

MARTINA GALLI

EFFETTI COLLATERALI



Isbn 9788828842613

Estratto dal volume:

STUDI IN ONORE DI CARLO ENRICO PALIERO

a cura di

CARLO PIERGALLINI, GRAZIA MANNOZZI, CARLO SOTIS, CHIARA PERINI,
MARCO SCOLETTA, FEDERICO CONSULICH

con la collaborazione di Sara Bianca Taveriti

2022

MARTINA GALLI (*)

EFFETTI COLLATERALI

1. Introduzione.

Il tema degli “effetti collaterali” dell’intervento penale deve al Maestro che in questo Volume onoriamo la più ampia operazione, non solo terminologica, di discernimento. Ai Suoi scritti (1) va infatti il merito di avere, da un lato, segnalato la pervasività degli effetti collaterali connessi all’opera di criminalizzazione, offrendo di questi al contempo un’ampia descrizione; dall’altro, di avere efficacemente evidenziato la necessità di ponderare tali effetti all’interno delle scelte politico-criminali.

Il diritto penale, così inestricabilmente legato a un’offerta di male, rappresenta il più costoso degli strumenti di governo dei comportamenti antisociali. Ad una prima analisi, questo male sembrerebbe tradursi nella mera sofferenza inflitta al reo per la tutela dei beni della collettività (2). Tuttavia, come è stato detto, « il perseguimento di una *effettività di risultato* soltanto attraverso un *mezzo lesivo* — connotato tipico del sistema penale — reca connaturato in sé l’elevato rischio di incrementare *Nebenwirkungen* [...] *negative*: dannose o comunque disfunzionali » (3), non solo per il reo, ma anche per una serie di altri soggetti, fino all’intera collettività. Tali conseguenze, indesiderabili ed estranee agli obiettivi perseguiti, finiscono per aggravare i tratti di connaturata ambiguità morale (4) e genetica diseconomicità della pena (5), fatalmente aumentando la probabilità che il danno sociale risultante dal suo impiego superi i benefici. Il

(*) *Ricercatrice in Diritto penale presso l’Università della Tuscia.*

(1) Si rammentano, in particolare, C.E. PALIERO, *Il principio di effettività del diritto penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1990, 502 ss.; ID., *L’economia della pena (un work in progress)*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2005, 1336 ss.; ID., *Il sogno di Clitennestra: mitologie della pena. Pensieri scettici su modernità e archeologia del punire*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2018, 447 ss.; ID., *Il mercato della penalità. Bisogno e meritevolezza di pena nel rationale della punitività*, Milano, 2021.

(2) Il richiamo a Franz Von Liszt è d’obbligo (*La teoria dello scopo nel diritto penale*, trad. it., Milano, 1962, 46).

(3) C.E. PALIERO, *Il principio di effettività*, cit., 502.

(4) « Dato il nostro stato attuale di relativa ignoranza delle origini e del controllo della condotta umana, non si può sfuggire all’uso della sanzione [...]. Né si può sfuggire alla

diritto penale — più incline a riconoscere il danno sociale “collaterale” derivante dal reato, piuttosto che da sé medesimo — si affaccia così su un insidioso campo che lo chiama, una volta di più, a confrontarsi con i propri limiti.

In questo ambito, la prospettiva penalistica è inevitabilmente debitrice delle riflessioni condotte all'interno di altre discipline. Gli effetti collaterali dell'azione sociale rivestono infatti una posizione di centralità nell'ambito della scienza sociologica ed economica, appaiandosi concettualmente, rispettivamente, ai c.d. “effetti perversi” (6) e alle “esternalità negative” produttive di costi sociali (7). Da queste scienze derivano non solo teorizzazioni che aiutano a mantenere uno sguardo aperto sul fenomeno e sulla multiformità delle sue manifestazioni nel settore della penality, ma anche un'offerta di modellizzazione che se per un verso alimenta l'ambizione di prevedere (8) e disinnescare in via anticipata tali effetti, per altro verso consente di evidenziare le criticità della modellistica stessa.

Nel tentativo di offrire una sintetica panoramica e di verificare se e come gli effetti in considerazione possano delegittimare l'opzione criminale, conviene distinguere tra effetti collaterali *della norma*, già predicibili rispetto al momento comminatorio-astratto, ed effetti collaterali *della pena*, scaturenti più direttamente dall'applicazione di questa.

2. *Effetti collaterali della norma penale.*

Quanto ai primi, in letteratura si osservano, accanto ai più generali effetti di emarginazione degli autori da parte della collettività che recepisce il messaggio

conclusione che la pena è moralmente ambigua: non possiamo essere certi che essa produca più bene che male»: così, H.L. PACKER, *I limiti della sanzione penale*, Milano, 1978, 257.

(5) « L'applicazione della pena, nell'immediato, impone alla collettività costi (elevati), non per produrre benefici, ma per produrre ulteriori danni (al reo, ai suoi congiunti e alla stessa collettività) senza riparare l'originale danno prodotto dal reo alla vittima (o alla collettività come tale): e siffatto colossale sbilanciamento dell'equilibrio “economico” del sistema interamente nel senso dei costi (e avverso i benefici) non è per nulla eventuale, ma *strutturale e programmatico* ». La citazione è ancora di C.E. PALIERO, *L'economia della pena*, cit., 1370.

(6) R. BOUDON, *Effetti “perversi” dell'azione sociale*, trad. it., 1981, Milano. Benché la nozione invero includa « sia gli effetti non desiderati, anche se desiderabili, sia gli effetti non desiderati e indesiderabili », si riconosce che essa « si adatta meglio al secondo caso che al primo » (*ivi*, 15).

(7) R.H. COASE, *The Problem of Social Cost*, in *J. Law Econ.*, 1960, 1 ss.

