



GIUSTIZIA PENALE E DISCRIMINAZIONE RAZZIALE

*Il soggetto "altro" dinanzi al diritto penale e alla criminologia
Atto I: Il contributo della criminologia*

di Luciana Goisis

SOMMARIO: Parte I – Le idee. - 1. Premessa. I termini del dibattito negli ordinamenti nord-americani ed europei. - 2. Teorie criminologiche su razza e criminalità: paradigma del consenso *v.* teorie del conflitto. - Parte II – La verifica empirica. - 3. Alcune distinzioni preliminari tratte dal diritto antidiscriminatorio. - 4. Le indagini empiriche. - 4.1. La ricerca sulla *sentencing disparity*. L'esperienza dei Paesi di *common law*. - 4.2. Il caso della pena di morte e la *capital sentencing disparity*. - 5. Uno sguardo allo stato del dibattito criminologico nei Paesi di *civil law*. - 6. Conclusioni. Una lezione di criminologia comparata e una indicazione al legislatore italiano.

Parte I – Le idee.

1. Premessa. I termini del dibattito negli ordinamenti nord-americani ed europei.

L'obiettivo del presente lavoro è quello di approfondire i rapporti fra fattore razziale ⁽¹⁾ e giustizia penale al fine di mettere in luce l'eventuale presenza di forme di

⁽¹⁾ È stato correttamente osservato che "il concetto di razza nella specie umana è di per sé estremamente ambiguo e di difficile definizione in una prospettiva strettamente biologica, ed è stato da molti ripudiato come privo di basi scientifiche". Così PONTI, *Compendio di Criminologia*, Milano, 1990, p. 88. Ad ogni modo, è stato osservato altresì come il concetto di razza possa essere utilizzato se esso viene inteso nella sua dimensione culturale e considerato come sinonimo di 'nazionalità o popolo', concetto, quest'ultimo, "centrato sulle caratteristiche di diversificazione in senso socio-culturale e storico-geografico, che tiene presente il diverso contesto nel quale le popolazioni si sarebbero sviluppate". Cfr. *ibidem*. E' in tale accezione lata che viene in questa sede utilizzato il concetto, sinonimico anche rispetto al concetto di etnia. Nel concetto di discriminazione razziale che dà titolo al presente lavoro, scegliamo dunque di ricomprendere anche le forme di discriminazione sulla base dell'etnia e della nazionalità, per le ragioni che avremo modo di esporre nel testo, ben consci che si tratta di forme di discriminazione distinte tra loro. Sul concetto di razza, nella letteratura italiana, argomentando sulla base del contesto americano della *Critical Race Theory*, si veda THOMAS-ZANETTI, (a cura di), *Legge, razza e diritti*, Reggio Emilia, 2005, p. IX ss. Si veda altresì sull'utilizzo della razza come "strumento diagnostico" per 'decifrare' le società odierne, CASADEI, *Introduzione: la razza come "strumento diagnostico"*, in *Jura Gentium*, forum filosofico *on line*. Fa correttamente osservare l'Autore come la nozione di razza - che nel contesto statunitense, è noto, ha una sua connotazione specifica e una tradizione radicata - "nel contesto europeo è ancora come 'oscurata' da

discriminazione razziale nell'amministrazione della giustizia penale: è opinione diffusa infatti che il sistema penale sia stato in passato e rimanga oggi affetto da una tale forma di discriminazione ⁽²⁾. Un assunto, quest'ultimo, diffuso presso l'opinione pubblica, ma assai controverso all'interno della comunità scientifica ⁽³⁾.

Anche nell'ambito del mondo scientifico, tuttavia, non mancano voci che sostengono come le società occidentali, e in particolare i loro sistemi di giustizia penale, stiano vivendo una crisi di legittimità poiché questi ultimi non rispetterebbero le regole procedurali che prevedono un trattamento equo degli imputati, scevro dalla considerazione di caratteristiche personali quali la razza, il sesso, la classe sociale ⁽⁴⁾.

Il problema della presenza di forme di discriminazione razziale all'interno della giustizia penale è da tempo avvertito e studiato negli Stati Uniti e, seppur in minor misura, nel Regno Unito, ma va imponendosi all'attenzione anche nel resto d'Europa in ragione dei flussi migratori che stanno interessando in misura crescente l'intero continente europeo ⁽⁵⁾.

un velo che ne impedisce la risorgenza dopo gli indicibili drammi del razzismo e delle pratiche mostruose dei regimi totalitari". *Ibidem*.

⁽²⁾ Cfr. SUTHERLAND & CRESSEY, *Criminologia*, in *Collana di criminologia, politica criminale e diritto penale*, diretta da F. Stella (trad. it. di M. Zanchetti), Milano, 1996, p. 196 e ss., pp. 472-3. Scrivono i due Autori: "numerosi studi hanno dimostrato che la reazione punitiva ufficiale è applicata più di frequente alle infrazioni commesse dai neri che a quelle commesse dai bianchi. Le conclusioni che seguono sono condivise da un tale numero di ricercatori che si possono accettare come dati di fatto: (1) i neri hanno maggiori probabilità dei bianchi di essere arrestati; (2) è più probabile che siano rinviati a giudizio (*indicted*) rispetto ai bianchi; (3) hanno un tasso di condanne superiore a quello dei bianchi; (4) si vedono, di solito, inflitte pene più severe che ai bianchi, ma questo non vale per tutti i reati, specialmente per quelli in cui un nero è vittima di un altro nero; (5) ci sono meno probabilità che ai neri sia concessa la libertà vigilata in luogo della condanna (*probation*) o la sospensione della condanna stessa rispetto ai bianchi; (6) ai neri vengono concesse meno grazie che ai bianchi; (7) i neri hanno meno possibilità dei bianchi di ottenere la commutazione della pena di morte".

⁽³⁾ Sulla diffusione di tale convinzione fra l'opinione pubblica, nonché fra molti operatori giuridici, e sulla mancanza di una opinione condivisa fra gli studiosi vedi, tra gli altri, HOOD, *Race and Sentencing. A Study in the Crown Court. A Report To Commission for Racial Equality*, Oxford, Clarendon Press, 1992, pp. 7 e ss.; HUDSON, *Discrimination and Disparity: The Influence of Race on Sentencing*, in *New Community*, 1989, vol. 16, p. 31.

⁽⁴⁾ Restano quantomai attuali le parole di CHAMBLISS & SEIDMAN, *Law, Order and Power*, Reading, Mass., Addison-Wesley, 1971, pp. 350-358. Scrivono in particolare i due studiosi: "the judges role in Anglo-American law in sentencing allows for at least as great discretion as do the roles of the prosecutor and the police...The demands for efficient and orderly performance of the court take priority and create a propensity on the part of the courts to dispose of cases in ways that ensure the continued smooth functioning of the system. The consequence of such a policy is to systematically select certain categories of offenders (specifically the poor and the black) for the most severe treatment". *Ibidem*, p. 468.

⁽⁵⁾ Cfr. sul tema della presenza di forme di discriminazione razziale nella amministrazione della giustizia penale in Europa, a partire da una prospettiva giuridica, PALIDDA, (a cura di), *Razzismo democratico. La persecuzione degli stranieri in Europa*, Milano, 2009, p. 7 ss.; con riferimento alla Germania, si veda, *ivi*, ALBRECHT, *Criminalizzazione e vittimizzazione degli immigrati in Germania*, p. 112 ss., nonché MANSELL, *Criminalità come tratto distintivo dei discendenti dei lavoratori stranieri? La misura del comportamento "criminale" dei giovani stranieri nella Repubblica Federale Tedesca*, in *Dei delitti e delle pene*, 1986, p. 533 ss.; con riferimento al contesto italiano, si veda PALIDDA, *La devianza e la criminalità*, in *Primo Rapporto sulle migrazioni*, 1995, Milano, Angeli, p. 286 ss. Sul contesto statunitense e britannico si veda *infra*, nel prosieguo della

All'origine di tale dibattito vi è la considerazione di un dato indiscusso: in Inghilterra e negli Stati Uniti d'America, in Canada e in Australia, così come in molti Paesi europei, il numero di persone appartenenti a minoranze etniche presenti nel sistema carcerario è fortemente sproporzionato se comparato alla loro rappresentazione all'interno della popolazione generale.

Come è stato di recente osservato nell'ambito di una ricerca su immigrazione, integrazione e crimine in Europa, "usando i dati delle carcerazioni come indice dei problemi dei non-nazionali con la giustizia penale del paese ospitante ci si occupa di un aspetto non secondario, ma al contrario centrale, rispetto sia al sistema penale sia ai fenomeni sociali dell'adattamento, integrazione (...). Tanto che, riteniamo, anche il più radicale dei critici del valore delle statistiche criminali ufficiali concorderebbe nell'attribuire a questo indice una grande rilevanza (...) almeno come riflesso della dimensione dei problemi di interazione, di accoglienza, di adattamento e di integrazione fra non-nazionali e paese ospitante" ⁽⁶⁾.

Volendo dunque esemplificare attraverso i numeri e le statistiche ufficiali - pur con dovute note di cautela ⁽⁷⁾ - e guardando dapprima oltreoceano (ove storicamente il dibattito in tema di razza si è primariamente e fortemente radicato), secondo dati risalenti agli anni novanta, negli Stati Uniti ⁽⁸⁾ gli afro-americani, che rappresentavano solo il 12% della popolazione totale, costituivano circa un terzo dei soggetti arrestati e la metà di quelli sottoposti a misura restrittiva della libertà personale in carcere. Il tasso di carcerazione nel 1995 ammontava per i neri americani a *sette volte* quello dei bianchi americani e sembra che tale dato possa dirsi parzialmente confermato anche per il

trattazione. Per una tematizzazione, a partire da una prospettiva filosofica, tra gli altri, CASADEI, *Introduzione*, cit., nonché GIULIANI, *Il principio di Color Blindness e il dibattito europeo su razza e razzismo*, *ibidem*.

⁽⁶⁾ Così SOLIVETTI, *Immigrazione, integrazione e crimine in Europa*, Bologna, 2004, p. 112. L'A., dopo aver fatto notare come tale indice consenta di scontare più di altri dati il problema del numero oscuro, fornisce per i diversi Paesi europei un "indice relativo di carcerazione", ossia la percentuale di detenuti non nazionali sul totale della popolazione detenuta, diviso la percentuale di non nazionali sul totale della popolazione residente, rilevando la assai maggior incidenza - di cui si diceva pocanzi - di non nazionali sulla popolazione detenuta rispetto alla loro incidenza sulla popolazione residente. Cfr. ID, *cit.*, pp. 114-5. A conclusione parzialmente analoga, ma facendo riferimento a dati tratti dagli Annuari statistici penali del Consiglio d'Europa, giungono DELGRANDE e AEBI, *Le statistiche sui detenuti stranieri in Europa (1989-2006)*, in PALIDDA, (a cura di), *Razzismo democratico*, cit., p. 24 ss.

⁽⁷⁾ Una nota di prudenza va ricordata con riferimento alle correlazioni statistiche: da esse è in genere arbitrario trarre illazioni di ordine causale. Inoltre errori possono sempre derivare, oltre che dalla non corretta interpretazione dei dati, anche dalla imprecisione dei dati e dalla loro inattendibilità. Cfr. sul punto PONTI, *op. cit.*, p. 71. Ciò non toglie che le statistiche cui si è dato spazio in tale lavoro sono essenzialmente statistiche provenienti da fonti ufficiali e da organismi istituzionali, dotate dunque di sicura attendibilità.

⁽⁸⁾ Ove, in concomitanza con l'impressionante aumento della popolazione carceraria negli anni ottanta, la sproporzione fra neri detenuti e neri residenti è andata parallelamente aumentando. Così BLUMSTEIN, *Racial Disproportionality of U.S. Prison Populations Revisited*, in *Univ. of Colorado L. Rev.*, 1993, vol. 64, p. 744, nonché più di recente, ID., *On the Racial Disproportionality of United States' Prison Population*, in GABBIDON & GREENE, *Race, Crime, and Justice*, New York-London, Routledge, 2005, p. 39 ss.

presente ⁽⁹⁾). Secondo stime aggiornate, riferite da Lucia Re, infatti, circa il 49% della popolazione carceraria statunitense è costituita da afro-americani, benché, lo si è detto, essi rappresentino non più del 12-13% della popolazione: quotidianamente 1 su 3 maschi afro-americani d'età compresa fra i 20 e i 29 anni è sottoposto al regime penitenziario o a misure alternative alla detenzione ⁽¹⁰⁾).

Guardando poi ai dati più recenti forniti del *Bureau of Justice Statistics*, si evince che al 30 giugno 2007 la popolazione carceraria detenuta (considerando sia gli istituti federali che quelli statali) conta più di 1.595.034 detenuti ⁽¹¹⁾). Nell'ambito di un aumento della popolazione penitenziaria, benché più contenuto rispetto all'anno precedente, a fronte di un numero complessivo di 2,3 milioni di detenuti, di cui 2,1 milioni composto da uomini e per 208.300 unità di donne, i detenuti afro-americani di sesso maschile rappresentano la percentuale più elevata, pari al 35,4% di tutti i detenuti, cui seguono, accanto ai detenuti 'bianchi' (32,9%), i detenuti di origine ispanica (17,9%). Segnatamente, il tasso di carcerazione per i maschi afro-americani è di 4.618 per 100.000 abitanti e per i maschi latino-americani di 1.747 su 100.000 abitanti (per i maschi bianchi di 773 su 100.000 abitanti): tali numeri, se confrontati con la rappresentazione dei neri e degli ispanici, nonché dei bianchi nella popolazione complessiva, evidenziano come il tasso di carcerazione degli afro-americani sia pari a sei volte quello dei bianchi americani e quello degli ispanici sia pari a poco più di due volte ⁽¹²⁾).

Ebbene, il dato tratto dall'ultimo Rapporto del BJS, riferito al 2010 e aggiornato al settembre 2012, testimonia di un ulteriore incremento (rapporto 7 a 1) di tale tasso di carcerazione ⁽¹³⁾). Dagli anni novanta ad oggi dunque si può dire che, per quanto

⁽⁹⁾) Per questi dati vedi HUDSON, (a cura di), *Race, Crime and Justice*, Dartmouth, 1996, p. X dell'Introduzione. Vedi inoltre BLUMSTEIN, *Racial Disproportionality of U.S. Prison Populations Revisited*, cit., p. 743 e 750. Il tasso di incarcerazione per i maschi bianchi e per i maschi neri è tratto dal *Bureau of Justice Statistics* dell'anno 1997. Per gli stessi dati, validi anche oggi, vedi TONRY & FRASE, (a cura di), *Sentencing and Sanctions in Western Countries*, Oxford, Oxford University Press, 2001, p. 244 ss. A partire dal 1970 il rapporto fra tasso d'incarcerazione per i maschi bianchi e per i maschi neri è andato progressivamente aumentando: da 5,68 a 1 nel 1970, a 5,98 a 1 nel 1980, a 6,71 a 1 nel 1985, sino a 7,54 a 1 nel 1990. *Ibidem*. Per una ricostruzione in chiave storica di questa sproporzione vedi SABOL, *Racially Disproportionate Prison Populations in the United States*, in *Contemp. Crises*, 1989, vol. 13, pp. 405-432.

⁽¹⁰⁾) RE, *Discriminazione strutturale e Color Blindness nei sistemi penitenziari degli Stati Uniti e d'Europa*, in *Jura Gentium*, forum filosofico on line, p. 3 del saggio. Per dati ancor più aggiornati, si veda: ID., *La detenzione degli stranieri nelle carceri europee*, *ibidem*, n. IV, 2008, p. 2 del saggio. Si veda sul tema anche ID., *Le carceri europee: sovraffollamento e detenzione dei migranti*, *ibidem*.

⁽¹¹⁾) Di questi l'85% è detenuto negli istituti penitenziari statali e il 12,5% in quelli federali. Cfr. BJS BULLETIN, *Prison Inmates at Midyear 2007*, June 2008, a cura di W.J. Sabol, p. 1, consultabile presso il sito ufficiale del *Bureau of Justice Statistics*, U.S. Department of Justice.

⁽¹²⁾) Cfr. ID., cit., p. 7. Il tasso di carcerazione più elevato, sempre al 2007, riguarda in particolare i maschi afro-americani d'età compresa fra i 30 e i 34 anni.

⁽¹³⁾) Vedi BJS BULLETIN, *Prisoners in 2010*, December 2011, Revised 2/9/2012, a cura di P. Guerino, P.M. Harrison, W.I. Sabol, p. 7 e Tabella 14, consultabile presso il sito ufficiale del *Bureau of Justice Statistics*, U.S. Department of Justice. Nel 2010, gli afro-americani hanno un tasso di carcerazione che è pari a 3.074 per 100.000 abitanti e i bianchi americani presentano un tasso di carcerazione di 459 per 100.000 abitanti. Le

mutata (da 7 a 6 volte e poi nuovamente a 7 volte), la selettività nei confronti degli afro-americani si è mantenuta estremamente consistente, specie nei confronti delle donne afro-americane (il tasso di carcerazione è pari a 3 volte quello delle donne bianche americane).

Per quanto riguarda la pena di morte, i cui dati verranno forniti nel prosieguo, basti ricordare che nel 1996 il rapporto fra neri e bianchi condannati a morte era di 6 a 1, rappresentando i neri il 42% (percentuale rimasta ad oggi invariata) di tutti i condannati in attesa di esecuzione nelle prigioni statunitensi ⁽¹⁴⁾.

In Europa, secondo dati riferiti da Pavarini, più di ¼ della popolazione detenuta è costituito da immigrati, a fronte di una presenza straniera residente che non supera il 5% (oggi il 7%) ⁽¹⁵⁾. Tale dato sembra confermato laddove si è rilevato di recente che complessivamente i non-nazionali incidono sulla popolazione detenuta europea circa quattro volte e mezzo di quanto incidono sulla popolazione residente, con una incidenza sproporzionata che coinvolge pressoché tutti i Paesi europei ⁽¹⁶⁾.

In Gran Bretagna, per esempio, ove il fenomeno della presenza straniera è molto marcato, le minoranze etniche costituiscono l'1% della popolazione generale e il 12% di quella carceraria ⁽¹⁷⁾. In particolare, secondo i dati più recenti forniti dall'*Home Office*, aggiornati al giugno del 2005, tre quarti della popolazione detenuta nelle carceri inglesi è composta da bianchi (a fronte di una popolazione carceraria complessiva di 75.190 detenuti), per il 15% da 'Blacks' o 'Blacks British' (11.168 di cui 874 donne), per il 6% da Asiatici, per il 3% da etnie miste e per l'1% da Cinesi e altri ⁽¹⁸⁾. Il Parlamento inglese, offre, altresì, dati aggiornati al 2012 sulla presenza carceraria degli stranieri in Inghilterra e Galles: tale presenza, si nota, è cresciuta costantemente nell'ultimo decennio. Dall'8% negli anni novanta si è giunti al 13% nel marzo 2012, con percentuali variabili a seconda delle diverse etnie che rispecchiano i dati forniti dall'*Home Office* ⁽¹⁹⁾.

donne afro-americane hanno un tasso di carcerazione pari a 133 su 100.000 abitanti contro il dato di 47 su 100.000 abitanti valevole per le donne bianche americane.

⁽¹⁴⁾ Vedi TONRY & FRASE, *op. cit.*, p. 245.

⁽¹⁵⁾ Cfr. per questi dati PAVARINI, *Uno sguardo ai processi di carcerizzazione nel mondo: dalla "ronda dei carcerati" al "giramondo penitenziario"*, in *Rass. pen. crim.*, 2002, p. 123.

⁽¹⁶⁾ Cfr. SOLIVETTI, *op. ult. cit.*, p. 115.

⁽¹⁷⁾ Secondo dati aggiornati al 28 febbraio 2003. Vedi HOME OFFICE, *Prison Population Brief. England and Wales, November 2003*, a cura di I. Cross e T. Olowe, p. 18. Dei 17.762 soggetti appartenenti ad una minoranza etnica detenuti nelle prigioni britanniche nel 2003, 5.875 maschi e 748 donne sono stranieri. Tra i detenuti maschi di nazionalità britannica, ma appartenenti ad una minoranza etnica, nel 2003, il 12% sono neri, il 3% Asiatici (indiani, pakistani o del Bangladesh) e il 2% Cinesi o di altra nazionalità. Tra i detenuti donne, l'83% sono bianche, il 13% nere, l'1% asiatiche, il 3% cinesi o di altri gruppi etnici. La popolazione generale invece contempla l'1% di neri e il 3% di asiatici, l'1% di altri gruppi etnici. Cfr. *ibidem*.

⁽¹⁸⁾ Cfr. HOME OFFICE, NOMS, *Population in Custody. Quarterly Brief. April to June 2005. England and Wales*, London, 2005, p. 2, 5, nonché Tabelle 6, 7, 11, consultabile al sito ufficiale dell'*Home Office*, www.homeoffice.gov.uk.

⁽¹⁹⁾ HOUSE OF COMMON, *Prison Population Statistics*, Maggio 2012, (a cura di), BERMAN, p. 8 s., consultabile sul sito ufficiale del Parlamento inglese.

In Germania, in Svezia, nei Paesi Bassi, in Italia il rapporto fra la percentuale di detenuti stranieri e quella di stranieri residenti è pari rispettivamente al 5% circa, al 6%, al 10%, al 14% ⁽²⁰⁾). E, secondo le stime di Solivetti, pur sulla base di percentuali parzialmente diverse, l'indice relativo di carcerazione presenta una tendenza alla crescita nel tempo, lasciando pensare ad un peggioramento dei problemi di adattamento dei non nazionali negli ultimi anni forse in concomitanza con la recente metamorfosi del fenomeno migratorio europeo, sempre più caratterizzata da condizioni di clandestinità (secondo stime recenti, si è giunti nei Paesi menzionati a percentuali di presenza straniera nelle carceri che toccano e superano ampiamente il 30%, come in Spagna e in Italia, sino a toccare il picco del 41,7% in Grecia e del 45% in Austria e, secondo dati del Consiglio d'Europa, in alcuni Paesi anche del 70%) ⁽²¹⁾).

Come osserva Melossi, in definitiva, "il fatto della grande presenza di stranieri all'interno dei sistemi di giustizia penale, e in particolare delle carceri, dei Paesi dell'Unione Europea, e invero dell'Italia, è un dato che è oramai divenuto materia di dibattito sia all'interno delle scienze giuridiche (...) sia all'interno delle scienze sociali" ⁽²²⁾).

Ebbene, tale dato, testimoniato dalle statistiche di cui abbiamo riferito, conduce oggi (come già accaduto in passato) parte della dottrina criminologica e sociologica, ma anche penalistica, a porsi un interrogativo, sul quale si sono concentrate numerose indagini empiriche: l'elevato tasso di carcerazione di persone appartenenti a minoranze etniche è effetto del maggiore coinvolgimento di questi soggetti in attività

⁽²⁰⁾) I dati, aggiornati al 2001, sono tratti da PAVARINI, *op. cit.*, p. 123, Tabella 6. Quanto alla percentuale degli stranieri detenuti rispetto al totale dei detenuti presenti nelle carceri dei diversi Paesi menzionati, si veda *ibidem*, nonché DAP, *Il sistema penitenziario italiano. Dati e analisi*, a cura di SOLIVETTI, Ministero della Giustizia, Roma, 2003, p. 42, tav. 4.4. La Germania presentava all'inizio del nuovo secolo una quota di stranieri detenuti pari al 34,1% della popolazione detenuta totale, i Paesi Bassi pari al 12,9%, la Svezia pari al 21,3%, l'Italia pari al 29,3%. Ma già a metà degli anni 2000 tali percentuali sono vorticosamente aumentate: Lucia Re riferisce i dati recenti relativi ai diversi Paesi europei, aggiornati al 2005/2006 e tratti dai Ministeri della Giustizia dei diversi Paesi. La presenza straniera nelle carceri europee si attesta al 45,1% per l'Austria, al 41,7% per la Grecia, al 32% per l'Italia (ma il dato, lo vedremo, è cresciuto negli ultimi anni), al 31,7% per i Paesi Bassi, al 29,7% per la Spagna, al 28,2% per la Germania, al 26,2% per la Svezia, al 21,1% per la Francia, al 18,5% per il Portogallo, al 13,6% per la Gran Bretagna, all'8% per la Finlandia. Cfr. RE, *La detenzione*, cit., p. 2 del saggio telematico. Sui dati, aggiornati, relativi all'Italia torneremo più approfonditamente nel prosieguo della trattazione. Per percentuali analoghe basate tuttavia sui dati forniti dal Consiglio d'Europa, aggiornati al 2006, si vedano DELGRANDE e AEBI, *Le statistiche*, cit., p. 25: nella maggior parte dei Paesi dell'Est e del Centro Europa la percentuale di detenuti stranieri è molto bassa (5%). In media, la percentuale della presenza straniera nelle carceri europee è del 20%. Sette Paesi presentano una percentuale compresa tra il 20 e il 40% (Olanda, Germania, Italia, Spagna, Portogallo, Svezia, Malta). E un quinto di tutti i Paesi ha percentuali tra il 40 e il 70% (Estonia, Belgio, Austria, Cipro, Grecia, Svizzera, Lussemburgo, Andorra, Monaco). *Ibidem*, pp. 25-26.

⁽²¹⁾) SOLIVETTI, *op. cit.*, p. 110 ss., in particolare p. 117. A testimonianza di tale incremento si vedano i dati aggiornati al 2005/2006, già riferiti *supra*, in nota, su cui si rimanda a RE, *op. ult. cit.*, p. 2 del saggio.

⁽²²⁾) MELOSSI, *La "sovrarappresentazione" degli stranieri nei sistemi di giustizia penale europei e italiani*, in *Diritto Immigrazione e Cittadinanza*, Anno V, n. 4, p. 11.

criminali oppure riflette una discriminazione attuata a loro danno dalla polizia e dai giudici, dalle giurie nonché da altri operatori del diritto ⁽²³⁾?

In realtà, entrambe le spiegazioni appaiono semplicistiche e nessuna in grado di rendere conto appieno di un fenomeno ben più complesso sia da un punto di vista statistico che da un punto di vista sociale e politico-criminale. Come è stato correttamente osservato, una grande quantità di circostanze ambientali e sociali sta alla base dell'elevata criminalità e carcerazione delle minoranze: "basti citare la diversa distribuzione dei beni economici fra bianchi e neri, l'alta disoccupazione e sottoccupazione della popolazione di colore, le scarse possibilità di promozione sociale, la bassa scolarità, l'emarginazione, i pregiudizi razzisti, le opposizioni all'integrazione, la minore protezione giuridica delle minoranze, la discriminazione nelle indagini di polizia e nel giudizio penale" ⁽²⁴⁾.

Consapevoli della complessità dell'oggetto del nostro studio e non senza tener presente i problemi che la trattazione unitaria del fenomeno migratorio e delle questioni razziali comporta ⁽²⁵⁾, scegliamo di dedicare, per un approfondimento che riteniamo preliminare, la prima parte della nostra analisi alle diverse teorie criminologiche – teorie del consenso *versus* teorie del conflitto – che hanno indagato le relazioni fra fattore razziale, immigrazione e criminalità ⁽²⁶⁾.

Una precisazione preliminare ci appare a tal proposito doverosa. Come sottolineato da Dario Melossi, molti saggi, sia provenienti dalla letteratura americana che italiana, trattano insieme del rapporto fra migrazioni e criminalità e del rapporto

⁽²³⁾ Cfr. su tale interrogativo, tra gli altri, più di recente, nel contesto americano, BLUMSTEIN, *On the Racial Disproportionality*, cit., pp. 40-1; nel contesto europeo e italiano, tra i molti, si veda MELOSSI, *op. ult. cit.*, p. 15.

⁽²⁴⁾ PONTI, *Compendio di criminologia*, cit., pp. 89-90.

⁽²⁵⁾ Mette ben in evidenza tale criticità MELOSSI, *Stato, controllo sociale e devianza*, Milano, 2002, p. 266. Concorde sulla complessità dell'indagine sul rapporto fra fattore razziale e giustizia penale, uno dei maggiori studiosi statunitensi del tema, Alfred Blumstein. Cfr. BLUMSTEIN, *On the Racial Disproportionality*, cit., p. 41. L'A. riferisce dei problemi metodologici per testare la fondatezza dell'ipotesi discriminatoria nel contesto americano e in particolare delle due tecniche utilizzate per indagare le cause di tale disparità nella popolazione penitenziaria americana: la tecnica statistica dell'analisi multivariata, di cui diremo, e la tecnica della comparazione di casi giudiziari simili, assai meno utilizzata.

⁽²⁶⁾ Cfr., sul paradigma del consenso, PONTI, cit., pp. 209-10. Scrive lo studioso: "(...) in una concezione della società in cui interessi e valori trovano il supporto di una larga accettazione, solo i devianti, con la loro condotta inosservante di talune norme, sono intesi come una sorta di elemento patologico, che devia appunto da un sistema nel suo complesso accettato". Cfr. sul paradigma del consenso contrapposto al paradigma conflittuale, inteso come paradigma (riprendendo le parole di Chambliss) che, a differenza di quello del consenso, "enfattizza le dinamiche centrifughe a discapito di quelle centripete, valorizzando il ruolo dei conflitti fra classi sociali e gruppi di interesse quale 'forza motrice applicata alla creazione e alla implementazione delle leggi penali'", l'interessante saggio di PALIERO, *Consenso sociale e diritto penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1992, p. 849 ss., a p. 857. L'A. suggerisce che negli attuali sistemi penali assai complessi i due paradigmi sono, anziché contrapposti, compresenti e giocano "ruoli diversi a seconda delle distinte aree di tutela". Cfr. *ibidem*, p. 866. Per esempio, nell'area di tutela del patrimonio, e in particolare nella norma sul furto, prevale il modello conflittuale, mentre prevale il paradigma del consenso nella norma sull'incesto e sull'omicidio, entrambe espressione di valori interiorizzati dalla generalità dei consociati. *Ibid.*, pp. 894-6.

fra razza/etnicità e criminalità, “il che non è senza problemi” ⁽²⁷⁾). Tuttavia, la storia delle scuole criminologiche, che tenteremo di ripercorrere di seguito, dimostra come questi temi siano da sempre inscindibilmente correlati fra loro. Analogamente molti studi di taglio empirico-criminologico, sia risalenti che recenti, rinvencono, anche laddove non emerga una discriminazione intenzionale, ossia basata sul razzismo o sul pregiudizio, che “nel sistema penale operano comunque forme di discriminazione “strutturale” specificamente dirette agli stranieri” ⁽²⁸⁾). Ecco perché scegliamo in questa sede un approccio analogo che integra le due prospettive, pur consci della non unanime accettazione di una tale impostazione.

In seconda battuta studieremo, dunque, l’evoluzione della ricerca criminologica sul tema, passando in rassegna le ricerche empiriche che hanno indagato l’influenza esercitata dal fattore razziale nelle diverse fasi del procedimento penale al fine di verificare o falsificare l’ipotesi della presenza di discriminazione razziale nel sistema della giustizia penale. Riferiremo delle indagini condotte in Inghilterra e negli Stati Uniti - ove la tradizione della ricerca criminologica sul tema ha origine - sul peso del fattore razziale nelle varie fasi del processo penale (fermo, arresto, esercizio dell’azione penale, fase della commisurazione della pena e della esecuzione). Particolare attenzione verrà riservata alle ricerche che hanno studiato l’incidenza di fattori arbitrari nella fase del giudizio penale (fenomeno ben noto nell’ordinamento statunitense sotto il nome di *sentencing disparity*).

Da ultimo, cercheremo di delineare lo *status* del dibattito criminologico nel panorama europeo (e segnatamente italiano), poiché - lungi dall’essere assente o sopito - tale dibattito è oggi più acceso che mai. Tale seconda parte del lavoro, dedicata alla verifica empirica, diversamente dalla prima parte intitolata al contributo di idee che storicamente la criminologia ha apportato, rappresenterà un tentativo di declinazione delle acquisizioni criminologiche che precedono e che, segnatamente in questa materia, tracciano per così dire la via.

In altre parole, il presente saggio vuole essere “il primo atto” - dedicato al contributo della criminologia - di una indagine di più ampio respiro volta a far luce sul ruolo del “soggetto altro” dinanzi al diritto penale e alle scienze criminologiche. Queste ultime, a nostro avviso, illuminano il cammino del penalista su un terreno accidentato quale quello imboccato ⁽²⁹⁾).

A testimonianza di ciò, si pensi che, anche laddove la verifica empirica mostri la presenza di un alto coinvolgimento criminale delle (o di alcune) minoranze etniche, negando la sussistenza di discriminazione intenzionale nel sistema della giustizia penale ⁽³⁰⁾), occorrerà interrogarsi nuovamente sulla base di teorie criminogenetiche, siano esse ascrivibili al paradigma del consenso piuttosto che del conflitto.

⁽²⁷⁾) Così MELOSSI, *op. ult. cit.*, p. 266.

⁽²⁸⁾) ID., *cit.*, p. 267.

⁽²⁹⁾) Il “secondo atto” di tale lavoro ancora *in fieri* è dedicato al ruolo del diritto penale dinanzi all’alterità, in particolar modo all’approccio del diritto penale rispetto allo ‘straniero’, con particolare riferimento al panorama legislativo italiano.

⁽³⁰⁾) Tra gli altri, si veda in tal senso BARBAGLI, *Immigrazione e sicurezza in Italia*, Bologna, 2008, p. 35 ss.

Come è stato lucidamente osservato, “assumere una prospettiva che prenda sul serio la razza (...) rende possibile una precisa consapevolezza per ri-porre al centro delle discussioni di filosofia politica e di filosofia del diritto antichi dilemmi (che oggi possono presentarsi in forme nuove) connessi al *dominio*: le disuguaglianze sociali ed economiche, ‘di classe’, le inedite forme di schiavitù (che squarciano amplissime zone del globo, ma dimorano, per quanto rimosse, anche nelle democratiche e liberali società occidentali); le disuguaglianze e le discriminazioni legate al sesso (che configurano le cosiddette ‘questioni di genere’); l’influenza delle forme di organizzazione (...) della società sulle forme della pena (...)” ⁽³¹⁾. Di qui un monito ulteriore per lo studio delle connessioni fra fattore razziale, sistema penale e discriminazioni, siano esse intenzionali, istituzionali e/o strutturali ⁽³²⁾.

2. Teorie criminologiche su razza e criminalità: paradigma del consenso v. teorie del conflitto.

Veniamo alle teorie criminologiche sul rapporto fra fattore razziale e criminalità. E’ noto che la criminologia, e in particolare la sociologia criminale, spesso sperimenta le sue ipotesi proprio sullo straniero, in quanto ‘diverso’ e ‘altro’ rispetto ai membri ‘integrati’ della società.

Sono numerose infatti le teorie criminologiche nate in risposta ai problemi legati ai fenomeni migratori e alle questioni razziali. Basti pensare, su tutte, alla teoria dei ‘conflitti culturali’ elaborata, nell’alveo della c.d. Scuola di Chicago, da Thorsten Sellin negli anni ‘30 in risposta al problema americano del flusso migratorio proveniente da tutta Europa verificatosi nei primi decenni del secolo (e sulla fine del secolo precedente), nonché al problema della discriminazione razziale nei confronti dei neri americani ⁽³³⁾.

Tale teoria vede nella contrapposizione fra diversi sistemi culturali all’interno di un individuo la causa principale del disagio e della successiva condotta deviante di quest’ultimo. Da tale conflitto culturale originerebbe una incertezza di valori che espone l’individuo al rischio maggiore di porre in essere condotte devianti ⁽³⁴⁾.

⁽³¹⁾) Cfr. CASADEI, *op. cit.*, p. 3 del saggio.

⁽³²⁾) Su tali concetti torneremo fra breve.

