche così ardue da comprendere e poco gestibili di conseguenza: non sanno, né possono decifrare il contesto, cogliere le opportunità, gestire i problemi e i conflitti, difendersi.

In uno scenario di questo genere, infine, è cruciale il ruolo del difensore. Il diritto di difesa arretra, per coloro che non possono garantirsi una figura che sappia muoversi efficacemente su un panorama tanto nuovo e complesso: un difensore preparato, competente, flessibile, perennemente aggiornato. Deve essere un professionista abile a gestire un processo in cui la prova peritale e le tecnologie diventano cruciali, che sappia avvalersi di esperti di altri settori che lo assistano, che sia in grado di coordinare un collegio di difesa. E allora le diseguaglianze prodotte dallo sviluppo del sistema passano in concreto per la capacità di assicurare un adeguato diritto di difesa a tutti coloro che incappano nelle maglie della giustizia penale, anche se economicamente svantaggiati. Ci dobbiamo chiedere se funziona il patrocinio dei non abbienti, perché fondamentalmente la sfida a questo punto (in modo molto tradizionale) è se siamo in grado di garantire un'assistenza efficace anche a chi non ha le risorse per farlo da solo. Altrimenti, le nuove e moderne disparità si traducono in un problema antico: il rischio che la giustizia penale abbia due modi di essere, due nature, quella limpida, rapida, efficiente e clemente dei privilegiati, e quella di tutti gli altri.

CAPITOLO VII

Profili penali del lavoro povero: dal caporalato alla costrittività. Per un modello di organizzazione responsiva

Francesca Curi

SOMMARIO: A mo' di premessa. – 1. La discesa agli inferi. – 2. La stazione intermedia: l'art. 603-*bis* c.p. ovvero il cosiddetto caporalato. – 3. Le sfide dell'economia 4.0 e l'inadeguatezza della soluzione penale. – 4. Il sistema 231: un primo passo. – 5. Commissari giudiziari: quanta abbondanza. – 5.1. Il coniglio dal cilindro: l'amministratore giudiziario del codice antimafia. – 6. La linea continua: la costrittività lavorativa vs benessere lavorativo. – 7. La prevenzione dei rischi psicosociali: il ruolo dello stress lavoro correlato. – 8. Profili di responsabilità penale per il datore incurante del 'benessere' dei suoi dipendenti. – 8.1. Le contravvenzioni di mera condotta e i meccanismi premiali. – 8.2. I delitti omissivi di evento e le difficoltà nell'accertamento causale. – 9 Modelli responsivi: il volano degli intrecci sistematici contro lo stress lavorativo. – 9.1. L'ordito (Mog 231) e la trama (Mog 81) nella prevenzione sui luoghi di lavoro. – 9.2. Modelli standardizzati e asseverazione paritetica. La *best practice* nella tutela dei rischi psicosociali. – 10. La tutela del benessere lavorativo con altri mezzi: un *déjà vu*.

A mo' di premessa

Nell'ideare questa giornata di convegno con Elena Valentini abbiamo pensato ad una formula che consentisse di mettere a confronto una molteplicità di saperi scientifici e professionali, provando a superare i singoli steccati disciplinari. Le scelte di politica penale, negli ultimi tempi, sono state pesantemente condizionate da scorie populiste o da calcoli elettorali, che fatalmente hanno prodotto l'effetto di marginalizzare ancor più significativamente le persone già fragili da un punto di vista economico, sociale e culturale. Questo contributo vuole provare a suggerire un approccio alterativo alla strategia reiteratamente sbandierata, di una penalità a tutto campo, che ha costi estremamente elevati, anche solo in termini materiali di gestione del sistema, senza che sia possibile apprezzare un ritorno in termini di efficienza. La scelta dell'angolo visuale dal quale porsi per considerare possibili alternative di tutela si è appuntata sul fenomeno dello sfruttamento lavorativo, in una decrescente *nuance* di offensività rispetto al bene della dignità della persona e della sua integrità psicofisica. In rapporto alla fenomenologia criminale più sfumata, concentrare il massimo investimento nella risposta punitiva mal si concilia con le fondamentali esigenze

di garanzia di caratura costituzionale¹, oltre a palesare l'evidente inadeguatezza e obsolescenza del mezzo. In modo più penetrante, non solo in termini di prevenzione generale e speciale, ma anche di rapida e concreta riaffermazione della legalità, si rivela l'uso di quelle misure responsive, che l'universo della *compliance* aziendale, attraverso un approccio multilivello e multiagenziale, è in grado di generare in modo virtuoso. Per attuare una concreta sussidiarietà del diritto penale, bisogna cedere il passo a strategie che esaltino la funzione promozionale, insita in un sistema di *due diligence*, ben rappresentato nell'apparato normativo che istituisce la responsabilità amministrativa degli enti.

1. La discesa agli inferi

La schiavitù moderna occupa sicuramente il gradino più basso di un'infernale graduatoria della sopraffazione dell'uomo sull'uomo. Sergio Seminars, nell'introdurre la parte dei delitti contro la personalità individuale, avverte il lettore che si entra in un «mondo popolato da mostri che infieriscono su vittime indifese, negando loro la qualità di esseri umani e impiegandole come cose, eventualmente da buttare via dopo l'uso»².

Gli articoli 600 e seguenti del Codice penale delineano alcune tipologie delittuose nella quali lo schema tradizionale della schiavitù, come conosciuta storicamente, rimane sullo sfondo appena tratteggiato, mentre sono chiaramente leggibili quegli indici più moderni che descrivono la sopraffazione esercitata da una persona, che ha potere di vita o di morte, su un altro essere umano, inerme. Oggi la rassegna delle possibili abiezioni umane va dal lavoro servile a quello forzato, dalla costrizione all'accattonaggio allo sfruttamento della prostituzione, dalla compravendita dei minori da destinare al mercato della pedopornografia al traffico di organi. L'elenco potrebbe tristemente continuare, ma in sintesi si tratta di forme di neo-schiavismo³. La vittima diventa oggetto di acquisto, vendita, scambio e di ogni sorta di sfruttamento da parte del *dominus*, nella maggior parte dei casi sottomessa al punto tale da essere reificata, privata cioè di qualsiasi spazio di libertà e autonomia; solo talvolta, senza

¹ Sulla rifondazione di un diritto penale che deve avere come proprio faro un garantismo che «in attuazione della logica universalistica del costituzionalismo e all'altezza delle nuove, catastrofiche sfide globali, si configuri quale sistema di limiti e vincoli ai poteri sovrastatali oltre che a quelli statali, ai poteri economici privati oltre che ai poteri pubblici, a garanzia dei beni vitali oltre che dei diritti fondamentali»: L. FERRAJOLI, *Giustizia e politica. Crisi e rifondazione del garantismo penale*, Bari 2024, passim, in particolare 11.

² S. SEMINARA, *Delitti contro la personalità individuale*, in R. BARTOLI, M. PELISSERO, S. SEMINARA, *Diritto penale. Lineamenti di parte speciale*, Torino 2022², 121.

³ K. SUMMERER, *I delitti di schiavitù e tratta di persone*, in AA.VV., *Diritto penale*, a cura di A. CADOPPI, S. CANESTRARI, A. MANNA, M. PAPA, Tomo III, Milano 2022, 5591 ss.

arrivare a subire una completa cancellazione della propria dimensione umana, viene costretta al compimento di specifiche prestazioni (non necessariamente lavorative, ma anche sessuali o di altro genere), con un margine ridottissimo e fragile di autodeterminazione.

Originariamente il codice Rocco prevedeva tre fattispecie di schiavitù: la riduzione in schiavitù (art. 600), la tratta e il commercio di schiavi (art. 601), l'alienazione e l'acquisto di schiavi (art. 602). Con la legge 269/1998 sono state inserite numerose nuove fattispecie, che reprimono separatamente alcune delle condotte umane più abominevoli: l'art. 600-*bis* (Prostituzione minorile); l'art. 600-*ter* (Pornografia minorile); l'art. 600-*quater* (Detenzione o accesso a materiale *pedo*-pornografico); l'art. 600 *quinquies* (Iniziativa turistiche volte allo sfruttamento della prostituzione minorile). Nel 2003, per la prima volta, poi a seguire nel 2014, è stato modificato l'art. 600 allo scopo di allineare la normativa nazionale con le indicazioni provenienti dal formante legislativo europeo (Dir. 2011/36/UE). Nel 2009 è stata introdotta la fattispecie di cui all'art. 600-*octies* (Impiego di minori nell'accattonaggio. Organizzazione dell'accattonaggio), modificata in parte nel 2018; mentre nel 2016 è stato aggiunto l'art. 601-*bis* (Traffico di organi prelevati da persona vivente).

2. La stazione intermedia: l'art. 603-*bis* c.p. ovvero il cosiddetto caporalato

Bisogna giungere al 2011 (con L. 14.9.2011, n. 148), in prima battuta, poi alla modifica del 2016 (L. 29.10.2016, n. 199), per vedere l'introduzione nel Codice penale della nuova fattispecie di cui all'art. 603 *bis* (Intermediazione illecita e sfruttamento del lavoro), più comunemente etichettata come caporalato, grazie all'*imprinting* assegnato con il primo intervento normativo e per l'indiscutibile forza evocativa che accompagna questo termine. Il corredo punitivo, non particolarmente severo se rapportato all'istituto limitrofo della schiavitù⁴, non è dato tanto dall'intervallo sanzionatorio (reclusione da uno a sei anni) o dall'aggiunta di una pena pecuniaria progressiva (multa da 500 a 1000 euro, per ciascun lavoratore reclutato) – per quanto possano essere aumentati da un terzo alla metà nel caso di stranieri che abbiano presentato l'istanza di rilascio di permesso di soggiorno temporaneo – quanto piuttosto dalla previsione della confisca obbligatoria, di articolate misure interdittive, di una responsabilità amministrativa dell'ente e dell'arresto obbligatorio in flagranza⁵.

⁴ S. SEMINARA, *Nuove schiavitù e società "civile": il reato di sfruttamento del lavoro*, in *Diritto penale e processo*, 2/2021, 137.

⁵ Sulla non facile delimitazione di questa fattispecie rispetto a quelle limitrofe, in particolare alla riduzione o mantenimento in stato di schiavitù o servitù (art. 600 Cp): L. BIN, *Problemi "interni"*

Per ragioni di sintesi non ci si può addentrare nella disamina delle numerose questioni interpretative, che la formulazione legislativa ha lasciato aperte, nonostante gli interventi correttivi apportati nella versione più aggiornata. Tuttavia, il dato di realtà, nella quale una moltitudine di persone è ancora oggi costretta a condizioni lavorative talmente degradanti da annientare qualunque profilo di dignità umana, non può essere sottaciuto. Non era pertanto eludibile una richiesta di intervento di tipo repressivo, anche in ragione della scarsa efficacia deterrente che l'opzione sanzionatoria di tipo civilistico era riuscita a provocare⁶. Ciò non di meno, la scelta punitiva assunta dal legislatore italiano avrebbe potuto seguire gli stessi binari che erano già stati tracciati dalla Convenzione per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali, così come dalla Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea, entrambe nei rispettivi articoli 4⁷. In esse il lavoro forzato viene definito come quello imposto con violenza fisica o psichica e sotto la minaccia di sanzioni, così risultando privo di una spontanea adesione della vittima, oltre che contrario alla sua volontà⁸.

Il legislatore del Codice penale ha invece virato per un'incriminazione dello sfruttamento lavorativo, mescolando tra loro piani normativi, che avrebbero richiesto una maggiore cautela nell'intreccio, poiché dotati di finalità sicuramente divergenti. I requisiti del 'grave sfruttamento' nascono nel contesto della legislazione in materia di immigrazione⁹, per la precisione all'art. 18 del

e problemi "esterni" del reato di intermediazione illecita e sfruttamento di lavoro (art. 603-bis cp), in www.lalegislazionepenale.eu, 10 marzo 2020, 15 ss.; F. GIUNTA, *Il confine incerto. a proposito di "caporalato" e lavoro servile*, in *Discrimen*, 17 febbraio 2020.

⁶ A. GABOARDI, *La riforma della normativa in materia di "caporalato" e sfruttamento dei lavoratori: corretto lo strabismo, persiste la miopia*, in www.lalegislazionepenale.eu, 3 aprile 2017, 24 ss. L'interposizione reale di manodopera è consentita solo nei limiti stabiliti da un valido contratto di somministrazione di lavoro. Al di fuori di tali limiti, si incorre in una "somministrazione irregolare", che era soggetta a sanzioni civilistiche. Si parla di intermediazione e interposizione illecite non solo quando le attività di mediazione e fornitura di personale vengono realizzate in violazione delle condizioni legislative e/o dei limiti e delle modalità di legge, ma anche quando si assiste alla sovrapposizione tra le varie forme di esternalizzazione. Di questi giorni l'approvazione della riforma apportata al II comma dell'art. 29 del D. Lgs. n. 276/2003, operata dal D.L. n. 19 del 2 marzo 2024, che riassume una responsabilità penale: C. GIUNTELLI, *Il decreto PNRR n. 19/2024 (ri)attribuisce rilevanza penale agli illeciti previsti dall'art. 18 D.lgs 276/2003*, in *Giustizia Insieme*, 26 aprile 2024. Per una ricostruzione storica degli antecedenti: A. GIULIANI, *I reati in materia di "caporalato". Intermediazione illecita e sfruttamento del lavoro*, Padova 2015, 46 ss.

⁷ Sull'intricato groviglio delle numerose fonti sovranazionali: V. MONGILLO, *Forced labour e sfruttamento lavorativo nella catena di fornitura delle imprese: strategie globali di prevenzione e repressione*, in *Rivista trimestrale di diritto penale dell'economia*, 3-4/2019, 633 ss.

⁸ Emblematica la sentenza della Corte Edu nel caso S.M. v. Croazia, 20 giugno 2020, Grande Camera. Sia consentito un rinvio a: F. CURI, *A proposito del reato di tratta. La Grande Camera fissa un decalogo*, in AA.Vv., *Annuario ADIM 2020, Raccolta di scritti di diritto dell'immigrazione*, Napoli 2021, 307 ss.

⁹ S. TORDINI CAGLI, *La controversa relazione della sanzione penale con il diritto del lavoro, tra inef-*

D.Lgs. n. 286/1998, costituendo il presupposto per la concessione dello speciale permesso di soggiorno allo straniero, per motivi di protezione sociale¹⁰. La loro trasposizione nel diritto penale, attraverso un richiamo nella nuova fattispecie, crea un inedito sia per l'oggetto, che per le modalità di costruzione del fatto tipico¹¹. Viene rievocata la parola antica 'sfruttamento', ma non ne viene definito il significato, salvo fare rinvio ad 'indici' che ne dovrebbero corroborare l'accertamento, ma non è chiaro se costituiscano elementi strutturali della fattispecie o piuttosto elementi di contesto¹². Sarebbe stato inoltre opportuno riuscire ad operare un distinguo tra il caporalato c.d. 'nero' che esprime una forma para schiavistica, nella quale il dominio dell'intermediario sulla vita del lavoratore è talmente penetrante da annullare ogni sua capacità di autodeterminazione, e la forma più sfuggente di caporalato c.d. 'grigio', caratterizzato dall'assenza di una vera costrizione della vittima o, comunque, di una modalità di assoggettamento che non assume connotati totalizzanti¹³.

Le vicissitudini di questa fattispecie si presentano in modo ulteriormente intricato di fronte alla verifica dell'ulteriore elemento, inserito nella struttura del fatto tipico, ovvero la necessità che lo sfruttatore abbia approfittato dello 'stato di bisogno' del lavoratore¹⁴. L'elemento dell'abuso delle condizioni esi-

fettività, depenalizzazione e istanze populiste, in *Lavoro e diritto*, 3-4/2017, 618 ss.

¹⁰ D. GENOVESE, E. SANTORO, *L'art.18 (t.u. immigrazione) e il contrasto allo sfruttamento lavorativo: la fantasia del giurista tra libertà e dignità*, in *Giornale di diritto del lavoro e di relazioni industriali*, 159/2018, 543 ss.

¹¹ A. DI MARTINO, *Sfruttamento del lavoro. Il valore del contesto nella definizione del reato*, Bologna 2019, 19 e ss.

¹² A. DI MARTINO, *Sfruttamento del lavoro*, cit., 59 ss., in particolare 86 ss. Per una definizione di questo parametro sulla base di tre dimensioni: economica, sociale-riproduttiva e ambientale, legate tra loro da una relazione circolare, si vedano: E. ABBATECOLA, D. FILIPPI, M. OMIZZOLO, *Introduzione. Dal caporalato al patronato. Riflessioni critiche sul sistema del Grave Sfruttamento Lavorativo*, in *Mondi Migranti*, 2/2022, 9 ss. In giurisprudenza: Cass. n.45615/2021 e n.7861/2022 reperibili in *www.sistemapenale.it*, 5 aprile 2022, con commento di F. VITARELLI, *La Cassazione sull'ambito di operatività del delitto di intermediazione illecita e sfruttamento del lavoro (art. 603 bis c.p.)*.

¹³ A. MERLO, *Il contrasto allo sfruttamento del lavoro e al "capolarato" dai braccianti ai riders. La fattispecie dell'art. 603 bis c.p. e il ruolo del diritto penale*, Torino 2020, 16 ss. «Una delle principali strategie mimetiche del caporalato – nella ricostruzione di uno studioso – consiste proprio nella tendenza alla 'giuridificazione' dei rapporti lavorativi, in modo da celare dietro il paravento dei contratti apparentemente regolari forme più o meno marcate di violazione dei diritti dei lavoratori, che talvolta giungono a configurare forme di assoggettamento talmente intense da meritare l'etichetta di 'schiavitù contrattualizzata'» (ID., 17). Sulla valenza definitoria della categoria del bene giuridico: V. GIORDANO, *Il bene giuridico nel prisma dello sfruttamento lavorativo*, in *www.sistemapenale*, 30 aprile 2024.

¹⁴ Denuncia una «tipicità debole» e per quanto specificamente riguarda il requisito dello stato di bisogno ritiene che «nulla aggiunge a una valutazione sia in termini di meritevolezza che di bisogno di pena dello sfruttamento lavorativo, ma rischia solo di introdurre un onere probatorio, sul piano oggettivo e soggettivo, tale da rendere non punibile lo sfruttamento lavorativo, ove non sia provato anche un approfittamento di uno stato di bisogno. O, viceversa, come alle volte lo interpreta la giurisprudenza, l'approfittamento dello stato di bisogno viene considerato un elemento *in re ipsa* nella

stenziali della vittima compare come costitutivo del disvalore penale dell'offesa. Nelle convenzioni internazionali e nelle fonti di diritto europeo questa posizione viene definita come condizione di vulnerabilità, ma al di là delle sfumature di senso tra i due lemmi – stato di bisogno e vulnerabilità¹⁵ – è difficile non riconoscere per entrambi un'intrinseca indeterminatezza. Nel tentativo di contenerla, si suggerisce un approccio oggettivistico che, attraverso la valorizzazione del contesto sociale, economico, ordinamentale, configurato necessariamente in termini dinamici, apra ad una tipicità costruita sulla base di "indici di vulnerabilità". Si ritiene che, quando il diritto penale viene chiamato ad affrontare fenomeni complessi, la costruzione della tipicità mediante indicatori rappresenta una soluzione utile, innovativa e al tempo stesso rispettosa dei principi¹⁶.

Sul legislatore graverebbe in ogni caso l'onere di meglio definire anche i confini superiori di questa fattispecie, cogliendo l'occasione per irrobustire un quadro che appare incompleto e soprattutto non collimante con la griglia normativa sovranazionale. Mancherebbe, infatti, un'apposita disciplina per il contrasto al lavoro forzato. Mentre quest'ultimo si impernia nell'assenza di consenso del lavoratore, costretto a svolgere un'attività contro la propria volontà, la disciplina contenuta nell'art. 603-bis c.p. incrimina lo sfruttamento di lavoratori che, a causa del loro stato di bisogno, hanno volontariamente accettato di sottoporsi a inique pattuizioni e condizioni. La distanza tra le due situazioni potrebbe essere evidenziata dalla collocazione dei requisiti di violenza e minaccia, che nel lavoro forzato rappresentano i presupposti della prestazione resa dalla vittima, mentre nell'art. 603 bis c.p. costituiscono solo circostanze

condizione di disagio esistenziale vissuto da alcune categorie di lavoratori, ed elemento implicito dello sfruttamento»: V. TORRE, *Lo sfruttamento del lavoro. La tipicità dell'art. 603-bis c.p. tra diritto sostanziale e prassi giurisprudenziale*, in *Questione e Giustizia*, 4/2019, 90 ss., in particolare 96. Propende per una valorizzazione del concetto di vulnerabilità diversificato rispetto allo stato di bisogno: S. BRASCHI, *Violenza, minaccia e stato di bisogno nel reato di intermediazione illecita e sfruttamento del lavoro: una riflessione in prospettiva de lege ferenda*, in *Cassazione penale*, 2/2024, 735; A. MERLO, *Approfitamento dello stato di bisogno*, in AA.Vv., *Intermediazione illecita e sfruttamento del lavoro: indici rivelatori*, in *Guida alle paghe*, inserto, 4/2024, 3 ss.

¹⁵ Si tratterebbe di concetti fungibili per S. FIORE, *(Dignità degli) uomini e (punizioni dei) caporali. Il nuovo delitto di intermediazione illecita e sfruttamento del lavoro*, in AA.Vv., *Scritti in onore di Alfonso M. Stile*, Napoli 2013, 885 ss. Sottolinea come per la giurisprudenza valga «il loro comune significato linguistico, che risulta in larga misura sovrapponibile»: F. GIUNTA, *Il confine incerto*, cit., 3.

¹⁶ A. DI MARTINO, *Sfruttamento del lavoro*, cit., 206. C. CUCINOTTA, *Prospettive di riforma del reato di intermediazione illecita e sfruttamento del lavoro*, in AA.Vv., *Caporalato e sfruttamento del lavoro: prevenzione, applicazione, repressione. Un'indagine di diritto penale, processuale penale e del lavoro*, a cura di M. FERRARESI, S. SEMINARA, ADAPT University Press, 2024, 206. Riconoscere valenza coartante al contesto sociale in cui si trova chi è alla ricerca di un impiego, spinge a considerare che la repressione non possa essere l'unico strumento utile per combattere lo sfruttamento, ma sollecita la ricerca di strategie alternative capaci di intercettare efficacemente i bisogni del lavoratore: C. STOPPIONI, *Intermediazione illecita e sfruttamento lavorativo: prime applicazioni dell'art. 603 bis c.p.*, in *Diritto, Immigrazione e Cittadinanza*, 2/2019, 89 ss.

aggravanti delle condotte di reclutamento, utilizzo, assunzione o impiego di manodopera. Mentre l'art. 603-*bis* c.p. ha ad oggetto un lavoro caratterizzato dal consenso dell'interessato e svolto con modalità tali da denotare il suo sfruttamento, il lavoro forzato nasce invece da una coercizione e prescinde dalle modalità di svolgimento, che pur costituiscono indizi della sua sussistenza¹⁷.

Si avanza così una proposta *de iure condendo*, che allinea accanto alla schiavitù, connotata da diritti proprietari vantati o esercitati su una persona, e alla servitù, espressione di uno sfruttamento coercitivo della persona, finalizzato a specifiche prestazioni, il lavoro forzato, che condivide con le due precedenti forme sia il bene tutelato che il disvalore sanzionato. Proprio rispetto alla servitù la nuova disciplina del lavoro forzato esige l'assenza o la forte limitazione della libertà di autodeterminazione, alternativamente realizzata attraverso una continuativa soggezione oppure attraverso lo sfruttamento lavorativo mediante condotte vessatorie innestate su una condizione di grave e urgente bisogno¹⁸. L'incriminazione del lavoro forzato mirerebbe a tutelare la dignità e l'integrità fisica e morale del lavoratore ma, ancor prima, dell'essere umano che, versando in una condizione al limite della sopravvivenza, si trova costretto ad accettare un lavoro che, appunto, gli consente solo di sopravvivere¹⁹. In questa prospettiva il delitto di caporalato verrebbe chiamato a tipizzare fenomeni di sfruttamento di minore gravità, perché il requisito dello stato di bisogno non deve essere inteso come uno stato di necessità, tale da annientare in modo assoluto qualunque libertà di scelta, bensì come una situazione di grave difficoltà, anche temporanea, tale da limitare la volontà della vittima e da indurla ad accettare condizioni particolarmente svantaggiose²⁰.

¹⁷ S. SEMINARA, *L'incriminazione che non c'è: il lavoro forzato*, in *www.sistemapenale.it*, 12 dicembre 2023, 17. L'A. richiama l'attenzione sulla necessità di una espressa previsione legislativa che contempli le ipotesi di servitù "contrattualizzata" (21 ss.).

¹⁸ Per vero «nella giurisprudenza della Corte Edu, sul piano oggettivo lavoro forzato e servitù sono potenzialmente coincidenti, poiché le modalità del lavoro, la vulnerabilità e l'isolamento della vittima, la limitazione della sua libertà di autodeterminazione e di movimento possono riscontrarsi in entrambe le situazioni.» così in: S. SEMINARA, *L'incriminazione che non c'è*, cit., 11.

¹⁹ ID., *L'incriminazione che non c'è*, cit., 28.

²⁰ Come afferma Cass., sez. IV, 13 dicembre 2021, n. 45615, citata da: S. SEMINARA, *L'incriminazione che non c'è*, cit., 28. L'A. formula una esplicita configurazione della nuova ipotesi delittuosa, affermando che: «La proposta conclusiva è di conservare l'attuale formulazione dell'articolo 600 c.p., aggiungendo però, sia nella rubrica che nel testo, la previsione del lavoro forzato.» (ID., 30). Condividono un distinguo sulla base del grado dell'offesa insita nello sfruttamento, anche: F. GIUNTA, *Il confine incerto*, cit., 4; G. MORGANTE, *Caporalato, schiavitù e crimine organizzato - caporalato, schiavitù e crimine organizzato verso corrispondenze (quasi) biunivoche*, in *Giurisprudenza Italiana*, 7/2018, 1703.

3. Le sfide dell'economia 4.0 e l'inadeguatezza della risposta penale

Per quanti apprezzabili sforzi ermeneutici siano stati fatti, resta un dato di tipicità particolarmente incerto, che presupporebbe un bilanciamento a monte di delicati equilibri tra interessi economici e diritti fondamentali, che solo il legislatore può risolvere²¹. Anche per bocca di insigni giuslavoristi è arrivata una chiara indicazione critica riguardo ad un'opzione tutta concentrata sulla repressione penale, che non vede per esempio come i meccanismi di determinazione del prezzo dei prodotti agricoli, stabiliti dalla grande distribuzione e dalle multinazionali agroalimentari, non lasciano ai produttori margine di utile, se non scaricando il taglio dei costi sullo sfruttamento del lavoro²². È così che il caporalato è stato considerato un prodotto non dell'agricoltura medioevale, quanto piuttosto dell'economia capitalistica, quale effetto della concorrenza sleale nel mercato del prodotto finale, che a sua volta genera concorrenza sleale nel mercato del lavoro²³.

Inoltre, si pone enfasi sulla lacunosità di questa fattispecie rispetto alle forme di caporalato c.d. grigio o lavoro non dichiarato, perché in rapporto ad esse non riesce a restituire alcuna tutela reale. Basti pensare alle discrepanze tra il contratto di lavoro, che prevede un certo monte ore, e il numero di ore in più effettivamente lavorate, che vengono pagate in nero. Percepire il "salario fuori busta" è interesse spesso anche dei lavoratori, che beneficiano di vantaggi fiscali e contributivi. Guardando alla forza lavoro che per lo più viene impiegata, ovvero quella straniera, si comprende maggiormente il loro disinteresse, visto che gli è preclusa la possibilità di chiedere, in caso di rimpatrio, il rimborso dei contributi versati. Il perverso meccanismo del testo unico immigrazione, inoltre, induce i lavoratori stranieri, che necessitano della continuità lavorativa per poter godere di un permesso di soggiorno, ad accettare qualsiasi condizione

²¹ V. TORRE, *L'obsolescenza dell'art. 603 bis c.p. e le nuove forme di sfruttamento lavorativo*, in *Labour Law Issues*, vol. 6, 2/2020, 82.

²² L. MARIUCCI, *Caporalato, le colpe della grande distribuzione*, in *Strisciarossa*, 13 agosto 2018: «Diventa necessario immaginare interventi sulla fissazione del prezzo dei prodotti, sottraendolo al predominio degli oligopoli agroalimentari. Una misura, si dirà, pre-moderna. Ma che cosa c'è di moderno nell'uso del lavoro schiavistico? Applicato a lavoratori, si badi, regolari, muniti di permessi di soggiorno. I quali tuttavia devono sottoporsi a forme di avviamento al lavoro e di retribuzione di tipo ottocentesco, compreso il fatto di vivere in baracche e accampamenti abusivi e privi di ogni elementare misura igienica». R. PETTINELLI, *Filiera agroalimentare, caporalato e pratiche commerciali sleali*, in *Lavoro e diritto*, 4/2022, 179; sotto il profilo delle carenti tutele per le vittime: F. DELVECHIO, *L'efficacia della strategia anti-caporalato a cinque anni dalla l. n. 199/2016*, in *www.sistemape-nale.it*, 1/2022, 38 ss.

²³ D. SCHIUMA, *Il caporalato in agricoltura tra modelli nazionali e nuovo approccio europeo per la protezione dei lavoratori immigrati*, in *Rivista di diritto agrario*, 1/2015, 91; C. FALERI, *Il lavoro povero in agricoltura, ovvero sullo sfruttamento del (bisogno di) lavoro*, in *Lavoro e diritto*, 1/2019, 160.

di impiego, se non addirittura a pagare un corrispettivo per la stipula di un regolare contratto di lavoro²⁴.

In sintesi, soprattutto se si allarga lo sguardo ben oltre il comparto dell'agricoltura, nel quale il caporalato ha avuto sicuramente la sua origine storica, riconoscendo la sua consolidata ramificazione nella logistica, nell'edilizia, nella cura della persona, nelle pulizie e nel variegato mondo della *gig economy*²⁵, è ormai acclarato che non si tratta più di un comportamento deviante di un numero ristretto di datori di lavoro, che può essere efficacemente contrastato sul piano individuale con il tradizionale dispositivo controllo/sanzione, ma è divenuto un fenomeno estremamente diffuso, che si presenta come fattore strutturale degli attuali assetti produttivi²⁶.

Le varie mansioni, poc'anzi solo esemplificativamente elencate, svolte fino a dodici ore al giorno, sette giorni su sette, vessati da impropri e minacce, retribuite due euro l'ora esemplificano il concetto di lavoro povero, ovvero di quell'occupazione remunerata con un salario talmente modesto da non permettere di superare la soglia di povertà. Si tratta nella maggioranza dei casi del cosiddetto part-time involontario, cioè un lavoro a tempo parziale in mancanza di occasioni di impiego a tempo pieno. Si assiste ad una sorta di metamorfosi dell'istituto, che si sposta dal lato dell'offerta a quella della domanda di lavoro: da strumento di politica "attiva" diviene misura di politica "passiva", da facilitatore di assunzioni diventa ammortizzatore di licenziamenti²⁷. Tutto ciò porta molto distanti dal dettato costituzionale, nel quale all'art. 36 si legge che: «Il lavoratore ha diritto ad una retribuzione proporzionata alla quantità e qualità del suo lavoro e in ogni caso sufficiente ad assicurare a sé e alla famiglia un'esistenza libera e dignitosa.» Passati i *voucher*, abrogati i lavori 'atipici', domina il lavoro a domicilio in rete, la *gig economy* "senza contratto", che sfugge ai controlli ed è in tempestoso aumento²⁸. Si tratta di prestazioni di lavoro parcellizzate, organiz-

²⁴ C. FALERI, *Non basta la repressione. A proposito di caporalato e sfruttamento del lavoro in agricoltura*, in *Lavoro e Diritto*, 2/2021, 260.

²⁵ L'immagine stereotipata è quella del fattorino che consegna a domicilio il cibo o l'acquisto concluso online, ma la lista dei c.d. "lavoretti" è lunghissima: G. PRATI, *Invisibili al lavoro. Gli operai del clic ai tempi della gig economy*, Milano 2021, 61 ss.; L. FERLA, *Sfruttamento della persona a scopo lavorativo e strumenti di contrasto penale*, in *Discrimen*, 11 settembre 2021, 10 ss. In questo variegato mondo della *gig economy*, «l'indigenza è tanto la spinta propulsiva all'ingaggio, quanto l'inevitabile approdo di quanti lavorano secondo modalità fino a poco tempo fa inedite e propiziate dalla tecnologia digitale»: F. BANO, *Il lavoro povero nell'economia digitale*, in *Lavoro e diritto*, 1/2019, 129.

²⁶ V. PINTO, *Gli interventi legislativi regionali di contrasto al lavoro nero e di sostegno all'emersione*, in *Rivista giuridica del lavoro*, 1/2012, 304. Sul valore simbolico di una sanzione penale: G. DE SANTIS, *Caporalato e sfruttamento del lavoro. Storia e analisi della fattispecie delittuosa vigente*, in AA.Vv., *Sudi sul caporalato*, a cura di G. DE SANTIS, S.M. CORSO, F. DEL VECCHIO, Torino 2020, 9 ss.

²⁷ M. BROLLO, *Un quarto di secolo dopo, le trasformazioni del lavoro a tempo parziale*, in AA.Vv., *Liber amicorum Pietro Rescigno. In occasione del novantesimo compleanno*, Napoli 2018, I, 429-430.

²⁸ M. MISCIONE, *I lavori poveri dopo l'economia "a domanda" per mezzo della rete*, in *Il Corriere*

zate e gestite attraverso piattaforme informatiche. Secondo i dati elaborati all'inizio del 2022 e riferiti alle piattaforme rappresentate in Assodelivery (la prima associazione italiana dell'industria del *food delivery* alla quale aderiscono *Deliveroo*, *FoodToGo*, *Glovo*, *SocialFood* e *Uber Eats*), si contano in totale 62.938 *rider* alla fine del 2021, con un numero di contratti raddoppiato rispetto al 2020. La difficoltà di un inquadramento giuridico di questa tipologia di rapporto di lavoro rende impervia qualsiasi attivazione di rimedi e tutele²⁹.

Le maglie dell'art.603 bis c.p. non sono assolutamente in grado di imbrigliare queste forme di sfruttamento, anche solo perché la mancanza della fruizione delle ferie, del riposo settimanale, della congruità dell'orario di lavoro, dell'adeguatezza del salario o della sicurezza sociale sono violazioni di diritti, che pallidamente si incominciano a delineare ora all'orizzonte, essendo tutelati in modo ancora molto embrionale³⁰. Fa ben sperare l'adozione alla fine di aprile di quest'anno della direttiva europea, concordata dal Parlamento e dal Consiglio europeo, sulle garanzie assegnate ai lavoratori delle piattaforme digitali, per una classificazione corretta della loro posizione lavorativa e per la presunzione di un rapporto di lavoro subordinato, quando sono presenti fatti che indicano il controllo e la direzione sul lavoratore, conformemente a quanto disciplinato nel diritto nazionale, nei contratti collettivi e in base all'orientamento della giurisprudenza dell'UE³¹. La norma regola inoltre, per la prima volta in assoluto nell'Unione Europea, l'uso di algoritmi sul posto di lavoro.

giuridico, 6/2018, 825.

²⁹ Sulle criticità dell'accordo stipulato tra Assodelivery e l'organismo sindacale Ugl riders e le modalità con cui in esso sono regolati i diritti sindacali: C. CORDELLA, *Il lavoro dei rider: fenomenologia, inquadramento giuridico e diritti sindacali*, in *WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona".IT*, 441/2021, 23 ss. Il Tribunale di Bologna, con ordinanza del 30 giugno 2021, ha considerato illegittimo il contratto nazionale siglato da Assodelivery UGL, sottolineando che il sindacato firmatario mancava del requisito della rappresentatività.

³⁰ A. MERLO, *Il contrasto allo sfruttamento del lavoro*, cit. 30. «L'apparato di repressione penale, pur imprescindibile nella lotta alle forme più gravi di sfruttamento del lavoro, non è in grado di rimuoverne le ragioni strutturali, le quali allignano nello stesso sistema produttivo oggi dominante»: V. MONGILLO, *Forced labour e sfruttamento lavorativo*, cit. 658. È del 2018 la firma a Bologna della Carta dei diritti fondamentali del lavoro digitale nel contesto urbano (altrimenti nota come «Carta di Bologna sui riders»). Il primo accordo metropolitano in Europa sulla Gig economy, con particolare riferimento al settore del food-delivery (www.forumdisuguaglianzediversita.org). Oltre a questa significativa iniziativa se ne sono aggiunte altre allo scopo di attivare forme di autodeterminazione delle garanzie, da parte delle stesse aziende operanti nel settore (la Carta dei valori sottoscritta a Milano). Più incisiva è stata l'approvazione della l. n. 128/2019 che ha convertito (con modificazioni) l'originario assetto regolativo introdotto dal d.l. n. 101/2019, recante misure di tutela del lavoro e di risoluzione delle crisi aziendali. Diffusamente in: A. ROTA, *La tutela prevenzionistica dei riders nella legge n. 128/2019*, in *Labour & Law Issues*, vol. 6, 1/2020, 59 ss.

³¹ www.europarl.europa.eu: la presunzione legale, relativa, del rapporto di lavoro ha il fine di correggere lo squilibrio di potere tra la piattaforma di lavoro digitale e la persona che vi svolge il lavoro e di aiutare il lavoratore a beneficiare della presunzione. L'onere della prova spetterà alla piattaforma, che dovrà dimostrare che non esiste un rapporto di lavoro. Il testo dovrà ora essere

Queste buone premesse, i cui sviluppi concreti però saranno visibili auspicabilmente entro due anni dalla pubblicazione in gazzetta ufficiale della direttiva, non saranno comunque risolutive, poiché qualora si promuovesse una tutela giurisdizionale per impulso di un singolo lavoratore o di un'organizzazione sindacale, il processo penale o l'azione in sede civile non saranno mai in grado di sortire il risultato di una reale contropinta rispetto alla convenienza dei meccanismi di esternalizzazione, tanto più vantaggiosi economicamente quanto più replicati su vasta scala³². Accanto alle carenze strutturali, la fattispecie di cui all'art. 603-*bis* c.p., porosa per incompletezza e scivolosa per indeterminazione, è incapace di arginare un fenomeno diventato emblematico di un nuovo modello economico liberista, rispetto al quale una ricostruzione e conseguente imputazione della responsabilità *ex post* rappresenta uno sforzo anacronistico, quanto nei fatti improduttivo³³.