(8) La caratteristica dell'involontarietà degli effetti collaterali non implica infatti necessariamente l'assenza di previsione (su cui v. R.K. MERTON, *The Unanticipated Consequences of Purposive Social Action*, in *Am. Soc. Rev.*, 1936, 894 ss.), e tanto meno l'imprevedibilità. Cfr. anche Z. BAUMANN, *Danni collaterali*, Roma-Bari, 2014, XI.

di moralità (9), altri effetti dannosi che apertamente contraddicono lo specifico teleologismo dei divieti penalmente sanzionati. Si ha qui riguardo, in particolare, alle situazioni in cui questi ultimi, invece di disincentivare comportamenti indesiderabili, finiscono per innescare « spirali di — ulteriore — illegalismo » (10). L'esempio più eloquente è dato dalla *clandestinità* del comportamento abortivo, fomentata dalla criminalizzazione di questo. L'effetto collaterale segnala, in casi del genere, una diretta disfunzionalità e aperta antinomia (11), dal momento che il bene minacciato (la vita, anche della donna) in via collaterale coincide con quello che la norma si prefiggeva di tutelare.

Nebeneffekte di carattere simile si rintracciano laddove, per sfuggire alla minaccia di pena e, prima ancora, agli interventi di chiarimento messi in atto dalle agenzie del controllo penale, i comportamenti illeciti si “spostano” o si “incistano”, rendendosi più resistenti e potenzialmente più pericolosi (12). Un campo in cui tipicamente si sviluppano spirali di tal genere è quello del traffico di stupefacenti, dove — secondo la razionalità che caratterizza questa tipologia di attività illecita — al potenziamento degli strumenti di contrasto tende a corrispondere l'assunzione del rischio penale da parte delle grandi consorterie criminali, che prendono il posto delle piccole organizzazioni di dilettanti.

A questi risultati apertamente criminogeni si affiancano altri indesiderabili “effetti di compensazione”, che possono avere luogo in settori della penalità (13) dove la scoperta dei reati appare più complessa ovvero dove il comportamento risulta, sul piano motivazionale, più resistente alla minaccia di pena. La proibizione penalistica, oltre a dare luogo a una sottocultura deviante, può così innescare lo sviluppo di pratiche indesiderabili ad opera, in particolare, degli organi di polizia e di accusa (es. abuso dei mezzi d'indagine, esercizio arbitrario dell'azione penale); inoltre, l'offerta teorica di pena può qui con maggiore

(9) Effetti che, oltre a essere contrari agli obiettivi di socializzazione, rischiano di essere stessi produttivi di “devianza”, come segnalato dai teorici del c.d. *labelling approach* (su cui, classicamente, H. BECKER, *Outsiders. Studi di sociologia della devianza*, trad. it., Torino, 1963; E.M. LEMERT, *Devianza, problemi sociali e forme di controllo*, trad. it., Milano, 1981).

(10) C.E. PALIERO, *Il principio di effettività*, cit., 536 e 540; Id., *Il mercato della penalità*, Milano, 2020, 60 ss.

(11) C.E. PALIERO, *Il principio di effettività*, cit., 540, riporta situazioni di questo tipo al concetto di ineffettività “antinomica”.

(12) C.E. PALIERO, *Il principio di effettività*, cit., 527 s. Tali effetti di spostamento e di incistamento, possono fare il paio con “effetti di conflittualità”, ove l'intervento repressivo su talune forme di devianza provochi un'*escalation* del conflitto sociale di base.

(13) Così, in particolare, nell'ambito dei c.d. *crimes of vice*, es. gioco d'azzardo, prostituzione, tossicodipendenza. Su tali effetti, riconducibili a un paradigma di “ineffettività indiretta”, v. ancora C.E. PALIERO, *Il principio di effettività*, cit., 536.

probabilità incentivare pratiche estorsive o corruttive dirette a eludere l'attivazione di procedimenti penali (14).

Una diversa e fondamentale tipologia di effetti collaterali connessi alla comminatoria penale segnala, più che una contraddizione, un superamento dello scopo sociale dell'intervento penale, paralizzando — assieme, nella migliore delle ipotesi, alle condotte prese di mira — comportamenti non indesiderabili, leciti e talvolta persino coincidenti con l'esercizio di un diritto fondamentale; comportamenti che possono rivelarsi essenziali per l'ordinamento e per l'interesse pubblico e che invece si trovano sterilizzati da un divieto penale ad essi non volutamente indirizzato. A questo tipo di effetti collaterali, specie quando il “congelamento” interessa un diritto fondamentale, la dottrina penalistica ha preso più recentemente a riferirsi attraverso il concetto, di matrice costituzionalistica, di *chilling effect* (15); concetto sviluppato dalla giurisprudenza della Corte Suprema degli Stati Uniti (16) e in seguito migrato nella giurisprudenza dei tribunali costituzionali europei (17) e della Corte EDU (18).

L'ambito di elezione del pernicioso effetto di congelamento è quello della libertà di espressione, specialmente in connessione al diritto di cronaca e all'esercizio di attività politiche; ma anche i fenomeni della medicina, amministrazione e imprenditoria “difensive” sembrano rientrare a pieno titolo in questa peculiare dinamica di dannosità collaterale (19). Bisogna comunque sottolineare

(14) Derive di questo genere sono state segnalate, in particolare, da H. L. PACKER, *I limiti della sanzione penale*, Milano, 1978, 315 ss. e 345 ss.

(15) N. RECCHIA, *Il principio di proporzionalità nel diritto penale. Scelte di criminalizzazione e ingerenza nei diritti fondamentali*, Torino, 2020, 251 ss.; F. VIGANÒ, *La proporzionalità della pena. Profili di diritto penale e costituzionale*, Torino, 2021, 277.