⁽³³⁾) Alla Scuola di Chicago, sviluppatasi intorno agli anni ‘20 in America e anche nota sotto l’etichetta di ‘scuola dell’ecologia umana’ per il suo interesse verso i mutamenti dell’agire umano al mutare dell’ambiente sociale circostante, si deve la costruzione di un nutrito insieme di ricerche su ghetti etnici, bande devianti, povertà, vagabondaggio e altri stili di comportamento deviante. Da tali studi la Scuola trasse modelli da applicare a problemi socialmente rilevanti per il tempo, problemi come le migrazioni e la questione razziale. A questa Scuola può essere ascritto anche il pensiero di T. Sellin, lui stesso figlio di immigrati. Cfr. MAROTTA, *Straniero e devianza. Saggio di sociologia criminale*, Padova, 2003, p. 5 ss.

⁽³⁴⁾) Non va dimenticato che quando un migrante lascia il proprio Paese lascia con esso anche il proprio ordinamento penale. In questo contesto, si inserisce la tematica dei reati culturalmente motivati: la estraneità rispetto alla cultura del luogo d’approdo può portare lo straniero a scontrarsi con le norme penali di quest’ultimo, ogni qual volta egli commetta un fatto previsto come reato nell’ordinamento

Secondo Sellin, tale conflitto culturale sarebbe particolarmente marcato, oltre che nelle zone culturali di frontiera e nelle espansioni coloniali, nell'ambito dei gruppi immigrati e delle minoranze etniche ⁽³⁵⁾. All'interno di questi gruppi, poi, la dissonanza culturale sarebbe particolarmente marcata nella 'seconda generazione' di immigrati, "straniera a casa e autoctona fuori" ⁽³⁶⁾. I figli degli immigrati, infatti, vivrebbero un conflitto di valori culturali, perché, a differenza dei loro padri, per loro i contenuti della cultura di origine avrebbero perso di significato, senza che nel frattempo essi abbiano assimilato i nuovi valori della cultura ospitante.

Secondo Sellin, inoltre, i conflitti culturali si distinguono in primari e secondari. I primi risultano dal disagio che l'individuo vive dentro di sé per via del conflitto di valori, i secondi invece dalla discriminazione e dal rigetto da parte della società ospitante nei confronti dell'"estraneo". Sellin pensava, con tale distinzione, proprio al problema della discriminazione razziale nei confronti dei neri, tanto che egli non si limitò a formulare la suddetta teoria, ma volle anche indagare quantitativamente la relazione fra etnia e criminalità. Grazie ad uno studio empirico, egli fu tra i primi criminologi a rinvenire traccia della presenza di discriminazione razziale nel sistema di giustizia penale ⁽³⁷⁾.

Numerose sono, in particolare, le teorie socio-criminologiche che si sono occupate, tra l'altro, del rapporto tra razza e devianza, tra minoranze etniche e devianza, tra straniero o immigrato e devianza ⁽³⁸⁾.

In proposito occorre subito sgombrare il campo da quelle teorie che collegano la razza intesa in senso strettamente biologico, di lombrosiana memoria, alla criminalità ⁽³⁹⁾. Esse sono state smentite sul piano empirico. Gli studi di Herskovits (1930) e

giuridico d'approdo, ma che risulta, invece, conforme, o per lo meno tollerato, nella cultura del luogo d'origine. Sul tema si rimanda all'importante lavoro di BASILE, *Immigrazione e reati culturalmente motivati*, Milano, 2010, p. 153 ss.

⁽³⁵⁾ A T. Sellin viene attribuita la paternità della teoria dei 'conflitti culturali', sviluppatasi negli U.S.A. intorno alla fine degli anni '30. In particolare, grazie a questa teoria, Sellin ha spiegato il fenomeno di una più elevata criminalità all'interno della *seconda generazione* degli immigrati europei in America. Cfr. PONTI, *op. cit.*, p. 190.

⁽³⁶⁾ Cfr. su questo Autore e per la citazione, MELOSSI, *Stato, controllo sociale, devianza*, *op. cit.*, p. 154.

⁽³⁷⁾ Cfr. SELLIN, *Race Prejudice in the Administration of Justice*, in *Am. J. Sociol.*, 1935, pp. 212-217.

⁽³⁸⁾ Come è stato osservato da Tonry, questi temi sono affini tra loro e anzi debbono essere affrontati insieme perché dalla trattazione unitaria è possibile trarre conclusioni più articolate. Cfr. TONRY, (a cura di), *Ethnicity, Crime and Immigration. Comparative and Cross-national Perspective*, Chicago, University of Chicago Press, 1997, p. 3 dell'Introduzione. È bene premettere, tuttavia, che nell'economia del presente lavoro, nel quale si è scelto di privilegiare la prospettiva empirica, non ci è consentita una trattazione esauriente del tema 'immigrato e devianza', ricco di implicazioni e di profili ulteriori, sui quali rimandiamo al 'secondo atto' del nostro lavoro. Faremo solo alcuni accenni alle principali teorie socio-criminologiche che si sono occupate della controversa relazione fra razza e devianza, tra minoranze etniche e devianza, tra straniero o immigrato e devianza, temi spesso affrontati congiuntamente nella storia del pensiero criminologico.

⁽³⁹⁾ Il pensiero non può non correre ai lavori di Cesare Lombroso che, riprendendo le teorie di Charles Darwin, concepì, inaugurando la corrente del determinismo biologico, la teoria dell'atavismo e dell'"uomo delinquente", associando la devianza, tra l'altro, alle "razze colorate". Per la citazione, tratta dall'*Uomo Delinquente* (1876), si rimanda a MELOSSI, *Stato, controllo sociale, devianza*, *cit.*, pp. 57-8. Cfr., per un

Hooton (1939) hanno mostrato come fra i neri americani solo una percentuale molto limitata possa dirsi di 'razza pura' e come, pertanto, lo stesso concetto di razza inteso in senso biologico sia inutilizzabile ⁽⁴⁰⁾.

Proprio con riferimento all'elevato tasso di criminalità dei neri americani, nonché degli immigrati europei in America, sono state formulate le principali teorie criminologiche su etnia e criminalità e sono state condotte alcune fondamentali indagini empiriche volte a verificare, da un lato, se i neri e gli immigrati commettono un numero maggiore di reati rispetto ai bianchi e agli autoctoni, dall'altro, se, a parità di reati, esistano forme di discriminazione nei confronti dei neri e degli immigrati da parte del sistema di controllo sociale formale ⁽⁴¹⁾.

Tali teorie possono ricondursi essenzialmente a due paradigmi: il *paradigma del consenso* e il *paradigma del conflitto*, paradigma che, come autorevolmente evidenziato,

interessante approfondimento del pensiero di Lombroso e dei diversi autori contemporanei ascrivibili a tale corrente di pensiero (tra gli altri, in particolare, Wilson e Herrnstein, 1985), nella letteratura straniera, GABBIDON, *Criminological Perspectives on Race and Crime*, New York, 2007, p. 9 ss., nonché il testo di TAYLOR, WALTON, YOUNG, *Criminologia sotto accusa*, Rimini-Firenze, 1975, p. 34 ss. Nella letteratura italiana, sulla vita e il pensiero di Lombroso, si rinvia a VELO DALBRENTA, *La scienza inquieta: saggio sull'antropologia criminale di Cesare Lombroso*, Padova, 2004, p. XVIII ss.

⁽⁴⁰⁾ In tal senso e per questi studi cfr. AA.V.V., (a cura di), *Criminologia: il contributo della ricerca alla conoscenza del crimine e della reazione sociale*, Milano, 1991, p. 473.

⁽⁴¹⁾ Quanto all'entità della criminalità dei neri in America, i dati dell'*Uniform Crime Report* degli anni '60, mostrano che i neri rappresentavano circa 1/10 della popolazione degli U.S.A. e 1/3 dei soggetti arrestati, con una sproporzione particolarmente marcata per i delitti contro la persona. Come abbiamo visto, questi dati vengono confermati anche oggi. Ci si chiedeva dunque allora (come oggi) se le forti disuguaglianze nei tassi ufficiali di criminalità riflettessero differenze reali o se non derivassero piuttosto dall'azione discriminatrice operata dalle agenzie di controllo sociale. Per dare risposta a questo interrogativo sono state condotte numerose indagini empiriche, sin dall'inizio del secolo, con metodologie differenziate: da un lato, indagini di 'misurazione alternativa' della criminalità, dall'altro, studi sull'azione del sistema di controllo sociale formale, dal momento dell'ingresso nel sistema (contatti con la polizia) a quello dell'incriminazione e del giudizio, sino alla condanna. Quanto alle misurazioni 'alternative' della criminalità, esse si sostanziano in studi di autorilevazione della criminalità e in inchieste di vittimizzazione. Per ciò che concerne i primi, gli studi più recenti, contrariamente agli studi più risalenti, sono giunti alla conclusione che i dati risultanti dalle autorilevazioni non sono in contraddizione con le statistiche ufficiali, ma anzi sembrano confermare l'attendibilità di queste ultime, se si tiene conto della diversa inclinazione all'autoconfessione da parte delle diverse categorie di soggetti. Così i neri, per esempio, avrebbero una minor propensione a confessare i propri comportamenti criminali ed essi sarebbero dunque sottorappresentati in questo tipo di ricerche. Così A.A. V.V., *Criminologia*, cit., p. 476. Quanto alle inchieste di vittimizzazione, esse "hanno permesso di verificare l'incidenza del sistema penale sulla selezione dei delinquenti e di testare le ipotesi secondo le quali sarebbe la discriminazione selettiva dei neri operata dalle agenzie di controllo sociale formale a produrre le elevate percentuali di arresto degli stessi". *Ibidem*, p. 477 s. Da esse è emerso inoltre come la criminalità dei neri sia prevalentemente intra-razziale. In sintesi, sembra dunque che dalle misurazioni alternative della criminalità emerga talora l'attendibilità delle statistiche ufficiali, talaltra una sovrarappresentazione dei neri in tali statistiche, suggerendo la possibilità di una azione discriminatrice delle agenzie del controllo formale sociale. Quanto invece agli studi, assai più numerosi e significativi, sull'azione delle agenzie di controllo sociale formale nelle varie fasi del processo penale, su di essi si concentrerà la nostra analisi nella seconda parte del presente lavoro.

si centra sulla valorizzazione del ruolo dei conflitti fra classi sociali e gruppi di interesse quale 'motore' alla base del processo legislativo ⁽⁴²⁾).

Al primo paradigma - che evidenzia diversamente come la società e il processo normativo si basino su di un insieme di valori condivisi - può ascriversi la teoria mertoniana. Merton, negli anni trenta del novecento, utilizzando i principi della sociologia struttural-funzionalistica, ha esteso il concetto di anomia, già di Durkheim, alla comprensione del delitto.

Se a Durkheim si deve la enucleazione, nell'opera del 1893 *La divisione del lavoro sociale* e poi ne *Il Suicidio* (1897) ⁽⁴³⁾, del termine *anomia*, termine quest'ultimo di origine antica già presente nella cultura greca ed espressione, per il sociologo francese, della mancanza, o meglio, dell'inadeguatezza delle norme morali rispetto al livello raggiunto dallo sviluppo della divisione sociale del lavoro ⁽⁴⁴⁾, nonché la affermazione di una maggior frequenza di comportamenti devianti fra i soggetti immigrati ⁽⁴⁵⁾,

⁽⁴²⁾ Cfr. sul punto PALIERO, *Consenso sociale e diritto penale*, cit., p. 857, nonché più approfonditamente *infra*, nel testo. Sulle diverse teorie socio-criminologiche relative al rapporto fra razza e devianza, a partire dal pioniere di tali studi sociologici, W. E. B. Du Bois, ritenuto da alcuni il padre della sociologia americana, il quale additò sin dal finire dell'ottocento il problema della discriminazione razziale nei confronti degli afro-americani, si rimanda altresì a GABBIDON, *op. cit.*, p. 50 ss.

⁽⁴³⁾ La teoria sociologica della devianza di Emile Durkheim, colui che si può considerare il fondatore della sociologia, nasce in Francia verso la fine dell'800. La sua prima e importante opera è *La divisione del lavoro sociale* (1893). L'A. identifica una tendenza di fondo della società verso una sempre maggiore complessità e differenziazione nella divisione del lavoro, cui corrispondono due forme della solidarietà sociale - il legame che unisce tra loro i membri della società: una solidarietà di tipo meccanico che unisce coloro che svolgono ruoli e funzioni assai simili in un contesto sociale a basso livello di divisione del lavoro (come ingranaggi di una macchina); una solidarietà di tipo organico lega i membri della società che adempiono a funzioni notevolmente diverse con un alto grado di divisione del lavoro (come organi del corpo umano). Indicatore della società in cui ci si trova è il diritto che prevale: in una società ove prevalga una solidarietà di tipo meccanico, ove la coscienza sociale è concentrata sulla difesa di pochi valori fortemente sentiti, si fa ricorso essenzialmente allo strumento penale. Una solidarietà di tipo organico è segnalata da un diritto non pubblico/repressivo, bensì privato/restituivo. Si tratta di una società ove prevale l'individualismo e la sua espressione giuridica che è lo strumento del contratto. Durkheim cerca di rispondere al problema del tempo, quello dell'individualismo, senza però accettare che venga meno, superata la fase della solidarietà meccanica, ogni concezione di un sostrato morale che lega gli individui alla società. Ecco perché si parla in proposito della ricerca di una morale dell'individualismo. Cfr. MELOSSI, *op. cit.*, p. 73 ss.

⁽⁴⁴⁾ La complessità e la differenziazione della società da sole non sono causa di anomia secondo l'A.: quest'ultima ha luogo quando si verifica una sorta di discrasia fra l'aumento della divisione del lavoro da un lato e le forme di solidarietà e di coscienza collettive dall'altro. Se invece la solidarietà si trasforma con il trasformarsi della società non emerge anomia. L'opera di Durkheim è dunque animata da un tentativo di indagare le fondamenta morali della società, una volta caduto in declino il fondamento religioso: l'A. rifiuta di pensare alla società moderna come un tessuto sociale tenuto insieme solo da rapporti di tipo utilitaristico, individualistico e contrattualistico, ponendosi in polemica anche con il socialismo considerato dal sociologo un sistema che accelera il processo anomico, accentuando la separazione fra le classi. Sul pensiero di questo autore, e sul concetto di suicidio anomico che risponde alla medesima logica, si veda efficacemente MELOSSI, *op. ult. cit.*, p. 73 ss.

⁽⁴⁵⁾ Sul punto di veda SOLIVETTI, *op. cit.*, p. 33. Secondo Durkheim la criminalità è un fatto sociale normale: ciò che può variare sono la frequenza e la gravità degli atti criminosi e su tali variazioni influisce l'anomia. Nel contesto anomico, secondo Durkheim, si ha un aumento dei suicidi e delle condotte devianti più in generale. In questo contesto anomico per gli immigrati sarebbe maggiore la dissociazione psicologica,

secondo Merton, una società si trova in condizioni di anomia quando la sua cultura propone delle mete sociali definite senza che vengano a tutti forniti i mezzi istituzionali legittimi per conseguirle. Quando ciò accade, le regole che sanciscono con quali mezzi istituzionali debbono essere legittimamente raggiunte le mete sociali culturalmente definite perdono di credibilità perché con quei mezzi non è più possibile per tutti raggiungere quelle mete e le regole sono perciò generalmente disattese: si genera per conseguenza un alto tasso di devianza ⁽⁴⁶⁾. Si tratta dunque di una teoria sulla condizione di tensione fra il livello culturale e il livello strutturale di un determinato contesto sociale, anche nota come teoria della “frustrazione strutturale”.

Secondo Merton, l'individuo può reagire alla condizione anomica in vari modi che corrispondono a diversi tipi di devianza: ‘innovazione’, quando il soggetto rispetta i fini, ma non i mezzi legittimi per raggiungerli (si tratta della devianza criminale che era l'oggetto precipuo d'interesse dello studioso); ‘ritualismo’, quando si rinuncia a raggiungere le mete del successo sociale pur di non ricorrere a mezzi illegittimi (devianza rituale); ‘rinuncia’, quando si sono persi di vista sia i mezzi sia i fini; ‘ribellione’, quando l'individuo sostituisce mete diverse a quelle imposte dalla cultura, rifiutando altresì i mezzi legittimi. Anche le minoranze etniche, secondo lo studioso, reagiscono all'anomia secondo una delle predette modalità ⁽⁴⁷⁾.

Merton sottolinea come l'ambizione del successo economico, tipica della società moderna (e della società americana degli anni '30 che egli studiava), spinga tutti a raggiungerlo, sia con mezzi legittimi che con mezzi illegittimi. In alcuni gruppi sociali, classi inferiori e minoranze etniche, però, per la presenza di una situazione di svantaggio e di disuguaglianza connaturata alla stessa struttura sociale, non è facile soddisfare questo imperativo con mezzi legittimi e ciò è fonte di frustrazione, nonché causa di devianza, ossia di violazione delle norme che regolano i mezzi legittimi per il raggiungimento delle mete sociali. In quest'ottica si capisce, dunque, il maggior coinvolgimento criminale delle minoranze etniche e dei gruppi socialmente emarginati ⁽⁴⁸⁾.

Inoltre, secondo Merton, i diversi gruppi presenti nella società tendono ad assimilare i valori reciproci. “Ne consegue, però, il rifiuto dei comportamenti dei gruppi ritenuti peggiori e inferiori (...). Ciò lascia intendere come e perché gli appartenenti agli strati superiori si sentano minacciati dall'ascesa dei gruppi inferiori, tra cui gli afro-americani, manifestando verso di essi pregiudizi dilaganti” ⁽⁴⁹⁾.

dovuta alla fuoriuscita dalla società di appartenenza ed alla difficoltosa identificazione con i valori della società ospitante. Cfr. altresì CORRERA E MARTUCCI, *Elementi di criminologia*, Padova, 2006, p. 51 ss.

⁽⁴⁶⁾ Cfr. PONTI, *Compendio*, cit., p. 206.

⁽⁴⁷⁾ Per una lucida esposizione del pensiero mertoniano e di tali modalità di adattamento alla condizione anomica, si veda MELOSSI, *Stato, controllo sociale e devianza*, cit., p. 167 s., nonché, nella letteratura straniera più recente, GABBIDON, *Criminological Perspectives on Race and Crime*, cit., p. 67 ss.

⁽⁴⁸⁾ PONTI, *op. cit.*, p. 207.

⁽⁴⁹⁾ Così MAROTTA, *cit.*, p. 84.

Al paradigma consensuale possono ricondursi anche le teorizzazioni della Scuola di Chicago⁽⁵⁰⁾. Alla Scuola di Chicago, ispiratasi al pensiero di Georg Simmel⁽⁵¹⁾, si deve, accanto alle teorie dei conflitti culturali, già ricordata, anche l'elaborazione della teoria ecologica, ascrivibile a Clifford Shaw e Henry D. McKay, teoria secondo la quale la devianza è legata non tanto a fattori individuali, bensì all'ambiente socio-culturale in cui si è collocati (e alla disorganizzazione sociale di quest'ultimo)⁽⁵²⁾.

Erano quelli gli anni in cui un gran numero di individui iniziavano a migrare verso il Nuovo Mondo per cercare fortuna, in fuga da situazioni di miseria e di subordinazione. Il migrante veniva costituito come individuo deviante sia nella terra d'origine sia in quella d'accoglienza. Il luogo comune, ancor oggi assai diffuso, sulla criminalità degli immigrati serpeggiava in tutto il Nuovo Mondo⁽⁵³⁾.

Fu la città di Chicago ad accogliere molti tra questi migranti. Era quindi naturale che il nuovo Dipartimento di Sociologia ed Antropologia culturale dell'Università cittadina ponesse la questione dell'immigrazione al centro dei propri studi. Da tali studi la Scuola trasse modelli da applicare ai problemi socialmente rilevanti per il tempo, problemi come appunto le migrazioni e la questione razziale.

Si deve in particolare agli esponenti di tale Scuola la concezione secondo la quale gli immigrati di prima generazione tendono a ripetere i comportamenti devianti tipici della cultura d'origine (si pensi all'immigrazione proveniente dall'Italia

⁽⁵⁰⁾ Per un approfondimento sulle teorizzazioni di tale Scuola e in particolare sul pensiero dei suoi due principali esponenti, Shaw e McKay, nonché per uno sguardo agli autori contemporanei dediti allo studio della teoria della disorganizzazione sociale specie nelle aree cittadine, si rimanda a GABBIDON, *Criminological Perspectives*, cit., p. 53 ss., p. 60 ss.

⁽⁵¹⁾ Secondo tale sociologo tedesco, è noto, ogni individuo si trova calato in una compagine sociale ed è continuamente costretto ad affrontare una serie di potenziali conflitti frutto della sua appartenenza a più gruppi sociali. Cfr. su tale Autore, MELOSSI, *op. cit.*, p. 126.

⁽⁵²⁾ Ecco perché i sociologi della Scuola di Chicago avviano un programma di prevenzione sociale della criminalità, il cosiddetto *Chicago Area Project*, che avrebbe dovuto permettere di restaurare o riorganizzare i rapporti sociali in una certa area della città, al fine di prevenire l'insorgere di nuova criminalità. Diffusamente sui diversi esponenti di questa Scuola, la cui nascita si colloca nella c.d. età progressiva americana, si veda MELOSSI, *cit.*, p. 121 ss. In quest'epoca, si assistette inizialmente all'affermarsi di teorie politiche di origine rurale e nativista, con accenti apertamente razzisti nei confronti dell'immigrato, come nel pensiero di Edward A. Ross, il quale, convinto della superiorità della razza bianca, si poneva il problema dell'assimilazione degli immigrati. Negli Stati Uniti, fa notare Melossi, a fronte dell'affermarsi agli inizi del secolo di un atteggiamento improntato all'ideologia razzista e all'idea che la responsabilità dei problemi sociali, tra i quali la criminalità, doveva essere ascritta "all'inferiorità morale e antropologica delle "classi pericolose", prevalse in seguito un diverso e opposto atteggiamento, chiamato di ingegneria sociale: invece di far ricorso agli strumenti del diritto e della coazione, che si ritenevano fallimentari al fine di un efficace controllo sociale, si ritenne indispensabile giungere a comprendere i fenomeni sociali nel loro meccanismo profondo e sulla base di tale comprensione applicare le politiche sia sociali sia criminali utili per governare quei fenomeni. Un ruolo fondamentale a tale scopo sarebbe stato giocato dalla Scuola di Chicago, la scuola di scienze sociali nata all'interno dell'Università di Chicago, fondata, quest'ultima, nel 1892. *Ibidem*, p. 124.

⁽⁵³⁾ Non vi erano solo italiani: vi erano anche slavi, ebrei, polacchi e gente di altre nazionalità che andavano a sostituire i tedeschi e gli irlandesi che erano stati migranti sino a non poco tempo prima. Cfr. sul punto MELOSSI, *cit.*, p. 125. Si veda sul tema anche SOLIVETTI, *op. cit.*, p. 34 ss.

meridionale, caratterizzata da soggetti devianti dediti alla commissione di reati contro la persona), mentre gli immigrati di seconda generazione tenderebbero ad assumere comportamenti tipici della cultura ospitante (si pensi alla società americana di quegli anni caratterizzata da una criminalità predatoria) ⁽⁵⁴⁾).

Non solo: alla Scuola di Chicago si deve anche l'idea, coerente con l'impostazione ecologica, secondo la quale gli immigrati, spinti da minori affitti e da minori controlli sociali, verso le zone della città con maggior disorganizzazione sociale, tenderanno a presentare un livello più alto di criminalità rispetto a quello medio degli autoctoni: ma non più elevato di quello degli autoctoni posti nelle medesime condizioni ambientali ⁽⁵⁵⁾).

Quattro gli esponenti di spicco, fra i Chicagoans, ad occuparsi del tema dell'immigrazione: oltre a Sellin, vicino alla Scuola e fautore della teoria dei conflitti culturali più sopra descritta, Park, nonché Thomas e Znaniecki.

Park, in particolare, evidenziava i diversi livelli di criminalità presenti nelle differenti comunità etniche statunitensi, ponendo in relazione tali discrasie con il diverso livello di coesione sociale e di solidarietà (richiamando in tal modo il pensiero di Durkheim) caratteristico delle diverse etnie ⁽⁵⁶⁾).

A Thomas e Znaniecki si deve altresì un saggio dal titolo *Il contadino polacco in Europa e in America* (1918-20), nel quale, sulla base delle lettere che gli immigrati polacchi scrivevano dall'America, si pone in relazione la devianza degli immigrati con il grado di disorganizzazione sociale in cui essi vivono ⁽⁵⁷⁾).

Un ulteriore esito della Scuola di Chicago è rappresentato dal pensiero di Georg Herbert Mead, che pose al centro della sua teoria del controllo sociale il problema della costruzione del consenso nelle democrazie di massa. "Il controllo sociale è il processo mediante il quale - nell'interazione - si stabilisce il "significato" dell'"oggetto" di tale interazione ⁽⁵⁸⁾).

Come osserva Melossi, la teoria del controllo sociale può spiegare il comportamento degli immigrati, poiché sostiene che è attraverso lo scambio interattivo prima con i genitori, poi all'interno delle diverse situazioni sociali delle quali l'individuo entra a fare parte, che avviene il processo di apprendimento. Ciò varrebbe sia a livello dell'apprendimento infantile sia per gli altri processi di apprendimento. In una situazione caratterizzata da intensa immigrazione, quale era la realtà degli Stati Uniti in quegli anni, il processo di apprendimento, per gli stranieri, era analogo: "come un bambino deve inserirsi in un mondo che gli è fondamentalmente nuovo ed

⁽⁵⁴⁾) MELOSSI, *ibidem*, p. 132.

⁽⁵⁵⁾) ID., *cit.*, p. 133, nonché SOLIVETTI, *ibidem*.

⁽⁵⁶⁾) Sul pensiero di Robert Park, si veda SOLIVETTI, *cit.*, p. 35.

⁽⁵⁷⁾) Sul pensiero di questi studiosi si veda, *ibidem*, p. 34, nonché MELOSSI, *op. cit.*, p. 128. I due criminologi studiarono segnatamente le condizioni di vita dei contadini polacchi emigrati in America e in Europa, confrontando il contesto di partenza, ossia l'ambiente rurale caratterizzato dalla presenza di valori stabili condivisi dalla comunità, con il contesto di arrivo, cioè l'ambiente urbano caratterizzato all'opposto da forte mobilità e disorganizzazione sociale.

⁽⁵⁸⁾) Così MELOSSI, *op. cit.*, p. 136.

estraneo, così l'immigrato, ma con una difficoltà addizionale, giacché questi possiede già un mondo che deve in una certa misura abbandonare" ⁽⁵⁹⁾).

I lavori sui conflitti culturali della Scuola di Chicago trovano poi valorizzazione nel concetto di subcultura. Tale concetto, che sta ad indicare il carattere di contrasto di taluni precetti normativi rispetto a quelli della cultura generale, viene sviluppato nell'accezione di sottocultura delinquenziale, intorno alla metà degli anni cinquanta, da A. K. Cohen e applicato alle bande criminali giovanili, la cui formazione viene ricondotta dall'Autore alla presenza di ineguaglianze sociali e di un conflitto con la cultura della classe media a cui esse si sentono estranee, conflitto che innesca un meccanismo di formazione reattiva, ossia di ribaltamento dei valori dominanti ⁽⁶⁰⁾).

Il concetto di subcultura criminale viene ulteriormente approfondito, fra gli anni '50 e gli anni '60, da R.A. Cloward e L. Ohlin. Nella loro concezione, anch'essa centrata sullo studio delle bande delinquenziali, le sfavorevoli condizioni economiche e sociali si traducono in concreto in una limitazione delle opportunità, tanto che tale concezione è altrimenti nota sotto l'etichetta delle "opportunità differenziali" ⁽⁶¹⁾). In teoria, la società caratterizzata dal liberismo economico offre a tutti le stesse opportunità di conseguire le mete del successo sociale, ma in pratica la competizione limita le opportunità di chi parte da una situazione svantaggiata. "Ceto, razza, classe sociale, regione di provenienza limitano in concreto le opportunità di accesso alle mete, e favoriscono la confluenza verso certe sottoculture di banda" ⁽⁶²⁾).

Secondo Ohlin, in particolare, le bande delinquenziali si collocano in prevalenza all'interno delle minoranze etniche, che hanno ridotte possibilità di giungere al soddisfacimento delle loro aspirazioni tramite mezzi legittimi.

I due Autori, poi, individuano tre differenti tipi di subcultura: conflittuale, astensionistica e criminale. Alla prima appartengono quei giovani che sono dediti alla violenza e al vandalismo, senza finalità appropriative, ma con lo scopo di distruggere i simboli del sistema dominante in segno di protesta per esserne esclusi. Alla seconda appartengono i soggetti nei quali la frustrazione ha provocato una fuga che esprime il rifiuto della cultura dalla quale cercano di evadere attraverso l'alcolismo e la tossicomania. Al terzo tipo appartengono quei giovani che sono dediti alle abituali attività criminali di tipo predatorio, come il furto e la rapina.

⁽⁵⁹⁾) *Ibidem*, pp. 136-7.

⁽⁶⁰⁾) Cfr. PONTI, *Compendio di criminologia*, cit., p. 199 ss. Al concetto di subcultura deve essere ascritta anche la concezione sulla criminalità dei neri elaborata alla fine degli anni '70 da Silberman la quale è fondata prevalentemente su considerazioni storico-antropologiche. Secondo l'A. una delle principali caratteristiche sottoculturali dei neri sarebbe l'intensa rabbia nei confronti dei bianchi, nascosta sotto una apparente docilità. Tale rabbia, bloccata nei confronti dei bianchi, si rivolgerebbe prevalentemente nei confronti di sé e dei membri della stessa razza nera. In quest'ottica il delitto dei neri sembra essere espressione della ribellione e della rabbia repressa. Su questa teoria vedi A.A.V.v., *Criminologia*, cit., pp. 483-4, nonché GABBIDON, *op. cit.*, p. 83 ss.

⁽⁶¹⁾) Cfr. ID., *cit.*, p. 85 s.

⁽⁶²⁾) Sul pensiero di questi autori, si veda PONTI, *cit.*, p. 199 ss. e MAROTTA, *op. cit.*, p. 86 ss.

Ebbene, secondo questi criminologi, mentre risulta più difficile accertare l'esatta distribuzione dei tre tipi subculturali in aree residenziali delle classi inferiori, i gruppi conflittuali e astensionistici sembrano predominare proprio nei quartieri neri e portoricani ⁽⁶³⁾.

Accanto alle teorie esaminate – teoria dei 'conflitti culturali', teoria della frustrazione strutturale, teoria ecologica, teorie sottoculturali – accomunate, lo si rammenta, dall'assunto secondo il quale le norme sono suffragate dal consenso della maggioranza dei consociati e perciò note sotto il nome di *teorie del consenso* ⁽⁶⁴⁾, altre teorie possono fornire un paradigma esplicativo del rapporto fra etnia e devianza. Si tratta, segnatamente, delle *teorie c.d. del conflitto* ⁽⁶⁵⁾.

La concezione secondo la quale la società riposerebbe su di un insieme di valori condivisi dalla generalità dei consociati viene messa in crisi, dopo gli anni '60, dai teorici del *labelling approach* (da 'label', cioè 'etichetta'), i quali danno inizio ad un nuovo corso delle teorie socio-criminologiche incentrate sulla 'reazione sociale' che si mette in atto nei confronti delle condotte devianti (stigmatizzazione, emarginazione, punizione), nonché sui conflitti fra i vari gruppi sociali e sulla non univoca accettazione delle norme di una società ⁽⁶⁶⁾. In questo filone si collocano la criminologia radicale e la c.d. criminologia critica ⁽⁶⁷⁾.

La concezione del *labelling approach*, è ben noto, afferma che il deviante non è tale perché commette certe azioni, ma perché la società etichetta come deviante chi compie quelle azioni, cosicché la devianza è in un certo senso creazione dalla società. Nelle parole di Becker, "il carattere deviante di un atto risiede nel modo in cui questo atto è definito dalla mentalità pubblica", in quelle di Lemert, "(...) il controllo sociale porta alla devianza" ⁽⁶⁸⁾.

Il deviante è un capro espiatorio in quanto attraverso di esso la società delimita i confini della 'conformità': nel momento in cui si polarizza nei confronti

⁽⁶³⁾ Cfr. MAROTTA, *cit.*, p. 89.

⁽⁶⁴⁾ "(...) in una concezione della società in cui interessi e valori trovano il supporto di una larga accettazione: solo i devianti, con la loro condotta inosservante di talune norme, sono intesi come una sorta di elemento patologico, che devia appunto da un sistema nel suo complesso accettato". Cfr. PONTI, *cit.*, pp. 209-10. Sul paradigma del consenso contrapposto al paradigma conflittuale, inteso come paradigma che, a differenza di quello del consenso, "enfattizza le dinamiche centrifughe a discapito di quelle centripete, valorizzando il ruolo dei conflitti (...)" si rimanda all'interessante saggio, già citato, di PALIERO, *Consenso sociale e diritto penale*, *cit.*, p. 849 ss., a p. 857.

⁽⁶⁵⁾ Per una panoramica sulle teorie del conflitto, a partire dal 'labelling approach', con riferimento agli autori attenti al rapporto fra fattore razziale e giustizia penale (in particolare al pensiero di Vold, Quinney e Chambliss, nonché agli esponenti contemporanei di tale corrente di pensiero, tra gli altri, Taylor, Walton e Young, 1975), nella letteratura americana, si veda GABBIDON, *op. cit.*, p. 109 ss., 141 ss.

⁽⁶⁶⁾ Vedi PONTI, *cit.*, p. 210.

⁽⁶⁷⁾ Per una analisi approfondita di queste correnti di pensiero e dei diversi esponenti della stessa, si rimanda a TRAVERSO-VERDE, *Criminologia critica. Delinquenza e controllo sociale nel modo di produzione capitalistico*, Padova, 1981.

⁽⁶⁸⁾ Sul pensiero di Becker e Lemert, principali fautori, insieme a Matza, della teoria dell'etichettamento e per le citazioni, si veda MELOSSI, *op. cit.*, p. 186 e 187 ss., nonché TAYLOR, WALTON E YOUNG, *op. cit.*, p. 221 ss.

dell'emarginato, del povero, dell'immigrato, della persona di colore l'emotività e lo sdegno per gli autori del male, si ha il vantaggio di non far percepire come devianti altre condotte altrettanto devianti e poste in essere dalle classi dominanti. Secondo i fautori di questa corrente di pensiero si verifica cioè una *discriminazione* nei confronti di questi soggetti attuata a vari livelli: in primo luogo chi ha più potere può fare leggi a sé più favorevoli; inoltre chi fa le leggi determina il concetto sociale e culturale di delinquente: la stigmatizzazione di devianza viene così a colpire i comportamenti tipici delle classi subalterne, lasciando immuni i delitti propri dei gruppi di potere ⁽⁶⁹⁾.

Era il periodo in cui negli U.S.A. gli afro-americani protestavano contro il trattamento ingiusto subito nei ristoranti, nei teatri, sugli autobus, nella scuola e i bianchi cominciavano a rendersi conto della discriminazione razziale nei confronti delle minoranze. Questi radicali cambiamenti sociali non potevano lasciare indifferenti i sociologi che, con la teoria dell'etichettamento, volevano proporre una società più eguale. "In pratica sociologi e criminologi si rendevano conto che era ormai tempo di estendere i loro studi sugli effetti che la classe sociale e l'etnia avevano su coloro che venivano a contatto con il sistema penale" ⁽⁷⁰⁾.