La tipizzazione di una condotta individuale, tagliata su misura del singolo datore di lavoro, non è in alcun modo in grado di arginare una fenomenologia che si parametrizza su un'economia di scala, mirata alla massimizzazione dei profitti, attraverso l'abbattimento dei costi. Prescindendo dalla qualificazione giuridica della tipologia di lavoro svolta dai *riders*, cioè se siano soggetti subordinati o autonomi³⁴, ciò che non può sfuggire è il meccanismo perverso che si

adottato formalmente anche dal Consiglio. Dopo la pubblicazione nella Gazzetta ufficiale dell'UE, gli Stati membri avranno due anni per integrare le disposizioni della direttiva nella loro legislazione nazionale. Sull'iter legislativo che ha preceduto quest'ultimo tassello, con una particolare attenzione ai rischi per la sicurezza e salute: P. TULLINI, *Prevenzione e tutela della sicurezza sul lavoro nell'economia digitale*, in *Rivista di diritto e della sicurezza sociale*, 4/2021, 671 ss.

³² V. MONGILLO, *Forced labour e sfruttamento lavorativo*, cit. 660.

³³ «Questi modelli economici, infatti, polverizzano le posizioni di responsabilità concernenti il rispetto degli standard lavoristici, rendono più difficile la sorveglianza lungo la catena di fornitura o del valore»: V. MONGILLO, *Forced labour e sfruttamento lavorativo*, cit., ivi. Sull'*enforcement* esogeno ed endogeno, che ancor prima di perseguire l'ambizioso obiettivo della prevenzione del fenomeno del caporalato, sembra in grado piuttosto di assicurarne una gestione, *ex ante* ed *ex post*, svolgendo altresì una funzione che si potrebbe dire "conformativa" del tessuto economico-imprenditoriale in cui si annidano i rischi maggiori di concretizzazione del reato: M. RICCARDI, *Dai sintomi alla patologia. Anamnesi del delitto di intermediazione illecita e sfruttamento del lavoro*, in *Giurisprudenza penale*, 2/2022, 57 ss.

³⁴ La scelta a disposizione dei committenti dei *riders*, tra forme di lavoro subordinato e autonomo pone il problema della qualificazione della fattispecie, potendosi dare per scontato che i committenti (*rectius* le piattaforme digitali) cercheranno di eliminare all'interno dei contratti di collaborazione qualsiasi riferimento all'etero-organizzazione per non dover sopportare i vincoli e i costi della subordinazione e indirizzeranno, in sede negoziale, l'esecuzione della prestazione del collaboratore verso una collaborazione autonomamente organizzata. L'Ispettorato nazionale del lavoro con la circolare n. 7 del 30 ottobre e il Ministero del lavoro con la circolare n. 17 del 19 novembre 2020 sono intervenuti per definire la distinzione tra rider etero-organizzato e rider autonomo e per precisare quale disciplina di tutela sia loro applicabile: S. ROSSI, *Due anni di applicazione della disciplina sui riders: ancora pochi punti fermi e tanti dubbi*, in *Lavoro nella giurisprudenza*, 5/2022, 479. Più di recente, la giurisprudenza ha, invece, riconosciuto la sussistenza di un rapporto di lavoro subordinato tra piattaforma digitale e *rider* sul presupposto che la prestazione di tali lavoratori risulta completamente

innesca tra il *management* dell'azienda multinazionale, le società intermediatrici e i lavoratori, tale da generare quel fenomeno etichettato come "caporalato digitale". Proprio la sua natura proteiforme e per molti aspetti in bilico tra legalità apparente e illegalità latente impone di adottare strategie multilivello e multiagenziali che innescando un controllo integrato, grazie al loro combinato disposto, siano realmente in grado di prevenire, individuare e, in ultima istanza, punire il famigerato sfruttamento lavorativo³⁵.

Un essenziale punto di partenza deve riguardare le imprese che governano le catene produttive globali, o ne rappresentano comunque il terminale, le quali vanno spronate a adottare efficaci sistemi di *due diligence*. Il passaggio successivo è certamente quello di regolamentare il mercato dei competitori transazionali, corredandolo di opportune sanzioni, così come quello di irrobustire il piano di *soft law* nazionale e internazionale. Infine, l'autonormazione degli attori economici per essere realmente efficace, deve essere resa vincolante dallo Stato, il quale può incentivarla facendo ricorso al ben noto meccanismo del bastone e della carota, introdotto nell'ordinamento italiano con il d.lsg. 231/2001³⁶. La previsione di cause di esenzione della responsabilità in capo all'ente, che virtuosamente abbia adottato ed efficacemente attuato un modello di organizzazione, nel quale sia stato contemplato il rischio da sfruttamento lavorativo, rappresenta una delle strategie più efficaci per attuare una concreta sussidiarietà del penale, che ceda il passo ad una più penetrante funzione promozionale insita nel sistema 231.

organizzata dall'esterno e l'asserita libertà di scegliere se e quando lavorare di cui godrebbero è in realtà solo apparente e fittizia: F. CARINCI, *Tribunale Palermo 24/11/2020. L'ultima parola sui rider: sono lavoratori subordinati*, in *Lavoro Diritti Europa*, 1/2021, 1 ss.

³⁵ Di particolare interesse, tra gli interventi di soft law, la firma nel 2020 dei protocolli sperimentali «di legalità contro il caporalato, l'intermediazione illecita e lo sfruttamento lavorativo nel settore del *food delivery*» siglati davanti al Prefetto di Milano tra Assodelivery e le rappresentanze sindacali di Cgil, Cisl e Uil: C. INVERSI, *Caporalato digitale: il caso Uber Italy Srl*, in *Lavoro e Diritto*, 2/2021, 343. Sull'espansione planetaria dell'organizzazione produttiva, l'ascesa delle multinazionali e i riflessi giuridico-criminologici: V. MONGILLO, *Imprese multinazionali, criminalità transfrontaliera ed estensione della giurisdizione penale nazionale: efficienza e garanzie "prese sul serio"*, in *Giornale di diritto del lavoro e di relazioni industriali*, n. 170, 2/2021, 180 ss.

³⁶ V. MONGILLO, *Imprese multinazionali*, cit., 186. Senza cedere alla tentazione di una repressione compulsiva e populistica è stato proposto di regolamentare «le prestazioni professionali di intermediazione nella manodopera, predisponendo una disciplina integrata nell'ambito della quale, ad esempio, risulti economicamente sanzionato chi acquisti al ribasso beni o servizi da soggetti che sfruttano la manodopera e ancor più specializzata la tutela delle vittime, in linea con gli interventi di cui ai dd.lgs. n. 24/2014 e n. 212/2015, attraverso misure ulteriori rispetto a quelle riguardanti il ricorso al fondo antitratto o la sistemazione logistica e il supporto dei lavoratori stagionali (artt. 7 e 9, l. n. 199/2016)»: D. PIVA, *I limiti dell'intervento penale sul caporalato come sistema (e non condotta) di produzione: brevi note a margine della legge n. 199/2016*, in *Archivio penale*, 1/2017, 195.

4. Il sistema 231: un primo passo

Compreso l'inutile dispendio di energie e risorse nell'utilizzare un vecchio archibugio come si presenta un diritto penale eminente simbolico, in un contesto in cui non è risolutivo individuare singole condotte criminose, poiché l'agire illecito si inquadra in un vero e proprio sistema di produzione, le maggiori aspettative si spostano su un'ulteriore scelta operata dal legislatore del 2016, che ha inserito l'art. 603-*bis* c.p. tra i reati presupposto della responsabilità degli enti.

All'art. 25-*quinquies*, comma 1, lettera a), del d.lgs. n. 231/2001, intitolato ai «Delitti contro la personalità individuale», si prevede che anche il caporalato possa innescare meccanismi sanzionatori – pecuniari e interdittivi – in capo a società che spesso governano l'intera filiera dello sfruttamento, dal reclutamento alla gestione delle prestazioni lavorative³⁷. Comprovato l'interesse o vantaggio dell'ente nel fatto di caporalato, commesso da un soggetto in posizione apicale o subordinata, l'ente è esonerato da responsabilità se dimostra di aver adottato ed efficacemente attuato, prima della commissione del reato, un modello di organizzazione e gestione idoneo a prevenirne il rischio. Il cosiddetto Mog231 sarà costituito da quel complesso di regole, strumenti e protocolli volti a dotare la società di un efficace sistema organizzativo, di gestione e controllo, ragionevolmente idoneo ad individuare e prevenire le condotte illecite di cui all'art. 603-*bis* c.p.

Accanto al Modello, il datore di lavoro dovrà inoltre dotarsi dei Codici etici e dovrà nominare un Organismo di Vigilanza interna, così come prescrive l'art. 6, comma 1, lett. b, del d.lgs. 231/2001. L'OdV, sarà chiamato a monitorare l'intera gestione del personale aziendale, concentrando le proprie indagini sulla ricorrenza degli "indici rivelatori" di cui al terzo comma dell'art. 603-*bis* c.p., al fine di verificare gli aspetti fondamentali concernenti il trattamento economico e normativo, praticato al personale. Le indagini demandate all'OdV dovranno sostanziarsi, più in concreto, nell'analisi capillare di ogni scostamento dal trattamento standard, le c.d. "non conformità al modello", poiché ogni irregolarità potrebbe costituire una spia di situazioni almeno in potenza pericolose e rispetto alle quali è necessario intervenire.

Più in generale, l'attività di *risk assessment* dovrà tenere conto non solo del trattamento del personale interno, ma anche dei lavori e servizi appaltati a terzi, specialmente laddove il fattore "prezzo", che si traduce nell'interesse e nel

³⁷ Sostiene «l'insufficienza della sanzione penale per la persona fisica (di per sé fungibile) e l'importanza della sanzione all'ente, non tanto per una affermazione astratta del principio *societas puniri potest* quanto per una veramente efficace azione di contrasto del c.d. caporalato»: S.M. CORSO, *La responsabilità "da reato" dell'ente datore di lavoro nella legge n. 199/2016*, in *Archivio penale*, 2/2019, 10.

vantaggio dell'impresa committente rispetto al reato, in termini di "risparmio di spesa", possa concretamente influire sulle condizioni lavorative del personale impiegato nell'attività³⁸.

Il processo aziendale principalmente interessato da questa esigenza di adeguamento sarà quello di gestione delle risorse umane e, più in particolare, di selezione e assunzione del personale, con riferimento specifico alla definizione del rapporto di lavoro, alla gestione degli aspetti retributivi e all'organizzazione dei turni di lavoro, dei riposi settimanali e delle ferie³⁹. Lo svolgimento di questa attività in azienda deve tenere conto dell'intreccio di una molteplicità di fattispecie penali, che vanno dallo sfruttamento di cittadini irregolari (art. 22, comma 12, d.lgs. 186/1998, noto come Testo unico immigrazione)⁴⁰, rispetto al quale si può configurare un concorso di reati, alla tratta di persone, ovvero riduzione in schiavitù, che invece assorbono l'intermediazione illecita⁴¹. Inoltre, il caporalato si potrebbe configurare come uno tra i reati-scopo dei «delitti di criminalità organizzata» di cui all'art. 24-ter, d.lgs. 231/2001, commessi anche con i caratteri della transnazionalità, tra cui, «Associazione per delinquere» ed «Associazioni di tipo mafioso anche straniere»⁴².

A prescindere dal settore industriale di operatività, si possono verificare problemi in merito ad assunzioni dirette, ma anche indirette, ovvero attuate attraverso lo strumento della somministrazione di lavoro, in base alla quale

³⁸ La corretta gestione degli appalti, dei distacchi di lavoratori e della somministrazione di manodopera, in cui possono annidarsi i rischi penali e tributari è il primo *step* del *risk assessment* funzionale alla prevenzione e a cui deve conseguire la definizione di regole e protocolli interni, che individuino puntualmente i ruoli aziendali responsabili dei processi sensibili, le sfere di competenza e le fasi di controllo e monitoraggio: C. GIUNTELLI, *I rischi penali dell'interposizione illecita di manodopera*, in *Giustizia Insieme*, 4 marzo 2024, 23.

³⁹ R. RAZZANTE, *Il caso Uber: un «nuovo» caporalato anche per la responsabilità d'impresa*, in *Responsabilità Amministrativa delle Società e degli Enti*, 3/2020, 23.

⁴⁰ Un contesto caratterizzato da particolare fragilità soggettiva e sociale quale è sicuramente la provenienza da Paesi nei quali vi sono conflitti, lo *status* di richiedente asilo o di persona che dimora presso centri di accoglienza temporanei, può rappresentare un elemento che, diminuendo la capacità di tutela del soggetto interessato, potrebbe porsi come prodromo ad attività di sfruttamento penalmente rilevanti: T.E. ROMOLOTTI, M. ROMOLOTTI, *Sfruttamento dei lavoratori, amministrazione giudiziaria e modelli organizzativi. Alla ricerca di un coordinamento normativo*, in *Responsabilità Amministrativa delle Società e degli Enti*, 3/2021, 37.

⁴¹ Più di ricette: Cassazione penale sez. V, 16/03/2022, (ud. 16/03/2022, dep. 02/05/2022), n. 17095.

⁴² La complessità dello scenario per il quale le società sono chiamate a prevenire il verificarsi del fenomeno dell'intermediazione illecita e dello sfruttamento del lavoro si potrebbe ulteriormente arricchire. Si pensi, proprio nel caso della bracciante pugliese – Paola Clemente – alla gestione dei rapporti con gli enti pubblici competenti per gli adempimenti relativi all'amministrazione del personale, tra cui, ad esempio, l'INPS e l'INAIL. Si configura il reato di «Truffa ai danni dello Stato o di altro ente pubblico» (art. 640, comma 2, n. 1, c.p.), anch'esso ascrivibile alla persona giuridica: F. RUGGERI, *L'aggiornamento del modello 231 al nuovo delitto di caporalato*, in *Responsabilità Amministrativa delle Società e degli Enti*, 2/2017, 336.

il reclutamento di personale avviene per il tramite di un soggetto terzo intermediario⁴³. In questi casi, sull'ente beneficiario incombe l'obbligo di dotarsi delle necessarie conoscenze sulle politiche di sicurezza, sindacali e del lavoro e, qualora dovessero essere rilevate eventuali violazioni, consegue la necessaria risoluzione espressa del contratto stipulato. Per una scrupolosa *due diligence*, alle imprese si potrebbe arrivare a suggerire la previsione di clausole di *auditing*, nell'ambito degli accordi commerciali con i propri fornitori, per verificare direttamente, a mezzo di visite ispettive, l'ottemperanza alle normative richiamate, ovvero esigere la trasmissione di tutta la documentazione, che possa risultare utile a tal scopo⁴⁴.

Tra i documenti che più efficacemente sono in grado di dimostrare la capacità di un ente di lavorare in condizioni controllate e nel rispetto della legge, certamente si trova la certificazione SA 8000 (*Social Accountability*), che identifica lo standard internazionale di certificazione, redatto dal CEPAA (*Council of Economical Priorities Accreditation Agency*) e volto ad attestare alcuni aspetti della gestione aziendale attinenti alla responsabilità sociale d'impresa. Tra questi vi sono: il rispetto dei diritti umani, del diritto del lavoro, la tutela contro lo sfruttamento minorile e le garanzie di sicurezza e salubrità sul posto di lavoro. Si tratta di requisiti incontrovertibili quanto alla caratura delle relazioni con le controparti e sono in grado di assicurare un controllo sulla filiera, tale da non esporre l'azienda certificata al rischio di procedimenti per condizioni di lavoro non etiche o manipolatorie del mercato.

A differenza dell'autodichiarazione, la certificazione da parte di un ente terzo indipendente – il quale sotto il profilo reputazionale (e non solo) si espone ad un rischio di credibilità molto alto – rappresenta una dichiarazione di intenti nei confronti di tutte le parti interessate, le quali possono rivolgersi direttamente all'ente certificatore se abbiano notizia di violazioni da parte dell'azienda certificata. Inoltre, la conformità agli standard internazionali produce tangibili effetti per le aziende che li adottano, per esempio offrendo loro la possibilità di beneficiare automaticamente di sgravi fiscali sui versamenti previdenziali. Così come il possesso di determinate certificazioni costituisce il presupposto vincolante per l'accesso tanto a bandi di gara pubblici, quanto a trattative private.

Quanto alla configurazione in concreto di un Mog231, la presenza degli indici di sfruttamento, elencati all'art. 603 bis c.p., rappresenta una traccia

⁴³ Mette sull'avviso del rischio del «contagio di responsabilità che organizzazioni aziendali più strutturate (anche sotto il profilo della garanzia dei diritti dei lavoratori) possono correre in occasione dell'affidamento di appalti e subappalti se non vengono adottate adeguate misure idonee a prevenire la selezione di soggetti dediti allo sfruttamento della manodopera impiegata»: L. PISTORELLI, *La responsabilità degli enti per il reato di intermediazione illecita e sfruttamento del lavoro*, in *Responsabilità Amministrativa delle Società e degli Enti*, 1/2018, 73.

⁴⁴ F. RUGGERI, *L'aggiornamento del modello 231*, cit., 337.

molto utile per la definizione di un *risk assessment* e la conseguente individuazione dei necessari presidi volti a prevenire la commissione del reato di sfruttamento lavorativo. Particolarmente opportuno sarebbe coordinare il Mog231 non solo con i protocolli adottati per la prevenzione in generale dai reati di cui all'art. 25-*quinquies*, d.lgs. 231/2001, ma anche con quelli in tema di sicurezza sul lavoro, ai sensi dell'art. 25-*septies*⁴⁵, con l'ulteriore rinvio alle prescrizioni di cui al testo unico di sicurezza sul lavoro e più in particolare ai Mog81, ovvero ai sistemi di gestione della salute e sicurezza sul lavoro.

È bene precisare che quand'anche la società non si fosse dotata preventivamente, rispetto alla contestazione del reato, del modello di organizzazione, potrà comunque accedere all'apprezzabile beneficio della riduzione della sanzione pecuniaria da un terzo alla metà, se provvede – prima della dichiarazione di apertura del dibattimento – a adottare e rendere operativo un nuovo modello, in base a quanto affermato all'art.12, comma 2, lettera b), d.lgs.231/2001. Le società non devono solo allestire un modello di organizzazione e controllo per la prevenzione dei reati-presupposto, ma è importante che modifichino i presidi e le procedure rivelatesi inefficaci, affinché ciò che è accaduto non si ripeta⁴⁶. Anche a fronte degli innumerevoli adempimenti, si tratta di una opportunità che l'impresa, sicuramente di grandi dimensioni, ma non meno anche quella di piccole, non può permettersi di trascurare, considerati gli effetti di una non punibilità ottenuti tramite una mera *reactive compliance*, generata a seguito di una collaborazione con l'autorità giudiziaria⁴⁷.

Come vedremo meglio nei prossimi passaggi, l'impianto complessivo della responsabilità degli enti rappresenta una guida essenziale per il virtuoso ripristino della legalità. Tuttavia, nel contesto in esame, il coinvolgimento di una responsabilità dell'ente *ex sistema* 231 incontra il limite di presupporre una

⁴⁵ Una particolare attenzione dovrebbe essere dedicata alla *supply chain*, cioè agli appaltatori e subappaltatori dell'ente: T.E. ROMOLOTTI, M. ROMOLOTTI, *Sfruttamento dei lavoratori*, cit., 38.

⁴⁶ G. DE SIMONE, *Il problema della responsabilità delle persone giuridiche nell'ordinamento italiano*, in Aa.Vv., *Responsabilità da reato degli enti*, Volume I, *Diritto sostanziale*, a cura di G. Lattanzi – P. Severino, Coordinato da A. Gullo, 66 ss.; M. DI LELLO FINUOLI, *La compliance riparativa: un "giunto cardanico" tra responsabilità da reato degli enti e misure di prevenzione*, in *Archivio penale*, 2/2023, 14.

⁴⁷ La valorizzazione delle condotte riparative e di *compliance* ai fini del giudizio di proporzionalità complessiva della pena ha giocato un ruolo decisivo nel caso cosiddetto DHL: M. SCOLETTA, *Condotte riparatorie e ne bis in idem nella responsabilità delle persone giuridiche per illeciti tributari*, in *www.sistemapenale.it*, 28 novembre 2022; M. DI LELLO FINUOLI, *La compliance riparativa*, cit. 9 ss.; F. MAZZACUVA, *L'ente premiato. Il diritto punitivo nell'era delle negoziazioni: l'esperienza anglo-americana e le prospettive di riforma*, Torino 2020, 286. Sulla necessità di definire al più presto la pendenza di procedimenti penali o comunque di evitare le strettoie e le lungaggini di un giudizio dibattimentale, riducendo il carico giudiziario e accrescendo il valore assegnato nelle dinamiche punitive alla c.d. *reactive fault*: V. MONGILLO, *Il sistema delle sanzioni applicabili all'ente collettivo tra prevenzione e riparazione. Prospettive de iure condendo*, in *Rivista trimestrale di diritto penale dell'economia*, 3-4/2022, 617 ss.; A. ORSINA, *La responsabilità da reato dell'ente. Tra colpa di organizzazione e colpa di reazione*, Torino 2024, 229 ss., in particolare 247 ss.

fattispecie, qual è quella di cui all'art. 603 *bis* c.p., che – come sinteticamente abbiamo richiamato in precedenza – solleva diverse questioni ermeneutiche. Per elaborare un quadro più completo, nell'ottica di reperire mezzi efficaci per contrastare questa particolare tipologia criminale, è necessario aggiungere ulteriori tasselli.

5. Commissari giudiziari: quanta abbondanza

Restando in tema di d.lgs. 231/2001, all'art. 15 si prevede che, se sussistono i presupposti per l'applicazione di una sanzione interdittiva, che determina l'interruzione dell'attività dell'ente, il giudice, in luogo dell'applicazione della sanzione, può disporre la prosecuzione dell'attività dell'ente da parte di un commissario, per un periodo pari alla durata della pena interdittiva, che sarebbe stata applicata. Questa opzione è percorribile se l'interruzione dell'attività dell'ente può provocare, tenuto conto delle sue dimensioni e delle condizioni economiche del territorio in cui è situato, rilevanti ripercussioni sull'occupazione. Si tratta di una possibilità esperibile anche in fase cautelare, in luogo del sequestro preventivo. Il commissario, in veste di osservatore esterno, può trasformarsi in gestore diretto, anche in difformità dalle proposte dell'imprenditore o del gestore, allorché si tratti di regolarizzare i lavoratori irregolari e, in specie, quelli sfruttati⁴⁸.

Seguire strade meno drastiche e più conservative, nei limiti in cui non si risolve in una rinuncia alla pretesa di legalità nella condotta imprenditoriale, ma sia in grado di innescare meccanismi virtuosi che consentono di ridurre al minimo il danno è un'opzione che va incoraggiata. Il controllo giudiziale rappresenta certamente una forma di ingerenza statale nell'economia e nella gestione dell'impresa, ma – ove ne esistano i presupposti – comporta l'individuazione di uno o più esperti in gestione aziendale, nominati amministratori giudiziari, che, affiancando l'imprenditore, vigilano che da costui vengano effettivamente rimosse le irregolarità circa l'andamento dell'attività aziendale, vengano rimosse le situazioni di grave sfruttamento lavorativo, vengano rispettate le norme

⁴⁸ S.M. CORSO, *La responsabilità "da reato" dell'ente*, cit., 15-16; V. MONGILLO, *Prospettive di riforma del sistema sanzionatorio ex d.lgs. n. 231/2001*, in Aa.Vv., *Verso una riforma della responsabilità da reato degli enti. Dato empirico e dimensione applicativa*, a cura di A. Centonze – S. Manacorda, Bologna 2023, 564. Ravvisa in questo istituto del controllo giudiziario diffuse ambiguità e criticità, invocando un intervento legislativo per una più puntuale suddivisione dei compiti tra l'amministratore giudiziario, al quale potrebbe essere assegnata l'amministrazione straordinaria (per la quale ha comunque bisogno dell'autorizzazione del giudice: art. 15, comma 3, seconda parte), e l'imprenditore, al quale lasciare quella ordinaria: N. PASCUCCI, *Luci e ombre del controllo giudiziario dell'azienda ex art. 3 L. n. 199/2016*, in Aa.Vv., *Nuove dimensioni della responsabilità datoriale*, a cura di G. De Santis – S.M. Coro, Napoli 2024, 438.

e le condizioni lavorative, la cui violazione ha portato ad un procedimento penale per il delitto di cui all'art. 603-*bis* c.p.⁴⁹. In altri termini si può dire che il legislatore ha espresso un chiaro favore per misure alternative, che riescono a coniugare la continuità aziendale e la salvaguardia dei posti di lavoro con le esigenze dell'accertamento penale e della punizione del colpevole.

Un'ulteriore figura di controllore che deve affiancare l'imprenditore è stata introdotta dalla legge, che ha riformato l'originaria disciplina dell'art. 603-*bis* c.p. L'art. 3, l. 29 ottobre 2016, n. 199, dispone che, qualora ricorrano i presupposti indicati nel comma 1 dell'articolo 321 del codice di procedura penale, il giudice dispone, in luogo del sequestro, il controllo giudiziario dell'azienda presso cui è stato commesso il reato, qualora l'interruzione dell'attività imprenditoriale possa comportare ripercussioni negative sui livelli occupazionali o compromettere il valore economico del complesso aziendale. L'amministratore giudiziario affianca l'imprenditore nella gestione dell'azienda ed autorizza lo svolgimento degli atti di amministrazione utili all'impresa, riferendo al giudice ogni tre mesi, e comunque ogni qualvolta emergano irregolarità circa l'andamento dell'attività aziendale. Al fine di impedire che si verifichino situazioni di grave sfruttamento lavorativo, l'amministratore giudiziario controlla il rispetto delle norme e delle condizioni lavorative la cui violazione costituisce, ai sensi dell'articolo 603-*bis* del codice penale, indice di sfruttamento lavorativo, procede alla regolarizzazione dei lavoratori che al momento dell'avvio del procedimento per i reati previsti dall'articolo 603-*bis* prestavano la propria attività lavorativa in assenza di un regolare contratto e, al fine di impedire che le violazioni si ripetano, adotta adeguate misure anche in difformità da quelle proposte dall'imprenditore o dal gestore⁵⁰.

Dal piano astratto della norma alla sua applicazione al caso concreto il passo è stato breve in due recenti vicende, che hanno attirato l'attenzione dei media⁵¹. Il Gip del Tribunale di Milano ha disposto il controllo giudiziario

⁴⁹ S.M. CORSO, *Oltre il contrasto al caporalato*, in AA.VV., *Studi sul caporalato*, a cura di S.M. CORSO, F. DELVECCHIO, G. DE SANTIS, Torino 2020, 104; S. LORUSSO, *Il controllo giudiziario dell'azienda. Profili sistematici*, ivi, 121 ss.

⁵⁰ V. MONGILLO – N. PARISI, *L'intervento del giudice penale e dell'autorità amministrativa nella gestione societaria, tra impresa lecita, "socialmente pericolosa" e mafiosa: alla ricerca di un disegno*, in *Rassegna Economica*, 1/2019, 178 ss.

⁵¹ Si tratta di un'inchiesta della Guardia di finanza di Como, coordinata dal pubblico ministero milanese Paolo Storari, che ha contestato il 603 *bis* c.p., all'esito della quale il Gip del Tribunale di Milano ha disposto il controllo giudiziario per la società cooperativa Servizi Fiduciari, facente parte del grande gruppo Sicuritalia, leader nel mercato della sicurezza e della vigilanza privata (GIP Trib. Milano 19 giugno 2023 (proc. n. 11465/2021); GIP Trib. Milano 26 luglio 2023 (proc. n. 11465/2021). Sovente i fenomeni di caporalato (specie quello c.d. grigio) si accompagnano a fenomeni di frode fiscale e contributiva, tant'è che il reato di cui all'art.603 bis c.p. viene contestato congiuntamente al delitto di false fatturazioni e al delitto di compensazione di falsi crediti d'imposta: L. MACCHIA, *Gestione del rischio e tecniche investigative nell'attività di contrasto al fenomeno del*

a carico di due società appaltatrici di manodopera, assumendo l'esistenza del reato di sfruttamento lavorativo, nonostante la retribuzione corrisposta ai lavoratori fosse conforme al contratto collettivo applicato e questo risultasse nella fattispecie siglato dalle organizzazioni sindacali più rappresentative⁵². In ogni caso, resta aperto il tema di quei lavoratori che non possono accedere alla contrattazione collettiva. Gli accordi collettivi di livello nazionale finora stipulati hanno, infatti, un ambito di applicazione circoscritto ai soli *rider*, per cui tutti gli altri lavoratori delle piattaforme digitali, soprattutto quelli delle piattaforme *web-based*, risultano allo stato privi di una tutela collettiva. Non può essere sottaciuto che l'applicabilità o meno della contrattazione collettiva ha una diretta incidenza sulle dinamiche retributive⁵³.

Questa seconda figura di controllore giudiziario, che entra in gioco per evitare il sequestro preventivo dell'azienda, si lega direttamente al datore di lavoro come persona fisica, che rimane investito della potestà gestionale, ma corre su un binario parallelo rispetto alla corrispondente figura prevista dal sistema 231. È evidente il mancato coordinamento tra i due istituti, con conseguente "ingorgo giudiziario", poiché nel caso di un processo intentato nei confronti della persona fisica, l'ente si troverebbe sottoposto ad un controllo giudiziario, anche senza essere parte del processo, quindi senza aver la possibilità di difendersi⁵⁴.

A parità di condizioni, il regime dell'interruzione dell'attività disposta in via cautelare risulta più stringente e severa per l'imprenditore individuale rispetto a quello societario, con evidenti disparità di trattamento tra le due situazioni⁵⁵. Rimettere al giudice la valutazione di quale strada sia più opportu-

caporalato, in AA.VV., *Caporalato e sfruttamento del lavoro*, cit., 235 ss.

⁵² «È vero che nelle due vicende il fumus dello sfruttamento è stato ricavato anche dalla concorrenza di ulteriori fattori (intimidazioni, minacce, condizioni di lavoro degradanti, ecc.): tuttavia, ciò che qui interessa segnalare è che il giudice milanese ha ritenuto la retribuzione sproporzionata rispetto alla quantità e qualità del lavoro prestato malgrado la conformità alle disposizioni del contratto collettivo maggioritario»: C. CUCINOTTA, *Prospettive di riforma del reato di intermediazione illecita e sfruttamento del lavoro*, in *Diritto delle Relazioni Industriali*, 4/2023, 1016.

⁵³ V. CANGEMI, *Lavoro povero e non dignitoso. Il caso dei lavoratori delle piattaforme digitali*, in *Argomenti di diritto del lavoro*, 1/2023, 45.

⁵⁴ T. PADOVANI, *Un nuovo intervento per superare i difetti di una riforma zoppa*, in *Guida al diritto*, 48/2016, 48ss; M. ARENA, *Il controllo giudiziario dell'azienda nei procedimenti penali per sfruttamento della manodopera*, in *Responsabilità Amministrativa delle Società e degli Enti*, 1/2017, 55. Punta il dito sulla mancanza di chiarezza di quali siano i parametri che devono guidare la valutazione discrezionale del giudice, posto che ogni intervento ha ripercussioni negative sul valore economico delle imprese: F. DELVECCHIO, *Il controllo giudiziario dell'azienda e l'amministrazione dei beni sequestrati*, in AA.VV., *Sudi sul caporalato*, a cura di S.M. CORSO, F. DELVECCHIO, G. DE SANTIS, Torino 2020, 136, poi 138-139. Valorizza la chiave di «vigilanza prescrittiva» sull'ente da parte della magistratura, che però non estromette del tutto gli shareholders dalla gestione aziendale: M. DI LELLO FINUOLI, *La compliance riparativa*, cit., 34.

⁵⁵ Oltre paventare un rilievo di costituzionalità, intravede un pericolo di sostanziale inutilità dello

no percorre costituisce un *vulnus* anche in rapporto alla tenuta del sistema sul piano nazionale⁵⁶, perché consente di aprire un ventaglio di arresti giurisprudenziali diversificati su base territoriale.

5.1. *Il coniglio dal cilindro: l'amministratore giudiziario del codice antimafia*

L'ultimo, o forse come vedremo tra poco, il penultimo tassello nel mosaico di questo istituto che concorre a riconfigurare gli smarriti profili di legalità, senza creare ripercussioni negative sui livelli occupazionali, né compromettere il valore economico del complesso aziendale, giunge dal contesto delle misure di prevenzione.

A seguito della modifica apportata con legge 161 del 2017, l'attuale versione dell'art. 34, d.lgs. n. 159 del 2011, prevede che, se sussistono sufficienti indizi per ritenere che il libero esercizio di determinate attività economiche, comprese quelle di carattere imprenditoriale, possa comunque agevolare l'attività di persone sottoposte a procedimento penale anche per il reato di cui all'art.603 *bis* c.p., il tribunale competente per l'applicazione delle misure di prevenzione può disporre l'amministrazione giudiziaria delle aziende, se non ricorrono i presupposti per l'applicazione delle misure di prevenzione patrimoniali⁵⁷. Al successivo art.34 *bis*, rubricato «Controllo giudiziario delle aziende»,

strumento cautelare: F. DELVECCHIO, *Il controllo giudiziario dell'azienda*, cit., 139.

⁵⁶ S.M. CORSO, *La responsabilità "da reato" dell'ente*, 18. Riporta le perplessità della commissione che ha svolto un'indagine parlamentare conoscitiva sul fenomeno del caporalato in agricoltura, mettendo in evidenza come non appaia ben chiaro quali siano in concreto i parametri che devono guidare la scelta del giudice dinanzi all'alternativa controllo giudiziario/sequestro preventivo: F. DELVECCHIO, *L'efficacia della strategia anti-caporalato*, cit., 37. Importare istituti stranieri, estranei alla nostra tradizione, comporta l'accettazione del rischio che la responsabilità degli enti «emancipata dal fardello delle garanzie tradizionali, diventi essenzialmente uno strumento di compensazione e redistribuzione della ricchezza guidato da logiche *lato sensu* politiche»: O. DI GIOVINE, *Il criterio di imputazione soggettiva*, in Aa.Vv., *Responsabilità da reato degli enti*, vol. I, *Diritto sostanziale*, a cura di G. Lattanzi – P. Severino, coordinato da A. Gullo, Torino 2020, 229. Prospetta prassi opache e non facilmente intelligibili dall'esterno: E. DAVI, *Compliance, riparazione e diversione. Prime sperimentazioni italiane dei pre-trial agreements nel campo della responsabilità da reato delle imprese*, in *Archivio penale*, 1/2024, 68.

⁵⁷ In un interessante precedente, sempre del giudice della prevenzione meneghino, sull'utilizzo dell'amministrazione giudiziaria, sebbene il caso concernesse una vicenda di infiltrazione mafiosa in un'attività economica: C. VISCONTI, *Contro le mafie non solo confisca ma anche "bonifiche" giudiziarie per imprese infiltrate: l'esempio milanese (working paper)*, in *www.penalecontemporaneo.it*, 20 gennaio 2012; ID., *Ancora una decisione innovativa del tribunale di Milano sulla prevenzione antimafia nelle attività imprenditoriali*, ivi, 11 luglio 2016; ID., *Il controllo giudiziario "volontario": una moderna "messa alla prova" aziendale per una tutela recuperatoria contro le infiltrazioni mafiose*, ivi, 23 settembre 2019. Sulla vicenda Uber: A. MERLO, *Sfruttamento dei riders: amministrazione giudiziaria ad Uber per contrastare il "caporalato digitale"*, in *www.sistemapenale.it*, 2 giugno 2020; A. GALLUCCIO, *Misure di prevenzione e "caporalato digitale": una prima lettura del caso Uber Eats*, in *Giornale di diritto del lavoro e delle relazioni industriali*, n. 169, 1/2021, 105 ss.; F. VITARELLI, *Lo sfruttamento del lavoro dei "riders" tra prevenzione e repressione*, in *Le Società*, 1/2023, 83. È di questi giorni la notizia di una serie di provvedimenti emessi

si prevede che, qualora l'agevolazione di persone indagate per il reato di caporalato risulti occasionale, il tribunale può disporre anche d'ufficio il controllo giudiziario delle attività economiche e delle aziende, se sussistono circostanze di fatto da cui si possa desumere il pericolo concreto di infiltrazioni mafiose idonee a condizionarne l'attività⁵⁸.

Resta da chiarire quali siano i presupposti e i limiti dell'affiancamento dell'amministratore giudiziario nella gestione dell'azienda. Interventi di questo tipo portano inevitabilmente con loro effetti negativi: oltre alle spese della procedura, i costi necessari alla regolarizzazione dei lavoratori, che potrebbero persino rivelarsi insostenibili e condurre al licenziamento in massa, con evidente frustrazione dello stesso requisito della misura. Inoltre, non sono delimitati espressamente gli equilibri dei rapporti tra imprenditore e amministratore giudiziario, che si può supporre siano fondati sull'utilità degli atti di amministrazione sottoposti ad autorizzazione e sull'adeguatezza delle misure adottate, anche in difformità da quelle proposte dal titolare dell'impresa, purché siano finalizzati ad impedire che le violazioni si ripetano⁵⁹.

Pur discutibile per chiarezza normativa e collocazione topografica, questa ulteriore novità legislativa vanta quantomeno una coerenza sistematica, poiché segue la tendenza ad assumere come modello di riferimento le norme in tema di amministrazione, gestione e destinazione dei beni sequestrati e confiscati,

dalla Procura di Milano nei confronti di case di alta moda, per presunti coinvolgimenti in intermediazione illecita e sfruttamento del lavoro (art. 603 bis c.p.), compiuti da alcuni fornitori di queste Società. Il Tribunale di Milano, sezione autonoma misure di prevenzione, ha disposto l'applicazione della misura dell'amministrazione giudiziaria, analogamente a quanto aveva fatto qualche settimana prima, per un'altra nota società di moda, prescrivendo l'attuazione di un modello di gestione (Trib. Mil., sez. Aut. M. P., decreto 15 gennaio 2024). Ciò che emerge in capo alle imprese di *fashion* è la carente adozione di Modelli *ex d.lgs. 231/2001* e spesso la mancanza di un adeguato sistema di *internal audit* tale da agevolare colposamente le attività criminali citate. Esprime forti perplessità su profili nel merito del provvedimento: S. SILVESTRI, *La carenza di modelli organizzativi e la presenza di sistemi di controllo inefficienti integrano i presupposti di cui all'art. 34, d.lgs. 159/2011, necessari ad emettere la misura?*, in *Responsabilità Amministrativa delle Società e degli Enti*, 2/2024, 252 ss.