(16) Il concetto, per la prima volta compiutamente impiegato all'interno del caso *Gibson v. Florida Legis. Investigation Comm.* (U.S. Supreme Court, *Gibson v. Florida Legis. Investigation Comm.*, 372 U.S. 539, 1963), è divenuto ubiquitario nella giurisprudenza della Corte Suprema degli Stati Uniti. In dottrina, AA.VV., *The Chilling Effect in Constitutional Law*, in *Colum. L. Rev.*, 1969, 808 ss.; F. SCHAUER, *Fear, Risk and the First Amendment: Unraveling the “Chilling Effect”*, in *B.U. L. Rev.*, 1978, 685 ss.

(17) Ne fa uso, sotto la dizione di *Einschüchterungseffekte* (effetti intimidatori), in particolare la Corte costituzionale federale tedesca.

(18) Si rammentano, in materia di libertà di espressione, Corte Edu, sent. 7 marzo 2019, *Sallusti c. Italia*, ric. n. 22350/13; Corte Edu, sent. 8 ottobre 2013, *Ricci c. Italia*, ric. n. 30210/06; Corte Edu, sent. 24 settembre 2013, *Belpietro c. Italia*, ric. n. 43612/10. In dottrina, T. BAUMBACH, *Chilling Effect as a European Court of Human Rights' Concept in Media Law Cases*, in *Bergen J. Crim. L. & Crim. Just.*, 2018, 92 ss.; R.O. FATHAIGH, *Article 10 and the chilling effect principle*, in *Hum. Rights Law Rev.*, 2013, 304 ss.

(19) Lamentava una serie di carenze legislative nel settore del diritto penale dell'economia proprio passando dalla nozione di “effetti collaterali” quale risultato della scarsa « computabilità del deterrente penale », C. PEDRAZZI, *Il giudice e l'economia*, in *Id.*, *Diritto penale*, III, *Scritti di diritto penale dell'economia, Problemi generali*, Milano, 2003, 183 s.

come, nei casi appena evocati, la fonte dell'effetto collaterale possa non essere la pura comminatoria penale (a causa di aspetti di indeterminatezza ovvero di eccessiva ampiezza del precetto, che possono generare incertezza oppure errore sui confini tra lecito ed illecito), ma semmai la combinazione di questa con le pratiche degli organi di accusa. Si pensi al delitto di abuso di ufficio, recentemente riformato anche in ragione della necessità — derivante in larga parte dal fattore contingente della crisi pandemica — di arginare la c.d. “paura della firma” (20): il divario tra numero di procedimenti e numero di condanne (21) racconta di come, in verità, l'origine di tale sgradito effetto collaterale non sia tanto la norma quanto la prassi di esercizio dell'azione penale.

L'insieme degli effetti collaterali sinora descritti corrisponde ai c.d. costi sociali “secondari”, nel senso di *eventuali* oltre che *indiretti*, della criminalizzazione. E tuttavia, nella nozione possono rientrare anche i costi (*Nebenkosten*) *necessari* per rendere effettiva ogni nuova disciplina di tipo penalistico. Tra questi si trovano, accanto alle spese di difesa privata e di difesa pubblica sostenute per la riduzione del numero e dell'incidenza dei reati, gli altri e ulteriori costi economici ed organizzativi del controllo (es. spese per il mantenimento degli istituti carcerari e per il funzionamento degli apparati di giustizia), anch'essi inevitabilmente a carico dei cittadini. Se questi “costi di esercizio” della macchina penale possono ascrivarsi in parte già al momento comminatorio, la posta negativa va evidentemente completata con i costi della macchina “in esercizio”; e dunque con i costi che la collettività sopporta per l'irrogazione delle pene e per la loro esecuzione. Scrive Gary Becker che « [l]e pene riguardano non solo i criminali, ma anche gli altri membri della società »; e, ancora, « la maggior parte delle pene [...] sono anche moleste agli altri membri della società, come lo sono ai delinquenti » (22); e lo sono anche per via di questi *Nebenkosten*, componente essenziale di quella funzione che — nell'ambito dell'analisi economica del diritto penale (23) — vorrebbe misurare, assieme

(20) In tema, v. Corte cost., sent. 18 gennaio 2022, n. 8, dove le ragioni di *insostenibilità* dell'effetto collaterale, particolarmente sgradito davanti all'esigenza di ripartenza dopo il blocco imposto dalla pandemia, si trovano valorizzate nella prospettiva di fondare la “necessità e urgenza” del provvedimento di riforma.

(21) Cfr. il rapporto del Servizio Anticorruzione e Trasparenza (SAeT) per il 2010, da cui si evince che a fronte di 15.344 denunce e 12.128 casi di esercizio dell'azione penale, vi siano state soltanto 483 sentenze di condanna.

(22) G. BECKER, *Un'interpretazione economica dei reati e delle pene*, trad. it., in W. BREIT-H.M. HOCHMAN (a cura di), *Problemi di microeconomia*, Volume terzo. *Teoria della distribuzione. L'allocazione delle risorse e il benessere*, Milano, 1972, 254.

(23) I lavori di Becker hanno, come noto, significativamente contribuito allo sviluppo dell'analisi economica del diritto penale (su cui, approfonditamente, C.E. PALIERO, *L'economia della pena*, cit., *passim*), e di altri studi che, sempre in ottica economica, indagano il problema

alla perdita sociale derivante dai reati, anche quella relativa ai meccanismi sviluppati per il loro contrasto, in vista dell'individuazione di un punto di equilibrio.

Le lenti della scienza economica, del resto, si prestano allo studio delle collateralità del diritto penale, per la confidenza con il tema delle esternalità e per il retroterra razionalistico in cui tali studi si muovono, collegandosi alla tradizione utilitaristica di Bentham e Beccaria. Nella riflessione penalistica, il problema degli effetti delle scelte punitive, centrale in quella tradizione, trova un suo spazio all'interno della prospettiva teleologica (24), rimanendo invece estraneo all'ottica assiologica e puramente retributiva. Se questo secondo « archetipo di diritto penale trova giustificazione, principio e fine in sé stesso » (25), l'idea di "scopo" che attraversa il primo, viceversa tende a disporre il sistema penale in un assetto di orientamento alle proprie "conseguenze" (26).