Non a caso, come vedremo, risalgono a questi anni - politicamente caratterizzati dall'amministrazione Kennedy, promotrice del programma denominato *Great Society* con l'obiettivo di lavorare per una società in cui tutti avrebbero dovuto essere uguali - le prime indagini empiriche che riscontrarono la presenza di discriminazione razziale nell'amministrazione della giustizia penale e in particolare le prime indagini sulla *sentencing disparity* di fonte razziale ⁽⁷¹⁾.

Nell'ambito del radicalismo politico americano degli anni '60 il modello conflittuale ebbe modo di sviluppare la concezione secondo la quale il sistema si fonda sulla coercizione esercitata da alcuni gruppi, più forti, della società sugli altri. "La 'legge' non è uno strumento neutrale per la ricomposizione dei conflitti, ma un mezzo con cui i gruppi dominanti riescono ad imporre la loro volontà e i propri interessi sui più deboli" ⁽⁷²⁾. In tale ottica, il nero, l'immigrato, lo straniero, il 'diverso' sono privi dei mezzi e del potere necessario per contrastare l'*élite* dominante.

L'idea della conflittualità, vista come connotato capace di caratterizzare la società molto più del consenso, si ritrova nella criminologia radicale sviluppatasi negli anni sessanta - quelli delle lotte dei neri contro la segregazione razziale, delle rivolte nei ghetti, nei *campus* universitari e nelle carceri - e orientata verso una identificazione della devianza con il dissenso politico. I criminali, secondo questi teorici, non avrebbero coscienza del valore rivoluzionario della propria condotta e dovrebbero essere politicizzati per poterne assumere consapevolezza.

⁽⁶⁹⁾ Cfr. PONTI, *cit.*, p. 210 ss.

⁽⁷⁰⁾ Così MAROTTA, *cit.*, p. 150.

⁽⁷¹⁾ Cfr. *infra*, Parte II.

⁽⁷²⁾ Così MAROTTA, *op. cit.*, p. 92.

All'interno di questa corrente di pensiero alcuni autori si segnalano in particolare per l'interesse riservato al sistema penale e alla problematica razziale. Si tratta in particolare di Vold, Quinney e Chambliss.

Secondo questi studiosi la società è strutturata in gruppi in competizione fra di loro: il crescere dei contrasti fra gruppi crea solidarietà fra i membri di uno stesso gruppo per la difesa degli interessi del gruppo. Fatta questa premessa, Vold analizza il conflitto in relazione alla legislazione penale affermando che "l'intero processo di produzione, violazione e applicazione delle leggi riflette i conflitti più profondi tra i gruppi d'interesse e le lotte relative al controllo complessivo del potere di polizia dello Stato" ⁽⁷³⁾.

L'impossibilità per le minoranze di influenzare il processo legislativo comporta che queste diventino la principale vittima del processo normativo penale e che i comportamenti delle minoranze finiscano con l'essere criminalizzati da parte della legge. Ciò comporta la violazione del principio di eguaglianza nei confronti delle minoranze etniche. Non solo, tale disuguaglianza sembrava spiegarsi solo in ragione del fattore razziale e non di quello socio-economico. In tal modo, Vold si colloca, accanto a Sellin, fra i criminologi più attenti al problema della discriminazione razziale da parte del sistema penale.

Seguendo l'impostazione di Vold, Quinney approfondisce il discorso sul problema razziale, analizzando i tassi criminali relativi alla popolazione bianca ed a quella di colore: gli uni inferiori rispetto ai secondi. L'Autore segnala come l'essere 'nero' comporti un maggior rischio di condanna. La probabilità di essere definiti 'criminali' varia così in rapporto alla collocazione razziale. A conferma di tali considerazioni Quinney riporta inoltre i dati emergenti da alcune indagini empiriche che mostrano come i neri vengano arrestati dalle tre alle quattro volte in più dei bianchi.

In particolare, per gli afro-americani, Quinney rileva come il loro comportamento criminale sia dettato soprattutto dalla posizione che essi occupano nella società: va visto come una reazione alla subordinazione, alla instabilità lavorativa e alla limitata partecipazione alla vita collettiva ⁽⁷⁴⁾.

Oggetto d'interesse di Chambliss è la formazione delle leggi e la loro applicazione. Sulla base di una lettura marxista della società, l'Autore analizza il sistema penale americano notando che il controllo delle classi dominanti su quelle inferiori era dato dalla gestione della legge. Ciò con due modalità: ponendo in essere leggi penali volte a criminalizzare i comportamenti delle classi inferiori e diffondendo il mito della legge quale strumento al servizio di tutti, nonché plagiando le classi inferiori perché cooperino al proprio controllo.

⁽⁷³⁾) VOLD-BERNARD, *Theoretical Criminology*, New York, Oxford University Press, 1986, p. 274. Sul pensiero di tale Autore, in particolare, si veda GABBIDON, *Criminological Perspectives*, cit., p. 153 ss. L'idea che sta alla base del pensiero del criminologo è che gli individui si trovano sempre coinvolti all'interno di gruppi sociali e, di conseguenza, essi sono il prodotto di tali relazioni di gruppo.

⁽⁷⁴⁾) Cfr. MAROTTA, cit., p. 104.

In tale ottica il nero, lo straniero, l'immigrato svolge il ruolo di classe subalterna, priva di potere, completamente vittima del sistema penale.

La visione dell'emarginato e del nero quale di vittima del sistema penale e in particolare della polizia accomuna infine questi scrittori con la *New Left* e con la scuola di Berkeley. Il vasto movimento della 'nuova sinistra' e la scuola di criminologia di Berkeley infatti si caratterizzano, sul terreno della questione criminale, quali portavoce delle istanze di rispetto dei diritti civili nei confronti degli emarginati e degli esclusi - in primo luogo gli afro-americani - allo scopo di sollevare un movimento di protesta a favore di tutte le minoranze oppresse. Il movimento denunciava in particolare le violenze della polizia nei confronti di quella parte ingente di popolazione che non era in grado di difendersi dal 'dominio dilagante delle classi superiori', nonché la tecnica repressiva dei comportamenti da parte del potere per limitare il più possibile il conflitto di classe ⁽⁷⁵⁾).

L'impossibilità per le minoranze di influenzare il processo legislativo comporta che queste diventino la principale vittima del processo normativo penale e che i comportamenti delle minoranze finiscano con l'essere criminalizzati da parte della legge. In definitiva con la criminologia radicale "si opera una rivoluzione ideologica che porta a vedere come vero crimine la violazione dei diritti umani. Le grandi illegalità sono, quindi, proprio quelle del sistema, come il razzismo" ⁽⁷⁶⁾).

I contenuti della criminologia radicale vengono ripresi con maggior rigore scientifico, negli anni '70, in Europa dalla c.d. criminologia critica, di ispirazione marxista. Al concetto di devianza viene attribuito il significato di lotta della classe operaia per l'edificazione del socialismo. Tale concetto, messo in discussione dalla *National Deviancy Conference* inglese - che sottolinea come la devianza non sia una scelta inconsapevole della classe operaia, bensì una scelta consapevole dei singoli dinanzi ai disagi e alle contraddizioni della società capitalistica e come vi sia una forma di persecuzione e di stigmatizzazione dei devianti da parte delle istituzioni e dei sistemi di controllo sociale formale - verrà coltivato anche in Germania e, in Italia, dai fondatori della rivista *La questione criminale* ⁽⁷⁷⁾).

Tra i criminologi inglesi merita attenzione il pensiero di Dennis Chapman. Anche questo Autore lancia infatti una forte critica al sistema giudiziario considerato come produttore del vero crimine e primo responsabile delle diseguaglianze sociali: azioni identiche, con identici risultati, possono essere criminali o no a seconda dell'età, del sesso, della posizione sociale e razziale dell'attore. Chapman sottolinea in particolare come le agenzie di controllo sociale formale pongano in essere nei confronti dei neri e degli immigrati, forte espressione dello *stereotipo criminale*, comportamenti che non possono non rafforzare il loro ruolo negativo ⁽⁷⁸⁾).

⁽⁷⁵⁾) Su questo movimento e sulla Scuola di Berkeley, si veda ancora MAROTTA, cit., p. 111 ss.

⁽⁷⁶⁾) Così ID., p. 112.

⁽⁷⁷⁾) Per maggiori approfondimenti sulla criminologia critica in Italia si rimanda a TRAVERSO-VERDE, op. cit., p. 206 ss.

⁽⁷⁸⁾) Cfr. sul pensiero dell'Autore, MAROTTA, op. cit., p. 117.

Infine, rilevando che la criminalità è data da due processi, criminalizzazione primaria e secondaria, gli studiosi italiani hanno evidenziato la presenza, a monte, di una diseguaglianza sociale a danno di alcuni che come altri violano le stesse norme penali, ma che, in quanto stigmatizzati, subiscono maggiori sanzioni ⁽⁷⁹⁾.

Un cenno, da ultimo, sebbene in una prospettiva per così dire ‘ribaltata’ rispetto a quella dell’etichettamento, va fatto alla teoria del controllo sociale. Sul finire degli anni ‘60 del Novecento alcuni sociologi di rilievo, tra cui si ricordano Hirschi e Gottfredson, si dedicano allo studio del ruolo svolto, nella costruzione del crimine, dai sistemi di controllo sociale, concetto già enucleato da Mead ⁽⁸⁰⁾. In contrasto con la teoria anomica e del conflitto culturale, si avanza l’ipotesi secondo la quale i devianti si distinguono dai membri integrati della società per il fatto di essere sottoposti in minor misura ai controlli sociali, *in primis* i controlli famigliari e scolastici ⁽⁸¹⁾. Hirschi chiama in causa la natura dei legami sociali e associa la devianza al loro indebolimento o alla loro rottura.

Questo approccio viene ripreso, negli anni ottanta e novanta, proprio per spiegare la criminalità degli immigrati: gli atteggiamenti devianti delle minoranze etniche e degli immigrati dipenderebbero soprattutto dalle metodologie di applicazione del controllo sociale. Questi ultimi sarebbero maggiormente esposti al rischio di commettere atti criminali poiché non avrebbero sviluppato adeguati legami sociali e soprattutto non sarebbero sottoposti ai controlli esterni esercitati dalla società, i quali costituiscono un freno rispetto al delinquere ⁽⁸²⁾.

La teoria del controllo sociale contribuirebbe anche a spiegare i più alti tassi di criminalità degli immigrati della seconda generazione: costoro commetterebbero più spesso reati rispetto agli immigrati di prima generazione, in ragione dell’indebolimento dei legami fra i figli e i genitori. La diminuzione della capacità di controllo da parte della famiglia fa sì che gli immigrati della seconda generazione, quando giungono nelle nuove realtà, siano portati a delinquere. Analogamente, in alcuni gruppi etnici, ove i controlli famigliari sono meno stringenti, si registrerebbero più elevati tassi di criminalità ⁽⁸³⁾.

Al termine di questo *excursus* sulle varie teoriche che si sono occupate, tra l’altro, della relazione fra razza/etnia e criminalità, e più in generale del ruolo del soggetto “altro” dinanzi alla criminologia, occorre passare allo studio delle indagini quantitative che si sono occupate di questa stessa relazione, così da verificare se e a

⁽⁷⁹⁾ Cfr. PONTI, *cit.*, p. 215 ss.

⁽⁸⁰⁾ La teoria del controllo sociale concepisce l’uomo come naturalmente portato più a violare che a rispettare le norme. Affinché vengano rispettate le regole, dunque, è necessario prevedere un sistema di controlli sociali. I controlli sociali possono essere esterni (il sistema normativo e tutte le forme di sorveglianza collettiva) oppure interni (la coscienza di ciascuno). Cfr. MELOSI, *op. cit.*, p. 220.

⁽⁸¹⁾ Sul pensiero dei due criminologi si veda ID., *cit.*, p. 220 ss.

⁽⁸²⁾ Cfr. sul punto SOLIVETTI, *op. cit.*, p. 42. Tra gli autori che hanno ripreso il pensiero di Hirschi, si ricordano Kaiser e Albrecht.

⁽⁸³⁾ Sul tema, *ibidem*, nonché BARBAGLI, *Immigrazione e sicurezza in Italia*, *cit.*, p. 191 s.

favore di quale paradigma possa risolversi la contrapposizione 'teorie del consenso *versus* teorie del conflitto'.

Parte II – La verifica empirica.

3. Alcune distinzioni preliminari tratte dal diritto antidiscriminatorio.

Dopo aver ripercorso le principali teorie criminologiche su razza e criminalità, premettiamo alcune fondamentali distinzioni circa le diverse pratiche discriminatorie, capaci di condurre ad esiti disparitari, segnatamente nell'ambito della fase commisurativa della pena o, secondo la terminologia anglo-americana, nell'ambito della fase del *sentencing* ⁽⁸⁴⁾, distinzioni utili ai fini di una piena comprensione dei risultati raggiunti in questa materia dalla verifica empirica.

Accogliamo, rispetto al significato del termine "discriminare", la tradizionale definizione riscontrabile in diverse voci enciclopediche e diffusa nel senso comune, per la quale discriminare non significa solo distinguere, ma piuttosto distinguere altri da noi, riservandogli un trattamento peggiorativo. Assumiamo come valida, ai nostri fini, l'accezione che del termine viene accolta nel linguaggio giuridico e, in particolare, nell'ambito del diritto costituzionale, secondo la quale "la discriminazione viene identificata con una differenza di trattamento normativo che presenta caratteri di arbitrarietà e irragionevolezza". Una definizione che chiama in causa il principio di uguaglianza declinato alla luce del principio di ragionevolezza ⁽⁸⁵⁾.

⁽⁸⁴⁾) Quando si parla di *sentencing*, appare difficile trovare un esatto corrispondente nella lingua italiana che riproduca fedelmente i contenuti dell'istituto: appare tuttavia corretto inquadrare quest'ultimo nell'ambito della nozione di commisurazione 'in senso lato'. La precisazione terminologica e concettuale s'impone: nel diritto anglo-americano, il termine *sentencing* indica non solo quella fase del processo penale successiva all'accertamento della colpevolezza, la cd. *penalty phase*, ossia la fase della decisione *quoad poenam*, ma anche, più in generale, l'applicazione di una serie di istituti di diritto sostanziale funzionalmente correlati alla pena. Sebbene non esista nella nostra lingua un equivalente specifico né a livello semantico né a livello 'concettuale', l'ipotesi più corretta sembra dunque quella che fa coincidere il termine con la perifrasi 'commisurazione in senso lato'. Questa scelta presenta alcuni pregi indiscutibili: permette per es. di inglobare nel risultato definitorio il concetto di discrezionalità penale. Non solo. Essa consente anche di includervi la scelta tra pene di specie diversa. Come vedremo, oltre che nella decisione sul *quantum* di pena, anche e soprattutto nella scelta sul tipo di pena – negli ordinamenti anglosassoni accanto alle pena detentiva sono previste diverse forme di pene non custodiali che il giudice può sempre applicare in luogo della prima – si può annidare la considerazione di fattori extra-giuridici. Sulla nozione di 'commisurazione in senso lato', in dottrina si veda DOLCINI, *La commisurazione della pena*, Padova, 1979, p. 5; sul concetto di discrezionalità penale, DOLCINI, *Potere discrezionale del giudice*, in *Enc. D.*, p. 744 ss.. Si veda anche MANNOZZI, *Razionalità e "giustizia" nella commisurazione della pena. Il Just Desert Model e la riforma del Sentencing nord-americano*, Padova, 1996, p. 39.

⁽⁸⁵⁾) Cfr. sul punto, tra le molte, la voce *Discriminazione* contenuta in *Diritti Umani: cultura dei diritti e dignità della persona nell'epoca della globalizzazione*, (a cura di) FLORES, Torino, 2007, Vol. I, p. 489 s., nonché, sulla definizione giuridica, STRAZZARI, *Discriminazione razziale e diritto*, Padova, 2008, p. 40 s. Scrive l'A.: "il

Posta questa doverosa premessa, occorre subito distinguere, nel campo specifico del diritto (e, *rectius*, del processo) penale, fra forme di manifesta e volontaria discriminazione razziale nei confronti degli soggetti autori di reato appartenenti alle minoranze etniche, forme di discriminazione nei confronti delle vittime appartenenti alle minoranze etniche, forme di discriminazione in base alla classe sociale e correlate discriminazioni di tipo economico ⁽⁸⁶⁾).

Prima di entrare nel merito dei problemi postisi nell'ambito della ricerca criminologica sulla presenza di discriminazione etnico/razziale nell'ambito del sistema penale, occorre infatti ricordare che esisterebbero, secondo i più attenti studiosi del tema, almeno cinque differenti pratiche capaci di condurre ad esiti disparitari più in generale nel sistema della giustizia penale e più in particolare nell'ambito del giudizio penale ⁽⁸⁷⁾).

Una prima pratica può essere definita come *aperta discriminazione razziale nei confronti di indagati/imputati appartenenti alle minoranze etniche*. Essa consisterebbe nel riservare un trattamento sanzionatorio più severo nei confronti dei membri di un gruppo etnico/razziale di minoranza, indipendentemente da fattori giuridici e come diretto risultato di un conscio o inconscio pregiudizio razziale dell'autore della decisione.

Una seconda pratica discriminatoria consiste nel *disinteresse per le vittime di reato appartenenti alle minoranze etniche*. Questa pratica si sostanzia nel trattamento deteriore e/o nella condanna degli aggressori (di ogni razza) di vittime appartenenti a minoranze etniche a pene meno severe rispetto agli aggressori di vittime appartenenti ai gruppi di maggioranza.

La terza pratica è detta *class discrimination*. Essa consiste in un trattamento sanzionatorio più severo riservato agli indagati/imputati appartenenti alle classi più povere e ciò come conseguenza di un pregiudizio di classe.

La quarta pratica si sostanzia in una *discriminazione di tipo economico*. Quando un sistema legale è strutturato in modo tale che per ottenere un'assistenza legale effettiva servono rilevanti disponibilità economiche, accade che gli indagati/imputati più indigenti, non essendo in grado di remunerare un difensore di fiducia, vengano condannati a pene più severe.

Esiste poi, nella classificazione propria della tradizione anglosassone, una forma di *discriminazione c.d. istituzionale*, anche detta discriminazione razziale indiretta, che si manifesta quando vengono emanati provvedimenti legislativi che si traducono in una aperta discriminazione nei confronti delle minoranze etniche. Essa viene definita come "l'applicazione di *standards* decisionali che godono del più ampio

criterio della ragionevolezza consente quindi di stabilire se le differenziazioni che sono introdotte dal legislatore siano discriminazioni o distinzioni legittime".

⁽⁸⁶⁾) KLECK, *Racial Discrimination in Criminal Sentencing: A Critical Evaluation of the Evidence with Additional Evidence on the Death Penalty*, in *Am. Sociol. R.*, 1981, vol. 46, p. 784 ss.

⁽⁸⁷⁾) Su queste differenti pratiche discriminatorie vedi KLECK, *Racial Discrimination in Criminal Sentencing*, cit., p. 784-5.

consenso, ma che si traducono in esiti meno favorevoli per gli imputati appartenenti alle minoranze etniche”⁽⁸⁸⁾).

Esempi di discriminazione razziale istituzionale sarebbero la stessa *class discrimination* o la connessa discriminazione su base economica. Occorre a tal proposito sottolineare che queste ultime forme di discriminazione vengono nella nostra letteratura inquadrare nella nozione di *discriminazione strutturale*, una forma di discriminazione, a nostro avviso, da tenere distinta rispetto a quella istituzionale: una forma di discriminazione che “prescinde dalla volontà del legislatore di discriminare e deriva dal sistema sociale e dalle condizioni sociali che caratterizzano i gruppi minoritari”⁽⁸⁹⁾).

4. Le indagini empiriche.

Al termine di questo *excursus* sulle principali teorie criminologiche relative al rapporto fra razza/etnia e sistema penale, e chiarite le essenziali nozioni del diritto antidiscriminatorio, scegliamo di dedicare la nostra attenzione alle *indagini empiriche* che si sono concentrate su questa stessa relazione analizzandola da un punto di vista quantitativo, al fine di verificare o falsificare l’assunto della presenza di discriminazione razziale nel sistema della giustizia penale.

A sostegno di tale assunto vengono spesso citate ricerche empiriche, condotte prevalentemente negli ordinamenti di *common law*, che rilevano un trattamento più severo degli imputati neri rispetto a quelli bianchi, specialmente nell’inflizione della pena di morte.

I dati sulla popolazione carceraria non sono infatti in grado da soli di costituire prova di alcunché in relazione alla questione della presenza di disparità di trattamento e men che meno di discriminazione razziale nel processo penale⁽⁹⁰⁾. Proprio per tale ragione sono state condotte una serie di indagini criminologiche volte a verificare l’esistenza di discriminazioni razziali. Molte sono infatti le ricerche empiriche – prevalentemente americane e inglesi – che hanno cercato di gettare luce sul problema sopra delineato: alcune di esse hanno cercato di verificare l’influenza del fattore razziale in una singola fase del processo penale e il peso dallo stesso esercitato sugli attori operanti in quella fase processuale (studiandone anche le *attitudini* verso le

⁽⁸⁸⁾) Cfr. ID., *op. cit.*, p.784.

⁽⁸⁹⁾) Cfr. su tale definizione e per un approfondimento della nozione alla luce del pensiero di Pierre Bourdieu, RE, *Discriminazione strutturale*, cit., p. 2 del saggio.

⁽⁹⁰⁾) In tal senso HOOD, *Race and Sentencing. A Study in the Crown Court. A Report To Commission for Racial Equality*, Oxford, Clarendon Press, 1992, già citato, p. 6.

minoranze)⁽⁹¹⁾; altre, per la verità, molto meno numerose, hanno esaminato il tema in maniera omnicomprensiva, guardando all'intero procedimento penale⁽⁹²⁾.

Ebbene, dalla ricognizione delle principali indagini empiriche condotte prevalentemente negli ordinamenti di *common law*, segnatamente negli Stati Uniti e in Inghilterra (mentre scarseggiano – eccettuati alcuni studi sulla fase del *sentencing* - ricerche sull'argomento relative ai Paesi dell'Europa continentale)⁽⁹³⁾, emerge, in accordo con una nota acquisizione criminologica, come particolarmente 'sospette' appaiano, sotto il profilo di una anomala disparità di trattamento, e a volte di una aperta discriminazione razziale (cosicché sembrerebbero trovare parziale supporto le

⁽⁹¹⁾) Con l'espressione *attitudini* intendiamo indicare gli *atteggiamenti* e le *inclinazioni* dimostrati dai diversi operatori del processo penale nei confronti degli imputati e delle vittime appartenenti alle minoranze etniche.

⁽⁹²⁾) Tra le prime – più mirate e pertanto maggiormente attendibili - vanno segnalate per importanza e per validità, come diremo, quelle che hanno indagato l'influenza esercitata dal fattore razziale nella fase della commisurazione della pena o fase del *sentencing*. Esse si inscrivono nella lunga tradizione degli studi sul fenomeno della c.d. *sentencing disparity* condotti già a partire dagli inizi del secolo negli Stati Uniti e in Inghilterra e volti a verificare 'qualsiasi variazione arbitraria nella commisurazione della pena', o, in altre parole, a mettere in luce tutte le ipotesi in cui siano state applicate pene discrepanti per simili reati e per simili rei, e ciò non in ragione dell'influenza di fattori giuridici. Su tali studi in generale nella letteratura italiana si veda MANNOZZI, *Razionalità e giustizia nella commisurazione della pena*, cit., p. 121 ss.; nella letteratura americana, ZENOFF, *Disparity, Sentencing* (voce) in KADISH, (a cura di), *Encyclopedia of Crime and Justice*, New York, The Free Press, 1983, p. 1449. Non minore importanza rivestono gli studi che hanno analizzato la tematica che ci occupa focalizzando l'attenzione sulle altre fasi del processo, quali in particolare la fase dell'arresto e del fermo attuato dalla polizia. Numerosi e significativi – senz'altro gli studi più significativi dopo quelli sul *sentencing* - sono inoltre gli studi relativi alla fase dell'esercizio dell'azione penale quando questa scelta sia in capo al *prosecutor*. Seguono infine le indagini sulla fase esecutiva della pena - sia per ciò che concerne la pena scontata in carcere sia per ciò che riguarda le indicazioni fornite dai c.d. *probation officers* e per le decisioni dei *Parole Boards*.

⁽⁹³⁾) Accanto alle ricerche che hanno studiato la fase commisurativa della pena, ve ne sono alcune che hanno esteso l'indagine ai momenti di alcune scelte processuali che rivestono, all'interno del processo penale, estrema importanza: ad esempio - specie nell'ordinamento statunitense - la scelta del c.d. *plea bargaining* (statisticamente negli U.S.A. vi si fa ricorso nel 90% dei casi giudiziari), ossia la scelta operata in piena discrezionalità dal *prosecutor* su quale accusa elevare, a seguito della dichiarazione di colpevolezza dell'imputato. E' evidente pertanto che il *plea bargaining* incide fortemente sulla pena finale. Si pensi per esempio all'ipotesi in cui la riduzione dell'accusa consenta di applicare una pena diversa da quella detentiva, cosicché la pena inflitta non è qualitativamente conforme al fatto commesso. Non a caso è stato sottolineato come "il *plea bargaining* altera (...) le coordinate della commisurazione, rischiando inoltre di esasperare il problema della *sentencing disparity*, già fortemente presente, per altre ragioni, nel sistema penale". Cfr. MANNOZZI, cit., p. 103. Nell'ordinamento inglese, dove il patteggiamento non è così praticato come negli Stati Uniti, un uso discriminatorio del potere discrezionale è stato rinvenuto nella fase della decisione circa il *remand in custody* (custodia cautelare) (come avremo modo di vedere, ciò accade anche in altri Paesi Europei tra cui l'Italia). E ancora, la decisione della *magistrates' Court* di richiedere un *jury trial* nell'ambito della *Crown Court*, piuttosto che accettare il giudizio dinanzi a sé, a sua volta sembra dare ragione di esiti disparitari poiché i giudici della *Crown Court* sono maggiormente inclini, rispetto ai *magistrates*, ad infliggere pene detentive e, inoltre, hanno il potere di imporre pene di più lunga durata. Lo studio, di cui tratteremo nel prosieguo, è: HOOD, *Race and Sentencing. A Study in the Crown Court. A Report To Commission for Racial Equality*, Clarendon Press, Oxford, 1992, già citato.

teorie del conflitto), la *fase della 'selezione criminale'* operata dalle forze di polizia e dai *prosecutors*, nonché la *fase esecutiva*.

Tale acquisizione appare inoltre confermata dai numerosi studi sociologici che hanno analizzato le *attitudini* dei vari operatori del sistema penale – polizia, *prosecutors*, giudici e giurie, *probation officers* e *parole boards*, personale penitenziario – nei confronti delle minoranze etniche.

Il rapporto tra fattore razziale, crimine e polizia è stato in America, ma soprattutto in Inghilterra, il cuore del dibattito sul *law and order* dalla metà degli anni settanta in avanti, un dibattito cui le rivolte delle città inglesi dell'interno negli anni '80 hanno dato rinnovato vigore. Nel quadro di questo dibattito si sono sviluppate una serie nutrita di ricerche, prevalentemente di natura sociologica, che hanno indagato le *attitudini* della polizia nei confronti delle minoranze e viceversa. Tutti i maggiori studi inglesi e nordamericani condotti a partire dal primo dopo-guerra giungono alla concorde conclusione che il pregiudizio razziale è fortemente radicato nella cultura della polizia, specie degli agenti che operano sulla strada, e che questi ultimi hanno *attitudini* ostili e una immagine stereotipata delle minoranze ⁽⁹⁴⁾. Non solo. Secondo uno studio del *Policy Studies Institute*, condotto sul corpo di polizia di Londra, "il linguaggio razzista e il pregiudizio razziale sono predominanti e pervasivi" ⁽⁹⁵⁾.

⁽⁹⁴⁾) Questi i principali studi per gli Stati Uniti: WESTLEY, *Violence and the Police: A Sociological Study of Law, Custom and Morality*, MIT, Cambridge, 1970; SKOLNICK, *Justice without Trial*, Wiley, New York, 1975; questi gli studi per l'Inghilterra: LAMBERT, *Crime, Police and Race Relations*, Oxford University Press, Oxford, 1970; SMITH ET AL., *Police and People in London*, Policy studies Institute, London, Vol. I, 1983. Su tali studi si veda anche REINER, *Race and Criminal Justice*, in *New Community*, 1989, vol. 16, p. 6 s. Quanto alle *attitudini* del *prosecutor* è certo che la combinazione interrazziale imputato nero-vittima bianca comporta spesso, come presso l'opinione pubblica, la percezione da parte dell'accusa di una maggior gravità del crimine sul quale essa si trova ad investigare e la scelta di perseguirlo con maggior vigore sino, nel caso di omicidio, a determinarsi per richiedere la pena di morte. Cfr. A.A.V.V., *Note on Race and Criminal Process*, in *Harv. L. Rev.*, 1988, vol. 101, p. 1588. Rispetto a giudici e giurie, si deve evidenziare come il loro atteggiamento sia analogamente viziato talora da pregiudizio razziale. Cfr., per gli studi condotti nell'ordinamento inglese, BALDWIN & MCCONVILLE, *Jury Trials*, Oxford, Oxford University Press, 1979, pp. 80-3; per gli studi relativi al sistema americano, ove il problema è stato a lungo studiato soprattutto sotto il profilo delle anomalie riscontrabili nel momento di formazione della giuria, anomalie foriere di verdetti viziati da pregiudizio razziale, si veda A.A.V.V., *Note on Race*, cit., p. 1504 ss. Per quanto riguarda le *attitudini* dei giudici nei confronti delle minoranze non esistono studi sistematici. Tuttavia lo studio inglese condotto da King e May nel 1985 sui magistrati neri ha rinvenuto prova dell'esistenza di pregiudizi razziali tra alcuni membri della *Lord Chancellor's Advisory Committee* responsabili della scelta dei magistrati. Non a caso molti lamentano la scarsa rappresentanza tra i giudici di soggetti appartenenti alle minoranze etniche. KING & MAY, *Black Magistrates*, London, Cobden Trust, 1985. Di questo studio riferisce REINER, *op. cit.*, p. 10. Anche nella fase esecutiva della pena il fiorire di numerosi momenti di discrezionalità in capo ai *parole officers*, ai *probation officers* e al personale penitenziario può consentire l'ingresso di elementi di arbitrarietà e di fattori irrazionali, come la razza, nel processo decisionale. Cfr. Sul punto PETERSILIA, *Racial Disparities in the Criminal Justice System*, Santamonica, CA, Rand, 1983, p. 22.

⁽⁹⁵⁾) SMITH ET AL., cit., p. 109. Il pregiudizio razziale, secondo questi primi studi, sarebbe presente tuttavia solo tra gli agenti che operano sulla strada e non a livello delle gerarchie superiori. Un recente studio condotto da Robert Reiner rinviene però la presenza di pregiudizio razziale anche fra i superiori. Lo studio, utilizzando il metodo dell'intervista, rivela che la maggioranza dei capi della polizia inglese ritiene che l'aumento delle divisioni presenti fra i diversi gruppi etnici costituisca uno dei maggiori problemi se

Diverse sono le spiegazioni che i sociologi danno di queste attitudini pregiudiziali della polizia. Secondo alcuni l'origine di queste attitudini andrebbe ricercata nelle personalità conservatrici e autoritarie che la polizia attrae. Secondo altri, invece, le attitudini della polizia rifletterebbero semplicemente i pregiudizi del gruppo sociale da cui gli agenti vengono tratti, per altri ancora il pregiudizio razziale verrebbe 'appreso' durante lo svolgimento del proprio servizio, specie dinanzi alla difficile realtà della strada ⁽⁹⁶⁾.

Come è stato osservato di recente con riferimento agli immigrati, ma il discorso vale anche per le persone di colore: "l'obiettivo delle forze dell'ordine è il mantenimento della pace sociale con una azione di negoziazione fra i cittadini e gli stranieri. Il neo-immigrato (...) viene spesso assimilato al vagabondo e finisce così per apparire un nuovo membro delle classi pericolose. In questo nuovo contesto, gli immigrati diventano oggetto privilegiato dell'attività di polizia perché di fatto sono considerati come una delle principali minacce per la società di destinazione" ⁽⁹⁷⁾.

non il maggiore problema che la polizia si trova a dover fronteggiare, ma nel riferire tale considerazione - che di per sé potrebbe rappresentare una semplice puntualizzazione di un dato di fatto -, gli intervistati finiscono con il chiarire che il vero ed unico problema è dato dalla popolazione nera, causa di criminalità e disordini, e non la difficoltà di raggiungere un equilibrio fra differenti culture. Secondo questo studioso, il pregiudizio razziale sarebbe pertanto diffuso nella polizia ad ogni livello. Vedi REINER, *Race and Criminal Justice*, cit., p. 7 s.

⁽⁹⁶⁾ Sul punto v. JEFFERSON, *Race, Crime and Policing*, in *Int. J. of Sociology of Law*, 1988, vol. 16, p. 522. D'altro canto, alcuni studiosi fanno notare come l'ostilità della polizia verso le minoranze sia speculare all'ostilità di queste ultime verso la polizia. Tale ostilità sarebbe maggiormente marcata fra i giovani maschi neri disoccupati o in condizioni economiche disagiate, i quali sarebbero oggetto di un maggior controllo da parte della polizia. Non risulta tuttavia chiaro se tale ostilità sia diretta conseguenza di questo eccesso di controllo oppure se sia comunque il frutto della convinzione che la polizia costituisca un "espressione del potere repressivo bianco". In ogni caso, stereotipi razzisti indurrebbero la polizia ad etichettare i neri come persone sospette; questi ultimi mal sopporterebbero tale etichettamento e i controlli frequenti operati dalla polizia; il conseguente atteggiamento ostile sarebbe la conferma della maggior aggressività dei neri lamentata dalla polizia. Ciò comporterebbe una sorta di circolo vizioso difficilmente risolvibile. Non mancano infine studi condotti con il metodo dell'intervista che proprio interrogando gli stessi operatori del sistema penale, tra i quali in particolare i difensori, rinvergono una diffusa convinzione fra questi ultimi circa il radicamento di un forte pregiudizio razziale nelle forze di polizia. Cfr. ID., op. cit., p. 523, nonché WALKER & JEFFERSON, *Ethnic Minorities in the Criminal Justice System*, in *Crim. L. R.*, 1992, p. 91.

⁽⁹⁷⁾ Così MAROTTA, *Straniero e devianza*, cit., p. 56. In Italia, per esempio, a partire dal 1990, da quando cioè è stato rafforzato il controllo sull'immigrazione irregolare, vi è stato un aumento delle denunce di reati commessi da immigrati a cui è conseguito un irrigidimento del sistema, così che comportamenti, prima considerati trascurabili, vengono oggi valutati come reati gravi. Spesso la semplice presenza di aggregazioni di immigrati viene vista come una minaccia per la società, determinando nei cittadini e nelle forze di polizia un atteggiamento di avversità. E' stato osservato altresì come spesso l'atteggiamento delle forze dell'ordine sia condizionato dalla rivendicazione di pene esemplari da parte dell'opinione pubblica, in cerca di colpevoli, sempre più di frequente stranieri, come emerge da recenti sondaggi di opinione dai quali risulta che circa il 74,9% degli intervistati ritiene che vi sia una correlazione diretta fra la presenza degli immigrati extra-comunitari e l'aumento dei fenomeni delinquenziali, con un allarme sociale che si fa sempre più marcato. Più diffusamente su tali sondaggi d'opinione si rimanda a ID., cit., pp. 57 ss., nonché al recente lavoro di CALVANESE, *Media e immigrazione tra stereotipi e pregiudizi*, Milano, 2011, p. 11. L'A. osserva come si assista quotidianamente ad un interesse mediatico verso l'immigrazione, soprattutto per ciò che attiene "all'immigrato che delinque, alla tendenza ad associare quasi deterministicamente a certe

Emerge in particolare, dagli studi criminologici condotti sulla fase del fermo e dell'arresto, che l'ampio potere discrezionale di cui gode la polizia nella 'selezione' della criminalità è suscettibile di sfociare in discriminazione razziale e in una maggior probabilità di arresto delle minoranze etniche soprattutto con riferimento ai *reati di gravità medio-bassa*, principalmente reati contro l'ordine pubblico ⁽⁹⁸⁾. Segnatamente, per i reati contro il patrimonio e alcuni reati connessi agli stupefacenti, ciò comporta che una più alta percentuale di neri *arrestati* venga poi effettivamente *condannata* alla pena detentiva contro una più modesta percentuale di bianchi, accusati dei medesimi reati ⁽⁹⁹⁾. Sicché, la discriminazione nella fase delle indagini di polizia si protrae nella fase del giudizio.