⁵⁸ V. MONGILLO – N. PARISI, *L'intervento del giudice penale e dell'autorità amministrativa*, cit., 185 ss. Il controllo giudiziario *ex art. 34-bis* oltre ad essere una misura di prevenzione patrimoniale alternativa e diversa dal sequestro e dalla confisca e sganciata dai relativi presupposti, è anche autonoma rispetto all'amministrazione giudiziaria di cui all'art. 34. Non comporta alcuna estromissione del proprietario dei beni e dell'azienda dall'esercizio dei propri poteri, ma solo un potere di controllo in capo al giudice delegato e all'amministratore giudiziario, al fine di coadiuvare la società infiltrata chiamata ad intraprendere un nuovo corso della gestione, finalizzato ad un suo recupero alla libera concorrenza: G. D'ANGELO, G. VARRASO, *Il decreto legge n. 152/2021 e le modifiche in tema di documentazione antimafia e prevenzione collaborativa*, in *www.sistemapenale.it*, 1 agosto 2022, 20.

⁵⁹ F. DELVECCHIO, *Il controllo giudiziario dell'azienda*, cit., 140. Mette sull'avviso che applicando la misura di prevenzione si corre il rischio di "negoziare" l'impunità dell'ente, lontano dalla fase giurisdizionale, imposta dal d.lgs. 231/2001, «con la conseguente disapplicazione del principio dell'obbligatorietà dell'azione penale nei confronti dello stesso»: R. ACQUAROLI, *Intermediazione illecita e modi di produzione*, in *Aa.Vv., Nuove dimensioni della responsabilità datoriale*, cit., 403.

contenute nel codice antimafia «il quale rappresenta una disciplina più “evoluta” rispetto a quella codicistica volta ad evitare, per quanto possibile la perdita di produttività anche occupazionale dei beni sottoposti a vincolo a salvaguardia degli interessi sociali ed economici convolti»⁶⁰.

Il risultato di questa strategia consiste nell'imposizione di uno spossamento gestorio parziale: il potere dell'amministratore giudiziario, per quanto possa essere penetrante e orientato ad obiettivi di legalità, lascia in capo alla *governance* dell'impresa l'esercizio dell'attività ordinaria. Ciò produce un bilanciamento virtuoso tra le esigenze della repressione e la tutela della produttività aziendale e dei lavoratori. Non va dimenticato che la misura di prevenzione in esame presuppone che l'impresa si sia limitata ad agevolare lo sfruttamento lavorativo, realizzato da terzi, senza compierlo direttamente, situazione che produrrebbe l'infissione delle più incisive misure del sequestro e confisca di prevenzione⁶¹.

Per lo più i compiti che vengono assegnati all'amministratore giudiziario si concentrano sull'analisi e rimodulazione degli accordi relativi alla gestione del personale e al controllo dell'area in generale, onde verificare che non ci siano altre situazioni di compressione della dignità salariale e retributiva dei lavoratori. Lo sguardo si rivolge con particolare attenzione al monitoraggio non solo degli sviluppi applicativi della misura, ma anche dell'impatto che la stessa produce sulla competitività dell'azienda sul mercato. Elaborare un programma attuativo, in luogo delle più invasive misure ablative, consente di alleggerire l'impresa da quel vincolo che rischierebbe di sortire effetti potenzialmente distruttivi sul piano della competitività e della salvaguardia dei posti di lavoro, con conseguente annullamento delle commesse⁶².

Forse si può dire di essere giunti all'ultimo tassello di questo mosaico di interventi, che lasciano sullo sfondo la sanzione punitiva, accedendo a formule che innescano un'assai più rapida ed efficace ricostituzione della legalità. Dall'estro del Tribunale delle misure di prevenzione meneghino è uscito un provvedimento, attinto dal codice antimafia, che si connota per particolare originalità, avendo un carattere interlocutorio⁶³. Il collegio giudicante, come già fatto in precedenza, è ricorso agli strumenti della prevenzione giurisdizionale per fronteggiare lo sfruttamento del lavoro in contesti aziendali, valorizzando

⁶⁰ G. VARRASO, *Il sequestro a fini di confisca: dalle scelte del codice del 1988 alla legge n. 161 del 2017*, in www.archiviodpc.dirittoopenaleuomo.org, 12 gennaio 2018, 21 come riportato da F. DELVECCHIO, *Il controllo giudiziario dell'azienda*, 149.

⁶¹ A. GALLUCCIO, *Misure di prevenzione e “caporalato digitale”*, cit., 108-109.

⁶² S. MICELI, *Giustizia negoziata tra caporalato e misure di prevenzione: nuove sfide per la compliance rimediata*, in *Responsabilità Amministrativa delle Società e degli Enti*, 1/2024, 5.

⁶³ La vicenda riguarda il colosso della distribuzione Esselunga, che, come è stato ricostruito, portava avanti da anni una politica di riduzione dei costi sul personale, fondata sullo sfruttamento sistematico dei lavoratori, organizzato attraverso cooperative di comodo utilizzate come mero «serbatoio di manodopera».

l'inserimento dell'art. 603-*bis* c.p. fra i reati-catalogo, a cui si possono applicare le misure di prevenzione patrimoniale. Acquisita la seria disponibilità dell'impresa ad attivarsi per riorganizzare la propria attività, in modo da scongiurare ulteriori episodi di sfruttamento, il Tribunale «in via eccezionale» ha deciso di avviare un «contraddittorio partecipato con la società al fine di monitorare i progressi di legalizzazione», rinviando la decisione *sine die*, «stante anche l'assenza di ogni tipo di termine per provvedere»⁶⁴.

L'assoluta peculiarità consiste nella non applicazione, quantomeno in via temporanea, della misura di cui all'art. 34, d.lsg. 159/2011, stante il comportamento collaborativo dell'impresa. Con decisione davvero innovativa, il Tribunale di Milano, sez. Misure di Prevenzione, ha differito la trattazione della proposta di applicazione dell'amministrazione giudiziaria a carico di un'importante impresa italiana⁶⁵. Già il pubblico ministero, dopo aver avanzato la richiesta di amministrazione giudiziaria, aveva provveduto a depositare una nota con cui chiedeva al Tribunale di instaurare un contraddittorio anticipato con l'impresa, che nel frattempo aveva depositato a mezzo della difesa una serie di elementi, in grado di attestarne la fattiva collaborazione. Ciò «in un'ottica di *favor rei* e di garanzia» prima di emettere la misura «al fine di monitorare i progressi in un'ottica di legalizzazione».

Il Tribunale di Milano ha operato un'interpretazione estensiva del novellato art. 92, contenuto nel cosiddetto Codice antimafia, dove viene disciplinato il contraddittorio anticipato con l'impresa, destinataria di proposta di emissione di interdittiva antimafia, e alla quale si consente, prima dell'emissione della misura, di chiedere l'audizione e di addurre memorie e documenti al fine di evitare del tutto la stessa oppure di ottenere un vincolo più mite⁶⁶.

L'obiettivo primario è bonificare l'azienda dalle condotte di sfruttamento, senza minarne la competitività sul mercato e salvaguardando i posti di lavoro. A questo fine diventa decisivo il Modello di organizzazione, gestione e controllo, *ex* d.lgs. 231/2001, che descrivendo una nuova *compliance* aziendale, questa volta realmente aderente alla legalità, si trasforma di fatto in obbliga-

⁶⁴ Come analiticamente commentato da A. MERLO, *Alla ricerca della via italiana ai non prosecution agreement. Il caso Esselunga*, in *www.sistemapenale.it*, 31 luglio 2023, 3.

⁶⁵ Il provvedimento a firma del relatore, Dott. Fabio Roia, è scaricabile in *www.giurisprudenzapenale.com*, 4 agosto 2023.

⁶⁶ S. MICELI, *Giustizia negoziata tra caporalato e misure di prevenzione*, cit., 110. Sull'origine angloamericana dell'istituto che delinea «l'accordo con il quale il prosecutor, nell'esercizio della discrezionalità che contraddistingue l'esercizio dell'azione penale nei paesi di common law, verificate certe condizioni, decide di non perseguire – quanto meno allo stato – la società presunta autrice del reato, dietro la garanzia dell'impegno al rispetto della legalità per il futuro.»: R.A. RUGGIERO, *Non prosecution agreements e criminalità d'impresa negli U.S.A.: il paradosso del liberismo economico*, in *www.archiviodpc.dirittopenaleuomo.org*, 12 ottobre 2015. Più recentemente: E. DAVÌ, *Compliance, riparazione e diversione. Prime sperimentazioni italiane dei pre-trial agreements nel campo della responsabilità da reato delle imprese*, in *Archivio penale*, 1/2024, 6 ss.

torio⁶⁷. L'adozione ed efficace attuazione del modello, anche attraverso la redazione di un cronoprogramma da subito operativo, è stata vista dall'organo giudicante come una conferma seria dell'adesione della società al proposito di riqualificarsi e risanarsi⁶⁸.

Certamente questa opportunità comporta un progressivo aumento della complessità nella redazione del Modello, che passa attraverso l'imposizione di nuove tempistiche: «nella struttura ordinaria del d.lgs. 231/2001, infatti, la società ha tempo fino alla dichiarazione di apertura del dibattimento per poter depositare il modello ed ottenere lo 'sconto' sanzionatorio previsto. Nei casi come quelli descritti, invece, l'impresa deve essere immediatamente pronta, poiché il contraddittorio è anticipato ad una fase talmente tanto prodromica da essere praticamente vicinissima al momento in cui l'ente ha avuto conoscenza del procedimento. Chiaramente sarebbe preferibile che la società fosse già dotata del modello di organizzazione, di tal che la necessità si concentri sulla revisione delle procedure sensibili»⁶⁹.

Il combinato disposto degli arresti giurisprudenziali più recenti con l'intreccio sempre più fitto di una legislazione penale sostanziale e di prevenzione, mirata a stanare anche le forme più subdole di sfruttamento lavorativo, fornisce un quadro d'insieme nel quale la prospettiva tradizionale di una logica punitivo-repressiva è ormai sostanzialmente sbiadita. Sono stati compiuti importanti passi nella direzione perfino del superamento di un approccio di tipo sanzionatorio. Infatti, prima ancora di accedere al ventaglio delle sanzioni enucleate nel sistema 231 o all'apparato sempre più cospicuo di misure di prevenzione, l'ente può dare dimostrazione fattiva di rimediare all'errore organizzativo, recuperando l'osservanza dei precetti e assumendosi anche per il futuro la responsabilità per l'illecito⁷⁰. La disponibilità dell'ente ad attivarsi, per l'instaurazione di quelle procedure che consentono di riportare il proprio operato su un piano di piena legalità, certamente a ciò sollecitato anche dall'effetto deterrente dell'inflizione di misure progressivamente sempre più gravose, consente di apprezzare scenari dotati di un alto tasso di efficienza, in base ai quali non solo si risana l'impresa direttamente coinvolta, ma il tessuto economico-occupazionale circostante.

⁶⁷ «L'adozione e l'adeguata attuazione di un modello di organizzazione *ex artt. 6 e 7 d.lgs. n. 231/2001*, con la costituzione di un organismo di vigilanza indipendente ed autonomo, cessa di essere una scelta libera della società e diventa un dovere organizzativo della stessa, finendo per costituire una strada obbligata per la bonifica delle aziende occasionalmente illecite.»: G. D'ANGELO, G. VARRASO, *Il decreto legge n. 152/2021*, cit., 21.

⁶⁸ M. DI LELLO FINUOLI, *La compliance riparativa*, cit., 42.

⁶⁹ S. MICELI, *Giustizia negoziata tra caporalato e misure di prevenzione*, cit., 112. L'A. precisa che lo scarso tempo a disposizione non potrà mai giustificare la presentazione di un modello standardizzato, essendo quanto mai necessario che nei casi di cui si tratta si acceda ad un modello «tailor made» (ivi).

⁷⁰ M. DI LELLO FINUOLI, *La compliance riparativa*, cit., 44.

6. La linea continua: la costrittività lavorativa vs benessere lavorativo

In una sorta di continuità ideale, sul filo delle forme deteriori di lavoro, che solo per comodità possono essere riassunte sotto l'etichetta comune di un 'lavoro povero'⁷¹, distribuito in una scala di gravità che vede nel punto più basso, in quanto più abietto, lo schiavismo e poi progressivamente a risalire il caporalato, fino a trovare forse nel gradino più alto un lavoro svolto con modalità costrittive tali da generare danni di tipo psicosociale, la soluzione punitiva ancora una volta mostra tutti i propri limiti e sollecita a formulare ipotesi alternative di tutela⁷².

Senza alcun dubbio il diritto del lavoro sconta il limite di una intrinseca inadeguatezza rispetto alla complessità dei problemi, che emergono nell'accostare la persona al lavoro. Il limitato orizzonte delle tutele è in perenne frizione con le mutevoli dinamiche del mercato. Inoltre, le determinanti economiche e sociali della crescente disuguaglianza e l'esplosione di forme di lavoro povero sono sempre più lontane dai luoghi di lavoro e dalle giurisdizioni dei governi nazionali e dipendono, in misura sempre maggiore, dalla ristrutturazione del sistema commerciale internazionale, dal governo di flussi migratori alimentati da guerre e da un imponente cambiamento climatico, dalle politiche demografiche e ambientali, dalla tassazione del capitale, dalla pressione fiscale e contributiva, dalla regolazione della finanza, dal buon funzionamento e dai poteri delle istituzioni sovranazionali⁷³.

⁷¹ «Secondo la definizione utilizzata a livello europeo per misurare dal punto di vista statistico il rischio di povertà lavorativa (EU-SILC), un lavoratore può definirsi povero se lavora per almeno sei mesi nell'anno di riferimento e il reddito equivalente disponibile del suo nucleo familiare è inferiore al 60% del reddito disponibile mediano nazionale equivalente, riferito al nucleo familiare dopo l'erogazione delle prestazioni sociali. La nozione presenta delle caratteristiche peculiari, in quanto, oltre a una dimensione prettamente individuale, legata alla tipologia di impiego e alla retribuzione del singolo lavoratore, presenta una dimensione collettiva, connessa alla composizione demografica e occupazionale del nucleo familiare di appartenenza. Tale particolarità comporta la necessità di adottare un approccio olistico nell'affrontare la tematica, che non sia meramente limitato alle condizioni retributive del singolo, ma che consideri nell'insieme questo "concetto multidimensionale". Si tratta di una povertà, in altre parole, che non si manifesta unicamente in termini economici, ma, prima ancora, che riguarda le condizioni e il contenuto dell'attività lavorativa»: V. CANGEMI, *Lavoro povero e non dignitoso*, cit. 37. Si vedano altresì: C. ZOLI, *Giusta retribuzione e lavoro povero*, in Var. Temi di diritto del lavoro, 2022, num. straordinario, 9, per il quale la retribuzione rappresenta «soltanto un aspetto del problema più generale che interessa e causa la povertà nel lavoro»; V. FERRARIS, *Una lettura economica del lavoro povero*, in Lavoro e diritto, 1/2019, 51. Sulla povertà, nonostante il lavoro, si legga: C. SARACENO, D. BENASSI, E. MORLICCHIO, *La povertà in Italia. Soggetti, meccanismi, politiche*, Bologna 2022, in particolare 127 ss. In questo volume, C. SARACENO, *Disuguaglianze plurali*, passim.

⁷² E.RIGO, *Introduzione. Lo sfruttamento come modo di produzione*, in Aa.Vv., *Leggi, migranti e caporali: prospettive critiche e di ricerca sullo sfruttamento del lavoro in agricoltura*, (a cura di) E.Rigo, Pisa 2015, 7 ss.

⁷³ M. TIRABOSCHI, *Persona e lavoro tra tutele e mercato. Per una nuova ontologia del lavoro nel discorso giuslavoristico*, Adapt University Press 2019, 25; M. RAITANO-M. FRANZINI, *Disuguaglianze e povertà in itala: proviamo a fare il punto*, in www.eticaeconomia.it, 2023, I, II e terza parte; M.

Si affaccia – anche in questo contesto – la contrapposizione tra la componente pubblica, questa volta espressione delle tutele per i lavoratori, e quella privatistica, che incarna il mercato. Ad essere in gioco non sono solo logiche di sistema, principi ordinatori e tecniche di tutela di una disciplina giuridica, ma più radicalmente, precise visioni della società industriale e conseguenti teorie dello Stato sociale⁷⁴. In questo quadro il diritto del lavoro riesce a trovare il suo fondamento valoriale nel superamento di una concezione liberista del lavoro, inteso solo come merce e non anche come persona che lavora.

D'altro canto, a prescindere dall'impronta della disciplina lavoristica, variabile nel tempo a seconda delle condizioni politiche ed economiche, bisogna partire dall'assunto che il lavoro presuppone sempre «logicamente ed ontologicamente» che vi sia l'impresa, che a sua volta presuppone il mercato⁷⁵. Entrambe – impresa e mercato – sono disciplinate nella Carta costituzionale come condizione di espressione e manifestazione concreta della persona e precondizione materiale dello stesso lavoro umano⁷⁶.

Riconosciuta una relazione tra la persona e il lavoro e usciti dallo schema che riduce tutto ad uno scambio tra retribuzione e attività lavorativa e come tale funzionale alla soddisfazione di una essenziale esigenza di sussistenza materiale, si assegna una nuova concezione al diritto e al mercato. Complice una organizzazione del lavoro che lo privava del suo senso e del suo valore più profondo, si è assistito ad una sua progressiva compressione che ne ha alterato la dimensione più piena, in termini valoriali, di promozione e valorizzazione della persona, dei suoi desideri di felicità e delle sue capacità⁷⁷. Così si è compiuto il grosso errore di non considerare che nella vita reale, «non esiste il lavoro in sé, ma esistono le persone che lavorano»⁷⁸.

RAITANO, *Di cosa parliamo quando parliamo di disuguaglianze economiche? Concetti e evidenze*, in questo volume, 23.

⁷⁴ M. TIRABOSCHI, *Persona e lavoro*, cit., 39 ss.

⁷⁵ M. NAPOLI, *Le norme costituzionali sul lavoro alla luce dell'evoluzione del diritto del lavoro*, in *Jus*, 2008, 75.

⁷⁶ M. TIRABOSCHI, *Persona e lavoro*, cit., 36. Lo Stato sociale ha il compito di incrementare le opportunità delle persone svantaggiate, fornendo loro gli strumenti necessari per un'effettiva partecipazione al mercato del lavoro e alla società: M.G. GRECO, *Felicità e Stato sociale*, in *Variazioni sui temi di diritto del lavoro*, 1/2022, 76.

⁷⁷ M. TIRABOSCHI, *Persona e lavoro*, cit., 46. D'altro canto, c'è in dottrina chi ritiene che: «(..) la continuativa soggezione a penetranti poteri unilaterali, solo in taluni momenti e contesti compensata da adeguati elementi di protezione, non pare certo costituire la migliore condizione di partenza per acquisire quel livello di adeguato benessere sociale, da cui possono più frequentemente sorgere momenti di felicità» (A. LASSANDARI, *Il diritto del lavoro tra realtà, razionalità e felicità*, in *Variazioni su Temi di Diritto del Lavoro*, 1/2022, 35).

⁷⁸ M. NAPOLI, *La filosofia del diritto del lavoro*, in P. TULLINI (a cura di), *Il lavoro: valore, significato, identità, regole*, Bologna 2009, 57. Il lavoro come «veicolo primario di costruzione della cittadinanza e di emancipazione sociale e politica, oltre che di realizzazione della dignità della persona»: G. AZZARITI, *Diritto o barbarie. Il costituzionalismo moderno al bivio*, Bari-Roma, 2021, 36.

In un recente studio monografico si avanza una proposta rifondativa della disciplina giuslavoristica, che si vorrebbe concentrata sulla centralità della persona, attraverso un'integrazione dei percorsi educativi e formativi con il lavoro, intesi quali occasioni per maturare esperienze di vita reale e conoscenze di sé⁷⁹.

L'intuizione di porre al centro la persona, piuttosto che il singolo rapporto di lavoro, va senz'altro accolta con estremo favore e rilanciata, puntando all'obiettivo di promuovere processi virtuosi a livello generale e non della singola realtà aziendale. La diffusione capillare di un approccio sensibile anche all'integrità psicofisica del lavoratore nei singoli, specifici, contesti produttivi, ovviamente sorretto da un apparato sanzionatorio, in caso di omissione o inadeguata attuazione del modello di organizzazione, non può che riverberare i suoi benefici effetti a livello più globale. Spostare il baricentro sul benessere di chi trascorre più della metà della propria esistenza, impegnandosi in una attività lavorativa subordinata, significa porre le condizioni affinché gli effetti si diffondano ben oltre la ristretta cerchia dei diretti beneficiari. A maggior ragione se stiamo assistendo al tramonto del "giuslavorismo liberista"⁸⁰, che negli ultimi vent'anni ha prodotto tassi di disoccupazione superiori alla media europea, la precarizzazione dei contratti di gran lunga superiore alle assunzioni a tempo indeterminato, la crescita del lavoro povero, l'aumento delle disuguaglianze, un'economia ristagnante. In attesa di una nuova alba del giuslavorismo e forse per favorirne l'accelerazione, bisognerebbe ripensare l'assetto complessivo, capace di promuovere nuovi equilibri economico-sociali, che pongano al centro la persona-lavoratore.

Per molto tempo si è concentrata l'attenzione su fattori di rischio, caratterizzati da una dimensione concretamente tangibile, ovvero gli infortuni, sul fronte della sicurezza, o i danni igienico ambientali, sul versante della salute. L'obiettivo primario, se non addirittura esclusivo, è stato per un lungo periodo

⁷⁹ «Non il tanto enfatizzato quanto fragile "learning by doing", dunque. Piuttosto un bene più robusto e intenzionale "fare per imparare" che, andando ben oltre la mera esperienzialità, consenta di coniugare in un disegno unitario la pratica con la teoria e cioè l'azione con la riflessione»: M. TIRABOSCHI, *Persona e lavoro*, cit., 200. Il lavoro non ha solo una funzione economica, ma anche un ruolo importante dal punto di vista psicologico e sociale, contribuendo in maniera sostanziale alla formazione dell'identità sociale, alla definizione del proprio sé e, di conseguenza, è fondamentale per il benessere: F. FRACCAROLI, I. BARBIERI, *Le ricadute del "lavoro povero" sul benessere della persona e delle organizzazioni*, in *Lavoro e diritto*, 1/2019, 30.

⁸⁰ L. MARIUCCI, *Giuslavorismo e sindacati nell'epoca del tramonto del neoliberalismo*, in *Lavoro e diritto*, 2021. Con questa espressione l'A. intende quell'indirizzo di pensiero e di produzione normativa predominante in Italia nell'ultimo Ventennio, dal "libro bianco del lavoro" del 2001 al JobsAct del 2015. L'idea di fondo si condensa nel fatto che all'Italia, afflitta da un pesante debito pubblico e tuttavia ancora rilevante sul piano politico-istituzionale, essendo uno dei fondatori della Unione europea, non restava che procedere lungo la via di una progressiva liberalizzazione delle forme e delle discipline del lavoro, scelta necessitata dai processi di globalizzazione (2 e ss.).

quello di ridurre il più possibile l'incidenza sull'organismo di fattori nocivi, quali: polveri, gas, vapori, fumi, radiazioni, rumore, temperatura e quant'altro rendesse invivibile l'ambiente della fabbrica. La prevenzione e progressiva riduzione dei rischi fisici, provenienti da attività di natura meccanica, chimica, termica, elettrica e così via, hanno per molti decenni attratto le maggiori risorse economiche e impiegato le migliori conoscenze tecnologiche per assicurare ambienti di lavoro quanto più possibile salubri. Solo a partire dagli anni '70 dello scorso secolo si è incominciato a guardare a fonti di pericolo meno tangibili, ma che ugualmente affiorano nell'ambito delle attività produttive di tipo industriale. A partire dall'ultimo scorcio del XX secolo si sono affacciate nuove ricerche volte ad ampliare il novero delle cause, che possono provocare rischi per la sicurezza e la salute, ricomprendendosi con ciò quelli cosiddetti 'trasversali o organizzativi'.

7. La prevenzione dei rischi psicosociali: il ruolo dello stress lavoro correlato

Si è ormai acquisita la consapevolezza della necessità di ripensare alle strategie di impiego della manodopera, prestando attenzione al 'carico di lavoro', allo scopo di evitare sia forme di sovraccarico che di sottoimpiego, entrambe capaci di generare fenomeni di esaurimento delle risorse psico-fisiche, nonché della spinta motivazionale⁸¹. Già a partire dal 1948 l'Organizzazione Mondiale della Sanità (OMS) aveva definito la salute come "lo stato di completo benessere fisico, mentale e sociale, non consistente solo in un'assenza di malattia o d'infermità". Produrre benessere organizzativo significa, per una organizzazione, promuovere e mantenere il più alto grado di benessere fisico, psicologico e sociale in ciascun lavoratore in ogni tipo di occupazione. Il benessere organizzativo può pertanto rappresentare una vera e propria strategia per il successo dell'organizzazione, dal momento che favorisce il miglioramento delle prestazioni lavorative e, conseguentemente, dei servizi offerti⁸².

⁸¹ F. AVALLONE, A. PAMPLOMATAS, *Salute organizzativa. Psicologia del benessere nei contesti lavorativi*, Milano 2004; S. CARTWRIGHT, C. COOPER, *Innovations in Stress and Health*, Londra 2011; N.A. DE CARLO, A. FALCO, D. CAPOZZA (a cura di), *Stress, benessere organizzativo e performance. Valutazione e intervento per l'azienda positiva*, Milano 2016; cfr. il numero monografico dei Working Papers di Olympus, n. 31/2014, *La prevenzione dei rischi da stress lavoro-correlato. Profili normativi e metodiche di valutazione*, a cura di L. ANGELINI, (<https://journals.uniurb.it>). Di tutt'altra questione si tratta quando si parla di 'psicopatici aziendali', da intendersi come quei soggetti che presentano tratti della personalità tipici delle persone affette da psicopatologia, che si ritrovano a rivestire ruoli più o meno di vertice all'interno delle *corporations*. Anche in questi casi, tuttavia, è proprio la prevenzione mediante organizzazione che riesce a intercettare e disinnescare i possibili illeciti all'interno dell'ente: M. COLACURCI, *La compliance d'impresa alla prova dei 'corporate psychopaths'*, in Riv.it.med.leg. 2/2019, 501.

⁸² F. MALZANI, *La qualità del lavoro nelle politiche per l'impiego e nella contrattazione decentra-*

Nell'Accordo quadro europeo del 2004 si descrive all'art.3 lo stress da lavoro correlato come: «*uno stato, che si accompagna a malessere e disfunzioni fisiche, psicologiche o sociali e che consegue dal fatto che le persone non si sentono in grado di superare i gap rispetto alle richieste o alle attese nei loro confronti. L'individuo (...) di fronte ad una esposizione prolungata a forti pressioni (...) avverte grosse difficoltà di reazione. (...) Lo stress non è una malattia ma una esposizione prolungata allo stress può ridurre l'efficienza sul lavoro e causare problemi di salute. (...) Lo stress da lavoro può essere causato da vari fattori quali il contenuto e l'organizzazione del lavoro, l'ambiente di lavoro, una comunicazione "povera", ecc.*». L'OSHA (Agenzia europea per la sicurezza e salute al lavoro) ha identificato dieci categorie di rischi stressanti e dannosi per la salute del lavoratore (a titolo meramente esemplificativo: carichi di lavoro eccessivi; richieste contrastanti e mancanza di chiarezza sui ruoli; scarso coinvolgimento nei processi decisionali che riguardano i lavoratori e mancanza di influenza sul modo in cui il lavoro viene svolto; gestione inadeguata dei cambiamenti organizzativi; precarietà del lavoro; comunicazione inefficace; mancanza di sostegno da parte dei colleghi o dei superiori ecc.)⁸³. In una relazione consegnata a dicembre 2023 e poi ripresa in un rapporto ancora più recente, di febbraio 2024, l'Agenzia ha concluso che i fattori di rischio psicosociali, lo stress legato al lavoro e la scarsa salute mentale rimangono un problema significativo nei luoghi di lavoro europei. Vi sono indicazioni che lo stress legato al lavoro sia aumentato durante la pandemia. Anche la digitalizzazione del lavoro è associata a un aumento dell'esposizione ad alcuni fattori di rischio. Si è altresì posto l'accento sul fatto che quelle organizzazioni, che hanno effettuato la valutazione dei rischi, sono sembrate in grado di affrontare meglio la pandemia (minore aumento dello stress legato al lavoro)⁸⁴.

Poiché il legislatore italiano ha trascurato di definire i rapporti tra la categoria dei rischi psicosociali e lo stress da lavoro-correlato, si sono affacciate diverse ipotesi interpretative, tra le quali quella più accreditata, perché ancorata al dato letterale dell'art.28, comma 1 del T.u.s.l., ravvisa una progressione ideale tra l'insieme più ampio dei rischi psicosociali, verso il campo più specifico di quelli collegati allo stress lavorativo, secondo un andamento da generale a

ta, WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona", 313/2016, 12 ottobre 2016, (<https://csdle.lex.unict.it/working-papers/wp-csdle-m-dantona-it/la-qualita-del-lavoro-nelle-politiche-limpiego-e-nella>), 11. La salvaguardia del benessere dei lavoratori, dentro e fuori il luogo di lavoro, oltre a dover essere contemplata nel contratto di lavoro, deve andare oltre la sola tutela della salute, intesa semplicemente come assenza di malattia: N.S. BODAY, D. CAMPESAN, A. PAVIN, C. VALENTI, *The concept of "well-being" in (and outside) the workplace*, in *Diritto della Sicurezza sul Lavoro*, 1/2024, 97 ss.

⁸³ F. FRACCAROLI, M. DEPOLO, *Salute psicologica e lavoro: fattori di rischio occupazionale e organizzativo*, in *Giornale di diritto del lavoro e delle relazioni industriali*, 4/2017, 639.

⁸⁴ F.M. CAMONITA, V. TÁGEO, J. ARASANZ DÍAZ, P. SANZ DE MIGUEL, *Psychosocial risk exposure and mental health outcomes of European workers with low socioeconomic status*, dicembre 2023, in <https://osha.europa.eu>.

speciale. La norma che prescrive l'obbligo, non delegabile, in capo al datore di lavoro di valutare tutti i rischi per la sicurezza e salute dei lavoratori, specifica che devono essere ricompresi «*quelli riguardanti gruppi di lavoratori esposti a rischi particolari, tra cui anche quelli collegati allo stress lavoro-correlato, secondo i contenuti dell'accordo europeo dell'8 ottobre 2004 ...*».

Secondo un prevalente orientamento, la valutazione, che deve confluire nel piano di sicurezza, deve essere completa, ovvero deve coprire l'arco di tutte le situazioni che in vario modo possono attentare alla salute dei lavoratori⁸⁵. Quindi gli obblighi del datore di lavoro non si esauriscono nella diagnosi e valutazione dei rischi relativi alle attrezzature, ai macchinari o ai servizi, ma si estendono fino a comprendere quelli concernenti l'ambiente di lavoro, rispetto ai quali il datore ha discrezionalità di organizzazione e di predisposizione delle opportune misure. In altri termini, l'elenco costituirebbe una mera esemplificazione, senza alcun vincolo di tassatività.

Parlare di stress significa in primo luogo far riferimento non a uno stato, ma a un processo; secondo le scienze biologiche, infatti lo stress consiste in uno sforzo⁸⁶, nella risposta adattiva dell'organismo umano a uno o più eventi (stressor)⁸⁷, che ne alterano l'equilibrio interno. Tale risposta ha lo scopo di adattare il corpo umano alla nuova condizione ambientale generata dall'evento stressogeno, ripristinando appunto l'equilibrio omeostatico⁸⁸. Il concetto di stress (o SGA, acronimo di Sindrome Generale di Adattamento), secondo la definizione coniata per la prima volta da Hans Selye, rappresenta la risposta generale aspecifica a qualsiasi richiesta proveniente dall'ambiente⁸⁹. Sulla base degli opposti effetti prodotti, Selye ha nettamente distinto l'eustress dal distress, ovvero l'effetto positivo e adattivo dello stress da quello invece negativo, dannoso e disadattivo. Quando si fa riferimento genericamente allo stress lavorativo, pertanto, si intende lo stato psicofisico negativo (di stress), che si manifesta generalmente a fronte di richieste dell'organizzazione del lavoro che non sono commisurate

⁸⁵ V. TORRE, *La valutazione del rischio e il ruolo delle fonti private*, in AA.VV., *Sicurezza sul lavoro. Profili penali*, cit., 39 ss.

⁸⁶ H. SELYE, *Stress*, Torino 1957, 5, secondo il quale: «In forma vaga, l'esistenza di quanto io ho denominato stress fu intravista da Ippocrate circa 25 secoli fa quando, nella malattia, distinse il *ponos* (sforzo) dal *pathos* (sofferenza). Il *ponos* era quanto corrisponde al lavoro di adattamento dello stress».

⁸⁷ La risposta adattiva è principalmente un'attivazione di natura biologica: sotto stress, le ghiandole surrenali secernono il cortisolo, uno degli ormoni rilasciati dal corpo in caso di emergenza, con effetti ad ampio raggio sull'organismo umano, come ad esempio favorire adattamenti a breve termine sanando le ferite fisiche, cfr. D. GOLEMAN, *Intelligenza sociale*, Milano 2006, 229.

⁸⁸ Sull'omeostasi quale «gamma di stati medi che corrispondono all'equilibrio funzionale entro il quale l'economia dell'organismo opera probabilmente al proprio meglio, con minore dispendio di energia e adeguamenti più semplici e rapidi», si veda: A.R. DAMASIO, *L'errore di Cartesio. Emozione, ragione e cervello umano*, Milano 1995, 197 ss.

⁸⁹ H. SELYE, *Stress*, cit., 4: «lo stress è uno stato che si manifesta in una sindrome specifica consistente di tutte le modificazioni indotte in via specifica in un sistema biologico».

alle capacità del lavoratore: è questa la definizione comune ricorrente di solito nei testi normativi che, dall'inizio del secolo, hanno cercato di disciplinare il fenomeno apprestando i primi strumenti di prevenzione e di tutela a favore delle lavoratrici e dei lavoratori⁹⁰.

Allo scopo di meglio precisare la latitudine della tutela della personalità morale del lavoratore, si deve percorrere anche la strada di una distinzione sotto il profilo psicologico di chi provoca in altri la condizione di sofferenza. In questo senso, si dovrebbe parlare di rischio psicosociale quando il comportamento assume un carattere doloso e mira a colpire un soggetto in particolare. Gli episodi di *mobbing* sarebbero emblematicamente riconducibili proprio in quest'ambito⁹¹. Mentre, nel caso in cui la condotta assuma una natura colposa e sia rivolta ad una collettività indistinta di lavoratori si rientrerebbe nel rischio da stress lavoro-correlato e il *burnout* (ovvero fenomeni di stress cronici di tipo emozionale e impersonale) ne rappresenta un'efficace espressione⁹². In questa sede, non saranno prese in considerazione le condotte lavorative violente, mobbizzanti o le forme di molestia, anche a sfondo sessuale. Pertinenti, invece, rispetto a quanto si dirà più avanti i fattori produttivi dello stress, tra i quali esemplificativamente si possono elencare: l'organizzazione del lavoro e dei suoi processi (accordi sul tempo di lavoro, grado di autonomia, incontro tra capacità dei lavoratori e requisiti del lavoro, carico di lavoro, etc.); le condizioni lavorative ed ambientali (esposizione a comportamenti offensivi, rumore, calore, sostanze pericolose, etc.); la comunicazione (incertezza sulle aspettative del lavoro, prospettive occupazionali, cambiamenti futuri, etc.); e i fattori soggettivi (pressioni emotive e sociali, sensazione di inadeguatezza, percezione di mancanza di sostegno, etc.).

Sebbene non considerata una patologia in sé, la pressione a cui viene sottoposto il collaboratore, se non gestita correttamente, può generare disturbi di varia natura, questi sì rientranti in un quadro nosografico tradizionale. Ecco che si possono così riscontrare: effetti fisici (es. mal di testa, disturbi gastrointestinali, aritmie; ecc.); psichici (es. collasso nervoso, infarto, ecc.) o anche di natura sociale, in quanto un ambiente di lavoro tossico produce conseguenze anche nella vita privata del dipendente⁹³.

⁹⁰ A. ROSIELLO - D. TAMBASCO, *Il danno da stress lavorativo: una categoria "polifunzionale" all'orizzonte?*, in *Ius Laboro*, 8 novembre 2022.

⁹¹ C. FRASCHERI, *Il concetto di stress lavoro-correlato e l'organizzazione del lavoro*, in *Igiene e sicurezza sul lavoro*, 5, 2010, 311; ID., *Il rischio da stress lavoro-correlato. Normativa, procedure di valutazione e organizzazione del lavoro*, Roma, 2011, 62.

⁹² Per un sintetico inquadramento tassonomico dei fenomeni psicosociali, sia consentito il rinvio a: F. CURI, *La tutela penale del lavoratore dai rischi psicosociali: stress da lavoro-correlato e mobbing*, in AA.VV., *Sicurezza sul lavoro. Profili penali*, cit., 459 ss.

