

QUESITI

ALBERTO DI MARTINO

Tipicità di contesto

**a proposito dei c.d. indici di sfruttamento
nell'art. 603-bis c.p.***

Il lavoro propone una lettura inedita del reato di sfruttamento lavorativo come reato a “tipicità dinamica” che inquadra l’offesa tipica, cioè la sottoposizione a condizioni di sfruttamento, mediante direttive di accertamento (i c.d. indici) del suo elemento costitutivo centrale. La tipizzazione mediante indici costituisce un elemento apparentemente inedito nel sistema penale; tuttavia nel lavoro se ne mostrano le ascendenze storiche, le logiche di *longue durée*, ed allo stesso tempo, mediante uno studio strutturale fondato su categorie della metodologia delle scienze sociali, la modernità e la funzionalità. Alla luce di questa lettura, la sola che consenta di comprendere a fondo la struttura del reato e di applicarlo adeguatamente nella prassi, si stempera anche il carattere inedito ed anomalo della fattispecie di sfruttamento lavorativo: la logica della tipicità definita mediante selezione legislativa di elementi di contesto può essere rintracciata nella fattura, nell’interpretazione e nell’esperienza applicativa di vari settori del sistema penale, anche con riferimento ad istituti di parte generale. Su queste basi, si prospetta l’opportunità di una più generale tematizzazione, dal punto di vista dogmatico, della categoria della “tipicità di contesto”.

This article provides a detailed analysis of the offence definition of the crime of labour exploitation. The actus reus is not defined in a static fashion, i.e. through a proper definition, but resorting to “indicators” that frame a context of situations from which the conditions of exploitation – as a crucial constituent element of the crime – can be inferred by the judge. This structure of the offence might actually appear innovative as well as it is controversial and has been in fact highly criticized by many scholars. However, this article firstly maintains that a long-lasting history of the penal systems (encompassing both substantive as well as procedural law), as long as the phrasing of abstract offence definitions is concerned, leads to a different general reading of the crime; secondly, the Author underlines that dynamic, contextual elements of the facts conveyed by the indicators amount to the requisite actus reus and therefore the offence definition is a contextual one. This account is able to shed light onto other significant instances of such a method of describing the constituent elements of crimes. Against this background, the building of a principled general theory of “contextual offence definitions” (kontextuelle Tatbestandsmäßigkeit) is suggested, which takes into account, in particular, widely recognised general principles of criminal law (especially the nullum crimen principle, the principle of strict definition of crimes, the presumption of innocence and more broadly the fair trial principle).

SOMMARIO: 1. Premessa. – 2. Tipicità dinamica. – 3. Indici e struttura della fattispecie. – 3.1. Posizioni dottrinali, e osservazioni critiche. – 3.2. Il duplice livello del fatto tipico. – 3.2.1. La tipicità mediante ‘indici’. – 3.2.2. Ornitotrinco nel sistema di parte speciale. – 3.3. Ascendenze storiche: indice, indizio. – 3.4. «Indicators». – 3.4.1. Indicatori come strumenti metodologici (aspetti generali). – 3.4.2. Indicatori e

* Il lavoro costituisce parte di un più ampio studio sullo sfruttamento lavorativo come reato.

«decent work». - 3.4.3. In particolare, condizioni di lavoro come indicatori di sfruttamento. - 3.5. Indicatori: tirando le somme. - 4. Indici, presunzioni, ragionamento giudiziario. - 5. Carattere tassativo o soltanto esemplificativo degli indici. - 6. Fattispecie di contesto (con spunti per una teorizzazione). - 6.1. Indici e valutazione di contesto: generalità. - 6.2. Fattispecie di contesto nel sistema penale: esempi. Reati di sospetto come "indicatori". - 6.3. (Segue:) Bancarotta semplice ed indicatori. - 6.4. (Segue:) Partecipazione ad associazione mafiosa. - 6.5. Tipicità di contesto nella parte generale: il tentativo di reato. - 6.6. Considerazioni riassuntive.

1. Premessa

Lo sfruttamento lavorativo rilevante per il diritto penale italiano è definito in modo mediato ed indiretto, attraverso la previsione di 'indici', inseriti in modo apparentemente inedito all'interno della struttura del reato, ed in particolare del suo fatto tipico. Ma non è chiaro se ne facciano veramente parte, e questo è il tema più controverso dal punto di vista tecnico-giuridico.

Tecnica inedita e largamente contestata: secondo la stragrande maggioranza dei commentatori, ne va dei principi, non solo quello di determinatezza, secondo il quale il legislatore deve stabilire chiaramente e precisamente i confini fra lecito ed illecito; ma ancor prima quello della riserva di legge e connessa divisione dei poteri, perché sottrarsi all'obbligo di definizione - in senso letterale: posizione di confini - equivale ad erigere impropriamente il giudice ad arbitro di quei confini e di fatto guardiano del territorio ch'essi delimitano. Si corre ai ripari, sovente, riassorbendo la novità nel familiare: così, vari commentatori ascrivono gl'indici al novero degli elementi costitutivi, ai quali si estende la coperta rassicurante di quei principi: non possono darsi elementi del reato che non lo siano del fatto tipico; con ciò sembra restare intatta la superficie del sistema.

Riassorbire gli indici nel reato, come si cercherà di mostrare in questo lavoro, non è tuttavia soluzione che convince fino in fondo: finisce, in realtà, con il far risucchiare il complesso della fattispecie del reato (il Verbrechen) da una sua parte (il Tatbestand), indentificandola col tutto; ma l'esito sarebbe coerentemente un collasso. Così interpretato, il delitto finisce con l'implodere su se stesso perché sarebbe in larga parte incostituzionale; lo sforzo di conformare ai principi l'interpretazione della sua struttura finirebbe quindi paradossalmente con l'annientarlo. Inoltre, lo strappo si produrrebbe rispetto ai principi del processo, nel cui contesto non sarebbe rassicurante l'idea che gli elementi indicizzanti costituiscano per legge elementi del fatto: se si trattasse di presunzione assoluta, sarebbe inversione dell'onere della prova - così infatti qualcuno afferma -, ed allora la prospettiva sostanzialistica farebbe collassare comunque il sistema processuale sull'intollerabilità delle presunzioni. Più con-

solatoria l'idea di presunzioni relative, che ammettono cioè la prova contraria; ma si farebbe strame della fisionomia del fatto, cui si negherebbe l'aspetto di più evidente peculiarità, la sua cifra di unicità nel sistema.

Questo può certamente rappresentare un esito politico-criminale desiderabile, od effettivamente desiderato; ma non è l'unica via di analisi grammaticale del reato. Un'altra lettura può infatti esser prospettata, la quale – da punto di vista strutturale – prenda atto di una tipicità innanzi tutto dinamica, che inquadra l'offesa (sottoposizione a sfruttamento) mediante direttive di accertamento dei suoi elementi costitutivi: questi sono 'indicizzati' piuttosto che descritti, ed in ciò sta la singolarità della soluzione adottata, almeno di primo acchito.

Inoltre, la struttura della fattispecie, in quanto impernata sull'importanza del complesso delle circostanze di fatto convogliate in essa come 'indici' delle condizioni di sfruttamento, conferisce particolare valore proprio a questi contextual elements, elementi di contesto¹, profilandosi essa stessa come fattispecie, diremo così, 'contestuale' o 'di contesto'.

Su questa base, sembra possibile proporre una diversa, articolata lettura degli indici di sfruttamento – della loro struttura, funzione, natura giuridica. Ma non è un 'gioco delle perle di vetro' che interessi al più qualche cultore delle discipline penalistiche. La formulazione mediante indici, questa è la tesi, in realtà scioglie la tensione con i principi fondamentali del diritto penale: la tecnica prescelta, a dispetto delle apparenze, li garantisce fornendo al giudice 'linee guida' (le chiameremo «indicatori») che ne orientano l'attività interpretativa senza ch'egli si trasformi, per così dire, in legislatore delegato², arbitro del fiorire o dell'appassire di una stagione di politica criminale.

¹ Utilizzo la locuzione che designa i relativi elementi dei crimini internazionali devoluti alla giurisdizione della Corte Penale Internazionale, caratterizzati proprio dal fatto che i reati-base (*underlying offences*) costituiscono *core crimes* proprio per l'esistenza di questi elementi di contesto, come ad esempio (per i crimini contro l'umanità) l'esser commessi come parte di un piano o di una politica di commissione di detti crimini su larga scala; essi sono parte della definizione del crimine internazionale, costituendone il "disvalore differenziale" rispetto alla somma dei singoli fatti-base. Per tutti, cfr. di recente (basandosi su precedenti lavori propri che non mette conto citare qui in dettaglio, nonché su analisi fondamentali di Klaus Marxen ed Hans Vest, anche se non diffuse nella cultura giuridica anglosassone che informa, predominante, lo *international criminal law*) AMBOS, *Treatise on International Criminal Law. 1. Foundations and General Part*, Oxford, 2013, 85-86.

² Il tema del rapporto fra legge e giudice penale vanta, com'è comprensibile, una bibliografia sterminata, ed in continuo aumento in tempi recenti per ragioni che non è possibile neppure accennare in questa sede (peraltro, mi permetto almeno di ricordare alcune pagine in tema, seppur forse poco circolate: DI MARTINO Alb., *Una legalità per due? Riserva di legge, legalità CEDU e giudice-fonte*, in *Criminalia*, 2014, 91 ss.). Qui mi limito a citare, per l'evocazione della indisponibilità del potere legislativo, non delegabile oltre i limiti dell'art. 76 Cost., LANZI, *Fra il legislatore apparente e il giudice sovrano*, in *Studi in onore di Mauro Ronco*, a cura di Ambrosetti, Torino, 2017, 141 s.

Le considerazioni che seguono lasciano impregiudicata la diversa questione – spiccatamente politica – delle possibilità e dei limiti di una politica criminale che intervenga a gestire quello che appare come un vero e proprio modo di produzione, non soltanto in Italia o in Europa³ ma in varie aree del globo, con le specificità sociali ed economiche dei diversi contesti regionali e locali ma anche con significativi tratti comuni almeno in relazione ai settori di maggiore ricorrenza del fenomeno, come le produzioni agricole⁴: dall'Italia alla Grecia, dal Regno Unito⁵ alla Svezia⁶, dal Canada⁷ al Sud America. Ma una volta che sia dispiegato anche il diritto penale a contrasto di un fenomeno economico-sociale complesso, multiforme e specialmente grave ma paradossalmente sfuggente e sottovalutato⁸ quale lo sfruttamento lavorativo, non riducibile ad aspetti 'regolatori' o comunque componibili con gli strumenti del diritto e del processo del lavoro, la domanda principale è se le scelte effettivamente compiute siano tecnicamente appropriate ed operativamente funzionali. Anche quest'aspetto è contestato, soprattutto con riguardo al contenuto di uno degli indici di riferimento, quello relativo alle violazioni in materia di igiene e sicurezza sul lavoro. E tuttavia, ricomposta la fattispecie nel modo

³ In ambito europeo, cfr. per una prima informazione di contesto www.coe.int.

⁴ Cfr. AKRAM-LOHDI, KAY, *Surveying the agrarian question (part 1): unearthing foundations, exploring diversity*, in *The Journal of Peasant Studies*, vol. 37, 1/2010, 177-202; EID., *Surveying the agrarian question (part 2): current debates and beyond*, in *The Journal of Peasant Studies*, vol. 37, 2/2010, 255-284.

⁵ Di recente, per un utile affresco, cfr. FUDGE, *Illegal Working, Migrants and Labour Exploitation in the UK*, in *Oxford Journal of Legal Studies*, vol. 38, 3/2018, 557-584 e spec. 569 ss., seppure concentrato anch'esso sullo sfruttamento dei lavoratori migranti).

⁶ Cfr. ad esempio WOOLFSON, OLSSON, THÖRNQVIST, *Forced Labour and Migrant Berry Pickers in Sweden*, in *The International Journal of Comparative Labour Law and Industrial Relations*, vol. 28, 2/2012, 147-176. Una reale definizione del concetto di sfruttamento sembra mancare nell'ordinamento svedese; in connessione con lo sfruttamento come fine del *trafficking* è stato proposto nel 2005 un criterio di tipo soggettivo: «an activity in a situation that brings 'distress' to those affected». Lo scopo sarebbe quello di coprire quelle situazioni nelle quali la persona, pur senza esser vittima di lavoro forzato, è tuttavia indotta a lavorare in condizioni estremamente difficili in cambio di una paga molto bassa (*op. cit.*, 164).

⁷ Cfr. ad esempio, BEATSON, HANLEY, RICARD-GUAY, *The Intersection of Exploitation and Coercion in Cases of Canadian Labour Trafficking*, in *26 Journal of Law and Social Policy* 137 (2017). Come discusso nella parte relativa al concetto di sfruttamento, è interessante prendere atto delle critiche mosse nei confronti della nozione di sfruttamento fornita, con tecnica per così dire tradizionale, dalla Sec. 279.04 del codice penale canadese: essa richiede che taluno abbia timore per la propria sicurezza o quella di altri che lui conosca, se non esegue il lavoro o i servizi in questione; troppo restrittiva secondo HASTIE, *Doing Canada's Dirty Work: A Critical Analysis of Law and Policy to Address Exploitation and Trafficking*, in Quayson A., Arhin A. (Eds.), *Labour Migration, Human Trafficking and Multinational Corporations*, Routledge, New York, 2012, 34.

⁸ Lucidamente avverte Pinto de Albuquerque: «Any criminal-law reform in this field must be aware that political and social acceptance of exploitative working conditions, particularly among migrants, contributes to the lower profile of such conduct» (ECtHR, 4^a Sec., *J. and Others v. Austria*, Appl. n. 58216/12, judg. 17.1.2017 (final 17.4.2017), 66 s., § 52).

che si propone in questo lavoro, la risposta a quell'interrogativo - con l'avvertenza appena espressa e nei termini e con le precisazioni che seguono - sembra poter essere senz'altro positiva.

2. Tipicità dinamica

Come si è già accennato, le condizioni di sfruttamento - e prima ancora la condotta di "sottoposizione" ad esse - non sono definite in termini, per così dire, tradizionali; il legislatore ha mantenuto il ricorso ad una tipizzazione dinamica, ispirata ad una logica procedimentale-probatoria, mediante la previsione di «indici di sfruttamento» la sussistenza anche d'uno solo dei quali può integrare il reato (art. 603-*bis*, terzo co., nr. da 1 a 4, cod. pen.).

Com'è comprensibile, concetto e natura di questi indici costituiscono il tema interpretativo più complesso e controverso della fattispecie, sin da prima della riforma. Accompagnata all'indeterminatezza almeno apparente del concetto di «condizioni di sfruttamento», quest'inedita, articolata fisionomia del fatto tipico rappresenta non solo la croce degli interpreti ma un vero e proprio tema politico, soprattutto a partire dall'introduzione della responsabilità del datore di lavoro.

Nel passaggio dalla versione originaria a quella attualmente vigente, alcuni degli indici sono stati parzialmente modificati per tener opportunamente conto dei rilievi che ne sottolineavano difficoltà interpretative. Così è per la sostituzione dell'aggettivo «sistematica» con il termine «reiterata», sia a proposito della corresponsione di retribuzioni in modo palesemente difforme dai contratti o comunque sproporzionato alla qualità e quantità del lavoro (n.1), sia a proposito della violazione della normativa sull'orario di lavoro, sui periodi di riposo (non soltanto settimanale, come era in precedenza), su aspettativa e ferie (n.2). Così è anche per l'eliminazione dell'incomprensibile avverbio che qualificava le situazioni alloggiative come «particolarmente» degradanti (n.4). Quanto ai contratti che costituiscono il parametro della retribuzione, sono stati aggiunti ai contratti nazionali anche quelli territoriali, e purché stipulati dalle organizzazioni sindacali maggiormente rappresentative a livello nazionale (per comprensibili ragioni di tutela dei lavoratori, maggiormente garantita da tali sindacati). Particolarmente controversa, e subito contestata dalle parti sociali, è la modifica dell'indice di sfruttamento del n. 3, dalla cui versione originaria è stato eliminato il riferimento al fatto che la violazione di norme antinfortunistiche debba essere «tale da esporre il lavoratore a pericolo per la salute, la sicurezza o l'incolumità personale».

Occorre premettere tuttavia che, in questa sede, non interessa prioritariamente discutere temi esegetici legati ai singoli elementi con valore indicizzante. Interessa piuttosto offrire una chiave di lettura di carattere metodologico, peraltro essenziale per comprendere l'intera struttura della fattispecie prevista nell'articolo 603-bis e, correlativamente, la natura ed il contenuto del potere discrezionale del giudice nell'accertamento del fatto.

Si tratta, come anticipato, d'una struttura inedita ed anomala, che contiene in sé elementi di carattere dinamico, espressi in forma processuale o, più propriamente, proceduralizzata. Comprensibile, pertanto, come i commentatori si siano interrogati in prima battuta sulla natura di questi elementi:

- Se siano elementi costitutivi del reato, od abbiano una diversa natura e funzione, ad es. di semplice orientamento probatorio (§ 2.2);
- ancora, posto che non siano elementi costitutivi di carattere sostanziale, o non lo siano integralmente, se da essi discendano vere e proprie presunzioni di sfruttamento, in quanto dal loro accertamento si debba dedurre in modo cogente la presenza di questo elemento salva, eventualmente, la prova contraria (§ 3);
- inoltre, in qualunque modo si risolve l'interrogativo sulla natura giuridica di essi, ci si è interrogati sul carattere tassativo o soltanto esemplificativo dell'elenco contenuto nella fattispecie (§ 4).

Quest'approccio, tuttavia, si risolve in una singolare inversione dell'ordine logico dell'interpretazione. In altri termini, è necessario comprendere adeguatamente - in via preliminare - in che cosa consistano gl'indici e quale sia il loro ruolo all'interno della struttura del fatto tipico; solo successivamente potrà essere affrontato il tema della natura giuridica e correlativamente potranno esser tratte conclusioni ponderate sull'appartenenza o meno al diritto sostanziale, nonché valutazioni circa il rispetto dei relativi principi.

3. Indici e struttura della fattispecie

3.1. Posizioni dottrinali, e osservazioni critiche.

In dottrina è possibile registrare due orientamenti fondamentali, sorvolando su sfumature argomentative. Un primo orientamento, partendo dall'indeterminatezza del concetto di sfruttamento, afferma che esso sia comprensibile soltanto a partire dagli indici tipizzati, ai quali pertanto non può che

essere riconosciuta la natura di elementi costitutivi del reato: diritto penale sostanziale, dunque⁹.

Un orientamento parzialmente diverso sembra prendere atto del carattere ‘processuale’ degli indici, ma sottolinea attentamente che la formulazione processuale non può avere un significato neutro rispetto all’elemento costitutivo dello sfruttamento, anzi riempie di contenuto una nozione altrimenti così vaga ed evanescente da essere consegnata alla sensibilità individuale del giudice, al suo insindacabile arbitrio¹⁰. In questa prospettiva, come nel mito di Achille a Sciro¹¹ la veste processuale non deve ingannare sul vero carattere sostanziale di quegli elementi.

Nessuna di queste due prospettive sembra tuttavia cogliere il carattere peculiare della fattispecie.

La prima ha l’indubbio merito di porre perentoriamente sul tappeto il tema della determinatezza della fattispecie, invocando gl’indici in funzione suppletiva della mancata definizione del concetto di sfruttamento. Ma finisce con il confondere funzione con struttura (e natura giuridica) dell’indice, affermandone in modo troppo semplicistico, per l’appunto, la natura sostanziale; con ciò, chiude gli occhi di fronte all’inedita fisionomia della tipicità e non fornisce un contributo utile a chiarire contenuto e limiti del potere discrezionale del giudice.

Quanto al secondo orientamento, esso ha il pregio di coniugare il riconoscimento delle peculiarità strutturali con uno sforzo di tematizzazione dogmatica. Si tratta di un interessante tentativo – da un lato – di contemperare quelle

⁹ GABOARDI, *La riforma della normativa in materia di “caporalato” e sfruttamento dei lavoratori: corretto lo strabismo, persiste la miopia*, in *La legislazione penale*, online, 3.4.2017, 60. Si tratta di uno dei lavori più estesi ed approfonditi in materia. Estremamente critica sulla tecnica adottata, di recente, TORRE, *Il diritto penale e la filiera dello sfruttamento*, in *Giornale di dir. lav. e di rel. ind.*, 2018, 289 ss.

¹⁰ FIORE S., *La nuova disciplina penale della intermediazione illecita e sfruttamento del lavoro, tra innovazioni ed insuperabili limiti*, in *Diritto agroalimentare*, 2017, 267-285, spec. 277 s.: è vero che, come sottolinea l’A., siamo di fronte ad una tecnica di tipizzazione integrata, che si basa sulla interazione fra diritto sostanziale e dinamiche probatorie in funzione descrittiva; tuttavia, come si cercherà di argomentare, non è sufficiente affermare che si tratti di indici fattuali al cui accertamento processuale viene attribuito un significato univoco, perché questo equivarrebbe a veicolare una presunzione legale sulla base di un indizio di fatto; ma non è soluzione imposta dalla fattispecie. Inoltre, non sembra sufficiente prender atto della scelta legislativa, senza spiegare il perché si faccia riferimento proprio a quegli indici e non ad altri (ed infatti è interrogativo corrente, seppure – come si dirà – fuorviante, quello se si tratti di indici tassativi od esemplificativi). Infine, limitarsi a questa lettura non aiuta a comprendere fino in fondo le ragioni della scelta legislativa, il suo vero carattere di novità. Su tutti questi aspetti ci si diffonderà più avanti nel testo.

¹¹ Il riferimento è al mito del nascondimento di Achille sull’isola di Sciro per evitare che andasse incontro alla inevitabile morte nella guerra di Troia. Celatosi in abiti femminili, si tradì quando Ulisse, inviato a cercarlo, con uno stratagemma esibì alle fanciulle fra le quali si nascondeva il guerriero armi frammieste ad oggetti femminili: soltanto quelle attrassero l’attenzione di Achille.

singularità con i principi generali (fra cui ancora una volta la determinatezza della fattispecie) e - dall'altro lato - di motivare l'ascrizione al diritto sostanziale con la fondata preoccupazione, ancora una volta, d'arginare la discrezionalità del giudice, affinché non degeneri in arbitrio. Tuttavia, la preoccupazione di ascrivere questi elementi all'uno o all'altro campo finisce con il far aggio sulla questione, prioritaria, di comprendere adeguatamente la struttura della fattispecie tipica, il modo di operare degli indici e, con ciò, la ragione profonda della scelta legislativa. D'altronde, proprio questo mancato chiarimento finisce con il lasciare l'impressione che, in fondo, questa tesi ammette che la scelta legislativa introduca forme di presunzione legale: provato l'indice, sarebbe provato ipso facto anche lo sfruttamento. Una conclusione, questa, che non può esser considerata soddisfacente quand'anche si ammetta, da un lato, una certa ragionevolezza della base fattuale della presunzione e, dall'altro lato, l'ammissibilità della prova contraria. Su questo aspetto specifico si avrà modo di tornare in seguito¹².

3.2. Il duplice livello del fatto tipico.

3.2.1. La tipicità mediante 'indici'

Un diverso approccio alla ritenuta singularità della fattispecie fa leva su una presa d'atto ed una similitudine: per un verso gli indici non potrebbero essere letti come tradizionali elementi costitutivi, a fronte di una scelta legislativa che articola ben diversamente le tecniche costruttive del fatto tipico; per altro verso, proprio questa caratteristica, una volta che si diriga lo sguardo al di là della dimensione del sistema di diritto penale comune nazionale (il livello dei c.d. *domestic* o *ordinary crimes*) costituisce un dato meno inedito di quanto possa apparire a prima vista.