Un ulteriore dato sembra essere confermato dalle indagini empiriche (come diremo poi anche da quelle relative alla pena di morte): *la minor protezione giuridica delle minoranze, quando vittime del reato*. Il rovescio della medaglia di un eccesso di controllo delle minoranze da parte della polizia sembra infatti una sottotutela delle minoranze quando siano esse vittime del reato, specie quando si tratti di reati, per lo più contro la persona, a sfondo razziale. La discriminazione razziale si atteggia cioè come discriminazione nei confronti della vittima appartenente ad una minoranza etnica ⁽¹⁰⁰⁾.

etnie la commissione di particolari reati, all'assimilare *tout court* immigrazione e criminalità". Tale percezione dell'immigrato come soggetto pericoloso è dovuta anche al fatto che i controlli di polizia colpiscono molto spesso le aree più degradate della città dove vivono gli extracomunitari. Come è stato osservato, "la diversità fisica, culturale, economica li rende senza dubbio più visibili e perciò più vulnerabili ai controlli. Il che non significa che siano tutti delinquenti. Infatti, dati statistici alla mano, i fermi e gli arresti da parte delle forze dell'ordine risultano più numerosi rispetto poi alle condanne inflitte". Così MAROTTA, *ibidem*, p. 58. Sul tema si veda anche VILLA, *Immigrazione, mass media e ricerca sociale*, in *Problemi dell'informazione*, 2008, n. 3, p. 348 ss., ove si sottolinea la costante tendenza all'associazione fra immigrazione e devianza/criminalità e la visione dello straniero quale nemico da cui difendersi.

⁽⁹⁸⁾ Cfr. BLUMSTEIN, *On the Racial Disproportionality*, cit., pp. 48-9, nonché ID., *Racial Disproportionality of U.S. Prison Populations Revisited*, in *Univ. of Colorado L. Rev.*, 1993, vol. 64, p. 746. Nello stesso senso HUDSON, *Discrimination and Disparity: the Influence of Race on Sentencing*, in *New Community*, 1989, vol. 16, p. 27; TONRY, *Racial Politics, Racial Disparities, and the War on Crime*, in *Crime & Delinq.*, 1994, vol. 40, p. 480.

⁽⁹⁹⁾ BLUMSTEIN, *op. ult. cit.*, p. 746 e 759. L'Autore confronta la percentuale dei soggetti arrestati per determinati reati e la percentuale dei soggetti condannati e in prigione per quegli stessi reati separatamente per le diverse razze. E' evidente che il rapporto tra tassi di arresto e tassi di condanna dovrebbe essere identico, se così non fosse vorrebbe dire che altri fattori dopo l'arresto, tra i quali plausibilmente il fattore razziale, sono intervenuti. Da tale confronto emerge che per i reati più gravi come l'omicidio e la rapina esiste lo stesso rapporto fra neri arrestati e neri condannati e in prigione e bianchi arrestati e condannati a pena detentiva. Non così invece per i reati contro il patrimonio e i reati connessi agli stupefacenti. *Ibidem*, pp. 746 e 759. Vedi anche PETERSILIA, *Racial Disparities in the Criminal Justice System*, cit., p. 15.

⁽¹⁰⁰⁾ Una serie di studi, le cui conclusioni sono riassunte nelle statistiche fornite da un rapporto del 1981 ad opera dell'*Home Office* inglese, testimoniano che la criminalità interrazziale vede prevalentemente Asiatici e neri in veste di vittime: gli Asiatici sono 50 volte e i neri 37 volte più probabili vittime rispetto ai bianchi. Si tratta in particolare del rapporto HOME OFFICE, *Racial Attacks*, HMSO, London, 1981. Si veda altresì sul tema JEFFERSON, *op. cit.*, p. 526. Ciononostante l'atteggiamento della polizia dinanzi a una tale massiccia vittimizzazione delle minoranze sembra di sostanziale indifferenza, comprovata dal fatto che anche i frequenti reclami formali da parte di questi gruppi etnici nei confronti della polizia in occasioni di abusi, o

Secondo alcuni studi inoltre il fattore razziale eserciterebbe una forte influenza anche sulla vittima del reato, nel senso che le vittime bianche avrebbero una maggior propensione a denunciare i crimini violenti subito quando l'aggressore è nero ⁽¹⁰¹⁾).

In particolare, gli studi sull'influenza del fattore razziale nella fase del fermo e dell'arresto rinvencono un numero di fermi ed arresti nei confronti dei neri – afro-americani e afro-caraibici – specie minori d'età, sproporzionato rispetto al loro ruolo nella popolazione complessiva ⁽¹⁰²⁾). Emerge altresì da tali studi come le minoranze etniche vengano arrestate prevalentemente senza mandato e subito rilasciate, ciò ad indicare il fatto che i loro arresti verrebbero compiuti per lo più in assenza di prove, sulla base del solo pregiudizio razziale, diffuso nella cultura della polizia in particolare tra gli agenti che operano sulla strada ⁽¹⁰³⁾).

Come è stato autorevolmente affermato: “è un dato di fatto che le minoranze e i gruppi socialmente emarginati sono fermati e arrestati in proporzione assai più frequentemente dei membri dei gruppi di maggioranza” ⁽¹⁰⁴⁾).

anche solo di inerzia, si risolvono, salvo rare eccezioni, nel nulla. *Ibidem*. Nel senso di una minor protezione giuridica apprestata alle minoranze si esprime anche uno studio inglese che, sottolineando la serietà del problema della violenza razziale in Inghilterra, attribuisce la responsabilità della mancata risoluzione di questo problema all'apatia delle forze di polizia. Cfr. GORDON, *Black People and the Criminal Law: Rhetoric and Reality*, in *Int. J. Sociol. L.*, 1988, vol. 16, pp. 307-309.

⁽¹⁰¹⁾) Cfr. CARR-HILL & DREW, *Blacks, Police and Crime*, in A.A.V.V. (a cura di), *Britain's Black Population*, Aldershot, Gower, 1988, pp. 40-43. Inoltre, secondo un Bollettino statistico a cura dell'*Home Office* inglese pubblicato nel marzo del 1989, i 'non-white' verrebbero indicati dalle vittime quali autori di alcuni reati in proporzione superiore rispetto alla loro rappresentazione nella popolazione totale. In particolare per il reato di rapina e per altri furti commessi con violenza nel distretto di polizia di Londra negli anni 1980-1985, la proporzione degli aggressori indicati come 'non-white' era di oltre il 50%, mentre solo il 20% della popolazione nel gruppo d'età compresa fra i 10 e i 20 anni era 'non-white'. V. sul punto REINER, *Race and Criminal Justice*, cit., p. 12 ss.

⁽¹⁰²⁾) Per l'ordinamento statunitense, quanto agli studi sul fermo, si veda REINER, *Police and Race Relations*, in *Police: The Constitution and the Community*, Professionl Books, Abingdon, 1985, p. 157. Cfr. per l'ordinamento inglese WILLIS, *The Use, Effectiveness and Impact of Police Stop and Search Powers*, Research and Planning Unit Paper 15, HMSO, London, 1983, p. 14, nonché SMITH ET AL., *Police and People in London*, Heinemann/Policy Studies Institute, London, Vol. I, 1983, già citato; SOUTHGATE & EKBLOM, *Contacts Between Police and Public: Findings from the British Crime Survey*, Home Office Research Study 77, HMSO, London, 1984, p. 19. Relativamente agli studi sulla fase dell'arresto si vedano STEVENS & WILLIS, *Race, Crime and Arrests*, Home Office Research Study No. 58, HMSO, London, 1979. Si veda altresì JEFFERSON, *op. cit.*, p. 525, nonché, principalmente, BLACK & REISS, *Studies of Crime and Law Enforcement in Major Metropolitan Areas*, Government Printing Office, Washington D.C., 1967; LUNDMAN, SYKES & CLARK, *Police Control of Juveniles: A Replication*, in *J. of Research in Crime & Delinq.*, 1978, vol. 15, pp. 74-91; JOHNSON, PETERSON & WELLS, *Arrest Probabilities for Marijuana Users as Indicators of Selective Law Enforcement*, in *Am. J. Sociol.*, 1977, vol. 83, p. 681 ss.; pur in senso dubitativo circa la presenza di una aperta discriminazione razziale, giunge ad analoghe conclusioni PETERSILLI, *op. cit.*, pp. 20-21, 24, 27-8.

⁽¹⁰³⁾) Così ID., *ibidem*, nonché HEPBURN, *Race and the Decision to Arrest: An Analysis of Warrants Issued*, in *J. Research in Crime & Delinq.*, 1978, vol. 15, p. 54.

⁽¹⁰⁴⁾) Così HUDSON, *op. cit.*, p. xii dell'Introduzione; nello stesso senso SUTHERLAND & CRESSEY, *op. cit.*, pp. 472-73; HOOD, *op. cit.*, pp. 4-5; WALKER & JEFFERSON, *Ethnic Minorities in the Criminal Justice System*, in *Crim. L. R.*, 1992, p. 83, già citato; GORDON, *Black People and the Criminal Law*, cit., p. 295.

Muovendo da tale constatazione, spesso gli studiosi si sono domandati se gli alti tassi d'arresto per le minoranze riflettano un altrettanto elevato tasso di crimini commessi dalle stesse o se siano il frutto di discriminazione razziale attuata nei loro confronti da parte della polizia. Non mancano voci a sostegno di entrambe le ipotesi⁽¹⁰⁵⁾.

Dacché infatti il potere discrezionale di cui gode la polizia è oggetto di studio da parte della dottrina, una delle principali questioni verte sull'equità delle decisioni prese dalla polizia medesima. Come è stato recentemente sottolineato: "se la discrezionalità di cui gode la polizia si traduca in discriminazione è l'essenza dell'attuale dibattito sul *police decisionmaking*"⁽¹⁰⁶⁾.

Questi alcuni dati relativi all'Inghilterra: il 18% dei soggetti arrestati nell'area metropolitana di Londra appartiene a minoranze etniche, pur essendo la rappresentazione di queste ultime nella popolazione cittadina pari solo al 5%. Per alcuni tipi di reato, poi, la sproporzione è ancora più evidente, considerato che oltre il 60 % dei soggetti arrestati per scippi e rapine appartiene a minoranze etniche⁽¹⁰⁷⁾.

Negli Stati Uniti, il 51% dei maschi neri che vivono nelle grandi città sono stati arrestati almeno una volta durante la loro vita contro il 14% dei soggetti maschi bianchi⁽¹⁰⁸⁾.

Quanto alle cause di questo squilibrio, esse devono essere ricondotte ad una tendenza della polizia a fermare ed arrestare maggiormente gli individui appartenenti alle minoranze etniche, come confermato dallo studio di Wesley Skogan, il quale rileva che il migliore indicatore della maggior selettività della polizia nei confronti di un determinato gruppo etnico è dato dalla frequenza con cui le forze dell'ordine fermano le persone alla guida di un'auto o mentre camminano a piedi – un indicatore utilizzato di recente anche nell'ambito di una ricerca italiana condotta in Emilia Romagna da Dario Melossi, dalla quale emerge come il numero di fermi a piedi, i quali esprimono segnatamente la scelta di controllare la persona "sulla base del suo aspetto esteriore e ovviamente per motivi diversi dal traffico, più direttamente collegati a una potenzialità di criminalizzazione"⁽¹⁰⁹⁾, sono maggiormente frequenti a carico di sospettati stranieri di quanto non accada ai soggetti autoctoni.

⁽¹⁰⁵⁾ Spiegano in termini di maggior coinvolgimento nell'attività criminale l'elevato tasso di arresti per i neri sia BLUMSTEIN, *op. cit.*, p. 750 e 759, sia PETERSILIA, *cit.*, p. 15; attribuiscono il dato ad un chiaro fenomeno di discriminazione razziale da parte della polizia, CHAMBLISS & SEIDMAN, *op. cit.*, p. 296.

⁽¹⁰⁶⁾ Sulla polizia quale attore processuale dotato di ampi poteri discrezionali vedi MANNOZZI, *op. cit.*, p. 76. Le parole riportate sono di SMITH, VISHNER, DAVIDSON, *Equity and Discriminatory Justice: the Influence of Race on Police Arrest Decisions*, in *J. Crim. L. & Crimin.*, 1984, vol. 75, p. 235. Sulla 'selezione criminale' operata dalla polizia vedi PALIERO, "Minima non curat praetor". *Ipertropia del diritto penale e decriminalizzazione dei reati bagatellari*, Cedam, Padova, 1985, p. 207 ss.

⁽¹⁰⁷⁾ Per questi dati vedi REINER, *Race and Criminal Justice*, *cit.*, p. 5.

⁽¹⁰⁸⁾ Riferisce questi dati PETERSILIA, *Racial Disparities in the Criminal Justice System*, *cit.*, p. 15.

⁽¹⁰⁹⁾ SKOGAN, *The Police and Public in England and Wales: A British Crime Survey Report*, Home Office Research Study, N. 117, 1990, pp. 26-37. Della ricerca italiana menzionata, MELOSSI, *Multiculturalismo e sicurezza in Emilia-Romagna: Prima parte*, Quaderno n. 15 del Progetto "Città sicure", Regione Emilia

Analogamente i numerosi e significativi studi per lo più americani – i più significativi dopo quelli condotti sulla fase del *sentencing* – condotti sull'influenza del fattore razziale nella fase dell'esercizio dell'azione penale da parte del *prosecutor* mostrano come gli imputati e le vittime appartenenti alle minoranze etniche subiscano un trattamento discriminatorio in ogni momento del processo decisionale da parte dell'accusa⁽¹¹⁰⁾.

Come è stato correttamente osservato da uno studioso del processo penale americano, "la discrezionalità del *prosecutor* è (...) pressoché illimitata. La mancanza di regole e controlli è infatti quasi assoluta: l'unico limite posto dalla giurisprudenza è costituito dal principio di uguaglianza (*equal protection of the law*), che vieta l'utilizzazione dello strumento processuale ai fini di una *discriminatory prosecution*, cioè di una politica penale 'deliberatamente basata su uno *standard* ingiustificabile, come la razza, la religione od ogni altra classificazione arbitraria'"⁽¹¹¹⁾.

Gli studi statunitensi evidenziano come, in contrasto con il principio di uguaglianza sancito dall'*equal protection clause*, la probabilità che venga esercitata l'azione penale è maggiore se la vittima del reato è bianca piuttosto che nera; gli imputati neri, a parità di condizioni, hanno maggiori probabilità di vedere loro contestate accuse più gravi; l'organo dell'accusa è maggiormente propenso a richiedere la pena di morte anziché la reclusione a vita quando la vittima dell'omicidio sia bianca e l'imputato nero⁽¹¹²⁾. Tale probabilità è ancor più marcata quando l'imputato sia una

Romagna, Bologna, 1999, riferisce MELOSSI, *Stato, controllo sociale e devianza*, cit., p. 289 ss., p. 290 per la citazione.

⁽¹¹⁰⁾ L'esercizio dell'azione penale negli ordinamenti anglosassoni è affidato, a differenza che nei paesi di *civil law* ove vige il principio di obbligatorietà, alla discrezionalità dell'organo dell'accusa. Occorre precisare che organo dell'accusa è generalmente il *prosecutor*, ma talora l'iniziativa è lasciata – è il caso dell'ordinamento inglese – anche alla polizia. Sulla discrezionalità del *prosecutor* erroneamente equiparato al pubblico ministero, mentre egli agisce sia come accusa pubblica che come accusa privata, in accordo alla tradizione di *common law* caratterizzata dall'origine privata dell'accusa, vedi FANCHIOTTI, *Lineamenti del processo penale statunitense. Corso di lezioni*, Torino, 1987, p. 85 ss. In Inghilterra, il *Prosecution of Offences Act* del 1985 ha stabilito che il *Crown Prosecution Service (CPS)* assume il compito di esercitare l'azione penale in luogo della polizia. Tuttavia non vi sono ancora ricerche che abbiano indagato se il fattore razziale nella fase dell'esercizio dell'azione penale dinanzi al CPS abbia un peso ed eventualmente quale sia questo peso. E' stato solo rilevato che, basandosi la decisione del CPS su di un rapporto della polizia, è possibile che la disparità di trattamento riservata dalla polizia alle minoranze si rifletta in parte anche nella decisione del *Crown Prosecution Service*. In tal senso, appare estremamente significativo che il CPS disponga di un Codice, recentemente aggiornato, nel quale, tra i principi generali, è espressamente previsto che l'agire del *Crown prosecutor* debba essere equo ed imparziale e che sulla sua decisione non debbano influire pregiudizi di natura razziale, sessuale, religiosa, o politica (cap. 2.2. del Codice). Cfr. SANDERS, *Constructing the Case for the Prosecution*, in *J. of L. & Soc.*, 1987, vol. 14, pp. 229-253. Analogamente, non vi sono studi relativi alle *attitudini* degli operatori di questa istituzione nei confronti delle minoranze.

⁽¹¹¹⁾ Così FANCHIOTTI, *Lineamenti*, cit., p. 86, richiamando le parole espresse dalla Corte Suprema nel *leading case Yick Wo v. Hopkins* 100 U.S. 339 (1886), riferito ad una ordinanza amministrativa, ma ritenuto applicabile al processo penale, parole poi ribadite specificamente in *Oyler v. Boles* 368 U.S. 448 (1962).

⁽¹¹²⁾ Giungono a tali conclusioni gli studi inglesi sull'esercizio dell'azione penale da parte della polizia: LANDAU & NATHAN, *Selecting Delinquents for Cautioning in the London Metropolitan Area*, in *Brit. J. of Criminol.*, 1983, vol. 23, pp. 128-149; LANDAU, *Juveniles and the Police: Who is Charged Immediately and Who is Referred to the Juvenile Bureau?*, in *Brit. J. of Criminol.*, 1981, vol. 21, pp. 27-46; CAIN & SADIGH, *Racism, The*

donna appartenente ad una minoranza etnica, cosicché si verifica, su questo terreno, una forma di discriminazione doppia o multipla ⁽¹¹³⁾).

Parlando della figura del *prosecutor*, occorre da ultimo accennare alla possibilità che la sua condotta sia viziata da discriminazione razziale nella *fase del giudizio*. Come è stato sottolineato, possono darsi almeno due eventualità: un atteggiamento apertamente 'razzista', oppure il ricorso a ricostruzioni accusatorie fondate sul pregiudizio razziale. Le corti di merito adite da chi ha lamentato di aver subito la prima o la seconda delle condotte menzionate hanno talora garantito una automatica conversione della condanna, altre hanno invece applicato la teoria del c.d. *harmless error* (ossia la teoria che impone di verificare che la condotta discriminatoria abbia di fatto inficiato la condanna) ⁽¹¹⁴⁾).

Quanto infine alle *attitudini* del *prosecutor* è provato che la combinazione interrazziale imputato nero-vittima bianca comporta spesso, come presso l'opinione pubblica, la percezione da parte dell'accusa di una maggior gravità del crimine sul quale essa si trova ad investigare e la scelta di perseguirlo con maggior vigore sino, nel caso di omicidio, a determinarsi per richiedere la pena di morte ⁽¹¹⁵⁾).

Rispetto alle indagini empiriche anglo-americane sulla fase del giudizio, rimandiamo alla trattazione del paragrafo seguente. Occorre tuttavia accennare sin da subito ad un tema oggetto di approfonditi studi, ossia al tema della formazione di giurie caratterizzate da *racial bias*. Il rapporto fra fattore razziale e giurie è stato oggetto di attenta analisi in particolare da parte della dottrina e della giurisprudenza americana. Per lungo tempo, infatti, le minoranze sono state poco o per nulla rappresentate all'interno delle giurie formate per la celebrazione dei processi penali,

Police and Community Policing: A Comment on the Scarman Report, in *J. of L. & Soc.*, 1982, vol. 9, pp. 87-101; sull'esercizio dell'azione penale da parte del *prosecutor*, i seguenti studi: SANDERS, *Constructing the Case for the Prosecution*, in *J. of L. & Soc.*, 1987, vol. 14, cit., pp. 229-253; analogamente si risolvono i seguenti lavori condotti nell'ordinamento statunitense: GROSS & MAURO, *Patterns of Death: An Analysis of Racial Disparities in Capital Sentencing and Homicide Victimization*, in *Stan. L. Rev.*, 1984, vol. 37, pp. 106-107; MYERS & HAGAN, *Private and Public Trouble: Prosecutors and the Allocation of Court Resources*, in *Soc. Probl.*, 1979, vol. 26, p. 439, 441-447; SPHON, GRUHL & WELCH, *The Impact of the Ethnicity and Gender of Defendants on the Decision to Reject or Dismiss Felony Charges*, in *Crimin.*, 1987, vol. 25, p. 175; RADELET & PIERCE, *Race and Prosecutorial Discretion in Homicide Cases*, in *L. & Soc. Rev.*, 1985, vol. 19, pp. 587, 615-619; LAFREE, *The Effect of Sexual Stratification by Race on Official Reactions to Rape*, in *Am. Soc. Rev.*, 1980, vol. 45, pp. 842, 844; BOWERS, PIERCE & MCDEVITT, *Legal Homicide: Death As Punishment in America, 1864-1982*, Boston, Northeastern University Press, 1984, pp. 340-44; PATERNOSTER, *Prosecutorial Discretion in Requesting the Death Penalty: A Case of Victim-Based Racial Discrimination*, in *L. & Soc. Rev.*, 1984, vol. 18, pp. 437, 471; BALDUS, PULASKI & WOODWORTH, *Comparative Review of Death Sentences: An Empirical Study of the Georgia Experience*, in *J. Crim. L. & Crimin.*, 1983, vol. 74, pp. 661, 709-10.

⁽¹¹³⁾ Sul concetto di discriminazione multipla, in realtà accolto solo parzialmente nel nostro ordinamento nella forma riduttiva della discriminazione doppia (il genere che si somma ad un altro fattore di rischio), si rimanda a BARBERA, (a cura di), *Il nuovo diritto antidiscriminatorio*, Milano, 2007, p. 24 ss. Occorre osservare che nel dibattito nord-americano - contesto nel quale si muove il presente lavoro - il rapporto gerarchico fra i fattori di rischio, che vede nel nostro ordinamento al primo gradino della piramide il fattore 'genere', è, per ragioni storiche note, evidentemente spostato sul versante del fattore razziale.

⁽¹¹⁴⁾ Cfr. *Note on Race*, cit., p. 1588 ss.

⁽¹¹⁵⁾ Vedi *retro* in questo stesso paragrafo, in nota.

con la conseguenza di verdetti assai più sfavorevoli nei confronti degli imputati appartenenti alle minoranze ⁽¹¹⁶⁾. Tale sottorappresentazione permane tuttora non solo per alcuni difetti del sistema di selezione delle stesse, ma soprattutto per l'abuso che gli organi dell'accusa fanno del sistema dei c.d. '*peremptory challenges*', ossia della facoltà di ricusare un certo numero di giurati senza addurre motivazioni ⁽¹¹⁷⁾.

Quanto ai c.d. *peremptory challenges*, essi sono stati istituiti storicamente per consentire l'esclusione dei giurati sospetti di parzialità, laddove non vi fossero gli estremi per una ricusazione motivata (*challenge for cause*). E' peraltro vietato, in forza della *equal protection clause* prevista dal XIV Emendamento alla Costituzione americana ⁽¹¹⁸⁾, utilizzare questo potere per operare esclusioni discriminatorie in base alla razza, al sesso o al credo religioso. Tuttavia molte esclusioni ad opera dei *prosecutors* sono basate sul pregiudizio razziale ⁽¹¹⁹⁾.

Nel 1986 è intervenuta pertanto la Corte Suprema la quale, nel caso *Batson v. Kentucky*, ha affermato che l'imputato appartenente ad un particolare gruppo etnico il quale lamenti di essere stato giudicato da una giuria parziale ha soltanto l'obbligo di provare *prima facie* che, nel caso specifico, membri del suo stesso gruppo etnico sono stati esclusi in base alla razza. Una volta provato ciò, spetta all'accusa dimostrare che le ricusazioni sono state operate sulla base di motivazioni 'neutre' ⁽¹²⁰⁾.

Le indagini empiriche condotte sulla fase esecutiva mostrano, infine, come in questa fase la discriminazione razziale sia frutto dell'ampio potere discrezionale di cui godono sia i *probation officers* che i *Parole Boards* che il personale penitenziario ⁽¹²¹⁾.

Esistono in effetti alcuni studi che mostrano come vi sia una quota assai ridotta di soggetti neri ammessi al *probation* rispetto ai soggetti bianchi e come i neri ricevano assai più frequentemente sentenze di condanna alla pena detentiva piuttosto che il *probation*. Ciò, secondo tali studi, come conseguenza di una minor propensione da parte dei *Probation Services* a raccomandare i soggetti appartenenti alle minoranze per la 'messa alla prova' ⁽¹²²⁾.

⁽¹¹⁶⁾ E' provato statisticamente che i giurati bianchi giudicano gli imputati '*non-white*' diversamente da come fanno con gli imputati del loro medesimo gruppo etnico. In un sistema in cui predominano le giurie bianche, gli imputati neri sono destinati ad essere maggiormente condannati e più severamente puniti. Persino la razza del difensore sembra esercitare una influenza sui giurati. Per queste considerazioni e per gli studi empirici condotti in materia, vedi *Note on Race and Criminal Process*, cit., p. 1559 ss.

⁽¹¹⁷⁾ Vedi FANCHIOTTI, *op. cit.*, p. 130.

⁽¹¹⁸⁾ Tale Emendamento recita: "[...] *nor shall any State deprive any person of life, liberty or property, without due process of law, nor deny to any person within its jurisdiction the equal protection of the laws*"; la *equal protection of the laws* corrisponde nella sostanza al nostro principio costituzionale di uguaglianza. Cfr. AA.VV., *Guida alla Costituzione degli Stati Uniti d'America*, Firenze, Sansoni, 1995, p. 139.

⁽¹¹⁹⁾ In tal senso vedi *Note on Race*, cit., p. 1505.

⁽¹²⁰⁾ *Batson v. Kentucky*, 476 U.S. 79 (1986). Su tale caso si veda *Note on Race and Criminal Process*, cit., p. 1575. In prospettiva *de iure condendo* gli Autori di questo esauriente articolo suggeriscono l'abolizione dei *peremptory challenges*. Nella letteratura italiana sul tema vedi FANCHIOTTI, *cit.*, p. 130.

⁽¹²¹⁾ Per tali studi si rimanda a PETERSILIA, *op. cit.*, p. 22.

⁽¹²²⁾ Cfr. PETERSILIA, *op. cit.*, p. 20; MAIR, *Ethnic Minorities, Probation and the Magistrates Courts*, in *Brit. J. Crimin.*, 1986, vol. 26, p. 2.

Secondo tali studiosi, occorre indagare le *attitudini* degli operatori dei *Probation Services* verso le minoranze. Esse sono estremamente importanti perchè le considerazioni che i *probation officers* svolgono nel c.d. *Social Inquiry Report (SIRs)*, nominato, dopo l'*White Paper* del 1990, *pre-sentence report (PRS)*, sono una componente essenziale nella fase del *sentencing*. La ragione del fenomeno sopra descritto andrebbe ricercata nel fatto che i *probation officers*, nei rapporti da loro redatti, tendono a dare una visione negativa degli imputati neri. Numerosi studi sembrano confermare questa circostanza ⁽¹²³⁾. Secondo altri studiosi, invece, le ragioni di un minor accesso delle minoranze al *probation* andrebbe ricercata semplicemente nel fatto che gli appartenenti alle minoranze sono spesso disoccupati e socialmente emarginati e questo porta i *probation officers*, i *parole boards* e i giudici a ritenerli maggiormente a rischio di recidiva, con conseguenti condanne più severe ⁽¹²⁴⁾.

Quanto ai *Parole Boards*, essi, nell'ordinamento statunitense, godono di un potere discrezionale pressoché assoluto, allorché nella fase esecutiva della pena decidono in ordine ad una eventuale scarcerazione preventiva e condizionale dell'imputato. Tale potere si è spesso rivelato foriero di una marcata disparità di trattamento sanzionatorio: a deporre in tal senso sono la maggioranza degli studi empirici condotti ⁽¹²⁵⁾. Non a caso, con la nota riforma in favore del *sentencing* determinato, le varie giurisdizioni statali hanno adottato linee-guida anche per l'operato di questi organi amministrativi, quando non hanno addirittura provveduto alla totale eliminazione dell'istituto del *parole* ⁽¹²⁶⁾.

Rispetto al *personale penitenziario*, esiste un recente studio sulle relazioni razziali nelle prigioni inglesi che documenta la presenza di una forte stereotipizzazione razziale in un campione rappresentativo del personale penitenziario ⁽¹²⁷⁾. Il pregiudizio razziale risulta radicato nel personale penitenziario, secondo questi Ricercatori, così fortemente come nella polizia.

In definitiva, come lucidamente osservato da Reiner, nonostante i dubbi metodologici che possono essere avanzati rispetto a tali indagini ⁽¹²⁸⁾, "c'è un volume

⁽¹²³⁾ Si tratta dei seguenti studi: WHITEHOUSE, *Race, Bias and Social Enquiry Reports*, in *Probat. J.*, 1983, pp. 43-49; CARRINGTON & DENNEY, *Young Rastafarians and the Probation Service*, in *Probat. J.*, 1981, p. 114; PINDER, *Probation Work in a Multiracial Society*, University of Leeds, 1984; K. DE LA MOTTA, *Blacks in the Criminal Justice System*, Aston University, 1984; VOAKES & FOWLER, *Sentencing, Race and Social Inquiry Report*, West Yorkshire Probation Service, 1989. Di questi studi riferisce REINER, cit., p. 9 ss.

⁽¹²⁴⁾ Così PETERSILIA, cit., p. 25 ss.

⁽¹²⁵⁾ Tra gli altri, vedi CARROLL & MONDRICK, *Racial Bias in the Decision to Grant Parole*, in *L. & Soc. Rev.*, 1976, vol. 11, p. 93 ss.. Per un caso giudiziario in cui sia stata riconosciuta la violazione del principio di uguaglianza in un caso in cui il *parole* è stato negato sulla base della razza del condannato, vedi *Block v. Potter*, 631 F. 2d 233, 241 (3d Cir. 1980).

⁽¹²⁶⁾ Su questo tema vedi *Note on Race and Criminal Process*, cit., p. 1629 ss., 1641; nella letteratura italiana MANNOZZI, op. cit., p. 80.

⁽¹²⁷⁾ Cfr. GENDERS & PLAYER, *Race Relations in Prisons*, Oxford, Oxford University Press, 1988, p. 50.

⁽¹²⁸⁾ Una fra le prime obiezioni mosse a questi studi empirici è che non abbiano tenuto conto della variabile socio-economica. Molti degli studi citati non tengono conto della reciproca influenza esistente tra il fattore razziale e il fattore socio-economico – peraltro assai difficilmente misurabile -, sicché le

consistente di prove che documentano la presenza di una disparità di trattamento fra i neri e i bianchi in ogni stadio del processo penale” ⁽¹²⁹⁾). Proprio questa disparità di trattamento, diffusa lungo tutto il corso del processo penale, consentirebbe di concludere per la presenza di discriminazione razziale nel sistema penale ⁽¹³⁰⁾).

In realtà, per poter verificare o falsificare questo giudizio – così validando o falsificando anche la parziale fondatezza delle teorie del conflitto in precedenza analizzate - occorre studiare più da vicino l’ulteriore e cruciale fase processuale nella quale può annidarsi l’influenza di fattori arbitrari come il fattore razziale con conseguenti esiti disparitari: quella della commisurazione della pena.

4.1. La ricerca sulla sentencing disparity. L’esperienza dei Paesi di common law.

Particolare attenzione, in questa seconda parte del lavoro, è dedicata al peso esercitato dal fattore razziale nella fase commisurativa della pena ⁽¹³¹⁾).

Si è scelto di riservare particolare attenzione alla fase commisurativa della pena poiché gli esiti della decisione *quoad poenam* sono i più visibili del sistema penale e la pretesa di legittimità del sistema stesso dipende fortemente dalla percezione che l’opinione pubblica ha della razionalità ed equità di tali esiti.

La commisurazione della pena – ove il potere discrezionale del giudice trova attuazione - è in effetti, tra le varie fasi processuali, la più ‘visibile’: i suoi esiti devono pertanto dimostrarsi equi e razionali, considerata la ben nota sensibilità dell’opinione pubblica alla coerenza della prassi commisurativa della pena per casi giudiziari simili

conclusioni sopra esposte potrebbero essere ricondotte alla maggiore incidenza di quest’ultimo fattore, anziché del fattore razziale. In effetti un recente studio americano sembrerebbe confermare questa ipotesi. Lo studio prende in considerazione due distinti campioni di casi, arresti con e senza vittime, e tiene conto di una serie di variabili tra cui le condizioni socio-economiche del quartiere nel quale l’arresto è avvenuto. Facendo ricorso all’analisi multivariata al fine di isolare i reciproci effetti di ciascuna variabile, lo studio giunge alla conclusione che non esiste una forma di discriminazione razziale nei confronti degli indagati neri, poiché ciò che effettivamente incide, una volta tenuto conto delle altre variabili, sarebbero le condizioni economiche del quartiere nel quale l’arresto è avvenuto, essendo la polizia maggiormente attiva negli arresti proprio nei quartieri più poveri. Cfr. SMITH, VISHER, DAVIDSON, *cit.*, p. 243, 246-9. Una ulteriore obiezione mossa a tali indagini deve essere ricordata: se è certo che gli studi citati danno conto di una anomala disparità di trattamento nei confronti delle minoranze, resta da vedere se l’evidenza probatoria di questi studi consenta di inferire senz’altro la presenza di una vera e propria discriminazione razziale attuata dalla polizia: tassi d’arresto e di fermo così elevati potrebbero essere la risposta ad un tasso di ‘crimini neri’ particolarmente elevato.

⁽¹²⁹⁾) REINER, *op. cit.*, p. 12.

⁽¹³⁰⁾) *Ibidem*.

⁽¹³¹⁾) Sulla fase commisurativa della pena si rimanda più ampiamente al saggio di DOLCINI, *La commisurazione della pena. La pena detentiva*, Padova, 1979 già citato. Sull’importanza del retto esercizio del potere discrezionale del giudice per il funzionamento dell’ordine giuridico, si veda altresì DELOGU, *Potere discrezionale del giudice penale e certezza del diritto*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1976, p. 369.

(¹³²). Il paventato rischio, altrimenti, di un turbamento della fiducia dei cittadini nell'ordinamento giuridico sarebbe concreto e attuale.

Richiamare l'equità della pena, peraltro, significa sottolineare l'esigenza che la pena sia adeguata al caso concreto, secondo l'idea della individualizzazione della pena, e al tempo stesso che essa risponda a giustizia, al principio dell'eguale trattamento degli eguali, senza riferirsi in alcun modo, come il concetto di equità pure evoca, al fatto che la pena debba essere decisa su basi intuitive. "L'idea di una individualizzazione della pena fondata esclusivamente sul buon senso, sulla personale concezione di giustizia del giudice, e dunque, in definitiva, su criteri irrazionali e inesprimibili" deve essere respinta (¹³³).