⁹³ P. PASCUCCI, *Il rilievo giuridico del benessere organizzativo nei contesti lavorativi*, in *Prisma Economia Società Lavoro*, anno VII, n. 1, 2016, 22; E. SIGNORINI, *Ambiente di lavoro e conflitto: il*

Una giurisprudenza nettamente prevalente, sia di merito che di legittimità, converge nell'additare le carenze dell'organizzazione aziendale quali fattori causali di quello stress che incide sia sulla prestazione di lavoro, in termini quantitativi e/o qualitativi, sia sulle interazioni interpersonali, nell'ambiente di lavoro⁹⁴. La voce che si staglia distintamente è quella della giurisprudenza civile, proveniente dalle sezioni lavoro, che imprime la massima espansione al raggio operativo dell'art. 2087 cod. civ., imponendo un correlativo maggiore onere di protezione a carico del datore di lavoro e del medico competente⁹⁵. Il controcanto della giurisprudenza penale è certamente di gran lunga più circoscritto, ma non del tutto inesistente⁹⁶. Il riverbero degli effetti sul fronte penalistico è presidiato dall'art. 55, comma 1, lettera a), del T.u.s.l., che contempla una disciplina sanzionatoria a corredo del mancato adempimento dell'obbligo, da parte del datore di lavoro, di predisporre il documento sulla valutazione dei rischi (art. 29, T.u.s.l.), oltre naturalmente alle ordinarie fattispecie di evento, quali le lesioni o più severamente l'omicidio, nella versione tuttavia dell'omissione impropria⁹⁷. La costitutiva eterogeneità dell'obiettivo, che oscilla tra il

fenomeno dello straining, in Resp. civ. prev., 1/2017, 311 ss.

⁹⁴ A. ROSIELLO, D. TAMBASCO, *La "lunga marcia" dello stress lavoro-correlato nella giurisprudenza*, in *Igiene e sicurezza sul lavoro* 2/2023, 77 ss. Il nutrito filone giurisprudenziale riguarda in modo sostanzialmente esclusivo pronunciamenti di giudici civili, della sezione lavoro. Da ultimo: Cass. civ., sez. lav., 7/02/2023, n. 3692 con nota di A. BIGHELLI, *Ius Lavoro*, 27/04/2023.

⁹⁵ A. ROSIELLO, M. SERRA, *Stress lavoro-correlato, criteri di valutazione e ruolo del medico competente*, in *ISL* 4/2018, 197. Si ravvisa una responsabilità del datore quando consente, colposamente, il mantenersi di un ambiente stressogeno fonte di danno per la salute dei lavoratori; Cass. civ., sez. lav., 11/11/2022, n. 33428, con commento di L. ANGELINI, *La configurazione dello straining nei più recenti approdi della suprema corte in tema di danno alla salute da costrittività organizzativa*, in *Riv. it. dir. lav.*, 1/2023, 17 ss.; Corte appello Milano, sez. lav., 27/12/2023, n. 969, come commentata da D. TAMBASCO, *Stress lavoro correlato: responsabilità datoriale per condotte vessatorie episodiche o mancanza di serenità dell'ambiente di lavoro*, in *Ius Lavoro*, 1/2/2024. Più diffusamente: A. ROSIELLO, D. TAMBASCO, *La "lunga marcia"*, cit., 80; Id., *Lo SLC nella giurisprudenza di legittimità: nuovi sviluppi*, in *Igiene e sicurezza sul lavoro*, 5/2023, 247 ss. Non mancano le sottolineature sull'aggravio degli oneri probatori, soprattutto in capo al lavoratore, in particolare per quanto concerne il nesso di causalità tra danno alla salute e nocività dell'ambiente di lavoro: Cass. civ., sez. lav., 31 agosto 2020, n. 18132, con commento di: F. GRASSO, *Lo stress derivante dall'organizzazione del lavoro. Gli obblighi di prevenzione e la responsabilità del datore di lavoro*, in *Lavoro nella giurisprudenza*, 8-9/2021, 836; R. NUNIN, *Stress lavoro-correlato: il nodo critico resta l'onere della prova*, in *Lavoro nella giurisprudenza*, 11/2018, 1017.

⁹⁶ Recente è una pronuncia della Cassazione penale, nella quale viene ascritta una responsabilità al medico competente per aver colposamente omesso la valutazione dei rischi in capo ad un lavoratore, del quale avrebbe dovuto accertare le attitudini allo svolgimento della specifica mansione: Cass. pen., sez. IV, 2 luglio 2020, n. 19856 (www.italgiure.giustizia.it). Più risalente una sentenza nella quale si fa rinvio all'insorgenza: «di un disturbo dell'adattamento cronico con reazione mista ansioso-depressiva e disturbi somatomorfi, per costrittività organizzativa»: Cassazione penale sez. IV, 29/11/2016, (dep. 21/12/2016), n. 54492, Dejure.

⁹⁷ Solo incidentalmente si richiama la diversità di accertamento del nesso causale in materia di responsabilità civile, per il quale vige la regola della preponderanza dell'evidenza – o del "più probabile che non" – a differenza che nel processo penale, ove vige la regola della prova "oltre il ragionevole dubbio". Alcune imprescindibili richiami a riguardo: alcune citazioni sono d'obbligo e rispettivamente:

perseguimento di una generica condizione di ‘benessere nell’ambiente di lavoro’ e la protezione da potenziali lesioni all’integrità psicofisica del lavoratore, unitamente alla sproporzione del mezzo utilizzato, nel caso della risposta punitiva, inducono ad esprimere forti riserve sulla validità di una soluzione penale e a sostenere piuttosto una formula che faccia perno sull’organizzazione aziendale quale «laboratorio nel quale prende forma la politica prevenzionale»⁹⁸.

Tale premessa concettuale serve a sottolineare la necessità di anticipare forme di tutela, capaci di prevenire anche condizioni di disagio psicosociale, già sul piano della programmazione degli interventi sulla sicurezza e salute dei lavoratori, da parte di ciascun imprenditore. La valutazione del rischio psicosociale richiede quindi l’impegno di tutta l’azienda, a partire dalla direzione, che progetta e gestisce l’organizzazione del lavoro, ma favorendo l’essenziale partecipazione e il riscontro anche da parte dei lavoratori e delle lavoratrici, attraverso per esempio, ma non solo come vedremo meglio più avanti, gli accordi collettivi, per contribuire a determinare l’efficacia delle misure di prevenzione⁹⁹.

8. Profili di responsabilità penale per il datore incurante del ‘benessere’ dei suoi dipendenti

Dal quadro sintetico poc’anzi esposto dedicato alla tutela del benessere nell’ambiente di lavoro, emerge una chiara marginalità della soluzione penale come strumento di efficace repressione di comportamenti che ledano o mettano in pericolo l’equilibrio psicosociale del dipendente. L’inadeguatezza di una previsione in chiave penale della responsabilità in capo al datore di lavoro, che non abbia predisposto le misure idonee a prevenire un rischio di natura psicosociale, si misura anche in rapporto all’esigenza di non appiattire la risposta su soluzioni classiche, che intervengono necessariamente *ex post*, ma di attuare strategie capaci di disinnescare *ab origine* una cattiva organizzazione delle risorse umane, tale non solo da ridurre l’efficienza produttiva, ma addirittura da menomare anche gravemente la salute del lavoratore. Un ulteriore puntualizzazione può contribuire a sgombrare il campo da ogni residua incertezza.

Il baricentro riguardante la tutela della salute ed integrità fisica del lavoratore si è ineludibilmente spostato, inglobando situazioni fino ad ora non

F. STELLA, *Giustizia e modernità. La protezione dell’innocente e la tutela delle vittime*, III, ed., Milano, 2003; M. TARUFFO, *La regola del più probabile che no come regola probatoria e di giudizio del processo civile*, in V. GAROFOLI (a cura di), *L’unità del sapere giuridico tra diritto penale e processo*, Milano, 2005, 49 ss.; M. NOBILI, *Il principio del libero convincimento del giudice*, Milano, 1974.

⁹⁸ L. MONTUSCHI, *Dai principi al sistema della sicurezza sul lavoro*, in AA.VV., *La nuova sicurezza sul lavoro*, diretto da L. MONTUSCHI, a cura di C. ZOLI, Bologna, 2011, 5.

⁹⁹ L. PEROTTI, *Valutazione SLC: nuove proposte normative e metodologiche*, in *ISL*, 12/2023, 638; N.S. BODAY, D. CAMPESAN, A. PAVIN, C. VALENTI, *The concept of “well-being”*, cit., 104 ss.

codificate, ma soprattutto non collimanti con il tradizionale campo scientifico e semantico di ‘malattia’. Il formante legislativo ha prodotto una soluzione sicuramente costosa e per molti aspetti inefficace, ricorrendo alla minaccia della sanzione penale. Il combinato disposto dell’art. 28, comma 1, con l’art. 55, commi 1 e 2, T.u.s.l. genera una serie di fattispecie che si presentano in forma omissiva propria¹⁰⁰. Senza indugiare troppo, ma solo richiamando brevemente le coordinate essenziali, va detto che la previsione di una responsabilità penale, nella forma omissiva propria, trova fondamento, in un’ottica di salvaguardia del principio di frammentarietà, cioè a condizione che il bene giuridico protetto sia di tale rilevanza da rientrare nel ventaglio disegnato dalla Carta costituzionale e al tempo stesso sia necessaria una tutela rafforzata, rispetto alle più blande alternative, offerte dal diritto civile o amministrativo.

La sofferenza da stress, legata all’attività lavorativa, pur non possedendo quei caratteri così tangibili e marcati da essere univocamente identificata, oggi dispone di una potenziale copertura costituzionale. La recente riforma dell’art. 41 Cost. (di cui alla legge costituzionale, 11 febbraio 2022, n. 1) prevede che l’iniziativa economica non possa svolgersi in modo da recare danno alla salute e all’ambiente, oltre che, come prima previsto, alla sicurezza, libertà e dignità umana. Tale nuova formulazione deve leggersi in combinato disposto con la contestuale riforma dell’art. 9 Cost., che al terzo comma getta una luce particolare sul concetto di salute, là dove afferma che la Repubblica «Tutela l’ambiente, la biodiversità e gli ecosistemi, anche nell’interesse delle future generazioni». La novità, che si inserisce in un più ampio movimento internazionale, nonché più specificamente europeo, esprime la particolare attenzione rivolta allo sviluppo sostenibile, di cui all’art. 3 del Trattato sull’Unione Europea, attraverso il quale si mirano a ridefinire le coordinate fondanti il futuro sviluppo dell’imprenditorialità, assegnando all’ambiente e sicurezza un ruolo nevralgico all’interno del processo economico. Si guarda ad un modello di società sensibile alle tematiche dell’ecologia, valorizzando la tutela dell’ambiente, specialmente con riferimento allo sviluppo sostenibile dell’attività economico/produttiva¹⁰¹.

¹⁰⁰ Una delle questioni sul tappeto è la difficoltà di individuare la fonte autentica dello stress, per stabilire una diretta ed univoca connessione con l’ambiente di lavoro ed escludere fattori extralavorativi: A. VALLEBONA, *La responsabilità per lo stress lavoro-correlato nella secolarizzazione dell’occidente*, in AA.Vv., *Stress e lavoro*, in *Massimario di giurisprudenza del lavoro*, 1/2012, 2, 26.

¹⁰¹ F.M. MAFFEZZONI, *Riflessioni sui “nuovi” limiti ed orientamenti dell’iniziativa economica privata (intorno al “nuovo” art. 41 Cost.)*, in *www.federalismi.it*, 5/2023, 54. Secondo l’A. l’art. 41 Cost. saprà indirizzare l’attività economica pubblica e privata non solo al perseguimento di fini sociali e filantropici, ma anche verso un’azione socialmente responsabile, garante di tutti gli *stakeholder* (75). Sulla necessità di tracciare nuovi lineamenti teorici del discorso etico, e quindi di elaborare un ripensamento radicale dello statuto etico del rapporto tra individuo e mondo naturale: C. ATZENI, *L’etica ambientale tra diritto, crisi ecologica e libertà fondamentali: profili giuridico-filosofici*, in *www.federalismi.it*, 4/2024, 8 ss. L’affiancamento dei termini ‘ambiente’ e ‘salute’ acquisisce un importante ruolo sistematico: V. DE SANTIS, *La costituzione della transizione ecologica. Considerazioni*

D'altro canto, per quanto sia finalmente possibile intravedere il riconoscimento di un valore costituzionale al bene giuridico della salute, anche quando viene posta in relazione con l'attività imprenditoriale, e resa semanticamente intellegibile grazie alla definizione che ne ha dato l'Oms, la nuova versione dell'art.41 Cost. potrebbe essere letta in chiave solo programmatica, impedendo che assurga ad un ruolo più incisivo, quindi con funzione precettiva¹⁰². In ogni caso, si tratta di un'importante accelerazione sul piano delle garanzie di tutela della sicurezza e della salute sui luoghi di lavoro, definibili come 'interni', ma al tempo stesso, e qui risiede la novità, di una salvaguardia anche dell'ambiente cosiddetto 'esterno', ovvero della popolazione circostante, rispetto al luogo dove ha sede l'impresa. Una ricaduta che auspicabilmente dovrebbe potersi apprezzare nel breve periodo riguarda l'impatto sui processi di organizzazione del lavoro, che dovrebbero essere migliorati non solo per chi si trova all'interno dell'attività produttiva, ma anche per chi si trova all'esterno e vuol vedere rispettati i vincoli dell'ambiente naturale¹⁰³. Legare questi due profili in un binomio inscindibile e perciò solo virtuoso significa arrivare a un ri-orientamento dell'idea di giustizia lavoristica¹⁰⁴.

8.1. *Le contravvenzioni di mera condotta e i meccanismi premiali*

Essendo costretti ad aspettare di vedere quali magnifiche sorti e progressive riserverà il recepimento della riforma costituzionale da parte del legislatore ordinario e dell'interprete, non resta che tornare alla valutazione di un dato positivo ormai vigente da diversi anni. La costruzione dell'illecito penale nella forma del reato di mera condotta assottiglia sensibilmente i criteri di accertamento riguardanti la responsabilità dell'autore, inducendo a concentrare la maggiore attenzione sulla verifica di un'eventuale colpevolezza. Nel contesto particolare in esame, tale componente essenziale del reato assume le fattezze

intorno al novellato art. 41 della Costituzione, in *Nomos. Le attualità nel diritto*, 1/2023, 9 ss. I due sintagmi «vengono elevati a beni costituzionalmente enunciati e non più solamente riferibili sul piano ermeneutico da un concetto pluricomprendivo, qual è quello di "utilità sociale"»: M. BENVENUTI, *La revisione dell'articolo 41, commi 2 e 3, della Costituzione, i suoi destinatari e i suoi interpreti*, in *Rivista italiana dei costituzionalisti*, 2/2023, 67.

¹⁰² P. MARCHETTI, *Il bicchiere mezzo pieno*, in *Rivista delle società*, 2-3, 2021, 343.

¹⁰³ S. BUOSO, *Sicurezza sul lavoro, ambiente e prevenzione: disciplina positiva e dilemmi regolativi*, in *Lavoro e diritto*, 2/2022, 276 ss. Secondo l'Autrice «la "porosità" del confine tra interno ed esterno, tra il dentro e il fuori, è un dato di fatto che potrebbe portare a considerare l'ambiente di lavoro non solamente come luogo della prestazione ma «come sostrato materiale nel quale si svolge l'attività lavorativa, oltre gli spazi dei confini aziendali» e, quindi, non in termini di chiusura o di delimitazione in senso assoluto» (281).

¹⁰⁴ G. CENTAMORE, *Una just transition per il diritto del lavoro*, in *Lavoro e diritto*, 1/2022, 140. L'A. si domanda se, a fronte della crisi climatica e tenendo conto delle profonde trasformazioni della transizione *green* dell'economia, il diritto del lavoro possa allargare la propria prospettiva, includendo le connessioni, troppo a lungo neglette, con l'ambiente circostante e con la natura.

di una ‘colpa di organizzazione’, che si traduce nell’obbligo di assicurare l’osservanza delle cautele specifiche e materiali, ma che può scivolare in una sorta di *culpa in re ipsa*, se il contenuto del rimprovero arriva a coincidere *tout court* con la mancata predisposizione delle misure antinfortunistiche. È bene ribadire ancora una volta che l’oggetto di tutela non riguarda la vita o l’integrità fisica dei lavoratori, ma più genericamente una loro possibile condizione di atipico malessere psicologico.

Il caso di mancata valutazione dei rischi riceve un trattamento sanzionatorio severo, attraverso la previsione della pena detentiva, ma comunque posta in alternativa a quella pecuniaria. Con l’art. 301 del T.u.s.l., che richiama la disciplina dell’art. 19, contenuto nel d.lgs. n. 758/1994, è stata prevista l’estinzione delle contravvenzioni, punite con pena alternativa o con la sola pena pecuniaria. L’adempimento delle prescrizioni, impartite dall’autorità competente (ispettori dell’Ispettorato nazionale del lavoro e dell’Asl, a seguito della estensione apportata dalla legge n. 215/2021), unita al pagamento di una somma di denaro, produce l’effetto di estinguere la contravvenzione, riguardante la salute e sicurezza sul lavoro¹⁰⁵. Ciò significa che il trasgressore viene incentivato ad assumere un contegno post-fattuale virtuoso, grazie alla strategia della riparazione premiata. Tuttavia, ai debitori di sicurezza è chiaro che un simile congegno li sottrae alla condanna a seguito del ripristino delle condizioni di legalità, rendendo così ancora meno dissuasiva la minaccia penale. Inoltre, l’adempimento postumo disvela la reale spinta motivazionale dei suddetti debitori, che vengono determinati non tanto per un ‘autentica resipiscenza’, quanto piuttosto perché colti in fallo dal personale ispettivo¹⁰⁶. A queste considerazioni va aggiunto il dato di realtà, secondo il quale la maggioranza delle imprese tende ad assumere un poco lungimirante calcolo fra costi e benefici: considerato l’elevato peso economico di una seria politica aziendale della sicurezza, da un lato, e, dall’altro lato, la sporadicità delle visite ispettive e le modeste conseguenze sanzionatorie, che si patirebbero in caso di acclarata responsabilità contravvenzionale, i vertici aziendali preferiscono rischiare un addebito di responsabilità, piuttosto che investire in standard prevenzionistici¹⁰⁷.

Più grave, perché punito con la sola pena detentiva dell’arresto da quattro ad otto mesi, l’evenienza in cui l’omissione della valutazione dei rischi sia realizzata in un contesto di macro-azienda (non inferiore a duecento uomini-giorno) o nel quale si svolgono attività particolarmente pericolose (rischi biologici, da atmosfere esplosive, cancerogeni mutageni, e da attività di manu-

¹⁰⁵ E. AMATI, *Il meccanismo estintivo delle contravvenzioni*, in AA.Vv., *Nuovo statuto penale del lavoro. Responsabilità per i singoli e per gli enti*, a cura di F. CURI, Bologna 2011, 59 ss.

¹⁰⁶ V. VALENTINI, *Contravvenzioni extra-codicem e meccanismi premiali*, in D. CASTRONUOVO, F. CURI, S. TORDINI CAGLI, V. TORRE, V. VALENTINI, *Sicurezza sul lavoro*, cit., 258.

¹⁰⁷ V. VALENTINI, *Contravvenzioni extra-codicem*, cit., 259.

tenzione, rimozione smaltimento e bonifica di amianto)¹⁰⁸. La previsione della sola pena detentiva esclude l'accesso al meccanismo premiale dell'estinzione, ma il legislatore del Testo unico e ancora più incisivamente quello del d.lgs. 106/2009 hanno previsto comunque un meccanismo di incentivazione-premiazione. L'attuale art. 302 T.u.s.l. stabilisce che, fuori dei casi in cui si sia verificato un infortunio mortale o gravemente incapacitante, il contravventore che neutralizza il pericolo innescato dalla violazione («tutte le fonti di rischio») e le sue eventuali ripercussioni dannose («e le conseguenze dannose del reato») può chiedere al giudice, che a sua volta può concedere, la sostituzione della pena detentiva irrogata nel limite di dodici mesi col pagamento di una somma determinata secondo i criteri ex art. 135 c.p.¹⁰⁹.

8.2. *I delitti omissivi di evento e le difficoltà nell'accertamento causale*

La situazione assume contorni ancora più controversi se si guarda alle ulteriori conseguenze, derivanti da una possibile estensione della responsabilità in chiave omissiva impropria. Se il mancato adempimento dell'obbligo organizzativo, che presiede alla prevenzione dell'evento stress lavoro-correlato, viene fatto assurgere ad obbligo giuridico in capo al datore di lavoro e al dirigente, in quanto foriero di danni alla salute ed alla sicurezza dei lavoratori, potrebbe entrare in gioco, con un ulteriore groviglio di effetti, l'applicazione dell'art. 40 cpv., c.p. Ciò significa, innanzitutto aprire il varco ad una nuova forma di responsabilità penale, questa volta, per omesso impedimento dell'evento lesioni se non addirittura omicidio, ovviamente declinati in chiave colposa, con un conseguente sveltamento del profilo sanzionatorio. In secondo luogo, questa veste giuridica provoca l'attivazione di indagini sulle connessioni causali, che si presentano inevitabilmente più complesse, se non addirittura molto impervie.

Molto significativo è il dato che emerge dalla produzione giurisprudenziale, che negli ultimi anni ha impresso una tangibile accelerazione nella tutela del lavoratore, che abbia subito un infortunio sul lavoro, non caratterizzato da danni fisici, derivanti da eventi traumatici, bensì da danni psicologici o danni fisici connessi al cosiddetto stress lavoro correlato. La via maestra seguita è quella tracciata dall'art. 2087 c.c. e i giudici di legittimità, delle sezioni lavoro, hanno ormai consolidato un pieno riconoscimento, da un lato, del debito di sicurezza incombente sul datore di lavoro, e, dall'altro, addirittura dell'attenuazione dell'onere probatorio incombente sul lavoratore, al punto da escludere che quest'ultimo debba provare elementi attinenti all'organizzazione del lavoro

¹⁰⁸ S. DOVERE, *Le fattispecie sanzionatorie di carattere generale*, in AA.VV., *Reati contro la salute e la dignità del lavoratore*, a cura di B. DEIDDA, A. GARGANI, Torino, 2013, 256 ss.

¹⁰⁹ V. VALENTINI, *Contravvenzioni extra-codicem*, cit., 272.

che, come tali, sono estranei alla sua pronta disponibilità¹¹⁰. Il fatto che l'accertamento causale in ambito civilistico goda di un rigore meno stringente, rispetto al suo omologo penale ha reso certamente più agevole il riconoscimento di tutele risarcitorie, sebbene anche su questo versante non manchino alcune resistenze¹¹¹. Tuttavia, configurandosi un reato ad evento naturalistico, che per essere correttamente ascritto esige una comprovata connessione eziologica tra comportamento colposo ed evento occorso, tale da sostanziare la formula bard (*beyond any reasonable doubt*), il giudice penale ha l'obbligo di andare oltre lo standard civilistico del "più che ragionevole che no". La questione si pone quando gli episodi di stress lavorativo non arrivino a sfociare in una patologia, classificabile in termini di malattia.

La posizione di garanzia, legalmente assegnata al datore di lavoro, dirigente e preposto, spiega i suoi più marcati effetti in chiave penale con riguardo alla salvaguardia dei beni primari della vita ed integrità fisica del lavoratore. Dilatarla fino a comprendere forme di sofferenza mentale, che non assurgono al rango di 'malattia' poiché si arrestano ad un livello più generico di disagio, comporta l'alterazione di un'equilibrata proporzione tra offesa al bene giuridico e mezzi di difesa, ed impedisce che operino interventi diversi, meno invasivi e costosi, ma non per questo meno efficaci.

Per quanto il legislatore abbia inteso assecondare la logica 'piuttosto che reprimere, meglio prevenire', anche attraverso l'uso del diritto penale, alla prova dei fatti la strategia impiegata appare inadeguata o comunque incapace di provocare quegli effetti virtuosi, che sarebbe legittimo attendersi. I meccanismi poc'anzi richiamati prevedono la sollecitazione del datore di lavoro, attraverso precise prescrizioni, ad attuare il comportamento corretto, una volta che sia stata riscontrata l'inosservanza da parte degli organi competenti. Sennonché, il loro grado di ineffettività – come la realtà quotidiana racconta – è estremamente elevato. Inoltre, non va sottovalutato che per commutare l'intervento sanzionatorio in prescrittivo, ovvero in quei dettami obbligatori, che vengono impartiti dal funzionario accertatore, si parte comunque dalla qualificazione

¹¹⁰ Così in una recentissima pronuncia che ha stabilito la risarcibilità di un danno biologico (infarto al miocardio), occorso ad un lavoratore per surmenage lavorativo: Cass., civ., sez. lav., 15 febbraio 2023, n. 6008, in *Lavoro nella giurisprudenza*, 12/2023, con commento di D. VOLPE, *Danno da superlavoro: quando l'organizzazione del lavoro da soluzione diventa problema*, 1133 ss. Meno recente: Cass. civ., Sez. lav., 05/03/2018, n. 5066, con commento di G.M. LETTIERI, *L'organizzazione del lavoro e l'eziologia della malattia professionale*, in *Giurisprudenza italiana*, 11/2018, 2436.

¹¹¹ A fronte dell'eziologia multifattoriale della patologia causa del decesso, la suprema Corte ritiene che: ai fini della prova del nesso causale, della dimostrazione, "almeno in termini di probabilità, con riferimento alle mansioni svolte, alle condizioni di lavoro e alla durata ed intensità dell'esposizione a rischio, che, rispetto all'evento dannoso, l'attività lavorativa avesse assunto un ruolo concausale, anche alla stregua della regola di cui all'art. 41 cod. pen." (Cass. civ., Sez. lav., 23 maggio 2018, n. 12808, con commento di R. NUNIN, *Stress lavoro-correlato: il nodo critico resta l'onere della prova*, in *Lavoro nella giurisprudenza*, 11/2018, 1019 ss.).

del fatto in chiave penalistica, con tutto il corredo di vincoli e presidi, che ne conseguono.

Ecco allora che spostare il focus dell'attenzione sulle scelte organizzative aziendali aiuta a considerarle l'oggetto e al tempo stesso «il laboratorio nel quale prende forma la politica prevenzionale», senza mai neppure ipotizzare che l'attuazione del diritto alla salute *ex art. 32 Cost.* possa essere subordinata alle esigenze oggettive della produzione¹¹². Tale premessa concettuale serve a sottolineare la necessità di anticipare forme di tutela, capaci di prevenire anche condizioni di disagio psicosociale, già sul piano della programmazione degli interventi sulla sicurezza e salute dei lavoratori, compiuta da ciascun imprenditore.

Per rendere davvero efficace la prevenzione non si possono tuttavia adottare soluzioni che ripropongano schemi sanzionatori, siano essi sotto questo profilo indifferentemente civili o penali. Bisogna ripensare la chiave di intervento, incentivando comportamenti virtuosi, capaci di valorizzare il benessere lavorativo. Una premialità, che passi dalla ristrutturazione dell'assetto organizzativo nel senso della legalità, riferita al cosiddetto sistema 231, può rappresentare un importante terreno di prova. Addirittura, si potrebbe parlare di meccanismo premiale preventivo, se il reato commesso dalla persona fisica altro non fosse che l'occasione per verificare l'organizzazione dell'ente e una volta accertata l'eventuale disorganizzazione "relativa", si inducesse l'ente a riorganizzarsi e l'eventuale mancata riorganizzazione costituisca il vero illecito dell'ente, sanzionato mediante le misure interdittive¹¹³. L'eco forte con quanto in modo lungimirante e innovativo hanno già realizzato la Procura e il Tribunale delle misure di prevenzione di Milano, con specifico riguardo al reato di caporalato, risuona distintamente.

9. Modelli responsivi: il volano degli intrecci sistematici contro lo stress lavorativo

Acquisita in modo incontrovertibile l'inadeguatezza della formula punitiva, perché incapace di soddisfare alle sue funzioni elettive, si pone la necessità

¹¹² L. MONTUSCHI, *Dai principi al sistema della sicurezza sul lavoro*, in AA.VV., *La nuova sicurezza sul lavoro*, diretto da L. MONTUSCHI, a cura di C. ZOLI, Bologna, 2011, 5; U. LECIS, *Lo stress lavoro correlato: esempio di possibile colpa in organizzazione imputabile all'ente ai sensi del d.lgs. 231/2001*, in *Responsabilità amministrativa delle società e degli enti*, 2/2012, 109 ss.

¹¹³ R. BARTOLI, *Dal paradigma punitivo reattivo al paradigma punitivo reattivo-premiale. Secondo studio per un affresco*, in *www.sistemapenale.it*, 2021, 14. «Insomma, la colpa di organizzazione cautelativa apre a un'idea di responsabilità del tutto nuova, consistente nella sostanza nella creazione di un percorso dialogico tra l'ente e lo Stato finalizzato alla riorganizzazione in termini di legalità per il futuro e dove ciò che si sanziona è alla fin fine la mancata disponibilità a riorganizzarsi per il futuro, più che la responsabilità per quanto commesso nel passato.» (Id., cit., 15).

di allargare il raggio di azione a favore di strategie alternative, che siano concretamente capaci di garantire la tutela della salute psicofisica del lavoratore. Il panorama si arricchisce in modo particolarmente interessante se si prova a spingere lo sguardo oltre il consueto binomio illecito-sanzione, accedendo a soluzioni che nel contesto aziendale incentivino comportamenti fattivamente virtuosi¹¹⁴. Il punto di svolta si raggiunge affiancando al tradizionale paradigma repressivo, orientato alla deterrenza mediante minaccia di pena, meccanismi di stampo premiale, che incentivino il destinatario ad assumersi un onere autoregolativo, grazie al quale possono ottenere una riduzione della risposta sanzionatoria o addirittura la rinuncia, nonostante il verificarsi del fatto illecito¹¹⁵. Da tenere distinti da formule di tipo riparativo. Se l'adozione di una strategia responsiva, che è facilmente ricostruibile attraverso la compliance aziendale, si presenta in modo piuttosto difficoltoso in contesti tradizionalmente aderenti ad approcci di tipo accusatorio; più complessa è l'apertura a istituti di giustizia riparativa, che potranno dipendere in concreto solo da precise scelte legislative¹¹⁶.

Il sistema 231, nell'impresa privata, certamente ha tracciato il perimetro più innovativo, ma ormai da tempo non rappresenta più un avamposto isolato. Si sono progressivamente aggiunti numerosi altri apparati normativi, che – nel regolamentare con finalità anche molto diverse tra loro la *compliance* dell'ente – hanno concorso ad accelerare la diffusione di una nuova politica d'impresa, rivolta a contrastare l'illegalità attraverso meccanismi promozionali. Il proliferare di modelli di *risk assesment* (attività di valutazione del rischio) e conseguente *risk management* (attività di natura organizzativa, di sorveglianza sanitaria, di informazione e formazione dei lavoratori, ecc.) ha creato un intreccio tra i diversi sistemi preventivi, che dovrebbe costituire un forte disincentivo alla commissione di illeciti penali.

¹¹⁴ Sulla necessità di adottare un approccio differente, non focalizzato soltanto sull'errore umano e sulla *blame culture*, ma sui diversi livelli del fallimento organizzativo e volto a migliorare le condizioni di sicurezza: M. CATINO, *Errori e disastri nei sistemi complessi. Tra paradigma accusatorio, fondato sulla colpa individuale, e approccio organizzativo, di tipo funzionale*, in *Diritto penale e uomo*, 3 febbraio 2020, in particolare 9 ss.

¹¹⁵ Sul decentramento legislativo in materia penale a favore del singolo privato imprenditore e quanto esso incida sul principio di legalità: V. TORRE, *La privatizzazione delle fonti di diritto penale: un'analisi comparata dei modelli di responsabilità penale nell'esercizio dell'attività di impresa*, Bologna 2013, 9 ss.; ID., *Organizzazioni complesse e reati colposi*, in *Enciclopedia del diritto – I tematici, Il reato colposo*, diretta da M. DONINI, Milano 2021, 912; C. PIERGALLINI, *Ius sibi imponere: controllo penale mediante autonormazione?*, in AA.VV., *La crisi della legalità. Il «sistema vivente» delle fonti penali*, Napoli 2016, 117 ss. L'ente cristallizza un vero e proprio programma di autodisciplina deputato a mappare le aree in cui è più radicato il rischio: C.E. PALIERO, *Colpa di organizzazione e persone giuridiche*, in *Enciclopedia del diritto – I tematici, Il reato colposo*, diretta da M. DONINI, Milano 2021, 75.

¹¹⁶ M. COLACURCI, *L'illecito "riparato" dell'ente. Uno studio sulle funzioni della compliance penalistica nel d.lgs. n. 231/2001*, Torino 2022, 42.

Alcune riserve sulla ricaduta pratica di questa visione innovativa possono affiorare nell'ambito dell'iniziativa imprenditoriale privata, che storicamente nel nostro Paese ha assunto la dimensione della piccola impresa, se non addirittura di una realtà para-familiare, poco incline ad osservare oneri di ammodernamento organizzativo e gestionale¹¹⁷. Tuttavia, considerate le sensibili differenze che stanno facendosi largo nel contesto delle imprese di grandi dimensioni¹¹⁸, molto meglio di una formula punitiva, che grava sulla singola persona fisica, con scarsa influenza dissuasiva e con elevato indice di ineffettività general-preventiva, l'impianto normativo che disciplina la responsabilità degli enti possiede una maggiore capacità di contenere le spinte criminogene, connaturate al conseguimento ad ogni costo del profitto. Il gruppo, rispetto ai singoli componenti, dispone di maggiori informazioni e conoscenze, di una più creativa capacità di proporre soluzioni alternative e una più accentuata condivisione degli obiettivi. Si incomincia a diffondere la consapevolezza che il reato sia un costo, insieme al crescente peso della dimensione reputazionale, tale da incrinare lo schema di una *compliance* solo cosmetica. La buona reputazione è considerata un importante asset per le aziende e i loro dirigenti, in grado di attirare personale qualificato, fidelizzare i clienti e, per le aziende quotate in borsa, attrarre capitali¹¹⁹.

La prevenzione del rischio-reato negli enti collettivi pone il tema di una «organizzazione dell'organizzazione», che rappresenta un momento irrinunciabile nella conformazione dell'agire collettivo in direzione della legalità¹²⁰. Il ventaglio delle soluzioni sanzionatorie, che scattano a fronte di un'accertata colpa di organizzazione, si frastaglia andando dalla pena pecuniaria, alla misura interdittiva, passando attraverso la confisca e la pubblicazione della sentenza di condanna.

¹¹⁷ Prevale ancora in capo al singolo imprenditore una valutazione costi/benefici, vedendo nell'autonormazione l'assunzione di una scelta costosa e doppiamente svantaggiosa, nel senso che: «il costo iniziale potrebbe non servire mai, ma al costo iniziale potrebbe aggiungersi anche il costo successivo, nei casi in cui la organizzazione sia valutata non massima, non protettiva, non nelle forme possibili in cui avrebbe potuto essere attuata»: V. MUSCATIELLO, *Il ruolo della autonormazione nel diritto penale della società del rischio. L'euristiche del prima, la maledizione del dopo*, in *Rivista trimestrale di diritto penale dell'economia*, 1-2/2020, 378. Tuttavia, è di palmare evidenza che una buona *compliance*, che si presenti come un disegno pragmatico, dotato di senso e avulso da tecnicismi e complicazioni innecessari, «serve a creare un clima più etico all'interno delle organizzazioni, rafforzando le risposte immunitarie e ispessendo la rete in cui potranno rimanere impigliati i trasgressori»: V. MONGILLO, *La colpa di organizzazione: enigma ed essenza della responsabilità "da reato" dell'ente collettivo*, in *Cassazione penale*, 3/2023, 731.

¹¹⁸ Si parla addirittura di "seconda fase di applicazione del d.lgs. 231/2001" perché il modello è passato dall'essere percepito come adempimento burocratico a essere considerato uno strumento di tutela del business: M. CATINO – S. ROCCHI – L. VERZELLONI, *Le logiche di funzionamento del «sistema 231»: un'analisi organizzativa*, in Aa.Vv., *Verso una riforma della responsabilità da reato degli enti*, cit., 55.

¹¹⁹ M. CATINO – S. ROCCHI – L. VERZELLONI, *Le logiche di funzionamento del «sistema 231»*, cit. 56.

¹²⁰ C.E. PALIERO, *Colpa di organizzazione e persone giuridiche*, cit., 71.

Per perseguire finalità rieducative e special-preventive della persona giuridica, il legislatore ha ideato una cospicua serie di soluzioni premiali, attuabili *post factum* con effetto riduttivo sulla scala di gravità delle sanzioni pecuniarie e addirittura una possibile esclusione delle ben più temibili sanzioni interdittive, a patto che comunque l'ente proceda ad una effettiva riorganizzazione. In particolare, l'art.17 del d.lgs. 231/2001 contempla l'esenzione dall'inflizione della sola sanzione interdittiva, non potendo in ogni caso venir meno quella pecuniaria, nel caso in cui l'ente si attivi per la riparazione delle conseguenze del reato¹²¹. Tra le condizioni imprescindibili è previsto l'obbligo per l'ente di eliminare le carenze organizzative, che hanno determinato il reato, mediante l'adozione e l'attuazione di modelli organizzativi idonei a prevenire reati della specie di quello verificatosi.

Tuttavia, la costrittività lavorativa non rientra tra i presupposti che consentono il coinvolgimento di una responsabilità della persona giuridica. Con l'aggiornamento operato sin dal 2007, nell'elenco compaiono le fattispecie di lesioni colpose gravi e gravissime, oltre all'ipotesi di omicidio colposo, tutte commesse con violazione delle norme antinfortunistiche e a tutela dell'igiene e della salute sul lavoro. Ciascuna di esse configura un reato ad evento naturalistico, mentre gli episodi di stress lavorativo non sfociano in una patologia, classificabile in termini di malattia, facendo venire a mancare del tutto l'appiglio normativo sul quale erigere la responsabilità dell'ente.