In tale assetto teologico-utilitaristico, l'« influsso di tutti gli effetti collaterali sfavorevoli » (27) diviene elemento determinante di scelte punitive che si legittimano in ragione del tasso di conseguimento del risultato atteso e che, viceversa, si delegittimano quanto più quel risultato sia disatteso, o raggiunto a costi molto elevati. Gli aspetti di collateralità rappresentano, in questa ottica, il metro dell'insuccesso della scelta. E ciò sia quando l'effetto collaterale contraddice o supera la funzionalità intrinseca delle norme penali, sia quando mette a rischio la sua funzionalità estrinseca, facendo emergere una disutilità so-

dell'efficienza della giustizia, tra cui ci limitiamo a rammentare P.E. TROUSSE-FR. BERNARD, *Le coût de la lutte contre la délinquance. Réflexions sur un colloque*, in *Rev. dr. pén. crim.*, 1971, 841 ss.; F. FORTE-P.V. BONDONIO, *Costi e benefici della giustizia italiana*, Bari, 1970. Per una riflessione generale sulla portata e l'utilità di questi studi, F. BRICOLA, *Conseguenze economiche e sociali del delitto: nuovi appelli alla ricerca e alla pianificazione*, in *Ind. pen.*, 1975, 365 ss.

(24) Anche qui sia consentito un rinvio al classico F.V. LISTZ, *La teoria dello scopo*, cit., *passim*.

(25) C.E. PALIERO, *Il principio di effettività*, cit., 438.

(26) « Che le pene debbano giustificarsi anche per quel che concerne il loro effetto, e che con "effetto" non si intendano solo le conseguenze per gli ordinamenti normativi, ma anche per stati di cose reali, è un'ovvietà in un moderno stato di diritto che concepisce il diritto penale alla guisa di un intervento sui diritti fondamentali ed esige una giustificazione di tale intervento »: W. HASSEMER, *Perché punire è necessario*, Bologna, 2008, 95. Inoltre, « prima la misura del male valeva come misura della sanzione (e questo costituiva un principio di delimitazione). Attualmente, invece, ciò che rileva, prima di tutto, è una valutazione delle conseguenze — in parte delle conseguenze dell'agire penalmente perseguibile, essenzialmente però, delle conseguenze della sanzione »: N. LUHMANN., *Intervista* (a cura di R. De Giorgi), in *Dei delitti e delle pene*, 1985, 120.

(27) C.E. PALIERO, *Il principio di effettività*, cit., 502.

ciale (28). Del resto, e andando così oltre la concettualizzazione teleologico-utilitaristica, l'esigenza di orientare le politiche criminali nella direzione della minore incidenza "collaterale" parrebbe discendere dal generale *favor libertatis* che l'art. 13 Cost. esprime non solo verso gli autori del comportamento criminalizzato, quali diretti destinatari e sicure "vittime" del sistema di controllo penale, ma anche verso tutti gli altri soggetti "lesi" (29). Di conseguenza, le norme penali, oltre a rispettare i criteri di meritevolezza e necessità, dovrebbero rispondere anche ai canoni di *effettività* e di *sostenibilità* (30), intesa, questa, come ragionevole equilibrio tra benefici e danni socialmente rilevanti della criminalizzazione.

Da questa impostazione deriva un'indicazione di metodo per il legislatore, nel senso dell'opportunità di un vaglio *preventivo* (nonché *in itinere* ed *ex post*) dell'impatto sociale, oltre che economico, delle norme penali; vaglio che, alla luce di effetti nefasti che superano o comunque oscurano gli aspetti di vantaggio sociale, dovrebbe condurre a rivedere i termini della decisione punitiva (ora rinunciandovi, ora ricalibrandola) (31). D'altra parte, almeno due ostacoli si trovano sul tracciato. Da un lato, la tendenziale resistenza del legislatore penale ad abbracciare un paradigma di razionalità, che — integrando le scelte punitive con le indicazioni provenienti da altri saperi (32) — includa valutazioni di interesse-opportunità, accommiatandosi dall'approccio eminentemente valoriale (33) e dall'utilizzo in senso puramente emotivo-espressivo del divieto

(28) Com'è stato detto, in quanto « attività socialmente rischiosa (mette in gioco la libertà personale dei cittadini), la criminalizzazione deve compensare la probabilità di tale "rischio" con una altrettanto probabile utilità sociale »: *ivi*, 444.

(29) *Ivi*, 444.

(30) Cfr. C.E. PALIERO, *Il mercato della penalità*, cit., 1, dove si fa riferimento alla necessità di individuare la « la capienza ragionevolmente sostenibile del bacino della penalità, avuto riguardo agli alti costi economici e sociali della distribuzione del bene(negativo)-pena ».

(31) Sulle valutazioni d'impatto nell'ambito del *policy making*, in generale, A. LA SPINA, *La decisione legislativa. Lineamenti di una teoria*, Milano, 1989, 365 ss, nonché ID. (a cura di), *Politiche pubbliche. Analisi e valutazione*, Bologna, 2020. Con specifico riferimento al diritto penale, anche in prospettiva comparata, si vedano i contributi contenuti in A. NIETO MARTÍN, M. MUÑOZ DE MORALES ROMERO, J. BECERRA MUÑOZ (a cura di), *Hacia una evaluación racional de las leyes penales*, Madrid, 2016. In particolare, sul ruolo e sui limiti delle *cost-benefit analysis* in diritto penale v. anche D.K. BROWN, *Cost-benefit Analysis in Criminal Law*, in *Calif. L. Rev.*, 2004, 323 ss. (e i riferimenti qui contenuti).