In effetti, vale la pena ricordare che in occasione della codificazione del diritto penale internazionale con lo Statuto di Roma della Corte Criminale Internazionale, a quel testo si è accompagnato quello dei cd. *Elements of Crimes*: si tratta di uno strumento normativo¹³ contenente proposizioni esplicative degli elementi costitutivi dei crimini devoluti alla giurisdizione della Corte, che ha la funzione di «assistere la Corte nell'interpretazione ed applicazione» delle fattispecie di reato previste dallo Statuto¹⁴. Quelle proposizioni, dunque,

¹² *Infra*, § 3.

¹³ L'art. 21(1)(a) dello Statuto stabilisce che la Corte «applica» in primo luogo per l'appunto lo Statuto e gli Elementi dei Crimini.

¹⁴ Art. 9 dello Statuto: «*Elements of Crimes shall assist the Court in the interpretation and application of*

non contengono in quanto tali elementi costitutivi dei crimini, ma ne designano il contenuto ai fini dell'interpretazione ed applicazione giudiziale: si tratta pertanto di criteri d'indirizzo dell'attività interpretativa del giudice. Orbene, la similitudine sta proprio in questo: come le direttive interpretative degli *Elements of Crimes* assistono il giudice nella verifica probatoria circa la sussistenza degli elementi costitutivi dei *core crimes*, così anche gli indici avrebbero una funzione similare, quella di 'orientamento probatorio' (o meglio, 'interpretativo') rispetto alla sussistenza dell'elemento «condizioni di sfruttamento» - questo sì, elemento costitutivo della fattispecie¹⁵. Insomma, un modello di compenetrazione ed integrazione fra diritto sostanziale e prescrizioni normative in funzione di *guideline* per il giudice esiste ed è ben attestato nell'esperienza giuridica, sia pure non nazionale.

Eppure, fin qui il paragone potrebbe esser percepito come del tutto estrinseco, non foss'altro per la radicale incommensurabilità fra reati 'ordinari' e crimini internazionali, atrocità di massa che scuotono l'intera comunità internazionale. E tuttavia, proprio questa dimensione di pretesa, radicale incommensurabilità sembra poter essere quantomeno relativizzata. Ciò non tanto perché lo sfruttamento lavorativo, quale delitto contro la personalità individuale, si colloca (o dovrebbe esser ritenuto) fra i più gravi dell'ordinamento, quanto perché costituisce in effetti, sia pur nei limiti in cui si risolve in lavoro forzato od obbligatorio, crimine internazionale, se per tali si intendono anche quelle condotte che, pur non rilevando come c.d. *core crimes* (lo sono soltanto i reati previsti dallo Statuto di Roma), costituiscono pur sempre oggetto di obbligo internazionale di incriminazione. Tale obbligo è in effetti stabilito, ad esempio, dalla Convenzione dell'Organizzazione Internazionale del Lavoro in materia di lavoro forzato od obbligatorio¹⁶, il cui art. 25 prevede che l'illegale pretesa di lavoro forzato od obbligatorio debba esser punita come illecito penale («(t)he illegal exaction of forced or compulsory labour shall be

articles 6, 7, 8, and 8bis» (rispettivamente, genocidio, crimini contro l'umanità, crimini di guerra, crimini di aggressione).

¹⁵ A nulla rileva che si tratti di direttive contenute in un testo separato; a parte il fatto che il testo è organizzato per fattispecie, come si è visto (nt. 5) esso è comunque 'diritto applicabile' in prima battuta dalla Corte, esattamente come lo Statuto e sia pure con la clausola che le relative previsioni devono essere «consistent» con esso.

¹⁶ *Convention concerning Forced or Compulsory Labour*, Ginevra, 28 giugno 1930, in vigore dal 1 maggio 1932 (ratif. dall'Italia il 28 giugno 1934, in vigore); *Convention concerning the Abolition of Forced Labour*, Ginevra, 25 giugno 1957, in vigore dal 17 gennaio 1959 (ratif. dall'Italia il 28 giugno 1934, in vigore). Cfr. anche il più recente *Protocol to the Forced Labour Convention, 1930*, 11.6.2014, specialmente orientato alla tutela delle vittime (specialmente se migranti), sottolineando fra l'altro che «there is an increased number of workers who are in forced or compulsory labour in the private economy», e che «certain sectors of the economy are particularly vulnerable».

punishable as a penal offence, and it shall be an obligation on any Member ratifying this Convention to ensure that the penalties imposed by law are really adequate and are strictly enforced»). Come pure deriva dall'art. 4 della Convenzione europea dei diritti dell'uomo, come puntualizza una importante *concurring opinion* che accede alla sentenza della Corte europea nel caso *J. and Others v. Austria*¹⁷, appunto relativo ad un caso di sfruttamento lavorativo, sia pure connesso a situazioni di tratta (*trafficking*).

Al di là di questo riferimento analogico, l'interpretazione nel senso degli indici come criteri di orientamento interpretativo, espressa da chi scrive in precedenti lavori, muove dal presupposto, peraltro incontestato, che il nucleo di disvalore della fattispecie ruoti intorno alle condizioni di sfruttamento, in cui riconosce un elemento costitutivo del tutto particolare: bensì non definito in termini tradizionali, ma rispetto al quale il ruolo degli indici deve essere adeguatamente compreso, in termini di struttura e di funzione prima ancora che di natura giuridica. Peraltro, in questa sede conviene proseguire ulteriormente su questa linea di riflessione, puntualizzandola ed ulteriormente affinandola alla luce della complessiva struttura della fattispecie; in quest'ordine di idee, è necessario mostrare con chiarezza che il *Tatbestand*, in entrambe le ipotesi di reato, risulta strutturato su un duplice livello.

A) Un primo livello è costituito dal complesso degli elementi di contesto che il legislatore considera come «indice di sfruttamento».

In quest'ambito, procedendo per massima chiarezza ad una scomposizione analitica della fattispecie nei suoi elementi costitutivi 'semplici', occorre procedere ad un'ulteriore distinzione: fra dimensione 'tipologica' degli indici – cioè il *tipo* di parametri che il legislatore ha selezionato come idonei a sorreggere il procedimento logico di induzione circa la sussistenza del fatto da provare¹⁸, e cioè le condizioni di sfruttamento –, da un lato, e dimensione del fatto concreto sussumibile in ciascuna tipologia, dall'altro.

Quanto alla prima (dimensione tipologica), il legislatore italiano ha scelto di fare riferimento a quattro tipologie:

- a) remunerazione del lavoro;
- b) tempo del lavoro, rilevante alla stregua di alcuni parametri specifici;
- c) obblighi in tema di igiene e sicurezza sul lavoro
- d) modalità generali della prestazione lavorativa: condizioni, metodi di

¹⁷ *Retro*, nt. 8.

¹⁸ Utilizzo qui la definizione di indizio: cfr. BELLAVISTA, voce *Indizio*, in *Enc. dir.*, XXI, Milano, 1971, 224 ss.

sorveglianza, situazioni alloggiative

Quanto alla dimensione dei fatti concreti, si tratterà ovviamente di tutte quelle situazioni di fatto ascrivibili di volta in volta all'uno od all'altro indice: con l'unica avvertenza che deve trattarsi di circostanze rilevanti a costituire l'indice e, come si avrà modo di spiegare più avanti (§ 2.2.2), a significare l'esistenza di condizioni di sfruttamento. Ad esempio, mere differenze retributive non sarebbero idonee ad integrare il requisito della 'palese difformità' della retribuzione da quanto previsto dai contratti di riferimento; diversamente da quanto talvolta affermato dai commentatori, un'unica violazione in materia di sicurezza ed igiene nei luoghi di lavoro non sarebbe, di per sé, idonea ad integrare il requisito delle 'violazioni' (dunque: almeno due, o più), tanto più se meramente formale, come non di rado si soggiunge.

B) Su un differente anche se correlato livello si situa il *termine sostanziale di riferimento* dell'inferenza induttiva veicolata dall'indice quale tema di prova: le condizioni di sfruttamento. Il contenuto dello stesso indice di sfruttamento, in altri termini, non può essere inteso nel suo significato indiziante tipico se non con riferimento alla condotta di destinazione o di sottoposizione a condizioni, per l'appunto, di sfruttamento - che si accompagna d'altronde, a sua volta, all'approfittare dello stato di bisogno¹⁹.

Si deve considerare, in termini ancora più puntuali, che il referente teleologico dell'indice non è neppure lo sfruttamento non meglio specificato, ma la produzione di «condizioni» di sfruttamento. Ogni elemento di fatto, significativo ai fini dell'indice, deve dunque *esprimere il significato di coartazione del soggetto a vivere una condizione lavorativa di cui subisce l'imposizione*. Subire l'imposizione è infatti l'aspetto, l'effetto - considerato dalla prospettiva della vittima - della condotta di sottoposizione a condizioni di sfruttamento.

Il termine di riferimento dell'indice esprime, in sostanza, una valutazione di contesto, nel senso che il disvalore del reato s'impenna sull'esistenza di un elemento di contesto (le condizioni di sfruttamento) a sua volta indiziato da varie circostanze di fatto che, per l'appunto, quel contesto concorrono a definire.

Né varrebbe asserire che ogni ulteriore valutazione di contesto sarebbe paralizzata dall'autonoma sufficienza d'un singolo requisito ad 'indiziare' il reato (dato che costituisce indice di sfruttamento, per l'appunto, la sussistenza di

¹⁹ Si è affermato che lo stato di bisogno dev'essere inteso essenzialmente negli stessi termini in cui gli strumenti europei definiscono le condizioni di vulnerabilità: così, ad esempio, nella direttiva c.d. 'trafficking' (2011/36/EU) tale condizione è definita come «a situation in which the person concerned has no real or acceptable alternative but to submit to the abuse involved» (art. 2.2).

una o più delle condizioni normativamente elencate). Si tratterebbe di una obiezione infondata per due motivi. In primo luogo, come si avrà modo di sottolineare ancora, l'esistenza di una circostanza di fatto che corrisponde alla dimensione tipologica dell'indice non è sufficiente di per sé ad integrare l'elemento costitutivo. Si tratta solo della 'base del giudizio', distinto, di significatività. In secondo luogo, si può osservare che l'unicità si riferisce alla dimensione tipologica dell'indice (ad esempio, il criterio retributivo); non è invece attinente alla dimensione concreta, che è fatta di una pluralità di elementi di contesto, sia intrinseci (es., rispetto al criterio retributivo, la reiterazione) sia estrinseci (sempre nell'esempio: palese difformità, o sproporzione qualitativa o quantitativa della retribuzione).

Su queste basi, si deve considerare che la tipicità del reato risulta dal coniugio necessario dei due livelli: la fattispecie concreta ascrivibile all'indice (cioè le circostanze di fatto sussunte nella singola tipologia), pertanto, non potrà essere intesa in sé e per sé come sfruttamento se non è anche idonea a segnalare l'esistenza di complessive «condizioni di sfruttamento» cui il lavoratore sia sottoposto (o destinato ad esserlo) da chi approfitti della sua situazione di vulnerabilità. Disvalore d'offesa è porre qualcuno in condizioni di sfruttamento, non semplicemente corrispondere ad uno o più indicatori, indizi.

3.2.2. Ornitorinco nel sistema di parte speciale

L'elemento delle «condizioni di sfruttamento», quale *termine sostanziale di riferimento* dell'indice, sarà oggetto di apposita analisi.

Qui invece si rivela utile, al di fuori - per così dire - dell'emozione da primo impatto, valutare la soluzione tecnica consistente nel descrivere un concetto sostanziale in modo dinamico e 'contestuale'. Per quanto possa apparire e sia in effetti apparsa alquanto barocca e, secondo quella che sembra la larga maggioranza dei commentatori, sconcertante, proprio questa caratteristica sembra invece essere il modo più semplice e trasparente di ricondurre sotto il governo del diritto le componenti più 'intrattabili', socialmente inaccettabili, di fenomeni socio-economici complessi.

In ciò sta il vero carattere di novità della fattispecie: in essa emergono tracce vistose di esperienze giuridiche che sembravano consegnate al passato, però congiunte ad un approccio che si vale di categorie concettuali di tipo 'regolatorio' e che appartiene al presente ed al futuro della cosiddetta governance di fenomeni complessi; categorie, queste,

familiari alla metodologia della ricerca sociale piuttosto che all'analisi giuridica convenzionale.

Si allude, più chiaramente, a questo: il metodo d'uso di 'indici', per un verso, sembra riportare in emersione la lunga esperienza storica del processo indiziario, delle teorie degli indizi e delle prove legali, maturata a partire dal Medioevo nel contesto del modello inquisitorio. In questo senso, una possibile chiave di lettura dell'intima novità della fattispecie è di tipo più tradizionale, in qualche misura addirittura continuista, che fa leva su esperienze di *longue durée* nella storia del diritto (*infra*, 2.3): in una parola, si tratta del tema delle prove e del convincimento del giudice nel giudizio sul fatto.

Per altro verso, lo stesso concetto di 'indice' evoca nuove categorie epistemologiche, elaborate nel contesto della ricerca sociale e dunque al di fuori delle discipline strettamente giuridiche, utili per descrivere 'scientificamente' un fenomeno complesso come lo sfruttamento lavorativo che si colloca all'incrocio fra pretese normative (sia di stampo repressivo sia regolativo), sistemi produttivi, metodi di commercio e di marketing. Si tratta in particolare della categoria dei c.d. indicatori («indicators»), che a ben vedere – come si cercherà di argomentare – costituisce la più feconda chiave di lettura dell'attuale disciplina penale dello sfruttamento lavorativo, la spiegazione più profonda e convincente del suo intrinseco carattere di novità e, con ciò, della sua inevitabile utilità quando sia chiamato ad operare anche l'armamentario penale.

La fattispecie, per questi suoi tratti, esibisce insomma una fisionomia ad un tempo antica e modernissima, in cui confluiscono ed operano componenti diversificate ma ben identificabili, con provenienze e storie diverse, ma legandosi in un formato giuridico unitario. Un po' come in zoologia accade con l'ornitorinco: animale apparso a lungo bizzarro e misterioso, che unisce in una singolare unità funzionale tratti apparentemente antichi ed addirittura primitivi (becco d'anatra, zampe palmate, deposizione d'uova) e moderni, selezionati e ricomposti nel corso di un'evoluzione lunghissima in un'entità biologica che viene comunque ascritta alla diversa famiglia dei mammiferi, non 'più evoluta' ma semplicemente ramificatasi in epoca molto antica: un «complesso di adattamenti», insomma²⁰.

Per l'una e l'altra entità, si tratta solo di fare uno sforzo particolare per comprendere.

²⁰ GOULD S.-J., *Risplendi grande lucciola*, tr. it., Milano, 31-43 (la locuzione citata è a p. 39). Metodologicamente, vale l'avvertenza secondo cui «le tassonomie sono guide all'azione, non espedienti di ordinamento passivo» (36).

3.3. Ascendenze storiche: indice, indizio.

Quanto al profilo storico, può essere interessante ricordare come la doppia dimensione del *signum*, dell'indizio, che riemerge oggi nel contesto di una fattispecie complessa, costituisca tuttavia patrimonio teorico di una lunga tradizione criminalistica, che a partire dal Medioevo si è occupata della prova del fatto (concreto) elaborando l'articolata teorica degli indizi. Un'esperienza giuridica che dunque viene da lontano, e si tratta di una caratteristica propria della storia della *iuris prudentia* italiana²¹.

Può essere sufficiente qui richiamare l'illustrazione svolta da un classico della letteratura penalistica ottocentesca, Giovanni Carmignani, sia nel definire e classificare gli indizi come «circostanze che dall'ingegno del giudice possono considerarsi verosimilmente congiunte al reato e all'autore»²²; sia nel sintetizzare puntualmente la questione del modo di provare gli indizi.

Sotto il primo profilo, di tipo classificatorio, essi possono essere «necessari», se la loro connessione è necessaria con il reato; «contingenti» se la connessione è solamente «possibile»; in questo secondo caso, qualora si tratti di connessione probabile si parlerà di indizi «prossimi» (Francesco Mario Pagano spiegava più chiaramente che 'prossimo' è l'indizio che tocca direttamente il fatto)²³; qualora si tratti di connessione verosimile si parlerà di indizi «remoti» (e ancora Pagano li indicava come quelli che son connessi a loro volta con indizi del fatto). Di ancor maggiore interesse sotto il profilo classificatorio è la distinzione, che si fa risalire a Baldo degli Ubaldi²⁴, fra indizi «dubitati» o semipieni e «indubitati» o pieni. I primi, meno cogenti, consentivano almeno di aprire l'inquisizione; i secondi, «hanno... grazie a una speciale approvazione

²¹ Ancora fondamentale anche per i riferimenti bibliografici, sia pure nel contesto di una trattazione specificamente dedicata alla tortura, FIORELLI, *La tortura giudiziaria nel diritto comune*, II, Milano, 1954, 10 ss e apparato di note relativo (p. 10-11 e nt. 1 per i giudizi sull'origine 'italiana' delle teorie sugli indizi, date dal grande storico del diritto Esmein, e da Salvioli).

²² CARMIGNANI, *Elementi di dritto criminale*, prima versione italiana a cura di Gramignani e Scelsi (sulla quinta edizione latina di Pisa), vol. I, Palermo, 1846. Da ricordare, peraltro, almeno Tommaso Nani e Francesco Mario Pagano: NANI, *De indiciis, eorumque usu in cognoscendis criminibus*, Pavia, 1781; e PAGANO, *Teorie delle prove*, in *Opere*, III, Lugano, 1832, 58-115. Sul concetto generale di indizio («uno dei gradi di cognizione che avvicinano alla prova ma non sono ancora prove») ricorda Fiorelli (*op. cit.*, 24 s.) che era inteso già nell'epoca del diritto comune bensì come elemento meno intenso della prova piena o semipiena, ma pur sempre come «qualcosa di più alto e di più vicino alla prova che non fossero gli altri gradi di cognizione» quali argomenti, sospetti, congetture, presunzioni, verosimiglianze, ecc.); anche se non sempre la distinzione riusciva chiara, per via della sostanziale affinità delle nozioni.

²³ *Teoria delle prove*, cit., cap. 2.

²⁴ FIORELLI, *op. cit.*, 26 (e rif. in nt. 16), 27.

della legge, la virtù di poter determinare da sé soli anche una condanna»²⁵.

Ancora, si distingueva – secondo la gravità – fra indizi urgenti (o gravi) e semplici (o lievi)²⁶, a seconda della probabilità di connessione con il fatto: maggiore nei primi, minore (per frequenza pratica e dunque minor probabilità in teoria) nei secondi.

Quanto alla discussione su come provare gli indizi, possiamo ancora fare riferimento all'esposizione di Carmignani. Essi presuppongono una duplice verifica:

«Due cose si desiderano negli indizi, perché possano riferirsi al reato, e al di lui autore, e cioè: I. che costi legittimamente della circostanza di fatto che costituisce l'indizio: II. Che tale circostanza sia quella che probabilmente o verosimilmente [a seconda che l'indizio sia prossimo o remoto, ndr], almeno, possa congiungersi al reato di cui si tratta».

In sostanza, in primo luogo si deve provare l'esistenza della circostanza di fatto che costituisce l'indizio; in secondo luogo – con un ragionamento distinto ed ulteriore – stabilire se essa sia anche significativa del reato (dei suoi elementi costitutivi).

Di questa complessa rappresentazione, sia gli aspetti classificatori, sia gli aspetti 'operativi' (concernenti cioè il modo di provare gli indizi) – ma soprattutto i secondi – si rivelano di particolare interesse per una compiuta comprensione del significato degli indizi nell'attuale fattispecie, soprattutto in relazione al compito del giudice.

Quanto agli aspetti classificatori²⁷, ad esempio, rammentare la possibilità che alcuni indizi siano solo verosimilmente connessi col reato (cd. contingenti) – il che deve essere ritenuto per gli indizi di sfruttamento della nostra fattispecie – aiuta ad evitare la precipitosa conclusione che la mera esistenza di circostanze di fatto riconducibili ad un indice sia scambiata con la prova dell'elemento costitutivo.

Quanto al tema della prova dell'indizio, si rivela di particolare utilità il ricor-

²⁵ FIORELLI, *op. cit.*, 27 (corsivo aggiunto).

²⁶ FIORELLI, *op. cit.*, 28-29 e note relative.

²⁷ Ve ne sarebbero di ulteriori, ma meno rilevanti a nostro avviso di quanto non siano quelli di cui si discute nel testo. Così ad esempio, quanto alla «specie» degli indizi, classificazione fondamentale è quella che distingue indizi intrinseci ed estrinseci. In particolare, i primi sono quelli «ex re», cioè scaturenti da fatto di reato in sé o dal suo contesto, dalle sue circostanze, comprendendo fra queste – precisa il Fiorelli – causa, luogo, tempo del reato, altri fatti antecedenti, connessi o conseguenti al reato (FIORELLI, *op. cit.*, 33 ss.). I secondi, essenzialmente fama e testimonianze, «extra rem» perché non derivanti dal reato in sé e per sé.

dare che l'indizio ha, in realtà, una struttura duplice.

Il primo elemento è rappresentato dalla base dell'inferenza induttiva, cioè dalle le *circostanze di fatto* che costituiscono l'indizio (se queste costano con sicurezza si parlerà di indizi «perfetti» cioè «confermati nella sostanza della prova»).

Il secondo aspetto è rappresentato dalla *significatività dell'indizio rispetto al reato a cui esso si riferisce* (quando costi l'effettiva connessione con reato si parlerà di «indizi perfetti nella sostanza dell'indizio»).

Questa distinzione relativa ai modi di provare gli indizi si rivela dunque, come accennato, di estrema utilità. Altro è infatti la questione delle circostanze di fatto in presenza delle quali si può parlare di indizio, altra la capacità significativa dello stesso rispetto al reato.

Trattandosi di elementi di struttura, la circostanza che l'indice operi, per così dire, fuori della sua sede naturale - all'interno di una fattispecie di reato, e non come strumento d'indagini o argomento di prova nel processo - non sembra dover essere ritenuta influente. Se dunque si voglia considerare gli indici di sfruttamento precisamente come indizi della sussistenza di quest'elemento costitutivo (per l'appunto, le condizioni di sfruttamento), ne deriva la necessità di distinguere, come evidenziato più sopra, fra due aspetti ad un tempo diversi e necessari.

Per un verso, il complesso delle circostanze di fatto aventi carattere di indice (sopra, *sub A*); può essere indicato come 'contesto' degli indici tipizzati.

Per altro verso, la capacità significativa degli indici rispetto all'elemento del reato, cioè al loro termine sostanziale di riferimento.

Si tratta di due livelli connessi ma concettualmente separati: il giudice non potrà dunque ritenere provato l'elemento costitutivo sulla sola base dell'accertamento delle circostanze di fatto costituenti, per previsione legislativa, indizio del fatto (l'indizio 'confermato nella sostanza della prova' per dirla con Carnignani); dovrà anche valutare se la circostanza costituente indizio sia anche significativa rispetto all'elemento costitutivo (l'indizio 'confermato nella sostanza dell'indizio', cioè capace di significare l'esistenza di condizioni di sfruttamento).