Da qui la necessità di provare a percorrere tracciati inusuali, che consentano di dischiudere scenari nei quali non solo si assista al pieno rispetto della legalità, ma per quanto qui ci interessa si guardi al soddisfacimento di un elevato livello di benessere lavorativo. L'ipotesi per il momento solo 'in cantiere' potrebbe essere rivolta a concentrare il rimprovero sulla lacunosità organizzativa dell'ente in modo autonomo, e per quel che ci concerne esclusivo, rispetto a quanto viene ascritto all'autore individuale del reato, allo scopo di costruire una responsabilità diretta della *societas*, così producendo una salvaguardia più efficace dell'integrità psicofisica del lavoratore¹²². Potrebbero essere ormai ma-

¹²¹ Si punta il dito sull'aporia di un meccanismo tale per cui: «nonostante la riparazione e la riorganizzazione anticipate si estingue solo una parte della punibilità, quella relativa alle sanzioni interdittive, permanendo la parte di punibilità coperta dalla pena pecuniaria.» (R. BARTOLI, *Dal paradigma punitivo reattivo*, cit., 11). In una prospettiva *de iure condendo* sarebbe auspicabile una riforma che riconoscesse valore allo spontaneo assolvimento dell'impegno autoregolativo, mediante forme di premialità *ante factum* (V. MUSCATIELLO, *Il ruolo della autonormazione nel diritto penale*, cit., 315); o addirittura valutando l'opportunità di una previsione selettiva e mirata dei gradi di colpa organizzativa (M.M. VERRE, *La responsabilità dell'ente per il fatto esiguo: considerazioni di razionalità punitiva e prospettive di riforma*, in AA.VV., *Istanze di deflazione tra coerenza dogmatica, funzionalità applicativa e principi di garanzia*, Torino 2019, 129 ss.); A. SAVARINO, *I modelli organizzativo-gestionali tra autonormazione e meccanismi premiali*, in AA.VV., *I nuovi volti del sistema penale. Fra cooperazione pubblico-privato e meccanismi di integrazione fra hard law e soft law*, a cura di A. GULLO, V. MILITELLO, T. RAFARACI, Milano 2021, 242 ss.

¹²² G. DE VERO, *La responsabilità penale delle persone giuridiche*, Milano 2008, 28 ss., 204 ss. e 327

turi i tempi per avviare una riflessione sull'opportunità di allargare l'area di autonomia della responsabilità dell'ente, rispetto a quanto già disposto all'art.8 del d.lgs. 231/2001¹²³. Si potrebbe estenderne l'operatività quando il fatto delittuoso abbia trovato la sua origine in un disordine organizzativo, dovuto alla velocizzazione del processo produttivo, oppure al risparmio sui costi derivanti dall'adozione delle misure di sicurezza, o ancora per la trascuratezza della formazione dei lavoratori, con ciò comportando la trascuratezza di quei fattori di rischio il cui inverarsi ha determinato l'evento danno¹²⁴. In questo quadro, la costrittività lavorativa rappresenta forse l'espressione più marcata di una disorganizzazione o di una organizzazione aziendale malsana.

Certamente l'articolazione dell'apparato sanzionatorio per il deficit organizzativo di un ente, che ha mancato di valutare e non si è attivato per disinnescare un rischio da stress lavoro correlato, potrebbe attingere ad un arsenale che, colpendo in via diretta (sanzione pecuniaria e confisca) o indiretta (pena interdittiva) il profitto o l'utile economico dell'ente, potrebbe conseguire in modo particolarmente efficace la risposta alle esigenze di prevenzione sia generale, che speciale. Tuttavia, se l'obiettivo primario consiste nel raggiungere il più penetrante effetto di prevenzione, anche in rapporto a rischi di natura psicosociale, che si estrinsecano a causa di ritmi lavorativi logoranti o svolti con modalità disergonomiche, allora, anziché rivolgere lo sguardo a meccanismi di tipo punitivo-repressivo, bisogna puntare alle opportunità premiali che il sistema 231 già contempla, anche ragionando su una loro estensione¹²⁵.

ss. Sia consentito rinviare a: F. CURI, *Profili penali dello stress da lavoro correlato. L' homo faber nelle organizzazioni complesse*, Bologna 2013, 145, dove ipotizzo la previsione di un obbligo di valutazione di tutti i rischi, in capo al datore di lavoro, così come già descritto all'art. 28 T.u.s.l., nella parte speciale dell'impianto 231. Più recentemente, analizzano la colpa di organizzazione nell'ottica di una forma di responsabilità per la condotta di vita dell'ente: G. DE SIMONE, *La colpevolezza dei soggetti metaindividuali: una questione tuttora aperta*, in Cass.pen., 2/2017, 915 ss.; O. DI GIOVINE, *Il criterio di imputazione soggettiva*, in Aa.Vv., *Responsabilità da reato degli enti*, vol. I, *Diritto sostanziale*, a cura di G. Lattanzi – P. Severino, Coordinato da A. Gullo, Torino 2020, 237. Più apertamente: F. D'ALESSANDRO, *La responsabilità da reato delle societates in Italia: finalmente pronti per un illecito direttamente imputabile agli enti?*, in Aa.Vv., *Studi in onore di Carlo Enrico Paliero*, Milano 2022, 974 ss.

¹²³ O. DI GIOVINE – S. DOVERE – C. PIERGALLINI, *La responsabilità dell'ente nel d.lgs. n. 231/2001: paradigmi imputativi e prospettive di riforma*, in Aa.Vv., *Verso una riforma della responsabilità da reato degli enti*, cit., 382. *De lege lata* si ritiene che l'art. 8 possa già operare con riferimento ai reati presupposto di natura colposa, nei quali l'evento del reato costituisce l'esito di una serie di inefficienze organizzative della società da cui consegue il verificarsi del fatto delittuoso: C. SANTORIELLO, *Responsabilità da reato degli enti: problemi e prassi*, Milano 2023, 88 ss.

¹²⁴ C. SANTORIELLO, *Responsabilità da reato degli enti*, cit., 93.

¹²⁵ A. ORSINA, *La responsabilità da reato dell'ente*, cit. 933. L'A. propone una rilettura del paradigma punitivo degli enti in chiave reattiva, in termini tali per cui: «da un canto, se la riorganizzazione successiva alla commissione dell'illecito individuale risulta mancante o inadeguata, l'ente versa in colpa di reazione; dall'altro, se tale riorganizzazione risulta adeguata, l'ente rimane esente dal rimprovero a titolo di colpa di reazione, stante l'avvenuto adempimento del suddetto obbligo di aggiornamento». Esorta a riservare alla sanzione pecuniaria l'imprevedibile funzione punitivo-dissuasiva, mentre alle sanzioni interdittive una

9.1. L'ordito (Mog 231) e la trama (Mog 81) nella prevenzione sui luoghi di lavoro

Il primo, forse più significativo, intreccio tra sistemi normativi, che si occupano di *compliance* aziendale, si coglie nel combinato disposto tra il d.lsg. 231/2001 e il testo unico di sicurezza sul lavoro¹²⁶. Il datore di lavoro, quale responsabile dell'organizzazione finalizzata alla tutela della salute e della sicurezza dei lavoratori è il referente primario, che si occupa di quella «organizzazione della organizzazione», che a sua volta rappresenta l'*ubi consistam* del sistema 231 aziendale. A lui, innanzitutto, si fa riferimento per verificare che l'assetto organizzativo sia adeguato ad evitare una responsabilità per omicidio o lesioni colpose gravi o gravissime, commesse con violazione delle norme sulla tutela della salute e sicurezza sul lavoro.

La responsabilità amministrativa delle persone giuridiche in relazione alla sicurezza sul lavoro è emersa per la prima volta con la legge n. 123/2007, che tramite l'art. 9 ha aggiunto l'art. 25-*septies* al d.lgs. 231/2001, riferendolo ai soli reati di cui agli artt. 589 c.p. (omicidio colposo) e 590, comma 3, c.p. (lesioni personali colpose gravi o gravissime). A questo primo intervento è seguito, un anno dopo, il d.lgs. 81/2008 che attraverso gli artt. 300 e 30 ha disciplinato i rapporti con il sistema 231. L'art. 300 del T.u.s.l. ha modificato l'art. 25-*septies* disaggregandone e differenziandone le conseguenze sanzionatorie a seconda dei due delitti presupposto e sulla base della differente gravità delle violazioni delle disposizioni antinfortunistiche, dai quali scaturiscono. L'art.30 ha indicato i requisiti che un modello di organizzazione e gestione della sicurezza sul lavoro deve possedere, per poter essere idoneo ad esimere dalla responsabilità l'ente.

Il primo snodo, nel quale si intersecano i due tracciati normativi, in realtà prende avvio già dall'art.2, comma 1, lett. dd) del d.lgs. 81/2008 dove viene descritto il Mog come quel «modello organizzativo e gestionale per la definizione e l'attuazione di una politica aziendale per la salute e sicurezza ai sensi dell'art. 6, comma 1, lett. a, d.lgs. n. 231/2001, idoneo a prevenire i reati di cui agli artt. 589 e 590, c. 3, c.p. commessi con violazione delle norme antinfortunistiche e sulla tutela della salute sul lavoro»¹²⁷. L'art. 30, più avanti

portata sussidiaria in caso di inottemperanza: V. MONGILLO, *Prospettive di riforma del sistema sanzionatorio ex d.lgs. n. 231/2001*, in AA.Vv., *Verso una riforma della responsabilità da reato degli enti*, cit., 566.

¹²⁶ A. GULLO, *I modelli organizzativi*, cit., 262: «La sicurezza sul lavoro si segnala per un più maturo stadio di riflessione sui temi della *compliance* preventiva sia sul terreno della tipizzazione delle cautele, sia su quello della individuazione di soluzioni organizzative parametrate alla complessità dell'ente in questione, sia infine sul versante della ricerca di meccanismi di validazione extragiudiziale del modello». C.E. PALIERO, sub *Art.7 – Soggetti sottoposti all'altrui direzione e modelli di organizzazione dell'ente*, in AA.Vv., *Il 231 nella dottrina e nella giurisprudenza a vent'anni dalla sua promulgazione*, diretto da M. LEVIS, A. PERINI, Bologna 2021, 288.

¹²⁷ Per un deciso intervento sul piano dell'organizzazione del lavoro e più complessivamente

assegna efficacia esimente al modello adottato ed efficacemente attuato, se è tale da assicurare «un sistema aziendale per l'adempimento di tutti gli obblighi giuridici relativi» (comma 1). Proprio l'art.30 si sostiene rappresenti un cospicuo compendio di indicazioni sulla corretta strutturazione di un modello di organizzazione e gestione della prevenzione antinfortunistica. È interessante sottolineare come già l'art. 2082 c.c., nel definire l'imprenditore come colui che «esercita professionalmente una attività economica "organizzata" al fine della produzione o dello scambio di beni o di servizi», avesse posto le basi dell'intreccio disciplinare che oggi insiste sull'importanza di impostare preventivamente la conformità dell'attività aziendale all'assetto normativo complessivo. Il sistema 231, prima, e il testo unico della sicurezza sul lavoro, poi, hanno consentito di ridimensionare l'approccio prettamente individualistico e spostare l'attenzione sul contesto organizzativo¹²⁸.

Si può dire che «il m.o.g., nella sua qualità di sintesi tra un documento di valutazione dei rischi e un sistema giuridico di sicurezza sul lavoro, esprime, dal punto di vista oggettivo, l'organizzazione complessiva dell'ente in materia di sicurezza e, dal punto di vista soggettivo, la consapevolezza del datore di lavoro e dei vertici aziendali, della necessità d'un approccio scientifico e sistemico per l'identificazione dei pericoli e la valutazione e controllo dei rischi connessi a tutte le attività d'impresa.»¹²⁹ Ciò non di meno, si può apprezzare anche un elemento differenziale tra il Mog 231– introdotto dal d.lgs. 231/2001 – e il Mog 81 – o sistema di prevenzione dei rischi in ambito lavorativo collocato nel d.lgs. 81/2008 – che consiste nello scopo immediatamente perseguito rispettivamente da ciascuno di essi. Mentre un Mog 81 mira ad incidere direttamente sui rischi di infortuni o malattie professionali, insiti nel processo produttivo, il Mog 231 si concentra sulla prevenzione del rischio di commissione, da parte di soggetti "apicali" dell'ente o di persone a questi "sottoposti", di reati di omicidio colposo o lesioni colpose, con violazione delle norme in materia di

dell'organizzazione aziendale, perché diversamente diventa inutile invocare più controlli e più severe sanzioni: P. PASCUCCI, *Dieci anni di applicazione del d.lgs. n. 81/2008*, in *Dir. sic. lav.*, 1/2018, 17; ID., *Salute e sicurezza sul lavoro, responsabilità degli enti, modelli organizzativi e gestionali*, in *Rivista giuridica del lavoro e della previdenza sociale*, 4/2021, 540.

¹²⁸ P. PASCUCCI, *Salute e sicurezza sul lavoro*, cit., 541. L'A. richiama la Direttiva quadro n.89/391/Cee che pur tenendo ferma la primaria posizione del datore di lavoro, ha progressivamente ridimensionato «l'obsoleta prospettiva solipsistica che vedeva il datore di lavoro come unico ed esclusivo debitore di sicurezza» (542).

¹²⁹ G. ZAMPINI, *Sicurezza sul lavoro e modello organizzativo: quali responsabilità per il datore?*, in *Il lavoro nella giurisprudenza*, 2/2018, 121. Ravvisa l'incompletezza della disciplina 231 nella lacuna riguardante i gruppi di imprese e le società che svolgono un controllo di fatto sulle società controllate: P. TULLINI, *Introduzione al diritto della sicurezza sul lavoro*, Torino, II ed., 2022, 115; G. CATELLANI, *Responsabilità da reato delle aziende e sicurezza sul lavoro. Modelli organizzativi e gestionali ex D.lgs. 231/2001 e 81/2008*, Milano, 2016², 83 ss.; C. SANTORIELLO, *Modello organizzativo 231 e modelli aziendali Iso per la Cassazione "pari non sono"*, in *www.ilsocietario.it*, 8 novembre 2017.

salute e sicurezza nei luoghi di lavoro. In altri termini, «la prospettiva teleologica rimane diversa»: un Mog 81 è direttamente orientato a eliminare o ridurre i rischi da lavoro, mentre i Mog 231 sono finalizzati a eliminare o ridurre il rischio-reato¹³⁰.

I sistemi di gestione della salute e sicurezza sul lavoro (che sono sintetizzati nell'acronimo Sgsl, ma che possono più efficacemente essere ridenominati Mog 81) contemplano alcune procedure essenziali attraverso le quali promuovere la cultura dell'organizzazione, a partire dalla direzione, che nelle società di capitali coincide con il consiglio di amministrazione; incentivare la consultazione dei lavoratori e dei loro rappresentanti; attuare processi efficaci per identificare i pericoli e tenere sotto controllo i rischi, sfruttando le opportunità; eseguire la valutazione continua delle prestazioni e il monitoraggio del sistema di gestione per migliorare le prestazioni¹³¹. Tutto converge univocamente anche nella direzione di porre sotto la lente di ingrandimento la tutela del benessere lavorativo, distribuendo sui diversi debitori della sicurezza, ivi compresi gli stessi lavoratori, l'onere di attivare strategie volte a prevenire anche i rischi psicosociali. Anzi, senza timore di sementita, la programmazione della vita aziendale non può che passare proprio attraverso la tutela della persona-lavoratore, valorizzando le potenzialità di ogni singolo contributo e cercando di azzerare le situazioni nella quali si generano stati soggettivi di frustrazione, disagio, deterioramento delle attitudini relazionali, che possono arrivare fino a culminare in sindromi da stress lavoro correlato.

In questo articolato impianto di prevenzione della sicurezza sul lavoro è previsto l'esonero dalla responsabilità per l'ente a condizione che venga predisposto un sistema disciplinare idoneo a sanzionare il mancato rispetto delle misure indicate nel modello, nonché un idoneo sistema di controllo sulla loro attuazione e sul mantenimento nel tempo delle condizioni di idoneità delle misure adottate. Un costante e tempestivo riesame del modello, che potrebbe anche richiedere delle modifiche qualora si verificassero violazioni

¹³⁰ D. CASTRONUOVO, *La responsabilità degli enti collettivi per omicidio e lesioni alla luce del d.lgs. n. 81/2008*, in AA.Vv., *La prevenzione dei rischi e la tutela della salute in azienda. Il testo unico e il decreto correttivo 106/2009*, a cura di F. BASENGHI, L.E. GOLZIO, A. ZINI, Milano, 2009, II ed., 331; V. MONGILLO, *Il dovere di adeguata organizzazione della sicurezza tra responsabilità penale individuale e responsabilità da reato dell'ente: alla ricerca di una plausibile differenziazione*, in AA.Vv., *Infurtuni sul lavoro e doveri di adeguata organizzazione: dalla responsabilità penale individuale alla "colpa" dell'ente*, a cura di A.M. STILE, A. FIORELLA, V. MONGILLO, Napoli, 2014, 41; A. SCARCELLA, *Sicurezza del lavoro e MOG come scriminante per la responsabilità delle imprese ex D.Lgs. n. 231/2001?*, in *ISL*, 12/2016, 605; P. RIVELLO, *Il modello "generale" di organizzazione e gestione delineato dal d. lgs. n. 231/2001 e quello "specifico" di cui all'art. 30 del d. lgs. n. 81/2008, valutato in correlazione al sistema di prevenzione degli infortuni e delle malattie professionali*, in *GP-web*, 31 gennaio 2021; T. VITARELLI, *"Obblighi" apicali e "oneri" metaindividuali in materia di sicurezza sul lavoro: intersezioni e differenze*, in *Studi in onore di Carlo Enrico Paliero*, Milano 2022, Tomo II, 1213 ss.

¹³¹ P. PASCUCCI, *Salute e sicurezza sul lavoro*, cit., 544.

delle norme relative alla prevenzione degli infortuni e all'igiene sul lavoro, libera l'ente dalle conseguenze sanzionatorie. In base al comma 3 dell'art. 30, d.lgs. n. 81/2008, è necessario che il Mog 81 preveda, per quanto richiesto dalla natura e dalle dimensioni dell'organizzazione e dal tipo di attività svolta, un'articolazione di funzioni che assicuri le competenze tecniche e i poteri necessari per la verifica, valutazione, gestione e controllo del rischio (si parla in proposito di un obbligo di esplicitare il c.d. funzionigramma). La norma inoltre aggiunge che il modello deve prevedere: «un sistema disciplinare idoneo a sanzionare il mancato rispetto delle misure (ivi) indicate». La presenza di un adeguato apparato sanzionatorio distingue i c.d. *compliance programs* dai codici etici, la cui efficacia è oggetto di fondate riserve anche proprio per l'assenza di corollari disciplinari, in caso di infrazioni.

Ciò che qui più interessa è sottolineare come questo meccanismo sanzionatorio si attivi in via del tutto autonoma rispetto all'instaurazione di un giudizio penale per il reato eventualmente commesso, poiché il suo scopo principale è quello di contrastare i comportamenti prodromici alla verificazione dell'illecito, colpendo tutte le infrazioni al modello. Si tratta di un presidio interno all'azienda, che non ha lo scopo di duplicare inutilmente le sanzioni già individuate dall'ordinamento statale (quali sono la pena, per la persona fisica, e la sanzione ex decreto n. 231, per l'ente).

D'altro canto, l'ente viene esonerato da responsabilità se dimostra di aver introdotto un sistema disciplinare idoneo a sanzionare il mancato rispetto delle misure indicate nel modello, parallelamente a quanto affermato all'art. 6, comma 2, lett. e), del d.lgs. n. 231/2001, in caso di soggetti in posizione apicale, e all'art. 7, comma 4, lett. b), per le persone sottoposte all'altrui direzione. Tuttavia, tanto nel d.lgs. n. 231/2001, quanto nel testo unico sulla sicurezza sul lavoro, non è possibile trovare sufficienti indicazioni riguardo ai criteri di implementazione, all'individuazione delle sanzioni applicabili, ai soggetti competenti all'iniziativa e all'esercizio del potere disciplinare e alle corrispondenti regole procedurali. Da qui la necessità di rivolgersi alle prescrizioni dello Statuto dei lavoratori, alle disposizioni del contratto collettivo nazionale applicabile nei confronti dell'ente, alle linee guida delle principali associazioni di categoria o alla prassi amministrativa e giudiziaria in tema di responsabilità *ex* d.lgs. n. 231/2001¹³².

¹³² D. PIVA, *Il sistema disciplinare nel d.lgs. 231/2001: questo 'sconosciuto'*, in *Responsabilità amministrativa delle società e degli enti*, 2/2013, 91 ss. L'A. mette sull'avviso di un inopportuno ripiegamento su schemi di matrice prettamente giuslavorista. «Il sistema disciplinare di cui al d.lgs. 231/2001 è infatti profondamente diverso, quanto a presupposti, contenuto e finalità, da quello tradizionalmente inserito nei contratti collettivi» (92).

9.2. Modelli standardizzati e asseverazione paritetica. La best practice nella tutela dei rischi psicosociali

A colmare questa lacuna concorrono i modelli standardizzati, semplificati, informatizzati – elaborati da soggetti pubblici (come, ad es., l’Inail) o con il contributo di organi tecnico-amministrativi (come, ad es., la Commissione consultiva permanente, il Coordinamento Tecnico delle Regioni), o ancora, recepiti con decreto ministeriale o interministeriale – i quali offrono al datore di lavoro, che decida di servirsene, un legittimo affidamento¹³³. Le norme di standardizzazione hanno la funzione di accrescere il livello di certezza delle cautele da adottare in funzione di esonero della responsabilità dell’ente¹³⁴. Gli strumenti di validazione preventiva, tra i quali rientrano a pieno titolo le norme tecniche (norme ISO e assimilabili) o le linee guida più accreditate nei diversi settori, concorrono a rinforzare la certificazione, nonché asseverazione dei Mog 81.

L’art. 30 del T.u.s.l., al comma 5, prevede una presunzione di adeguatezza del modello qualora esso sia conforme alla norma oggi in vigore, ovvero la UNI ISO 45001:2023¹³⁵. Il solo possesso delle certificazioni non è di per sé sufficiente a esonerare l’ente da responsabilità da reato in caso di eventuali infortuni o malattie professionali, ma – come affermato dalla giurisprudenza – può coprire la valutazione di astratta idoneità preventiva del modello¹³⁶.

Il modello regolatorio può contribuire significativamente alla prevenzione della *corporate violence* tutte le volte in cui includa, quale forma di *hard compliance*, proprio l’adozione degli standard riconosciuti come *best practice* per la gestione di un determinato rischio. L’incentivo diventa ancora più forte

¹³³ P. TULLINI, *Organizzazione e partecipazione nel sistema della sicurezza sul lavoro*, in AA.VV., *Salute e sicurezza sul lavoro. Regole, organizzazione, partecipazione*, a cura di G. NATULLO e P. SARACINI, Napoli, 2017, 38.

¹³⁴ V. MONGILLO, *La colpa di organizzazione: enigma ed essenza della responsabilità “da reato” dell’ente collettivo*, in Cassazione penale 3/2023, 729; più diffusamente in: ID., *Il dovere di adeguata organizzazione della sicurezza tra responsabilità penale individuale e responsabilità da reato dell’ente: alla ricerca di una plausibile differenziazione*, in A.M. STILE, A. FIORELLA, V. MONGILLO (a cura di), *Infortuni sul lavoro e doveri di adeguata organizzazione: dalla responsabilità penale individuale alla “colpa” dell’ente*, Napoli, 2014, 24 ss., 35 ss.; V. TORRE, *Compliance penale e normativa tecnica*, in *Archivio penale*, 1/2022, 4 ss.

¹³⁵ L’art.30 fa riferimento a: British Standard OHSAS 18001:2007. Ohsas 18001 è l’acronimo di “Occupational Health and Safety Assessment Series” e si tratta dello standard inglese che identificava un preciso sistema di gestione della sicurezza e della salute dei lavoratori. Emanata dal BSI (British Standard Institution) nel 1999, rivista nel 2007 (BS OHSAS 18001:2007), la norma è stata sostituita dall’UNI ISO 45001:2018. Da marzo 2021, a conclusione di un periodo di transizione di tre anni dalla pubblicazione, la UNI ISO 45001 sostituisce la BS OHSAS 18001 come unico riferimento per la certificazione dei sistemi di gestione per la salute e sicurezza sui luoghi di lavoro. Con il recepimento nel 2023 da parte del Comitato Europeo di normazione la sigla è diventata: UNI EN ISO 45001:2023.

¹³⁶ La verifica in ordine alla sua efficace attuazione è demandata all’osservazione concreta del giudice: A. MATONI – A. QUATTROCIOCCI, *Individuazione di standard di prevenzione del rischio e regole di compliance nel giudizio sul d.lgs. n. 231/2001*, in AA.VV., *Verso una riforma da reato degli enti*, cit., 423.

quando le regole di *compliance* sono accompagnate da prescrizioni che puniscono chi negligenzemente o intenzionalmente non si adegua, così come da misure premiali in favore dell'impresa, che viceversa si sia diligentemente adeguata¹³⁷. Se ad un primo livello l'asseverazione e la certificazione condizionano l'esatto adempimento e la determinatezza dell'obbligo di sicurezza, è difficile non riconoscere che in un secondo momento le stesse procedure soddisfano anche alla funzione di rafforzare l'evidenza di aver adempiuto *ex ante* all'obbligo di sicurezza¹³⁸.

Molto interessante quanto il legislatore ha affermato all'art. 51, comma 3 bis, sempre del T.u.s.l., prevedendo la possibilità che gli organismi paritetici possano asseverare i Mog 81¹³⁹. Il termine asseverazione appare nel d.lgs. 81/2008 l'anno successivo alla sua emanazione, grazie all'inserimento operato dal d.lgs. 106/2009, recante le disposizioni integrative e correttive al testo unico in tema di salute e sicurezza sul lavoro. Il legislatore ha di fatto assegnato agli organismi paritetici un importante ruolo strategico, di controllo e verifica, prevedendo che le imprese possano rivolgersi a loro per una asseverazione comprovante l'adozione di un Mog, avente efficacia esimente ai sensi dell'art. 30. L'asseverazione si configura quindi come una attività finalizzata ad attestare l'adozione ed efficace attuazione dei Mog 81 e della quale gli organi di vigilanza possono tener conto, ai fini della programmazione delle proprie attività. Ciò significa per esempio che l'azienda, la quale ha effettuato l'asseverazione del modello di organizzazione e di gestione, potrebbe tra le altre cose essere posposta nel calendario dei controlli ispettivi¹⁴⁰.

¹³⁷ S. GIAVAZZI, *La gestione del rapporto tra impresa e vittime di corporate violence*, in *Riv. it. med. leg. e del dir. campo sanitario*, 3/2019, 1116; V. MONGILLO, *Presente e futuro della compliance penale*, cit., 12: «credo sia emerso con nitore che dietro la nozione di *compliance* non si cela una fantasia onirica o un'astrazione priva di contenuto. I sistemi di controllo dei rischi sono una realtà in tantissime aziende, specie quelle medio-grandi e/o a proiezione transfrontaliera. Forse solo un disfattismo un po' nichilista potrebbe indurre a giudicare come puro allestimento scenografico tutto ciò che le imprese fanno oggi, in termini di gestione dei rischi legali, penali, reputazionali, ecc.».

¹³⁸ P. PASCUCCI, *L'asseverazione dei modelli di organizzazione e gestione*, in *I Working Papers di Olympus*, n.43/2015, 17

¹³⁹ C. ZOLI, *Sub art. 51*, in Aa.Vv., *La nuova sicurezza sul lavoro*, diretto da L. Montuschi, *I principi comuni*, a cura di C. Zoli, Bologna 2011, 529 ss. A. DELOGU, *L'asseverazione dei modelli di organizzazione e di gestione della sicurezza sul lavoro di cui all'art. 30 del d.lgs. n. 81/2008: analisi e prospettive*, in *Diritto e sicurezza sul lavoro*, 1/2018, 12 ss. L'A. sottolinea come il potere di asseverazione sia stato conferito non ad un organo terzo in senso tecnico, come avviene nel caso della certificazione, ma alle parti sociali stesse, attraverso il sistema della pariteticità. Con ciò alludendo ad un nuovo modello di relazioni aziendali, declinato in termini di confronto e collaborazione permanenti e non di conflitto tra le parti (15). P. PASCUCCI, *Definizione, ruolo e funzioni dei "genuini" organismi paritetici in materia di salute e sicurezza sul lavoro*, in Aa.Vv., *La bilateralità nel tempo a garanzia dell'artigianato* *Materiali di studio dai Convegni di Cagliari e Trieste – giugno/settembre 2018*, a cura di P. LOI, R. NUNIN, Trieste 2018, 85-97.

¹⁴⁰ A. DELOGU, *L'asseverazione dei modelli*, cit., 41.

L'asseverazione viene affidata a soggetti rappresentativi delle parti sociali, associazioni dei datori di lavoro e dei lavoratori, deputati a fornire servizi di formazione e assistenza alle imprese. A questa importante scelta strategica non è seguito però alcun chiarimento in merito a modalità o regole che questi soggetti siano tenuti ad osservare per effettuare questa attività in modo corretto, trasparente e uniforme sul territorio. Infatti, tale articolo di legge costituisce una novità assoluta ma, purtroppo, si esaurisce in poche righe, che nulla dicono in merito alle modalità per effettuare tale asseverazione senza, tantomeno rimandare a un qualche decreto attuativo o un eventuale successivo accordo in sede di Conferenza Stato Regioni o alla Commissione consultiva permanente come fatto per tanti altri aspetti. Al tempo stesso si dà rilevanza al processo di asseverazione prevedendo la possibilità che gli organi di vigilanza ne tengano conto nella programmazione delle loro attività ispettive. Si ritiene si possa interpretare questa indicazione legislativa come un invito a sottoporre le aziende asseverate a minor numero di ispezioni rispetto alle aziende non asseverate, in quanto le prime sarebbero già state valutate dell'organismo paritetico. C'è chi si è spinto oltre, sostenendo che l'asseverazione rappresenti essa stessa una seria indicazione del "ragionevolmente praticabile", che può essere utilizzato dal datore di lavoro nel giudizio penale, quanto meno per escludere l'elemento soggettivo di reati, quali quelli previsti dagli artt. 589 e 590 c.p.¹⁴¹.

Il processo di asseverazione è pertanto una grande opportunità che il legislatore fornisce alle aziende che, se ben colta, può costituire non tanto un'alternativa quanto un'integrazione alla certificazione per effettuare una selezione delle aziende sane presenti sul mercato e contribuire così efficacemente a innescare quel circolo virtuoso che non può che portare a immensi benefici sociali ed economici per le singole imprese, per il sistema Paese ed infine per l'individuo lavoratore cittadino, che sarà messo in condizioni di operare in maniera più sicura¹⁴².

Il percorso di maturazione internazionale che ha portato nel 2018 alla nascita della UNI ISO 45001 è stato lungo e per alcuni versi "tormentato", durato più di 20 anni, esordendo nel 1996 con la BS 8800, poi seguito nel 1999 dalla BS OHSAS 18001. Il mercato internazionale ha dimostrato in questi anni un crescente interesse per il sistema di gestione per la salute e sicurezza sul lavoro e ha visto una crescente adesione delle imprese alla norma BS OHSAS 18001. Il 28 settembre 2023 il Comitato Europeo di Normazione (in inglese:

¹⁴¹ A. DELOGU, *L'asseverazione dei modelli*, cit., 47.

¹⁴² M.I. BARRA, F. BENEDETTI, P. RICCIARDI, A. TERRACINA, *L'asseverazione dei modelli organizzativi e gestionali*, in *Rivista degli Infortuni e delle Malattie Professionali*, 3/2016, 599; R. DUBINI, *Adozione e attuazione efficace dei Modelli di organizzazione e gestione della salute e sicurezza sul lavoro (MOG-SSL) 231: l'asseverazione come opportunità di miglioramento della salute e sicurezza (con benefici reputazionali ed economici per l'azienda)*, in www.puntosicuro.it, 17 giugno 2022.

European Committee for Standardization) ha recepito la norma ISO 45001 sui sistemi di gestione per la salute e sicurezza sul lavoro. Ora il riferimento (per l'Italia) è diventato: UNI EN ISO 45001:2023. La ISO 45001 "*Occupational health and safety management systems – Requirements with guidance for use*" (in italiano "Sistemi di gestione per la salute e sicurezza sul lavoro – Requisiti e guida per l'uso") è una norma internazionale che delinea un quadro di regole per migliorare la sicurezza, ridurre i rischi in ambito lavorativo e promuovere la salute e il benessere dei lavoratori, permettendo così alle organizzazioni di aumentare in modo proattivo le *performance* in materia di salute e sicurezza. Con un *focus* su *leadership*, coinvolgimento dei lavoratori, valutazione dei rischi, gestione dell'*outsourcing*, tale apparato di regole concorre a rafforzare la dimensione gestionale e organizzativa, sostenendo il passaggio ad una cultura di impresa che guardi alla salute e alla sicurezza sul lavoro non solo come a un adempimento normativo, ma come una parte essenziale dei processi lavorativi, nonché ad un'opportunità di miglioramento e crescita complessiva delle *performance* aziendali. Si ritiene che concetti nuovi quali l'analisi del contesto organizzativo (4.1), la comprensione delle esigenze delle parti interessate (4.2) e la valutazione delle opportunità per la salute e sicurezza sul lavoro (6.1.2.3) possano portare a un'accelerazione nel cambio culturale nelle imprese e tra i professionisti della sicurezza¹⁴³.

La norma si applica a qualsiasi organizzazione, indipendentemente dalle dimensioni, dal settore di appartenenza e dalla natura delle sue attività ed è progettata per essere integrata nei processi di gestione già esistenti: adotta infatti la stessa "struttura di alto livello" (High Level Structure - HLS) delle altre norme ISO sui sistemi di gestione. È il primo standard internazionale certificabile sui sistemi di gestione per la salute e la sicurezza sul lavoro, tale per cui si offre l'opportunità, a tutte le aziende che volontariamente decidono di uniformarsi, di confrontarsi e competere facendo riferimento a un unico standard, riconosciuto ufficialmente a livello mondiale.

Naturalmente, l'adozione di questi sistemi non comporta di per sé l'eliminazione dei rischi, ma garantisce che il rischio sia gestito secondo le migliori prassi. Da ciò possono conseguire numerosi benefici, tra i quali: la riduzione degli incidenti sul lavoro, la creazione di una cultura della prevenzione, un maggiore *commitment* dei vertici aziendali a migliorare le *performance* in questi ambiti, la capacità di soddisfare gli obblighi legali, un miglioramento dell'immagine e della reputazione anche in termini di competitività; da ultimo, rispetto a quanto qui interessa, una maggiore attenzione ai bisogni e alle aspet-

¹⁴³ <https://www.inail.it/cs/internet/docs/alg-news-brochure-uni-iso-45001.pdf>, 2 e 3.

tative di tutti coloro che possono subire impatti dalle decisioni e dalle attività dell'impresa¹⁴⁴.

Una delle novità più significative, contenuta nel capitolo 5.4 paragrafo d), consiste nel “coinvolgimento dei lavoratori senza funzioni manageriali”, cioè di tutto il personale dipendente, sottolineando il ruolo critico che i lavoratori e i loro rappresentanti hanno nel promuovere un ambiente di lavoro sicuro e salutare. Il paragrafo e) chiede alle organizzazioni di strutturare le modalità di consultazione e partecipazione con estrema precisione nei processi del sistema di gestione per la sicurezza e salute sul lavoro. I requisiti di questo paragrafo mirano a garantire che tutti i lavoratori siano non solo informati, ma anche coinvolti attivamente nelle decisioni che influenzano la loro salute e sicurezza sul lavoro. Questo include la partecipazione alla definizione delle politiche, alla pianificazione delle azioni di prevenzione dei rischi, alla formazione e alla comunicazione in materia di sistema di gestione.

Sarà molto importante la ricerca delle “evidenze” durante gli *audit* di certificazione, perché là dove i lavoratori sono stati coinvolti nella prevenzione, si è apprezzato un drastico calo degli infortuni e degli incidenti. Forse l'obiettivo più importante che si è prefissata la UNI ISO 45001 è proprio quello di innalzare complessivamente il livello di conoscenza e cultura organizzative in materia di salute e sicurezza sul lavoro, al fine di ridurre gli eventi infortunistici e accrescere il benessere del personale. Il coinvolgimento a tutti i livelli dell'organizzazione, che comprende sia la maggiore possibilità per il personale di partecipare attivamente e contribuire al miglioramento continuativo delle prestazioni, con *feedback* e proposte, sia l'accentuato coinvolgimento del personale con funzioni manageriali che esercita un ruolo di leadership, costituiscono un modello di gestione estesa dei rischi connessi agli elementi interni ed esterni del contesto dell'organizzazione, tale da fornire una garanzia dell'impegno delle organizzazioni nella protezione della salute e sicurezza¹⁴⁵.

Si osserva, in ogni caso, che l'efficace attuazione di questi sistemi presuppone l'esistenza di un effettivo sistema di controlli. Ci si riferisce non soltanto ai controlli interni all'impresa – affidati al personale operativo e a soggetti dotati di una autonomia e indipendenza (l'RSPP, il Medico Competente, l'*Internal Audit*, l'Organismo di Vigilanza) – ma anche a quelli esterni, di natura pub-

¹⁴⁴ «La UNI ISO 45001 è stata elaborata tenendo in considerazione altri documenti sul tema, come le linee guida ILO-OSH 2001 dell'International Labour Organization, la OHSAS 18001 e diverse norme nazionali. Inoltre, è anche conforme ai documenti internazionali ILO di taglio più generale sul lavoro. Sviluppata all'interno del sistema di normazione ISO con il contributo di esperti provenienti da più di 70 Paesi nel mondo, la norma fornisce un quadro internazionale che tiene conto dell'interazione tra un'organizzazione e il suo ambiente di business» <https://www.inail.it/cs/internet/docs/alg-news-brochure-uni-iso-45001.pdf>, 5.

¹⁴⁵ C. GISTRI, *UNI-ISO-45001-Brochure*, in www.uniprofessionisti.it.

blicistica – affidati alle autorità e delle agenzie di controllo, quali l’Ispettorato Nazionale del Lavoro, l’ASL, l’ARPA, i NAS, ecc.) – finalizzati a verificare, segnalare e sanzionare eventuali inadempimenti, prima che un evento lesivo si verifichi¹⁴⁶.

Nel novembre 2021 è entrata in vigore la UNI ISO 45003:2021 sulla “Gestione della salute e sicurezza sul lavoro. Salute e sicurezza psicologica sul lavoro. Linee di indirizzo per la gestione dei rischi psicosociali”. Questo documento, a corredo della norma tecnica UNI ISO 45001:2018, contiene requisiti e linee guida sulla pianificazione, implementazione, revisione, valutazione e miglioramento di un sistema di gestione per la sicurezza sul lavoro, con specifico riguardo alla gestione dei rischi psicosociali, ma anche alla promozione del benessere sul lavoro¹⁴⁷.