(32) Pensiamo qui, in particolare, alle modellizzazioni offerte dalla sociologia del crimine, su cui, ad esempio, V. PUNZO, *Scelta razionale e sociologia del crimine*, Milano, 2012 (e la prefazione di A. La Spina).

(33) Già Weber segnalava come la predisposizione ad aprire il momento decisionale alle conseguenze collaterali vada mutando a seconda dell'orientamento dell'azione in senso razional-strumentale ovvero eminentemente valoriale (M. WEBER, *Economia e società*, trad. it., Milano, 1986, I, 22 s.). Sulla contrapposizione, e necessità di integrazione, tra *Wertrationalität* e

penale. Dall'altro, le intrinseche difficoltà di applicazione di questo modello, relative tanto alla possibilità di effettiva *predizione* degli effetti collaterali (34) quanto alla capacità di individuare validi criteri per selezionare *ex ante*, all'interno della congerie di effetti collaterali predicibili, quelli da ritenersi anche rilevanti.

3. *Effetti collaterali della pena.*

Anche sul versante dell'irrogazione della pena, la nozione di effetti (o, anche, conseguenze) collaterali si presta a inquadrare ricadute di vario genere.

Vi possono rientrare, anzitutto, l'insieme degli effetti negativi, a carattere *legale*, derivanti dalla pronuncia di una sentenza di condanna; effetti che in linea generale possono includere sia conseguenze di ordine penalistico, diverse dalle pene principali e accessorie (es. iscrizione nel casellario giudiziale, recidiva, impossibilità di godere della sospensione condizionale, acquisizione della qualifica di delinquente abituale, professionale e per tendenza), sia altre conseguenze non strettamente penali (es. incandidabilità e ineleggibilità, divieto di esercitare determinate professioni, perdita di diritti elettorali, espulsione per gli immigrati e così via) (35). Si guarda qui dunque a effetti *de iure*, che si dicono

Zweckrationalität nell'assunzione di decisioni in materia penale, C.E. PALIERO, *Il principio di effettività*, cit., 460 ss.; Id., *L'economia della pena*, cit., 1369 ss.; Id., *Il mercato della penalità*, cit., 26 ss. Più in generale, sui modelli di razionalità della decisione legislativa, A. LA SPINA, *La decisione legislativa*, cit., 177 ss.

(34) L'effetto collaterale, in quanto effetto "emergente" aggregato, passa da una serie di interazioni e reazioni sociali complesse, a livello micro e macro (su cui, fondamentale, J.S. COLEMAN, *Fondamenti di teoria sociale*, Bologna, 2005), comunque difficilmente traducibili in affidabili modellizzazioni. Se tale problema in parte si stempera rispetto ai costi necessari, diviene invece più intenso rispetto agli effetti collaterali eventuali, anche in virtù della tendenziale inutilizzabilità di modelli di agenti razionalmente motivati (C.E. PALIERO, *L'economia della pena*, cit., 1371 ss.). Il legislatore penale è perciò comunque chiamato a muoversi all'interno di un paradigma di razionalità "limitata" (H. SIMON, *Il comportamento amministrativo*, trad. it., Bologna, 1967; A. LA SPINA, *La decisione legislativa*, cit., 115 ss.), che impone di non ricorrere alle semplificazioni e stilizzazioni proprie della *rational choice*.

(35) Cfr., tra gli altri, M. PINARD, *An Integrated Perspective on the Collateral Consequences of Criminal Convictions and Reentry Issues Faced by Formerly Incarcerated Individuals*, in B.U. L. Rev., 2006, 624 (in part. nota 1) e 634 ss.; M.C. LOVE, *Collateral Consequences after Padilla v. Kentucky: From Punishment to Regulation*, in St. Louis Univ. Pub. L. Rev., 2011, 87 ss.; S.G. MAYSON, *Collateral Consequences and the Preventive State*, in Notre Dame L. Rev., 2015, 302 ss.; G.J. CHIN, *Collateral Consequences of Criminal Conviction*, in Criminol. Crim. Justice Law Soc., 2017, 1 ss.; B.M. MURRAY, *Are collateral consequences deserved?*, in Notre Dame L. Rev., 2020, 1031 ss.; A. CORDA, *The Collateral Consequence Conundrum: Comparative Genealogy, Current Trends, and Future Scenarios*, in Studies in Law, Politics, and Society, 2018, 69 ss.

“collaterali” in quanto concomitanti e secondari rispetto alla reazione punitiva programmata in sede penale, ma pur sempre centrati sulla persona del reo e intenzionalmente ricercati dal sistema (sebbene per lo più non deliberati e “calcolati” da chi rende la decisione).

In una seconda accezione, la nozione comprenderebbe anche le conseguenze eventuali e *de facto* derivanti ora dalla sentenza di condanna, ora più immediatamente dalla pena o semplicemente dal procedimento e dal processo, sempre però con riguardo alle persone direttamente interessate da questi eventi: dagli effetti di discriminazione ed emarginazione sociale (problemi di reinserimento nella società, licenziamento, allontanamento del condannato dalla comunità di riferimento e dalla famiglia) fino alle problematiche psicologiche, di salute, economiche che possono affiancarsi (36).

Si guarda insomma qui a tutti gli aspetti di afflittività ulteriore e nascosta che — in via collaterale appunto — possano interessare il soggetto punito; aspetti che entrano in considerazione anche nella prospettiva di valutare la proporzionalità della reazione punitiva in ottica complessiva.