3.4. «Indicators»

3.4.1. Indicatori come strumenti metodologici (aspetti generali)

Il ricorso in funzione esplicativa alle sole origini storiche della categoria degli indizi - e la collocazione di essi nel contesto d'una logica spiccatamente pro-

cessuale – potrebbe tuttavia rivelarsi fragile approccio ermeneutico. Per quanto la commistione fra logiche sostanziali e processuali nella definizione delle fattispecie di reato sia stata indicata come una tendenza caratteristica della contemporaneità²⁸, il reato in esame continuerebbe a configurarsi come una sorta di *hápax legómenon*, forma linguistica usata una volta sola, oggetto di tanto più veementi critiche quanto più palese ne sia considerata l'anomalia, ma dunque anche isolabile e sperabilmente da eliminare.

A dire il vero, riconoscere in forme della modernità l'emersione di temi di *longue durée*, quale quello del rapporto tra fatto da provare, prova e poteri del giudice, sembra già costituire un'acquisizione utile per tematizzare fenomeni apparentemente inediti e 'intrattabili': li colloca nel contesto di una discussione tradizionale e per così dire familiare, mostrandone al contempo il sensibile contenuto politico.

Tuttavia, come si è accennato²⁹, nel comprendere fino in fondo la stessa esigenza del legislatore di non definire espressamente il concetto di (condizioni di) sfruttamento, tipizzandolo piuttosto mediante 'indici', una diversa prospettiva può rivelarsi feconda. In effetti, molto del carattere 'intrattabile' del problema degli indici sta nel loro equivoco ruolo all'interno della fattispecie: *partecipano della definizione della sfera obiettiva del fatto tipico mediante una altrettanto obiettiva connessione funzionale* con un suo elemento centrale in termini di disvalore, lo sfruttamento, *ma non si risolvono negli elementi costitutivi del concetto*. Mentre questa fisionomia si colloca al di fuori dell'orizzonte definito dallo strumentario esegetico tradizionale, si tratta invece d'una realtà ben attestata nella metodologia della ricerca sociale e congrua con i suoi strumenti concettuali. Indispensabile, a questo punto, individuarne innanzi tutto con chiarezza i contorni; e in un secondo tempo, com'è chiaro, definire legittimità, condizioni e limiti del loro utilizzo in campo giuridico-penale.

Come si è accennato più sopra, negli studi sulla c.d. *governance* di sistemi

²⁸ Ampiamente sul tema FIORE S., *La teoria generale del reato alla prova del processo*, Napoli, 2007; in Italia il tema è stato posto all'attenzione degli studiosi, in concomitanza con l'introduzione del nuovo codice di procedura penale, da PADOVANI, *Il nuovo codice di procedura penale e la riforma del codice penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1989, 916 ss. (poi BRICOLA, *Riforma del processo penale e profili di diritto penale sostanziale*, in *Ind. pen.*, 1989, 313 ss.; PAGLIARO, *Rillessi del nuovo processo sul diritto penale sostanziale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1990, 36 ss.). Come è noto, anche se non sempre riconosciuto, alcune espressioni dell'A. sono divenute quasi locuzioni formulari, variamente parafrasate. Sul tema cfr. ora, specificamente, DI VETTA, *Tipicità e prova. Un'analisi in tema di partecipazione interna e concorso esterno in associazione di tipo mafioso*, in *questa Rivista*, 2017, 1, 1ss. (ove ulteriori, aggiornati riferimenti, spec. in nt. 2).

²⁹ Cfr. *retro*, § 2.2.1. in fine.

complessi, è ormai attestata ed ampiamente utilizzata, con dirette ed importanti conseguenze di *policy* (politiche coerenti di attuazione delle conseguenze analitiche), la categoria dei cosiddetti indicatori («indicators»)³⁰ ed indici (aggregati di indicatori, «indexes»).

In termini del tutto generali, si considera ‘indicatore’ qualcosa che designa, indica, o comunque fornisce una generica visione di un concetto specifico che non è direttamente definibile³¹. Un complesso di indicatori è definito ‘indice’, e serve a misurare in modo più accurato un fenomeno socialmente rilevante identificato come oggetto di ricerca, normalizzando gli errori di misurazione di cui sono portatori gli indici isolatamente considerati; dal punto di vista quantitativo, esso è costruito o semplicemente sommando i valori attribuiti ai singoli indicatori, oppure in modi più complessi, al fine di misurare una determinata variabile.

La ragione per la quale si ricorre ad indicatori è di carattere essenzialmente pratico: si tratta di fare riferimento ad una entità misurabile ed osservabile, che serve per definire un concetto in modo operativo, pratico³². In questo senso, l’indicatore è connesso ad un concetto grazie a regole note come ‘operazionalizzazioni’ del concetto stesso.

Il ruolo degli indicatori è fondamentale, per via della latitudine dei concetti che devono essere osservati e definiti; in determinati casi è addirittura, per così dire, fondativo per via della inerente non-osservabilità di quei concetti.

Dal punto di vista tipologico, gli indicatori possono a loro volta essere di due tipi: di tipo formalistico-legale («*rule-based*»), cioè basati sull’esistenza o meno di regole formalizzate, destinate a disciplinare il fenomeno da valutare/misurare; oppure basati sull’effettività o gli esiti («*outcome-based*»). Gli indicatori del primo tipo hanno il pregio della chiarezza: una regola esiste o no. Quelli del secondo tipo scontano il fatto di essere misurati in base a parametri o scale in qualche misura arbitrarie, per quanto la loro affidabilità e quindi utilità possa esser tanto più incrementata quanto più i criteri di misura e di

³⁰ Per i documenti di *policy* dell’ILO, specificamente in tema di lavoro dignitoso («decent work»), cfr. www.ilo.org.

³¹ Per questa e le definizioni che seguono nel testo cfr. ad es. Social Research Glossary, *ad vocem* Indicator, consultabile in: www.qualityresearchinternational.com. Cfr. inoltre, per una definizione economica di agevole reperimento, JARETTI, in *Dizionario di Economia e Finanza*, Treccani, Roma, 2012, *ad vocem*: «misura di un fenomeno sotto osservazione, che indica il valore della sua caratteristica più peculiare o di un suo aspetto, non direttamente osservabile. Si esprime con un numero o un attributo qualitativo e permette di comprendere elementi» (anche online).

³² Ad esempio, seppure non vi sia una definizione del concetto di ‘intelligenza’, esistono test che la misurano o ne misurano alcuni aspetti. Analogamente per la cd. intelligenza artificiale.

‘attribuzione di punteggio’ siano chiaramente documentati³³. Entrambe queste tipologie astratte possono risultare, in concreto, non facilmente distinguibili fra loro talché si considera preferibile concepire gli indicatori come operanti lungo una sorta di *continuum*, che va da un estremo corrispondente alla prospettiva puramente formale delle regole, all’estremo opposto rappresentato dagli effetti delle strategie di *governance* in atto sull’interesse sostanziale che deve essere considerato e/o misurato. Ad esempio, in tema di corruzione negli appalti pubblici (‘interesse’ sostanziale da osservare) l’indicatore formale può dare un certo risultato (poniamo, esistenza di regole complesse per la procedura di gara in funzione preventiva del rischio corruzione), quello *outcome-based* attestarne uno diverso ed eventualmente opposto (inefficacia di queste regole a prevenire fatti di corruzione, accertati in concreto o oggetto di diffusa ‘percezione’).

D’altra parte, nessun singolo indicatore è esente da errori o parzialità. Per questo si può fare ricorso ad ‘indicatori aggregati’, un modo utile per «combinare, organizzare e riassumere informazioni provenienti da fonti disparate», con ciò riducendo l’influenza di errori di misurazione esistenti in qualche indicatore se isolatamente considerato.

Com’è intuibile, vi sono altri aspetti – di carattere essenzialmente metodologico, come per la questione della deviazione standard di errore di misurazione –³⁴, importanti in quanto incidono sulla valutazione di un determinato modello di *governance*; essi tuttavia possono essere qui tralasciati poiché riguardano profili di misurazione quantitativa non direttamente rilevanti in questa sede, dove vengono piuttosto in considerazione aspetti di tipo ‘qualitativo’³⁵. Può essere interessante, invece, prendere comunque atto del fatto che, a fronte dell’errore intrinseco del singolo indicatore ed al fine di correggerlo garantendo la congruità della valutazione, costituisce prassi normale e metodologicamente raccomandata quella di costruire appositi indicatori aggregati, o ‘indici’³⁶.

³³ KAUFMANN, KRAAY, *Governance Indicators: Where Are We, Where Should We Be Going?*, in *The World Bank Research Observer*, vol. 23, 1/2008, 1-30 (10).

³⁴ Taluni modelli aritmetici sono proposti per compiere queste misurazioni: cfr. KAUFMANN, KRAAY, *Governance Indicators*, cit., 19; analogamente KAUFMANN, KRAAY, MASTRUCCI, *The Worldwide Governance Indicators. Methodology and Analytical Issues*, Policy Research Working Paper n. 5430 (September 2010), in doi.org/10.1596/1813-9450-5430.

³⁵ Sulla ricerca qualitativa e le principali differenze con quella quantitativa, valga per tutti, nella manualistica di lingua italiana, l’esposizione di NATALE, *La ricerca sociale*, Roma-Bari, 2007, spec. 24-30; 43-90 (l’intero cap. III). Quanto rilevato nel testo non equivale ad affermare che nella genesi degli indicatori rilevi piuttosto l’una che l’altra metodologia; semplicemente vengono tralasciati criteri matematici importanti per aspetti di misurazione che non sono direttamente significativi in questa sede.

³⁶ KAUFMANN, KRAAY, *Governance Indicators*, 20.

Complessivamente, da quest'impostazione metodologica sono tratte alcune direttive per la considerazione scientificamente appropriata dei vari indicatori, e la correlata misurazione o valutazione dei risultati di *governance*. Possono essere riassunte in cinque principi operativi³⁷:

- a) *evitare false dicotomie*: ad esempio, distinzioni eccessive fra indicatori possono rivelarsi artificiali, se non tengono in adeguato conto forti complementarità degli uni con gli altri;
- b) *utilizzare gli indicatori appropriati per il compito da svolgere, lo scopo da perseguire*: si tratta di una direttiva generalissima di elementare intuitività, ma che può essere di problematica realizzazione pratica di fronte a fenomeni complessi;
- c) *prevedere la necessità di controllo pubblico e da parte di esperti*: serve a garantire l'esigenza primaria di credibilità degli indicatori;
- d) *riconoscere in modo trasparente i margini di errore intrinseci a qualsiasi indicatore*: esclusa per ovvie ragioni una pretesa di infallibilità, le soluzioni di correzione e di mediazione (in primo luogo, il riferimento a indicatori aggregati) sono espressione fisiologica del metodo, impongono onestà argomentativa e non escludono la fattibilità d'uso;
- e) ammettere che lo sviluppo di nuovi indicatori risulterebbe verosimilmente incrementale (cioè poco rilevante) ed è significativo *monitorare la 'salute' degli indicatori esistenti*.

Come si è detto, l'uso ed il ruolo degli indicatori è divenuto centrale in particolare negli studi di *governance*, definibile a sua volta³⁸, in via di prima ap-

³⁷ KAUFMANN, KRAAY, *Governance Indicators*, 24 s. («strong complementarities»)

³⁸ Sarebbe un fuor d'opera diffondersi su questo tema. Cfr. soltanto, di recente, *The Oxford Handbook of Governance and Limited Statehood*, OUP, Oxford, 2018; nonché, in lingua italiana, FERRARESE, *La governance tra politica e diritto*, Bologna, 2010. A fronte delle varie possibili definizioni che possono essere elaborate del concetto di *governance*, può essere sufficiente (ed utile) far qui riferimento a quella autorevolmente patrocinata da Kaufmann e Kraay, che fa riferimento al «modo di esercizio del potere nella gestione delle risorse economiche e sociali per lo sviluppo», non mancandosi di sottolineare il ruolo degli attori pubblici nell'acquisizione ed esercizio di tale potere (KAUFMANN, KRAAY, *Governance Indicators*, cit., 4). La definizione di *governance* che compare sinteticamente espressa nel "Worldwide Governance Indicators Project" della banca Mondiale è la seguente: «Governance consists of the traditions and institutions by which authority in a country is exercised. This includes the process by which governments are selected, monitored and replaced; the capacity of the government to effectively formulate and implement sound policies; and the respect of citizens and the state for the institutions that govern economic and social interactions among them» (*info.worldbank.org*). Per una critica veemente del concetto cfr. tuttavia le pagine del filosofo canadese DENEALD A., *Governance. Il management totalitario*, Venezia, 2018, rilevante qui soprattutto per la critica alla «regolazione da parte della norma», nel senso che «le norme non sarebbero generate dai popoli, ma i popoli dalle norme»; un modo, questo,

prossimazione, come il complesso delle azioni poste in essere da un'organizzazione complessa ed in particolare da uno Stato (od un'organizzazione internazionale) che sia anche responsabile nei confronti suoi cittadini ed operi in base al *rule of law*³⁹.

Ad esempio, gli indicatori sono la base metodologica, in ambito europeo, di politiche di sviluppo del welfare ed in generale di politiche basate su un'appropriata percezione dei trend generali del cambiamento sociale nel contesto europeo. Si tratta di un sistema strutturato per «ambiti di vita» (*life domains*) e, per ciascun ambito della vita, distinte «dimensioni di scopo» (*goal dimensions*), oltre che più generali dimensioni intese ad intercettare il cambiamento delle strutture sociali.

3.4.2. Indicatori e «decent work»

Per quanto più direttamente possa interessare agli effetti dell'oggetto di questo lavoro, fra gli ambiti della vita che interessano le politiche europee vi è specificamente quello del «mercato del lavoro e condizioni di lavoro» (oltre che talaltri strettamente collegati, quali la salute ed i sistemi di sicurezza sociale); in relazione ad esso, sono dimensioni di scopo, ad esempio, il miglioramento delle condizioni oggettive di vita o soggettive di benessere, conservazione del capitale umano e naturale, riduzione delle disuguaglianze e promozione delle pari opportunità, riduzione delle cause di esclusione sociale, e così via⁴⁰. All'interno delle macro-categorie (o indicatori aggregati: nell'esempio: mercato del lavoro e condizioni di lavoro), unite alle indicazioni di scopo (es., miglioramento delle obiettive condizioni di vita) sono considerate varie c.d. sotto-dimensioni (indicatori semplici che ne concretizzano l'apprezzamento).

per esprimere la direzione verso un potere non democratico sorretto da una «regolazione» tecnocratica, un «modello di governance normativo che favorisca maggiormente le entità multinazionali» (141-142 e *passim*). Ma non si tratta di critiche che possono coinvolgere direttamente l'elaborazione di indicatori standardizzati nei termini che qui si analizzano e di cui si propone una ricostruzione agli effetti dell'applicazione della norma penale. Un "plaidoyer" per questi indicatori non significa adesione acritica ai paradigmi teorici di riferimento del generale concetto di *governance*, ed al loro significato politico. Piuttosto, limitatori di modi di produzione che segnano i confini del "potere dell'uomo sull'uomo" appaiono come espressione del senso impresso al concetto di «bene comune» da John Locke, *Two Treatises of Government - Essay two: Concerning the True Original Extent and End of Civil Government* (1690), ed. London 1823: «Commonwealth» (cap. X-XIII, p. 161 ss. dell'edizione londinese).

³⁹ KAUFMANN, KRAAY, *Governance Indicators: Where Are We, Where Should We Be Going?*, in *The World Bank Research Observer*, vol. 23, n. 1 (Spring 2008), 1-30 (2).

⁴⁰ Per tutti questi aspetti cfr. in particolare NOLL, *Towards a European System of Social Indicators: Theoretical Framework and System Architecture*, in *Social Indicators Research*, n. 58, 2002, 48-87 (spec. 73-75, dove anche la citazione riportata nel testo).

Interessante notare, in particolare, che le ‘condizioni di lavoro’ sono specificate rispetto a ‘orari di lavoro’, ‘remunerazioni’, ‘ambiente di lavoro’ e ‘contenuto della prestazione’⁴¹; in sostanza, si tratta di parametri del tutto analoghi alle categorie tipologiche degli indici contenuti nella fattispecie penale.

Analogo ruolo svolgono gli indicatori al fine di orientare le politiche internazionali in tema di lavoro elaborate in particolare dall’Organizzazione Internazionale del Lavoro (ILO). Per quanto può essere di più diretto interesse in questa sede, è utile considerare che l’ILO ha lanciato, alla fine del Ventesimo secolo, il concetto di lavoro dignitoso («decent work») come orizzonte valoriale di quelle politiche. Com’è agevole intuire, non esiste una definizione diretta del concetto di lavoro dignitoso; ma, ad onta di questa mancanza e coerentemente con le premesse metodologiche più sopra esposte, tale concetto – in una prospettiva di definizione operativa – si considera composto da quattro macro-indicatori: impiego, protezione sociale, diritti dei lavoratori, dialogo sociale.

Si è trattato dunque, nella ricerca sociale, di trovare misure idonee a prendere in considerazione tutti e quattro questi ‘pilastri’ ed esprimere la loro interrelazione («interconnectedness»)⁴². In particolare, per misurare quanto uno specifico obiettivo o esito sia stato conseguito, sono utilizzati per l’appunto degli indicatori specifici, espressi in relazione a ciascuna delle aree rilevanti per la valutazione; non tutte ovviamente rivestono interesse diretto ai fini del presente lavoro, ma possono essere considerate almeno le seguenti⁴³:

a) fra gli indicatori della dimensione relativa all’impiego («employment dimension») sono considerati:

(i) il carattere ‘remunerativo’ o meno, che rappresenta uno degli elementi di ‘qualità’ del lavoro; in questo rispetto, per quanto non sia possibile – com’è ovvio – stabilire una quantità valida in assoluto per ogni Paese, per misurare l’adeguatezza della retribuzione nei Paesi industrialmente sviluppati si fa generalmente riferimento a due criteri: uno relativo, identificato in un guadagno inferiore alla metà della retribuzione media nazionale, ed uno che definisce una misura assoluta di povertà, quando il guadagno sia inferiore ad una somma giornaliera definita convenzionalmente (circa 14 dollari al giorno; misura che scende a 1 - 2 dollari per i paesi in via di sviluppo; si tratta di stan-

⁴¹ NOLL, *op. cit.*, 73 s.

⁴² GHAI, *Decent Work: Concept and Indicators*, in *Int’l Labour Rev.*, vol. 142 (2003), No. 2, 113-145.

⁴³ GHAI, *op. cit.*, 119-124.

dard impiegati dalla Banca Mondiale)⁴⁴;

(ii) le *condizioni di lavoro*, che possono includere varie voci, quali lavoro notturno, orario, riposo settimanale, ferie pagate, sicurezza sul posto di lavoro («occupational safety»), salute⁴⁵;

(b) quanto agli indicatori relativi alla dimensione della *sicurezza sociale*⁴⁶, cioè quelle misure intese a fornire ai lavoratori protezione contro accadimenti contingenti quali disoccupazione, malattia, maternità, disabilità e vecchiaia, essi variano comprensibilmente a seconda del livello di sviluppo della società di riferimento; ma può essere interessante notare come, per i paesi in via di sviluppo, devono contare indicatori collegati a dimensioni elementari della sicurezza sociale, quali adeguato nutrimento, cura di primarie esigenze di salute e di educazione, acqua pulita, alloggio; si tratta di dimensioni elementari delle condizioni di lavoro che, ad esempio, appaiono pregiudicate nell'esperienza emersa a proposito del caporalato in agricoltura su territorio italiano;

(c) il complesso degli indicatori pertinenti al *rispetto dei diritti umani*, alla «human rights dimension»⁴⁷, attiene ai due essenziali divieti di lavoro forzato in qualunque forma, comprese forme para-schiavistiche, servitù per debiti («bonded labour») ecc.; in tema si riscontrano pochi indicatori generali, a causa della varietà di forme che il lavoro forzato può assumere; e tuttavia esistono indicatori qualitativi basati su studi, pubblicazioni dell'ILO, rapporti sui diritti umani prodotti da varie organizzazioni⁴⁸.

3.4.3. In particolare, condizioni di lavoro come indicatori di sfruttamento

Di particolare interesse è l'elaborazione, da parte dell'ILO e della Commissione europea, di indicatori per l'identificazione di vittime di tratta a fini di

⁴⁴ «(T)his must vary in accordance with the prevailing societal values and material prosperity of a country»: GHAI, *op. cit.*, 119.

⁴⁵ GHAI, *op. cit.*, 121.

⁴⁶ GHAI, *op. cit.*, 122.

⁴⁷ GHAI, *op. cit.*, 125.

⁴⁸ Un tentativo di costruire sistematicamente indicatori qualitativi si trova in KUCERA, *The effects of core worker rights on labour costs and foreign direct investment: Evaluating the "conventional wisdom"*, Discussion Paper No. 130, Geneva, International Institute of Labour Studies, 2001, 15-16 (§ 4.3.): l'A. suddivide sei indici relativi a quattro settori produttivi, dalla produzione tessile e di vestiario al settore minerario, edile, nonché all'agricoltura, silvicoltura, pesca, con destinazione industriale («textiles, apparel, rugs, leather goods, or footwear»; nonché «other manufacture or craft production»; «mining», «construction» «market-oriented agriculture, forestry, or fishing»),

sfruttamento lavorativo⁴⁹. Ciò non tanto per l'originalità del contenuto, quanto per la precisazione che non tutti gli indicatori hanno uno stesso grado di significatività rispetto alla situazione finale. Posto che uno degli indici di sfruttamento è rappresentato certamente dalle condizioni di lavoro, un orario eccessivo è considerato un indicatore «forte» (*strong indicator*), il pagamento d'un salario basso od addirittura il mancato pagamento del salario, nonché l'accertamento di pessime condizioni di lavoro sono considerati indicatori (soltanto) «medio-forti», ovviamente rispetto alla vittimizzazione.

In effetti, gli indicatori in discussione sono stati elaborati, applicando una metodologia consolidata (la c.d. Delphi methodology)⁵⁰, per sviluppare definizioni armonizzate e relativi indicatori ad esse associati, nella prospettiva di raccolta e comparazione, fra gli Stati membri, di dati statistici relativi al settore criminale considerato. In particolare, sono stati identificati quattro «set di indicatori», ciascuno relativo ad aspetti della definizione di *trafficking*, dei quali interessa qui specialmente quello relativo alle condizioni di sfruttamento lavorativo («exploitative conditions of work»). È composto di nove indicatori, ciascuno dei quali è caratterizzato come «forte» «medio» o «debole» e il risultato dello *assessment*, della valutazione operativa sulla sussistenza dell'elemento della definizione normativa è considerato positivo se sussistono le seguenti combinazioni: due indicatori forti; un indicatore forte ed uno medio o debole; tre indicatori medi; due indicatori medi ed uno debole⁵¹.

Gli indicatori, relativamente allo sfruttamento lavorativo degli adulti⁵², sono i

⁴⁹ Cfr. ILO *Operational indicators of trafficking in human beings*, in www.ilo.org nonché ILO *Explanation for indicators of trafficking for labour exploitation*, in www.ilo.org (ultima consultazione di entrambi: 5.11.2018).

⁵⁰ Sul metodo Delphi cfr. solo: it.wikipedia.org.