Nell’introduzione al documento si premette che i pericoli psicosociali sono sempre più riconosciuti come sfide importanti per la salute, la sicurezza e il benessere sul lavoro e che sono associati al modo in cui è organizzato il lavoro, ai fattori sociali sul lavoro e ad aspetti relativi ad ambiente di lavoro, quali le attrezzature e i compiti pericolosi. Sono presenti in tutte le organizzazioni e in tutti i settori e possono derivare da ogni tipo di compito, attrezzatura e accordo di lavoro. Si incoraggia a gestirli in modo coerente con altri rischi per la sicurezza sul lavoro, attraverso un sistema di gestione per la sicurezza sul lavoro, integrandoli nei più vasti processi di *business* dell’organizzazione, nella consapevolezza che essi influenzano sia la salute e sicurezza psicologica sia, più in generale, la salute, la sicurezza e il benessere sul lavoro. Sono inoltre associati a costi economici anche cospicui per le organizzazioni e la società, che potrebbero essere risparmiati con un’adeguata strategia preventiva. In conclusione, si rimarca la necessità di una partecipazione dei lavoratori, in tutte le fasi del processo, per garantire il successo della gestione dei rischi psicosociali, che dipende dall’impegno di tutti i livelli e le funzioni dell’organizzazione, naturalmente in special modo dell’alta direzione¹⁴⁸.

10. La tutela del benessere lavorativo con altri mezzi: un *déjà vu*

In sintesi, partiti dalla espressione più estrema di sfruttamento lavorativo, ovvero lo schiavismo, siamo giunti in quest’ultima parte a rivolgere l’attenzione ad una tipologia di prevaricazione nel contesto del lavoro, che si presenta

¹⁴⁶ S. GIAVAZZI, *La gestione del rapporto*, cit. 1118.

¹⁴⁷ Per un inquadramento più completo della ricca articolazione che le fonti tecniche hanno elaborato su questo specifico tema si vedano anche le Norme UNI EN ISO 9921 (ergonomia della comunicazione verbale) e 11075 (ergonomia del carico di lavoro mentale).

¹⁴⁸ <https://store.uni.com/uni-iso-45003-2021>.

in modo più attenuato, ma non per questo meno pericoloso o dannoso. La costringitività nell'esercizio della mansione lavorativa, compromettendo il benessere psicosociale della persona-lavoratore, può giungere fino al punto da provocarne la morte o gravi lesioni. Se per le fattispecie di riduzione o mantenimento in schiavitù e servitù il diritto penale si qualifica come baluardo imprescindibile a tutela del bene dignità e autodeterminazione della persona, per i due segmenti susseguenti, caporalato e costringitività, non si può non vedere l'inadeguatezza ad accreditarsi come mezzo efficace di contrasto. Tanto per l'art. 603-*bis* c.p., quanto per l'alterazione del benessere psicosociale del lavoratore dipendente, il ricorso a strumenti alternativi di tutela non solo produce tangibili effetti positivi rispetto alla singola vicenda giudiziaria, ma è in grado di innescare un volano virtuoso riguardo alla dimensione più ampia, quantomeno della filiera produttiva di riferimento. Perno risolutivo, per entrambe queste fenomenologie criminose, diventa l'allestimento di una *compliance* aziendale, sussunta in modelli di organizzazione e gestione, adottati ed efficacemente attuati, tali da esprimere una valenza sistematica, che non solo riverbera i suoi migliori effetti sul versante prevenzionistico, ma è anche in grado di ricomporre un piano di legalità, sollecitando una risposta reattiva da parte dell'ente. Valorizzato il tratto comune di una sana organizzazione, che consente di governare meglio le fonti di rischio-reato, grazie alla capacità di diagnosi, alla conoscenza analitica dei meccanismi di funzionamento e all'attitudine a orientare i comportamenti di chi in essa vi opera¹⁴⁹, resta fermo il merito delle specificità strutturali, che le fattispecie in esame possiedono, a titolo meramente esemplificativo, il profilo della tipologia di illecito, del requisito soggettivo, degli elementi circostanziali, e così via.

¹⁴⁹ E. Davì, *Compliance, riparazione e diversione*, cit., 4.

CAPITOLO VIII

Il processo penale degli ultimi

Elena Valentini

SOMMARIO: 1. Premessa. – 2. Un'intersezione ricorrente: patrocinio a spese dello Stato e difesa d'ufficio. – 3. Processo *in absentia*. – 4. Svantaggio economico e provvedimenti *de libertate*. – 5. La disuguaglianza anche formale: il processo a carico degli stranieri irregolari. – 6. Postilla.

1. Premessa

Quando Francesca Curi ha condiviso con me l'idea di un convegno dedicato a *Disuguaglianze e penalità*, ho subito pensato che il suo progetto fosse un passaggio naturale del percorso già intrapreso insieme. L'impegno comune nell'entusiasmante esperienza didattica dedicata al *diritto e alla procedura penale dell'immigrazione* ha infatti progressivamente rafforzato la nostra sensibilità al tema, e ci ha dunque portato a concepire e organizzare l'incontro sedimentato negli scritti raccolti in questo volume. Ne è uscito un confronto interdisciplinare ricco di spunti e di suggestioni, *in primis* per le diverse declinazioni del concetto di disuguaglianza descritte e impiegate nei singoli interventi.

In questo contributo ho cercato di esprimere il mio punto di vista, sulla scorta di una constatazione persino ovvia: osservare il processo penale nella sua concreta fenomenologia fa infatti prendere atto della forte incidenza che sul suo svolgimento – e sul livello di afflittività che inevitabilmente lo connota – dispiegano le situazioni di debolezza economica, sociale, culturale e linguistica in cui versano i suoi protagonisti, in particolare l'imputato¹. Quasi inevitabilmente abbinate tra loro, esse descrivono l'immagine del *disuguale*, per come è stata intesa pensando il convegno e per come verrà intesa nelle pagine che seguono.

Il peso di tali condizioni sulle dinamiche del processo dipende da numerosi fattori, ma trae linfa già da precise scelte di diritto sostanziale, che delinea-

¹ La forte incidenza delle condizioni economiche sull'effettività dei diritti riconosciuti nell'ambito del processo penale era al centro delle riflessioni svolte da P. CALAMANDREI nel suo scritto *Il rispetto della personalità nel processo*, in *Opere giuridiche, vol. I. Problemi generali del diritto e del processo*, Roma, 2019, 691 ss. da cui è tratto questo celebre passaggio: «La legge è uguale per tutti» è una bella frase che rincuora il povero, quando la vede scritta sopra le teste dei giudici, sulla parete di fondo delle aule giudiziarie; ma quando si accorge che, per invocare la uguaglianza della legge a sua difesa, è indispensabile l'aiuto di quella ricchezza che egli non ha, allora quella frase gli sembra una beffa alla sua miseria».

no un sistema oltremodo severo verso le manifestazioni di criminalità in genere ascrivibili agli individui più disagiati². Ne è un esempio il rigore punitivo riservato ai cosiddetti reati predatori, in linea di tendenza sanzionati più duramente rispetto a fattispecie, magari di ben maggiore impatto per la collettività, tipicamente da ricondursi ai cosiddetti *white collars*³.

Questa impostazione di fondo – che, connaturata all'ideologia del codice del 1930, continua ad ispirare, anche se in modo meno marcato, pure la legislazione attuale⁴ – trova riscontro nella composizione della popolazione carceraria. Sebbene con inevitabili oscillazioni, le statistiche fotografano infatti una realtà costante nel tempo: con una netta prevalenza, in proporzione, di condannati per delitti contro il patrimonio o legati al traffico di stupefacenti⁵, ma anche di detenuti stranieri, nonché di detenuti provenienti dalle regioni meno ricche del Paese (e dunque meno attrezzate in termini di welfare e di servizi per la collettività⁶)⁷.

Ciò premesso, non sono solo le scelte punitive a far sì che la giustizia mostri il proprio volto più severo nei confronti dei marginali.

Il pensiero corre ai numerosi congegni normativi, ispirati a una logica deflattiva e premiale, la cui operatività implica un esborso economico da parte dell'interessato: e dunque alla disciplina dell'estinzione del reato per intervenuta oblazione, come pure a quella delle pene pecuniarie (anche in sostituzione di

² V. in proposito le riflessioni svolte in questo volume da A. CAVALIERE, *Qualche considerazione sul tema "disuguaglianze e penalità"*, segnatamente al § 3.2.

³ E. PAZÉ, *Giustizia, roba da ricchi*, Bari, 2017, 3.

⁴ Il dato emerge non solo osservando la risposta sanzionatoria ai reati predatori, ma anche da altri indicatori. Si consideri ad esempio, oltre alla riforma della legittima difesa (che, sebbene destinata a operare a beneficio dell'agente, riflette una particolare attenzione per la tutela della proprietà), all'innesto, ad opera del cosiddetto "decreto Salvini" (d.l. 4 ottobre 2018, n. 113, conv. con mod. dalla l. 1° dicembre 2018, n. 132), del nuovo art. 669-bis c.p., con il ripristino di una fattispecie – il reato di accattonaggio, già punito dall'art. 670 c.p. – la quale, dopo essere stata dichiarata parzialmente illegittima dalla Corte costituzionale nel 1995, era stata del tutto depenalizzata nel 1999 (sulla novella v. per tutti F. CURI, *Il reato di accattonaggio: "a volte ritornano"*. *Il nuovo art. 669-bis c.p. del d.l. 113/2018, convertito con modificazioni dalla l. 132/2018*, in *Dir. pen. cont.*, 21 gennaio 2019).

⁵ In questo volume, v. A. CAVALIERE, *op. cit.*, § 5.

⁶ Con riferimento a questo aspetto, v. in generale C. SARACENO, *Disuguaglianze plurali, retro*, § 4, nonché, più nello specifico, A. SBRACCIA, *Disuguaglianze e penalità: per una lettura delle ambivalenze, retro*, § 3, dove l'A. commenta i dati concernenti la classificazione dei detenuti per regione di nascita.

⁷ «La selezione di classe, di povertà e di emarginazione o di tipologia socio-economica dei detenuti, che solo chi non sia mai entrato in un carcere non percepisce, rende sempre "disuguale" la pena carceraria: gli autori di reato che nei grandi numeri ne sono ospiti effettivi sconfessano il mito dell'eguaglianza fondato su "un'identica unità di misura per tutti", che non può essere uguale se tocca la libertà soprattutto in prevalenza di alcune tipologie sociali ed economiche»: così M. DONINI, *Genesi ed eterogenesi "moderne" della misura e dell'unità di misura delle pene. Commento a Carcere e fabbrica, quarant'anni dopo*, in *Criminalia*, 2019, 96.

una pena detentiva), o ai numerosi istituti (quale la sospensione condizionale della pena o la sospensione del procedimento con messa alla prova) il cui accesso è condizionato all'intervenuto risarcimento del danno. Malgrado i correttivi (legislativi e giurisprudenziali) volti a ridurre la natura intrinsecamente discriminatoria di molti tra tali congegni, la componente empirica continua indubbiamente a penalizzare i soggetti meno abbienti.

Nel quadro complessivo, queste pagine intendono soffermarsi sui soli meccanismi processuali, per ragionare attorno ad alcuni istituti, selezionati senza alcuna pretesa di completezza, che nella loro dimensione operativa – quando non già direttamente in quella normativa – finiscono per discriminare le persone più disagiate. L'analisi è dunque rivolta al trattamento processuale degli "ultimi", «i quali restano il metro della effettività dei diritti, che sugli ultimi appunto si misura»⁸.

Nell'ambito di questa rassegna, gran parte delle riflessioni saranno dedicate a connotati che marcano il processo a carico dello straniero irregolare, rispetto al quale può riscontrarsi una disuguaglianza non solo sostanziale, ma – ancor prima – formale. Marginale per eccellenza, nel proprio percorso giudiziario tale individuo finisce infatti per incontrare non soltanto le più ricorrenti tra le difficoltà dell'imputato *empiricamente* svantaggiato, ma, ove sia accusato di determinati reati, anche standard di tutela *normativamente* deteriori rispetto a quelli che operano nel processo penale comune.

2. Un'intersezione ricorrente: patrocinio a spese dello Stato e difesa d'ufficio

Ove accostato alle dinamiche processuali, il concetto di marginalità evoca subito il patrocinio a spese dello Stato. Diretta proiezione del principio di eguaglianza sostanziale, l'istituto trova espresso riconoscimento nel terzo comma dell'art. 24 Cost. («sono assicurati ai non abbienti, con appositi istituti, i mezzi per agire e difendersi davanti ad ogni giurisdizione»), nell'art. 6, comma 3, lett. c) della Cedu⁹ e, a far data dal 2016, è oggetto anche di una specifica disciplina di rango comunitario¹⁰.

La relativa disciplina si rinviene nella legge 29 marzo 2001, n. 134, che, andando ad integrare e sostituire quanto già previsto dalla cosiddetta legge-pon-

⁸ N. Rossi, *Ripartire dalle disuguaglianze. Giudici e nuovi disuguali. I compiti della giurisdizione*, in *Quest. giust.*, 2017, f. 2, p. 24.

⁹ Il diritto all'assistenza gratuita di un difensore è sancito esplicitamente anche dall'art. 14, comma 3, lett. d) del Patto Internazionale sui diritti civili e politici.

¹⁰ La direttiva 2016/1919/UE, del 26 ottobre 2016, sull'ammissione al patrocinio a spese dello Stato per indagati e imputati nell'ambito di procedimenti penali e per le persone ricercate nell'ambito di procedimenti di esecuzione del mandato d'arresto europeo.

te 30 luglio 1990, n. 217, è poi stata trasfusa nel Testo unico in materia di spese di giustizia (d. P.R. 30 maggio 2002, n. 115, cosiddetto T.U.S.G.).

Malgrado gli aggiornamenti normativi, i difetti più risalenti dell'istituto sono rimasti invariati nel tempo, e discendono da una suddivisione – quella tra persone abbienti e non abbienti – che, netta e priva di gradazione, «dà vita ad un sistema che non riesce a sopperire alle autentiche necessità di una giustizia effettivamente accessibile a tutti»¹¹. Palesemente inadeguata a garantire l'effettività del diritto di difesa è, infatti, la soglia reddituale prevista per poter accedere al beneficio, che oggi (a far data dal 2023) è pari ad appena 12.838,01 € annui (art. 76, comma 1, T.U.S.G.)¹²; cifra comprensiva anche dei redditi esentati dal computo ai fini dell'Irpef¹³ e alla quale (salvi i casi di conflitto di interessi) si devono sommare i redditi dei familiari conviventi, tra cui vanno ricompresi anche i componenti della cosiddetta “famiglia di fatto”¹⁴.

Tali requisiti – oltretutto indipendenti dalla consistenza patrimoniale dell'istante, il che contribuisce a generare irragionevoli sperequazioni – riducono sensibilmente lo spazio applicativo del beneficio, e danno ragione del perché esso è in concreto destinato ad operare soprattutto nei confronti degli stranieri, spesso confinati nel mondo del lavoro sommerso¹⁵ o comunque sottopagati anche a parità di mansioni rispetto ai cittadini¹⁶.

In generale, il limitato *appeal* del patrocinio a spese dello Stato è tanto più manifesto ove si consideri l'ammontare delle somme corrisposte ai patrocinatori legali: importi non propriamente allettanti, che hanno visto un'imponente riduzione nel 2014¹⁷ e comunque spesso oggetto di tagli (cui talvolta consegue l'innescio di un contenzioso con l'amministrazione).

¹¹ E. SANTORO, *Una beffa alla sua miseria: preconditione dell'effettività del diritto ad avere diritti*, in *Ragion pratica*, 2014, f. 2, 443.

¹² V. D.M. Giustizia 10 maggio 2023, «Adeguamento dei limiti di reddito per l'ammissione al patrocinio a spese dello Stato».

¹³ V. ad es. Cass. pen., Sez. IV, 5 luglio 2012, P.G. in proc. Maiorana, in *C.E.D. Cass.*, n. 253726 – 01, nonché Sez. II, 30 settembre 2019, Autilio, *ivi*, n. 655254.

¹⁴ Si consideri addirittura che la Cassazione, Sez. IV penale, con la sentenza 20 settembre 2012, Indiveri, in *C.E.D. Cass.*, n. 253643, ha escluso l'ammissione al gratuito patrocinio di un imputato, privo di reddito, perché le entrate della madre della convivente (non moglie) dovevano cumularsi a quelle dell'istante.

¹⁵ In proposito v. in questo volume il contributo di F. CURI, *Profili penali del lavoro povero: dal caporalato alla costrittività. Per un modello di organizzazione responsiva, retro*, in particolare a p. 94 s.

¹⁶ E. SANTORO, *op. cit.*, 444. Peraltro, non pochi sono gli ostacoli normativi che lo straniero ha dovuto superare. In proposito, merita di essere ricordato il ruolo della Corte costituzionale, che nel 2007 si è fatta carico anche della sua tutela linguistica, dichiarando l'illegittimità costituzionale parziale dell'art. 102 T.U.S.G., nella parte in cui non prevede(va) la possibilità, per lo straniero alloggiato ammesso al patrocinio a spese dello Stato, di nominare un proprio interprete (Corte cost. n. 254 del 2007, che si può leggere in *Cass. pen.*, 2007, 4439, con nota di D. CURTOTTI NAPPÌ).

¹⁷ In linea con l'art. 130 T.U.S.G. (giudicato costituzionalmente conforme dalla sentenza costituzionale n. 270 del 2012), che già prevedeva la decurtazione della metà degli onorari da liquidarsi

La scarsità delle risorse economiche ha un'incidenza rilevante, e oltretutto deve oggi fare i conti con una parziale metamorfosi dell'istituto, che negli ultimi anni è venuto caricandosi della funzione (estranea a quella descritta dall'art. 24 comma 3 Cost.) di sostegno finanziario alla persona offesa: infatti, l'art. 76 comma 4-ter T.U.S.G. riconosce alla vittima di determinati delitti la difesa a spese dello Stato a prescindere dalle relative condizioni reddituali¹⁸.

Non bastasse la limitatezza degli importi, anche i tempi della loro corresponsione contribuiscono a rendere poco attraente l'istituto: infatti, da un lato i compensi vengono liquidati dal giudice solo alla definizione di ogni singola fase del giudizio (così replicando anche a tale proposito la lentezza che tipicamente affligge il processo penale italiano)¹⁹; dall'altro, la relativa erogazione è comunque oggetto di ritardi, forieri del paradosso per cui i difensori si vedono sovente costretti, oltre che a defatiganti verifiche presso le cancellerie (alla ricerca dei decreti giudiziali di liquidazione che dovrebbero essere inoltrati d'ufficio agli organi preposti al pagamento), anche ad anticipare il versamento degli oneri erariali concernenti a prestazioni già rese ma non ancora saldate dal Ministero della giustizia.

Inutile dire come un simile quadro, prima ancora che sul ceto forense (come pure su coloro che svolgano funzioni di consulente tecnico per la difesa), finisca per ricadere sui soggetti cui spetterebbe l'accesso al beneficio, dando ragione del perché, al momento dell'assunzione dell'incarico, il difensore non sempre prospetti al proprio assistito l'esistenza di una tale opportunità.

Non stupisce, quindi, come la ridotta appetibilità, per il difensore, del patrocinio a spese dello Stato contribuisca a determinare un largo ricorso alla difesa d'ufficio, generando le premesse del comune binomio tra difesa d'ufficio e "gratuito patrocinio"²⁰.

relativamente a processi civili, amministrativi contabili e tributari, l'art. 1, comma 606, lett. b) della legge 27 dicembre 2013, n. 147 (la "legge di stabilità" del 2014), ha inserito l'art. 106-bis nel T.U.S.G., stando al quale, nel processo penale, «gli importi spettanti al difensore, all'ausiliario del magistrato, al consulente tecnico di parte e all'investigatore privato autorizzato sono ridotti di un terzo».

¹⁸ Questo il catalogo dei reati cui è associata disciplina speciale: reati di cui agli artt. 572, 583-bis, 609-bis, 609-quater, 609-octies e 612-bis c.p., nonché, ove commessi in danno di minori, di quelli di cui agli artt. 600, 600-bis, 600-ter, 600-quinquies, 601, 602, 609-quinquies e 609-undecies c.p.

Tale modifica, criticabile, non è di per sé in contrasto con la Carta fondamentale (v. Corte cost. 11 gennaio 2021, n. 1); tuttavia, se in concreto essa dovesse depauperare le risorse complessivamente destinate al patrocinio a spese dello Stato, ciò finirebbe per tradursi in un ulteriore fattore di criticità del sistema.

¹⁹ Sul punto si deve segnalare la sostanziale violazione che si riscontra, in concreto, del precetto racchiuso nell'art. 4, § 5 della direttiva 2016/1919/UE.

²⁰ V. in proposito l'art. 103 T.U.S.G.

Malgrado l'accostamento tra i due istituti sia assai frequente – così frequente da aver dato vita alla diffusa percezione, presso i non tecnici del diritto, che il difensore d'ufficio sia quello non solo *nominato* ma anche *pagato* dallo Stato –, l'ampia operatività della difesa d'ufficio nei procedimenti penali a carico degli “ultimi” discende certamente dalle basse soglie reddituali previste per accedere al “gratuito patrocinio” e dai citati problemi concernenti la liquidazione ed erogazione dei compensi (tali appunto da scoraggiare l'assunzione della difesa fiduciaria), ma anche da altri fattori, quali la debolezza culturale e linguistica del diretto interessato e la mancanza di un'adeguata rete sociale da cui egli possa attingere informazioni utili alla scelta del proprio difensore.

Il risultato è spesso sconcertante. Senza voler spacciare per assoluta una generalizzazione rozza e ingenerosa, il minor zelo che sovente contraddistingue il lavoro del difensore d'ufficio è infatti una realtà ardua da smentire, e restituisce l'immagine di un processo – quello a carico degli invisibili – segnato da una difesa tecnica tutt'altro che effettiva²¹.

3. Processo *in absentia*

All'usuale intersezione tra difesa d'ufficio e svantaggio economico deve aggiungersi un altro tassello, non di rado ricorrente nel processo a carico dei *disuguali*: la concreta possibilità che si proceda *in absentia* nei confronti di imputati inconsapevoli della pendenza di un processo a loro carico. Il tema, annoso e delicatissimo, è stato fatto oggetto di plurimi ripensamenti da parte del legislatore, che, sollecitato *in primis* dalla Corte europea²², sulla materia è intervenuto per ben quattro volte nell'arco di quasi vent'anni²³. L'ultima delle quali con il d.lgs. 10 ottobre 2022, n. 150: la cosiddetta “riforma Cartabia”.

Rispetto al passato, la situazione sembrerebbe migliorata, soprattutto grazie all'abolizione dell'istituto della contumacia e alla contestuale introduzione, dapprima (con la legge 28 aprile 2014, n. 67), della sospensione del processo nei confronti dell'irreperibile, nonché, nel 2022 (con il decreto legislativo 10 ottobre 2022, n. 150), della sentenza (revocabile) di non doversi procedere per mancata conoscenza della pendenza del *processo* da parte dell'imputato: strada,

²¹ In tema v. M. Busetto, *Controlli giudiziari sulla qualità della difesa tecnica*, Padova, 2017.

²² Si vedano le sentenze Somogy c. Italia, del 18 maggio 2004, e Sejdovic c. Italia, del 10 novembre 2004 (quest'ultima confermata dalla Grande Camera con sentenza del 1° marzo 2006), nonché la ben più risalente Artico c. Italia, del 13 maggio 1980.

Il tema è oggetto di attenzione anche nel diritto dell'Unione europea: v. la direttiva 2016/343/UE del 9 marzo 2016 sul rafforzamento di alcuni aspetti della presunzione di innocenza e del diritto di presenziare al processo nei procedimenti penali.

²³ V. già il decreto-legge 21 febbraio 2005, n. 17, conv. in legge 22 aprile 2005, n. 60, la legge 28 aprile 2014, n. 67, e la legge 23 giugno 2017, n. 103.

quest'ultima, da imboccarsi là dove il giudice possa escludere – sulla scorta della rinnovata disciplina di cui all'art. 420-*bis* c.p.p. – l'effettiva consapevolezza, da parte dell'imputato, circa la pendenza del *processo* (e non semplicemente del procedimento) a suo carico.

In proposito, le novità apportate dalla "riforma Cartabia" sono significative, e, almeno in apparenza, volte a scongiurare la celebrazione di processi a carico di imputati ignari di tale proprio *status*. Infatti, malgrado sia stato introdotto un meccanismo per cui le notifiche all'imputato successive alla prima si effettuano con la consegna dell'atto al difensore (senza possibilità, per tale soggetto, di rifiutare la notificazione), l'art. 157-*ter* c.p.p. contempla un regime derogatorio a tale regola generale, preposto ad assicurare la reale conoscenza degli atti introduttivi del giudizio da parte dell'imputato: il precetto stabilisce che, in difetto di elezione o dichiarazione di domicilio ai sensi dell'art. 161 comma 1 c.p.p., la notifica della *vocatio in ius* debba avvenire presso i luoghi e con le modalità di cui all'art. 157 c.p.p. (e quindi prioritariamente con consegna a mani del destinatario, o comunque presso la casa di abitazione o nel luogo in cui l'interessato svolge la propria attività lavorativa).

Senonché, il sistema responsabilizza sensibilmente la persona sottoposta alle indagini, che, ove richiesta di dichiarare o eleggere domicilio *ex art.* 161 comma 1 c.p.p. (e dunque in occasione di un contatto con l'autorità giudiziaria o con la polizia giudiziaria), è incentivata ad assecondare tale sollecitazione, pena l'operatività del quarto comma dell'art. 161 comma 4 c.p.p. Ai sensi di tale ultimo disposto, se l'elezione o la dichiarazione sollecitate mancano (o sono insufficienti o inidonee), le notificazioni verranno infatti eseguite tramite consegna al difensore²⁴. Ora, è chiaro come tale responsabilizzazione possa dirsi accettabile solo là dove poggi su basi solide: per poter corrispondere ai suoi scopi dichiarati, la nuova disciplina andrà dunque applicata assicurando la comprensione del meccanismo da parte del prevenuto, *in primis* grazie alla presenza di

²⁴ Questo il senso dell'art. 161, comma 4, c.p.p., tanto più alla luce di quanto specificato nell'ultima parte del comma 1 del medesimo articolo, a norma del quale, testualmente, «[...] la persona sottoposta alle indagini o l'imputato sono avvertiti che hanno l'obbligo di comunicare ogni mutamento del domicilio dichiarato o eletto e che in mancanza di tale comunicazione o nel caso di rifiuto di dichiarare o eleggere domicilio, nonché nel caso in cui il domicilio sia o divenga inidoneo, le notificazioni degli atti indicati verranno eseguite mediante consegna al difensore, già nominato o che è contestualmente nominato, anche d'ufficio». In sostanza, il combinato disposto dei commi 1 e 4 dell'art. 161 orientano anche la lettura dell'art. 157-*ter* comma 1 c.p.p., inducendo a ritenere che la mancanza di un domicilio dichiarato o eletto tale da determinare (a norma appunto dell'art. 157-*ter* comma 1 c.p.p.) la necessaria notifica secondo le modalità (particolarmente garantite) di cui all'art. 157 c.p.p. non possa conseguire al rifiuto, da parte dell'indagato, di dichiarare o eleggere domicilio, potendo conseguire solo alla carenza di un contatto tra questi e l'autorità (giudiziaria o di polizia). La conclusione risulta suffragata alla luce delle modifiche operate con il d. lgs. 19 marzo 2024, n. 31. Sul tema v. fra gli altri F. NICOLICCHIA, *Domicilio digitale e notificazioni*, in AA.Vv., *Riforma Cartabia, La nuova giustizia penale*, Padova, 2023, 429 ss., e segnatamente 442.

un interprete, ove necessario²⁵; se così non fosse, il meccanismo non riuscirebbe a garantire la concreta consapevolezza della pendenza del processo da parte del diretto interessato. Né la circostanza che l'elezione di domicilio presso il difensore d'ufficio resti priva di effetto fino a quando l'autorità giudiziaria non riceva la relativa accettazione da parte di quest'ultimo elimina del tutto il rischio che, anche oggi, possano ripetersi i medesimi abusi già verificatisi e denunciati nella vigenza della disciplina precedente alla novella del 2022²⁶.

Al mutato assetto del regime delle notificazioni, la disciplina degli artt. 420-*bis* ss. c.p.p. fa conseguire un altrettanto mutato assetto dei presupposti per poter procedere in assenza, con il riconoscimento, in capo al giudice (e sempre che non si versi in una delle fattispecie considerate dal comma 1), di una maggiore discrezionalità nel valutare le situazioni e le condizioni in presenza delle quali dar corso al processo²⁷. Tale variazione ha senz'altro permesso di superare una delle storture più significative della disciplina previgente, la quale, per come scritta (v. il capoverso dell'art. 420-*bis* c.p.p. ante riforma del 2022), avallava la prosecuzione del processo malgrado l'assenza dell'imputato che avesse (in qualsiasi frangente, e dunque anche in una fase molto acerba delle indagini preliminari) proceduto ad eleggere domicilio anche presso il difensore d'ufficio²⁸.

²⁵ V. sul punto A. MANGIARACINA, *Alla ricerca di un nuovo statuto per l'imputato assente*, in *www.sistemapenale.it*, 30 novembre 2022, 5.

²⁶ Prima della riforma Orlando del 2017, era ammessa la prosecuzione del processo anche nel caso di elezione di domicilio presso lo studio del difensore d'ufficio nominato dalla polizia giudiziaria nel primo atto compiuto con l'intervento della persona sottoposta ad indagini (magari in sede di individuazione, e ancor prima dell'iscrizione della notizia di reato nell'apposito registro): il che si prestava ad avallare la prassi della cosiddetta "falsa reperibilità" dell'interessato, spesso straniero, alloggiato e senza fissa dimora. Proprio per fronteggiare questa situazione paradigmatica, la legge n. 103 del 2017 ha introdotto il comma 4-*bis* nell'art. 162 c.p.p., in forza del quale, per avere effetto, l'elezione di domicilio nello studio del difensore d'ufficio dev'essere esplicitamente accettata da quest'ultimo con atto scritto depositato presso l'autorità procedente: e ciò allo scopo di assicurare l'instaurazione di un rapporto reale ed effettivo tra il domiciliatario e la persona sottoposta alle indagini. Tuttavia, anche tale correttivo è andato incontro a una prassi distorta: quella delle "elezioni di domicilio forzate", denunciata dagli organi rappresentativi dell'avvocatura penale con un'espressione riferita alla pratica, a quanto pare niente affatto isolata, che in passato aveva spesso visto la polizia giudiziaria rimuovere il difensore d'ufficio designato ai sensi dell'art. 97 c.p.p. ove questi non acconsentisse (così come appunto richiesto dall'art. 162 comma 4 *bis* c.p.p.) all'elezione di domicilio della persona sottoposta alle indagini.

²⁷ Sul punto v. S. RENZETTI, *L'udienza preliminare ridisegnata e la nuova udienza di comparizione predibattimentale*, in AA.Vv., *Riassetto della penalità, razionalizzazione del procedimento di primo grado, giustizia riparativa*, Torino, 2023, 126.

²⁸ Sul punto, la riforma Cartabia ha fatto proprio l'insegnamento già espresso dalle Sezioni unite. V. in particolare Sez. Un., 28 novembre 2019, Ismail, in *C.E.D. Cass.*, 279420.

A fronte di ciò, va però detto che l'attuale stesura dell'art. 420-*bis* c.p.p. non scoraggia la possibile reviviscenza di una presunzione di conoscenza fondata sulla (sola) nomina di un difensore di fiducia. Si aggiunga, inoltre, il tenore dell'art. 420, comma 2-*ter*, seconda parte, c.p.p., a norma del quale è (addirittura) considerato presente l'imputato che «è rappresentato in udienza da un procuratore

Tuttavia, anche la nuova disciplina non riesce a rassicurare. Da un lato perché, come già accennato, il giudice può oggi desumere la conoscenza del processo da parte dell'imputato anche sulla scorta di elementi ulteriori rispetto a quelli esemplificativamente elencati dall'art. 420-*bis* comma 2 c.p.p. Dall'altro (e soprattutto) perché la mutata fisionomia della disciplina sin qui riassunta è stata affiancata dall'imposizione – stabilita a pena di inammissibilità dai contestatissimi commi 1-*ter* e 1-*quater* dell'art. 581 comma c.p.p. – di un apposito mandato difensivo ad impugnare rilasciato dopo l'emissione della sentenza che abbia attinto l'imputato nei cui confronti si sia proceduto in assenza (comma 1-*quater*) e della necessaria dichiarazione o elezione di domicilio «ai fini della notificazione del decreto di citazione a giudizio» (commi 1-*quater* e 1-*ter*). Sebbene la preclusione a impugnare in via autonoma da parte del difensore sguarnito di specifico mandato sia connessa alla possibilità, accordata all'imputato già assente, di attivare i rimedi restitutori previsti a suo beneficio, è infatti piuttosto chiaro come gli impervi oneri probatori posti a presidio dell'accesso alla restituzione nel termine e alla rescissione del giudicato rendano tali *chance* empiricamente assai ardue da sfruttare.

Il che porta a constatare come, nella complessiva rivisitazione del processo *in absentia*, la “riforma Cartabia” abbia senz'altro privilegiato istanze efficientistiche: non solo attraverso la modifica (squisitamente nominale) che ha tramutato l'*ordinanza* di sospensione del processo in *sentenza* di non doversi procedere per mancata conoscenza della relativa pendenza (così consentendo di accrescere, a fini statistici, i numeri dei procedimenti che possono oggi dirsi *definiti*); ma anche falcidiando le impugnazioni promosse nell'interesse di imputati ormai divenuti irreperibili e non rintracciabili neppure dai propri difensori: imputati marginali, spesso stranieri, spesso irregolari.

4. Svantaggio economico e provvedimenti *de libertate*

Il rapporto tra disuguaglianze e limitazioni della libertà personale nel corso del procedimento anticipa la medesima dinamica che segnerà la fase dell'esecuzione della pena²⁹, contribuendo a spiegare i numeri di una popolazione carceraria composta in gran parte da persone – spesso stranieri³⁰ – non abbienti e socialmente marginali.

speciale nominato per la richiesta di un procedimento speciale».

²⁹ Sulle quali v., in questo volume, M. BORTOLATO, *Condizioni di marginalità e disuguaglianza del condannato “in executivis”*, retro, nonché A. SBRACCIA, *op. cit.*, retro, § 4.

³⁰ In proposito, va peraltro segnalata una significativa tendenza di cui dà atto l'ultimo Rapporto di Antigone (Ventesimo rapporto delle condizioni di detenzione, in www.rapportoantigone.it): al 31 marzo 2024, i detenuti stranieri nelle carceri italiane per adulti erano 19.108, pari al 31,3% del totale della popolazione detenuta; tale percentuale, in lieve calo rispetto agli anni precedenti, risulta

Il dato può spiegarsi alla luce di svariati fattori.

Innanzitutto, ancor prima di operare nella fase esecutiva, il rigore sanzionatorio riservato a determinare condotte scarica i propri effetti a ritroso, quando il procedimento di cognizione è ancora in corso. L'equazione – riconducibile al principio di proporzionalità – è presto detta: più severa è la forbice edittale stabilita per il reato per cui si procede, più è facile si realizzino i presupposti normativi per l'esercizio del potere coercitivo, a titolo sia cautelare sia precautelare.

In tal senso è paradigmatica innanzitutto la disciplina dell'arresto, che accorda alla polizia giudiziaria il potere di cattura in via urgente, eccezionale e provvisoria solo per delitti che soddisfino determinate soglie di gravità, o rientrano comunque nel corposo elenco stilato – e in perenne ampliamento – dai capoversi dell'art. 380 e dell'art. 381 c.p.p. (in relazione rispettivamente all'arresto obbligatorio e all'arresto facoltativo). In proposito, ancorché tra i casi passibili di arresto figurino pure alcuni delitti tipicamente riconducibili ai colletti bianchi (come alcune ipotesi di corruzione e l'abuso d'ufficio, per i quali l'arresto è facoltativo), l'impostazione securitaria di tale disciplina testimonia la prevalenza di arresti eseguiti per reati predatori, tendenzialmente ascrivibili alle fasce più disagiate della popolazione e più facili da incontrare per le forze di pubblica sicurezza impegnate nel controllo sul territorio: e dunque, oltre che per rapina (delitto ad arresto obbligatorio), anche per furto, per il quale l'arresto è facoltativo solo in relazione alla fattispecie base, ma diventa obbligatorio per quelli in abitazione e con strappo, nonché per le fattispecie aggravate³¹.

La sovraesposizione di tali fattispecie (insieme a quelle legate al traffico di stupefacenti) tra i reati che in concreto sfociano in un arresto si ripercuote, a cascata, anche sulle forme di esercizio dell'azione penale, rendendo possibile che si proceda mediante giudizio direttissimo, la cui instaurazione è addirittura obbligatoria ove non siano necessarie particolari indagini³².

A ben vedere, il codice di rito concepisce tanto l'arresto quanto il giudizio direttissimo quali strumenti in grado di fornire una forte risposta simbolica alla commissione di delitti che suscitano allarme sociale. Nella sua forma più contratta, che è poi quella di maggior impatto statistico, il rito speciale si caratterizza infatti per una tempistica "estrema": entro quarantotto ore dalla

però in calo significativo rispetto a quindici anni prima, quando superava il 37%.

³¹ Ciò posto, il nudo dato normativo certamente non basta a spiegare l'incidenza complessiva degli arresti per reati contro la proprietà (cui vanno naturalmente aggiunti anche quelli concernenti il traffico di sostanze stupefacenti); in tal senso gioca infatti anche la natura selettiva del controllo operato *in primis* dall'autorità di pubblica sicurezza. V. in proposito A. SBRACCIA, *op. cit.*, § 1.

³² V. il tenore dell'art. 449 c.p.p., così come interpolato dall'art. 2, comma 1, lett. c) del decreto legge 23 maggio 2008, n. 92, convertito con legge 24 luglio 2008, n. 125.

cattura da parte della polizia giudiziaria, l'imputato viene condotto dinanzi al giudice del dibattimento per la convalida e il contestuale giudizio. Il presupposto di questa procedura sta nello stato di flagranza (o di quasi flagranza) nella commissione di uno tra i delitti per i quali è prescritto l'arresto (obbligatorio o discrezionale). Con questo rito, il sistema si munisce dunque di un *modus operandi* agile, affidando un ruolo cruciale alla polizia, titolare del potere di arresto, e al pubblico ministero, cui è rimessa la scelta di trarre direttamente a giudizio l'imputato. In tal modo, l'ordinamento mira a perseguire le espressioni di criminalità che scuotono più fortemente l'opinione pubblica, esibendo tempestività ed efficienza (anche in chiave propagandistica³³) nel catturare e giudicare *ex abrupto* la persona gravemente indiziata (poiché colta sul fatto) di un delitto grave.