Benché queste due accezioni corrispondano al modo più pregnante e diffuso d'impiego della nozione nella lettura penalistica, essa trascende questi confini, consentendo di abbracciare gli effetti che la pena — propagandosi lungo la rete di relazioni che si costruisce attorno al suo destinatario principale — produce sui terzi innocenti e sulla collettività. Si osservano così i danni di varia natura (37) che l'intervento punitivo riversa in via indiretta e informale sui soggetti estranei al reato e tuttavia legati economicamente e/o esistenzialmente alla persona del reo (38): nel caso delle persone fisiche, in particolare, i suoi

(36) M. R. DAMAŠKA, *Adverse Legal Consequences of Conviction and Their Removal: A Comparative Study*, in *J. Crim. L. Criminology & Police Sci.*, 1968, 347 ss.; A. VON HIRSCH-M. WASIK, *Civil Disqualifications Attending Conviction: A Suggested Conceptual Framework*, in *The Camb. Law J.*, 1977, 599 ss.; G.P. FLETCHER, *Disenfranchisement as Punishment: Reflections on the Racial Uses of Infamia*, in *Ucla L. Rev.*, 1999, 1897 ss.; W.A. LOGAN, *Informal Collateral Consequences*, in *Washington L. Rev.*, 2013, 1103 ss.; D.S. KIRK-S. WAKEFIELD, *Collateral Consequences of Punishment: A Critical Review and Path Forward*, in *Annu. Rev. Criminol.*, 2018, 171 ss.; M.C. LOVE, J.M. ROBERTS, C. KLINGELE, *Collateral consequences of criminal convictions: Law, policy and practice*, St. Paul (MN), 2016, 3 ss. In particolare sugli effetti di dequalificazione sociale discendenti dai *criminal records*: W.A. LOGAN, *Knowledge as Power: Criminal Registration and Community Notification Laws in America*, Stanford, 2009; D. GARLAND, *Penalty and the Penal State*, in *Criminology*, 2013, 479 ss.; J.B. JACOBS, *The eternal criminal record*, Cambridge (MA), 2015; nonché, da ultimo, A. CORDA, *Disordered Punishment: Workaround Technologies of Criminal Records Disclosure and the Rise of a New Penal Entrepreneurialism*, in *Brit. J. Criminol.*, 2020, 248 ss.

(37) D.K. BROWN, *Third-Party Interests in Criminal Law*, in *Tex. L. Rev.*, 2002, 1383 ss.

(38) Richiamiamo la bella espressione di “stakeholder penali” coniata da F. SGUBBI, *Il diritto penale totale. Punire senza leggi, senza verità, senza colpa. Venti tesi*, Bologna, 2019, 61, per

familiari (39), ma anche, ad esempio, i suoi dipendenti (40); nel caso degli enti, oltre ai soci, la platea di soggetti che afferiscono alla vasta categoria degli *stakeholders* (creditori, dipendenti e via dicendo) (41).

La nozione dunque si arricchisce, sollevando un problema, tra gli altri, di compatibilità con il principio di personalità della pena; principio che, nella sua versione più comprensiva, confina la sanzione prevista per il fatto al solo soggetto responsabile (42). Noto è il dibattito che, in questo senso, ha preso vita in riferimento alla punibilità degli enti e che non si limita alle ricadute patite dai soci innocenti (43). Le ragioni dell'attenzione tributata al tema in questo peculiare contesto (44) sono evidenti. Qui gli effetti in osservazione si palesano nell'ambito di un meccanismo punitivo che molti, contestando l'autonoma capacità penale dell'ente, ritengono già di per sé impersonale. Inoltre, nel

indicare l'insieme dei soggetti che, pur estranei alla singola vicenda penale, subiscono loro malgrado conseguenze dannose.

(39) M. BARBARA-Y. MICHAEL, *Saving One's Home: Collateral Consequences For Innocent Family Members*, in *N.Y.U. Rev. L. & Soc. Change*, 2006, 689 ss.; J.P. LYNCH-W.J. SABOL, *Assessing the Effects of Mass Incarceration on Informal Social Control in Communities*, in *Criminology and Public Policy*, 2004, 267 ss.; D.R. ROSE-T.R. CLEAR, *Incarceration, Reentry and Social Capital: Social Networks in the Balance*, in J. TRAVIS-M. WAUL (a cura di), *Prisoners once Removed: The Impact of Incarceration and Reentry on Children, Families and Communities*, New York, 2003, 313 ss. V. inoltre W. HASSEMER, *Perché punire è necessario*, cit., 88.

(40) Solleva il problema rispetto alle sanzioni accessorie con effetti interdittivi, T. PADOVANI, *Diritto penale del lavoro. Profili generali*, Milano, 1983, 313 s.

(41) Parla in questo senso di "effetti collaterali" derivanti dall'interdizione dell'ente, F. MUCCIARELLI, *Sanzioni e attività d'impresa: qualche nota*, in C.E. PALIERO-F. VIGANÒ-F. BASILE-G.L. GATTA (a cura di), *La pena, ancora: fra attualità e tradizione. Studi in onore di Emilio Dolcini*, Milano, 2018, 1182.

(42) A. ALESSANDRI, *Commento all'art. 27, comma 1, Cost.*, in G. BRANCA (a cura di), *Commentario della Costituzione. Rapporti civili, artt. 27-28*, Bologna-Roma, 1991, 42 ss.

(43) Per limitarsi alla riflessione penalistica italiana su questo tema, si segnalano, in particolare, gli scritti di: E. FLORIAN, *Dei reati e delle pene in generale*, in *Trattato di diritto penale*, I, Milano, 1906, 165 ss.; P. NUVOLONE, *La punizione dei crimini di guerra e le nuove esigenze giuridiche*, in ID., *Trent'anni di diritto e procedura penale*, I, Padova, 1969, 54 ss.; ID., *Il sistema del diritto penale*, Milano, 1975, 56; F. BRICOLA, *Il costo del principio "societas delinquere non potest" nell'attuale dimensione del fenomeno societario*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1970, 951 ss.; L. CONTI, *Diritto penale commerciale*, Torino, 1980, 80; C. DE MAGLIE, *L'etica e il mercato. La responsabilità penale delle società*, Milano, 2002, 347 s.; T. PADOVANI, *Il nome dei principi e il principio dei nomi: la responsabilità "amministrativa" delle persone giuridiche*, in G. DE FRANCESCO (a cura di), *La responsabilità degli enti: un nuovo modello di giustizia "punitiva"*, Torino, 2004, 18; A. GARGANI, *Individuale e collettivo nella responsabilità della società*, in *St. sen.*, 2006, 265 ss.; G. DE VERO, *La responsabilità penale delle persone giuridiche*, Milano, 2008, 36 ss.; G. DE SIMONE, *Persone giuridiche e responsabilità da reato. Profili storici, dogmatici, comparatistici*, Pisa, 2012, 222 ss.