⁵¹ Faccio riferimento a questo testo perché è il più recente; ma cfr. comunque, in termini del resto del tutto analoghi, il documento sugli indicatori di lavoro forzato dello stesso International Labour Office, di alcuni anni antecedente: ILO, *Hard to see, harder to count: Survey guidelines to estimate forced labour of adults and children*, Geneva, 2012² (reperibile in: ilo.org; ultimo accesso 9.11.2018). Da notare la conclusione problematica dello United Nations Office on Drugs and Crimes (UNODC), *The Concept of "Exploitation" in the Trafficking in Persons Protocol*, Issue Paper, Vienna 2015, 109 (cfr. in particolare anche pp. 21-23, 30-32): «For most practitioners the principal difficulty lies in establishing the line that divides bad working conditions...from exploitation of workers that is of sufficient severity to be brought within the definition of trafficking. The line may shift depending on the labour conditions in the country more generally...[C]ultural and social factors appear to be important, if not determinative in establishing where the threshold may lie».

⁵² Per la speciale peculiarità della situazione non è qui considerate lo sfruttamento dei minori; per questo sia sufficiente citare gli indicatori usati ed il relativo grado: «Strong Indicators: Excessive working days or hours; Medium Indicators: Bad living conditions, Hazardous work, Low or no salary; No access to education; No respect of labour laws or contract signed; Very bad working conditions; Wage manipulation» (si noti che, comprensibilmente, la mancanza di accesso all'educazione è indicatore "medio" per i minori, invece "debole" per gli adulti).

seguenti:

A. Indicatore forte (Strong Indicator)

a. «Excessive working days or hours» - Quest'indicatore (o meglio, indice), secondo le indicazioni esplicative, «include» una serie di condizioni di fatto, quali lo straordinario forzato, il divieto di pause di riposo, di tempo libero, l'obbligo di accollarsi turni di colleghi o rendersi reperibile ventiquattr'ore su ventiquattro, sette giorni di sette; ma include anche carichi di lavoro eccessivi o tassi di produttività eccessivi rispetto alle ore di lavoro.

Quest'ultimo riferimento potrebbe apparire problematico nella prospettiva della fattispecie penale; e tuttavia non è raro che siano effettivamente cronometrati i tempi di esecuzione di determinate operazioni pertinenti a specifiche mansioni, talché un calcolo può risultare effettivamente possibile. In questo senso, non è da escludere che il giudice possa valutare, in termini di indicatore e soprattutto tenuto conto di elementi di contesto⁵³, anche questo requisito di eccessività.

B. Indicatori medi (Medium Indicators)

b. «Bad living conditions» - Quest'indicatore include il negare la libertà di scegliere il luogo dove alloggiare o le condizioni abitative, la costrizione a vivere in posti sovraffollati, in condizioni malsane e insalubri («unhealthy or unsanitary»), o non idonee a garantire in tutto o in parte il diritto alla riservatezza. Queste indicazioni sono senz'altro utili a concretizzare il requisito delle condizioni alloggiative degradanti, che in tal senso non appare affatto generico ma semplicemente «elastico»⁵⁴.

c. «Hazardous work» - Si tratta di un criterio relativo sia alla natura dell'attività da svolgere (non solo nel senso dell'esistenza di condizioni di rischio e assenza di protezioni, ma anche, ad esempio, in caso di lavoro troppo difficile per essere svolto da quella specifica persona), sia alla pericolosità del contesto ambientale (caldo o freddo estremi) o del viaggio da effettuare per raggiungere il luogo di lavoro. Si aggiunge che il concetto può includere lavo-

⁵³ Ad esempio, se si richieda una produttività che risulti in concreto incompatibile con l'andare alla toilette in orario di lavoro.

⁵⁴ Riprendo l'espressione di MANTOVANI F., *Diritto penale. Parte generale*, Padova, 2017¹⁰, 66 s. («numerosissimi elementi che esprimono concetti che presentano due confini comprendenti una zona grigia intermedia fra un settore di positiva ed un settore di negativa certezza, aperta a possibili soluzioni opposte dipendenti dall'apprezzamento del giudice. Margine, però, contenuto o comunque riducibile in via interpretativa nei limiti di quella ineliminabile elasticità, che non prova la fattispecie della sua sufficiente determinatezza»).

ro degradante perché umiliante o sporco; il che non equivale a ritenere sfruttamento ogni lavoro che possa eventualmente avere queste caratteristiche, come ad esempio la pulizia d'uno stabbio o di bagni ad uso pubblico (su questo cfr. il primo esempio del § 2.5).

Si deve comunque notare che non è il carattere pericoloso in sé del lavoro, o la mera mancanza di protezioni a tutela del lavoratore – diremmo: la violazione delle norme in tema di igiene e sicurezza – che segnala una situazione di sfruttamento, ma il fatto che la persona sia costretta («forced to») ad intraprendere il lavoro in quelle condizioni di rischio. Questa precisazione è importante, sia alla luce di quanto già osservato circa l'indiscutibile irrilevanza di violazioni formali⁵⁵; sia al fine di interpretare rigorosamente e cioè restrittivamente (come si vedrà a suo luogo) la condotta di “sottoposizione” a condizioni di sfruttamento da parte del datore di lavoro: anche violazioni importanti, per così dire, della normativa antiinfortunistica non sarebbero automaticamente rilevanti come indice di sfruttamento, se non deliberatamente imposte, inflitte in danno del lavoratore. Un'interpretazione, questa, che sarebbe perfettamente coerente con i criteri internazionalmente accettati. Vero è che formalmente si tratta di criteri volti ad identificare l'esistenza di condizioni di sfruttamento lavorativo quale scopo del trafficking, e dunque di una condotta intrinsecamente coercitiva: il che spiegherebbe l'esigenza di precisare la speciale natura forzata della sottoposizione al lavoro pericoloso senza mezzi di salvaguardia; ma non sarebbe un'obiezione decisiva, non foss'altro perché è chiaramente avvertito che non tutte le situazioni di sfruttamento derivano da *trafficking*⁵⁶ e dunque quello può ben essere definito (indicizzato) anche in assenza dei requisiti costitutivi del reato di tratta.

d. «Low or no salary» – Requisito, questo, che non necessiterebbe di particolari spiegazioni, se non fosse per l'esigenza di sottolineare ancora una volta il fatto che – ad onta della particolare gravità della circostanza – si tratta ancora una volta di un mero indicatore, la cui presenza non segnala automaticamente condizioni di sfruttamento. Così, il praticante di studio professionale cui sia richiesto di lavorare attivamente pur senza ricevere salario non sarebbe automaticamente attratto nell'orbita di tutela della fattispecie; il che può ben essere comprensibile, poiché in qualche misura il carico di lavoro ha come

⁵⁵ Cfr. *retro*, § 2.2.1. al punto A).

⁵⁶ Come attentamente precisato nella *concurring opinion* dei giudici Pinto de Albuquerque et al. (ECtHR, 4th Sec., *J. And Others v. Austria*, cit., § 21 della *c.o.*), solo il 20% del lavoro forzato – secondo stime dell'ILO – deriva da precedente tratta, e dunque i due concetti o meglio i due tipi di reato possono intersecarsi nei fatti ma non devono essere confusi e sono oggetto di autonomi obblighi di incriminazione.

contropartita un impagabile (?) vantaggio per l'interessato, al quale è "offerta l'opportunità" di imparare il mestiere (e le sue durezze e asperità e inclemenza) sul campo.

e. «No respect of labour laws or contract signed» - Anche questo requisito non ha bisogno di particolare illustrazione. Può esser utile segnalare, peraltro, che si tratta di un indicatore costruito a partire da circostanze di fatto che possono esser significative anche di altri profili (come quello relativo all'eccessiva durata del lavoro, od alle precarie od illegali condizioni in cui è fornita la prestazione). In questo senso, come per le ipotesi precedenti non si tratta di una mera questione formale di inosservanza di clausole contrattuali, o di semplice lavoro nero (senza contratto), ma del fatto che queste circostanze indizino condizioni di sfruttamento; questo è particolarmente chiaro quando è sottolineato che il requisito concerne anche casi di inganno sulla natura della prestazione, su chi sia il vero datore di lavoro,

f. «No social protection (contract, social insurance, etc.)» - Aspetti di questo indicatore che non sono menzionati nella fattispecie penale (es., escludere assenze per malattia) possono rilevare genericamente sotto il profilo delle condizioni di lavoro degradanti, alle condizioni più volte rimarcate.

g. «Very bad working conditions» - Requisito inevitabilmente elastico, di cui è sottolineato anche l'aspetto soggettivo o meglio relazionale: l'esser costretto ad accettare condizioni altrimenti inaccettabili.

h. «Wage manipulation» - Questo criterio include il pagamento della retribuzione ad intermediari od a membri della famiglia diversi dal lavoratore (e che si suppone abbiano una forma di controllo sul lavoratore); l'irrogazione di sanzioni pecuniarie; detrazioni eccessive per vitto e alloggio; così come impedire che il lavoratore abbia libera disponibilità della paga.

Weak Indicators

i. «No access to education» - Non previsto dalla norma interna, non può costituire indicatore rilevante agli effetti penali (ma la conclusione potrebbe cambiare se si tratta di minori).

La funzione degli indicatori, nella prospettiva in discussione, può apparire ben diversa da quella assunta nella fattispecie italiana: altro sarebbe infatti utilizzarli in termini operativi, al fine di elaborare strategie d'indagine sulla concreta commissione del reato mediante un sagace riconoscimento della vittima, oppure a fini statistico-conoscitivi e di comparazione; altro l'utilizzarli come

veri e propri criteri di selezione del fatto punito in astratto.

Ma si tratta di una differenza reale?

Come dovrebbe essere ormai chiaro in base a quanto sostenuto fino ad ora, in realtà gli stessi indicatori della fattispecie penale non operano direttamente la selezione astratta, ma svolgono un ruolo di ausilio interpretativo rispetto alla sussistenza dello sfruttamento. Ciò che può risultare interessante è la graduazione del significato indiziante; anche questo elemento potrà essere di fatto preso in considerazione. E tuttavia, com'è chiaro, questa stessa graduazione, se è comprensibile nel contesto originario di riferimento, ben difficilmente avrebbe potuto esser recepita in termini formalizzati all'interno della fattispecie penale.

3.5. Indicatori: tirando le somme

L'illustrazione che precede si è resa necessaria, pur con una certa pedanteria espositiva e scontando qualche inevitabile semplificazione, essenzialmente per familiarizzare in via preliminare con categorie probabilmente estranee al tradizionale strumentario concettuale dispiegato negli studi di diritto penale.

A questo punto, si tratta in primo luogo di riepilogare quel che può rivelarsi adattabile al contesto dello sfruttamento lavorativo come reato; in secondo luogo, di affrontare le questioni sollevate in principio, e cioè la legittimità, le condizioni ed i limiti dell'uso di categorie provenienti da altri ambiti di sapere (qui, dal diverso contesto della ricerca sociale) nell'interpretazione di una fattispecie di reato.

Il tema, com'è evidente, presenta un aspetto teorico di carattere generale che tocca i fondamenti ultimi della scienza penale, e per questo non può essere neppure sfiorato in questo lavoro. La posizione qui assunta è peraltro esplicita e s'industria a prendere sul serio l'idea di *gesamte Strafrechtswissenschaft*, di scienza penale integrata (o «integrale») ⁵⁷ - al di là di quanto siano criticabili i presupposti qui assunti e gli esiti interpretativi cui si è pervenuti. Non si tratta semplicemente ed ormai forse banalmente degli indissolubili rapporti fra diritto sostanziale e diritto processuale (questo è un dato che non dovrebbe più esser neppure messo in discussione), fino all'introiezione della realtà del pro-

⁵⁷ Sia qui consentito limitarsi a ricordare la raccolta di saggi in: *Il modello integrato di scienza penale di fronte alle nuove questioni sociali*, a cura di Moccia e Cavaliere, Napoli, 2016 ed ivi specialmente il lavoro di DONINI, *La scienza penale integrale fra utopia e limiti garantistici*, 7 ss. (ove i necessari riferimenti; ma si devono almeno rileggere le paginette introduttive - e che paginette: brevità intelligente ed innovativa, parole formative e non meramente informative - di von LISZT, DOCHOW, *An Unsere Leser*, in *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, 1881, 1-3, pure ricordate da Donini).

cesso e delle sue regole nelle categorie sostanziali⁵⁸, ma di chiamare ad un ruolo attivo nella comprensione del fenomeno penale, a fini immediatamente operativi, categorie extra-disciplinari, per quanto questo possa apparire intrinsecamente problematico⁵⁹.

Una breve, preliminare discussione sul metodo è almeno opportuna, se non fondamentale, per affrontare, fra le obiezioni al paradigma integrato delle discipline (“scienze”) penalistiche⁶⁰, quella che più direttamente può investire il modello di tipicità mediante indicatori. Come rilevava Karl Binding nel contesto della cultura tedesca dell’ottocentesco *fin de siècle* e dei primi del Novecento⁶¹, il modello integrato impone al giurista di utilizzare competenze, estranee al proprio patrimonio conoscitivo, che sarebbe incapace di dominare, soccombendo necessariamente al diletterantismo scientifico – obiezione che fu poi, nel contesto italiano, la fondamentale cifra del tecnicismo giuridico di Arturo Rocco e soprattutto di Vincenzo Manzini.

Sono cose note; opportunamente è stata ripetuta l’unica replica possibile a quest’approccio: «se la legge regola ambiti sociali o della realtà ... la cui stessa disciplina impone la conoscenza tecnica di settori scientifici o normative extrapenali, il Parlamento dovrà attrezzarsi per costruire prima, e il penalista per impiegare poi, le sue ‘competenze’, tenendo conto delle conoscenze dei settori tecnici di riferimento. In caso contrario sarà impossibile una disciplina razionale o adatta allo scopo»⁶². In questa prospettiva, ha ancora un valore prospettare il carattere integrato delle discipline penalistiche, che pure si rivelò da subito problematico; si tratta di «acquisire dal punto di vista privilegiato e primario del discorso normativo le conoscenze di fatto che la costruzione e l’applicazione delle norme richiedono...a seconda della necessità»⁶³.

Gli indicatori della fattispecie di sfruttamento lavorativo, in quest’ottica, possono esser considerati idonei a soddisfare alfine proprio l’esigenza avanzata da quanti, nell’intento di evitare il ritorno al giudica avalutativo, sottolineano l’importanza di esigere conoscenze empiriche in fase legislativa, per legittimarne l’utilizzo in sede interpretativa e critica⁶⁴. Il giudice che ragiona in base ad indicatori non è per definizione un “logico deduttivista” ma procede per

⁵⁸ Su questo secondo aspetto invece si riscontrano sensibili differenze d’opinione; cfr. *infra* nt. 85 e 88.

⁵⁹ NORRIE, *Crime, Reason and History. A Critical Introduction to Criminal Law*, Cambridge, 2014².

⁶⁰ Su questo v. di recente DONINI, *La scienza penale integrale*, cit., 30 ss., 34.

⁶¹ BINDING, *Grundriss des deutschen Strafrechts*, A.T., Leipzig, 1913⁵, V.

⁶² DONINI, *loc. ult. cit.*

⁶³ DONINI, *La scienza penale integrale*, cit., 39.

⁶⁴ Cfr. ad es. DONINI, *op. ult. cit.*, 43; 54, dove testualmente si identifica lo spazio più rilevante per l’attuazione del modello integrale/integrato delle scienze penalistiche proprio nel livello legislativo, della politica criminale di matrice parlamentare.

induzione, come del resto esigono gli indizi. Ma si tratta di un'induzione legislativamente guidata: gli indicatori hanno il duplice pregio di esprimere sia il confine logico-giuridico dei fatti (soltanto quelli che compaiono negli indicatori sono parametri del concetto di sfruttamento come elemento costitutivo del fatto tipico), sia l'orizzonte assiologico di riferimento cioè la scelta di valore espressa dall'importanza del rispetto di alcuni parametri considerati espressivi della dignità del lavoratore. Con ciò - se si vuole indulgere ad un linguaggio classico - sono coniugate la funzione di definire una c.d. *Bestimmungsnorm*, una norma di comportamento, e quella di esplicitare anche la *Bewertungsnorm*, che ha la caratteristica fondamentale (altrimenti considerata assente dagli ideali razionali di imperativi di legge costruiti su norme di valutazione)⁶⁵ di avere esplicite basi epistemologiche assunte dal legislatore e capaci di orientare l'attività degli operatori del diritto (giudici forse in primo luogo, ma non soltanto costoro).

Mentre l'ingresso dei saperi ausiliari, come si sarebbe detto al tempo del tecnicismo giuridico, è comunemente individuato in settori diversi - ad esempio, prognosi criminologiche, imputabilità, causalità giuridica - qui ha la caratteristica di comparire espressamente come segno del fatto tipico, cioè come connotato della fisionomia tecnica delle scelte di incriminazione.

La dichiarazione esplicita dei criteri per l'individuazione della tipicità, allora, costituisce - piuttosto che un motivo di censura della fattispecie alla luce dei principi costituzionali - un'occasione di applicazione di questi ultimi allo stesso momento di esercizio della discrezionalità legislativa. Né sembra in ciò concretizzarsi il rischio di un «riduzionismo sociologico», della dissoluzione sociologica del diritto penale paventata da Eugenio Raúl Zaffaroni⁶⁶: l'inserimento di indicatori per la valutazione del giudice sul significato di elementi di fatto selezionati dal legislatore all'interno della fattispecie tipica ne definisce anche il limite operativo. Il resto ne sta fuori, come si è detto: non è il diritto penale che può governare la struttura macroeconomica di interi modi di produzione, e vale ancora in questo la convinzione marxista che il diritto riflette le disuguaglianze sociali sottostanti alle sue regole, ma non può risolvere disuguaglianze che esigono l'intervento di strumenti politici generali⁶⁷.

Riassumendo all'osso, la teorica degli indicatori offre una serie di utili spunti, fra i quali possono essere valorizzate le seguenti acquisizioni:

⁶⁵ DONINI M., *op. ult. cit.*, 44.

⁶⁶ ZAFFARONI, *La crítica al derecho penal y el porvenir de la dogmática jurídica*, ora in Id., *En torno del cuestión penal*, Montevideo, Buenos Aires, 2005, 114 ss., 119.

⁶⁷ Lo ricorda DONINI, 64 in nt. 119.

I. anche se un concetto non sia definibile in termini ontologici, ne sono possibili definizioni operative, a determinati fini previamente individuati; tra questi non c'è ragione di escludere anche la dimensione giuridica e specificamente penale;

II. le definizioni operative ruotano intorno ad indicatori singoli o aggregati, detti indici, funzionali a comprendere, misurare, valutare fenomeni complessi; non rappresentano di per sé elementi del concetto, ma ne segnalano la ricorrenza;

III. concorso di più indicatori, trasparenza dell'uso, controllabilità alla luce della 'miglior scienza ed esperienza', rappresentano elementi di sicurezza rispetto alla limitazione degli errori di valutazione a proposito del fenomeno che essi sono destinati a tematizzare.

La questione dell'uso di indicatori in materia di sfruttamento lavorativo può essere dunque affrontata, quanto a legittimità e limiti di trasposizione nel sistema penale, alla luce di quanto appena riassunto.

Che un fenomeno economico-sociale di sfruttamento lavorativo esista, comunque esso possa essere identificato e definito (storicamente, filosoficamente, economicamente, socialmente, giuridicamente) è un dato che non può essere seriamente contestato. Altrettanto indiscutibilmente, esso sfugge ad una definizione in termini classici, soprattutto – ed è quel che qui interessa – funzionale alle esigenze intrinseche ai principi del diritto penale. Allo stesso tempo, tuttavia, non si può negare un interesse a che anche lo strumento penale possa essere coinvolto nella gestione in funzione repressiva di determinate forme di sfruttamento⁶⁸.

L'utilità della prospettiva di ricerca sociale e dei relativi paradigmi epistemologici risiede proprio in ciò, nel consentire di legittimare la possibilità d'intervento su un fenomeno complesso anche se si prescinde dal definirne in astratto, diremmo ontologicamente, il relativo concetto. Insomma, la mancanza di una definizione astratta non equivale ad impossibilità di definire specifici aspetti a determinati fini: si tratta di utilizzare, cioè, definizioni operazionali formulate mediante l'impiego di 'indicatori' singoli o, più opportunamente, aggregati ('indici'). I sistemi penali, d'altronde, già da tempo utilizzano il concetto di 'sfruttamento' – mai veramente definito – a fini speciali, cioè concretizzandolo in relazione a determinati ambiti di vita e d'illecito, al fine di 'governarli': si pensi allo sfruttamento della prostituzione; a quello in tema di pornografia; di lavoro, ecc.

⁶⁸ Tralascio qui il tema del c.d. bene giuridico, che non presenta una imprescindibile utilità ai fini del presente discorso.

È innegabile che l'assenza di una definizione sollevi problemi urgenti di legittimazione ed idoneità dell'armamentario penale a gestire fenomeni complessi. Su questo aspetto si avrà modo di tornare. Ma qui si tratta di affrontare una questione differente: una volta che si sia intrapresa (anche) la via del diritto penale, l'assenza di una definizione generale ed astratta del concetto non impedisce che esso possa essere impiegato per scopi determinati, e a condizioni - regole - definite dal sistema di riferimento, cioè in cui il concetto sia destinato ad operare. La legittimità dell'uso di strumenti operanti in diversi ambiti del sapere e della prassi deve dunque esser definita in relazione a quelle regole.

Pertanto: quando fra i possibili, vari (anche se non sempre e non del tutto valorizzati) strumenti di gestione dello sfruttamento lavorativo il legislatore decide di utilizzare anche quello penale, esso assume ad un tempo la responsabilità ed il compito di orientare la repressione ai principi del sistema.

Innanzitutto, alla luce dell'*extrema ratio* si tratta di punire forme intollerabili di compressione della dignità umana, che si concretizzano nell'imporre condizioni di lavoro che ne sono lesive, e nell'approfittare d'una situazione di vulnerabilità. La fattispecie dev'essere interpretata nel suo complesso in modo conforme a detto principio: in particolare, non ogni situazione di vulnerabilità, per la quale un soggetto si pieghi ad accettare un lavoro per mancanza di alternative, costituisce di per sé sfruttamento; è necessario, a tal fine, che colui che impiega la persona sfrutti intenzionalmente questa circostanza per imporre condizioni di lavoro più onerose di quanto sia altrimenti possibile. Come già ricordato, il requisito della sottoposizione a condizioni di sfruttamento approfittando dello stato di bisogno esprime il necessario concorso di queste circostanze al fine di affermare la rilevanza penale del fatto⁶⁹.

Gli altri principi del sistema saranno da applicare coerentemente: riserva di legge e determinatezza in primo luogo.

Proprio in questa prospettiva, a fronte dell'indeterminatezza 'autonoma' del concetto, l'uso degli indicatori, lungi dal costituire un elemento problematico alla stregua di quei principi, rappresenta addirittura, al contrario di quanto comunemente ritenuto, una tecnica raccomandabile: da un lato, soddisfa le esigenze di concretizzazione del precetto senza imbrigliarlo in requisiti costi-

⁶⁹ Riprendo qui pressoché testualmente le ILO *Survey Guidelines to estimate forced labour etc.*, cit., p. 16: «...the obligation to stay in a job due to the absence of alternative employment opportunities, taken alone, does not equate to a forced labour situation; however, if it can be proven that the employer is deliberately exploiting this fact (and the extreme vulnerability which arises from it), to impose more extreme working conditions than would otherwise be possible, then this would amount to forced labour».

tutivi (in)definibili in astratto; dall'altro, fornisce al giudice *regulae ad directionem ingenii* per l'identificazione del contenuto, altrimenti affidata, in mancanza di parametri, alla creatività interpretativa. Il che è quanto accade, del resto, proprio in quei settori in cui lo sfruttamento è menzionato ma non definito, dalla prostituzione allo sfruttamento sessuale di adulti e minori; senza che la dottrina ne sappia trarre conseguenze davvero coerenti dal punto di vista della compatibilità costituzionale.