La dosimetria della forbice edittale rileva, naturalmente, anche ai fini della possibilità di attivare l'incidente cautelare *de libertate*. Pure a tale proposito, è ancora una volta paradigmatica l'ipotesi del furto: se stando alla disciplina dell'art. 624 c.p. – che descrive il trattamento sanzionatorio per il delitto nella sua forma basica – è normativamente possibile applicare solo misure cautelari personali (coercitive o interdittive) diverse dalla cattività carceraria, è chiaro come l'eventuale (ma praticamente inevitabile) ricorrenza di una o più fra le numerose aggravanti stabilite dall'art. 625 c.p. finisca per rendere operativa la custodia cautelare anche nella sua declinazione più estrema.

Rilevanti e decisive, in tal senso, sono infatti le disposizioni di cui all'art. 280 e 275 comma 2 c.p.p.: se la prima (art. 280 comma 1) pone i requisiti per poter applicare le misure coercitive (con una disciplina specifica e più stringente per la custodia in carcere: comma 2), la seconda prescrive al giudice cautelare di orientare la scelta della misura in funzione non solo del principio di adeguatezza, ma anche di quello di proporzionalità: principio che come tale assegna rilevanza alla «gravità del fatto e della pena che sia stata o si ritiene possa essere irrogata».

Al di là di questo dato – che fa coerentemente discendere un regime cautelare potenzialmente più duro dalla gravità del trattamento sanzionatorio associato alla fattispecie incriminatrice (e dunque dal particolare regime punitivo previsto per alcuni ricorrenti “reati dei poveri”) – la disciplina in materia di libertà personale finisce per pregiudicare gli individui socialmente deboli anche per altre ragioni.

Numerosi infatti sono i fattori che rendono più difficile, per il marginale, accedere a regimi coercitivi meno rigorosi rispetto a quello carcerario.

Innanzitutto, benché la disciplina degli arresti domiciliari, racchiusa nell'art. 284 c.p.p. (ed oggetto di specifico rinvio da parte dell'art. 47-ter ord.

³³ G. ILLUMINATI, *La presunzione d'innocenza dell'imputato*, Bologna, 1979, 224.

penit.), mostri attenzione alle esigenze di sostentamento economico dell'imputato e della sua famiglia – prevedendo la possibilità che il giudice autorizzi l'imputato ad assentarsi dalla propria abitazione, dimora o altro luogo di cura o assistenza quando questi versi in uno stato di assoluta indigenza, consentendo l'espletamento di una attività lavorativa, ovvero quando non possa in altro modo «provvedere alle sue indispensabili esigenze di vita» –, va detto che la giurisprudenza è molto parca nell'applicare la norma, dichiaratamente qualificata come eccezionale e dunque da interpretarsi in modo restrittivo³⁴.

Ma ancora prima, e per così dire a monte, è il presupposto stesso della disponibilità di un domicilio a impedire, radicalmente e *ab ovo*, l'applicazione degli arresti domiciliari al posto del carcere³⁵.

Questo aspetto è emerso in modo nitidissimo nella vicenda che ha segnato la genesi e la stabilizzazione normativa di quella particolare disciplina – introdotta nel 2014 nell'ambito del pacchetto di riforme varate in risposta alla sentenza Torreggiani della Corte europea – da taluni efficacemente ribattezzata «indulto cautelare mascherato»³⁶: icastica espressione che allude all'innesto, nel comma 2 *bis* dell'art. 275 c.p.p., del divieto di applicare la custodia in carcere ove il giudice sia in grado di pronosticare un esito di condanna ad una pena che non superi i tre anni di reclusione.

Nella sua versione originaria, inserita con decreto-legge 26 giugno 2014, n. 92, la norma stabiliva una preclusione dal contenuto generalizzato. Infatti, per come il precetto era congegnato nella sua primigenia versione, l'indisponibilità di un domicilio, unita alla prognosi di una pena non superiore ai tre anni, avrebbe giocoforza determinato questa situazione: all'impossibilità giuridica di applicare la cattività carceraria si sarebbe giocoforza sommata anche l'impossibilità (materiale e giuridica) di applicare gli arresti domiciliari, con conseguente sottoposizione del non abbiente a una misura obbligatoria necessariamente meno rigorosa (della custodia tanto carceraria quanto domiciliare). Questa singolare “rivincita dei poveri” ha però avuto vita breve. Infatti, la legge di conversione del d.l. n. 92/2014 (legge 11 agosto 2014, n. 117) è prontamente intervenuta inserendo, tra le numerose deroghe al divieto in origine incondizionato³⁷, quella che si verifica

³⁴ Definisce la previsione come eccezionale, tra le altre, Cass. pen., Sez. II, 22 settembre 2016, Condorelli, in *C.E.D. Cass.*, n. 268852. In particolare, è ricorrente l'assunto che esclude la possibilità di ritenere provata la situazione di assoluta indigenza nell'intervenuta ammissione al patrocinio a spese dello Stato: v. ad esempio anche Cass. pen., Sez. III, 17 novembre 1999, *ivi*, n. 215522.

³⁵ V. ad esempio Cass. pen., Sez. II, 20 dicembre 2012, Di Mattia, in *C.E.D. Cass.*, 254777.

³⁶ La ficcante espressione, adespota ma a quanto pare diffusa nel gergo giudiziario, venne riportata a chi scrive durante una conversazione intercorsa con il dottor Alberto Albiani (che quando venne introdotto il precetto menzionato nel testo rivestiva la carica di Presidente del Tribunale del riesame di Bologna).

³⁷ Tra cui spiccano le esclusioni oggettive, ove si proceda per i delitti di cui agli artt. 423-*bis*, 572, 612-*bis*, 612-*ter* e 624-*bis* c.p., nonché all'art. 4-*bis* della legge 26 luglio 1975, n. 354; ipotesi alle quali vanno aggiunte quelle considerate dagli artt. 276, comma 1-*ter*, e 280, comma 3, c.p.p. (relativamente ai casi in

ove «gli arresti domiciliari non possano essere disposti per mancanza di uno dei luoghi di esecuzione indicati nell'articolo 284, comma 1» c.p.p.

Sebbene rifletta un dato normativo generale e preesistente – non è certo una novità che gli arresti domiciliari possano eseguirsi solo nei confronti di chi possa vantare la disponibilità di un alloggio – questa vicenda normativa testimonia in modo plastico lo “svantaggio cautelare” dell'indigente, che si traduce in un *surplus* di coercizione determinato da condizioni personali niente affatto sintomatiche di una particolare intensità delle esigenze cautelari, e tuttavia feroce di una sensibile disparità di trattamento.

La circostanza che tale disparità di trattamento, derivando da una mera situazione di fatto, sia giuridicamente inattaccabile (poiché non censurabile sul piano costituzionale) non ha ostacolato la ricerca di soluzioni atte a risolvere il problema; in tal senso, merita di essere ricordata la proposta della Commissione Palazzo sulla riforma del sistema sanzionatorio penale, che aveva suggerito la creazione di «luoghi non custodiali di dimora sociale» utili a consentire la praticabilità di una misura domiciliare anche nei confronti dei non possidenti³⁸. La proposta, tuttavia, è rimasta sulla carta.

Sulla scorta di quanto rilevato, è insomma chiaro quanto l'indigenza sia destinata a risolversi, prima ancora che nell'impossibilità della detenzione domiciliare dopo la condanna, innanzitutto nell'impossibilità di accedere alla misura *ex art.* 284 c.p.p. Con una discriminazione (dovuta a ragioni fondamentalmente economiche) destinata a replicare ed amplificare i propri effetti anche alla luce di altre cruciali disposizioni. Da un lato perché sbarra la strada pure agli arresti domiciliari presidiati dal monitoraggio elettronico (il cui innesto nel sistema, arrivato con il “decreto antiscarcerazioni” del 2000³⁹, ha trovato un riscontro empirico finalmente significativo solo grazie alla riformulazione dell'art. 275-*bis* c.p.p. intervenuta nel 2013⁴⁰ e all'aumento delle dotazioni nel frattempo messe a disposizione dell'autorità giudiziaria)⁴¹. Dall'altro lato perché blocca *a priori* anche la sospensione dell'ordine di esecuzione, che non

cui l'imputato trasgredisca alle prescrizioni di misure cautelari personali di natura obbligatoria).

³⁸ Il riferimento è allo schema per la redazione di principi e criteri diretti di delega legislativa in materia di riforma del sistema sanzionatorio penale (dicembre 2013) redatta dalla commissione insediata presso il Ministero della giustizia e presieduta dal prof. Palazzo.

³⁹ V. decreto legge 24 novembre 2000, n. 341, conv. con mod. dalla legge 19 gennaio 2001, n. 4.

⁴⁰ Attraverso un maldestro intervento sul primo comma dell'art. 275-*bis* c.p.p., con il d.l. 23 dicembre 2013, n. 146, poi conv. con l. 21 febbraio 2014, n. 10, il legislatore ha cambiato la locuzione «se lo ritiene necessario» – presente nella stesura originaria della norma – in quella «salvo che lo ritenga non necessario», che tuttora vi è presente. Sull'inappropriatezza di tale modifica v. E. VALENTINI, *Arresti domiciliari e indisponibilità del braccialetto elettronico: è il momento delle Sezioni unite*, in *www.penalecontemporaneo.it*, 27 aprile 2016.

⁴¹ Peraltro, sui possibili effetti negativi che investono le persone cui viene applicato il monitoraggio elettronico v. le lucide osservazioni di C. CESARI, *Efficienza, innovazione e nuove disuguaglianze nel sistema processualpenalistico*, in questo volume, *retro*, p. 82.

opera «nei confronti di coloro che, per il fatto oggetto della condanna da eseguire, si trovano in stato di custodia cautelare in carcere nel momento in cui la sentenza diviene definitiva» (art. 656, comma 9, lett. *b* c.p.p.): un precetto, quest'ultimo, che trova la sua *ratio* nella particolare intensità di esigenze cautelari ritenute affrontabili con la sola custodia in carcere, e che però estende il proprio raggio d'azione pure nei confronti di chi, astrattamente sottoponibile agli arresti domiciliari (poiché portatore di un minor rischio cautelare), sia però sguarnito di un alloggio, oltre che di una qualche rete familiare o sociale che possa soccorrerlo offrendo la propria ospitalità⁴².

Se ciò non bastasse, ancora più a monte è la valutazione stessa circa la sussistenza dei *pericula libertatis* a far toccare con mano il pre-giudizio che spesso accompagna l'imputato economicamente svantaggiato. Si pensi alla diffusa tendenza a riscontrare un sintomo del pericolo di reiterazione del reato nella precarietà lavorativa che eventualmente dovesse contraddistinguere la posizione soggettiva dell'imputato⁴³; tendenza riassunta dalla ricorrente formula della «mancanza di fonti lecite da cui trarre reddito o mezzi di sostentamento»⁴⁴. Oppure (ancora una volta) alla carenza di una fissa dimora: benché la giurisprudenza affermi che il rischio di fuga non può desumersi dalla mera irreperibilità della persona priva di un domicilio, per il diritto vivente tale condizione identifica comunque un sintomo rilevante da cui desumere (insieme ad altri fattori) il pericolo di cui all'art. 274 comma 1 lett. *b*) c.p.p.⁴⁵.

Ciò dimostra che, per quanto astrattamente neutre, e al di là delle dichiarazioni di principio⁴⁶, le condizioni di marginalità esistenziale in cui even-

⁴² Se osservata dal punto di vista dello straniero, l'effetto domino descritto nel testo si compone anche di un ulteriore tassello, così com'è attestato da questa massima: «l'espulsione come misura alternativa alla detenzione, prevista dall'art. 16, comma quinto, decreto legislativo 25 luglio 1998 n. 286 [d'ora in poi T.U.I.] non può essere disposta nei confronti dello straniero condannato, che si trovi agli arresti domiciliari per il fatto oggetto della condanna da eseguire» (Cass. pen., Sez. I, 16 giugno 2010, Malkuci, in *C.E.D. Cass.*, n. 247729; v. anche, fra le altre, Sez. I, 29 settembre 2015, Meta, *ivi*, n. 266218, nonché, Sez. I, 25 settembre 2019, De la Cruz, *ivi*, 277328).

⁴³ Tuttavia, l'argomento viene talvolta ribaltato; non è infatti raro riscontrare l'affermazione della sussistenza di una particolare proclività a delinquere in capo all'imputato che, pur non versando in condizioni di indigenza, si sia comunque determinato a commettere il reato per il quale è attinto da gravi indizi di colpevolezza (v. in tal senso Cass. pen., Sez. VI, 20 febbraio 2002, Frasherì, in *C.E.D. Cass.*, n. 222242).

⁴⁴ Formula testualmente riportata, non a caso, da R. DE VITO, *Custodia cautelare in carcere ed esecuzione della pena. Riflessioni sui recenti innesti normativi*, in *Misure cautelari e libertà personale*, Speciale di *Quest. giust.*, 2014, 56. Nella giurisprudenza di legittimità si veda ad esempio Cass. pen., Sez. III, 17 febbraio 2016, Mazzilli, in *C.E.D. Cass.*, n. 266425; in quella di merito, e sebbene il provvedimento sia stato oggetto di un'erronea narrazione sugli articoli di stampa, che non hanno correttamente inteso il significato del riferimento all'assenza di un'occupazione lavorativa ai fini di cui all'art. 274 lett. *c*) c.p.p., v. Trib. Milano, Sezione XII Penale in funzione di Giudice del riesame, ordinanza 18 luglio 2018, che si può leggere in www.giurisprudenzapenale.it.

⁴⁵ V. Cass. pen., Sez. II, 2 dicembre 2005, P.M. in proc. Belal ed altri, in *C.E.D. Cass.*, n. 232866.

⁴⁶ Come ad esempio quella racchiusa nella storica sentenza con cui le Sezioni unite (pur confrontandosi con un istituto attinente all'esecuzione penale e non alla materia cautelare) hanno "aperto"

tualmente versi il prevenuto si traducono in un più frequente ricorso alla tutela cautelare personale (in particolare a quella carceraria) rispetto a quanto non accada agli esponenti delle fasce sociali più abbienti⁴⁷.

Tale realtà è agevolata dalla natura del giudizio in punto di *periculum libertatis* (simile a quello sull'adeguatezza della misura da applicare nel caso concreto): se infatti la verifica della gravità indiziaria insiste su un evento passato (il fatto-reato per cui si procede), le esigenze cautelari si proiettano interamente nel futuro. Ne discende quell'elevato tasso di discrezionalità, che – come noto – ha rivestito un ruolo decisivo nel determinare l'abuso della custodia in carcere riscontrabile nel nostro sistema, e che qualche anno fa è sfociato anche nella proposizione del quesito referendario inteso a eliminare il rischio di commissione di un delitto della stessa specie rispetto a quello per cui si procede. In genere, tale specifico rischio viene ricavato dai medesimi atti a contenuto probatorio che testimoniano l'esistenza del *fumus commissi delicti*, così finendo per rendere più agevole l'applicazione della cautela evocando una fattispecie – quella di cui all'art. 274, lett. c), c.p.p. – “buona per tutte le stagioni”, e che chiama il giudice a un tipo di verifica non distante da quello richiesto dall'art. 133 c.p., nella parte in cui la disposizione, prescrivendo al giudice di valutare la capacità a delinquere del reo, deve desumere quest'ultima, fra l'altro, dalle sue «condizioni di vita individuale, familiare e sociale».

In tale contesto, non sembra un caso se gli interventi tesi a calmierare il ricorso alle limitazioni della libertà personale nel corso del procedimento – che hanno visto plurimi e ripetuti interventi sulla disciplina della descrizione normativa dei *pericula libertatis* (art. 274 c.p.p.) e sul contenuto necessitato dell'ordinanza applicativa dell'ordinanza cautelare (art. 292 c.p.p.) – si devono in massima misura a due fondamentali riforme organiche della materia cautelare, ossia le leggi 8 agosto 1995, n. 332 e 16 aprile 2015, n. 47. Mentre la seconda (e più recente) novella ha inteso recepire le indicazioni racchiuse nella già citata sentenza Torreggiani contro Italia (nella prospettiva di affrontare il sovraffollamento carcerario endemico del nostro circuito penitenziario), la prima individua la risposta parlamentare al *modus procedendi* che ha marcato le inchieste di Tangentopoli, indotta dalla denuncia di un impiego eccessivo

all'affidamento in prova al servizio sociale per il cittadino extracomunitario irregolare sul territorio dello Stato, escludendo dunque l'ostatività della carenza di permesso di soggiorno: Sez. un., 28 marzo 2006, Alloussi, in *C.E.D. Cass.*, n. 233420.

⁴⁷ Così si esprimevano, nel 2014, M.E. GAMBERINI, G. LEO, S. MUSOLINO, L. PONIZ, in *Misure cautelari e limitazioni della libertà personale*, in *Misure cautelari e libertà personale*, cit.: «i dati – tanto nazionali che locali – attestano numeri bassissimi di intervento cautelare in caso di delitti contro la Pubblica amministrazione, reati fiscali e societari, pur a fronte di una incontestata incidenza di tali delitti e altrettanto incontestata gravità della loro incidenza; e peraltro, la comparazione a livello europeo indica questa volta davvero rapporti “rovesciati”, Paesi che registrano detenuti per violazioni fiscali in numero superiore a quelli per violazione delle norme in materia di stupefacenti».

della cautela carceraria: impiego eccessivo che però era risalente e tutt'altro che inedito, ma è assurdo a priorità politica solo perché molte fra le persone che ne erano state attinte in quella particolare stagione appartenevano alle classi dirigenti.

Nel loro insieme, i fattori passati velocemente in rassegna si pongono alla radice di un fenomeno ricorrente nella penalità di bassa e media gravità (quella concernente furti, ricattazioni, evasioni, rapine, violazione della disciplina in materia di stupefacenti), anch'esso più volte denunciato: la sostanziale attribuzione alla custodia cautelare di una funzione non tanto anticipatoria, quanto addirittura totalmente surrogatoria di quella della pena⁴⁸: «non è insolito, infatti, soprattutto nell'ambito della penalità dei marginali sociali, che i condannati arrivino liberi alla fase dell'esecuzione della pena e della decisione sulla misura alternativa, ma con alle spalle lunghi (e poco proporzionati) presofferti cautelari, vissuti in istituti sovraffollati e in assenza di ogni prospettiva di trattamento rieducativo (di necessità, stante la presunzione di non colpevolezza⁴⁹)»⁵⁰. Un fenomeno, questo, senz'altro suscitato anche dalla pressione della collettività, che – oltremodo sensibile al mantra della sicurezza pubblica – incide sull'atteggiamento della magistratura, propensa a chiedere (la magistratura inquirente) e a disporre (quella giudicante) l'applicazione di misure cautelari con spiccata frequenza innanzitutto nelle vicende giudiziarie che coinvolgono i marginali, ritenuti portatori di una spiccata pericolosità sociale⁵¹.

5. La disuguaglianza anche formale: il processo a carico degli stranieri irregolari

Nell'ambito di questo scritto, una considerazione a parte va necessariamente rivolta al processo a carico dello straniero irregolare, la cui peculiare deli-

⁴⁸ V. in tal senso, fra gli altri, G. ILLUMINATI, *Verso il ripristino della cultura delle garanzie in tema di libertà personale dell'imputato*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2015, 1138, e E. AMODIO, *Inviolabilità della libertà personale e coercizione cautelare minima*, in AA.VV., *Le fragili garanzie della libertà personale*, Milano, 2014, 13 ss.

⁴⁹ Il dato non è privo di rilevanza. Per le sensibili divergenze tra il trattamento detentivo dell'imputato (recluso a titolo di custodia) e quello del condannato (in carcere a titolo di pena) si rinvia al breve saggio E. VALENTINI, *Il regime carcerario del detenuto cautelare*, in AA.VV., *Studi in onore di L. Stortoni*, a cura di M. MANTOVANI, F. CURI, S. TORDINI CAGLI, V. TORRE, M. CAIANIELLO, 2016, 653-664.

⁵⁰ R. DE VITO, *loc. ult. cit.*

⁵¹ «L'impressione – qui la riflessione si colora immediatamente di significato politico – è che anche da parte nostra vi sia una certa assuefazione (magari anche solo a livello di sfondo psichico inconsapevole) all'idea che la misura cautelare coercitiva possa servire a soddisfare la domanda di giustizia di un'opinione pubblica sempre più portatrice di un'ossessione «patibolare» e ad anticipare funzioni, in particolare retributiva e general-preventiva, che non le sono proprie»: così R. DE VITO, *op. cit.*, 57.

catezza si ascrive non solo alla condizione di svantaggio economico, culturale e linguistico in cui spesso versa il suo protagonista (e che vede quest'ultimo scontrarsi con difficoltà in parte già segnalate nelle pagine precedenti), ma anche a precise ed esplicite scelte normative. Infatti, il rito destinato a celebrarsi nei suoi confronti è costellato di istituti che, complessivamente considerati, evidenziano con nitore la volontà di allestire una disciplina diversa e meno garantita: una disciplina *disuguale* per lo straniero privo di legittimazione al soggiorno.

Tali istituti – che sarà qui impossibile esaminare nel dettaglio – sono ispirati alla strategia della cosiddetta *crimmigration*⁵², protesa verso un obiettivo dichiarato – tutt'altro che agevole da concretizzare – rincorso con una pervicacia addirittura ossessiva: l'allontanamento dello straniero irregolare dai confini nazionali ed europei. In vista di tale scopo, i diversi settori disciplinari coinvolti – il diritto penale, la procedura penale e il diritto amministrativo – si intersecano secondo percorsi, in apparenza schizofrenici e pletorici, che è possibile decifrare solo avendo ben chiara la centralità del rimpatrio, unica (e velleitaria) priorità perseguita dalla legge.

In tale disegno, si riscontra innanzitutto l'incremento della risposta penale per le violazioni del diritto amministrativo dell'immigrazione, attuato criminalizzando un numero sempre maggiore di condotte, inserite nell'area del penalmente rilevante – in modo graduale ma inesorabile – nei primi due lustri del nuovo millennio: la trasgressione al divieto di reingresso nel territorio dello Stato (*ex art. 13 comma 13 ss. T.U.I.*, originariamente punita a titolo contravvenzionale, e nel 2004 trasformata in delitto con un sensibile inasprimento della risposta detentiva⁵³); l'inottemperanza all'ordine di allontanamento impartito dal questore (di cui ai commi 5-ter e 5-quater dell'art. 14 T.U.I., introdotti con la legge "Bossi-Fini" del 2002 e fatta oggetto di una successiva impennata sanzionatoria con il d.l. 14 settembre 2004, n. 241⁵⁴); l'ingresso e la permanenza illeciti nel territorio nazionale (contravvenzione descritta dall'art.

⁵² L'efficace neologismo – una crasi che (intuibilmente) allude al fenomeno della *criminalization of immigration law* – si deve a J. STUMPF, *The crimmigration crisis: immigrants, crime, and sovereign power*, in *American University Law Review*, 2006, 367 s.

⁵³ Cfr. d.l. 14 settembre 2004, n. 241, su cui si tornerà anche nella nota successiva.

⁵⁴ In tale momento il reato, che nella sua primigenia veste contravvenzionale era punito con la pena dell'arresto da sei mesi a un anno, viene trasformato in delitto, e punito con la detenzione compresa da uno a quattro anni. Tale abnorme incremento, recepito dalla legge di conversione 12 novembre 2004, n. 271, è stato indotto dalla palpabile insofferenza del Governo verso la sentenza costituzionale n. 223 del 2004, con cui il Giudice delle leggi aveva bocciato la previsione dell'arresto stabilito dall'art. 14 comma 5-quinquies T.U.I. in relazione all'iniziale veste del reato, quella (appunto) contravvenzionale. La natura precautelare dell'arresto si spiega infatti solo alla luce della possibile applicazione di una misura cautelare personale, impossibile ove si proceda per una contravvenzione: il che aveva indotto la Corte costituzionale a dichiarare l'illegittimità della relativa previsione.

10-*bis* T.U.I., inserito nel 2009 e mai espunto dall'ordinamento nonostante la presenza di una direttiva di legge delega intesa alla sua depenalizzazione⁵⁵).

Su un secondo versante, si osserva una dinamica speculare, che coniuga conseguenze amministrativistiche a condanne penali. Negli anni, essa ha visto via via ampliato il potere giudiziale di disporre l'espulsione a titolo tanto di misura di sicurezza quanto di sanzione sostitutiva o alternativa⁵⁶; ma si è parallelamente consolidata soprattutto mediante l'assegnazione a determinate condanne penali di un effetto preclusivo *ex lege* della concessione e del rinnovo del permesso di soggiorno: un effetto preclusivo che sostituisce l'espulsione giudiziale, poiché ne supera la mancata imposizione determinando i presupposti dell'espulsione prefettizia conseguente all'assenza di un valido titolo di soggiorno (*ex art. 13, comma 2, lett. a e b, T.U.I.*)⁵⁷.

Spesso, le due dinamiche appena menzionate hanno trovato un punto di incontro, una sintesi: in particolare là dove per alcuni reati propri dello straniero irregolare è prevista l'espulsione in sostituzione di una pena pecuniaria⁵⁸, con un meccanismo punitivo che da un lato, andando ad attingere persone quasi sempre in stato di indigenza, risulta votato all'ineffettività, e che dall'altro contempla una sanzione sostitutiva (pletoricamente destinata a "duplicare" l'espulsione amministrativa prefettizia *ex art. 13 comma 2, lett. a e b, T.U.I.*) più severa di quella prevista in via principale.

In questo gioco di specchi tra il diritto penale e quello amministrativo, la procedura penale si è anch'essa deformata, piegandosi a funzioni distanti dal suo scopo istituzionale, che dovrebbe essere quello di accertare l'eventuale commissione di un reato.

A testimonianza di ciò, è davvero paradigmatica la disciplina dei commi 3 ss. dell'art. 13 T.U.I., dedicata ai rapporti tra processo penale ed allontanamento dello straniero dai confini nazionali, e che descrive due istituti assolutamente eccentrici rispetto alla procedura penale comune: il nulla osta giudiziale

⁵⁵ Con l'art. 2, co. 3, lett. *b*) della legge 28 aprile 2014, n. 67, il Parlamento aveva delegato il Governo ad abrogare e a trasformare in illecito amministrativo il reato di «ingresso e soggiorno irregolare nel territorio dello Stato» *ex art. 10-bis* T.U.I. L'esecutivo, tuttavia, facendo leva sul «carattere particolarmente sensibile degli interessi coinvolti dalla fattispecie in esame» ha preferito non esercitare la delega (il virgolettato è tratto dalla relazione al d. lgs. 15 gennaio 2016, n. 8, recante disposizioni in materia di depenalizzazione).

⁵⁶ Si pensi in particolare, oltre che all'innesto nel sistema dell'espulsione quale misura alternativa alla detenzione (che si deve alla legge 30 luglio 2002, n. 189), al drastico ampliamento dell'espulsione quale misura di sicurezza applicabile *ex art. 235 c.p.* (che se prima del d.l. 23 maggio 2008, n. 92, conv. con l. 24 luglio 2008, n. 125, poteva operare solo in caso di condanna superiore ai dieci anni, dopo tale riforma può conseguire all'inflizione di appena due anni di reclusione).

⁵⁷ Si tratta del cosiddetto "automatismo espulsivo", espressione con la quale usualmente ci si riferisce alla disciplina racchiusa agli artt. 4, co. 3, 5, co. 5, e 13, co. 2, lett. *b*) T.U.I.

⁵⁸ E che, stando al diritto vivente, reca con sé anche il paradosso dell'inappellabilità (così Cass. pen., Sez. I, 28 ottobre 2015, P.G. in proc. Safi Tariq, in *C.E.D. Cass.*, n. 265417).

all'espulsione e la sentenza di non luogo a procedere, da pronunciarsi ove il rimpatrio possa essere eseguito prima che l'udienza preliminare volga al termine.

Come intuibile, il nulla osta dell'autorità giudiziaria serve a rendere possibile l'esecuzione dell'espulsione (anche ove questa non sia ancora definitiva) nonostante la pendenza di un procedimento penale a carico dell'espellendo; la sua concessione consente l'allontanamento dell'imputato (o dell'indagato) dal Paese, con una violazione del diritto di difesa tanto eclatante quanto iniqua, limpida espressione della disuguaglianza che segna il processo a carico dello straniero.

In forza di una innovazione introdotta dalla "legge Bossi-Fini", il rilascio del nulla-osta si perfeziona anche tramite silenzio-assenso (istituto familiare al diritto amministrativo ma finora sconosciuto alla procedura penale), secondo una tempistica – quindici giorni, poi ridotti a sette con il "Pacchetto sicurezza" del 2008 – che è stata ironicamente definita «più veloce della luce»⁵⁹.

L'istituto riflette la ferrea volontà di privilegiare il rimpatrio; solo la parallela esecuzione di una misura coercitiva (arresto o custodia in carcere) ha suggerito al legislatore di far prevalere le ragioni della cautela personale su quelle dell'allontanamento. In tale disegno, la saldatura cronologica tra cessazione della restrizione *in vinculis* ed esecuzione del provvedimento espulsivo è perfetta, senza soluzione di continuità: il comma 3-*bis* dell'art. 13 T.U.I. prevede infatti che, nel caso di arresto, il nulla-osta vada rilasciato contestualmente al provvedimento di convalida. Solo ove alla convalida dell'arresto faccia seguito l'applicazione della custodia in carcere, prevarrà l'esecuzione di quest'ultimo provvedimento; ma, a norma del comma 3-*ter*, non appena anche l'ordinanza cautelare dovesse cessare la propria efficacia, «per qualsiasi ragione» (e dunque poiché revocata, annullata o estinta), il giudice dovrà assumere la propria decisione sul nulla-osta, con il medesimo provvedimento che decreti la cessazione dello *status custodiae* (e altresì comunicando immediatamente il provvedimento al questore).

Il nulla osta può essere negato solo quando la permanenza in Italia dell'imputato sia imposta da «inderogabili esigenze processuali valutate in relazione all'accertamento della responsabilità di eventuali concorrenti nel reato o imputati in procedimenti per reati connessi, e all'interesse della persona offesa». La salvaguardia del diritto di difesa – e in particolare il diritto all'autodifesa – non viene dunque considerata neppure astrattamente idonea a legittimare il diniego.

⁵⁹ A. PUGIOTTO, «Purché se ne vadano». *La tutela giurisdizionale (assente o carente) nei meccanismi di allontanamento dello straniero*, in *Lo statuto costituzionale del non cittadino. Atti del XXIV Convegno annuale dell'Associazione italiana dei costituzionalisti*. Cagliari, 16-17 ottobre 2009, in *Diritto e società*, 2009, 491.

Tentando di addolcire il plateale contrasto tra questa disciplina e l'art. 24 Cost., il legislatore prevede che, una volta espulso, l'imputato possa chiedere di essere autorizzato a rientrare per partecipare al dibattimento a suo carico (art. 17 T.U.I.). Ma in concreto è piuttosto difficile che lo faccia, non foss'altro per le significative difficoltà burocratiche ed economiche connesse all'esercizio di tale diritto, come pure, ancor prima, per la probabile inconsapevolezza, da parte sua, dell'esistenza stessa di tale possibilità. È dunque manifesta l'ipocrisia di questa disposizione, visibilmente concepita come una foglia di fico per "salvare" una grave compressione del diritto di difesa (specie considerando che la giurisprudenza esclude l'impugnabilità del nulla-osta⁶⁰); e ne è altrettanto manifesta la natura paradossale: il combinato disposto degli artt. 13 comma 3 e 17 T.U.I. ci consegna infatti l'assurdo di un giudice vincolato al rilascio del nulla osta anche nel caso in cui lo straniero, espulso, avrebbe poi il diritto di rientrare in Italia.

A questa regolamentazione del nulla-osta (negli anni ritoccata nella prospettiva di estenderne il perimetro operativo), la legge "Bossi-Fini" ha affiancato un istituto ancora più stravagante, collocato al comma 3-*quater* del medesimo art. 13 T.U.I.: stando a questo precetto, se l'esecuzione dell'espulsione, resa possibile proprio dal nulla-osta giudiziale, interviene prima del rinvio a giudizio, il processo penale è destinato a concludersi con una sentenza di non luogo a procedere. Proprio così: questa regola prescrive l'aborto del processo penale che non abbia ancora oltrepassato l'udienza preliminare. Ove invece la possibilità di dar corso all'espulsione sopraggiunga dopo l'approdo alla fase del giudizio, la relativa esecuzione, pur senza arrestare la celebrazione del processo⁶¹, impedisce comunque la concreta partecipazione dell'imputato al dibattimento.

Le riserve generate da questa disciplina sono numerose e difficili da superare; per di più, esse sono destinate a moltiplicarsi, visto che la possibilità di chiudere la partita con una sentenza di non luogo a procedere genera dubbi di tenuta costituzionale addirittura opposti fra loro, potendo l'istituto esser taciato tanto di privilegiare quanto di discriminare lo straniero⁶². Sennonché, e anche a volerla considerare vantaggiosa, questa sentenza è tutt'altro che stabile.

⁶⁰ V. fra le altre Cass. pen., sez. IV, 24 maggio 2016, Arapi, in *C.E.D. Cass.*, n. 266849 – 01, che richiama in tal senso sia il principio di tassatività delle impugnazioni sia la «funzione meramente accessoria del nulla-osta rispetto al decreto di espulsione, verso cui vanno indirizzate le eventuali doglianze dell'interessato».

⁶¹ L'udienza preliminare è infatti l'unica sede processuale che può sfociare in una sentenza *ex art.* 425 c.p.p.

⁶² Naturalmente, tutto dipende dal punto di vista considerato: da un lato, infatti, la sentenza di non luogo a procedere lo esenta da una possibile condanna penale; dall'altro, l'allontanamento forzato (senza potersi difendere nel processo) costituisce comunque un esito talmente pregiudizievole da poter determinare una violazione dell'art. 3 Cost. (ancorché da una prospettiva inversa).

Tale esito decisorio è infatti destinato alla revoca ogniqualvolta lo straniero, allontanato e “beneficiario” dal *non liquet* giudiziale, faccia illecitamente reingresso nel Paese: a norma del comma 3 *quinquies*, non solo il processo è destinato a riaprirsi (tramite il meccanismo di cui all’art. 345 c.p.p., dedicato alla eventuale sopravvenienza di una condizione di procedibilità), ma è destinato a “risorgere” anche il regime cautelare custodiale eventualmente spirato per decorrenza dei termini prima che lo straniero fosse stato allontanato.

La disciplina dei commi 3-3-*quinquies* dell’art. 13 T.U.I. ha un ambito operativo generale, che non si esaurisce nei processi per i reati che puniscono la condizione di irregolarità (per i quali, se si eccettua la trasgressione del divieto di reingresso, vale oltretutto la disciplina ancora più snella stabilita dai commi 5 dell’art. 10-*bis* e 5-*septies* dell’art. 14 T.U.I.⁶³). Se infatti, in origine il comma 3-*sexies* dell’art. 13 T.U.I. escludeva a priori la concedibilità del nulla-osta ove si procedesse per una serie di delitti particolarmente gravi⁶⁴, a partire dal 2005 non è più così: esso può essere rilasciato in relazione a qualsiasi fattispecie, e dunque anche per delitti di estrema gravità; in forza di ciò, la richiesta di nulla-osta è destinata (non al rigetto, ma) all’attesa solo finché l’imputato resti sottoposto alla custodia cautelare in carcere.

Il risultato è chiaro: il ruolo ancillare della procedura penale nei confronti della disciplina amministrativa volta all’esecuzione dei rimpatri va ben oltre i procedimenti per i reati propri dello straniero irregolare, con una portata trasversale sovversiva degli scopi del processo. A prevalere è la semplice condizione soggettiva di clandestinità o irregolarità dell’imputato sul territorio na-

⁶³ Ove si proceda per i più ricorrenti tra i reati propri dello straniero irregolare, disposizioni specifiche declinano la medesima logica secondo una regolamentazione improntata ad una ancor maggiore snellezza operativa. Infatti, per i reati di cui agli artt. 10-*bis* e 14, comma 5-*ter* e 5-*quater*, la procedura è ancora più veloce, ed è descritta in termini sovrapponibili tra loro (rispettivamente dai commi 5 dell’art. 10-*bis* e 5-*septies* dell’art. 14 T.U.I.): per dar luogo all’espulsione non è neppure necessario il nulla-osta; la sentenza di non luogo a procedere può essere pronunciata in qualsiasi momento, e dunque anche una volta che il processo sia approdato alla fase dibattimentale; se poi lo straniero rientra illegalmente nel territorio dello Stato prima che cessi il divieto di reingresso, troverà applicazione l’art. 345 c.p.p., con conseguente riapertura del procedimento.

Alla luce di questa labirintica disciplina, il rapporto tra i tre diversi rami dell’ordinamento coinvolti – il diritto penale, la procedura penale e il diritto amministrativo – può raggiungere percorsi e risultati a dir poco schizofrenici. Ponendo mente al caso in cui lo straniero sia tratto a processo per accertare i reati di immigrazione clandestina o di inottemperanza all’ordine di allontanamento, ci si ritrova dinanzi a questo scenario: il sistema stigmatizza penalmente la condizione di irregolarità, così mettendo in moto la costosa macchina del procedimento penale; ma se nel frattempo l’espulsione diventa concretamente eseguibile, il processo si ritrae, esaurendosi in una sentenza dal contenuto meramente formale.

⁶⁴ Il comma 3-*sexies* dell’art. 13 T.U.I., introdotto dalla legge n. 189/2002, inizialmente escludeva la possibilità di accordare il nulla-osta ove si procedesse per uno o più delitti previsti dall’art. 407, comma 2, lett. a), c.p.p., nonché dall’art. 12 T.U.I. Di lì a poco, però, tale comma è stato eliminato, in particolare con il d.l. 27 luglio 2005, n. 144, conv. con mod. nella l. 31 luglio 2005, n. 155.

zionale (ed europeo), da risolversi con l'allontanamento, a prescindere dal tipo di regiudicanda al centro del rito penale. Tale meccanismo denota l'insistente preferenza del legislatore per l'espulsione, fino a rinnegare alcuni principi cardine del sistema, quali l'obbligatorietà dell'azione penale, il diritto dell'imputato alla difesa e all'autodifesa, la funzione accertativa del processo, l'effettività e la funzione rieducativa della sanzione.