Eppure, in questa fase in cui si concentra per eccellenza il potere discrezionale del giudice, insieme a fattori giuridicamente rilevanti, intervengono spesso fattori irrazionali. Può infatti accadere che "il giudice proietti nella valutazione di un fatto e nella scelta della pena motivi inconsci, ingenerati ad esempio da un insuccesso, da un senso di inferiorità o da un sentimento di colpa; soprattutto accade che egli si lasci condizionare dalle spinte emozionali esercitate dall'opinione pubblica" (¹³⁴).

Come mostrano alcuni casi tratti dalla giurisprudenza tedesca, può accadere per esempio che venga irrogata una pena maggiorata per il solo fatto che l'autore del reato sia uno straniero e ciò per l'operare di un fattore irrazionale, legato ad un motivo inconscio o talora conscio, quale il pregiudizio razziale (¹³⁵). Tali casi consentono di illustrare il senso del limite imposto dal principio di giustizia, quale esigenza di uguaglianza, al potere discrezionale del giudice penale: il giudice, come sottolineato da Delogu, non può, pena un cattivo uso del suo potere, adottare un provvedimento che sia in aperto e palese contrasto con il principio dell'eguale trattamento di tutti gli imputati (¹³⁶).

Tali considerazioni, unitamente ai dati relativi alla impressionante sovrarappresentazione delle minoranze etniche nella popolazione carceraria di tutti i principali Paesi occidentali, come già anticipato, rendono estremamente importante, a nostro avviso, lo studio della influenza esercitata da fattori arbitrari nella fase commisurativa della pena. Né ci pare possa valere in senso contrario l'obiezione da

(¹³²) Sul tema della commisurazione della pena si rimanda a DOLCINI, *La commisurazione della pena*, cit.

(¹³³) Cfr. in tal senso ID., *Relazione al convegno sul tema: l'equità della pena alla prova dei riti alternativi*, in *Giust. e Cost.*, 1994, p. 5.

(¹³⁴) Così DOLCINI, *La commisurazione*, cit., pp. 70-71. Sul peso del 'fardello' dell'inconscio e del conscio sul giudice, vedi anche DELOGU, *op. cit.*, p. 382 ss.

(¹³⁵) Riferisce tali esempi, ricordati da Jescheck, DELOGU, cit., p. 375.

(¹³⁶) ID., *ibidem*. "Una cosa è certa, ed è l'enorme importanza che un retto esercizio del potere discrezionale assume ai fini di un fisiologico funzionamento dell'ordine giuridico". Nel chiarire come "il problema del potere discrezionale del giudice penale e del suo retto esercizio non coinvolga solamente l'esigenza di certezza del diritto, ma tutto l'andamento di una società, perché un suo cattivo impiego rischia di scuotere la fiducia dei consociati nel diritto e in chi lo amministra", Tullio Delogu individuava numerosi limiti istituzionali al potere del giudice penale, tra i quali una serie di limiti imposti dal principio di giustizia, intesa come esigenza di uguaglianza e di proporzione. Cfr. ID., *cit.*, p. 369, 370 e 374.

alcuni mosse secondo la quale l'irrazionalità sarebbe un carattere ineliminabile della commisurazione della pena ⁽¹³⁷⁾).

Da un lato, infatti, deve valere ancora il monito secondo il quale posizioni agnostiche sul come il giudice procede nel *sentencing* sono da rifiutare, "dato che il modo di giudicare non può non essere considerato importante ai fini del raggiungimento degli scopi che l'ordinamento attribuisce alla pena od alla misura che il giudice è chiamato ad applicare. Che un giudice decida in base alla solidarietà di classe o di una data ideologia o anche solo secondo logica, significa che detto giudice non si 'cala' nel compito che l'ordinamento gli affida, di 'individualizzare' il provvedimento, tenendo conto specie del fatto commesso e della personalità del suo autore. Ogni considerazione di altro ordine rappresenta un corpo estraneo nel meccanismo applicativo che fatalmente ne turba il giusto movimento finalistico" ⁽¹³⁸⁾).

Da altro lato, una più approfondita conoscenza di eventuali distorsioni e discriminazioni nella commisurazione della pena, per quanto radicate e difficilmente eliminabili, può quantomeno aiutare a capire se e come quei fenomeni possano essere circoscritti.

Non vi è chi non possa vedere, del resto, dinanzi al fenomeno dell'immigrazione extra-comunitaria di cui la cronaca dà conto quotidianamente ⁽¹³⁹⁾, l'urgente attualità del tema. Come è stato autorevolmente affermato in una recente ricerca empirica condotta su immigrazione e criminalità in Italia, "sul fatto che gli immigrati si trovino in una posizione di svantaggio anche riguardo al sistema penale è difficile avere dubbi" ⁽¹⁴⁰⁾.

Numerosi sono i dati empirici raccolti attraverso indagini condotte prevalentemente negli ordinamenti anglosassoni che mostrano l'incidenza di fattori arbitrari nella commisurazione della pena. In particolare, la dottrina statunitense, proprio al fine di studiare eventuali interferenze arbitrarie nel *sentencing*, a partire dagli inizi del secolo scorso ha avviato sistematiche indagini empiriche sulla c.d. *sentencing disparity* ⁽¹⁴¹⁾. Trattandosi di "un'entità di per sé sfuggente" ⁽¹⁴²⁾, la dottrina ha da

⁽¹³⁷⁾ Per riferimenti agli esponenti di tale posizione nella dottrina tedesca si rinvia a DOLCINI, *op. cit.*, p. 40, nota 49. L'eco di tale orientamento si ritrova nelle pronunce giurisprudenziali sia della Corte di Cassazione ("*L'adeguamento della pena al caso concreto è piuttosto il risultato di una intuizione che di un dettagliato processo logico*", Cass. 16 febbraio 1969, in *Giust. Pen.*, 1969, p. 70), sia della Corte Suprema degli Stati Uniti ("*apparenti disparità nel sentencing sono una componente inevitabile di ogni sistema penale*", *McCleskey v. Kemp*, 107 S. Ct. 1756, 1987, a p. 1777).

⁽¹³⁸⁾ Così DELOGU, *op. cit.*, p. 380.

⁽¹³⁹⁾ Sulle distorsioni nell'impostazione del problema della criminalità degli immigrati provocato da un eccessivo clamore mediatico, vedi anche FORTI, *L'immane concretezza. Metamorfosi del crimine e controllo penale*, Milano, 2000, p. XI della Prefazione.

⁽¹⁴⁰⁾ Cfr. BARBAGLI, *Immigrazione e reati in Italia*, Bologna, 2002, p. 89.

⁽¹⁴¹⁾ Per questa definizione, non agevole data la natura 'sfuggente' del fenomeno, MANNOZZI, *Razionalità e giustizia nella commisurazione della pena*, cit., p. 121, nella letteratura americana, si veda ZENOFF, *Disparity, Sentencing* (voce) in KADISH, (a cura di), *Encyclopedia of Crime and Justice*, New York, 1983, p. 1449, già citato.

⁽¹⁴²⁾ Così MANNOZZI, *Razionalità e giustizia nella commisurazione della pena*, cit., p. 121.

sempre incontrato notevoli difficoltà nel formulare una definizione di *sentencing disparity*. Il consenso degli studiosi si è oggi attestato sulla seguente nozione: si è in presenza di *disparity* dinanzi a 'qualsiasi variazione arbitraria nella commisurazione della pena' ⁽¹⁴³⁾. Il fenomeno, in particolare, può concretizzarsi in una disparità di trattamento per uno stesso reato, a seconda dell'organo giudicante, oppure in una instabilità nel tempo del giudizio di un medesimo giudice su casi simili ⁽¹⁴⁴⁾.

Decisamente attendibili da un punto di vista scientifico sono i risultati di tali ricerche empiriche che hanno indagato l'influenza esercitata sulla scelta della pena da fattori *extra-giuridici relativi all'imputato*, fattori quali l'età, il sesso, le condizioni socio-economiche, la razza. Nell'ambito di tali ricerche, particolarmente numerose e significative sono quelle che hanno indagato la presenza di discriminazione razziale nel *sentencing* e come diremo poi nel *capital sentencing*.

Dedichiamo dunque particolare attenzione al fenomeno della c.d. *sentencing disparity* di fonte razziale, senz'altro la forma più vistosa di *sentencing disparity*, ossia alla presenza di esiti sanzionatori profondamente difformi (carcere piuttosto che pene non detentive), pur dinanzi a fatti di reato ed autori in tutto simili: esiti diversi non giustificati dalla presenza di fattori giuridicamente rilevanti, come i precedenti penali del reo o eventuali circostanze aggravanti, bensì spiegabili soltanto in base all'influenza del pregiudizio razziale.

Cercheremo segnatamente di dare conto dell'evoluzione della ricerca empirica sul tema negli ordinamenti anglosassoni.

Il problema delle discriminazioni razziali nell'amministrazione della giustizia penale, e in particolare nella fase del giudizio penale, postosi negli Stati Uniti con riferimento alla minoranza afro-americana sin dagli inizi del secolo (dal primo nucleo di indagini emergeva una relazione fra la razza dell'imputato e il tipo, nonché la durata della pena inflitta, ossia la presenza di una manifesta e diretta discriminazione razziale nella commisurazione della pena) ⁽¹⁴⁵⁾, si è acuito negli anni settanta ed è stato uno dei

⁽¹⁴³⁾ Su questa definizione vedi ZENOFF, *op. cit.*, p. 1449; nella letteratura italiana MANNOZZI, *cit.*, p. 121.

⁽¹⁴⁴⁾ Per indicare queste due forme di *disparity* si è soliti parlare di *intra-judge disparity* - in caso di dissenso di giudici diversi su casi analoghi - e di *inter-judge disparity* quanto alla instabilità nel tempo del giudizio di un medesimo giudice. *Ibid.*, p. 127. Molteplici possono essere le cause della disparità di trattamento. Quando la causa debba essere ricondotta al fattore razziale si parlerà di *sentencing disparity* razziale che, come avremo modo di chiarire, non coincide sempre con il concetto di discriminazione razziale.

⁽¹⁴⁵⁾ Cfr. ZATZ, *The Changing Forms of Racial/Ethnic Biases in Sentencing*, in *J. of Research in Crime & Delinq.*, 1987, vol. 24, p. 69 ss. Appartengono a questa prima fase di studi (1930-metà anni sessanta), tra le altre, le seguenti significative ricerche: SELIN, *Race Prejudice in the Administration of Justice*, *cit.*, pp. 212-217; LEMERT & ROSBERG, *The Administration of Justice to Minority Groups in L.A. County*, in *Univ. of Cal. Publ. in Culture and Society*, 1948, pp. 1-27; BULLOCK, *Significance of the Racial Factor in the Length of Prison Sentences*, in *J. Crimin. L., Criminol., and Police Science*, 1961, vol. 52, pp. 411-417. Ad una seconda fase della ricerca sul tema appartengono quelle ricerche - apparse alla fine degli anni sessanta e negli anni settanta - che hanno posto in dubbio i risultati delle prime indagini, condotte con metodi sperimentali ancora rudimentali: cfr. HINDELANG, *Race and Involvement in Common Law Personal Crimes*, in *Am. Sociol. Rev.*, 1978, vol. 43, pp. 93-109, a p. 104 e a p. 105; KLECK, *Racial Discrimination in Criminal Sentencing*, *cit.*, p. 789 e p. 792; PRUITT & WILSON, *A Longitudinal Study of the Effect of Race on Sentencing*, in *L. & Soc. Rev.*, 1983, vol. 17, pp. 619-621, 626-632. Ad opposte conclusioni, ossia nel senso nuovamente della presenza di

fattori all'origine della riforma del *sentencing* attuata nell'ordinamento statunitense a partire dalla metà degli anni settanta.

Tale riforma, nata in risposta alla crisi dell'ideale rieducativo e all'ineffettività del sistema del *sentencing* indeterminato e ispirata ad un ritorno all'idea retributiva, in particolare all'idea della proporzionalità fra la pena e la gravità del reato ⁽¹⁴⁶⁾, ha comportato l'introduzione di criteri-guida (*guidelines*) ⁽¹⁴⁷⁾ cui la *sentencing authority* deve attenersi nella commisurazione della pena. Create proprio al fine di porre rimedio alla disparità di trattamento, specie a quella di fonte razziale, le *guidelines* avrebbero dovuto imbrigliare la discrezionalità del giudice al punto da rendere improbabile qualsiasi interferenza di fattori arbitrari nella commisurazione della pena. Le ricerche empiriche volte a verificare l'effettività della riforma rispetto all'obiettivo della riduzione della *sentencing disparity* di fonte razziale e la stessa magistratura americana hanno chiarito come tale riforma non abbia affatto ridotto la *sentencing disparity* di fonte razziale, dovendo così dirsi mancato l'obiettivo della riforma ⁽¹⁴⁸⁾.

Fra gli studi più recenti condotti negli Stati Uniti sul tema (gli studi condotti nell'ultima fase della lunga evoluzione della ricerca sul tema, ossia a partire dagli anni ottanta) ⁽¹⁴⁹⁾, particolarmente significativo si è rivelato lo studio - uno dei più sofisticati

discriminazione razziale, si segnalano le indagini empiriche condotte nella terza fase dell'evoluzione della ricerca sul tema e pubblicate alla fine degli anni settanta e negli anni ottanta che utilizzano dati degli anni precedenti: si tratta dello studio di PETERSON & HAGAN, *Changing Conceptions of Race: Towards an Account of Anomalous Findings of Sentencing Research*, in *Am. Soc. Rev.*, 1984, vol. 49, pp. 56-70 e dello studio a cura di HAGAN & BERNSTEIN, *Conflict in Context: The Sanctioning of Draft Resisters, 1963-76*, in *Social Problems*, 1979, vol. 27, pp. 109-122, nonché di LIZOTTE, *Extra-legal Factors in Chicago's Criminal Courts: Testing the Conflict Model of Criminal Justice*, in *Social Problems*, 1978, vol. 25, pp. 564- 567 e 577-78 e di LAFREE, *Official Reactions to Hispanic Defendants in the SouthWest*, in *J. of Research in Crime and Delinq.*, 1985, vol. 22, pp. 213-237, a p. 237; BYNUM, *Parole Decision Making and Native American*, in *Race, Crime, and Criminal Justice*, a cura di R. L. McNeely e C.E. Pope, Newbury Park, Sage, 1981; SPOHN, GRUHL, WELCH, *The Effect of Race on Sentencing: A Re-examination of an Unsettled Question*, in *L. & Soc. Rev.*, 1981, vol. 16, pp. 71-88; BURKE & TURK, *Factors Affecting Postarrest Dispositions: A Model for Analysis*, in *Social Problems*, 1975, vol. 22, pp. 313-332, a p. 328.

⁽¹⁴⁶⁾ Sul tema si veda EUSEBI, *La nuova retribuzione*, in MARINUCCI-DOLCINI, *Diritto penale in trasformazione*, Milano, 1985, p. 114 ss., nonché MANNOZZI, *op. cit.*, p. 107 e 135 ss.

⁽¹⁴⁷⁾ Vedi VON HIRSCH, *Deservedness and Dangerousness in Sentencing Policy*, in *Crim. L. Rev.*, 1986, p. 80. Nel pensiero dell'Autore a condotte ugualmente riprovevoli deve seguire il medesimo trattamento sanzionatorio e la severità della pena deve essere graduata in proporzione alla gravità del reato. Respinta la riabilitazione quale fine della pena, von Hirsch propone una pena retributiva che corrisponda alla 'giusta' dose di punizione. Sebbene la 'pena giusta' nel pensiero di Hirsch sia tesa a ridurre il ricorso alla pena detentiva - specie per i reati bagatellari - essa in ogni caso viene concepita come irrinunciabile (come nel sistema kantiano ed hegeliano). Sul pensiero di von Hirsch si rimanda inoltre alla sua opera centrale, *Doing Justice*, pubblicata nel 1976.

⁽¹⁴⁸⁾ Cfr. nella letteratura italiana, MANNOZZI, *Razionalità e giustizia*, cit., p. 284; nella letteratura straniera, tra gli altri, MIETHE & MOORE, *Socioeconomic Disparities Under Determinate Sentencing Systems: A Comparison of Preguideline and Postguideline Practices in Minnesota*, in *Crimin.*, 1985, vol. 23, pp. 337-363 a pp. 357 ss.

⁽¹⁴⁹⁾ Sulle altre tappe di tale evoluzione della ricerca si veda *retro* in nota. Esistono numerosi altri studi oltre a quelli da noi esaminati che possono essere ascritti alla seconda e alla terza ondata di ricerca per i quali rinviando alle ricche indicazioni bibliografiche di KLECK, *Racial Discrimination in Criminal Sentencing*, cit, pp. 48-49, Tabella 2-2, considerata l'impossibilità, nell'economia del presente lavoro, di una trattazione esaustiva e la scelta di analizzare approfonditamente soltanto gli studi maggiormente significativi.

sotto il profilo metodologico - condotto da Petersilia, il quale ha verificato la presenza di una significativa disparità di trattamento nei confronti degli imputati appartenenti alle minoranze etniche ⁽¹⁵⁰⁾).

Dagli studi dell'Autore emerge che i neri, arrestati più spesso solo sulla scorta di valutazioni indiziarie, vengono con maggior frequenza rilasciati senza che l'accusa venga formulata. Ciò sembrerebbe indicare che i neri vengono arrestati in assenza di prove e sulla base di un pregiudizio discriminatorio. Emerge soprattutto da tale indagine che, una volta arrestati, i neri e gli ispanici hanno assai più elevate probabilità di vedere formulata l'imputazione con accuse più gravi rispetto a quanto accada agli imputati bianchi, i quali ottengono più spesso dei primi una derubricazione del titolo di reato ⁽¹⁵¹⁾).

Una volta messi in stato d'accusa, i 'neri' e i 'bianchi' hanno uguali probabilità di essere condannati, anche se i neri rispetto ai bianchi e agli ispanici vengono più spesso condannati alla pena detentiva. Inoltre i bianchi hanno accesso molto più dei neri al patteggiamento, istituto che comporta una mitigazione dell'accusa in cambio della dichiarazione di colpevolezza da parte dell'imputato. Al contrario, i neri vengono assai più spesso processati e condannati mediante *trial by jury*, il che comporta, come noto, pene più severe. Ciò spiegherebbe perché i neri vengano condannati a pene detentive in media più elevate rispetto ai bianchi. Inoltre i neri accedono al *probation* assai più raramente dei bianchi. La disparità di trattamento, poi, resta tale anche dopo che, tramite il ricorso all'analisi statistica, il Ricercatore ha tenuto conto, insieme ad altre variabili, dei precedenti penali del reo e del tipo di reato commesso ⁽¹⁵²⁾).

Lo studio ha inoltre analizzato la durata delle pene detentive inflitte nei confronti dei neri per verificare se esse siano più lunghe di quelle inflitte ai bianchi, giungendo alla conclusione che il fattore razziale "da solo spiega da *uno sino a sette mesi in più* di lunghezza della pena" ⁽¹⁵³⁾).

Petersilia ha altresì osservato come le motivazioni che spingono al delitto siano di natura socio-economica assai più per i neri e gli ispanici che per i bianchi: laddove

⁽¹⁵⁰⁾) Cfr. PETERSILIA, *Racial Disparities in the Criminal Justice System*, cit., p. 20, nonché PETERSILIA, *Racial Disparities in the Criminal Justice System: A Summary*, in *Crime & Delinq.*, 1985, vol. 31, pp. 27-8. Si tratta di una delle ricerche più avanzate dal punto di vista metodologico che, cercando di ovviare agli inconvenienti degli studi sopramenzionati, ha studiato una popolazione di autori di reato a livello nazionale, utilizzando un sistema computerizzato approntato dallo Stato della California, il *California Offender-Based Transaction Statistics (OBTS)*, che consente di seguire i soggetti in tutte le varie fasi del transito nel sistema penale, dalla fase dell'arresto a quella della condanna e che registra una lunga serie di variabili giuridiche e sociali relative al soggetto (sesso, razza, età, precedenti penali, imputazione, ecc.).

⁽¹⁵¹⁾) ID., *Racial Disparities*, *ibidem*.

⁽¹⁵²⁾) ID., pp. 20-21.

⁽¹⁵³⁾) Lo studio è stato condotto confrontando tre campioni di soggetti detenuti in tre Stati americani cui era stato sottoposto un questionario di autovalutazione (poi controllato sotto il profilo della coerenza interna e attraverso le rilevazioni ufficiali sul detenuto), detto *Rand Inmate Survey (RIS)*. Combinando i dati ivi ricavati relativi alla razza, all'età, al tipo di reato e al numero di precedenti penali in una analisi multivariata, e tenendo sotto controllo in particolare l'età del reo e il reato commesso, nonché i precedenti penali, il Ricercatore ha rinvenuto in tutti e tre gli Stati (Michigan, Texas e California) una netta differenza dovuta al fattore razziale nella lunghezza della pena detentiva inflitta. Così PETERSILIA, cit., pp. 21-22.

pertanto la disoccupazione sia considerato un indice di recidiva piuttosto che una circostanza attenuante da parte di giudici, *parole boards* e *probation officers*, ne risulteranno pene più severe per questi ultimi ⁽¹⁵⁴⁾. Nella stessa direzione, il Ricercatore osserva come, prima di emettere la sentenza, il giudice si serva di un rapporto (c.d. *PSR*) redatto dal *probation service* nel quale generalmente è contenuto un suggerimento (c.d. *raccomandation*) circa l'intervento più opportuno considerati gli indicatori della recidiva, come ad esempio la disoccupazione, lo *status* familiare, il contesto sociale dell'imputato, tutti elementi che sono per lo più sfavorevoli per i neri e le minoranze. In questa ampia discrezionalità Petersilia individua la principale fonte della disparità di trattamento rilevata ⁽¹⁵⁵⁾.

Petersilia ha infine cercato di verificare se, in relazione ai reati da loro commessi, i neri siano effettivamente sovra-arrestati, utilizzando, anziché le statistiche ufficiali, i dati autorilevati contenuti nel *RIS* e giungendo alla conclusione che, salvo per il reato di rapina, non è così ⁽¹⁵⁶⁾.

Sempre nel contesto americano, accanto al lavoro di Petersilia, merita fare cenno ad altre due ricerche che, benché poco più risalenti, sono altrettanto significative. La Free, esaminando dati relativi ad imputati bianchi, neri e ispanici negli anni 1976-1977 nella città di Tucson, rinveniva tracce di discriminazione razziale nel *sentencing* legate all'effetto indirettamente prodotto dal fattore razziale sulla carcerazione preventiva ⁽¹⁵⁷⁾. Da tali studi sembra emergere che gli imputati appartenenti alle minoranze etniche hanno tassi di carcerazione preventiva più elevati e che ciò potrebbe trovare una spiegazione nelle condizioni socio-economiche in cui essi versano. Sembra inoltre trovare conferma l'ipotesi, già da tempo avanzata, secondo la quale i giudici tendono a punire gli imputati in stato di custodia preventiva, rispetto a quelli che non siano sottoposti a restrizioni della libertà, più severamente e in ogni caso con una pena pari alla custodia preventiva subita ⁽¹⁵⁸⁾.

Un altro problema in parte noto è quello del c.d. *cumulative disadvantage*. Con tale espressione ci si riferisce alla situazione per la quale il fattore razziale ha una rilevanza minima o statisticamente insignificante sulle decisioni emesse nei singoli stadi processuali, ma questa pur minima disparità si somma mano a mano che l'imputato affronta le diverse fasi del processo, traducendosi in definitiva in una chiara

⁽¹⁵⁴⁾ *Ibidem*, pp. 25-26.

⁽¹⁵⁵⁾ Così PETERSILIA, *cit.*, pp. 29-31. Il Ricercatore chiarisce altresì come soltanto qualora si dovesse registrare effettivamente un tasso di recidivismo maggiore – e così non è – avrebbe senso ritenere i neri soggetti maggiormente pericolosi e a rischio di commettere nuovamente reati. Probabilmente il maggior coinvolgimento nell'attività criminale delle minoranze e soprattutto la maggior visibilità della criminalità nera legata a fattori come la disoccupazione, la provenienza dai ghetti, l'instabilità familiare induce a percepire i neri come i recidivi per eccellenza. Tali caratteristiche fanno sì che i neri vengano percepiti come maggiormente pericolosi anche se ciò, alla luce dei dati statistici, risulta erroneo.

⁽¹⁵⁶⁾ *Ibid.*, pp. 23-25.

⁽¹⁵⁷⁾ LAFREE, *Official Reactions to Hispanic Defendants in the SouthWest*, in *J. of Research in Crime and Delinq.*, 1985, vol. 22, pp. 213-237, a p. 237, già citato.

⁽¹⁵⁸⁾ In tal senso cfr. CHAZAL, *Le juge et l'elaboration de la sentence*, in A.A.V.V., *Sentencing, Elaboration de la sentence penal*, Act du colloque de Bellagio, 1968, p. 80.

discriminazione. La ricerca condotta da Bynum, per esempio, ha mostrato che i neri vengono condannati alla pena detentiva per reati per i quali i bianchi ricevono pene non custodiali. Tuttavia una volta condannati alla pena detentiva, anche di lunga durata, bianchi e neri vengono rilasciati sulla parola in modo differente: i *parole boards* rilasciano i bianchi quando hanno scontato un periodo di detenzione inferiore rispetto ai neri. Così, la discriminazione perpetrata nella fase del *sentencing* si somma a quella della fase esecutiva ⁽¹⁵⁹⁾).

Anche in Gran Bretagna la ricerca empirica sulla presenza di discriminazione razziale nel sistema della giustizia penale è ad uno stadio avanzato ⁽¹⁶⁰⁾. In Gran Bretagna il problema tocca da vicino soprattutto le minoranze afro-caraibiche ed è stato oggetto di uno studio dal titolo *Race and Sentencing* - ritenuto ad oggi il più attendibile sotto il profilo metodologico (l'utilizzo del metodo statistico dell'analisi multivariata, la quale comporta lo studio di un fenomeno in assenza di interferenza delle altre variabili che incidono sul medesimo ⁽¹⁶¹⁾), ha consentito la comparazione fra casi simili) - condotto sulla prassi del *sentencing* in alcune *Crown Courts* inglesi: da tale studio emerge la presenza di una disparità di trattamento sanzionatorio nei confronti delle minoranze etniche afro-caraibiche ed asiatiche oltre ad un caso di vera e propria discriminazione razziale intenzionale, segnatamente nella *Crown Court* di Dudley ⁽¹⁶²⁾.

La ricerca, condotta presso il *Centre for Criminological Research* dell'Università di Oxford con il patrocinio della *Commission for Racial Equality* - considerata a ragione l'indagine più evoluta e scientificamente attendibile condotta sul tema '*race and sentencing*' ⁽¹⁶³⁾ - ha analizzato la prassi del *sentencing* in alcune *Crown Courts* per verificare l'eventuale influenza del fattore razziale nella decisione giudiziale, con il

⁽¹⁵⁹⁾ Di questo studio, BYNUM, *Parole Decision Making and Native American*, in *Race, Crime, and Criminal Justice*, a cura di R. L. McNeeley e C.E. Pope, Newbury Park, Sage, 1981, già ricordato, riferisce ZATZ, *cit.*, p. 76.

⁽¹⁶⁰⁾ Ricordiamo alcuni tra i più significativi studi: oltre al lavoro di MCCONVILLE e BALDWIN, *The Influence of Race on Sentencing in England*, in *Crim. L. Rev.*, 1982, p. 657, si segnalano CROW & COVE, *Ethnic Minorities and the Courts*, in *Crim. L. Rev.*, 1984, pp. 413-417, a p. 416 e 417; MAIR, *Ethnic Minorities, Probation and the Magistrates' Courts*, in *Brit. J. Crimin.*, 1986, vol. 26, pp. 147-155; MOXON, *Sentencing Practise in the Crown Court*, Home Office Research Study n. 103, London, HMSO, 1988, pp. 59-60; WALKER, *The Court Disposal of Young Males, by Race, in London in 1983*, in *Brit. J. Crimin.*, 1988, vol. 28, pp. 441-460, a p. 457; WALKER, *The Court Disposal and Remands of White, Afro-Caribbean, and Asian Men (London, 1983)*, in *Brit. J. Crimin.*, 1989, vol. 29, pp. 353-356, a p. 365; WALKER & JEFFERSON, *op. cit.*, p. 88-89; HUDSON, *Discrimination and Disparity*, *cit.*, pp. 27-28.

⁽¹⁶¹⁾ Su tale metodo di indagine, si rimanda in generale a CORBETTA, *Metodi di analisi multivariata per le scienze sociali*, Bologna, 1992.

⁽¹⁶²⁾ Si veda HOOD, *Race and Sentencing*, London, Oxford University Press, 1992, già citato.

⁽¹⁶³⁾ Così recita il titolo dell'opera di Roger Hood, condotta con la collaborazione di G. Cordovil, HOOD, *Race and Sentencing. A Study in the Crown Court. A Report To Commission for Racial Equality*, Oxford, Clarendon Press, 1992. Cfr. per tale rilievo A. VON HIRSCH-ROBERTS, *Racial Disparity in Sentencing: Reflections on the Hood Study*, in *The Howard J.*, 1997, vol. 36, p. 227 e p. 230. Scrivono gli Autori, sottolineando come non vi siano dubbi sulla validità dei risultati raggiunti dallo studio e l'infondatezza delle critiche mossegli: "Overall, the study achieves a degree of sophistication and experimental validity that exceeds previous research on the subject". *Ibid.*

proposito ulteriore di gettare luce sul meccanismo con cui fattori irrazionali possono influire su tale decisione ⁽¹⁶⁴⁾).

Pur consapevole dell'impossibilità di confrontare tra loro le fattispecie concrete in ogni più piccola sfaccettatura, il Ricercatore ha cercato di verificare – una volta tenuto conto dei fattori che maggiormente possono influire sulla applicazione della pena detentiva e sulla durata della medesima – se comunque residui una differenza significativa fra il trattamento sanzionatorio riservato ai neri rispetto ai bianchi ⁽¹⁶⁵⁾. Utilizzando il metodo della regressione multipla, il Ricercatore ha calcolato per ciascun caso un indice della probabilità di ottenere una sentenza di condanna a pena detentiva, il c.d. *probability of custody score*, che indica la probabilità di un imputato con una particolare combinazione di variabili rilevanti di subire una sentenza di condanna alla reclusione ⁽¹⁶⁶⁾; in questo modo è stato possibile verificare in che misura le differenze rilevate nella proporzione di bianchi, neri e asiatici condannati alla pena detentiva permangano quando si tenga conto della loro probabilità di incorrere in una tale condanna.

La differenza fra pena detentiva per i bianchi e i neri si è mostrata massima nei *casi di media gravità* (e nei casi con più coimputati neri), ossia nei casi con una probabilità media (da 45 a 80%) di ricevere la pena detentiva: ciò a conferma, secondo il Ricercatore, dell'ipotesi secondo la quale l'indebita influenza del fattore razziale si manifesta maggiormente laddove più ampia sia la discrezionalità di cui gode la *sentencing authority* ⁽¹⁶⁷⁾.

Lo studio ha potuto inoltre rilevare variazioni significative anche nel *quantum* di pena detentiva inflitta: un numero maggiore di neri e di asiatici rispetto ai bianchi ha subito sentenze di condanna ad oltre tre anni di pena detentiva e la durata media delle pene loro inflitte si è dimostrata assai più lunga ⁽¹⁶⁸⁾. Quanto alle sanzioni alternative

⁽¹⁶⁴⁾ HOOD, *Race and Sentencing*, cit., p. 23.

⁽¹⁶⁵⁾ L'obiettivo dichiarato dello studio è di verificare se vi sia non tanto discriminazione razziale in un caso particolare, bensì se, da un punto di vista aggregato, vi sia una maggior probabilità, per imputati neri 'ugualmente colpevoli' rispetto ad imputati bianchi, di ottenere una condanna a pena detentiva. HOOD, cit., p. 36. In realtà lo studio rinviene prova anche di discriminazione intenzionale in una delle *Crown Court* studiate.

⁽¹⁶⁶⁾ HOOD, cit., pp. 65-67. Il vantaggio del ricorso ad un indice di probabilità di pena detentiva tramite il metodo della regressione multipla è quello di consentire di dare peso a tutte le variabili rilevanti ai fini della imposizione della pena detentiva, un peso che tiene conto degli effetti di tutte le altre variabili incluse nell'analisi. Questo metodo consente in particolare di considerare le differenti combinazioni di fattori, aggravanti o attenuanti, che possono determinare una stessa probabilità di ricevere la pena detentiva. Per esemplificare: imputati che commettono un reato di media gravità e sono privi di precedenti penali possono essere condannati alla pena detentiva alla stessa stregua di imputati che abbiano commesso alcuni reati meno gravi e abbiano un precedente penale. E' così possibile classificare tutti i casi a seconda della minore, media o maggiore probabilità che – considerate le variabili rilevanti – essi ricevano la pena detentiva.

⁽¹⁶⁷⁾ ID., cit., pp. 83-84. Alla medesima conclusione erano giunti altri Ricercatori come Moxon e, per gli U.S.A., Blumstein. Vedi *retro*. Il Ricercatore ha inoltre verificato la validità delle sue conclusioni indipendentemente dal fattore età (non c'era differenza fra bianchi e neri minori degli anni 21) e del fattore disoccupazione, anche se questo contribuisce a rendere per i neri più probabile la pena detentiva.

⁽¹⁶⁸⁾ HOOD, cit., p. 122.

alla pena detentiva, i neri risultano maggiormente destinatari di *suspended sentences of imprisonment* e assai meno di *probation o community service orders* ⁽¹⁶⁹⁾. Gli asiatici sono i principali destinatari della pena pecuniaria. I *probation officers* risultano meno propensi a raccomandare per neri e asiatici il *probation* e anche quando ciò sia avvenuto in realtà la pena infine inflitta è stata comunque diversa (*suspended sentence of imprisonment* oppure *community service order*) ⁽¹⁷⁰⁾.

Infine, analizzando l'influenza di fattori precedenti alla sentenza, Hood ha sottolineato l'azione particolarmente attiva e sollecita della polizia, spesso discriminatoria, nei confronti dei neri, la maggior sottoposizione a custodia preventiva dei neri e il peso estremamente rilevante di questo fattore sull'applicazione di una pena detentiva, la maggior probabilità di sottostare a tale pena come conseguenza di una minor predisposizione nei *pre-sentence reports* da parte dei servizi sociali in favore dei neri e degli asiatici, vista la loro tendenza a non patteggiare e a richiedere piuttosto un *trial by jury* ⁽¹⁷¹⁾.

In definitiva, il Ricercatore ha mostrato la sproporzionata presenza di minoranze etniche nella popolazione carceraria inglese come dovuta per l'80% alla maggior gravità dei crimini commessi dai neri, prevalentemente nella categoria con la più alta probabilità di incorrere in una pena detentiva, e per il 20% quale risultato di una disparità di trattamento nella fase del giudizio penale, in parte dovuta ad una tendenza delle minoranze a non patteggiare con conseguenti pene di più lunga durata, ma in parte dovuta segnatamente ad una violazione del principio di uguaglianza da parte dei giudici inglesi ⁽¹⁷²⁾.