Questo rilievo è senz'altro condiviso dal Gruppo di Esperti del Consiglio d'Europa in tema di tratta (GRETA, «Group of Experts on Action against Trafficking in Human Beings»), che ha auspicato per l'appunto l'uso di indicatori di sfruttamento nella definizione di questo concetto⁷⁰, stimolando in tal senso ordinamenti in cui tale definizione è assente e le fattispecie di reato non prevedono altri elementi utili a fornire strumenti interpretativi adeguati⁷¹, con conseguenti difficoltà culturali nel riconoscere il fenomeno prima ancora che operative nell'applicare in concreto gli strumenti normativi pur previsti.

Come già accennato, *condizione* d'uso della tecnica degli indicatori, e più in generale per l'ingresso di categorie extra-giuridiche in funzione di definizione del precetto penale, è che rispondano a requisiti di legittimità interni al sistema in cui sono destinate ad operare. Inoltre, devono essere suscettibili di controllo: trasparenti e idonei ad essere provati in giudizio. Che poi non si tratti di elementi costitutivi in senso proprio, è circostanza non influente una volta che soddisfino quei requisiti e siano idonei a sorreggere un ragionamento giuridico controllabile. Così, per quanto concerne specificamente gli indicatori

⁷⁰ GRETA, *Report*, cit., § 155: «GRETA invites the Austrian authorities to clarify what could constitute exploitation in the field of labour, for instance *by drawing a list of indicators* that could be used by the relevant authorities to detect cases of THB for the purpose of labour exploitation» (corsivo aggiunto). Ancora al 6.11.2018 una tale definizione non è fornita ad esempio dal §116 FPG (*Fremdenpolizeigesetz*), in tema di «sfruttamento di straniero» (fatto punito con pena detentiva fino a tre anni), salva la menzione che la condotta postula una situazione di vulnerabilità della vittima, straniero irregolare, e che il dolo di sfruttamento deve riferirsi al conseguimento di un profitto sistematico («fortlaufende Einnahme»). Il fatto è aggravato (pena detentiva da sei mesi a cinque anni) se lo sfruttamento pone lo straniero in condizioni di bisogno («in Not versetzt»).

⁷¹ Cfr. ad esempio i rilievi mossi nei confronti dell'Austria nel rapporto sull'implementazione della Convenzione COE da parte di quello Stato: *Report concerning the implementation etc.*, First Evaluation Round, 15.9.2011, GRETA(2011)10: «Yet another explanation for the low number of convictions for THB [= trafficking of human beings] and in particular the absence of convictions in cases of labour exploitation other than domestic servitude (for instance in agriculture or tourism) is that the notion of exploitation in the field of labour is not yet sufficiently clearly determined in Austrian case-law... This notion plays a significant role in the definition of trafficking as it constitutes one of the elements of the offence, namely the "purpose" for which the act is committed. It also seems that situations which could amount to cases of labour exploitation are sometimes only seen as illegal work, including by the victims themselves, a factor which does not facilitate criminal law proceedings against THB for the purpose of labour exploitation» (§ 151).

del «decent work», le dimensioni tipologiche identificate dalla norma penale sono – come si è visto – ben attestate nella letteratura e nella prassi internazionale e dunque possono esser ritenuti fondati, legittimi, esaustivi. Eventuali problemi di ascrizione delle circostanze di fatto all'uno od all'altro degli indici non costituisce davvero un'anomalia rispetto al normale procedimento ermeneutico.

Infine, l'indicazione metodologica sull'uso di indicatori aggregati risulta particolarmente utile. Come si è avuto modo di accennare, anche quando ricorra un unico indice, questo consta di un complesso di circostanze di fatto, molteplici anche se omogenee, tanto da costituire un unico indice. Questo consente di relativizzare la censura, talora avanzata, sulla sufficienza di uno solo degli indici ad integrare la fattispecie. In realtà, si tratta di una 'unicità' apparente, perché l'indice si compone di vari indicatori, e a loro volta questi sono definiti in relazione ad una pluralità di circostanze di fatto. Ciò, a tacere del fatto che la realtà applicativa sinora censita si incarica di mostrare come, di fatto, non ricorre mai un solo indice di sfruttamento.

Su queste basi, è possibile riassumere anche agli effetti pratici l'analisi sinora condotta in poche proposizioni conclusive.

1. Gli indici di sfruttamento, in quanto non sono di per sé elementi costitutivi del fatto, non possono essere oggetto *diretto* del giudizio di determinatezza. Tuttavia, per un verso, trasparenza ed idoneità ad esser provati in giudizio esprimono alcune delle esigenze sottese a quello stesso principio⁷²; per altro verso, è il complesso dei requisiti costitutivi della fattispecie che dev'essere interpretato in una logica conforme al principio. Ciò significa, in particolare e preliminarmente, che la previsione secondo la quale «costituisce indice di sfruttamento la sussistenza di una o più delle seguenti condizioni» dev'essere inteso nel senso che, se uno degli indici non sia significativo in termini obiettivi dell'esistenza di condizioni di sfruttamento, deve esser fatto ricorso ad altri indici; qualora questi non siano riscontrabili, allora l'elemento 'singolare' non potrà esser considerato idoneo a segnalare l'esistenza dell'elemento di fattispecie (indice non perfetto nella sostanza di indice, come avrebbe scritto Carmignani).

2. Dove esista un parametro di qualificazione di carattere obiettivo e determinato (così i contratti menzionati nel contesto del criterio della remunerazio-

⁷² Soprattutto sotto il profilo della possibilità di prova in giudizio cfr. Corte cost. 8 giugno 1981 n. 96, in *Giur. cost.* 1981, 806 ss. (la notissima sentenza in tema di plagio): limpida sintesi in MARINUCCI, DOLCINI, *Corso di diritto penale*, 1, Milano, 2001³, 163-165.

ne), questo non potrebbe essere sostituito da una valutazione discrezionale del giudice, per la quale non sono offerti parametri di sorta, che ponga in non cale il parametro obiettivo di qualificazione: ne va, prima ancora che del principio di determinatezza, di quello di riserva di legge. In tal senso, ad esempio, la seconda parte del criterio in discorso, relativa alla sproporzione della retribuzione rispetto a qualità e quantità del lavoro prestato, può operare soltanto in assenza del primo parametro.

3. Quando si tratti di applicare il parametro discrezionale, valgono due rilievi. Il primo, già esposto al punto (1), esprime la necessità che l'indicatore non si identifichi con l'elemento costitutivo. La sproporzione, ad esempio, presuppone in primo luogo l'identificazione di un parametro plausibile per il giudizio di conformità fra tipo di lavoro, per quantità o qualità, e remunerazione. In assenza di tale parametro, sarà innanzi tutto impossibile ritenere esistente l'indicatore. Se un criterio sia invece reperibile, allora si tratterà - ed è il secondo rilievo - di provare in modo certo le circostanze, specifiche e non già generiche, per le quali si possa parlare di 'sproporzione'; queste costituiranno, come ormai più volte ribadito, la base di un ulteriore giudizio circa la capacità significativa rispetto alle condizioni di sfruttamento. La fattispecie concreta ascrivibile all'indice, insomma, non potrà essere intesa in sé e per sé come sfruttamento se non segnala l'esistenza di complessive «condizioni di sfruttamento» cui il lavoratore sia sottoposto (o destinato ad esserlo) da chi approfitti della sua situazione di vulnerabilità. A questo punto, è su questo concetto che si devono puntare le pretese di determinatezza.

Dunque, «condizioni» è termine che, se interpretato con scrupolo, evoca necessariamente una situazione non già occasionale ma persistente nel tempo in relazione alle caratteristiche della situazione concreta ed innanzitutto in relazione alle modalità ed al contesto del lavoro. Correlativamente, agire «sottoponendo» i lavoratori a dette condizioni significa intenzionalmente instaurarle e mantenerle nei loro confronti per un tempo sufficientemente rilevante a ritenerle «persistenti».

Un esempio varrà a chiarire l'effettiva utilità di questa precisazione ai fini di una congrua e selettiva interpretazione della fattispecie.

In particolare, è stato sollevato il problema delle violazioni antiinfortunistiche⁷³. Poiché è scomparso il riferimento alla circostanza che la violazione dev'essere «tale da esporre il lavoratore a pericolo per la salute, la sicurezza o l'incolumità personale», si è paventato il rischio che qualunque singola viola-

⁷³ Per tutti, PADOVANI, *Un nuovo intervento per superare i difetti di una riforma zoppa*, in *Guida dir.* 2016, 48, 50.

zione, anche meramente formale, possa costituire sfruttamento penalmente rilevante, essendo necessaria ma ora anche sufficiente come indice. Orbene, questo timore non avrebbe ragione di esistere se si considera che una violazione singola, tanto più se meramente formale, non potrebbe mai né integrare l'indicatore, se inteso in senso conforme al principio di determinatezza (la norma parla di 'violazioni', che devono necessariamente essere almeno plurime)⁷⁴; né, ad ogni buon conto, dar scaturigine di per sé ad un giudizio di 'sottoposizione a condizioni di sfruttamento'. Per l'una o l'altra ragione, la violazione meramente formale non avrebbe dunque mai natura di 'indice', perché mai sarebbe idonea a correlarsi al termine sostanziale di riferimento. Una diversa interpretazione porterebbe ad applicazioni chiaramente distorsive del senso della repressione. Ovviamente questa proposta non elimina il rischio di strampalati esercizi dell'azione penale a questo titolo; il che suggerirebbe di auspicare un intervento correttivo del legislatore. Questione d'inclinazioni personali, d'altronde: si può per converso auspicare che il legislatore si muova ormai il meno possibile con aggiustamenti e rintoppi, confidando al contempo che lo strabordare della ragion giudiziaria, necessitato o spontaneo che sia, non abbia fatto ancora morire il comune buon senso.

Proviamo a concretizzare tutte queste considerazioni alla luce di ulteriori esempi, tratti da scenari di vita diversificati.

Lavoro nella grande distribuzione

Un primo caso è tratto da un saggio di carattere socio-economico⁷⁵.

Chiara ha lavorato per due anni presso un ipermercato, come cassiera a chiamata⁷⁶. Alla cassa tutti i week-end da venerdì a domenica, ed anche

⁷⁴ L'uso del plurale potrebbe essere considerato non significativo; ma lo è sia dal punto di vista morfologico e semantico, non essendovi ragione per non intendere il concetto di violazione come sostantivo numerabile e l'uso del plurale pertanto come indicativo di una necessaria pluralità di violazioni (tanto più in un contesto in cui il legislatore, quando ha voluto sottolineare la sufficienza di un solo elemento fra vari elencati lo ha fatto esplicitamente, utilizzando l'espressione «uno/a o più»); sia - soprattutto - per la specifica natura dell'indicatore: una violazione meramente formale non potrebbe a nessun patto indiziare 'condizioni' di sfruttamento, come interpretate nel testo.

⁷⁵ FANA, *Non è lavoro, è sfruttamento*, Bari-Roma, 2017, 16 s.

⁷⁶ Nel c.d. contratto a chiamata (contratto di lavoro «intermittente»), un lavoratore «si pone a disposizione del datore di lavoro che ne può utilizzare la prestazione lavorativa in modo discontinuo o intermittente» (art. 13, comma 1, d.lgs. n. 151/2015). Quanto ai periodi in cui non ne viene utilizzata la prestazione, bisogna distinguere: se il lavoratore intermittente non ha garantito la disponibilità a rispondere alle chiamate, «non matura alcun trattamento economico e normativo»; se invece ha garantito la disponibilità, gli spetta la relativa indennità (art. 13 comma 4 in rel. art. 16, d.lgs. cit.).

un turno durante la settimana (per gli infrasettimanali, era chiamata il giorno precedente per darle conferma). Non gode di ferie, né di malattia. Il turno è di dodici ore, con un'ora e mezzo di pausa pranzo; quest'ultima è il solo momento in cui lei come le colleghe ha diritto a bere: in cassa è vietato bere, ma anche sedersi (spesso, come altre, nasconde una bottiglietta sotto la cassa). A fine turno, nonostante che nel contratto fossero menzionate le mansioni di cassiera, deve pulire tutti i bagni.

Preliminarmente, è ovvio che considerazioni 'di sistema', concernenti la tipologia contrattuale sotto profili giuslavoristici, politici, sociali, ecc., non possono in quanto tali interessare il diritto penale: così, ad esempio, i profili di promozione occupazionale per i quali questa tipologia di lavoro può essere utilizzata anche al di fuori di specifiche esigenze produttive quando siano impiegati lavoratori con meno di 24 o più di 55 anni di età. Possono avere invece rilievo altri aspetti, oggetto di esplicita regolamentazione di diritto del lavoro: se per legge le attività di lavoro occasionale non hanno diritto alla tutela per malattia, maternità o disoccupazione, né assegni familiari, questi aspetti non potranno essere presi in considerazione (in un senso o nell'altro) ai fini dell'applicazione degli indici previsti dalla fattispecie penale.

Un ulteriore aspetto dev'essere considerato fuori discussione. Per quanto determinate scelte generali di diritto del lavoro sollevino o possano sollevare una 'questione sociale', porre un problema politico, se la legge disciplina direttamente profili rilevanti anche per il diritto penale perché attengono ad elementi rilevanti (in primo luogo) per le fattispecie di reato, allora il diritto penale non può sostituire i propri strumenti a quelli propri di altre branche dell'ordinamento.

Per intenderci, tornando all'esempio in discorso, la fisionomia di contratti di lavoro 'intermittente', che consentono una specifica organizzazione del lavoro che esclude per scelta legislativa, ad esempio, ferie e malattia, non può essere presa in considerazione in quanto tale alla stregua dell'indice relativo al tempo della prestazione né a quello relativo alle modalità della prestazione lavorativa (e specificamente all'indicatore delle 'condizioni di lavoro'). Quegli elementi non sono idonei a far scattare una valutazione in termini di 'indicatori': non lo sono, perché sono elementi della forma contrattuale prevista per legge (per problematica ch'essa possa essere ritenuta, in termini ideologici)⁷⁷.

⁷⁷ Ciò non equivale ad affermare, ovviamente, che per l'applicazione della fattispecie penale sia decisiva la prospettiva formalistica (ad esempio, la tipologia contrattuale e la sua disciplina lavoristica). Al contrario: la norma si indirizza a chiunque «utilizza, assume o impiega manodopera», cioè in qualunque modo si avvale di prestazioni lavorative. In tal senso, anche i cd. lavoretti (quelli dei ciclo-fattorini di Foodora

Tanto dovrebbe esser sufficiente a stornare il rischio di derive applicative innestate su illegittime pretese dirigistiche del mercato del lavoro e delle sue forme mediante il diritto penale.

Invece, nulla esclude che, considerando la concreta esecuzione del contratto – una prospettiva, questa, imposta dalla logica della fattispecie penale –, possano assumere rilevanza e dunque esser valutate alla stregua del ‘fatto tipico’ le concrete modalità di disciplina della prestazione: nell’esempio in esame, si tratterà di valutare eventuali condizioni di lavoro e metodi di sorveglianza degradanti (non rileveranno invece le condizioni alloggiative), e la condotta di ‘sottoposizione’ ad esse. Orbene, sotto questo aspetto specificamente penalistico la ‘narrazione’ (come si suol dire) socio-economica da cui siamo partiti ha valenza descrittiva soltanto sotto quel profilo, appunto socio-economico, ma non sarebbe sufficiente di per sé a qualificare la rilevanza giuridico-penale

o Deliveroo, degli autisti di Uber *et similia*) ai quali in Italia al momento non è applicabile alcuno standard minimo di trattamento (ICHINO, *Subordinazione, autonomia e protezione del lavoro nella gig-economy*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2018, II, 294-303; 299) non sono di per sé esclusi dall’area applicativa della fattispecie; si tratta di valutare quali parametri siano applicabili: quelli che presuppongono una ‘normativa’, in base a quanto precisato anche nel testo, sono necessariamente fuori gioco; potrebbero rilevare invece quelli di carattere “sostanziale”, seppure di difficile applicazione. Così, quelli relativi alla retribuzione in modo «sproporzionato rispetto alla qualità e quantità del lavoro prestato»; qui il diritto penale rischia di divenire arbitro dello standard retributivo minimo. Inoltre, potrebbe rilevare la sottoposizione del lavoratore a condizioni di lavoro o a metodi di sorveglianza degradanti, fra le quali potrebbero venire in considerazione anche gli orari di lavoro cui sono sottoposti i lavoratori (quando risulti che comunque l’organizzazione dei tempi di lavoro è stabilita dall’azienda): non definibili in base al parametro formale, possono rilevare sotto il profilo delle condizioni di lavoro. Il rischio di arbitrio è dietro l’angolo. Ma la totale assenza di parametri, innanzi tutto per l’aspetto retributivo, dovrebbe costituire argomento sufficiente per impedire l’applicazione alla cieca della fattispecie; diverso è se, nel contesto sociale di riferimento, tali parametri vengano ad essere concretizzabili. Ad esempio, se un’impresa del tipo delle c.d. *umbrella companies*, esercitando una funzione di rappresentanza collettiva di ciclofattorini nei confronti della piattaforma digitale che organizza il lavoro, negozi con questa un vero e proprio contratto aziendale, un parametro di riferimento potrebbe essere rinvenuto. Senza dimenticare, come più volte ribadito nel testo, che sono in discorso indicatori e non elementi costitutivi del reato. Quanto alle condizioni di lavoro, ed alle forme di controllo, potrebbe essere sollevato il problema degli algoritmi che assegnano il lavoro in base a parametri di produttività. È appena il caso di notare che l’evoluzione tecnologica, di per sé, non può essere ritenuta mezzo di gestione del lavoro “degradante”; propriamente, poi, anche quando l’algoritmo determina chi consegna in base alla precedente archiviazione di tempi, percorsi e modi della consegna, non si tratta di «sorveglianza» nel senso della fattispecie penale. Il tema è rilevante dal punto di vista politico-sociale, e giuridico – ad esempio, si tratterà di garantire la trasparenza dell’algoritmo e di verificare se il funzionamento non comporti discriminazioni rilevanti (dietro di esso stanno decisioni umane, non può ingannare la prospettiva antropomorfa: cfr. per tutti BALKIN, *The Path of Robotics Law*, in *Cal. Law Rev. Circ.* 6/2015, 45 ss.; nonché ID., *The Three Laws of Robotics in the age of Big Data*, in 78 *Ohio St. L.J.* 1217 (2017), spec. 1223 sulla «homunculus fallacy»); come pure non potrebbe essere escluso di ricondurre la tipologia di rapporto ad una diversa tipologia contrattuale, in cui il datore di lavoro, dietro le apparenze, in realtà organizza in senso proprio tempi e luoghi della prestazione, con conseguente applicazione della normativa pertinente. Ma qui non c’è (ancora) spazio per il diritto penale.

dei fatti. A tal fine, sarebbe almeno necessario effettuare alcune verifiche:

a) quanto all'orario di lavoro: (*a1*) verificare preliminarmente l'esistenza o meno di previsioni generali relative alla tipologia contrattuale; (*a2*) se del caso, verificare comparativamente l'orario di lavoro ed i tempi di riposo (es., la pausa pranzo) previsti per una stessa tipologia di mansioni in caso di contratto di lavoro dipendente non 'a chiamata';

b) quanto alle condizioni di lavoro, non potendo essere sufficiente evocare in modo indiretto e generico l'impossibilità di sedersi per bere, sarà necessario (*b1*) stabilire quale postura debba esser tecnicamente assunta da un addetto di cassa: altro sarebbe se per quel tipo di mansione sia previsto stare costantemente in piedi, altro se sia possibile almeno la dotazione di un sedile o altra forma di appoggio; (*b2*) accertare che in concreto non vi fossero dotazioni di appoggio; (*b3*) ove vi fossero, accertare anche l'eventuale esistenza di direttive del datore o modalità di sorveglianza incidenti sulla possibilità di seduta od appoggio; (*b4*) quanto alla possibilità di dissetarsi (escluderla *tout court* costituirebbe in effetti trattamento degradante), dev'esser comunque verificata anche in questo caso l'esistenza di disposizioni datoriali formali od informali, nonché le modalità di sorveglianza e le eventuali sanzioni, formali od informali, previste o concretamente irrogate in caso di inosservanza; (*b5*) quanto infine alla pulizia dei bagni, anche in questo caso l'elemento in quanto tale non potrebbe costituire indice di sfruttamento: adibire a mansioni diverse da quelle contrattuali non è di per sé indicatore di condizioni di lavoro degradanti (la pulizia dei bagni, mansione pur certamente umile, non è lavoro degradante); si tratta di questione che può essere adeguatamente trattata con gli strumenti del diritto del lavoro. Una conclusione così fatta potrebbe tuttavia mutare, ancora una volta, qualora le circostanze concrete segnalino, ad esempio, una costrizione di fatto ad effettuare quel tipo di lavoro, o l'inadeguatezza degli strumenti forniti in primo luogo sotto il profilo igienico⁷⁸, o la mancata remunerazione per l'ulteriore lavoro svolto.

Anche una volta che possa essere accertato il carattere degradante delle condizioni di lavoro, peraltro, la valutazione giuridico-penale non sarebbe ancora esaurita. L'esistenza dell'indice non sarebbe sufficiente, come si è ormai più volte segnalato, se esso non è idoneo a segnalare la sottoposizione a condizioni di sfruttamento. Da un lato, la 'sottoposizione' evoca una condotta attiva da parte del datore di lavoro che non si sovrappone agli effetti formali sul contenuto della prestazione che derivano dall'applicare un contratto confor-

⁷⁸ Si noti che l'eventuale violazione di norme in materia di igiene sarebbe indicatore autonomo; ma i profili di rilevanza di esso sono plurimi, come mostra l'esempio del testo.

me alla legge. Dall'altro lato, si tratterà di giudicare se l'imposizione di determinate modalità concrete di esecuzione del lavoro, accertate in modo certo (ad esempio nei termini poc'anzi specificati) integri le condizioni di sfruttamento come sopra definite. Se consti l'imposizione della postura in piedi non imposta dalle caratteristiche tecniche del lavoro, un divieto di appoggio o di seduta, un divieto di bere per tutta la durata della prestazione lavorativa al di fuori della pausa pranzo (dunque per dieci ore e mezzo), non si può certo escludere l'esistenza di tali condizioni qualora tutti quegli elementi rappresentino la cornice indefettibile e non semplicemente occasionale della prestazione lavorativa; resterebbe da valutare il profilo dello stato di bisogno, ma si tratta di altra questione, relativa ad un diverso elemento di fattispecie.

Lavoro domestico

Consideriamo un altro esempio, relativo ad una vicenda non svoltasi in territorio italiano ma in Paesi esteri e, in parte, sul territorio austriaco, ma utile a comprendere il meccanismo degli indici e comunque a porre un problema relativo all'applicazione extraterritoriale della legge italiana (qualora, ad esempio, il fatto fosse stato commesso in parte in Italia o da cittadini italiani). Si tratta di un caso di (patologia del) lavoro domestico: una delle situazioni meno visibili, scarsamente considerate dai commentatori (ma non ignota a lavori di stampo sociologico)⁷⁹, socialmente e politicamente più scabrosa perché coinvolge, nella sua dimensione pur "fisiologica", il complessivo assetto del welfare e - a livello, per così dire, microsociale - esperienze molto comuni di vita familiare quotidiana.