A questa disciplina, che testimonia uno stravolgimento dei compiti e dei caratteri indefettibili del processo *comune*, il processo penale edificato per lo straniero affianca i modelli procedimentali approntati per i reati riconducibili alla condizione di clandestinità o di irregolarità dell'imputato: modelli diversi tanto dal rito penale comune quanto dai riti speciali normati dal libro VI del codice di procedura penale – e che (al pari delle norme appena passate in rassegna) non a caso trovano la loro regolamentazione in contesti legislativi separati – formalmente congegnati per pervenire il prima possibile all'espulsione quale sanzione penale inflitta dal giudice.

Al riguardo, la strategia del legislatore è articolata in modo composito: accanto alla disciplina speciale di arresto e giudizio direttissimo tuttora prevista per l'inottemperante al divieto di reingresso nel territorio dello Stato (e sulla quale ci soffermeremo più nel dettaglio), si pone infatti quella riguardante fattispecie punite meno duramente, quali il reato di clandestinità e quello di inottemperanza all'ordine di allontanamento dal territorio dello Stato, affidate alla competenza penale del giudice di pace.

L'allestimento di procedure differenziate all'apparenza così distanti tra loro – insite nel ricorso da un lato al giudizio direttissimo atipico obbligatorio, e, dall'altro, a procedimenti semplificati dinanzi al giudice di pace – identifica una strategia solo apparentemente contraddittoria; chiara è infatti la matrice comune delle due linee di intervento, che vedono entrambe nello straniero irregolare un individuo cui – già sul piano positivo – è possibile accordare garanzie più blande rispetto a quelle riconosciute dalla disciplina generale apprestata dal codice di rito.

Tale strategia è figlia del reciproco adattamento di istituti penali e processuali, secondo una vicendevole dinamica servente: se ad esempio l'innalzamento delle pene edittali per alcuni reati è spesso stato scelto poiché funzionale a assicurare l'operatività di istituti come l'arresto e il giudizio direttissimo atipico, la creazione di nuove ipotesi di reato correlate alla condizione di irregolarità ha suggerito la previsione di modelli procedurali semplificati, consegnati alla competenza per materia del giudice di pace e ispirati a una logica di pura economia processuale.

Con riferimento ai procedimenti affidati al giudice di pace, la preferenza per tale organo è mossa da chiare istanze deflative, e cerca di compensare i possibili effetti del massiccio ricorso allo strumento penale per colpire condotte tanto poco pericolose quanto diffuse, e come tali potenzialmente idonee a

sommergere di lavoro gli organi giudiziari. Proprio per questo, il legislatore ha deciso di esonerare i tribunali da questo carico aggiuntivo, a “beneficio” del giudice di pace. La scelta è tutto tranne che nuova, risultando anzi in sintonia con un *leitmotiv* ricorrente: l’interlocutore dello straniero irregolare è infatti sempre più spesso tale giudice, non togato e tradizionalmente preposto a una giurisdizione “minore” (conciliativa e comunque dedicata a reati bagattellari)⁶⁵.

Sul punto, non è solo l’assegnazione di queste fattispecie a un giudice onorario a suscitare perplessità; l’impoverimento delle garanzie passa infatti, oltre che per la valorizzazione di tale organo, ma anche per la creazione di un *modus procedendi* inedito, forgiato con il “Pacchetto sicurezza” del 2009 (legge 15 luglio 2009, n. 94)⁶⁶. Si tratta dei riti regolati dagli artt. 20-*bis*, 20-*ter* e 32 *bis*, d.lgs. 28 agosto 2000, n. 274, scanditi da tempi procedurali celeri (somi-glianti a quelli propri del giudizio direttissimo e del giudizio immediato), e segnati dal riconoscimento di un ruolo di primo piano alla polizia giudiziaria, nel tradizionale solco della “polizia degli stranieri”.

Quanto alla loro introduzione nell’ordinamento, il dato cronologico è tutt’altro che casuale: infatti, il relativo innesto è stato concomitante a quello del cosiddetto reato di clandestinità (che le originarie intenzioni, ricavabili dai lavori parlamentari, avrebbero voluto assegnare alla cognizione del tribunale ordinario, con una scelta poi abdicata per mero pragmatismo). Ciò spiega perché, sebbene gli artt. 20-*bis* e 20-*ter* d. lgs. n. 274/2000 non si riferiscano a specifici reati, nel momento in cui furono introdotti essi fossero chiaramente destinati a trovare applicazione solo per tale fattispecie⁶⁷; fattispecie cui sono poi andate ad aggiungersi, nel 2011, le due ulteriori ipotesi di cui ai commi 5-*ter* e 5-*quater* dell’art. 14 T.U.I., e quelle di cui all’art. 13, comma 5.2, e 14, comma 1-*bis*, T.U.I.⁶⁸.

⁶⁵ A partire dal 2004, al giudice di pace è fra l’altro assegnato anche il ruolo di giudice dell’*habeas corpus* nell’ambito della procedura di convalida tanto del trattenimento *ex art.* 14 T.U.I. quanto dell’accompagnamento coattivo alla frontiera esecutivo di un provvedimento espulsivo (*ex art.* 13 T.U.I.).

⁶⁶ Il fatto stesso di aver inserito modelli procedurali differenziati, ulteriori alle due modalità di instaurazione del giudizio preesistenti (citazione a giudizio e ricorso immediato della persona offesa) costituisce una scelta inedita e poco coerente con la sistematica della procedura penale applicabile davanti al giudice di pace, che ha escluso l’operatività dei procedimenti speciali codicistici.

⁶⁷ Si riferisce esclusivamente a questa fattispecie di reato il *Parere del C.S.M. sul disegno di legge n. 733 – B del 3 giugno 2008, recante “Disposizioni in materia di sicurezza pubblica”* (Delibera del 10 giugno 2009), 6 del pdf, consultabile sul sito internet del CSM (in cui, fra l’altro, la scelta di assegnare al giudice di pace la competenza per questo reato viene ampiamente criticata).

⁶⁸ Si tratta delle condotte di trasgressione delle misure imposte dal questore a “garanzia” della concessione del termine per la partenza volontaria e di quelle (dal contenuto del tutto analogo) alternative al trattenimento. V. art. 4, comma 2, lett. *s-ter*, d.lgs. n. 274/2000, così come modificato dal d.l. 23 giugno 2011, n. 89.

Come già ricordato, accanto alla sovraesposizione del giudice di pace (intervenuta in tempi più recenti), è possibile apprezzare anche un'altra faccia della medesima strategia di diversificazione del rito a carico dello straniero (il marginale per antonomasia), introdotta già con la legge "Bossi Fini", nel 2002: quella cristallizzatasi nel rito punitivo per eccellenza, oggi operante per il solo trasgressore al divieto di reingresso nel territorio dello Stato. Si tratta – è bene anticiparlo subito – di un modello la cui dimensione empirica finisce per sommare ad un apparato normativo già di per sé penalizzante un'afflittività ulteriore, che tipicamente trova spazio nei confronti dei *diseguali*.

Il binomio arresto-giudizio direttissimo (entrambi obbligatori) è stato inaugurato con la legge n. 189/2002 in relazione tanto al reato di illecito reingresso nel territorio nazionale (art. 13 comma 13 ss. T.U.I.) quanto a quello di ingiustificata inottemperanza all'ordine questorile di allontanamento (art. 14 comma 5-ter ss. T.U.I.). Ad oggi, la formula sopravvive soltanto per la prima fra le due fattispecie, che risulta (dopo la riforma Salvini dell'autunno 2018) applicabile anche nei confronti dello straniero che sia stato allontanato dal territorio italiano in esecuzione di un respingimento differito (art. 10 comma 2-ter e 2-quater T.U.I.).

Stando a questa peculiare disciplina, la cattività detentiva dello straniero indagato e imputato è destinata a svilupparsi prima a titolo di arresto (obbligatorio), poi di custodia cautelare in carcere, e, infine (all'esito di un rito marcato dalle tappe forzate del giudizio direttissimo atipico obbligatorio) a titolo di pena.

Tale spirale di coercizione è stata particolarmente *in auge* fino al 2011, e cioè fino a quando operava nei confronti dell'inottemperante all'ordine di allontanamento (art. 14 comma 5-ter T.U.I.). In quell'anno è però intervenuta la sentenza El Dridi della Corte di giustizia dell'Unione europea, che, andando a colpire la comminatoria della pena detentiva per tale fattispecie delittuosa⁶⁹, ha posto le premesse per il sostanziale disinvestimento dalla leva penale quale mezzo elettivo per garantire il controllo fisico sulla popolazione straniera priva di titolo di soggiorno.

Sennonché, malgrado il suo abbandono per la fattispecie di cui all'art. 14, comma 5-ter, T.U.I. abbia generato importanti e intuibili ricadute concrete – vista l'incidenza statistica di gran lunga maggiore di quest'ultima condotta rispetto a quella di chi, una volta fisicamente espulso, riesca poi clandestinamente a rientrare in Italia – essa tuttora conserva una sua vitalità, poiché sopravvive per tutte le ipotesi di illecito reingresso nel territorio dello Stato (si ribadisce:

⁶⁹ Corte di Giustizia UE, Grande Sezione, 28 aprile 2011, *Hassen El Dridi* (§ 59).

tanto a seguito di espulsione quanto, a far data dal 2018, a seguito di respingimento differito)⁷⁰.

La celerità del rito contratto è pienamente funzionale a due diversi fini: da un lato, essa ben risponde alla semplicità dell'accertamento cui il giudice penale è chiamato in relazione a fattispecie che non postulano particolari indagini (la condizione di irregolarità non richiede significativi sforzi probatori per essere dimostrata); dall'altro, il ricorso al rito "muscolare" per eccellenza – quello nato per mostrare la forza dello Stato nel reprimere i crimini più gravi, traendo a giudizio l'imputato *in vinculis* nell'imminenza del delitto – stigmatizza in modo molto potente l'immagine del clandestino, al contempo rassicurando l'opinione pubblica con l'illusione di una risposta giudiziaria rapida ed efficace per l'immigrato irregolare.

Le peculiarità di questa disciplina, contraddistinta da regole in parte diverse da quelle scandite dal codice di rito per l'arresto e il giudizio direttissimo comune *ex art. 558 c.p.p.* (e da cui discende il connotato di *atipicità* di questo procedimento), sono numerose e significative. Limitandoci a richiamarle in modo essenziale, si consideri che: l'arresto (funzionale all'introduzione del rito contratto) è obbligatorio, nonostante la gravità dei reati cui esso si associa (quale l'illecito reingresso nel territorio dello Stato) non sia in alcun modo equiparabile alle fattispecie di reato elencate all'art. 380 c.p.p.; l'arresto è obbligatorio anche fuori dai casi di flagranza, il che consente di ricorrere in modo pressoché illimitato a un istituto che troverebbe la sua *ratio* proprio nella particolarissima condizione dello stato di flagranza.

Il movente di questa anomalia è nitido: slabbrando in questo modo i connotati dell'ordinario potere di arresto, se ne estende l'operatività ben oltre il momento della trasgressione delle frontiere nazionali, così affidando all'autorità di pubblica sicurezza un formidabile strumento di controllo, parallelo a quello già accordato dalla disciplina amministrativa.

Stando così le cose, in via di fatto questa limitazione della libertà personale risponde a uno scopo del tutto analogo a quello del trattenimento *extra ordinem* che si realizza all'interno degli *hotspot* e che viene riservato ai cosiddetti migranti economici⁷¹: un arresto obbligatorio non concretamente finalizzato all'applicazione di una misura coercitiva denota infatti una *ratio* diversa

⁷⁰ Non solo: in forza di quanto disposto dall'art. 235, comma 2, e 312, comma 2, c.p., le stesse modalità procedurali operano anche ove si tratti di accertare l'inottemperanza all'ordine di espulsione o di allontanamento disposto dal giudice a titolo di misura di sicurezza (rispettivamente per i condannati alla reclusione superiore a due anni e per i condannati per delitti contro la personalità dello Stato).

⁷¹ In tema si vedano v. fra gli altri F. CANCELLARO, *Dagli hotspot ai "porti chiusi": quali rimedi per la libertà "sequestrata" alla frontiera?*, in *Dir. pen. cont.*, f. 3/2020, 428 ss., e G. FELICI, M. GANCITANO, *La detenzione dei migranti negli hotspot italiani: novità normative e persistenti violazioni della libertà personale*, in *Sist. pen.*, 2022, f. 1, 49.

da quella propria dell'istituto; il fine – al pari di quello cui mirano il diritto amministrativo e il diritto penale avvinti nella *crimmigration* – è infatti semplicemente quello di allontanare lo straniero irregolare⁷².

A ben vedere, tale *ratio* si poteva cogliere già all'indomani della legge Bossi-Fini, cui si deve l'innesto del particolare regime processuale appena esaminato (e in allora riservato tanto al trasgressore al divieto di reingresso quanto all'inottemperante all'ordine di allontanamento). In quel frangente, l'inedita scelta normativa – associata a condotte all'epoca ancora di natura contravvenzionale – era stata fulminata dalla Corte costituzionale in forza dell'impossibilità di ospitare nell'ordinamento una misura precautelare cui non potesse far seguito l'applicazione di una cautela personale (in forza appunto della natura contravvenzionale dei reati in questione)⁷³.

Ancora oggi, si può senz'altro concludere che la prassi continua a testimoniare un impiego dell'arresto quale strumento, offerto all'autorità di pubblica sicurezza (nella sua veste funzionale di polizia giudiziaria), utile a garantire la cattività dell'indagato durante l'organizzazione del rimpatrio nel frattempo avviata in via amministrativa, e quindi in forza della parallela e tempestiva emissione di un decreto espulsivo o di respingimento differito⁷⁴.

Dal canto suo, il giudizio direttissimo atipico è anch'esso sempre obbligatorio, identificando la modalità esclusiva di esercizio dell'azione penale per le violazioni del divieto di reingresso dello straniero espulso o respinto; stando alla giurisprudenza, esso può (e deve) essere instaurato indipendentemente dal ricorrere degli stringenti requisiti cronologici previsti dal codice di procedura penale, che imporrebbero l'esercizio dell'azione penale entro quarantotto ore dall'intervenuto arresto (o, tutt'al più, entro trenta giorni dall'intervenuta convalida dello stesso)⁷⁵.

Questi tratti di differenziazione, prescrivendo l'obbligatorietà dell'arresto e del più contratto fra i riti *ex autoritate*, implicano la potatura delle fasi del rito ordinario tipicamente destinate all'esercizio del diritto di difesa prima del

⁷² La notazione svolta nel testo nasce da una constatazione empirica, e non dall'analisi del nudo dato normativo, che descrive un rapporto di possibile consequenzialità tra arresto e una qualsiasi misura cautelare personale coercitiva, financo la custodia in carcere (applicabile in forza dell'art. 391, comma 5, c.p.p., a norma del quale i limiti di pena stabiliti dagli artt. 274 e 280 c.p.p. sono derogati, fra l'altro, quando «l'arresto è stato eseguito per uno dei delitti per i quali è consentito anche al di fuori dei casi di flagranza»).

⁷³ Per reagire a quella bocciatura, come già ricordato il legislatore innalzò vertiginosamente la pena per le medesime condotte, trasformandole da contravvenzioni a delitti. V. *retro*, nota n. 54.

⁷⁴ Si consideri, poi, che l'estensione del potere d'arresto anche fuori dai casi di flagranza determina anche l'operatività dell'art. 391 comma 2 c.p.p., che consente di applicare le misure coercitive in deroga ai limiti edittali stabiliti dall'art. 280 c.p.p. (e così nello specifico assicurando anche il possibile ricorso alla custodia in carcere, che, all'indomani della riforma dell'art. 280 c.p.p. operata nel 2013, non potrebbe più applicarsi senza la particolare deroga prevista dall'art. 391 comma 2 c.p.p.).

⁷⁵ Sul punto v. ad esempio Cass. pen., sez. I, 16 dicembre 2013, n. 9685.

giudizio (avviso di conclusione delle indagini preliminari, udienza preliminare, atti preliminari al dibattimento). Il disegno descritto dalla disciplina generale del giudizio direttissimo conseguente ad arresto – stando alla quale l'approdo al dibattimento opera entro tempi assai contingentati – cede qui il passo a una logica intesa unicamente a patrocinarne il facile ricorso a una formidabile sequenza coercitiva, che passa per la potenziale sottoposizione dell'inottemperante al divieto di reingresso prima ad arresto obbligatorio, e, a seguire, alla custodia cautelare.

In questo modo, il legislatore assegna all'autorità di pubblica sicurezza e al pubblico ministero uno strumento atto a perseguire in ogni momento (e senza dover soddisfare particolari presupposti) la disponibilità fisica sullo straniero-imputato, che si ritrova viceversa deprivato del tempo necessario a preparare la propria difesa. Non solo: lo scopo dell'obbligatorietà del giudizio direttissimo per tutte le fattispecie di illecito reingresso si spiega anche alla luce della possibilità, garantita dall'art. 16, comma 2, T.U.I., di dar luogo all'esecuzione dell'espulsione quale sanzione sostitutiva indipendentemente dall'irrevocabilità della condanna; il che ben contribuisce a spiegare la "premura" del legislatore affinché si possa pervenire il prima possibile alla definizione anche solo del primo grado di giudizio⁷⁶.

Le osservazioni appena svolte dimostrano come quello a carico degli stranieri costituisca il paradigma del processo all'individuo marginale, che ha visto trasfigurata la funzione istituzionale del processo per evolversi in strumento idoneo a patrocinarne il suo allontanamento dal Paese (e dall'Unione europea). Tale rito, così povero di garanzie, va dunque ad affiancarsi a quello, normato dal diritto amministrativo, concernente l'applicazione e la convalida delle limitazioni della libertà personale funzionali all'esecuzione del rimpatrio, quali l'accompagnamento coattivo alla frontiera e il trattenimento⁷⁷. La somiglianza tra i due procedimenti – quello penale e quello amministrativo – è davvero notevole. Entrambi denotano un approccio fortemente discriminatorio, rispondendo innanzitutto alla volontà di ulteriormente "clandestinizzare" l'immigrato irregolare; e ciò anche allorché (come spesso accade) ne risulti impossibile il rimpatrio: così da renderne particolarmente precaria, fragile e marginale la permanenza nel Paese⁷⁸.

⁷⁶ V., in tal senso, G. VARRASO, voce *Immigrazione (dir. proc. pen.)*, in *Enc. dir., Annali*, III, 2010, 616 s.

⁷⁷ Istituti per i quali si rinvia alle più diffuse riflessioni già svolte in E. VALENTINI, *Il proteiforme apparato coercitivo allestito per lo straniero*, in F. CURI-F. MARTELLONI, A. SBRACCIA, E. VALENTINI, *I migranti sui sentieri del diritto*, Edizione aggiornata, Torino, 2021, parte IV, cap. 2 e 3.

⁷⁸ A rimarcare la contiguità tra le due procedure, si consideri che entrambe si pongono al centro della legge di ratifica del controverso protocollo per la costruzione di centri detentivi "italiani" in territorio albanese (legge 21 febbraio 2024, n. 14). Con questo intervento normativo, la specialità del processo penale a carico dello straniero ha recentemente assunto una nuova e ulteriore decli-

6. Postilla

Il presente *excursus* ha tentato di descrivere alcune fra le ragioni – empiriche e (ancor prima) normative – che rendono il processo a carico di soggetti marginali particolarmente affittivo e poco garantito.

In tale contesto, si è pensato di assegnare grande spazio alla descrizione dei più significativi tratti di specialità del processo penale a carico dello straniero irregolare. Il dato non è casuale, vista l'intersezionalità che caratterizza questo imputato, il cui *status* di clandestino quasi inevitabilmente si somma a marginalità economica, culturale, linguistica e sociale.

Se (oltre ad attrarre l'attenzione delle agenzie di controllo) lo svantaggio materiale si traduce pressoché inevitabilmente in una difesa tecnica e in un'autodifesa meno affilate e consapevoli – così oltretutto esponendo l'imputato al rischio di un più disinvolto ricorso alla coercizione carceraria o (in alternativa) a quello di un processo *in absentia* celebrato a sua insaputa –, lo *status* di straniero irregolare apre la strada all'applicazione di regole processuali differenti da quelle comuni, abilmente annidate in contesti positivi distaccati (il testo unico sull'immigrazione, la disciplina dedicata al procedimento dinanzi al giudice di pace) e deliberatamente intese a plasmare un procedimento più veloce e meno garantito.

Molto spesso, i fattori passati in rassegna in questo scritto si combinano tra loro: così moltiplicando esponenzialmente il tasso complessivo di disuguaglianza⁷⁹.

nazione, scritta e pensata per i futuri processi penali da svolgersi in relazione a reati commessi all'interno dei centri di detenzione (C.P.R. e punti di crisi) in corso di realizzazione in Albania: v. in particolare i commi 6 e ss. dell'art. 4 (su cui restano attuali le riflessioni, già riferite al disegno di legge, espresse da L. MASERA, *Il Disegno di legge di ratifica ed esecuzione del Protocollo tra Italia ed Albania in materia di immigrazione: analisi del progetto e questioni di legittimità*, in *www.sistemapenale.it*, 28 dicembre 2023).

⁷⁹ Ad essi si sommerà l'impatto delle «direzioni di sviluppo più recenti del processo penale» nitidamente preconizzato da Claudia Cesari nelle sue pagine in questo volume: cfr. C. CESARI, *op. cit.*, p. 73 ss.

Disuguaglianze e penalità: la nuova questione sociale

Renzo Orlandi

L'approccio interdisciplinare è il tratto più evidente di questo convegno. Un tratto nuovo, ma che al contempo ricorda antichi approcci delle discipline penalistiche. Nei dibattiti degli ultimi tre decenni è generalmente prevalso un metodo tecnico-esegetico, dominato dal lessico giuridico, poco propenso a dialogare con saperi extragiuridici (sociologici, economici, storici, criminologici). Il convegno odierno rappresenta una relativa novità appunto per la tensione al superamento dello steccato specialistico del giurista-penalista. La scelta di alternare interventi di sociologi, criminologi, penalisti, processualisti riflette la consapevolezza della complessità che caratterizza il tempo presente. Novità relativa, conviene, sottolineare, perché vi sono stati altri momenti della storia italiana ed europea in cui l'approccio tecnico-interpretativo ai temi della penalità è parso insufficiente e tale da richiedere una verifica o un confronto con acquisizioni e categorie concettuali di altre scienze sociali.

Vi sono tornanti della storia nei quali il penalista rischia di perdere il contatto con la realtà, se insiste nel suo solipsismo esegetico-interpretativo.

Tale può essere considerato, ad esempio, il periodo di fine Ottocento, quando il processo di industrializzazione, ormai penetrato anche nell'Europa continentale, accese la "questione sociale", con tutte le implicazioni che ne derivarono sul piano politico (le prime società di mutuo soccorso sul modello delle britanniche *riendly societies*, la nascita dei partiti politici, le aperture al suffragio universale, i conflitti sociali e le prime lotte operaie con i corrispondenti problemi di gestione dell'ordine pubblico). Le ripercussioni sul terreno della riflessione penalistica seguirono a breve. Basti ricordare, in Italia, l'avvento del positivismo giuridico (*La questione sociale* di Enrico Ellero e i *Nuovi orizzonti* di Enrico Ferri), con concessioni (anche eccessive) alle scienze sociali e criminologiche. In area tedesca, la coeva fondazione di una scienza integrata del diritto penale: la *Gesamtestrafrechtswissenschaft* di Franz von Liszt, alla quale nella seconda metà dell'Ottocento fu intitolata una rivista (1881) tutt'oggi fra le più autorevoli della dottrina penalistica tedesca (e non solo). In area francese, affiorano in quel torno di tempo le innovative riflessioni della sociologia criminale nella elaborazione di Émile Durkheim (*Il suicidio*, 1897), alle quali si possono affiancare gli *Études pénales et sociales* di Gabriel Tarde (1892).

L'intreccio fra questione sociale e questione penale, con le inevitabili ripercussioni sui rapporti fra discipline giuridiche e scienze umane, riaffiorerà nel secondo dopoguerra. Significativi, al riguardo, l'istituzione (già nel 1949) del *Centro nazionale di prevenzione e difesa sociale* e il pressoché coevo movimento della *Défense sociale nouvelle* di Marc Ancel, attivo in Francia dal 1954 e propagandato

in Italia soprattutto per merito di Pietro Nuvolone. Dalla temperie culturale degli anni Cinquanta e Sessanta, in una fase di grandi mutamenti sociali ed economici (intenso inurbamento nei grandi poli industriali del Nord, formazione di nuovi ceti imprenditoriali nell'Italia del "miracolo economico"), scaturiranno le visioni critiche caratteristiche della penalistica cresciuta negli anni Settanta soprattutto attorno all'insegnamento di Franco Bricola. L'esperienza, breve e intensa, della *Questione criminale* (1975-1981) ne è una eloquente rappresentazione.

L'odierno convegno pare riprendere il filo (interrotto) di quelle discussioni e polemiche vecchie ormai di quasi mezzo secolo. Discussioni e polemiche sempre volte a calibrare la critica agli istituti penali e processuali sulle esperienze vive del disagio sociale, delle molteplici forme di discriminazione e sfruttamento sui luoghi di lavoro e nella vita di relazione, delle molte storture che ancora caratterizzano i rapporti fra individuo e autorità, con particolare riguardo alla giustizia penale.

Porre il tema dell'eguaglianza nella società attuale significa fare i conti con una crescita smisurata delle disuguaglianze, propiziata da uno sviluppo aggressivo dell'economia privata.

Sul finire dell'Ottocento, un formidabile sviluppo industriale e tecnologico pose le base di una crescita economica che determinò il colossale arricchimento di pochi, lasciando nella miseria masse crescenti di proletari e sottoproletari.

Qualcosa di analogo accadde negli anni Cinquanta e Sessanta del secolo scorso grazie alla spettacolare crescita di una classe media, protagonista del *boom* economico non privo di ripercussioni sul piano della devianza, contrassegnata dallo sviluppo di nuove forme di criminalità urbana (rapine, sequestri di persona) tipiche della società del benessere.

Oggi è all'opera un altro, potente generatore di diseguaglianze. Lo sviluppo dell'informatica e il suo impiego progressivo in quasi ogni ambito dell'esperienza lavorativa stanno favorendo concentrazioni di potere anche economico ben superiori a quelle conosciute più di un secolo fa. Gli Stati non sono in grado di compensare – tramite la leva fiscale – le vertiginose differenze di reddito che le "nuove professioni" alimentano: certamente non lo Stato italiano.

È assai preoccupante il quadro che esce dal recente rapporto annuale ISTAT (2024) sulla odierna situazione economico-sociale italiana. Quasi 2 milioni e mezzo di famiglie sotto il livello di povertà assoluta, corrispondenti a circa 6 milioni di individui costretti a campare con livelli minimi di sussistenza. I redditi da lavoro hanno avuto negli ultimi anni flessioni o erosioni inflazionistiche tali da affievolire sensibilmente la capacità di protezione delle famiglie dal disagio economico. Crescono problemi di salute mentale dei giovani fra 16 e 24 anni.

Vero che le sperequazioni economiche e i problemi di salute mentale non sono necessariamente causa di delitti. Sarebbe tuttavia ingenuo o irresponsabile sottovalutare l'effetto che il senso di ingiustizia generato dalle crescenti differenze di *status* sociale ed economico è in grado di produrre sui rapporti interpersonali, con inevitabile crescita dell'anomia.

I flussi migratori complicano una situazione già difficile e ricca di tensioni.

Nell'attuale quadro sociale ed economico la giustizia penale è chiamata a sfide nuove, e tuttavia – come detto – dal sapore antico, non essendo affatto nuove le condizioni di miseria in parte generate dall'iniqua ripartizione delle risorse. E sarebbe davvero insensato rimproverare l'indigente di essersi ridotto in povertà, quasi che il suo stato dipendesse esclusivamente da personale accidia o da colpevole scarsa intraprendenza. Vi sono mille e più occasioni, in una società come la nostra, per subire discriminazioni senza averne alcuna diretta responsabilità.

La "politica criminale" (così come la intendeva Franco Bricola nei suoi editoriali pubblicati nella citata rivista da lui fondata con Alessandro Baratta a metà degli anni '70) esigerebbe interventi pubblici volti a perseguire la dignità sociale che l'art. 3 della nostra Costituzione assicura a ogni persona. È un compito che va lasciato alle politiche sociali, per verità sempre più carenti per via della conclamata, progressiva erosione del *welfare state*. Non possiamo (né dobbiamo) pretendere troppo dal diritto penale, da impiegare con prudenza per l'effetto *boomerang* che un suo uso eccessivo potrebbe sortire proprio sul piano della sicurezza e della civile convivenza. Tuttavia, pur nella frammentarietà che lo dovrebbe caratterizzare, lo strumento repressivo andrebbe orientato alla difesa delle fragilità sociali, specialmente nel mondo del lavoro, diventato terreno dove allignano nuove schiavitù e inedite forme di sfruttamento capaci di alimentare nuove tensioni sociali.

Quanto all'irrequieto mondo giovanile, andrebbe anch'esso tutelato principalmente in via prevenzionale, creando, soprattutto nei centri urbani, spazi e occasioni di socialità adeguati alla crescita e all'educazione dei futuri adulti: il tutto in un clima di ragionevole tolleranza, senza pretese di indottrinamento. Lo strumento penale dovrebbe qui mantenersi entro un ambito di strettissima eccezionalità, diversamente da quanto abbiamo dovuto constatare nella recente legislazione repressiva volta a contrastare la devianza giovanile all'insegna della più ottusa intolleranza (norme anti-rave: d.l. n. 162 del 2022, conv. nella legge n. 199 del 2022; decreto Caivano: d.l. n. 123 del 2023, conv. nella l. n. 159 del 2023; la normativa anti-imbrattamento: l. n. 6 del 2024).

Infine, il problema ormai ultratrentennale dei flussi migratori dalle aree povere o inospitali del pianeta. Né va trascurato il potenziale discriminatorio (e di per sé criminogeno) derivante dai tempi lunghi per assegnare la cittadinanza ai figli di extracomunitari, persino se nati in Italia: scelta miope ed ottusa che contraddice qualsiasi progetto di integrazione culturale.

Per via dei diversi postulati ideologici di partenza, si fatica qui ad accordarsi sulle strade da percorrere (quelle inclusive della integrazione culturale o del multiculturalismo o quelle *law and order* che sfociano nell'isolamento ghettizzante). Non si è ancora trovata la ricetta risolutiva e forse non la si troverà

mai. È tuttavia possibile dire già ora che la formula attualmente in voga, quella dei Centri di permanenza per i rimpatri (CPR) è sbagliata e in grave contrasto con i principi elementari che stanno a fondamento della convivenza civile. La recente normativa in materia (d.l. n. 133 del 2023, conv. nella l. n. 176 del 2023) ha peggiorato una situazione già avviata su una strada rovinosa. Relegare fino a 18 mesi, in squallide strutture detentive, migranti in attesa del rimpatrio contravviene a basilari principi di umanità che tutti dovremmo condividere.

Qui non viene in gioco solo la dignità sociale (art. 3 cost.), ma lo stesso concetto di dignità umana. Si dice, giustamente, che i migranti destinati ai CPR sono, di fatto, limitati nella loro libertà personale, benché non abbiano commesso alcun reato. Vero. Ma non meriterebbero quel trattamento nemmeno se si fossero resi responsabili di reati, anche gravi.

La dignità umana è il perno attorno al quale ruotano i rapporti fra individuo e autorità, in una società demo-costituzionale. Essa è implicita nel riconoscimento dei diritti inviolabili della persona (art. 2 cost.), è sottesa ad alcune affermazioni che compaiono nei primi articoli della Convenzione europea dei diritti dell'uomo (artt. 2 e 3) ed è esplicitamente menzionata nel primo articolo della Carta dei diritti fondamentali UE. Per come è concepita nelle costituzioni e convenzioni internazionali contemporanee, la dignità umana spetta a ogni singolo individuo, quale che ne sia la condizione sociale; non è appannaggio di pochi reputati particolarmente meritevoli, come accadeva nelle società aristocratiche.

Di qui la critica doverosa, non solo nei confronti delle “detenzioni amministrative” presso i CPR, ma anche verso gli eccessi della vera e propria detenzione carceraria. Si suole ripetere che chi sta in carcere è “privato” della libertà. Il termine “privato” è però troppo drastico, giacché proprio il necessario rispetto della dignità personale impedisce di “privare” un individuo della sua libertà, che potrà semmai essere “limitata”, non annullata in tutte le sue espressioni. La nostra Corte costituzionale (da ultimo con la sent. n. 10 del 2024) ha più volte ribadito che persino le persone condannate per reati molto gravi hanno diritto a un “residuo di libertà” quando sono in carcere. E sotto questo profilo, desta certo molti dubbi la quantità di privazioni cui è esposto oggi in Italia il detenuto che subisce il carcere duro (art. 41-*bis* OP).

Il valore della dignità umana – inteso in senso giuridico – è presente in ciascuno dei diritti inviolabili della persona e ne costituisce il nucleo intimo, non scalfibile. Questo importante assunto, da tempo elaborato con particolare raffinatezza dalla dottrina e giurisprudenza costituzionale tedesche, merita di essere acquisito anche dalla dottrina italiana per una più efficace e completa tutela dei diritti fondamentali della persona riflessi nei classici diritti di libertà garantiti dagli artt. 13-15 della nostra costituzione e costantemente minacciati o compressi dalle autorità pubbliche per ragioni di prevenzione o repressione dei reati.

La dignità umana è davvero l'ultimo baluardo della libertà umana: va riconosciuta e rispettata in ogni persona, quale che sia l'estrazione sociale. È la misura dell'eguaglianza giuridica che garantisce ogni individuo di fronte alle aggressioni e alle minacce – pur legittime – provenienti dall'autorità pubblica. Come accennato, essa rappresenta l'anima intangibile di ogni particolare diritto di libertà (personale, domiciliare, di comunicazione e corrispondenza).

Non è peraltro da escludere che lo sviluppo delle nuove tecnologie e il loro uso da parte delle agenzie pubbliche di controllo sociale (principalmente polizia e magistratura requirente) facciano sorgere l'esigenza di coniare nuovi diritti fondamentali, ogni volta che si reputi minacciata la dignità umana. Ciò è accaduto, ad esempio, con la creazione (da parte della Corte costituzionale tedesca) dei diritti fondamentali all'autodeterminazione informativa (sentenza sul censimento del 15 dicembre 1983) e del diritto all'uso riservato delle tecnologie informatiche (sentenza del 27 febbraio 2008).

Anche dalle nuove tecnologie possono infatti derivare rischi che alterano o approfondiscono i rapporti di disuguaglianza fra componenti dell'aggregato sociale. E questo sia per l'uso che ne possono fare le società fornitrici di servizi informatici, sia per gli impieghi (anche discriminatori) che rischiano di farne le agenzie pubbliche di controllo, attraverso l'archiviazione, elaborazione e sintesi dei dati personali da utilizzare per la prevenzione o repressione dei reati. Risulta istruttiva, a questo proposito, la sentenza del *Bundesverfassungsgericht* del 16 febbraio 2023 che, facendo leva sul diritto inviolabile all'autodeterminazione informativa, pone limiti all'uso dell'intelligenza artificiale nelle indagini di polizia.



Indice degli Autori

STEFANO CANESTRARI, Professore di Diritto penale, Alma Mater Studiorum, Università di Bologna

CHIARA SARACENO, Honorary Fellow presso il Collegio Carlo Alberto, Professoressa emerita di Sociologia della famiglia, Università di Torino

MICHELE RAITANO, Professore di politica economica, Sapienza, Università di Roma

ALVISE SBRACCIA, Professore di Sociologia giuridica, della devianza e mutamento sociale, Alma Mater Studiorum, Università di Bologna

ANTONIO CAVALIERE, Professore di Diritto penale, Federico II, Università di Napoli

MARCELLO BORTOLATO, Presidente del Tribunale di sorveglianza di Firenze

CLAUDIA CESARI, Professoressa di Procedura penale, Università di Macerata

FRANCESCA CURI, Professoressa di Diritto penale, Alma Mater Studiorum, Università di Bologna

ELENA VALENTINI, Professoressa di Procedura penale, Alma Mater Studiorum, Università di Bologna

RENZO ORLANDI, già Professore di Procedura penale, Alma Mater Studiorum, Università di Bologna

Finito di stampare anno 2024
presso le Industrie Grafiche della Pacini Editore S.r.l.
Via A. Gherardesca • 56121 Pisa
Tel. 050 313011 • Fax 050 3130300
www.pacineditore.it



Il volume raccoglie le riflessioni maturate in occasione del convegno svoltosi a Bologna il 1 dicembre 2023, sviluppando un dialogo interdisciplinare tra saperi diversi: sociologico, economico, criminologico e penalistico. Constatato il progressivo acuirsi delle disuguaglianze socioeconomiche nella realtà italiana, l'opera si propone di valutarne l'impatto nella dimensione applicativa delle fattispecie incriminatrici e sulle dinamiche del processo penale. Al contempo, gli autori si interrogano sulle scelte di un legislatore, che si esprime quasi esclusivamente attraverso la decretazione d'urgenza, adottando soluzioni che producono ulteriore svantaggio per chi versa in condizioni di marginalità.

Francesca Curi è professoressa associata nell'Università di Bologna, dove insegna diritto penale e diritto penale dell'immigrazione. Dirige da alcuni anni un master sui temi dell'immigrazione e rappresenta l'Ateneo bolognese nel comitato di gestione del Centro Interuniversitario di Ricerca "L'altro Diritto", occupandosi anche di sfruttamento lavorativo. Ha coordinato un progetto europeo sui discorsi d'odio online. Le sue pubblicazioni sono principalmente dedicate alla sicurezza sul lavoro e immigrazione.

Elena Valentini è professoressa associata nell'Università di Bologna, dove insegna procedura penale e procedura penale dell'immigrazione. Le sue pubblicazioni sono dedicate prevalentemente alle misure cautelari e alle limitazioni della libertà personale riservate agli stranieri.



€ 22,00