Occorre infine ricordare che accanto alle diverse forme di discriminazione razziale, intenzionale o inconscia, esisterebbe, come già anticipato, una forma di discriminazione razziale c.d. *indiretta*. Si tratta di una discriminazione - diversa da quella che è frutto di un eccesso di discrezionalità in capo agli operatori giuridici - riconducibile a politiche criminali e riforme legislative che, indirettamente, finiscono con l'avere un impatto maggiore su alcuni gruppi etnici piuttosto che su altri: si pensi per esempio alla c.d. *"war on drugs"* condotta negli Stati Uniti a partire dagli anni ottanta che ha colpito in maniera particolarmente incisiva le minoranze nere, fortemente legate al consumo nonché al traffico degli stupefacenti, nonché alla nota

⁽¹⁶⁹⁾ ID., p. 132 ss. La nozione di *suspended sentence of imprisonment* è riconducibile ad una sorta di sospensione condizionale della pena ed è prevista come pena che segue immediatamente, quanto a severità, quella detentiva perché può essere inflitta solo per un reato che superi la soglia di gravità indispensabile per l'applicazione della *community sanction*. Cfr. MANNOZZI, *op. cit.*, p. 57.

⁽¹⁷⁰⁾ HOOD, *cit.*, pp. 141-142.

⁽¹⁷¹⁾ ID., p. 143 ss.

⁽¹⁷²⁾ Cfr. HOOD, *cit.*, p. 126 ss. In realtà, lo Studioso, mentre ribadisce che la ricerca non si riferisce alla discriminazione razziale in un caso particolare, bensì ad una maggior probabilità, in termini aggregati, per i neri di essere condannati alla pena detentiva, individua suo malgrado nella prassi delle *Crown Courts* di Dudley un caso particolare di chiara discriminazione di fonte razziale.

‘legge dei tre colpi’ (*Three Strikes and You Are Out*), frequentemente applicata proprio nell’ambito della ‘lotta alla droga’ ⁽¹⁷³⁾).

In definitiva, le ricerche esaminate, per quanto giungano a conclusioni articolate, sono caratterizzate da un filo rosso che indica univocamente - quantomeno - la presenza di una sottile e ‘indiretta’ (tramite interazione con altri fattori quale per esempio il fattore socio-economico) discriminazione razziale nei confronti delle minoranze etniche, il cui grado e livello variano però in dipendenza di fattori attinenti al concreto funzionamento del sistema penale, nei diversi contesti territoriali.

Tali ricerche sembrano perciò far pendere l’ago della bilancia in favore delle teorie del conflitto laddove esse mettono in luce la presenza di diseguaglianze nell’amministrazione della giustizia penale ⁽¹⁷⁴⁾, benché, come l’esperienza della riforma in favore del *sentencing* determinato ha chiaramente mostrato, “il problema della discriminazione razziale nel sistema penale non può ridursi ad una mera comparazione di dati, ma deve comprendere un’analisi delle particolarità del funzionamento del sistema complessivo in dipendenza degli aspetti legislativi e applicativi specifici, nonché delle prassi penitenziarie” ⁽¹⁷⁵⁾. Nel contempo, le rilevazioni empiriche mostrano chiaramente come spesso entri in gioco anche la ‘frustrazione strutturale’, sicché la contrapposizione ‘teorie del consenso v. teorie del conflitto’ potrebbe risolversi in una contrapposizione apparente che lascia il posto ad una visione criminologica più complessa.

4.2. Il caso della pena di morte: la *capital sentencing disparity*.

Terminato questo *excursus* sulle diverse teorie criminologiche e sulle numerose indagini empiriche condotte nei Paesi di *common law* sul tema in esame, abbiamo scelto di dedicare attenzione al caso della pena di morte.

Dallo studio della pena di morte nell’ordinamento giuridico statunitense si evince – come ritiene la maggioranza degli studiosi – che nell’applicazione della pena

⁽¹⁷³⁾ Sulla definizione preliminare di discriminazione istituzionale vedi HUDSON, *op. cit.*, p. xvi dell’Introduzione; KLECK, *op. cit.*, p. 784; sulla “war on drugs” ingaggiata dal governo statunitense, quale esempio lampante di discriminazione istituzionale o indiretta, vedi TONRY, *Racial Politics, Racial Disparities, and the War on Crime*, cit., p. 480. Sulla legge dei tre colpi si ricordi che i detrattori di questa legge sottolineano come la sua applicazione abbia prodotto un consistente sovraffollamento della popolazione carceraria, senza alcuna contrazione della criminalità. Alcuni studi mostrano in particolare come tale legge abbia un impatto drastico su alcuni gruppi sociali: sulle minoranze etniche e sulle c.d. *gangs*, ossia su gruppi di giovani, soprattutto neri ed ispanici, uniti in un sodalizio che fa dell’attività criminale il fulcro del proprio agire con la conseguente commissione di un numero molto elevato di reati violenti, oltre che di violazioni della legge sugli stupefacenti. Cfr. SHICHOR & SECHREST, (a cura di), *Three Strikes and You Are Out*, Cal., Sage, 1996, pp. 53-4.

⁽¹⁷⁴⁾ Sulle teorie del conflitto vedi *retro*. Tale forma di discriminazione tuttavia, come emerge dallo stesso studio di Petersilia, “riguarda una situazione in cui i neri commettono effettivamente un numero di delitti contro la persona e di delitti violenti, e cioè di quei reati che allarmano maggiormente l’opinione pubblica, maggiore rispetto ai bianchi”. PETERSILIA, *cit.*, pp. 15-16 e pp. 23-5; BLUMSTEIN, *op. cit.*, p. 759.

⁽¹⁷⁵⁾ Cfr. A.A.V.V., *Criminologia*, cit., p. 480.

capitale si annida la più grave forma di *sentencing disparity* di fonte razziale in quell'ordinamento.

I dati statistici ufficiali mostrano una massiccia e prevalente inflizione della pena di morte nei confronti delle minoranze etniche. Esiste infatti una sovrarappresentazione delle minoranze etniche fra i soggetti condannati alla pena capitale e in attesa di esecuzione. Gli afro-americani, che costituiscono solo il 12% della popolazione generale, rappresentano il 44% dei soggetti condannati e in attesa di esecuzione ⁽¹⁷⁶⁾. Al 31 dicembre 2007, 1.804 sono i detenuti 'bianchi' in attesa di esecuzione e 1.345 i detenuti 'Blacks' (di cui 15 donne), 26 gli indiani americani, 35 gli Asiatici, 10 gli appartenenti a etnia non nota ⁽¹⁷⁷⁾. Su un totale di 3.220 detenuti, sia nelle carceri statali che federali, in attesa di esecuzione nel 2007, gli afro-americani rappresentano attualmente il 42% ⁽¹⁷⁸⁾.

Questi dati, che sono confermati anche per il presente (42% i neri, 55% i bianchi, 14% gli ispanici) ⁽¹⁷⁹⁾, hanno condotto la criminologia americana ad interrogarsi sulla presenza di discriminazione razziale nell'applicazione della pena di morte, problema sul quale ha condotto numerosi e approfonditi studi empirici. Tali studi - i primi risalgono agli anni '30 e costituiscono gli studi più significativi condotti sulla *sentencing disparity* di fonte razziale cioè, lo si ricorda, sulla disparità di trattamento sanzionatorio, pur in presenza di fattispecie di reato simili, in ragione dell'appartenenza etnica dell'imputato o della vittima nella fase commisurativa della pena - evidenziano molteplici fattori di discriminazione presenti nell'applicazione della pena di morte: la razza della vittima, quella dell'imputato, l'estrazione sociale e il sesso di quest'ultimo. Tra questi fattori, quello che 'pesa' di più è la razza della vittima.

Come ha evidenziato il maggiore esperto della materia, David Baldus, in uno studio condotto tramite il ricorso alla sofisticata tecnica della analisi multivariata nello Stato della Georgia, dopo l'attuazione delle riforme legislative sollecitate dalla Corte

⁽¹⁷⁶⁾ Secondo il *Bureau of Justice Statistics*, organo del Dipartimento di Giustizia americano, al 31.12.2002 i detenuti sottoposti a condanna capitale erano composti da 1.931 soggetti bianchi (54%) e da 1.554 soggetti afro-americani (44%). Il restante 2% era composto da soggetti appartenenti a etnie diverse, di cui 27 indiani americani, 33 asiatici e 12 soggetti di etnia incerta. Una quota non indifferente è rappresentata da latino-americani. Cfr. BJS BULLETIN, *Capital Punishment*, 2002, U.S. Department of Justice, November 2003, p. 1 e p. 5. A ciò si aggiunga che, durante l'anno 2002, il numero dei detenuti bianchi sottoposti a condanna capitale era diminuito di 37 unità, mentre il numero dei detenuti neri era aumentato di 16 unità. Il numero di detenuti di altre etnie era cresciuto da 71 a 72 unità. Cfr. BJS, *cit.*, p. 6. Il dato riferito è confermato anche dalle rilevazioni più recenti del Bureau of Justice Statistics.

⁽¹⁷⁷⁾ Cfr. U.S. DEPARTMENT OF JUSTICE, OFFICE OF JUSTICE PROGRAMS, BUREAU OF JUSTICE STATISTICS, *Capital Punishment Statistics*, 2007, consultabile al sito ufficiale del BJS, www.ojp.usdoj.gov/bjs e aggiornato al dicembre 2008.

⁽¹⁷⁸⁾ Cfr. *ibidem*. Delle 37 esecuzioni condotte nel 2008, 20 hanno coinvolto soggetti bianchi e 17 soggetti afro-americani. Il dato significativo è che le 37 esecuzioni condotte nel 2008 tutte hanno riguardato soggetti di sesso femminile.

⁽¹⁷⁹⁾ Cfr. U.S. DEPARTMENT OF JUSTICE, OFFICE OF JUSTICE PROGRAMS, BUREAU OF JUSTICE STATISTICS, *Capital Punishment Statistics*, 2010, consultabile al sito ufficiale del BJS, www.ojp.usdoj.gov/bjs e aggiornato al dicembre 2011, p. 1. Si tratta infatti delle medesime percentuali che, per espressa affermazione del Dipartimento di Giustizia americano, rimangono invariate dal 2000 ad oggi.

Suprema per ovviare alla arbitrarietà e alla discriminazione razziale riscontrata nella applicazione della pena di morte, a parità di ogni altro elemento, la probabilità di ottenere una sentenza di condanna alla pena capitale è *quattro* volte maggiore se la vittima del reato è ‘bianca’ piuttosto che ‘nera’, specie nei casi di reati non gravissimi⁽¹⁸⁰⁾. Dagli studi più recenti condotti dallo stesso ricercatore emerge inoltre che, *coeteris paribus*, gli imputati neri hanno maggiori probabilità di essere condannati a morte rispetto agli imputati bianchi⁽¹⁸¹⁾.

L’attendibilità di tali ricerche, riconosciuta anche dalla Corte Suprema degli Stati Uniti, è stata altresì comprovata da una commissione di esperti dello stesso governo federale⁽¹⁸²⁾.

In particolare, la Corte Suprema degli Stati Uniti, che con la storica decisione *Furman v. Georgia* già aveva dichiarato incostituzionale la pena di morte proprio perché applicata in maniera arbitraria e discriminatoria nei confronti delle minoranze etniche⁽¹⁸³⁾, ha riconosciuto nel 1987 nel caso *McCleskey v. Kemp*⁽¹⁸⁴⁾ la validità e l’attendibilità dell’indagine di David Baldus prodotta in giudizio dalla difesa di McCleskey per dare prova del fatto che la condanna di quest’ultimo era stata affetta da discriminazione razziale e ciò in violazione del principio di uguaglianza sancito dal XIV Emendamento alla Costituzione americana.

Tuttavia la Corte Suprema ha negato qualsiasi rilevanza alle prove statistiche, ritenendo che l’indagine di Baldus *et Al.* non potesse costituire prova della discriminazione intenzionale nel caso specifico. Il ricorrente, secondo la Corte, avrebbe potuto provare che la propria condanna era effetto di discriminazione razziale solo ottenendo una diretta ammissione in proposito da parte della *sentencing authority* che lo

⁽¹⁸⁰⁾ Si tratta del noto lavoro di BALDUS, WOODWORTH, PULASKY, *Equal Justice and the Death Penalty: A Legal and Empirical Analysis*, Boston, Northeastern University Press, 1990. Una parte di tale lavoro risulta riprodotta in versione aggiornata con la seguente titolazione BALDUS, WOODWORTH, PULASKY, *Law and Statistics in Conflict: Reflections on McCleskey v. Kemp*, 1991, p. 255 (aggiornamento dei cap. 10 e 11 di *Equal Justice and the Death Penalty*, cit.) riprodotto in KOOSD, *Capital Punishment Jurisprudence, Vol. II*, New York & London, Garland Publishing, 1996, pp. 431-51. In media, una volta calcolata l’influenza delle altre variabili per mezzo della *regression analysis*, resta comunque una disparità di trattamento spiegabile in termini di discriminazione razziale basata sull’appartenenza etnica della vittima: se la vittima è bianca, l’imputato, sia esso nero o bianco, ha 4,3 probabilità in più di essere condannato a morte. Cfr. BALDUS *et al.*, *Law and Statistics in Conflict*, cit., p. 259.

⁽¹⁸¹⁾ Si tratta, quanto al New Jersey e a Philadelphia, dello studio BALDUS, WOODWORTH, ZUCKERMAN, WEINER, BROFITT, *Racial Discrimination and the Death Penalty in the Post-Furman Era: An Empirical and Legal Overview, with Recent Findings from Philadelphia*, in *Corn. L. Rev.*, 1998, vol. 83, pp. 1638-1738 (più diverse Appendici); quanto al Nebraska, dello studio BALDUS, WOODWORTH, YOUNG E CHRIST, *The Disposition of Nebraska Capital and Non-Capital Homicide Cases (1973-1999): A Legal and Empirical Analysis*, in *Nebraska L. Rev.*, 2002, vol. 1, p. 202.

⁽¹⁸²⁾ Cfr. GAO, *Death Penalty Sentencing. Research Indicates Patterns of Racial Disparities*, Report to Senate and House Committees on the Judiciary, 1990.

⁽¹⁸³⁾ *Furman v. Georgia*, 408 U.S. 238 (1972), la più lunga sentenza che abbia mai occupato l’U.S. Report (50.000 parole per interpretarne non più di quattro), poneva questa questione: “Does the imposition and carrying out of the death penalty under this case constitute cruel and unusual punishment in violation of the Eight and Fourteenth Amendments?”.

⁽¹⁸⁴⁾ *McCleskey v. Kemp*, 107 S. Ct. 1756, (1987).

aveva giudicato, in ogni modo senza alcuna possibilità di riferimento a prove empiriche di tipo statistico ⁽¹⁸⁵⁾).

E ciò contrariamente a quanto affermato dalla Corte Suprema in altri campi, altrettanto importanti, ma coinvolgenti valori, per così dire, meno ‘fondamentali’, come nel campo del diritto al lavoro e in quello del diritto ad una giuria imparziale, ove la presenza di discriminazione razziale può essere dimostrata semplicemente tramite la presentazione di una prova statistica della discriminazione generalizzata o c.d. *class wide* ⁽¹⁸⁶⁾. In definitiva la Corte, timorosa che un accoglimento del ricorso avrebbe potuto delegittimare l’intero sistema penale ⁽¹⁸⁷⁾, mostrava di riconoscere l’esistenza di una discriminazione razziale nel *capital sentencing*, ma esplicitamente demandava la risoluzione del problema all’autorità legislativa ⁽¹⁸⁸⁾.

In risposta al monito della Corte negli anni novanta veniva presentato un progetto di legge, il *Racial Justice Act*, anche detto *Fairness in Death Sentencing Act*, il quale prevedeva che una sentenza di condanna a morte potesse essere annullata quando vi fosse una prova statistica significativa di discriminazione razziale. Tale proposta legislativa tuttavia non superava l’esame del senato nel 1994 ⁽¹⁸⁹⁾.

Pertanto né in sede giudiziaria - al dettato di McCleskey tra l’altro si sono rigorosamente uniformate le corti supreme statali - né in sede legislativa, nonostante il chiaro riconoscimento da parte del governo federale, tramite una apposita commissione d’inchiesta, del carattere intrinsecamente discriminatorio della pena di morte, anche di quella federale, si scorgevano nel 1990 segnali di svolta. Ciò sembra da ricondurre al prevalere in quegli anni negli U.S.A. di una politica criminale ispirata al

⁽¹⁸⁵⁾) *McCleskey v. Kemp*, 107 S. Ct., 1756, pp. 1766-7.

⁽¹⁸⁶⁾) Il principio, stabilito nel caso *Washington v. Davis*, non chiariva tuttavia se l’imputato dovesse fornire prova di un *intento consapevole* di discriminazione, oppure fosse sufficiente la prova di una discriminazione identificabile, ma risultato di un pregiudizio *inconscio*. Cfr. COYNE-ENTZEROTH, *Capital Punishment and the Judicial Process: Cases and Materials*, Durham, North Carolina Academic Press, 1984, p. 130 ss.

⁽¹⁸⁷⁾) Ciò traspare anche in alcuni passi della motivazione: una seconda ragione addotta dalla Corte a sostegno del proprio diniego, infatti, consisteva nell’osservazione che accogliere il ricorso di McCleskey avrebbe significato annullare molte altre sentenze capitali emesse in Georgia, senza la certezza che vi fosse stato effettivo intento discriminatorio in ciascun caso. E ancora, nelle parole del giudice Powell, “*McCleskey challenges decisions at the heart of the State’s criminal justice system; [...] McCleskey claim, taken to its logical conclusion, throws into serious question the question that underlie our entire criminal justice system [...]. Thus, if we accepted McCleskey claim that racial bias has impermissibly tainted the capital sentencing decision, we could soon be faced with similar claims as to other types of penalty*”, *McCleskey v. Kemp*, 107 S.Ct. 1756, rispettivamente p. 1769 ss., e pp. 1779-82. Per questa critica, si veda poi BALDUS *et Al.*, *Law and Statistics in Conflict*, cit., pp. 267-69. Gli Autori affermano che un eventuale accoglimento del ricorso avrebbe potuto significare anche una nuova moratoria sulle esecuzioni, finché non si fosse indagato ulteriormente il problema, ma solo in alcuni Stati e senza che questo, come prospettato dalla Corte, potesse completamente scardinare la giustizia penale, con ricorsi per ogni forma di discriminazione e per ogni tipo di pena. *Ibidem*.

⁽¹⁸⁸⁾) Si vedano le parole di J. Powell (*Id.*, p. 1778), riportate in COYNE-ENTZEROTH, *Capital Punishment and the Judicial Process*, cit., p. 132 s.

⁽¹⁸⁹⁾) Su tale proposta legislativa si veda BEDAU, *The Death Penalty in America. Current Controversies*, Oxford, Oxford University Press, 1997, p. 251.

c.d. *justice model* ⁽¹⁹⁰⁾, che impone di perseguire la giustizia ad ogni costo. Nelle parole del principale fautore della pena di morte, Ernest van Den Haag, una giustizia iniqua è pur sempre giustizia ⁽¹⁹¹⁾.

Si deve tuttavia segnalare che in anni recenti qualche segnale significativo di svolta si è avuto: alcuni Stati infatti hanno indetto una moratoria sulle esecuzioni proprio sulla scorta del riconoscimento della presenza di discriminazione razziale (e di

⁽¹⁹⁰⁾ All'inizio degli anni settanta, come ben noto, l'ideale rieducativo, che per lungo tempo aveva occupato la ribalta della politica penale nordamericana, entra in "crisi" (cfr. ALLEN, *The Decline of the Rehabilitative Ideal, Penal Policy and Social Purpose*, New Haven-London, Yale University Press, 1981, p. 2 ss.). La reazione seguita alla disillusione nei confronti di tale ideale si è tradotta in un ritorno all'idea retributiva (oltre, come accennato, all'idea generalpreventiva). Cfr. sul tema EUSEBI, *La "nuova" retribuzione*, in MARINUCCI-DOLCINI, (a cura di), *Diritto penale in trasformazione*, cit., p. 114 ss. Intorno alla fine degli anni sessanta, infatti, una prima subitanea disillusione nei confronti dell'idea special preventiva riconducibile, invero, ad una sopravvalutazione delle aspettative riposte nell'efficacia dei programmi di trattamento (per una riconsiderazione critica del fenomeno della crisi del trattamento, si veda in particolare DOLCINI, *La "rieducazione del condannato" tra mito e realtà*, in MARINUCCI-DOLCINI, (a cura di), *Studi di diritto penale*, Milano, Giuffrè, 1991, p. 170 ss.; p. 180), si acuisce in seguito ad alcuni problemi connessi al sistema del *sentencing* indeterminato, che dell'ideale rieducativo è diretta espressione normativa. Tra questi problemi, la dottrina critica sottolineava, in particolare, il potere discrezionale quasi illimitato concentratosi in seno agli organi giudiziari, sia nella fase del *sentencing*, sia soprattutto nella fase esecutiva della pena, il cui arbitro è un organo amministrativo (il *parole board*), e il verificarsi, proprio in ragione di questa ampia discrezionalità, del fenomeno della c.d. *sentencing disparity*, ossia di una disomogeneità di trattamento sanzionatorio, pur in presenza di fattispecie di reato simili. Di fronte a queste problematiche, s'impondeva come essenziale la ricerca di una maggiore certezza della pena e l'esigenza di maggiori garanzie di rispetto della dignità del condannato e del principio di eguaglianza. E' proprio in chiave garantistica che, almeno nelle dichiarazioni di intenti, la dottrina penalistica nordamericana recupera, agli inizi degli anni settanta, l'idea retributiva. Quest'ultima, nel suo nucleo originario, porta con sé un'idea fortemente garantista, che si sostanzia nel principio di proporzionalità fra la pena e il reato (cfr. EUSEBI, *op. ult. cit.*, pp. 102-6). Il ritorno alla concezione retributiva della pena si può cogliere, prima ancora che nella dottrina, nella giurisprudenza. Già nel 1976 nel caso *Gregg v. Georgia*, 428 U.S. 153, 184 (1976) la retribuzione torna ad essere riconosciuta come una delle possibili finalità della pena. E' però con l'ormai classica opera filosofica di John Rawls, *A Theory of Justice* (RAWLS, *Una teoria della giustizia*, trad. it., Milano, 1997), che la critica alla situazione generatasi nella giustizia penale trova un'eco anche in ambito dottrinario. Antepoendo una concezione formale della giustizia, il pensiero di Rawls contribuiva a radicare nella cultura penalistica americana la legittimità del concetto di giustizia, a prescindere dal perseguimento di qualsiasi scopo utilitaristico. L'idea retributiva trova tuttavia una compiuta affermazione con il diffondersi della dottrina del 'giusto merito'. L'opera di von Hirsch, *Doing Justice*, pubblicata nel 1976, costituisce il manifesto di questa corrente di pensiero. Il nucleo centrale di questa dottrina penalistica prevede che a condotte ugualmente riprovevoli debba seguire il medesimo trattamento sanzionatorio e che la severità della pena debba essere graduata in proporzione alla gravità del reato (VON HIRSCH, *Doing Justice: The Choice of Punishment*, New York, Basic Books, 1976, p. 90). Respinta la riabilitazione quale fine della pena, von Hirsch propone una pena retributiva che corrisponda alla 'giusta' dose di punizione, rintracciabile in una doppia scala di sanzioni predeterminate, previste legislativamente in base alla gravità dell'offesa e al tasso di recidivismo del reo (sul pensiero di von Hirsch, si veda, nella letteratura italiana, G. MANNOZZI, *Razionalità e "giustizia" nella commisurazione della pena*, cit., p. 135 ss.). La 'giusta pena', nel pensiero di von Hirsch, viene concepita come irrinunciabile (come nel pensiero kantiano ed hegeliano): si vuole cioè escludere "la possibilità, per i colpevoli, di sfuggire alla giusta dose di punizione" (così EUSEBI, *La "nuova" retribuzione*, cit., p. 122), in quanto 'meritata'.

⁽¹⁹¹⁾ Cfr. VAN DEN HAAG, *The Death Penalty Once More*, in *U.C. Davis L. Rev.*, 1985, vol. 18, pp. 960 ss., nonché ID., *Punishing Criminals. Concerning a Very Old and Painful Question*, New York, Basic Books, 1975.

errori giudiziari) nella applicazione della pena di morte (Maryland, Illinois e New Jersey) ⁽¹⁹²⁾).

A far data dal 2012, si assiste poi alla abolizione legislativa della pena di morte in alcuni Stati (l'Illinois e il Connecticut) e a numerose altre moratorie sulle esecuzioni, adottate in diversi Stati americani soprattutto in ragione dei costi elevati che la pena di morte comporta per la giustizia penale ⁽¹⁹³⁾).

5. Uno sguardo allo stato del dibattito criminologico nei Paesi di *civil law*.

Contestualmente allo studio del vivace dibattito criminologico presente nei Paesi di *common law* sul tema '*race and justice*', diamo uno sguardo agli ordinamenti di *civil law* - per la verità non numerosi - ove il problema della presenza di discriminazione razziale nell'ambito della giustizia penale si è posto ed è stato oggetto di studio da parte della dottrina: la Germania, la Svezia, i Paesi Bassi e l'Italia ⁽¹⁹⁴⁾.

Nell'ultimo decennio, sebbene il fenomeno non sia paragonabile a quanto accaduto negli Stati Uniti d'America, è noto, i tassi di carcerazione in Europa sono mediamente cresciuti ⁽¹⁹⁵⁾.

In particolare, "in questa ultima decade, le carceri europee sono sempre più diventate carceri segnate dalla presenza straniera. Il sistema della repressione penale-

⁽¹⁹²⁾) NESSUNO TOCCHI CAINO, (NTC), *La pena di morte nel mondo. Rapporto 2008*, a cura di E. Zamparutti, Roma, 2008, p. 44 ss.

⁽¹⁹³⁾) Cfr. NESSUNO TOCCHI CAINO, (NTC), *La pena di morte nel mondo. Rapporto 2012*, con Prefazione di Sergio d'Elia, Roma, 2012, consultabile al sito www.nessunotocchicaino.it. Si stima che la 'macchina' della pena capitale, in particolare, una sola condanna a morte costi al governo americano da 1 a 3 milioni di dollari contro i 500.000 dollari di una condanna alla pena detentiva a vita senza possibilità di rilascio.

⁽¹⁹⁴⁾) Prima di analizzare lo *status* della ricerca nell'area di *civil law*, occorre ricordare che alcune indagini empiriche, ancorché assai poco significative, sono state condotte anche in altri due Paesi ascrivibili alla tradizione di diritto comune, il Canada e l'Australia. Per un inquadramento del problema con riferimento alle minoranze aborigene in Australia, arrestate, condannate e incarcerate assai più dei non-aborigeni, si rinvia a BROADHURST, *Aborigens and Crime in Australia*, in TONRY, (a cura di), *Ethnicity, Crime and Immigration. Comparative and Cross-national Perspectives*, Chicago, The University of Chicago Press, 1997, p. 407 ss. Quanto al Canada, ove pure si pone un problema di *disparity* razziale con riferimento alla popolazione aborigena, si veda ROBERTS-DOOB, *Race, Ethnicity, and Criminal Justice in Canada*, *ibidem*, p. 469 ss. Si veda inoltre, quanto alle riforme legislative attuate in materia di *sentencing* anche per ovviare al problema della *disparity* in Australia, FREIBERG, *Three strikes and You're Out – It's Not Cricket. Colonization and Resistance in Australian Sentencing*, in TONRY-FRASE, (a cura di), *Sentencing and Sanctions*, cit., p. 35 ss.

⁽¹⁹⁵⁾) Negli anni novanta infatti si è assistito ad una crescita percentuale della popolazione penitenziaria in tutti i Paesi dell'Unione, tra cui spicca l'Italia con un aumento pari al 53%, contro il 40% di Germania e Regno Unito, il 34% della Spagna, il 9% dell'Olanda e la crescita zero in Svezia, un decremento in Finlandia. Per questi dati cfr. DOLCINI, *Appunti sull'evoluzione della pena in Italia*, Relazione presentata al Convegno dal tema "Pena, controllo sociale e modernità. Una riflessione con David Garland", 1 marzo 2004, Milano-Bicocca, copia gentilmente concessa dall'Autore. Cfr. p. 13. Secondo quanto riferisce Pavarini la crescita del tasso di carcerazione (rapporto fra popolazione carceraria e popolazione residente) è percentualmente superiore all'1% annuo. Cfr. PAVARINI, *Uno sguardo ai processi di carcerizzazione nel mondo: dalla "ronda dei carcerati" al "giramondo penitenziario"*, cit., p. 122. Lo stesso trend può dirsi confermato per il presente.

carceraria nei paesi dell'Unione ha sempre più accentuato una selettività c.d. razziale-etnica nel reclutamento della propria clientela" ⁽¹⁹⁶⁾). I dati statistici ricordati in apertura del presente saggio testimoniano di tale spiccata selettività razziale ⁽¹⁹⁷⁾).

In Germania, la carenza dei dati ufficiali, sui quali si sono basate le ricerche criminologiche, spiega le conclusioni frammentarie cui queste ultime sono giunte in merito al problema della presenza di '*racial bias*' nel sistema penale tedesco ⁽¹⁹⁸⁾).

Lo studio empirico di questo problema, divenuto prioritario nell'agenda politica anche in seguito al diffondersi in anni recenti di fenomeni di violenza xenofoba ⁽¹⁹⁹⁾), ha evidenziato una, seppur contenuta, discriminazione razziale nella fase commisurativa della pena. Dalle poche indagini disponibili emerge infatti che le minoranze risultano maggiormente soggette alla inflizione della pena detentiva e hanno minore accesso alla misura del *probation* e a pene sospese. Tuttavia la variabile razziale sembra avere in tutto ciò un peso relativo. Tale conclusione è confermata in particolare con riferimento alla giustizia minorile ⁽²⁰⁰⁾).

⁽¹⁹⁶⁾) Così PAVARINI, *op. cit.*, p. 123.

⁽¹⁹⁷⁾) Cfr. *supra*, par. 1.

⁽¹⁹⁸⁾) La Germania ha una popolazione composta da diverse etnie: negli anni sessanta ha infatti assistito alle immigrazioni di soggetti in cerca di lavoro provenienti dalla Polonia, dalla Spagna, dall'Italia. Nell'ultimo ventennio, il fenomeno migratorio ha interessato soggetti provenienti dalla Turchia e dalla Jugoslavia, dall'Asia e dall'Africa, nonché, in seguito al crollo del comunismo negli anni '80, dalla Germania dell'Est. Una ulteriore componente è rappresentata dai tedeschi i cui antenati emigrarono in Russia, Polonia e Romania, ai quali è accordata la possibilità di essere rinaturalizzati e per i quali tuttavia non si pongono problemi di coinvolgimento criminale. Per un quadro del problema migratorio in Germania nel generale panorama della riunificazione tedesca, della integrazione europea, della diffusione della criminalità organizzata, specie legata al traffico di stupefacenti in Europa, Cfr. ALBRECHT, *Ethnic Minorities, Crime, and Criminal Justice in Germany*, in TONRY, (a cura di), *op. ult. cit.*, p. 31 ss.. L'aumento percentuale di stranieri sugli indiziati di reato a partire dagli anni settanta al 2000, rispetto a quello contenuto degli stranieri sulla popolazione in Germania, è stato vertiginoso. Cfr. BARBAGLI, *op. ult. cit.*, pp. 27-28. La sola disponibilità dei dati forniti dalle statistiche della polizia, le quali si limitano a distinguere tra 'cittadini' e 'stranieri', pone dubbi circa l'attendibilità delle indicazioni di un maggiore tasso criminale delle minoranze. Potrebbe infatti accadere che tali dati siano frutto di una politica particolarmente 'dura' riservata da questa agenzia del controllo formale nei confronti delle minoranze. Ma non sono state condotte in Germania né inchieste di vittimizzazione, né studi di autorilevazione che possano chiarire l'eventuale selezione discriminatoria operata dalla polizia. Esistono studi che confermano la presenza di 'attitudini' discriminatorie della polizia nei confronti delle minoranze, ma queste non sembrano tradursi necessariamente in comportamenti discriminatori: dai pochi studi condotti sembra che l'azione della polizia sia guidata dalla sola gravità del reato. L'eventuale agire discriminatorio della polizia viene poi controbilanciato dall'azione del pubblico ministero, essendovi evidenza del fatto che i gruppi di minoranza vengono meno frequentemente rinviati a giudizio. Cfr. ALBRECHT, *op. cit.*, pp. 58-9, 70-2. Sono assenti ricerche criminologiche sul trattamento delle minoranze nelle carceri, pur in presenza di un consistente aumento della loro rappresentazione nella popolazione penitenziaria nell'ultimo decennio. *Ibid.*, p. 79.

⁽¹⁹⁹⁾) Sulle spiegazioni sociologiche date al fenomeno, *ibidem*, p. 41.

⁽²⁰⁰⁾) Appare in parte confermata la tesi della elevata criminalità della seconda generazione di immigrati. Cfr. ALBRECHT, *cit.*, p. 54 e p. 74. Lo studio citato è quello condotto dagli studiosi, sostenitori della presenza di discriminazione razziale nel sistema penale tedesco, GEISLER-MARISSSEN, *Kriminalität und Kriminalisierung junger Ausländer: Die Tickende Soziale Zeitbombe-ein Artefakt der Kriminalstatistik*, in *Kölner Zeitschrift für Soziologie und Socialpsychologie*, 1990, vol. 42, p. 683.

Analogamente a quanto emerso dalle rilevazioni statistiche in U.S.A. e dalla ricerca condotta in Inghilterra da Roger Hood, anche in Germania le minoranze etniche vengono sottoposte a carcerazione preventiva assai più di quanto accada agli autoctoni ⁽²⁰¹⁾. Questo dato può essere spiegato alla luce della legge tedesca che prevede, tra i criteri per l'adozione di un provvedimento di custodia cautelare, la valutazione della natura e dell'intensità dei legami sociali del soggetto indagato, valutazione che può risultare più sfavorevole alle minoranze spesso in condizione di emarginazione sociale.

D'altro canto, tassi di carcerazione preventiva assai elevati per particolari gruppi etnici in alcune regioni tedesche rispecchiano un uso dell'istituto a scopo deterrente, scopo estraneo alla natura dell'istituto, al fine di combattere alcune forme di attività illegali ad opera di particolari gruppi etnici, con esiti palesemente discriminatori verso questi ultimi ⁽²⁰²⁾.

La rilevanza di considerazioni razziali nella fase commisurativa della pena è stata anche oggetto di contrasto giurisprudenziale. Le corti di merito hanno talora affermato che la condizione di straniero può giustificare un inasprimento sanzionatorio. La suprema Corte tedesca, al contrario, ha chiarito che queste variabili non consentono l'inflizione di pene più severe poiché la Costituzione tedesca proibisce qualsiasi disparità di trattamento basata sulla nazionalità o sulla razza. In tale occasione, la Corte ha peraltro affermato che considerazioni di prevenzione generale possono essere compiute nella fase commisurativa della pena in caso di aumento di crimini violenti legati a conflitti interrazziali ⁽²⁰³⁾.

Le corti tedesche, d'altro canto, in altre occasioni hanno stabilito che la variabile etnica può costituire una circostanza attenuante considerata la 'vulnerabilità' delle minoranze rispetto al sistema penale ⁽²⁰⁴⁾.

In Svezia, nonostante una radicata riluttanza ad affrontare il problema della criminalità degli immigrati per evitare l'innescarsi di spinte xenofobe, il progressivo aumento della quota di stranieri indagati e condannati ha aperto il dibattito sul tema negli anni settanta sino alla creazione nel 1989 dell'ufficio dell'*Ombudsman* contro la Discriminazione Razziale con il compito di operare affinché venga eliminata ogni forma di discriminazione razziale dal campo lavorativo e da ogni altro settore della vita sociale ⁽²⁰⁵⁾.

⁽²⁰¹⁾ Cfr. *supra*.