J, ragazza filippina, contatta un'agenzia per trovare lavoro all'estero. Viene assunta con contratto di lavoro domestico a Dubai, per circa 150 Euro al mese, otto ore di lavoro al giorno per i giorni feriali. Arrivata a destinazione presso la famiglia per la quale deve lavorare, uno dei membri le preleva il passaporto. Per buona parte dei primi due anni di lavoro, è pagata regolarmente e non è sottoposta ad abusi o dirette minacce; ma deve lavorare dalle cinque del mattino a mezzanotte, per sette giorni la settimana, senza nessun giorno libero, e non le è consentito di lasciare la casa dei datori di lavoro senza controllo; non le è consentito di avere un proprio telefono e può telefonare a casa, nelle Filippine, soltanto una volta al mese, ed il costo della chiamata le è dedotto dallo stipendio; non le è consentito intrattenersi con gli altri colleghi di lavoro filippini parlando nella loro lingua madre; riceve come cibo soltanto gli avanzi dei pasti della famiglia; una volta al mese, accompagnando la fa-

⁷⁹ SCIURBA, *La cura servile, la cura che serve*, Pisa, 2015.

miglia al supermercato, le è consentito comprare qualche genere alimentare di prima necessità («some basic food»). Dopo circa nove mesi d'impiego, è sottoposta alle prime punizioni (ad es., dormire sul pavimento); conseguentemente ammalatasi, non le è consentito accesso ad un dottore né può comprare medicine, ed è costretta allo stesso orario di lavoro. Accompagna i datori di lavoro durante viaggi all'estero, in occasione dei quali deve restare chiusa nelle camere d'albergo o sotto la costante supervisione dei datori di lavoro.

La questione che caratterizza questa vicenda⁸⁰ è rappresentata dall'intersezione tra sfruttamento lavorativo e tratta a fini di sfruttamento; questione problematica che non intendiamo affrontare in questa sede. Interessa invece quel che concerne direttamente lo sfruttamento lavorativo in quanto tale, che può ben prescindere dalla tratta, così come dall'esistenza di vere e proprie condizioni di lavoro forzato. In particolare, quanto alle vicende svoltesi nei primi nove mesi d'impiego, non c'è dubbio che possano essere valutate alla stregua sia degli indici relativi alla remunerazione ed al tempo della prestazione, sia degli indicatori relativi alle condizioni di lavoro ed alloggiative: *a)* sotto il primo profilo, anche se il lavoro appare come regolarmente pagato (ma non è chiaro dal resoconto dei fatti se limitatamente alle sole ore indicate formalmente nel contratto), la durata della prestazione, il mancato rispetto del riposo settimanale, il mancato riconoscimento delle ferie possono essere valutate o sotto il profilo della sproporzione fra quantità del lavoro prestatato e retribuzione (diciotto ore contro otto retribuite, se consti il pagamento secondo le clausole contrattuali), o pacificamente sotto il profilo del tempo del lavoro; *b)* sotto il secondo profilo (condizioni di lavoro), non è discutibile che le circostanze di fatto riferite possano esser considerate significative di condizioni di lavoro degradanti; la Corte di Strasburgo, pur non ritenendo sussistente una violazione dei doveri statuali di protezione, mostra di ritenere senz'altro violato almeno il divieto di tratta a fini di sfruttamento lavorativo e

⁸⁰ Si tratta del caso deciso da ECtHR, 4th Sec., *J. And Others v. Austria*, cit. Per considerazioni critiche su questo caso ed il caso Chowdury citato oltre cfr. MILANO, *Uncovering labour exploitation: lights and shadows of the latest European Court of Human Rights' case-law on human trafficking*, in *SYBIL* (2017) 83-115, spec. 97 ss. In generale sulle intersezioni fra gli strumenti internazionali su tratta, lavoro forzato, lavoratori migranti (migrant workers), cfr. EDWARDS, *Traffic in Human Beings: At the Intersection of Criminal justice, Human Rights, Asylum/Migration and Labour*, 36 *Denv. J. Int'l L. & Pol'y* 9 (2007), spec. 40-52, dove si lamenta una congestione «normativa», «concettuale», «istituzionale» degli strumenti in materia di *trafficking* per i diversi scopi (abuso sessuale, prostituzione, lavoro ecc.); su questi aspetti non ci si soffermerà perché concernono piuttosto il tema della definizione e disciplina del *trafficking* che lo specifico aspetto del lavoro forzato (*forced*) od obbligato (*compulsory*).

lavoro forzato⁸¹.

Lavoro agricolo

Ancóra un esempio, tratto anche questa volta da una vicenda giudicata dalla Corte europea dei diritti dell'uomo (caso Chowdury)⁸², e pure relativa ad un caso di interferenza fra sfruttamento lavorativo (ai cui aspetti qui ci limiteremo) e tratta di esseri umani.

Nel contesto della coltura intensiva di fragole a Manolada, borgo del Peloponneso occidentale, in cui l'esportazione - così ricorda la Corte europea - rappresenta il 70% della produzione locale che a sua volta copre il 90% del mercato greco, la maggior parte dei lavoratori impiegati sono immigrati irregolari.

Attratti con la promessa di una retribuzione di 22 Euro per giornata lavorativa di 7 ore, con 3 Euro all'ora per ogni ora di straordinario; per vari mesi tuttavia non ricevono la paga.

Lavorano 12 ore sotto la supervisione di guardie armate operanti alle dipendenze del datore di lavoro; in base a talune informazioni di stampa, i controlli sui lavoratori vengono effettuati anche durante il tempo libero; essi sarebbero stati costretti a comprare il cibo di immediata necessità presso punti illegali di rivendita organizzati dal datore di lavoro.

Vivono in catapecchie improvvisate («makeshift shacks») fatte di cartone, nylon e bambù, senza toilette e senza acqua corrente (in base a quanto previsto formalmente dal contratto d'impiego avrebbero ricevuto il materiale per costruire a spese del datore di lavoro baracche elettrificate); ricevono vitto miserabile, l'importo per il quale (3 Euro giornalieri) è dedotto dalla paga.

In occasione di una protesta cui partecipano fra cento e centocinquanta

⁸¹ ECtHR, 4th Sec., *J. And Others v. Austria*, cit., § 118 per la conclusione circa l'adempimento degli obblighi statuali; §§ 103 ss. per il riconoscimento, nel caso concreto, della fisionomia del *travelling* a fini di lavoro forzato, o comunque di schiavitù o servitù, in particolare in ciò: «the treatment of human beings as commodities, close surveillance, the circumscription of movement, the use of violence and threats, poor living and working conditions, and little or no payment» (§ 104). Proprio questa parte della sentenza è oggetto delle puntualizzazioni della *concurring opinion* dei giudici Pinto de Albuquerque et al., secondo cui il collegio non avrebbe adeguatamente definito i caratteri differenziali fra le varie ipotesi di reato e non avrebbe focalizzato adeguatamente l'obbligo derivante dall'art. 4 della Convenzione europea dei diritti umani di criminalizzare di per sé il "forced or compulsory labour" (spec. § 1, 13, 40).

⁸² ECtHR, 1st Sec., *Chowdury and Others v. Greece*, Appl. n. 21884/15, judg. 30.3.2017 (per il resoconto di fatto cfr. spec. § 5-8; ulteriori informazioni ai §§ 48-57). La Corte esclude che nel caso siano ravvisabili gli estremi della servitù, ma ritiene sussistente senz'altro la tratta ed il lavoro forzato ai sensi degli artt. 3(a) del protocollo di Palermo e 4 della Convenzione anti-tratta del Consiglio d'Europa (cfr. § 99-100).

braccianti, una delle guardie armate apre il fuoco ferendo seriamente una trentina di lavoratori.

Quest'ultimo dettaglio - sia detto qui *incidenter tantum* - ricorda singolarmente la "strage di Marzegaglia" presso Gioia del Colle, luglio 1920, raccontata da Alessandro Leogrande: cafoni che reclamavano il pagamento per il lavoro fatto sulle vigne, avvicinati alla masseria del padrone furono bersaglio di una quarantina di uomini armati; quaranta feriti, di cui dieci gravi⁸³. E chiosava il sociologo: «[c]i sono momenti in cui il passato da remoto diviene di colpo prossimo, fino a sfiorare il presente, e il continuum della storia, quella narrata e quella vissuta, appare in tutta la sua evidenza»⁸⁴.

Non sembra dubbio che, nei fatti così sommariamente riassunti, possano ravvisarsi le condizioni di fatto che attivano gli indici di sfruttamento lavorativo previsti dalla fattispecie italiana - non, ad esempio, da quella greca rilevante nel caso di specie⁸⁵, la quale pure non definisce lo sfruttamento. Innanzi tutto è interessante notare come la Corte non trascuri la dimensione "di contesto" della vicenda, cioè la dimensione macroeconomica della produzione di quello specifico prodotto agricolo nel mercato greco. In questo contesto si colloca la valutazione specificamente giuridica: la mancata retribuzione per più mesi, tanto da determinare un moto di protesta da parte di un numero cospicuo di

⁸³ «La strage di Marzegaglia ha una sua peculiarità, un tratto distintivo che la rende unica, una sorta di grado zero dei conflitti sociali nel Mezzogiorno d'Italia...A sparare furono direttamente i proprietari terrieri o chi gestiva le terre per loro conto»: LEOGRANDE, *Uomini e caporali. Viaggio tra i nuovi schiavi nelle campagne del Sud*, rist. Feltrinelli, Milano, 2016, 26-30; 77 s. (ed. orig. Mondadori, Milano, 2008).

⁸⁴ LEOGRANDE, *op. cit.*, 81.

⁸⁵ Art. 323-A, codice penale greco: «Whoever with the use of violence, threat, power and abuse of power or with any other means, hires, transfers, promotes in the country or outside the country, detains, remands, harbors, encourages, delivers with or without compensation, or takes from another person a person in order to take organs from his body, or to exploit his labor, is punished with incarceration up to ten years and pecuniary fine of 10.000 to 50.000 euros. 2. This sentence is also imposed to offenders who attain the same end misleading victims taking advantage of their situation by making false promises and commitments, offering gifts, presents or other benefits. 3. Those, who with full cognizance accept the work of persons under the situation described in para 1 and 2, are punished with imprisonment of six months minimum. 4. Offenders the actions of whom are committed - against under age persons, - by profession - by employees in the performance of their duties - have as consequence serious bodily injuries of the victims are punished with incarceration of ten years minimum and pecuniary fine of 50.000 to 100.000 euros» (cito qui dalla traduzione reperibile in: www.osservatoriointerventitratta.it; testo leggermente diverso quanto a lessico, ma sostanzialmente coincidente nella sostanza, è riprodotto ad es. nel Rapporto GRETA reperibile in: im.coe.int; ultima consultazione 5.11.2018; in particolare, le modalità delle condotte sono indicate come realizzate «by use of force, threat of force or other coercive means, by imposition or abuse of power or by abduction»; e il terzo comma è reso come segue: «The person who knowingly accepts the labour of a person who is under the conditions described...»).

lavoratori; le condizioni di lavoro (specialmente rispetto al controllo armato); le condizioni alloggiative e generali (ad es., quanto alle modalità di acquisto del vitto, agli atti intimidatori), salva la necessaria prova fattuale, costituiscono senz'altro fatti idonei ad integrare i vari indicatori nonché ad inferire l'esistenza di «condizioni» di sfruttamento, sia pure relative ad un lavoro temporaneo perché stagionale.

Ma è soprattutto interessante valutare l'importanza del ragionamento mediante indicatori e la logica della fattispecie di contesto, come "ambiente" all'interno del quale collocare l'analisi penalistica. Una considerazione decontestualizzata e isolata dei singoli atti, come quella apparentemente utilizzata dai giudici nazionali, potrebbe portare a non vedere la foresta dai troppi alberi. Così, la Corte di assise aveva escluso le più gravi fattispecie di reato (servitù; tratta a fini di sfruttamento lavorativo) sulla base di quanto accettato dai lavoratori liberamente e in assenza di coercizione, in base alle formali condizioni contrattuali (gli indicatori esigono invece una verifica in concreto; inoltre, proprio in quanto segnalano la possibilità di condizioni di sfruttamento, indirizzano verso una diversa valutazione della libertà del consenso: si ricordi infatti che gli strumenti internazionali prevedono)⁸⁶; aveva ritenuto che la descrizione degli atti intimidatori fosse imprecisa e vaga ma soprattutto poco credibile poiché fino ad una certa data i lavoratori non avevano espresso recriminazioni né sulla condotta datoriale né sulla paga; non aveva ritenuto che le persone fossero escluse da rapporti col mondo circostante, senza possibilità di abbandonare il posto di lavoro per cercarsene un altro (elemento delle condizioni di vulnerabilità, per i giudici costitutivo della servitù e conseguentemente escluso; ma, per un verso, la residua possibilità di rapporti sociali sarebbe soltanto uno degli elementi valutabili come indicatore delle condizioni di lavoro, la cui carenza non comporterebbe l'automatica insussistenza dell'elemento costitutivo, tenuto conto del complesso degli indicatori). Soprattutto quanto da ultimo osservato porta a sottolineare che *l'uso di indicatori non ha una automatica significatività in termini di maggiore o minore garanzia della vittima o del soggetto attivo del reato, non squilibra cioè la fattispecie inclinandola verso l'una o l'altra figura*: da un lato, l'esistenza di un indicatore (circostanza di fatto) o di un indice (quale complesso di indicatori) non significa automaticamente sussistenza dell'elemento costitutivo; dall'altro, l'insussistenza di un indicatore non esclu-

⁸⁶ Es., *Protocol to Prevent, Suppress and Punish Trafficking in Persons Especially Women and Children, supplementing the United Nations Convention against Transnational Organized Crime*, GA RES 55/25, 15.11.2000, art. 3(b): «The consent of a victim of trafficking in persons to the intended exploitation ... shall be irrelevant where any of the means set forth in subparagraph (a) have been used».

de la concorrenza di altri, e dunque la possibilità di ritenere integrato quell'elemento.

4. Indici, presunzioni, ragionamento giudiziario.

Quanto appena osservato circa la struttura a due livelli, per così dire, dell'indice, porta ad affrontare l'interrogativo comunemente sollevato se essi incorporino elementi dai quali discendono presunzioni di sfruttamento, sia pure eventualmente con la possibilità della prova contraria. A questo interrogativo si deve dare risposta negativa: sia sotto il profilo della differenza fra indizi e presunzioni (*A*) - ma non è l'argomento principale - sia, ed è il motivo fondamentale, per il rispetto di principi fondamentali vivificati dall'interpretazione della Corte costituzionale (*B*), che sarebbero aggirati da interpretazioni che in modo tanto subdolo quanto scoperto finirebbero con l'aggirarli.

A) Ancora richiamando le teorie degli indizi⁸⁷, si può osservare come, mentre l'indice si basa in primo luogo sull'accertamento di un dato di fatto certo e reale (dal quale si può trarre, per induzione logica, una conclusione circa la sussistenza o l'insussistenza di un fatto da provare); diversamente, la presunzione prescinde da elementi di certezza:

«l'indizio si diversifica dalla presunzione relativa... perché quello, a differenza di questa, al dato generico e probabile aggiunge il dato specifico e certo (la premessa minore, cioè la circostanza indiziante, non deve avere carattere di problematicità ma di certezza)»⁸⁸.

Su queste basi, i punti chiave del procedimento indiziario sono: certezza e univocità della circostanza iniziante; rigore logico-deduttivo; pluralità e concordanza; ricerca della causale. Per quanto non si debba arrivare alla minuziosità descrittiva delle *tabulae indiciorum* medioevali, questa vecchia e onorabile classificazione è pur sempre utile per chiarire il tipo di ragionamento imposto al giudice mediante la previsione di questi elementi.

Così, ogni circostanza di fatto normativamente designata come contenuto tipologico di un indice (ad esempio, la retribuzione nella forma di reiterata corresponsione nei modi previsti dalla legge) non soltanto deve constare come certa ma anche come univoca rispetto alle condizioni di sfruttamento. In

⁸⁷ BELLAVISTA, *op. cit.*, 228.

⁸⁸ BELLAVISTA, *ibidem*.

questo senso, distinguere tra prova delle circostanze di fatto e prova del carattere univoco dell'indizio consente di escludere qualsiasi elemento di 'presuntività' nel ragionamento giudiziario. Ciò non toglie, tuttavia, che la prova dell'univocità, della capacità dell'indice di 'significare' l'esistenza dell'elemento indiziato, rimanga obiettivamente problematica. Ma si tratta d'una questione di fatto; si può aggiungere, inoltre, ch'essa non sembra aver creato, nella prassi, significative difficoltà.

B) Quanto al secondo aspetto (inammissibilità di principio delle presunzioni nel diritto penale), è appena il caso di ricordare come nessuno spazio possa essere legittimamente riconosciuto, nel sistema, a presunzioni di responsabilità. Com'è noto, il tema delle presunzioni si è tradizionalmente posto per quelle di pericolosità; in quest'ambito la giurisprudenza costituzionale italiana ha scritto parole definitive sull'inaccettabilità delle presunzioni alla luce del principio di uguaglianza (si finirebbe con l'equiparare in base a parametri normativi astratti situazioni che in concreto possono essere diverse)⁸⁹. Non c'è dubbio che gli argomenti che le sostengono valgano a maggior ragione per tentazioni presuntive riferibili ad elementi della fattispecie tipica. Ma qui il tema, piuttosto che il principio di uguaglianza, coinvolge quello di colpevolezza. Ammettere presunzioni di responsabilità significherebbe sostituire un giudizio di responsabilità obiettiva per il fatto al rimprovero per una condotta colpevole. Né varrebbe a correggere questo giudizio il ritenere che si tratti di presunzioni relative, che cioè ammettono una prova contraria. In questo caso, si assisterebbe ad una sostanziale inversione dell'onere della prova di commissione del reato, che contrasta con i principi del giusto processo: l'accusa deve provare la realizzazione del reato, a partire dal fatto tipico con tutti i suoi elementi costitutivi; alla difesa non può esser fatto carico della prova negativa che una circostanza abbia il significato di elemento costitutivo.

5. Carattere tassativo o soltanto esemplificativo degli indici

Quanto osservato sino ad ora consente di affrontare anche l'ultima delle questioni sopra indicate: se l'elenco degli indici stilato dal legislatore abbia carattere tassativo o soltanto esemplificativo⁹⁰. A ben vedere, alla luce della duplice struttura del fatto tipico, si tratta di una questione mal posta.

⁸⁹ Cfr. Corte cost., sentt. n. 1/1971, sul minore degli anni 14; n. 1585/1982, sul soggetto prosciolto per infermità di mente; n. 249/1983, sul seminfermo di mente.

⁹⁰ Essenziali riferimenti bibliografici in MANTOVANI F., *Diritto penale - Parte Speciale, I. Delitti contro la persona*, Padova, 2016⁶, 307 nt. 42.

In effetti, se si prende in considerazione il *contesto degli indici*, si deve ulteriormente distinguere – come si è visto (*supra*, 2.2.1.) – tra dimensione ‘tipologica’ e dimensione del fatto concreto sussunibile in ciascuna tipologia. Orbene, l’elencazione dev’essere ritenuta tassativa quanto alla dimensione tipologica; ma è necessariamente aperta quanto ai fatti concreti che possono esservi ricondotti. Su questa base, a ben guardare, non ha molto senso interrogarsi sul carattere esaustivo od esemplificativo dell’elenco. Gli indici previsti sembrano talmente onnicomprensivi da consentire un giudizio di essenziale esaustività della dimensione tipologica (che dunque, in questo particolare senso e nel contesto di questa struttura complessa, può esser considerata determinata); eventuali dubbi in relazione a singoli ‘casi’ potranno essere risolti come semplici problemi di ascrizione del fatto concreto alla sua dimensione tipologica.

Si pensi a titolo d’esempio (sommariamente tratto da informazioni circa una situazione concretamente verificatasi) alla situazione di soggetti stranieri, arrivati sul territorio italiano per essere impiegati in attività lavorative, ma che non parlano la lingua italiana, non la capiscono, non hanno altrimenti possibilità di relazioni sociali per ritmo e condizioni di lavoro. Ora, a seconda delle circostanze concrete l’autorità competente potrà/dovrà valutare se la situazione possa o meno essere ascritta alla dimensione tipologica dello sfruttamento mediante sottoposizione della persona a condizioni di lavoro «degradanti» (art. 603-*bis*, terzo co., n. 4). Non può esserci dubbio infatti che la sottoposizione a condizioni di lavoro le quali abbiano per effetto diretto quello di escludere dal contesto sociale, costituisce in astratto indice di sfruttamento, in relazione al quale saranno le indagini a definire i contorni complessivi della vicenda concreta. Questa conclusione può essere solo apparentemente preoccupante. Com’è chiaro, non ogni impiego di lavoratore straniero che non parli adeguatamente la lingua italiana può costituire indice di sfruttamento, quando il complesso della situazione concreta non sia altrimenti idonea a segnalare condizioni di lavoro degradanti (si può pensare in questi termini, ad esempio, all’impiego di soggetti di nazionalità straniera, giovani e poco ferrati nella lingua, per mansioni di fatica del servizio stagionale di spiaggia – ombrelloni e pulizia –, ai quali venga corrisposto il pranzo e che, nei momenti di stasi, possano riposare all’ombra o liberamente trastullarsi in attesa dell’ora di chiusura dello stabilimento e delle connesse attività).

6. Fattispecie di contesto (con spunti per una teorizzazione)

6.1. Indici e valutazione di contesto: generalità

Alcune osservazioni conclusive di carattere dogmatico e sistematico sono a questo punto doverose.

Come si è visto, l'elemento centrale del disvalore penale dello sfruttamento lavorativo come reato, appunto la determinazione di «condizioni di sfruttamento», è definito dal legislatore mediante il ricorso alla tecnica degli indicatori. Si tratta di circostanze, esplicitamente inserite nella fattispecie non come suoi elementi costitutivi ma come elementi capaci di significare il disvalore innanzi tutto⁹¹ oggettivo del reato. Questa capacità significante, per un verso, si basa sul recepimento legislativo di criteri aventi base, dal punto di vista metodologico, in un riconoscimento scientifico internazionalmente recepito (quello in base al quale è possibile individuare, sulla base di metodologie scientificamente fondate nell'ambito disciplinare della ricerca sociale "qualitativa", indicatori delle condizioni di lavoro forzato od obbligatorio); per altro verso, sull'affidamento degli indici al potere di apprezzamento in fatto da parte dei giudici, in base alle circostanze⁹²: potere, a sua volta, articolato nella prova certa d'una o più circostanze di fatto e nell'inferenza induttiva circa la loro concreta possibilità di correlarsi con le condizioni di sfruttamento.

Su queste basi, il complesso degli indici impone una valutazione "di contesto": per un verso, perché - come si è visto - ciascun singolo indice si compone di una pluralità di circostanze di fatto (un contesto, per l'appunto) aventi funzione di "indicatori"; per altro verso, perché la stessa logica degli indicatori è espressione del rilievo centrale del contesto nella definizione operativa del concetto di sfruttamento. La definizione operativa imposta dalla loro adozione frantumata, per così dire, il concetto normativo in elementi, se non "misurabili" in senso proprio, tuttavia qualitativamente verificabili e controllabili⁹³ da parte del giudice (e, correlativamente, il controllo si estende sulla stes-

⁹¹ Ovviamente il modo di ricostruire il fatto tipico si riflette sul dolo; ma l'ambito in cui in modo immediato operano gli indici è la fattispecie oggettiva.