(44) Per un approfondimento relativo all'impatto disgregativo della pena sulle piccole comunità (contrario anche gli obiettivi di prevenzione dei reati), J. FAGAN-T.L. MEARES, *Punishment, Deterrence and Social Control: The Paradox of Punishment in Minority Communities*, in *Obio St. J. Crim. L.*, 2008, 173 ss.

contesto collettivo la c.d. *overspill of penalty* (45) nei confronti di soggetti terzi tende a presentare una portata macroscopica, lasciando presagire un danno “aggregato” rilevante in termini economico-sociali: l’applicazione di sanzioni elevate, specie se a carattere interdittivo, ovvero il semplice impatto reputazionale della pena, rischia infatti di sostanzarsi in gravi perdite occupazionali, nell’interruzione di servizi e funzioni essenziali, nel decadimento economico di un intero settore produttivo, fino all’economia nazionale.

Questioni di ordine pragmatico, di sostenibilità della pena, si affiancano, dunque, al problema della sua personalità (46). Del resto, non siamo convinti che le barriere innalzate a partire dall’art. 27, co. 1, della Costituzione possano davvero rappresentare un argine rispetto agli effetti *indiretti* (e *informali*) sui terzi, come accade invece per gli effetti *diretti* (e *formali*). Il problema si pone infatti in termini diversi rispetto, ad esempio, al caso delle pene collettive (47) ovvero al caso della sostituzione di terzi nel pagamento delle sanzioni pecuniarie (un meccanismo, questo, che, per quanto corrispondente alla realtà del nostro ordinamento, comunque lascia presagire aspetti di incostituzionalità) (48).

L’assenza di una diretta precettività dell’art. 27, co. 1, Cost. rispetto agli effetti collaterali *indiretti* (49), a nostro modo di vedere, non dipende dal risultato di svuotamento del principio prodotto dall’ineluttabilità di tali ef-

(45) Per questo concetto, J.C. COFFEE, “No Soul to Damn. No Body to Kick”: *An Unscandalized Inquiry into the Problem of Corporate Punishment*, in *Michigan L. Rev.*, 1981, 401 ss.; S.H. KADISH, *Some Observations on the Use of Criminal Sanctions in Enforcing Economic Regulation*, in *U. Chi. L. Rev.*, 1963, 433 ss., nonché C. DE MAGLIE, *Sanzioni pecuniarie e tecniche di controllo dell’impresa. Crisi e innovazione nel diritto penale statunitense*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1995, 100 ss. Per un impiego del concetto in riferimento all’istituto della confisca, V. MANES, *L’ultimo imperativo della politica criminale: nullum crimen sine confiscatione*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2015, 1262.

(46) F. BRICOLA, *Il costo del principio*, cit., 991.

(47) Per una opportuna distinzione, A. ALESSANDRI, *Reati d’impresa e modelli sanzionatori*, Milano, 1983, 52 ss.

(48) Su questo limite di *fatto* che il principio di personalità della pena subisce nell’ambito delle pene pecuniarie, A. ALESSANDRI, *Commento all’art. 27, comma 1, Cost.*, cit., 43 ss.; R.A. FROSALI, *Pena pecuniaria (diritto penale)*, in *Noviss. dig. it.*, XII, Torino, 1968, 849; E. DOLCINI, *Pene pecuniarie e principio costituzionale di uguaglianza*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1972, 408 ss.; C.E. PALIERO, *Pene fisse e Costituzione: argomenti vecchi e nuovi*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1981, 726; C. DE MAGLIE, *Ha un futuro l’attuale modello di pena pecuniaria?*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1989, 648; L. FERRAJOLI, *Diritto e ragione*, Bari, 2000, 415. In tema, inoltre, G. DE VERO, *La responsabilità penale delle persone giuridiche*, cit., 45; T. PADOVANI, *Diritto penale del lavoro*, cit., 283.

(49) Così, espressamente, D. PULITANÒ, *La responsabilità “da reato” degli enti: i criteri di imputazione*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2002, 420 ss.; G. DE FRANCESCO, *Diritto penale. I fondamenti*, Torino, 2018, 208 ss.

fetti (50), come vorrebbe invece una certa argomentazione (51): un principio, del resto, non perde certo validità per il solo fatto della sua sistematica violazione. Essa semmai dipende dal fatto che quel principio, per come espresso in Costituzione (52) richiama una dimensione dell'atto del punire che segue i meccanismi formali della responsabilizzazione, coinvolgendo esclusivamente le conseguenze giuridico-penali definite per legge e derivanti da meccanismi di attribuzione in via *legale* e *diretta*; le uniche, peraltro, capaci di fondare pienamente la pretesa di auto-controllo da parte dello Stato.