⁽²⁰²⁾ Per esempio, negli anni novanta per combattere il traffico di droga prevalentemente ad opera dell'etnia marocchina nella città di Francoforte, virtualmente ogni soggetto sospetto appartenente a questa etnia (come all'etnia senegalese per il traffico di eroina) è stato posto in custodia preventiva, indipendentemente dalla quantità di sostanza stupefacente detenuta. Cfr. ALBRECHT, *cit.*, pp. 72-4.

⁽²⁰³⁾ *Bundesgerichtshof Beschluss*, 29 novembre 1990, 1 *Strafrecht* 618/90. In merito cfr. *ibidem*, pp. 75-6.

⁽²⁰⁴⁾ Viene altresì avanzata, anche se a livello di mera ipotesi non essendovi indagini empiriche sul tema, l'idea che esista anche una forma di discriminazione nei confronti della vittima straniera. *Ibidem*.

⁽²⁰⁵⁾ L'immigrazione svedese, iniziata solo dopo la seconda guerra mondiale, si compone di diverse etnie: immigrati in cerca di lavoro giunti alla fine degli anni '60 dai Paesi del Nord, Norvegia, Finlandia, Danimarca, rifugiati Polacchi a partire dagli anni '70, immigrati provenienti dalla ex-Yugoslavia negli anni '90, tedeschi della Germania dell'Est dopo il crollo del comunismo, Turchi, Iraniani, Cileni. Sul tema cfr.

A partire dal 1990, dunque, il governo svedese ha posto come prioritaria la ricerca empirica in materia di criminalità e minoranze. In proposito, le statistiche ufficiali relative agli anni '90 mostrano una sovra-rappresentazione degli stranieri fra i soggetti sospettati di aver commesso un reato (2,5 volte in più di quanto ci si possa aspettare in base alla loro rappresentazione nella popolazione generale), specie per furto e delitti violenti ⁽²⁰⁶⁾.

Tuttavia, nonostante il monito governativo, scarse e poco significative sono le inchieste di vittimizzazione, nonché gli studi di autorilevazione condotti: non vi sono perciò riprove circa l'attendibilità dei dati ufficiali, né sono state condotte ricerche sulla eventuale presenza di discriminazione razziale nella fase del fermo e dell'arresto da parte della polizia ⁽²⁰⁷⁾.

Pur in assenza di approfondite indagini empiriche, il problema della disparità di trattamento è stato oggetto di attenzione da parte del legislatore svedese, allorché, negli anni ottanta, quel legislatore ha significativamente mutato i propri orientamenti di politica criminale. La Svezia, pioniera, come noto, nell'affermazione della pena risocializzante, è stato il primo Paese europeo a sperimentare la disillusione nei confronti dell'ideale rieducativo ⁽²⁰⁸⁾. Sull'esempio della riforma del *sentencing* nordamericano, anche in Svezia, a partire dalla seconda metà degli anni settanta, si è avviata una riforma ispirata ai principi del *justice model*, la quale ha visto il suo compimento con la revisione delle norme del codice penale svedese in materia di sanzioni e di commisurazione della pena approvata nel 1989 ⁽²⁰⁹⁾.

Caratterizzata da una commisurazione orientata al principio di proporzione, da garantire tramite linee-guida di tipo narrativo, la riforma è segnata da una attenzione al principio della *par condicio* di tutti gli imputati. Il Capitolo 29 del Codice penale

MARTENS, *Immigrants, Crime, and the Criminal Justice in Sweden*, in *Ethnicity, Crime and Immigration. Comparative and Cross-national Perspectives*, (a cura di) TONRY, cit., pp. 183-4, p. 187 ss..

⁽²⁰⁶⁾ Cfr. MARTENS, *op. cit.*, p. 202 ss. Come in Germania, anche in Svezia le statistiche ufficiali distinguono solo tra svedesi e stranieri, distinguendo, tra questi ultimi, quelli provenienti dai Paesi del Nord da quelli non provenienti da tali Paesi. Per tale ragione il *National Council for Crime Prevention* ha dato inizio ad un progetto per lo studio della criminalità straniera distinguendo tra i diversi Paesi d'origine degli immigrati. *Ibid.*, pp. 200-1.

⁽²⁰⁷⁾ *Ibidem*, p. 186 e p. 201 ss. L'unico dato che emerge dai pochi *victimization* e *self-report studies* condotti è che le minoranze etniche sono maggiormente violente e subiscono maggiormente violenza. *Ibid.*, pp. 240-1. Contrariamente ai risultati delle indagini condotte in altri Paesi europei, in Svezia emerge anche un maggior coinvolgimento della prima generazione di immigrati rispetto alla seconda nella criminalità. Cfr. *ibid.*, p. 221 ss.

⁽²⁰⁸⁾ Sul declino dell'ideale rieducativo, vedi anche la trattazione di cui al paragrafo 4.2., *supra*.

⁽²⁰⁹⁾ Nonostante la nota mitezza cui si ispira la politica criminale svedese, sembra che proprio questo cambiamento della filosofia della pena abbia contribuito a porre maggiore attenzione sul tema della criminalità degli stranieri. Per un quadro dei rivolgimenti politici di quegli anni e negli anni '90 - la fine del comunismo e la forte emigrazione dai Paesi dell'Est, i traffici illegali concentratisi nella zona di confine con la Svezia (Paesi Baltici e San Pietroburgo), la guerra civile in Jugoslavia e i rifugiati giunti in Svezia, l'adesione di quest'ultima all'Unione Europea nel 1995, il conseguente timore dell'opinione pubblica, alimentato dall'allarmismo dei media, l'affermarsi del partito conservatore favorevole ad una politica più restrittiva in tema di immigrazione - che contribuiscono a spiegare i mutati orientamenti politico-criminali, cfr. MARTENS, *op. cit.*, p. 185.

svedese prevede infatti espressamente che la pena deve essere inflitta nel rispetto dei limiti edittali, secondo la gravità del reato, il c.d. *penal value*, e in modo che sia assicurata la parità di trattamento ⁽²¹⁰⁾).

Anche nei Paesi Bassi le statistiche ufficiali, eccetto quelle relative alla popolazione penitenziaria, non fanno alcun riferimento alle diverse etnie dei soggetti registrati. Esiste tuttavia un consistente insieme di ricerche empiriche, condotte con il metodo dell'analisi multivariata, che forniscono dati sull'agire dei diversi attori del processo penale, nonché studi di autorilevazione e inchieste di vittimizzazione ⁽²¹¹⁾).

⁽²¹⁰⁾ Sul punto e per una ricognizione della riforma del *sentencing* svedese, vedi MANNOZZI, *op. cit.*, p. 41 ss., in part. p. 43; PALIERO, *La riforma del sistema sanzionatorio: percorsi di metodologia comparata*, in *Arch. pen.*, 1995, pp. 11-12. Sul declino dell'ideale rieducativo in Svezia, vedi anche LAPPI-SEPPÄLÄ, *Sentencing and Punishment in Finland. The Decline of the Repressive Ideal*, in TONRY-FRASE, (a cura di), *Sentencing and Sanctions in Western Country*, cit., p. 92. Una interessante elaborazione del problema della *disparity* si ritrova nella dottrina penalistica finlandese. Nel 1976, anche la Finlandia, che a lungo ha condiviso le proprie leggi con la Svezia e che presenta un problema migratorio analogo a quello svedese (con un indice di selettività verso le minoranze pari al 4,2%), ha attuato una riforma d'ispirazione 'neoclassica' imperniata sul principio di proporzionalità e in particolare sul principio di uguaglianza, con il fine precipuo e dichiarato di ridurre la disparità di trattamento nella commisurazione della pena. L'attenzione della scienza penalistica in Finlandia si è rivolta allo studio dei criteri che presiedono la *sentencing decision*. Nella filosofia della riforma, vengono enfatizzati l'imparzialità ("*fairness*") e la giustizia ("*justness*") delle sanzioni. I principi fondamentali del *sentencing* vengono individuati nella proporzionalità, nella predittibilità, nella uguaglianza e sanciti nella norma fondamentale sulla commisurazione della pena, il Capitolo 6, sezione prima, del Codice penale finlandese. Con riferimento al tema della *disparity*, in particolare, tale norma prevede che il giudice debba prestare precipua attenzione alla "*uniformity of sentencing practise*". Così statuendo, la disposizione fornisce un modello, riconducibile alla nozione di "*normal punishments*", sul quale 'strutturare' la decisione giudiziale, al fine di ridurre la disparità di trattamento sanzionatorio nella commisurazione della pena. Secondo tale modello, in assenza di speciali circostanze, la risposta al reato deve essere la sanzione penale che viene inflitta più frequentemente in casi simili e chiamata "*normal punishment*". La *sentencing decision* si sostanzia in un processo a due fasi. Prima vengono definiti i termini della comparazione, viene cioè individuato il caso tipico, la c.d. '*normal offence*', e la relativa pena, c.d. '*normal punishment*' (servendosi per lo più di dati statistici provenienti da altre corti). Quindi il caso di specie viene confrontato con il caso tipico e questo, con un sistema che ricorda la prassi commisurativa tedesca, viene assunto a termine di riferimento per la scelta della pena. Su questa base, infatti, compiute le valutazioni giuridiche del caso (per es. circostanze, attenuanti o aggravanti, che inducono a discostarsi dalla pena prevista per il caso-tipo) viene decisa la pena per il caso in esame. La disposizione del Codice penale finlandese sembra dunque sancire a livello legislativo la valorizzazione del ruolo degli usi giudiziali e della tradizione nella fase conclusiva della commisurazione della pena. Sul sistema sanzionatorio finlandese vedi diffusamente LAPPI-SEPPÄLÄ *op. cit.*, p. 93. Sul ruolo della tradizione nella commisurazione della pena, sui riferimenti alla prassi tedesca, e sul fatto che la valorizzazione dell'elemento tradizionale nel *sentencing* comporta il pericolo di "surrogare una coerenza che nasca dall'intrinseca razionalità delle singole decisioni con una coerenza fittizia, costruita dall'esterno, a prezzo di sfasature fra misura della pena e peculiarità oggettive e soggettive del caso concreto", si veda DOLCINI, *La commisurazione*, cit., p. 68 ss.

⁽²¹¹⁾ L'Olanda è divenuta meta di immigrazione relativamente tardi rispetto agli altri Paesi Europei. I primi immigrati in cerca di lavoro dalla Turchia e dal Marocco giunsero negli anni settanta, tra il 1969 e il 1975 giunsero gli immigrati di nazionalità olandese provenienti dal Suriname e dalle Antille e nel 1981 l'immigrazione ebbe fine, salvo i progressivi ricongiungimenti familiari. Cfr. JONGER-TAS, *Ethnic Minorities and Criminal Justice in the Netherlands*, in TONRY, (a cura di), *Ethnicity, Crime and Immigration*, cit., pp. 257-8, p. 274.

Le ricerche più significative volte a verificare il peso della discriminazione razziale nella spiegazione di un tale coinvolgimento criminale sono state condotte sulla fase del *sentencing* e su una fase prodromica a quest'ultima, quella della richiesta di pena finale da parte della pubblica accusa (molto importante considerata la tendenza dei giudici olandesi a conformarsi a tale richiesta di pena) ⁽²¹²⁾. Estremamente rilevante è uno studio relativo a quest'ultima fase processuale, condotto con il metodo dell'analisi multivariata, dal quale è emerso che i rappresentanti dell'accusa chiedono più frequentemente la pena detentiva per le minoranze etniche (58%) che per gli imputati olandesi (38%). La ricerca ha evidenziato come l'accusa tenda a chiedere la pena detentiva soprattutto per gli imputati che hanno subito la custodia cautelare (oltre che per quelli privi di una occupazione e nel caso di reati passibili di una pena molto elevata) ⁽²¹³⁾. In effetti, anche le statistiche ufficiali mostrano un tasso di carcerazione preventiva per le minoranze assai più elevato che per i cittadini olandesi, in particolare per i reati di minor gravità (ciò appare legato anche al fatto che spesso i soggetti appartenenti alle minoranze sono privi di una fissa dimora e di legami sociali e rischiano pertanto di sottrarsi al processo): ne emerge dunque un uso discriminatorio dell'istituto.

Analogamente, le ricerche condotte sulla fase commisurativa della pena, nella quale il giudice, pur godendo di ampia discrezionalità, tende a conformarsi alla richiesta di pena dell'accusa, hanno evidenziato come l'aver subito la custodia cautelare dia conto della rilevante variazione delle pene inflitte agli autoctoni rispetto agli stranieri. Eliminando le variabili processuali, il fattore discriminante nella scelta *quoad poenam* è la nazionalità (e lo stato di disoccupazione) dell'imputato. Da tali studi, poi, emerge che la nazionalità dell'imputato influisce sulla natura, ma non sulla durata della pena inflitta: risulta inoltre che gli imputati appartenenti alle minoranze raramente accedono al patteggiamento ⁽²¹⁴⁾.

Complessivamente i dati empirici mostrano la presenza di una disparità di trattamento riconducibile in parte a una forma di discriminazione frutto di pregiudizio razziale e di etichettamento e in parte alle condizioni di emarginazione sociale in cui spesso versano le minoranze etniche.

⁽²¹²⁾ Non mancano ricerche sulla fase dell'arresto che giungono a riconoscere la presenza di attitudini dure e ostili da parte della polizia nei confronti delle minoranze, ma a negare atti discriminatori di quest'ultima. Per un quadro di queste indagini si rinvia a ID., *cit.*, pp. 292-3, pp. 301-2.

⁽²¹³⁾ Considerando come variabili indipendenti caratteristiche relative al reato (natura e gravità dello stesso, il limite massimo di pena prevista per quel determinato reato, se si tratti di reato tentato o consumato, i precedenti penali, le circostanze del reato, l'eventuale abuso di sostanze alcoliche o stupefacenti), caratteristiche personali del reo (età, nazionalità, estrazione sociale, *status* lavorativo) e variabili processuali (carcerazione preventiva e relativa durata, presenza di un rapporto dei servizi sociali, tempo trascorso dalla scoperta della *notitia criminis* alla fine del processo, foro competente) e come variabile dipendente la pena richiesta. Di questo studio dei ricercatori VAN DER WERFF-VAN DER ZEE-NEFKENS, *Strafrechtelijke Vervolging en Bestraffing van Nederlanders en Buitenlanders*. The Hague, Ministry of Justice, Scientific Research and Documentation Center, 1978 riferisce JUNGHER-TAS, *cit.*, pp. 295-7.

⁽²¹⁴⁾ *Ibidem*, p. 297.

Il problema della disparità di trattamento di fonte razziale nella commisurazione della pena, chiaramente evidenziato dalle ricerche empiriche sopra descritte, è particolarmente sentito dalla dottrina penalistica olandese, tanto che sono state avanzate numerose proposte finalizzate a garantire l'uguaglianza nel *sentencing* senza tuttavia privare il giudice del suo potere discrezionale ⁽²¹⁵⁾. Sono state pertanto predisposte delle direttive, formulate dal *Prosecution Service*, cui la pubblica accusa, anche se non il giudice, deve attenersi nella richiesta finale di pena. Esse riguardano, tra l'altro, la guida in stato di ebrezza, la frode fiscale e i 'reati di droga'. In effetti queste direttive, in vigore dal 1970, sembrano aver reso più omogenea la prassi commisurativa per tali reati, anche in considerazione del fatto che, come detto, i giudici, pur non essendovi obbligati, tengono in attenta considerazione le richieste di pena dei *prosecutors* (vincolati alle direttive per via del rapporto gerarchico che li lega al *Prosecution Service*), dalle quali si discostano semmai, e per lo più verso il basso, nel *quantum* di pena ⁽²¹⁶⁾. Le disparità di trattamento non sono state tuttavia integralmente eliminate sicché è stato di recente avviato un progetto per la redazione di *prosecutorial guidelines* a livello nazionale ⁽²¹⁷⁾.

Veniamo all'Italia. Negli ultimi anni, come noto, il nostro Paese ha visto crescere esponenzialmente la popolazione penitenziaria. Nonostante gli sforzi del legislatore finalizzati a ridurre il sovraffollamento carcerario tramite una serie di riforme del sistema sanzionatorio (come la creazione di misure *lato sensu* 'alternative' al carcere e la ridefinizione del ruolo della pena pecuniaria) volte a circoscrivere il ricorso alla pena detentiva ⁽²¹⁸⁾, la popolazione detenuta negli istituti di pena è passata da 25.800 unità circa nel 1990 a 55.700 unità nel 2001 sino a toccare, stando ai dati forniti dal Ministero della Giustizia aggiornati al 31 agosto 2012, quota 66.271 unità. Di queste ultime, alla medesima data, 23.773 unità sono rappresentate da stranieri: gli stranieri presenti nelle carceri italiane sono ad oggi dunque il 35,88% del totale dei detenuti ⁽²¹⁹⁾.

⁽²¹⁵⁾ La Costituzione olandese prevede all'art. 1: "*All those who reside in The Netherland are treated alike in like cases. Any distinction on the basis of religion, race, political conviction, sex or sexual inclination is prohibited*". Occorre osservare che in Olanda vige, quanto ai fini della pena, una teoria 'polifunzionale' che pone sullo stesso piano retribuzione, prevenzione speciale e generale, esigenze di difesa sociale, riparazione. Cfr. TAK, *Sentencing and Punishment in the Netherlands*, in TONRY-FRASE, (a cura di), *Sentencing and Sanctions*, pp. 172-173.

⁽²¹⁶⁾ Vedi TAK, *op. cit.*, pp. 175-6.

⁽²¹⁷⁾ Ad ogni reato verrebbe assegnato un punteggio suscettibile di variazioni in base alla presenza di particolari circostanze aggravanti o attenuanti. Il punteggio finale si dovrebbe tradurre poi, tramite un sistema di conversione, in una pena di cui verrà richiesta l'applicazione.

⁽²¹⁸⁾ Sulle principali riforme del sistema sanzionatorio italiano degli ultimi trent'anni, vedi ancora DOLCINI, *Appunti*, cit., p. 2 ss.; sull'importanza di *muovere dalle sanzioni* nella riforma del sistema penale e per uno sguardo alle principali riforme sanzionatorie europee degli anni novanta, vedi PALIERO, *La riforma del sistema sanzionatorio*, cit., p. 4 ss..

⁽²¹⁹⁾ Cfr. MINISTERO DELLA GIUSTIZIA, *Statistiche. Detenuti presenti*, aggiornamento al 31 agosto 2012, consultabile al sito www.giustizia.it. Tra le etnie maggiormente rappresentate compaiono: marocchini (19,4%), rumeni (15,4%), tunisini (12,6%), albanesi (11,9%). *Ibidem*.

Si conferma dunque la ormai nota selettività etnico/razziale delle carceri italiane: gli stranieri sono nel nostro Paese i “clienti privilegiati” del carcere ⁽²²⁰⁾).

In particolare, se secondo i dati del Dipartimento dell'Amministrazione Penitenziaria (Dap), risalenti al 2001, gli stranieri costituivano il 29,2% della popolazione detenuta e solo il 3%, contando anche gli irregolari, della popolazione totale, ed oggi tale percentuale è cresciuta sino a superare significativamente il 30% della popolazione carceraria, la tendenza è verso una crescita costante e significativa della presenza straniera in carcere: è evidente che l'Italia si colloca, accanto alla Spagna e alla Grecia, tra i Paesi che presentano i più elevati indici di selettività nei confronti degli stranieri, specie degli immigrati extra-comunitari.

Attualmente, la percentuale di presenza straniera si avvicina molto, benché lievemente diminuita, alla percentuale di presenza straniera nelle nostre carceri registrata nel 2008, quando tale percentuale ammontava al 37%: una percentuale decisamente abnorme allora come oggi, soprattutto se comparata con la rappresentazione degli stranieri nella popolazione residente che secondo i dati recenti non supera il 7,5% ⁽²²¹⁾. Significativo è poi il dato sulla presenza straniera femminile nelle carceri italiane: al 31 agosto 2012, le donne straniere sono 1.133, circa il 5% dei detenuti stranieri, una percentuale di poco superiore rispetto alle donne italiane che rappresentano il 4,2% del totale dei detenuti.

Come acutamente sottolineato di recente, “il rapporto di stranieri-italiani, tra le detenute di sesso femminile presenti nelle nostre carceri, evidenzia una percentuale ancora maggiore di stranieri (il 40,5% delle detenute) rispetto al dato complessivo (...)” ⁽²²²⁾. Ad indizio di una discriminazione doppia - etnica e di genere - che, tra gli stranieri, colpisce in particolare le donne.

Questi dati hanno condotto e conducono ad interrogarsi sulla possibile esistenza di discriminazioni nel nostro sistema penale. In effetti “da più parti è stata

⁽²²⁰⁾ Cfr. sul tema di recente il lucido saggio di GATTA, *Immigrati, carcere e diritto penale*, in questa Rivista, 15 maggio 2012, richiamando l'efficace espressione di DOLCINI, *La pena in Italia, oggi, tra diritto scritto e prassi applicativa*, in DOLCINI-PALIERO, (a cura di), *Scritti in onore di Giorgio Marinucci*, Vol. II, Milano, 2006, p. 1097.

⁽²²¹⁾ Cfr. per i dati relativi alla popolazione carceraria nell'anno 2008, DAP, *Stranieri. Statistiche sull'esecuzione negli istituti penitenziari*, al sito del Ministero della Giustizia, www.giustizia.it. Ho ottenuto la presente percentuale confrontando i dati sulla popolazione penitenziaria complessiva tratti anch'essi dal DAP, *Presenze. Statistiche sull'esecuzione negli istituti penitenziari*, sito del Ministero della Giustizia, aggiornati al 31 dicembre 2008. Si sono rivelati diversamente poco utili i dati relativi alla materia ricavabili dall'Annuario Statistico 2008 dell'ISTAT, poiché quest'ultimo è aggiornato solo all'anno 2006, anno in cui la nota legge sull'indulto ha condotto ad una notevole contrazione delle presenze in carcere (pari a 39.005), seguita poi, come si è indicato, da un ritorno della medesima sugli *standard* precedenti. Anche i dati Istat, tuttavia, confermano che la presenza straniera in carcere ammontava a circa un terzo del totale dei detenuti. Cfr. ISTAT, *Annuario Statistico 2008*, Cap. 6, Giustizia, p. 148, reperibile al sito www.istat.it. Sulla quota degli stranieri residenti, aggiornata al 2011, si veda GATTA, *op. cit.*, p. 2 del saggio telematico.

⁽²²²⁾ Così ID., cit., p. 2. Su tali dati si veda MINISTERO DELLA GIUSTIZIA, *Statistiche. Detenuti presenti*, aggiornamento al 31 agosto 2012, consultabile al sito www.giustizia.it, già citato. Già nel 2008 si registrava una sproporzione della presenza straniera femminile soprattutto ad una comparazione con il dato relativo alla presenza italiana: 5,9% le donne sui detenuti stranieri, rispetto al 3,4% delle donne italiane sul complesso dei detenuti italiani. Cfr. ISTAT, *Annuario*, cit., *ibidem*.

avanzata l'ipotesi che le forze dell'ordine e la magistratura operino selettivamente nei confronti degli immigrati o per dare una risposta alla domanda di sicurezza proveniente dall'opinione pubblica o perché in queste due istituzioni sarebbero diffusi forti pregiudizi contro le minoranze etniche" ⁽²²³⁾). I fautori di questa tesi non hanno tuttavia fornito prove, provenienti da sistematiche ricerche empiriche, a sostegno.

Non potendo, nell'economia del presente saggio, addentrarci nei meandri di un tema vasto e complesso come quello dell'immigrazione e della criminalità in Italia (la criminalità della seconda generazione, le migrazioni interne, la legislazione in materia di immigrazione) - che esulerebbe peraltro dall'oggetto della presente analisi dedicata precipuamente al contributo della criminologia rispetto al tema delle discriminazioni nella giustizia penale - e rimandando per un tale compito al secondo atto del presente lavoro, ci limitiamo a ripercorrere, tra le non numerose indagini empiriche condotte sul tema in Italia ⁽²²⁴⁾), una ricerca nel campo della giustizia minorile, per poi analizzare i risultati di alcuni recenti studi sul trattamento degli stranieri nel sistema penale italiano.

Quanto alla prima ricerca, si tratta dell'indagine dei criminologi Verde e Bagnara realizzata nel 1989 sulla base dei dati nazionali, forniti dal Ministero di Grazia e Giustizia, relativi alla carcerazione dei minori italiani e stranieri nel periodo compreso fra il 1984 e il 1986. Analizzando i provvedimenti adottati nel giudizio penale contro i minori stranieri, gli Studiosi rilevano come tali giudizi vengano definiti con sentenze spesso assai più severe rispetto a quelle emesse nei confronti dei minori italiani, e ciò pur in presenza di reati di non rilevante gravità, per lo più furti, segnalando un trattamento sanzionatorio più severo nei confronti dei soggetti minori d'età appartenenti a minoranze etniche, confermato anche dalle più recenti rilevazioni empiriche in materia di giustizia minorile ⁽²²⁵⁾). Un indizio, anche quest'ultimo, di una discriminazione doppia/multipla che accanto all'etnia si declina in base all'età.

Particolarmente significativo è inoltre il primo noto lavoro di Barbagli su immigrazione e reati in Italia, condotto su dati aggiornati al 2000. La ricerca, tra gli altri

⁽²²³⁾) Così BARBAGLI, *Immigrazione e reati in Italia*, cit., p. 89. Tra gli Autori che sostengono la tesi della presenza di discriminazione razziale in Italia compare PALIDDA, *La devianza e la criminalità*, in *Primo Rapporto sulle migrazioni*, cit., p. 286.

⁽²²⁴⁾) Su queste indagini empiriche e sul tema immigrazione-devianza in Italia si veda A.A.V.V., *Criminologia*, cit., 454 ss.. Si devono segnalare altresì i lavori di SAVONA-DI NICOLA, *Migrazioni e criminalità. Trent'anni dopo*, in *Rass. it. Crim.*, 1998, vol. 1, pp. 171-206 e PITTAU, *Riflessioni sul fenomeno della criminalità tra gli immigrati in Italia alla luce di alcune recenti ricerche*, in *Rass. it. Crim.*, 1999, vol. 3-4, pp. 501-520.

⁽²²⁵⁾) Cfr. VERDE & BAGNARA, *L'utilizzazione delle strutture penitenziarie minorili in Italia nel triennio 1984-1986*, in *Rass. di crim.*, 1989, pp. 320-321. Sui minori condannati per furto gli stranieri sono quasi la metà. Sul tema, vedi BARBAGLI, cit., pp. 70-72. Sul tema della discriminazione nei confronti dei minori stranieri, per i quali il non luogo a procedere per irrilevanza del fatto e il ricorso alla sospensione del processo con messa alla prova, sono preclusi, benefici di cui godono invece i minori italiani, si veda anche PALERMO FABRIS, *Discriminazione e diritto penale minorile*, in RIONDATO, (a cura di), *Discriminazione razziale, xenofobia, odio religioso. Diritti fondamentali e tutela penale*, Padova, 2006, p. 230. Si veda altresì VIANELLO-DEGIORGI, *La criminalità minorile nel Veneto (2000-2002). Caratteri e tendenze*, Università degli Studi di Padova, 2004, p. 19 ss. Di tale studio riferisce anche MENEGHELLO, *Trattamento penale del minorenne straniero e discriminazioni*, in RIONDATO, op. cit., p. 233 ss.

profili, si occupa di verificare se la equiparazione formale nel diritto e nel processo penale degli italiani e degli stranieri sia effettiva: le conclusioni rilevano la presenza di una selezione discriminatoria da parte della polizia e dei giudici nei confronti degli stranieri, che avrebbe tuttavia una modesta entità.

Si osserva innanzitutto come dal 1988 al 2000 (e ciò vale anche considerando i dati aggiornati al 2007)⁽²²⁶⁾ la quota degli stranieri sui denunciati e i condannati è aumentata fortemente e ciò per tutti i reati, lievi e gravi, strumentali ed espressivi: furti e rapine, ricettazione, produzione e commercio di stupefacenti, contrabbando e sfruttamento della prostituzione, estorsione e porto abusivo di armi, danneggiamento e guida senza patente, lesioni dolose e risse, violenze sessuali e omicidi (⁽²²⁷⁾).

In tutto ciò esercita un peso e se sì, in che misura, la discriminazione e l'etichettamento da parte del sistema penale?

Quanto alla fase della 'selezione criminale', il Ricercatore osserva che il forte aumento della quota di stranieri sui denunciati e condannati verificatosi nell'ultimo decennio non è riconducibile al fatto che la polizia abbia agito in modo più 'duro' nei confronti degli immigrati. Se così fosse bisognerebbe attendersi che l'aumento della quota degli stranieri sul totale dei denunciati sia molto maggiore per quei reati, come l'omicidio o le violazioni della legge sugli stupefacenti, rispetto ai quali l'azione investigativa (proattività) della polizia è particolarmente importante, piuttosto che per i reati (come furti e rapine) per i quali è fondamentale la denuncia della vittima. Circostanza, questa, in realtà non verificatasi (⁽²²⁸⁾).

Inoltre, considerando che l'indicatore più adatto (utilizzato nelle ricerche realizzate nel Regno Unito) (⁽²²⁹⁾) per verificare la maggior selettività della polizia nei confronti di un determinato gruppo etnico è dato dalla frequenza con cui le forze dell'ordine fermano le persone alla guida dell'auto o mentre camminano, l'Autore ricorda due ricerche empiriche condotte sul finire degli anni novanta le quali mostrano come non siano aumentati nell'ultimo decennio queste due forme di selezione verso gli immigrati. "Dunque, a differenza di quanto predetto dall'ipotesi della selettività (e di quanto si verifica in alcuni Paesi, come la Gran Bretagna), in Italia, anche alla fine di

(⁽²²⁶⁾) Conferma tale aumento per tutti i reati, la ricerca aggiornata al 2008 di BARBAGLI, *Immigrazione e sicurezza in Italia*, Bologna, 2008, già citata, p. 47 ss., p. 80.

(⁽²²⁷⁾) Cfr. BARBAGLI, *Immigrazione e reati in Italia*, cit., pp. 53 ss., per le percentuali precise, vedi in particolare, *ivi*, la Tabella 2-2.4. Dinanzi a tale significativo aumento della criminalità degli allogei, alcuni hanno avanzato l'ipotesi che si stia verificando una "sostituzione" degli stranieri agli italiani in alcune attività illecite. In realtà l'ipotesi della sostituzione non sembra del tutto calzante, specie per alcune forme di reato. Secondo i dati forniti dall'Autore, l'ipotesi non vale per il furto, la rapina e la ricettazione; per i reati di droga, occorre distinguere: se è vero che nelle gerarchie più basse delle organizzazioni criminali dedite a tale attività, il ruolo dello spacciatore al minuto, il c.d. cavallo, è sempre più occupato dallo straniero, dall'altro è altrettanto vero che nel mercato delle sostanze stupefacenti oggi sempre più diffuse, come la cocaina e la marijuana, gli immigrati occupano anche i gradini più alti della scala gerarchica, svolgendo spesso il ruolo di trafficanti. L'ipotesi della sostituzione si attaglia perfettamente, invece, all'attività della prostituzione. Cfr. *Id.*, p. 72 ss.

(⁽²²⁸⁾) *Ibidem*, p. 92.

(⁽²²⁹⁾) Adotta questo indicatore il lavoro del criminologo inglese W. Slogan di cui si è detto *supra*.

questo periodo, gli stranieri vengono fermati meno frequentemente degli italiani” ⁽²³⁰⁾. Una maggiore selettività della polizia sembra invece ipotizzabile nei confronti degli immigrati irregolari privi di permesso di soggiorno ⁽²³¹⁾.

Tale conclusione circa la presenza di una selezione criminale neutra in Italia è tuttavia apertamente contraddetta da tutti gli altri studi condotti sull’agire delle forze di polizia rispetto agli stranieri. Si segnala innanzitutto proprio la ricerca addotta da Barbagli a sostegno della propria tesi: si tratta dell’indagine condotta da Dario Melossi già ricordata. L’autorevole criminologo, in una inchiesta tra un campione di immigrati emiliano-romagnoli, ha rilevato che il 30% di questi ultimi era stato fermato dalle forze dell’ordine negli ultimi dodici mesi, ma il 9% era stato fermato a piedi. Gli stessi dati vengono incrociati con quelli provenienti da una ricerca ISTAT nazionale sulla vittimizzazione dalla quale si ricava che gli italiani vengono fermati complessivamente maggiormente, ma per lo più in automobile (36%) e raramente a piedi (1,7%). Secondo dati ancor più recenti, tratti da una indagine del 2000, poi, i fermi a piedi dei maschi stranieri sono pari al 14% contro l’1,4% di quelli degli italiani: una sproporzione evidente. Ebbene, il fermo a piedi, lo si è detto, esprime una più spiccata “potenzialità di criminalizzazione” ⁽²³²⁾.

Tale potenzialità di criminalizzazione sembra confermata anche da altri noti studi condotti in Italia sui comportamenti della polizia: sia dall’indagine di Quassoli e Chiodi, laddove segnalano che vi è un’alta probabilità che l’attenzione delle forze di polizia si concentri sugli stranieri per il modo di operare della polizia medesima e per le forti pressioni che l’opinione pubblica esercita su tale istituzione, nonché da Palidda ⁽²³³⁾. In effetti, è noto che forte è l’allarme sociale e la paura che lo straniero suscita presso l’opinione pubblica, nonché l’associazione spesso deterministica fra straniero/immigrato e devianza presente nel senso comune: l’atteggiamento delle forze dell’ordine è condizionato frequentemente dalla rivendicazione di pene esemplari da parte dell’opinione pubblica ⁽²³⁴⁾.

⁽²³⁰⁾ *Ibidem*, pp. 92-3. Le ricerche su cui l’Autore si basa sono due indagini condotte fra la fine del 1997 e l’inizio del 1998 che hanno evidenziato come siano stati fermati, a piedi e in macchina, almeno una volta dalla polizia, nell’ultimo anno menzionato, il 29,9% degli immigrati residenti in Emilia Romagna contro il 44% degli italiani. Si tratta di una ricerca condotta da Dario Melossi e di una ricerca dell’ISTAT sulle quali cfr. *ibid.*, ricerca già descritta in precedenza nel presente lavoro.

⁽²³¹⁾ *Ibid.*, p. 112. Cfr. MAROTTA, *Straniero e devianza*, cit., p. 57. Secondo l’Autrice “a partire dal 1990, da quando è stato rafforzato, in Italia, il controllo sull’immigrazione irregolare, vi è stato un aumento delle denunce di reati commessi da immigrati a cui si è contrapposto un irrigidimento del sistema, così che comportamenti, prima considerati trascurabili, vengono oggi valutati come reati più gravi. Spesso la semplice presenza di aggregazioni di immigrati viene vista come una minaccia per la società, determinando nei cittadini e nelle forze di polizia un atteggiamento di disturbo e di avversità”.

⁽²³²⁾ Cfr. per tale studio di Melossi, già citato, si veda ancora ID., *Stato, controllo sociale, devianza*, pp. 289-90. Sui dati recenti di tale indagine recente di LUCIANI E SACCHINI, (a cura di), *La sicurezza dei cittadini in Emilia-Romagna. 1997-1998*, Milano, 2000, si veda *ibidem*.

⁽²³³⁾ Cfr. QUASSOLI-CHIODI, *Rappresentazioni sociali e pratiche organizzative di polizia e magistratura*, in MELOSSI, *Multiculturalismo e sicurezza in Emilia-Romagna: Seconda Parte*, Quaderno n. 21 del Progetto “Città sicure”, regione Emilia-Romagna, Bologna, 2000, nonché PALIDDA, *Polizia postmoderna*, Milano, 2000.

