

# DISUGUAGLIANZE E PENALITÀ

a cura di  
Francesca Curi e Elena Valentini

  
Pacini  
Giuridica







# DISUGUAGLIANZE E PENALITÀ

*Atti del convegno  
1 dicembre 2023, Bologna*

a cura di  
Francesca Curi e Elena Valentini

© 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](https://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<br>“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-<br>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

*Claudia Cesari*

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

*Francesca Curi*

- 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 *déjà vu* ..... » 139

## Capitolo VIII

Il processo penale degli ultimi ..... » 141

*Elena Valentini*

1. Premessa..... » 141
2. Un'intersezione ricorrente: patrocinio a spese dello Stato e difesa d'ufficio..... » 143
3. Processo *in absentia* ..... » 146
4. Svantaggio economico e provvedimenti *de libertate*..... » 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

*Renzo Orlandi*

Indice degli Autori ..... » 175

## **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'uguaglianza 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 sistema<sup>1</sup>. 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.

<sup>1</sup> 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 evitati<sup>2</sup>. Sarebbe infatti rischiosa, perché il

<sup>2</sup> 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 interessati<sup>3</sup> 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 deboli<sup>4</sup>. 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».

<sup>3</sup> 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.

<sup>4</sup> 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<sup>a</sup> 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 vieppiù 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 varieghe 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 predittivi<sup>5</sup>. L'esperienza degli algoritmi predittivi – nel nostro Paese oggetto di

<sup>5</sup> 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”<sup>6</sup>, 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.

<sup>6</sup> Supreme Court of Winsconsin, 13 luglio 2016, State of Winsconsin 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*<sup>7</sup>: 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 statistici<sup>8</sup>. 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.

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

<sup>8</sup> 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 preclusioni<sup>9</sup>. 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 praticabile<sup>10</sup>. Semmai, la riflessione di altri Paesi sembra dimostrare che

<sup>9</sup> 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*»

<sup>10</sup> 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 assoggettate<sup>11</sup>; 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 viceversa<sup>12</sup>. 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

<sup>11</sup> V. lo studio di cui alla nota seguente.

<sup>12</sup> 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 bambini<sup>13</sup>, 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 commesso<sup>14</sup>.

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 disuguaglianza 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

<sup>13</sup> V. *infra*, cap I, § 4.

<sup>14</sup> 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 incappino 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.