E tuttavia altri meccanismi di delegittimazione entrano in gioco. Non vi è dubbio che la pena "collaterale" (pur nella sua caratterizzazione *fattuale* e *indiretta*), immeritata e sempre inutilmente dannosa, generi un senso di ingiustizia che il diritto penale, così penetrato dalle dinamiche del consenso (53), non può ignorare. Le ragioni del personalismo che fonda il diritto penale moderno, e che trascende storicamente la portata dell'art. 27, co. 1 (54), affondano del resto in una sensibilità utilitaristica attenta agli aspetti di accettabilità sociale del sacrificio, in quanto garanzia di fiducia nel potere statale che ne ha il monopolio. Da qui, la mira a sfrondare gli aspetti di collateralità della pena (il male "derivato" di Jeremy Bentham) (55), perché produttivi di una sofferenza, oltre che dannosa per la società, anche pericolosa per le istituzioni (56). D'altra parte, tale eccedenza di male non riesce a essere recuperata sul piano delle tradizionali funzioni della pena: solo un diritto penale "terroristico" e contrario ai principi di umanità potrebbe far leva, tramite minaccia, sull'afflizione di soggetti innocenti.

Nonostante l'incertezza del loro statuto teorico, vediamo, del resto, come gli effetti *indiretti* della pena rappresentino, nei fatti, una condizione del suo

(50) Ogni sanzione penale ha sempre « un margine di incidenza (indiretta) su soggetti estranei alla commissione del reato »: F. BRICOLA, *Il costo del principio*, cit., 959. V. inoltre, C. PEDRAZZI, voce *Diritto penale*, in *Dig. disc. pen.*, IV, Torino, 1990, 64.

(51) Per cui v. G. DE VERO, *La responsabilità penale delle persone giuridiche*, cit., 42; G. CONTENTO, *Corso di diritto penale*, I, Laterza, Roma-Bari, 2004, 140 s.; C. DE MAGLIE, *L'etica e il mercato*, cit., 347; E. DOLCINI, *Principi costituzionali e diritto penale alle soglie del nuovo millennio*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1999, 22.

(52) « La responsabilità penale è personale », in luogo di altre, più generiche, formule, es. « nessuno può essere punito per un fatto altrui », « nessuno può patire le conseguenze di un fatto altrui ».

(53) Il rinvio è, ovviamente, a C.E. PALIERO, *Consenso sociale e diritto penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1992, 849 ss.

(54) A. ALESSANDRI, *Commento all'art. 27, comma 1, Cost.*, cit., 62 ss. e in part. 67.

(55) J. BENTHAM, *Introduzione ai principi della morale e della legislazione*, trad. it., Torino, 2013, 226.

(56) Si ricorderà, in proposito, l'invettiva di Beccaria contro la confisca generale dei beni (C. BECCARIA, *Dei delitti e delle pene*, Torino, 1965, 75).

ritrarsi. Questo, pare, almeno laddove essi superino una certa soglia di intollerabilità (ora umana, ora anche economica e sociale), oltre la quale il sacrificio collaterale appare *insostenibile*, alla luce dell'emersione di contro-interessi particolarmente rilevanti. Benché la componente di collateralità, invero consustanziale, della pena conduca sempre all'erosione della sua legittimazione, è vero infatti che solo in particolari casi il sistema predispone reazioni, di tipo ritrattivo, *specificamente* volte a sterilizzare tale componente.

E tuttavia gli esempi nel nostro ordinamento non mancano. Dalla decarcerazione della madre (ovvero del padre) a tutela della prole in età infantile che ne dipende (si veda in proposito il complesso degli artt. 146 e 147 c.p., 275, co. 4, e 285-*bis* c.p.p., 47-*ter* e 47-*quinqües* ord. pen.), passando per istituti di non punibilità diretti a evitare le conseguenze disgreganti dell'intervento punitivo (si ha a mente, in particolare, l'art. 649 c.p., in riferimento alla tutela dell'unità familiare (57)), fino agli strumenti che in materia di responsabilità degli enti si prefiggono di tutelare la continuità aziendale e i connessi interessi della collettività (pensiamo qui alle previsioni di cui all'art. 15 e 45 d.lgs. n. 231/2001), gli effetti collaterali giustificano in via preminente l'alterazione della normale sequenza reato-pena (58).

Ma la necessità di ridurre tali effetti, alla luce della loro indesiderabilità sociale, rappresenta *sempre* una ragione per promuovere un utilizzo parsimonioso della pena e del processo penale, aggregandosi alle altre giustificazioni che sostengono — ad esempio — la rinuncia alla punizione del fatto esiguo (59) o, anche, l'opzione per forme (*rectius*, programmi) di giustizia riparativa, dove la pena che « *costa troppo* » ai singoli e alla collettività » (60) possa considerarsi « *superata* nella sua necessità dalla risoluzione *aliunde data* del conflitto che l'esigeva » (61).

(57) Benché il fondamento della disposizione sia a tutt'oggi dibattuto, l'opinione maggioritaria — inquadrandola tra le cause di non punibilità in senso stretto, fondate su un interesse "esterno" al reato — la riconduce a una *ratio* di opportunità "sociale e comunitaria", legata all'esigenza di tutelare la famiglia, « dall'irrompere della conflittualità dell'intervento punitivo »: così, F. PALAZZO, *Conviventi more uxorio e analogia in bonam partem: prima lettura di una sentenza "giusta" più che ardita*, in *Sist. pen.*, 22 marzo 2021. Per il medesimo inquadramento, V. MILITELLO, voce *Patrimonio (delitti contro il)*, in *Dig. disc. pen.*, IX, Torino, 1995, 299; G. DE FRANCESCO, *Punibilità*, Torino, 2016, 44.

(58) A. DI MARTINO, *La sequenza infranta. Profili di dissociazione tra reato e pena*, Milano, 1998.

(59) Il rinvio non può che essere a C.E. PALIERO, « *Minima non curat praetor* ». *Ipertrofia del diritto penale e decriminalizzazione dei reati bagatellari*, Padova, 1985.

(60) C.E. PALIERO, *Il sogno di Clitennestra*, cit., 517.

(61) C.E. PALIERO nella *Presentazione* a G. MANNOZZI, *La giustizia senza spada. Uno studio comparato su giustizia riparativa e mediazione penale*, Milano, 2003, X.