⁹² Che il contesto sia decisivo è riconosciuto nello Issue Paper dello UNODC, *The Concept of "Exploitation"*, cit., 109. Ma proprio questa importanza del contesto segnala l'opportunità di tipizzare mediante indicatori, indirizzando il giudice senza vincolarlo, ma in quadro di riferimento anche valoriale (la c.d. *Bewertungsnorm*) in realtà molto chiaro.

⁹³ ILO, *Hard to see, harder to count*, cit., 13: «operational definitions break down the legal definitions into elements that can subsequently be measured». Il carattere qualitativo degli indicatori consente di non prendere qui in considerazione le obiezioni mosse (oltre che contro il concetto di *governance*, come si è visto, anche e specificamente) contro la «governance by numbers». Per questa critica è fon-

sa motivazione del giudice).

La logica che sorregge la tipizzazione dinamica del reato è dunque quella della necessità di riferirsi, per un fenomeno complesso qual è lo sfruttamento lavorativo, a parametri di valutazione che non possono essere scolpiti in astratto e staticamente, ma impongono uno sforzo legislativo di adattamento al contesto fattuale: solo questo contesto esprime la *raison d'essere* dell'intervento penale, prima ancora che l'ambito materiale d'applicazione della fattispecie tipica dal punto di vista strettamente normativo.

Si può designare come caratteristica distintiva del reato, pertanto, quella d'essere una 'fattispecie contestuale' o 'di contesto', cioè imperniata su un qualificante elemento di contesto, legislativamente previsto in termini espliciti, che segna la specifica rilevanza penale del fatto.

Questa fisionomia merita d'essere ulteriormente analizzata.

Dal punto di vista della tecnica normativa, come si è visto, si tratta di una soluzione apparentemente del tutto inedita, almeno nel diritto statale (non soltanto italiano); familiare, piuttosto, alla codificazione più recente del diritto dei crimini internazionali, dove, per un verso, un elemento di contesto cementa le molteplici fattispecie-base costituenti il crimine nello specifico disvalore differenziale di carattere internazionalistico e, per altro verso, il giudice dispone di definizioni esplicative-operative per l'interpretazione e l'accertamento degli elementi costitutivi.

Ma, a ben vedere, anche nel diritto interno il problema del ruolo di circostanze di fatto quali indicatori delle fattispecie tipiche, non che essere sconosciuto all'esperienza applicativa, in alcuni importanti settori ne costituisce uno degli elementi ad un tempo più storicamente risalenti e più vivi e problematici: punto di intersezione tra definizioni legali (problematiche) e loro accertamento nelle concrete vicende del processo. Ed anzi, si tratta del punto di massima tensione alla quale è sottoposto principio di legalità nell'intersezione tra diritto sostanziale e processo, una volta superato il dogma della strumentalità del secondo al primo.

Per dimostrare questo assunto, a titolo esemplificativo si può fare riferimento a tre costellazioni a vario titolo problematiche: fattispecie di sospetto; repressione della bancarotta; condotte di partecipazione in associazione criminale, in particolare - ma non esclusivamente - di stampo mafioso.

damentale il riferimento a SUPLOT, *La Gouvernance par les nombres. Cours au Collège de France* (2012-2014), Institut d'études avancées de Nantes/Fayard, 2015, passim e spec. cap. 5 e 6.

6.2. Fattispecie di contesto nel sistema penale: esempi. Reati di sospetto come “indicatori”

Com'è ben altrimenti noto, i reati di sospetto riguardano comportamenti in sé non lesivi né pericolosi, ma che lasciano presumere, in base a “massime d'esperienza”, l'avvenuta commissione non accertata o la futura commissione di reati. In essi non manca un fatto in senso stretto, «non colpiscono – come invece è stato sostenuto – un mero stato personale o una mera intenzione, bensì un fatto materiale (il possesso di certe cose). Tale fatto non viene però punito come tale, bensì come indiziante, anche in connessione con determinate condizioni personali, di reati non accertati o da compiere»⁹⁴.

In questi casi, dunque, il legislatore considera taluni elementi di fatto come indicatori di una situazione finale presuntivamente collegata ad essi: si tratta di veri e propri elementi sintomatici di un reato, che il legislatore considera tipologicamente (‘tipizza’) come elementi costitutivi di un diverso reato per supplire alla mancata possibilità di provarlo; tipicità sintomatica, è stato scritto⁹⁵. L'elemento indiziante diventa elemento tipico, e con ciò realizza – dal punto di vista dinamico della prova – gli effetti di una presunzione legale: la tipizzazione delle circostanze sintomatiche determina l'inversione dell'onere della prova secondo un «modulo di semplificazione probatoria»⁹⁶ che trova soluzione già sul piano del diritto sostanziale.

Per vero, che si tratti d'inversione dell'onere della prova era stato negato decisamente, in tempi passati, dalla Corte costituzionale (sent. 14/1971):

«è da escludere che le norme denunziate, nel richiedere al prevenuto la giustificazione dell'attuale destinazione delle chiavi oppure degli strumenti atti ad aprire o forzare serrature e, rispettivamente, della provenienza del denaro o degli oggetti non confacenti al suo stato, esigano la prova della legittimità della destinazione e della provenienza, limitandosi, invece, a pretenderne una attendibile e circostanziata spiegazione, da valutarsi in concreto nelle singole fattispecie, secondo i principi della libertà delle prove e del libero convincimento, i quali, ovviamente, si attergeranno in modo diverso a seconda che si tratti di strumenti di uso comu-

⁹⁴ MANTOVANI F., *Diritto penale*, Parte gen., cit., 215-216.

⁹⁵ GARGANI, *Fattispecie sostanziali e dinamiche probatorie. Appunti sulla processualizzazione della tipicità penale*, in *Il reato lungo gli impervi sentieri del processo*, a cura di De Francesco Giov. e Marzaduri, Torino, 2016, 89-106 (spec. 98 ss.).

⁹⁶ Come nota di recente DI VETTA, *Tipicità e prova*, cit., 7, 8.

ne inerenti all'attività professionale del prevenuto oppure di ordigni di utilizzazione non ordinaria, di somme ingenti o di cose pregiate e rare oppure di somme modeste o di cose correnti».

L'argomento poteva apparire specioso⁹⁷; una successiva sentenza (370/1996) dichiarava l'incostituzionalità dell'intero reato di "possesso ingiustificato di valori" per le diverse ragioni legate al suo carattere marginale rispetto al principio di offensività, ma lasciava a ben vedere inalterata - oltre alla contigua fattispecie di possesso ingiustificato di attrezzi da scasso -⁹⁸ la plausibilità del meccanismo di costruzione del fatto tipico. Quel che più dev'esser messo in risalto in questa sede, infatti, è il fondamento epistemologico per la soluzione presuntiva: si tratta delle «massime di esperienza dotate di empirica plausibilità» in base alle quali le condotte oggetto d'incriminazione (il possesso) acquistano rilievo non in quanto tali, ma per il contesto in cui esse vengono a collocarsi, e cioè perché sono collegate a circostanze di fatto di carattere prevalentemente soggettivo (esser stato condannato per delitti determinati da motivi di lucro, o per contravvenzioni concernenti la prevenzione dei delitti contro il patrimonio), ed in parte oggettivo (la stessa natura degli oggetti, o la loro idoneità ad essere strumento di reato contro il patrimonio).

Senonché è problematica proprio questa trasformazione, precario questo assorbimento di circostanze indizianti in elementi costitutivi, composti in una fattispecie "a tipizzazione presuntiva": vestire le massime d'esperienza dei panni di elemento costitutivo, in realtà, non è comporre un più ricco oggetto di accertamento, ma al contrario equivale a sottrarre materia al contraddittorio processuale. Ben diversamente accade quando ci si trova di fronte all'uso di elementi come indicatori espressi: non che sottrarre al contraddittorio sulla

⁹⁷ Ma è confermato dalla stessa Corte nella successiva sentenza n. 48/1996, sia pure al fine di spiegare la diversa conclusione affermata nel dichiarare incostituzionale alla stregua dell'art. 27, co. 2 Cost. l'art. 12-*quinquies*, co. 2, d.l. 8 giugno 1992 n. 306, conv. in l. 7 agosto 1992 n. 356, e successive modificazioni. Qui la Corte (§ 4 del considerato in diritto) precisa che quest'ultima disposizione, diversamente dagli artt. 707 e 708 c.p., «impone una giustificazione qualificata, giacché questa deve consistere nella legittimità della provenienza dei beni o delle utilità». Osservazioni critiche ad es. in LUNGHINI, *Problemi probatori e diritto penale sostanziale. Un'introduzione*, in *Studi in onore di G. Marinucci*, I, Milano, 2006, 409-436, 420 ss. («la possibilità di una ... lettura costituzionalmente corretta rimane nei fatti una petizione di principio» che serve solo a consentire la sopravvivenza della fattispecie: 423).

⁹⁸ «La determinazione del fatto-reato circa questa ipotesi criminosa è data infatti dalla tipologia stessa degli oggetti detenuti (le "chiavi alterate o contraffatte", le "chiavi genuine", gli "strumenti atti ad aprire o a forzare serrature") in ordine ai quali è pleonastica la mancata giustificazione della loro attuale destinazione. Ciò, ovviamente, se ben s'intende sia il riferimento agli strumenti atti allo scasso (in relazione alle caratteristiche medie delle serrature o delle difese adottate), sia il presupposto soggettivo con riguardo ad altra commissione di fatti specifici» (Corte cost., sent. 370/1996, § 3.1 del considerato in diritto).

prova una parte del fatto, si sottopone alla dialettica processuale l'intero sistema degli indicatori: sia la consistenza materiale come circostanze di fatto, sia la capacità indiziante o significante - nel caso concreto - dell'elemento costitutivo «sfruttamento».

Insomma, mentre nel modello, appena considerato, di circostanze indizianti presunte dalla legge come elementi costitutivi di un reato diverso, il contesto definisce la tipicità (la condotta neutra di possesso diventa tipica per il contesto oggettivo e soggettivo che la accompagna), *nel modello di tipizzazione mediante indicatori è la tipicità che seleziona e definisce il contesto rilevante* (la condotta tipica di sottoposizione a condizioni di sfruttamento non è affatto neutra, ma è illecita e gli indicatori inseriti dal legislatore nella fattispecie selezionano, definiscono, limitano i possibili paradigmi di quest'illiceità).

Nonostante queste pur decisive differenze, se è chiaro il ruolo del rapporto fra condotta e circostanze di contesto, si può confermare che entrambi i modelli ruotano intorno al ruolo centrale del contesto nell'economia della fattispecie. Ma a questo punto non è difficile riconoscere come un siffatto modello non sia limitato a queste fattispecie tutto sommato secondarie nell'economia della repressione penale (per quanto chiamino direttamente in causa principi fondamentali come offensività, presunzione di innocenza, diritto di difesa).

In realtà, le interferenze fra costruzione (sostanziale) della tipicità ed esigenze probatorie trascorrono luoghi sensibili del sistema, interessando sia il livello normativo sia quello applicativo. Lo si è notato con attenzione anche di recente⁹⁹, segnalando - in particolare quanto al piano applicativo - un duplice aspetto del fenomeno. Per un verso, può accadere che il tipo legale sia ricostruito in via ermeneutica in modo da semplificare l'accertamento di elementi di difficile prova; per altro verso, ed è l'aspetto che interessa qui maggiormente, la «erosione della tipicità» si realizza «attraverso l'esercizio di un libero dominio sui criteri di prova e sulle regole di giudizio, grazie al quale si restringe o si amplia il perimetro tipico dell'incriminazione»¹⁰⁰. Esemplichiamo l'una e l'altra situazione.

⁹⁹ LUNGHINI, *op. cit.*, 419 (e prima lo stesso MARINUCCI, *Il diritto penale messo in discussione*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2002, 1041 ss.); GARGANI, *Fattispecie sostanziali e dinamiche probatorie*, *cit.*, 98 ss.; si veda anche RONCO, *Precomprensione ermeneutica del tipo legale e divieto di analogia*, in *Studi in onore di G. Marinucci*, *cit.*, 693 ss.; con ampiezza, di recente, DI VETTA, *op. cit.*, 10.

¹⁰⁰ DI VETTA, *op. cit.*, 12.

6.3. (Segue:) Bancarotta semplice ed indicatori

Un esempio di soluzioni normative di contaminazione fra elementi del fatto ed elementi di prova può essere rappresentato dalla bancarotta semplice. Evenienze fattuali verificatesi nel tempo, senza limiti retrospettivi, sostanzialmente indizianti del dissesto poi culminato nella dichiarazione di fallimento, sono considerate elementi costitutivi: le spese personali o per la famiglia eccessive rispetto alla condizione economica dell'imprenditore; l'aver consumato notevole parte del patrimonio in operazioni di pura sorte o manifestamente imprudenti. Si tratta, come notava Cesare Pedrazzi, di una tipizzazione della fattispecie mediante indici fattuali, «realistici», identificati teleologicamente dal legislatore in relazione all'interesse tutelato: «il momento dell'offesa non assume rilevanza se non attraverso il filtro dei suddetti indici»¹⁰¹. Si tratta, avvertiva l'autore, di una valutazione delicata, perché le condotte selezionate «non presuppongono una situazione di crisi»; qui possiamo sottolineare che si tratta di una valutazione necessariamente dipendente dal contesto: ad esempio, per le spese familiari l'eccessività dev'essere rapportata al complesso della situazione economica, comprensiva sia dell'aspetto patrimoniale sia di quello reddituale. Quanto alle operazioni imprudenti, devono essere valutate in relazione alla complessiva funzione del patrimonio come garanzia dei creditori, che stabilizza l'elasticità del parametro quantitativo (consumazione di «notevole parte» del patrimonio).

La conversione di criteri indiziarî in elementi costitutivi sollecita censure in dottrina, soprattutto alla stregua del principio di determinatezza¹⁰²; ma in questa sede non si tratta di discutere nel merito il problema. Si deve osservare, piuttosto, che la soluzione legislativa di conversione sostanziale di elementi costituenti, al più, argomenti di prova dell'insolvenza trova un contrappeso che potrebbe essere considerato idoneo ad appianare almeno in parte le perplessità: la punibilità è legata alla dichiarazione di fallimento ed è quest'ultima che dimostra, sia pure *a posteriori*, l'adeguatezza degli indicatori a segnalare l'effettiva, concreta pericolosità per l'interesse protetto delle condotte selezionate. Se manca la dichiarazione, si può osservare non soltanto, dal punto di vista formale, che il reato non è comunque punibile, ma soprattutto, dal pun-

¹⁰¹ PEDRAZZI C., *Art. 217*, in PEDRAZZI, SGUBBI, *Reati commessi dal fallito. Reati commessi da persone diverse dal fallito*, in *Commentario Scialoja - Branca, Legge fallimentare*, a cura di Galgano, Roma, 1995, 140.

¹⁰² Cfr. per tutti, nella manualistica, AMBROSETTI, MEZZETTI, RONCO, *Diritto penale dell'impresa*, Bologna, 2016, spec. 288-291.

to di vista sostanziale, che l'astratta sintomaticità delle condotte resta tale, senza che in concreto si concretizzi il suo termine di riferimento: l'indicatore, in tal caso, opera soltanto "in potenza", pur essendo elemento costitutivo formale, ma non produce nessun effetto ai fini del completamento della fattispecie in senso lato (la condizione di punibilità rappresentata dalla dichiarazione di fallimento non è parte del fatto in senso stretto, ma senz'altro lo è della fattispecie).

6.4. (Segue:) Partecipazione ad associazione mafiosa

Un ulteriore ambito nel quale, per effetto di una lunga quanto discussa stagione giurisprudenziale, si è profilata la fisionomia d'una tipicità 'di contesto' è quello della criminalità organizzata di stampo mafioso. Anch' di recente è stato notato come si produca un «sistematico interscambio tra elementi costitutivi e circostanze indizianti (elementi probatori) ... quando il processo ha ad oggetto la contestazione di una partecipazione associativa semplice o di una condotta di concorso esterno»¹⁰³. Qui interessa sottolineare un aspetto particolare, cioè che la scabrosità del problema deriva essenzialmente dalla perversa sinergia fra una descrizione tipica del reato ad un tempo zeppa (di elementi di contesto) e silente (sulla fisionomia della condotta punibile), da un lato; e, dall'altro lato, il peso di pregiudiziali socio-criminologiche le quali - ad onta del richiamo a «massime di esperienza dotate di empirica plausibilità»¹⁰⁴ - arrestano la motivazione ad uno stadio intuitivo-impressionistico. Da questa situazione deriverebbe non soltanto la funzionalizzazione del tipo legale al tema della prova, ma, più in generale, il peso decisivo del contesto "ambientale" che diventa «dirimente nell'adottare una determinata impostazione ricostruttiva intorno ai caratteri obiettivi del reato associativo e all'accertamento di una reale o virtuale capacità di intimidazione»¹⁰⁵. Il contesto offre al giudice gli elementi fattuali all'interno dei quali egli seleziona quelli ritenuti persuasivi per inferire l'integrazione della condotta tipica¹⁰⁶; ma l'inferenza è effettuata in base a massime non esplicitate, o comunque non stabilite legislativamente. Ed infatti gl'indici fattuali sono stati enucleati, od almeno enunciati dai giudici, sulla base di attendibili regole di esperienza relative alla criminalità (specialmente) di tipo mafioso; da questi si ritiene possibile inferire il nucleo essenziale della condotta partecipativa. Si tratta, ad esempio, dell'affiliazione ritua-

¹⁰³ DI VETTA, *op. cit.*, 14-15

¹⁰⁴ Cfr. spec. Cass., Sez. un., 12 luglio 2005, Mannino, in *Foro it.*, 2006, II, 80 ss.

¹⁰⁵ DI VETTA, *op. cit.*, 24.

¹⁰⁶ DI VETTA, *op. cit.*, 26.

le; dell'investitura della qualifica; della commissione di delitti scopo; di «molteplici» «variegati» «significativi» *facta concludentia* da cui inferire la messa a disposizione della persona per le attività dell'associazione - dove, sia detto incidentalmente, il latino finisce col servire di maschera ad una tautologia (sono concludenti, quei fatti, soltanto se risultano significativi, ma questa è l'esito finale, non la premessa del giudizio); abitudine inveterata da sclerosi della formazione classicista¹⁰⁷.

Gli indicatori appena ricordati a titolo di esempio sono stati giudicati da gran parte della dottrina deboli se non inconsistenti. Il giudizio è forse troppo ingrato, anche perché quando si esigono atti di militanza non si indica esattamente cosa si intenda per essi (e perché non possano esserlo atti di messa a disposizione di se stessi, come dice la giurisprudenza; e persino l'uso di linguaggio allusivo o cifrato per occultare luoghi di incontro; che si desidera di più e perché?); qui tuttavia non interessano le critiche nel merito su di essi e sulla loro congruità rispetto alla pretesa esigenza - in sé condivisibile - di ricostruire una dimensione dinamico-funzionalistica della condotta penalmente rilevante, in coerenza con la prospettiva di valorizzare lo spessore offensivo della fattispecie associativa. Piuttosto, si potrebbe osservare come, a fronte di un fenomeno sociale complesso come la "mafia", ma in generale le associazioni criminali strutturate, il ricorso da un lato alla funzione "tipizzante" del contesto e dall'altro a specifici "indicatori" finisca con l'essere non soltanto ricorrente, ma inevitabile, consustanziale alla forma della repressione penale, apparenza manifesta della sua specifica cifra d'operare.

Questo, per un verso, non equivale ad osservare che il diritto penale sia automaticamente legittimato ad intervenire, ed a farlo nello specifico modo prescelto dall'ordinamento italiano come pure da altri ordinamenti (cioè, nell'esempio in esame, mediante lo schema associativo e specificamente mediante quello indicato come associazione mafiosa); anzi, in prospettiva critica, proprio l'inevitabilità del ricorso ad elementi che scardinano la "statica" della tecnica pittorica finisce con il suggerire che proprio quella tecnica, almeno in loro assenza, non è (più) adeguata al fenomeno da disciplinare; come del resto si incaricano di mostrare le nuove forme "destrutturate" dell'agire terroristico, in particolare transnazionale e di matrice *lato sensu* religiosa¹⁰⁸. Il che

¹⁰⁷ GIUNTA C., *E se non fosse la buona battaglia?* - *Sul futuro dell'istruzione umanistica*, Bologna, 2017, *passim*. In termini solo apparentemente faceti, pure ID., *Proibire il latino*, www.claudiogiunta.it.

¹⁰⁸ Nell'ambito di una vasta letteratura che si muove nel solco dell'esegesi canonica, e limitandosi a voci accademiche, cfr. in Italia FASANI, *Terrorismo islamico e diritto penale*, Milano, 2016, spec. 197-202 e, per analisi critica della giurisprudenza sullo specifico aspetto della condotta partecipativa, 268-271 (l'edizione provvisoria di questo lavoro recava il sostantivo «giustizia» penale, forse persino più accon-

potrebbe piuttosto suggerire un ripensamento radicale di strategia e tecnica punitiva del «fenomeno sociale complessivo»¹⁰⁹ dell'associazione criminale, come una rigorosa dottrina in effetti s'incarica di patrocinare da tempo¹¹⁰.

Per altro verso, riconoscere che un indicatore è necessario per la tipizzazione effettiva di un reato, comporta di ammettere, altrettanto francamente, che tale funzione non può esser svolta da elementi costitutivi in senso statico e, per così dire, classico ed invece può esserlo adeguatamente dall'indicatore, elemento di tipicità "dinamica"; con il che (e cioè: preso atto della sola funzione di indicatore) si eviterebbe di riempire indebitamente questo stesso elemento di un contenuto "statico", "bloccato" in una valutazione astratta ch'esso per sua natura non può assumere nel contesto della fattispecie tipica. *Tatbestand-smerkmale* vs. *Tatbestandsindikatoren*, si potrebbe suggerire cedendo a tentazioni linguisticamente germanofile.

Per chiarezza, si consideri a titolo esemplificativo proprio la discussione sul fatto se sia necessaria la "concreta esplicazione del ruolo" al fine di riconoscere la condotta di partecipazione. Da un lato, parte della dottrina persegue la ricerca della "essenza" dell'atto di militanza quale elemento ritenuto caratterizzante della condotta di partecipazione, ma chi ne assume la necessità non riesce veramente a definirlo (in senso, per così dire, classico); dall'altro lato, si è autorevolmente avvertito che ipostatizzare l'esplicazione del ruolo come requisito imprescindibile della condotta di partecipazione è fonte di fraintendimenti: tale «esplicazione» sarebbe invece – si noti – un criterio di prova della condotta associativa, potenzialmente surrogabile da (od integrabile con) altri elementi significativi nell'ottica di dimostrare lo stabile ed organico inserimento dell'agente nella struttura associativa.

cio); MASARONE, *Politica criminale e diritto penale nel contrasto al terrorismo internazionale*, Napoli, 2013 ; già VIGANÒ, *Profili di diritto penale sostanziale dell'azione di contrasto al terrorismo* (relazione all'incontro di formazione organizzato dal CSM a Roma, 14 aprile 2005); poi sviluppatoin ID., *Terrorismo, guerra e sistema penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2006, 648 ss.; e pure (fra altri contributi in tema) ID., *Il contrasto al terrorismo di matrice islamico-fondamentalista: il diritto penale sostanziale*, in *Terrorismo internazionale e diritto penale*, a cura di De Maglie e Seminara, Padova, 2007, 125 ss.