⁽²³⁴⁾ Cfr. MAROTTA, *op. cit.*, p. 56, nonché sul tema anche CALVANESE, *op. cit.*, p. 11.

E' riconosciuto tuttavia che rispetto agli stranieri "la diversità fisica, culturale, economica li rende senza dubbio più visibili e perciò più vulnerabili ai controlli. Il che non significa che siano tutti delinquenti. Infatti, dati statistici alla mano, i fermi e gli arresti da parte delle forze dell'ordine risultano più numerosi rispetto poi alle condanne inflitte" ⁽²³⁵⁾).

Come autorevolmente sottolineato, queste conclusioni non significano affatto che "la reazione sociale più in generale, e le forze dell'ordine in particolare, in qualche modo "creino" devianza laddove non esisterebbe; significa piuttosto che si innesca un circolo vizioso criminalizzante-penalizzante tra criminalità, debolezza sociale e criminalizzazione" ⁽²³⁶⁾).

Quanto alla fase della commisurazione della pena, si segnala ancora la prima ricerca di Barbagli. Il sociologo cerca di verificare se, a parità di altre condizioni, la nazionalità influisca sulle probabilità di condanna degli imputati giudicati per un determinato delitto, considerando in particolare le persone prosciolte e condannate per tre reati, in qualsiasi fase del giudizio, con provvedimenti irrevocabili nel 1988 e nel 1989. I dati mostrano che per gli imputati per rapina la quota dei condannati è la stessa per italiani e stranieri, mentre per il furto e per la produzione e il commercio di stupefacenti la quota è molto più elevata per gli stranieri. Tenendo sotto controllo le variabili indipendenti (sesso, età, regione in cui è stato commesso il reato, precedenti penali, l'aver subito la custodia cautelare), la nazionalità ha un effetto sfavorevole per gli stranieri sulle probabilità di condanna per questi due ultimi reati, specie nelle regioni del Nord. Una è la 'variabile chiave': l'aver subito la custodia cautelare in carcere ⁽²³⁷⁾. Significativo è che ripetendo l'indagine per gli anni più recenti, con dati aggiornati al 2007, Barbagli giunga a confermare nuovamente tale dato ⁽²³⁸⁾.

A subire l'assaggio di pena' del carcere preventivo sono più frequentemente gli stranieri degli italiani e la differenza è tanto più marcata quanto più lieve è il reato commesso. In linea con quanto emerso anche dalle indagini statunitensi e anglosassoni, la ricerca empirica mostra chiaramente che se gli imputati stranieri vengono condannati più spesso alla pena detentiva, è proprio perché una quota più alta di loro ha subito la custodia cautelare in carcere, essendo più probabile che, a parità di indizi e di ogni altra condizione, il giudice si convinca della colpevolezza dell'imputato *in vinculis*. Se effettivamente le misure cautelari nei confronti degli immigrati fossero sempre dettate dalla presenza di gravi indizi di colpevolezza, tutto questo sarebbe accettabile.

⁽²³⁵⁾ Così MAROTTA, *op. cit.*, p. 58.

⁽²³⁶⁾ Così MELOSI, *op. cit.*, p. 291.

⁽²³⁷⁾ Cfr. BARBAGLI, *op. ult. cit.*, pp. 93-95. Il Ricercatore osserva come amnistia propria e prescrizione operino in favore degli italiani più che degli stranieri per la minor possibilità, dettata dal minor accesso ad una difesa effettiva, dalle scarse conoscenze delle regole processuali, dalle difficoltà linguistiche - aspetti questi che pure contribuiscono a diminuire le probabilità di evitare una misura detentiva - di non fermarsi al giudizio di primo grado.

⁽²³⁸⁾ Cfr. BARBAGLI, *Immigrazione e sicurezza in Italia*, Bologna, 2008, già citato, p. 53 ss.

In realtà, è noto che il magistrato, nel disporre la misura cautelare, deve tenere conto, oltre che del rischio di recidiva e del pericolo di inquinamento delle prove, del c.d. *periculum libertatis*: “il giudizio del magistrato sul pericolo di fuga dell’imputato si rifa di solito allo stile di vita di quest’ultimo, ai suoi legami con il luogo in cui si trova ed è svantaggioso per l’immigrato che spesso non ha una casa, un lavoro stabile, una famiglia, dei parenti” ⁽²³⁹⁾. Altrettanto spesso si tratta di soggetti privi di una identità certa ⁽²⁴⁰⁾.

Per queste ragioni la misura della custodia in carcere appare l’unica applicabile se si vuole assicurare l’imputato alla giustizia, anche in assenza di seri indizi di colpevolezza ⁽²⁴¹⁾. Si capisce pertanto come, considerati gli effetti dello stato di carcerazione in termini di inasprimento della pena finale che le indagini empiriche nei diversi Paesi hanno dimostrato, l’uso della pena detentiva risulti in definitiva discriminatorio ⁽²⁴²⁾.

Inoltre, per le stesse motivazioni già indicate, legate alla loro condizione personale e sociale, gli stranieri, a parità di pena, hanno più raramente accesso alle misure alternative al carcere e alle pene sostitutive della detenzione breve rispetto agli autoctoni ⁽²⁴³⁾.

In effetti, la natura stessa delle misure alternative le rende difficilmente accessibili ai soggetti deboli. Quanto all’affidamento in prova al servizio sociale, il magistrato di sorveglianza concede la misura se opera una valutazione positiva circa la possibilità che la stessa contribuisca alla rieducazione del condannato e circa la capacità della misura di prevenire la recidiva. Lo straniero, ove si trovi, come spesso accade, in una condizione di emarginazione sociale, non potrà che essere sfavorito da una tale prognosi. “A tacere poi del carattere intrinsecamente ‘diseguale’ della detenzione domiciliare, che esclude *a priori* dalla propria area applicativa un’ampia fascia di emarginati, che non dispongono né di una casa d’abitazione, né di un “luogo pubblico di cura, assistenza o accoglienza” (...) nel quale scontare la pena” ⁽²⁴⁴⁾.

⁽²³⁹⁾ Così BARBAGLI, *Immigrazione e reati*, cit., p. 98.

⁽²⁴⁰⁾ Sul tema delle ‘mille’ identità spese dagli stranieri quando vengono a contatto con l’Autorità giudiziaria, vedi ID., p. 101 ss.

⁽²⁴¹⁾ Ciò spiega tra l’altro la maggiore incidenza degli stranieri tra la popolazione detenuta rispetto all’incidenza degli stessi sulla popolazione denunciata e condannata. In tal senso e per le relative percentuali cfr. DAP, *op. cit.*, 2003, pp. 44-45.

⁽²⁴²⁾ Tale effetto sembra peraltro essere controbilanciato dalla valutazione che il giudice fa dei precedenti penali la quale risulta favorevole agli imputati stranieri in quanto costoro sono più spesso incensurati degli italiani, avendo una storia giudiziaria più breve, dato che nulla contano le eventuali precedenti condanne subite nel Paese d’origine. BARBAGLI, *op. ult. cit.*, pp. 98-100.

⁽²⁴³⁾ Sebbene non esistano specifiche indagini empiriche a sostegno di questa ipotesi, la stessa viene confermata dalle rilevazioni del DAP, *op. cit.*, p. 45. Nello stesso senso si esprime BARBAGLI, *cit.*, p. 53.

⁽²⁴⁴⁾ Così DOLCINI, *Le misure alternative oggi: alternative alla detenzione o alternative alla pena?*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1999, p. 875. Sull’originaria destinazione delle misure alternative al carcere, specie dell’affidamento in prova, proprio agli emarginati sociali e sulla successiva mutazione funzionale e strutturale delle misure, vedi MARINUCCI, *Il sistema sanzionatorio fra collasso e prospettive di riforma*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2000, p. 163 ss.

Si segnala che la Corte Costituzionale ha di recente dichiarato illegittime alcune norme dell'Ordinamento Penitenziario se interpretate quali preclusive dell'accesso alle misure alternative al carcere per gli stranieri e ciò in ragione del principio di uguaglianza e di rieducazione ⁽²⁴⁵⁾.

Occorre da ultimo accennare alla sospensione condizionale della pena ⁽²⁴⁶⁾. I risultati della ricerca empirica mostrano come - contrariamente alla ipotesi da taluni sostenuta secondo la quale "il trattamento discriminatorio dello straniero, che può iniziare con l'arresto e proseguire con la custodia cautelare (...)", viene infine "confermato da una pronuncia negativa in ordine alla concedibilità della sospensione condizionale della pena" ⁽²⁴⁷⁾ - tale misura venga in realtà concessa più di frequente proprio agli stranieri.

I dati relativi ai condannati per tre diversi reati negli anni 1993-1995 mostrano che per la violazione della legge sugli stupefacenti sono più gli italiani rispetto agli stranieri ad ottenere la sospensione condizionale della pena (45% su 40%), mentre per il furto e la rapina vale il contrario (furto 31% contro 48%, rapina 34% contro 52%) ⁽²⁴⁸⁾. La ragione di un tale dato sembra da ricondurre, oltre alla maggiore tendenza a patteggiare per questi due reati da parte degli stranieri, alla mancanza di precedenti penali formali, rilevanti ai fini della prognosi sulla futura condotta che il giudice compie nel concedere la misura, a carico di questi ultimi.

Non mancano tuttavia giudici che confessano di non tener conto dell'incensuratezza formale e di negare la sospensione condizionale in considerazione della incerta identità dei soggetti ⁽²⁴⁹⁾. In tal senso, tuttavia, la Corte di cassazione ha riconosciuto che la irregolare presenza dello straniero in Italia non può essere assunta in via di presunzione quale indice sfavorevole ai fini della sospensione condizionale della pena né quale indice di una presunta pericolosità sociale ai fini della applicazione della misura di sicurezza dell'espulsione ⁽²⁵⁰⁾.

In definitiva appare significativo il rilievo secondo il quale le caratteristiche specifiche della immigrazione verso l'Italia spiegano probabilmente l'alta incidenza dei non-nazionali sulla popolazione detenuta in Italia ⁽²⁵¹⁾.

Si tratta infatti di una immigrazione composta in larga parte da persone provenienti da Paesi (Africa, Asia, America Latina) caratterizzati da condizioni economiche, sociali e culturali estremamente diverse da quelle italiane, da persone immigrate da poco tempo e per di più in condizioni di irregolarità, tutte caratteristiche

⁽²⁴⁵⁾ Di tale pronunciamento (n. 78/2007) riferisce GATTA, *Immigrazione*, cit., p. 3 del saggio telematico.

⁽²⁴⁶⁾ L'art. 163 del Codice penale prevede: "quando pronuncia una sentenza di condanna alla reclusione per un periodo non superiore a due anni, il giudice può ordinare che l'esecuzione della pena sia sospesa".

⁽²⁴⁷⁾ Così PASTORE, *Produzione normativa e costruzione sociale della devianza e criminalità fra gli immigrati*, Milano, ISMU, p. 54.

⁽²⁴⁸⁾ BARBAGLI, cit., p. 110.

⁽²⁴⁹⁾ *Ibidem*, pp. 110-111.

⁽²⁵⁰⁾ Cfr. su tali pronunciamenti della Corte di Cassazione, da ultimo, nella sentenza 19652/2010, ancora GATTA, *Immigrazione*, cit., p. 3 del saggio telematico.

⁽²⁵¹⁾ Per queste considerazioni, cfr. DAP, *op. cit.*, p. 44.

che rendono, rispetto all'immigrazione di altri Paesi Europei, assai difficile l'adattamento e l'integrazione e più facile la propensione alla violazione di norme.

6. Conclusioni. Una lezione di criminologia comparata e una indicazione al legislatore italiano.

In definitiva, nei diversi Paesi presi in considerazione gli elevati tassi di carcerazione delle minoranze etniche sembrano spiegabili solo in parte con un maggior coinvolgimento di tali minoranze in attività criminali: alcune disparità nel trattamento pre-processuale, processuale e sanzionatorio – soprattutto in relazione ai reati di media gravità ove maggiore è la discrezionalità in capo alla polizia, al *prosecutor*, nonché alla *sentencing authority* – appaiono direttamente riconducibili al pregiudizio razziale, con intensità variabile a seconda dei diversi contesti territoriali e socio-culturali ⁽²⁵²⁾.

Come evidenziato nell'esame delle diverse indagini empiriche condotte nell'area di *common law*, i più elevati tassi di carcerazione osservati per le minoranze etniche rispetto ai gruppi di maggioranza in tutti i Paesi occidentali si spiegano senz'altro in ragione del maggior coinvolgimento nell'attività criminale dei gruppi di minoranza e non in ragione della presenza di aperta, sistematica e intenzionale discriminazione razziale nel sistema della giustizia penale, e in particolare nel giudizio penale, nei loro confronti.

Sottolineare tale conclusione, confermata anche dalle rilevazioni relative ai Paesi di *civil law* considerati e condivisa da numerosi criminologi ⁽²⁵³⁾, non significa d'altra parte negare la presenza di una disparità di trattamento di fonte razziale nel sistema penale e nella fase della commisurazione della pena, in particolare, presenza anzi emersa da molte indagini empiriche e, in alcuni casi, nella forma di vera e propria discriminazione razziale intenzionale (si pensi agli esiti della ricerca, la più attendibile tra quelle disponibili, di Roger Hood sulle *Crown Courts* di Dudley). Significa solo riconoscere quanto emerge dai dati empirici alla luce di un bilancio complessivo, ossia che la disuguaglianza di trattamento tra minoranze etniche e gruppi di maggioranza (tra stranieri e autoctoni) all'interno del giudizio penale non è suscettibile di spiegare - da sola - le differenze nei tassi di condanna e di carcerazione fra le prime e i secondi, ma soprattutto indicare la via di una 'doppia discriminazione'.

Condividiamo infatti l'opinione di Dario Melossi, laddove afferma che la discriminazione è insita nel fatto stesso di una più ampia partecipazione di minoranze etniche e migranti nell'attività criminale: "(...) il fenomeno della discriminazione è

⁽²⁵²⁾ Condividono questa valutazione alla luce del materiale empirico ad oggi disponibile, tra gli altri BLUMSTEIN, *op. cit.*, p. 759; PETERSILIA, *Racial Disparities*, cit., p. 15; ALBRECHT, *op. cit.*, p. 31 e p. 88; JUNGERTAS, *op. cit.*, p. 300 e p. 303; TONRY, *op. cit.*, p. 14; KILLIAS, *Immigrants, Crime, and Criminal Justice in Switzerland*, in TONRY, (a cura di), *Ethnicity, Crime and Immigration*, cit., p. 375 e p. 399 ss.; VON HIRSCH-ROBERTS, *Race and Sentencing*, cit., p. 227.

⁽²⁵³⁾ Nel contesto italiano, si veda BARBAGLI, *Immigrazione e sicurezza in Italia*, Bologna, 2008, già citato, p. 35 ss., nella letteratura straniera, tra gli altri, TONRY, *Ethnicity, Crime and Immigration*, cit., p. 1 ss.

doppiamente “strutturale”. Da un lato, infatti, la probabilità della partecipazione ad attività devianti e/o criminali è accresciuta dalla struttura delle opportunità (lecite e illecite) a disposizione di almeno certi gruppi di immigrati; d’altro lato (...) è assai più alta la probabilità che l’attenzione delle forze di polizia si diriga “strutturalmente”, cioè per il *modus operandi* di queste e per il tipo di pressioni sociali che su di esse vengono esercitate, nei confronti della criminalità straniera” ⁽²⁵⁴⁾).

Se non vi sono dubbi peraltro circa la presenza di discriminazione razziale nella fase della *selezione criminale* operata dalla polizia (ed anche dalla pubblica accusa), considerata una acquisizione criminologica nota, più articolata si è rivelata la problematica della presenza di discriminazione razziale nella fase commisurativa della pena. Proponiamo dunque di distinguere, per quanto riguarda la fase più delicata, quella del giudizio, il concetto di ‘*sentencing disparity* di fonte razziale’ da quello di ‘discriminazione razziale’: si ha la prima nel caso di una differenza di trattamento sanzionatorio diversamente e in vario grado riconducibile all’influenza *residuale* del fattore razziale, la seconda solo laddove l’esito sanzionatorio sia stato determinato unicamente e intenzionalmente dal pregiudizio razziale ⁽²⁵⁵⁾. Tale distinzione consente di sottolineare un dato, già evidenziato ed emerso dalle ricerche descritte, ossia la ‘relatività’ nello spazio e nel tempo della relazione fra fattore razziale e sistema penale: il grado e il livello di disparità di trattamento variano in dipendenza di fattori attinenti al concreto funzionamento del sistema penale, nei diversi contesti storici e territoriali.

L’analisi delle diverse esperienze di ricerca ha consentito di formulare alcune ulteriori conclusioni di rilievo. Due dati comuni, meritevoli di maggiore approfondimento sembrano emergere dalle rilevazioni empiriche. Innanzitutto la tendenziale *concentrazione della disparità* di trattamento nei *casi giudiziari di media gravità* nei quali maggiore è la discrezionalità in capo alla *sentencing authority* in ordine alla scelta *quoad poenam*. Il dato, emerso nelle indagini statunitensi, viene confermato dalla ricerca condotta in Gran Bretagna da Roger Hood. Il secondo dato è rappresentato dalla tendenziale *maggior influenza del fattore razziale sul tipo anziché sul quantum di pena*: la disparità di trattamento si manifesta prevalentemente nella inflizione alle minoranze della pena detentiva a discapito di altre alternative sanzionatorie (benché non manchi evidenza del fatto che spesso le minoranze etniche subiscono pene detentive di più lunga durata). Significativo appare come in quasi tutti i Paesi presi in considerazione, compreso il nostro (ove mancano però ricerche specifiche), le rilevazioni statistiche mostrino un minore accesso delle minoranze etniche alle misure ‘*lato sensu*’ alternative alla detenzione, prima fra tutte il *probation*.

In secondo luogo, si registra in quasi tutti i Paesi esaminati un uso della *carcerazione preventiva sfavorevole e talora discriminatorio nei confronti delle minoranze etniche*. Queste ultime presentano tassi di carcerazione preventiva più elevati rispetto ai gruppi di maggioranza in tutti i Paesi da noi considerati: negli Stati Uniti (si pensi alle indagini di Lizotte, La Free, Sphon, Gruhl e Welch), in Gran Bretagna (Hood), in

⁽²⁵⁴⁾) Cfr. MELOSSI, *Stato, controllo sociale, devianza*, cit., p. 289.

⁽²⁵⁵⁾) Per una distinzione simile, cfr. HOOD, *Race and Sentencing*, cit., p. 48, nt. 9.

Germania (Albrecht), in Olanda (van der Werff e van der Zee-Nefkens e Junger-Tas), in Italia (Barbagli) e in molti altri Paesi europei ⁽²⁵⁶⁾. Ciò sembra da ricondurre alla situazione di disagio ed emarginazione sociale, di mancanza di una identità certa e di una dimora fissa, in cui spesso le minoranze etniche versano, la qual cosa fa sì che operi in loro sfavore la prognosi che precede l’emanazione del provvedimento cautelare. Un dato, quest’ultimo, apparentemente ‘neutro’.

Le ricerche criminologiche (quelle statunitensi, quelle inglesi e in particolare la ricerca di Hood, l’indagine italiana di Barbagli), tuttavia, hanno chiaramente evidenziato come, a parità di condizioni, i giudici tendono a punire gli imputati in stato di custodia preventiva, rispetto a quelli che non siano sottoposti a restrizioni della libertà, più severamente o in ogni caso con una pena pari alla custodia preventiva inflitta. Il trovarsi dinanzi un imputato in stato di custodia preventiva influirebbe sulla valutazione del giudice in ordine alla colpevolezza dell’imputato, inducendolo ad emettere una sentenza di condanna e una condanna a pene più severe. Tale rilievo mette in luce pertanto un uso in definitiva discriminatorio della custodia preventiva che troverebbe ulteriore conferma nei risultati di quelle indagini (Albrecht in Germania) che hanno mostrato un utilizzo strumentale dell’istituto al fine di reprimere le attività illecite, soprattutto legate al traffico di stupefacenti, di alcuni gruppi etnici.

In altre parole, si tratta di ciò che la ricerca empirica (si pensi alla ricerca di Bynum) chiama *cumulative disadvantage*: la situazione di emarginazione sociale delle minoranze fa sì che, anche in assenza di seri indizi di colpevolezza, la prognosi che precede l’emanazione del provvedimento cautelare operi in loro sfavore; tale disparità di trattamento è aggravata dal fatto che l’aver subito la custodia cautelare si traduce in un inasprimento del trattamento sanzionatorio nella fase del giudizio penale poiché, a parità di indizi e di ogni altra condizione, è più probabile che il giudice si convinca della colpevolezza dell’imputato *in vinculis* e scelga di condannare e di condannare ad una pena più severa, quantomeno ad una pena pari alla custodia cautelare inflitta. La discriminazione (strutturale) in una fase processuale si ripercuote sulle successive.

Analogamente alla carcerazione preventiva, anche un altro istituto processuale, il c.d. patteggiamento, presenta profili d’interesse per il tema in esame. Le indagini empiriche statunitensi e inglesi mostrano infatti che i membri di alcuni gruppi di minoranza tendono, rispetto ai gruppi di maggioranza, a non accedere al patteggiamento. Secondo alcuni tale tendenza sarebbe dettata dalla diffidenza che le minoranze nutrono verso il sistema penale sentendosi da questo discriminate. Tale impressione, che spinge queste ultime a non collaborare con l’autorità giudiziaria e a rifiutare ogni forma di accordo con quest’ultima, compreso il patteggiamento, sarebbe alimentata dalla discriminazione razziale - di cui esistono consistenti prove empiriche - perpetrata nei loro confronti nella fase del fermo e dell’arresto da parte della polizia.

⁽²⁵⁶⁾ Cfr. TONRY, (a cura di), *Ethnicity, Crime and Immigration*, cit., p. 16. E *ivi* i dati relativi ai tassi di carcerazione preventiva assai elevati per le minoranze etniche in altri Paesi europei come ad es. la Svizzera.

L'applicazione di questo istituto processuale 'neutro' finirebbe per risolversi in esiti disparitari ⁽²⁵⁷⁾).

Secondo alcuni commentatori, pertanto, si porrebbe un problema di politica criminale assai delicato. Laddove infatti vi siano degli istituti dell'ordinamento penale, come a titolo esemplificativo la carcerazione preventiva e il patteggiamento, che presentano risvolti disparitari di cui il legislatore penale sia a conoscenza o che possa prevedere, si pone il dubbio se il quest'ultimo non debba provvedere a riformare i medesimi in modo da correggerne le distorsioni. Analogamente, come la paradigmatica esperienza statunitense della c.d. *war on drugs* ha mostrato, lo stesso dubbio si pone laddove vengano poste in essere scelte di politica criminale che sortiscano esiti prevedibilmente disparitari (discriminazione strutturale) ⁽²⁵⁸⁾. Il problema della discriminazione istituzionale/strutturale si è posto in tutta la sua evidenza in alcune recenti e note scelte legislative in materia di immigrazione in Italia ⁽²⁵⁹⁾.

Le conclusioni sin d'ora tratte dalle indagini empiriche ricordate debbono per la verità essere prospettate con cautela soprattutto in considerazione dei *problemi metodologici* che la ricerca in questo campo deve affrontare. E' difficile infatti inferire indicazioni univoche da ricerche condotte nei vari Paesi con metodologie spesso diverse e non comparabili tra loro, dato che ogni Paese ha peculiari tradizioni di ricerca e metodi di raccolta dei dati relativi alla giustizia penale ⁽²⁶⁰⁾. Inoltre, come è stato correttamente osservato, "comparazioni fra le prassi del *sentencing* in diversi Paesi (...) devono essere condotte con cautela e valutate con scetticismo" ⁽²⁶¹⁾, considerata la diversità e peculiarità di ciascun sistema penale.

In particolare, vi è un problema metodologico di fondo che accomuna tutte le ricerche empiriche analizzate e che consiste nella difficoltà di operare la comparazione tra casi giudiziari simili, in modo da poter verificare se ricevano un diverso trattamento sanzionatorio in ragione delle caratteristiche etniche dell'imputato, una volta che tutte le altre variabili rilevanti ai fini della decisione *quoad poenam* siano state considerate.

⁽²⁵⁷⁾ Per questa analisi vedi TONRY, (a cura di), *op. cit.*, p. 17.

⁽²⁵⁸⁾ Infine dalle analisi quantitative emerge come i gruppi di minoranza caratterizzati da alti tassi di criminalità siano spesso gruppi che presentano situazioni di particolare svantaggio economico e sociale e con difficoltà di integrazione culturale. Per una ampia discussione di questi temi, si rimanda a MAROTTA, *op. cit.*, p. 1 ss.

⁽²⁵⁹⁾ Ci si riferisce ai noti e discussi temi dell'aggravante della clandestinità (oggi dichiarata incostituzionale) e del reato di clandestinità, per la cui trattazione si rimanda al secondo atto del presente lavoro, dedicato al "soggetto altro" dinanzi al diritto penale. Si veda su tali temi e sulla recente politica-criminale in materia di immigrazione in Italia, il saggio di GATTA, *Immigrazione*, cit., pp. 5 ss. del saggio telematico, ove il reato di clandestinità, che ha retto al vaglio di costituzionalità, è definito quale "*reato manifesto* con il quale il legislatore ha voluto lanciare un messaggio – e, in chiave generalpreventiva una minaccia – ai clandestini, venendo incontro alle istanze securitarie del corpo elettorale". *Ibid.*, p. 6.

⁽²⁶⁰⁾ Cfr. TONRY, (a cura di), *Ethnicity, Crime and Immigration*, cit., p. 11.

⁽²⁶¹⁾ Così ID., cit., p. 5.

Grazie al ricorso al metodo statistico dell'analisi multivariata, o regressione multipla, che consente di studiare l'influenza di una variabile su un fenomeno oggetto d'indagine isolandola da tutte le altre variabili incidenti sul medesimo fenomeno, utilizzato nelle più recenti ricerche statunitensi e nella già citata ricerca inglese *Race and Sentencing*, si è tuttavia potuto ovviare, almeno in parte, al problema. Solo nei Paesi di *common law* ove maggiormente si sono concentrati gli sforzi di ricerca - e solo per le indagini più recenti grazie all'impiego di una metodologia comune, il metodo statistico dell'analisi multivariata di cui si è detto - sono stati raggiunti risultati significativi, attendibili dal punto di vista scientifico. "Non è possibile con i dati empirici esistenti fare anche solo rudimentali comparazioni della disparità di trattamento di fonte razziale nei sistemi di giustizia penale dei Paesi occidentali eccetto per i Paesi di lingua inglese. In parte, ciò è dovuto al fatto che il costrutto sociale 'razza' ha giocato un ruolo maggiore nella storia dei Paesi di lingua inglese, e in parte al fatto che in molti Paesi il rilevamento di dati ufficiali sulla razza è proibito per ragioni etiche" ⁽²⁶²⁾.

Nonostante le doverose cautele esposte, dallo studio condotto ci è parso di dover trarre una importante conclusione: la disparità di trattamento di fonte razziale nella commisurazione della pena, come abbiamo visto, costituisce un problema sempre più comune a tutti i Paesi occidentali e non a caso si trova oggi al primo posto nella agenda politica di molti governi di questi Paesi ⁽²⁶³⁾. Pur con peculiarità proprie, la disparità di trattamento riscontrata dalle rilevazioni empiriche nel sistema della giustizia penale statunitense nei confronti dei neri, in quello inglese nei confronti della minoranza afro-caraibica, nel sistema penale svedese e tedesco nei confronti degli immigrati provenienti dalla Jugoslavia e dalla Germania orientale, in quello olandese e italiano nei confronti degli immigrati extra-comunitari provenienti dal Nord-Africa e dall'America latina è il segno che il problema, per quanto estremamente complesso e ideologicamente ambiguo, ramificato in altri problemi, quale immigrazione e devianza, strutturato in differenti gradi e livelli a seconda dei contesti territoriali e storico-sociali, è divenuto sempre più attuale e ineludibile.

Come noto, il metodo comparato, in senso proprio, comporta lo studio e la valutazione delle soluzioni normative adottate da altri ordinamenti giuridici in risposta a problemi comuni e l'importanza di una siffatta comparazione nel campo della riforma penale non necessita di dimostrazione ⁽²⁶⁴⁾. Proprio spiegando il significato del diritto comparato per la riforma penale, Jescheck sottolineava come su questo terreno

⁽²⁶²⁾ *Ibidem*. Si pensi, da un lato, alla usualità del dibattito sulla criminalità dei neri che da sempre anima il sistema di giustizia penale americano, con la conseguente copiosa produzione di dati ufficiali sull'argomento; dall'altro, alla già evidenziata ritrosia da parte dei governi europei e in particolare di quello tedesco, memori degli orrori del nazismo, a introdurre qualsiasi riferimento alla 'razza' nelle proprie rilevazioni ufficiali sul sistema penale. Non solo. Spesso il timore dell'innescarsi di processi di etichettamento e di conseguenti spinte xenofobe nei confronti dei gruppi di minoranza contribuisce a spiegare la mancanza di dati statistici ufficiali su cui basare la ricerca (a complicare tale situazione contribuiscono anche le diverse politiche in tema di naturalizzazione adottate dai diversi Paesi).

⁽²⁶³⁾ Cfr. TONRY, *op. ult. cit.*, p. 2.

⁽²⁶⁴⁾ Sulla comparazione nel diritto penale, si veda PALAZZO-PAPA, *Lezioni di diritto penale comparato*, Torino, 2000, p. 1 ss.

“solo con l’apporto della *criminologia comparata* sono ottenibili (...) i migliori risultati”⁽²⁶⁵⁾).

In tal senso, dallo studio delle diverse esperienze di ricerca in tema di *sentencing disparity* di fonte razziale ci pare di poter trarre ulteriore conferma dell’importanza di questo apporto: come sottolineato in dottrina in ordine ai compiti della criminologia nella teoria della commisurazione della pena, vi è la possibilità che “indagini empiriche condotte con metodi diversi (da questionari sottoposti ai giudici ad analisi statistiche sull’entità delle pene irrogate) forniscano indicazioni sulla presenza di elementi irrazionali nella commisurazione della pena, e quindi, nel momento stesso in cui facciano luce in proposito, creino i presupposti per epurarne, almeno in parte la prassi”⁽²⁶⁶⁾).

Non solo. Dallo studio condotto ci pare debba essere tratta una importante lezione di criminologia comparata: la necessità e l’urgenza di compiere maggiori e più approfondite indagini empiriche sul tema della influenza di fattori irrazionali e in particolare del fattore razziale nella commisurazione della pena nel nostro Paese. Come abbiamo visto, infatti, particolarmente carente è in questa materia l’apporto della ricerca empirica.

Sotto il profilo del diritto comparato, le soluzioni adottate negli Stati Uniti, in Svezia, in Olanda per ovviare al problema della disparità di trattamento di fonte razziale possono fornire delle indicazioni al legislatore italiano per circoscrivere il c.d. “residuo irrazionale” e per epurare la prassi della commisurazione della pena dalla eventuale influenza del fattore razziale che ulteriori indagini empiriche dovessero comprovare.

Se, da un lato, condividiamo il rilievo a suo tempo mosso da Tullio Delogu secondo cui “non e’ (...) ‘meccanizzando’ il giudice che si può risolvere il problema”⁽²⁶⁷⁾ dell’insinuarsi di elementi estranei nel giudizio penale e riteniamo che il rilievo vada senz’altro mosso alla riforma del *sentencing* nordamericano, dall’altro ci appare interessante il richiamo presente nella norma sulla commisurazione della pena del Codice penale svedese al rispetto della parità di trattamento. Ci pare infatti che, pur in presenza dell’art. 3 della Costituzione a garanzia del rispetto del principio di uguaglianza, l’inserimento di una formulazione analoga nel nostro Codice penale negli articoli dedicati alla disciplina della commisurazione della pena (pensiamo in particolare all’art. 132 c.p.) potrebbe svolgere un’utile funzione di richiamo e di monito per il giudice italiano.

Un’ultima considerazione ed un interrogativo suscitano le esperienze straniere e italiane in materia di presenze straniere: è certo e a tutti ben noto che il fenomeno migratorio si accompagna - in ogni contesto - all’allarme sociale, ossia alla ‘paura della gente’, e che esso si pone in termini di stretta correlazione con la questione securitaria.

⁽²⁶⁵⁾ JESCHECK, *Il significato del diritto comparato per la riforma penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1978, p. 827. Sui rapporti fra diritto penale e criminologia si rimanda al ricco saggio di FORTI, *L’immane concretezza*, cit., p. 27 ss.

⁽²⁶⁶⁾ DOLCINI, *La commisurazione della pena*, cit., pp. 15-6.

⁽²⁶⁷⁾ DELOGU, *op. cit.*, p. 384.

Come sostenuto in tempi non recenti in un importante e ancora attuale Convegno tenutosi a Torino sul tema “sicurezza urbana – vittime, mediazione e riparazione”, l’interrogativo che si pone, dinanzi alla constatazione di un diffuso allarme sociale, è se tale allarme sia “solo un fatto spontaneo, conseguenza di esperienze dirette e di conoscenza di informazioni dirette sulle statistiche criminali”, o non sia “anche, piuttosto, un prodotto di politiche e di scelte di tipo culturale” ⁽²⁶⁸⁾.

Senza la pretesa di voler fornire una risposta definitiva a un tale interrogativo, e pur non disconoscendo la natura innata di alcune paure sociali cui si accompagnano pressanti bisogni emotivi di pena ⁽²⁶⁹⁾, ci pare tuttavia di dover propendere per la seconda opzione prospettata, anche in considerazione della mancanza nel nostro Paese, a differenza di quanto accade nei Paesi di *common law*, di approfondite e soprattutto pubblicizzate indagini statistiche criminali sul tema (tolte le poche indagini citate e gli scarni dati statistici sulla presenza straniera nelle carceri, mancano significative ricerche sulla situazione italiana).

Ci pare, segnatamente, che il problema dell’insicurezza, reale e percepita, non possa disgiungersi da un ripensamento degli spazi della democrazia nell’epoca della globalizzazione. Prendere sul serio la ‘razza’ significa dunque, come correttamente sottolineato, addentrarsi “entro il groviglio di questioni – politiche, giuridiche, economiche, sociali, etiche – poste dalle società multietniche e multiculturali” ⁽²⁷⁰⁾.

⁽²⁶⁸⁾) Così SCATOLERO, in A.A.V.V., *Dare un posto al disordine. Sicurezza urbana – Vittime. Mediazione e Riparazione*, Torino, 1995, p. 20.

⁽²⁶⁹⁾) Sui bisogni emotivi di pena si rimanda più ampiamente a EUSEBI, *La “nuova retribuzione”*, in MARINUCCI-DOLCINI, (a cura di), *Diritto penale in trasformazione*, cit., p. 114.

⁽²⁷⁰⁾) CASADEI, *op. cit.*, p. 1 del saggio. Sotto questo profilo, ci pare che imprescindibile sia un ripensamento dell’agire pubblico più in generale (non solo, come diremo nel secondo atto del presente lavoro, del legislatore penale) e più particolare che s’imponga una ricostruzione del tessuto sociale delle città a partire, in un progetto analogo a quello pensato per la città di Chicago dagli esponenti della omonima Scuola, dai quartieri e dalle comunità locali, con una parallela riprogettazione degli spazi cittadini al fine di cercare una coesistenza e, se possibile, una compenetrazione fra culture diverse fra loro. Cfr. sul *Chicago Area Project*, nonché sulla possibilità di una integrazione attraverso il costituirsi della tradizionale forma di solidarietà, tuttavia ostacolato dalle peculiarità del momento storico in cui si sta attuando il processo di immigrazione in Italia, MELOSSI, *op. cit.*, p. 133 e pp. 293, 4.