¹⁰⁹ Sono parole, riferite specificamente al fenomeno mafioso, di NOBILI, *Associazione mafiosa, criminalità organizzata e sistema processuale*, in *Criminalità organizzata e risposte ordinamentali*, a cura di Moccia, Napoli, 1999, 223-241 (230).

¹¹⁰ Nella vastissima bibliografia, cui sarebbe un fuor d'opera fare riferimento, cfr. tuttavia soprattutto, per la radicalità delle soluzioni prospettate, la posizione di MOCCIA, *La perenne emergenza. Tendenze autoritarie nel sistema penale*, Napoli, 2000² (prima ed. 1997), 65 ss. e spec. 68 (per la creazione di una figura associativa di "parte generale", quale concorso qualificato dalla stabilità dell'organizzazione e del vincolo associativo) e della "scuola napoletana": SESSA, *Tutela penale dell'ordine pubblico e teleologismo dei valori costituzionali: ambiti e prospettive di un riformismo razionale*, in *Delitti contro l'ordine pubblico*, a cura di Moccia, Napoli, 2007, spec. 57 ss. e partic. 68-78; CAVALIERE, *Associazione per delinquere*, *ibidem*, 249-250; 290-303.

A ben guardare, proprio quest'ultima ricostruzione può anche esser tradotta, per così dire, nel riconoscimento che la fattispecie si definisce intorno al contesto segnalato da indicatori fattuali, significativi dell'elemento costitutivo "partecipazione". Così, ad esempio, quando si afferma - ed è condivisibile - che sono sufficienti, come condotte di partecipazione semplice, indicatori quali l'inserimento del soggetto all'interno di una struttura operativa dell'ente illecito, o la sua collocazione funzionale in un ruolo o in una mansione riconosciuta dagli altri membri, *si esprime a ben vedere un giudizio, piuttosto che sul contenuto dell'elemento costitutivo* (qui la condotta), *sul metodo del suo accertamento*, che è per l'appunto rappresentato dalla valorizzazione di indicatori. Per la loro natura esclusivamente fattuale, ad essi potrebbero esserne affiancati altri, in base ad una valutazione e selezione discrezionali da parte dell'interprete, ma il cui significato di connessione con il disvalore della condotta tipica potrebbe non apparire altrettanto evidente o ragionevole: partecipazione a feste o funerali ed in generale ad eventi privati o pubblici ma basati su relazioni personali; conoscenza delle dinamiche e dei ruoli associativi; utilizzazione di linguaggio criptico per non farsi intendere all'esterno; partecipare ad incontri, con documentata conoscenza degli argomenti trattati. Tutti indicatori il cui significato complessivo di 'indice' dovrebbe essere pertanto subordinato alla capacità di segnalare, *in ragione del contesto*, quella collocazione funzionale della persona in un ruolo che per l'appunto costituisce - questa, non l'indicatore - la condotta punibile.

Sulla scorta di queste considerazioni, dunque, si può concludere che il problema è rappresentato sia dal completo affidamento agli interpreti ed in special modo alla sola giurisprudenza del compito di individuare e selezionare tali indicatori, in assenza di una qualsiasi formalizzazione legale¹¹¹; sia dal

¹¹¹ Gli esiti sono disastrosi: come rileva Tullio Padovani, quando l'oggetto della prova non è definito in termini normativi certi, la prova tende a surrogare il suo oggetto (l'elemento di cui essa consta diventa significativo sul piano reale ed anche su quello sintomatico); correlativamente, fattori processuali, per mezzo della loro rilevanza sintomatico-probatoria, costituiscono i corrispondenti elementi oggettivi: questi non sono oggetto di una vera e propria identificazione e determinazione, talché il profilo dell'accertamento «si trasforma in un momento fondante l'effettività e la sostanza del concetto... secondo una rifrazione progressiva che vede confondersi le acque del processo con le acque del diritto sostanziale» (Padovani T., come citato in GARGANI, *Fattispecie sostanziali e dinamiche probatorie*, cit., 95 e nt. 15; di Padovani si veda comunque *Giustizia Criminale - 5. La plurisoggettività nel reato e come reato*, Pisa, 2015). Queste obiezioni non sarebbero replicabili *tout court* per il caso della tipizzazione mediante indicatori, proprio perché questi non emergono dal processo secondo le casuali e manipolabili risultanze delle prove, a partire dalle quali si definiscono i contorni del fatto; sono invece individuati dal legislatore con una selezione operata in astratto e a sua volta basata su elementi di fatto processualmente accertabili (ed internazionalmente riconosciuti). Ovviamente, la stessa formulazione degli indicatori può apparire perfettibile; ma non è un fuor d'opera notare che nessuna delle applicazioni giurisprudenziali finora note abbia evidenziato applicazioni irragionevoli o addirittura abnormi, che siano

mancato riconoscimento della diversa natura di essi rispetto agli elementi costitutivi: ammissione che, dislocando i primi sul piano del solo giudizio di fatto, porterebbe a riconoscere che il riscontro di uno o più di essi costituisce un indice di sussistenza delle condotte vietate ma non ne rappresenta in modo automatico la prova¹¹².

6.5. Tipicità di contesto nella parte generale: il tentativo di reato

Fin qui si è cercato di mostrare come la logica di una tipicità di contesto operi in alcuni settori, per vero non secondari, della cosiddetta parte speciale. Ma, se sono chiari i presupposti teorici di questa ricostruzione, ci si può avvedere come un modello così fatto sia riconoscibile anche rispetto ad un istituto di “parte generale”, che anzi potrebbe essere considerato un esempio paradigmatico, se non addirittura la struttura archetipica della figura così individuata. Si tratta del tentativo di reato.

Indipendentemente dalle diverse ricostruzioni dogmatiche dell’istituto di volta in volta offerte dalla dottrina, peraltro inevitabilmente legate alle specifiche caratteristiche dell’ordinamento italiano – imperniato su una costruzione obiettiva dei relativi requisiti strutturali, diversamente da quanto accade in altri ordinamenti –¹¹³, ciò che interessa è sottolineare proprio come le discussioni sulla struttura del delitto tentato abbiano portato a riconoscere, in fin dei con-

causate dal tanto lamentato difetto di determinatezza od offensività.

¹¹² Ad esempio, la commissione di delitti-scopo potrebbe essere soltanto una forma di concorso “a val-le”, senza esser significativa della partecipazione associativa; effettuare una ronda di sorveglianza attorno alla casa di un latitante una forma di concorso in favoreggiamento; e così via. Problematico è il tema degli indicatori formali (es., attribuzione rituale della qualifica di membro della consorteria); ma esso, in realtà, sarebbe piuttosto sdrammatizzato che accentuato dalla prospettiva della tipicità dinamica mediante indicatori: da un lato, non sarebbe necessario in prima battuta far riferimento al principio di offensività per paralizzare la rilevanza di tale elemento, se appunto lo si consideri come mero indicatore di una partecipazione, cui affiancare indicatori di carattere sostanziale, definiti in una prospettiva funzionalista. Dall’altro lato, proprio in una prospettiva di tipicità dinamica emerge la necessità di una selezione legislativa e la potenzialità di critica al sistema, proprio perché questo si impernia sulla punizione di una partecipazione all’associazione senza definirne le coordinate tipiche e comunque prescindendo dal compimento di reati, cioè proprio dall’aspetto più sicuramente “operativo” fra quelli con cui si cerca di riempire in via esegetica la condotta di partecipazione.

¹¹³ Per un panorama comparatistico sia sufficiente rinviare a SIEBER, CORNILS (Hrsg.), *Nationales Strafrecht in rechtsvergleichender Darstellung, Allgemeiner Teil*, Bd. 3, Berlin, spec. parte F (*Stralbares Verhalten im Vorfeld der Tatvollendung*), non limitata all’ambito europeo. Nella dottrina italiana, per la rappresentazione e comparazione anche diacronica di alcuni sistemi europei (Francia, Spagna, Austria, Germania), cfr. per tutti SEMINARA, *Il delitto tentato*, Giuffrè, Milano, 2012; quanto alla manualistica, cfr. solo PALAZZO, PAPA, *Lezioni di diritto penale comparato*, Giappichelli, Torino, 2013³, 132 s.) a proposito del modo con il quale la giurisprudenza francese interpreta il requisito legale del *commencement d’exécution*.

ti, come i requisiti costitutivi espressi dal legislatore - ed in particolare quello più rilevante ai nostri fini, la “univocità” degli atti rispetto alla commissione del delitto - siano definibili precisamente *soltanto alla stregua del contesto delle circostanze*. Questo contesto è decisivo non tanto perché costituisca prova dell'intenzione (con una sorta di sostituzione, come è stato notato, della direzione dell'atto con la direzione del dolo)¹¹⁴, quanto perché segnala, cioè per l'appunto ‘indica’ «la direzione esteriore del legame della condotta con la commissione del reato».

In sostanza, in particolare mediante l'univocità il legislatore ha tipizzato un indicatore del tentativo di reato, selezionando - nell'ambito del contesto delle circostanze di fatto in cui si muove, per così dire, la condotta dell'agente - quelle capaci di segnalare la connessione con il reato in termini univoci, anche se non tecnicamente “unidirezionali”. Tale tipizzazione sarebbe ancor più marcata (anche se a rigore non necessaria sotto il profilo dogmatico)¹¹⁵ qualora si specificasse che sono da considerare atti di tentativo quelli con i quali è intrapresa l'esecuzione del fatto tipico, nonché quelli immediatamente antecedenti¹¹⁶. Anche questa soluzione non potrebbe prescindere dal contesto: sia perché gli atti immediatamente antecedenti possono esser definiti come tali solo rispetto al concreto atteggiarsi della condotta dell'agente¹¹⁷; sia perché si può ritenere ch'essi siano effettivamente proiettati verso un determinato esito delittuoso solo se al criterio apparentemente solo temporale se ne affianchi uno funzionale o strumentale, di collegamento obiettivo con il reato di cui si dovrebbe rispondere a titolo, per l'appunto, di tentativo.

Quanto poi al requisito di “idoneità”, anch'esso a ben vedere esprime un dato bensì intrinseco alla condotta, ma non già in senso ontologico (lo era il riferimento ai «mezzi idonei» contenuto del codice Zanardelli), bensì anch'esso “di contesto”. In altri termini, è certamente vero che in una prospettiva definitoria statica questo requisito esprime la capacità della condotta di mettere in pericolo il bene giuridico protetto, ma il suo reale contenuto non può esser percepito - si avverte unanimemente - in termini astratti e statici, ma soltanto

¹¹⁴ DE FRANCESCO Giov., *Diritto penale. Principi, reato, forme di manifestazione*, Giappichelli, Torino, 2018, 617.

¹¹⁵ Rilievi critici in DE FRANCESCO Giov., *Diritto penale*, cit., 618 s.

¹¹⁶ Così in alcuni recenti progetti di codice penale, i cc.dd. progetti Grosso (2001) e Pisapia (2007); si tratta essenzialmente della concretizzazione della proposta dottrinale di SEMINARA S., *op. cit.*, 1015 s. («chi intraprende l'esecuzione di un fatto previsto dalla legge come delitto, o si accinge a intraprenderla con atti che immediatamente la precedono...»).

¹¹⁷ Il che vale a maggior ragione quando si prospetti la necessità di valutare gli atti secondo la rappresentazione dello stesso agente, come prevedono altri sistemi e si prospetta di “importare” anche in Italia. Su ciò cfr. ancora le osservazioni di DE FRANCESCO Giov., *Diritto penale*, cit., 619 s.

con riferimento agli atti in concreto¹¹⁸ «considerati nel contesto della situazione cui ineriscono».

6.6. Considerazioni riassuntive

Tirando le fila di queste esemplificazioni, dai reati di sospetto a quelli di criminalità organizzata, senza escludere istituti di parte generale, sembra confermato quanto espresso in precedenza, nel senso che l'utilizzazione d'indicatori nel ricostruire il *Tatbestand*, il fatto tipico di reato - indicatori la cui funzione si definisce in relazione ad una situazione di contesto rispetto alla quale essi dispiegano la loro specifica attitudine significativa - non costituisce un'inedita singolarità. Anzi, risulta (se non diffusa, almeno) ben attestata nell'esperienza giuridica di cospicui settori della parte speciale, e persino - in modo addirittura prototipico - in un fondamentale istituto della parte generale.

In questa prospettiva, il reato di sfruttamento lavorativo si colloca in un campo già dissodato e ne prosegue, per così dire, un'ordinata aratura. Quel che in esso si riscontra di inedito, in effetti, è la formalizzazione legislativa della tecnica degli indicatori "fattuali", formalmente descritti e acquisiti alla fattispecie tipica senza perdere la loro dimensione dinamica di orientamento probatorio, la loro *funzionalità*. Questo elemento di formalizzazione, di trasparenza nell'assunzione di responsabilità da parte del legislatore, può essere allora considerato un elemento positivo, un valore aggiunto persino inestimabile sotto il profilo degli stessi principi di riserva di legge e determinatezza, almeno rispetto ad interi ambiti di vita giurisprudenziale cresciuti senza il governo del legislatore.

In altri termini, la *tipicità di contesto mediante la dinamica degli indicatori* finisce con il rivelare un duplice pregio.

Da un lato, come si è ormai più volte sottolineato, formalizza e cioè veste di formale giuridicità - legalità - quelli che altrove sono semplici indicatori fattuali, sottraendoli al processo di codificazione informale da parte della giurisprudenza, per legittimato ch'esso sia dalle teorie ermeneutiche¹¹⁹. In questo senso, tale soluzione tecnica garantisce anche l'aspetto di controllabilità della decisione giudiziaria esplicitando e, in senso etimologico, sancendo quali

¹¹⁸ Nella manualistica per tutti PADOVANI, *Diritto penale*, Milano, 2017¹¹, 320: «uno specifico comportamento, storicamente ed empiricamente definito, del soggetto agente».

¹¹⁹ Su alcuni presupposti dell'adozione in materia penale dell'ermeneutica gadameriana ho speso qualche rilievo (marginale, ma forse non del tutto scontato) in: DI MARTINO Alb., *Una legalità per due?*, cit., 112-115 e note relative.

“massime d’esperienza” – qui recepite da organi internazionali sulla base di procedure scientificamente documentate ed esplicitate –¹²⁰ possono costituire fondamento non solo empirico-sociale ma giuridico (o meglio, giuridicizzato) di quella decisione.

Dall’altro lato, la natura propria degli indicatori consente di superare le indebite commistioni di fatto tra tipicità e prova: indebite, perché non supportate da una scelta effettuata in astratto dall’organo competente alle scelte di politica criminale circa i criteri di significatività di un elemento indiziante rispetto al disvalore del reato.

La dottrina ha da tempo cominciato ad interrogarsi, in effetti, sui rimedi che «possono essere realisticamente adottati per arginare il progressivo svuotamento del ruolo di garanzia esercitato dal canone di tipicità in ambito penale», nonché, correlativamente, su «quali canoni o principi di garanzia possano essere effettivamente utilizzati in funzione di contrasto o di limite alla ridefinizione giudiziaria dei contenuti della fattispecie legislativa». Fra le più recenti proposte di ricerca, si segnalano quelle che auspicano una «“processualizzazione” dei canoni di garanzia», nel senso che «la ricerca di limiti o forme attraverso i quali salvaguardare le esigenze di predeterminazione e di determinatezza sottese al criterio di tipicità non può più essere ... circoscritta al piano sostanziale»¹²¹. Il suggerimento formulato è insomma quello di adottare una visione «integrata» delle garanzie sostanziali e processuali, nella prospettiva di una «equivalenza funzionale»¹²²; questa sarebbe radicata su una «base unitaria»¹²³ all’interno della quale il processo penale condiziona il «poter essere di determinate categorie sistematiche e i loro contenuti»; un’opera di ripensamento, si riconosce, tutta da realizzare.

Non si tratta, tuttavia, solo di prendere atto di distorsioni e ripensare le categorie alla luce dell’influenza del processo sul diritto sostanziale (d’altronde, è appena il caso di notare che dal punto di vista operativo dovrebbe essere ormai del tutto scontata l’inseparabilità delle “due Autorità”, diritto sostanziale e processo, la cui divisione accademica e disciplinare storicamente ha risposto ad esigenze di diverso tipo)¹²⁴. Questi aspetti, certo determinanti per la tenuta

¹²⁰ «Scientificamente», nel senso ovviamente delle scienze sociali.

¹²¹ GARGANI, *Fattispecie sostanziali*, cit., 105. Ampiamente ID., *Processualizzazione del fatto e strumenti di garanzia: la prova della tipicità ‘oltre ogni ragionevole dubbio’*, in *Diritto e processo: rapporti e interferenze*, a cura di Danovi F., Torino, 2015, 117 ss.

¹²² GARGANI, *Fattispecie sostanziali*, cit., 106.

¹²³ DE FRANCESCO, Giov., *Classicismo e modernità nel pensiero di Winfried Hassemer: una prospettiva “integrata” tra sapere empirico e garanzie “formali” della tutela penale*, in *Giornate di studio in onore di Jean Carbonnier e Winfried Hassemer*, a cura di De Vita e Palazzo, Torino, 2004, 137 ss.

¹²⁴ Qui sia consentito limitarsi a ricordare la posizione di LEONE, *Per definire con esattezza l’autonomia*

del sistema e delle sue garanzie, non esauriscono tuttavia i problemi posti alla dimensione giuridica, e del diritto penale in particolare, dal contesto di fenomeni sociali complessi che questo diritto è chiamato a disciplinare; problemi che si pongono sul versante legislativo prima ancora che su quello applicativo. Anzi, un'adeguata valutazione operata a questo livello costituisce il primo argine alla dislocazione verso il basso della competenza a definire il contenuto dei fatti punibili.

Il problema di identificare i valori da tutelare e, correlativamente, di selezionare criteri e tecniche di intervento mediante la costruzione di fattispecie tipiche - diritto sostanziale, dunque - precede l'applicazione in giudizio, anche se è in questo che necessariamente prende corpo e si manifesta la "vita" di quelle fattispecie; ma è già in quel momento precedente che si apre il problema metodologico. E questo è necessariamente affare del legislatore.

La premessa che qui si assume, per l'istante, è nel senso che non sia in discussione la scelta politico-culturale per la quale la funzione della tipicità è sempre e necessariamente quella di selezionare le tipologie di offesa rilevanti per il diritto (qui: penale), escludendo di attivare la tutela contro qualsiasi offesa ad un interesse pur identificato come meritevole di tutela. Su questa base, la cui accettazione senza riserve non è oggetto di negoziato, s'impone il riferimento a tecniche descrittive della tipicità congrue rispetto al fenomeno da sottoporre a regolazione giuridica e conformi ai principi del sistema penale, sostanziale e processuale. In quest'ottica, si può sostenere come sia possibile, ferma la funzione della tipicità, rinunciare ad una tipizzazione classica, statica, e introdurre soluzioni strutturali differenziate, orientate *anche* al processo, o meglio alla garanzia di una decisione trasparente, motivabile, argomentabile, perciò giusta.

In tema di sfruttamento lavorativo (ma la soluzione dovrebbe essere considerata in relazione a tutti i fenomeni socio-economici complessi rispetto ai quali si utilizzi anche l'opzione d'intervento penale) la scelta di metodo è stata molto chiara, e - secondo quanto sostenuto in questo lavoro - apprezzabile. La tipicità mediante indicatori rappresenta, dal lato del legislatore, un modo interessante di riportare nell'alveo della decisione politica criteri di giudizio altrimenti rimessi al «creazionismo giudiziario», contro il quale Luigi Ferrajoli ha speso anche di recente parole potenti¹²⁵:

didattica del diritto e della procedura penale, in *Dir. pen. proc.*, 1997, 635; e la precisazione di STILE, *L'autonomia didattica del diritto e della procedura penale non significa autonomia culturale*, in *Dir. pen. proc.*, 1997, 636.

¹²⁵ FERRAJOLI, *Contro il creazionismo giudiziario*, Modena, 2018, 24 s.

«È innegabile che parlare genericamente di ‘creatività della giurisdizione’ equivale ad offrire un avallo alla creatività giurisprudenziale in senso forte, a mio parere illegittima; ad offuscare la natura cognitiva della giurisdizione e i limiti della discrezionalità interpretativa; a contraddire infine i principi della soggezione dei giudici alla legge e della separazione dei poteri e perciò a minare la stessa legittimazione dell’indipendenza dei giudici. Gli spazi della discrezionalità interpretativa sono già fin troppo ampi, a causa dell’odierno caos legislativo, da sconsigliare che li si ampli ulteriormente teorizzando e legittimando il creazionismo della giurisdizione, destinato inevitabilmente a degenerare nel dispotismo giudiziario».

Inoltre, la descrizione mediante indicatori consente di garantire, nel solco tracciato dal legislatore, la necessaria discrezionalità giudiziaria in relazione alle caratteristiche del caso concreto, sotto due profili distinti ma strettamente correlati:

- a) orienta l’argomentazione probatoria, «consistente in un’induzione che può pervenire a una “verità fattuale” soltanto probabilistica»¹²⁶ (si tratta di quei momenti di conoscenza empirica consistenti nella prova delle circostanze di fatto richiamate dai singoli indici);
- b) e guida la stessa «argomentazione interpretativa», cioè la decisione sul significato dell’elemento costitutivo (lo sfruttamento) che, per la laconicità indubbia del segno linguistico, lascia un margine particolarmente ampio a quella discrezionalità.

La soluzione di una tipicità di contesto, articolata mediante indicatori, può contribuire a definire il discrimine tra interpretazione e creazione, già sul piano del diritto sostanziale; ma di un diritto sostanziale, si deve notare, che per questa via *si fa carico esplicitamente delle esigenze del processo senza delegare a questo, ai suoi attori e soprattutto ai suoi àrbitri, la definizione del confine.*

Detto in una battuta, si tratta di un metodo con il quale le esigenze proprie del diritto sostanziale vengono “precipitate” nella fase applicativa, imposte *al* processo, piuttosto che, viceversa, attendere che la fattispecie sia impropria-

¹²⁶ FERRAJOLI, *op. cit.*, 29 (anche per la citazione che segue nel testo).

mente plasmata secondo le necessità e dagli attori di quest'ultimo.

Quanto poi alle garanzie strettamente processuali - dal contraddittorio sulla prova allo *in dubio pro reo*; dalla regola dell'oltre il ragionevole dubbio al *ne bis in idem*; dall'obbligo di corrispondenza fra imputazione e condanna alla ragionevole durata, ecc. - esse non reagiscono a rigore sulla categoria della tipicità né in particolare sulla sua dimensione assiologica (oggetto, come si è detto, di preliminare ed irrevocabile scelta politico-culturale), per quanto restino necessarie al sistema nel suo complesso al fine di assicurare una decisione giusta per il caso concreto.

Resta aperto, d'altronde, il tema delle condizioni di legittimazione delle massime d'esperienza formalizzate nella fattispecie come indicatori dei suoi elementi costitutivi. Qui la scelta del legislatore possiede un nucleo d'inevitabile incoercibilità, ma non si sottrae ai principi. Di tali principi viene a mutare però, comunque, la prospettiva applicativa, se è chiaro che l'indicatore selezionato in ossequio al principio di riserva di legge esprime la logica di una definizione operativa: non presunzione d'esistenza di un elemento costitutivo, ma guida legale per il suo accertamento in concreto.