

INTRODUZIONE E PIANO DEL LAVORO

Betty Loren-Maltese, ex sindaca della città di Cicero, era accusata di avere preso parte a una frode su un fondo assicurativo per un valore di dodici milioni di dollari. Prima che il giudice John F. Grady della Corte dell'Illinois pronunciasse la sentenza, Loren-Maltese rilasciò una dichiarazione in cui invocava una mitigazione della pena, sostenendo che una lunga detenzione avrebbe danneggiato sotto molteplici punti di vista la figlia adottiva di cinque anni. In risposta, il giudice Grady ebbe l'occasione di affermare che «il benessere dei figli è spesso coinvolto in questi casi e che, anche se un bambino potrebbe gravemente patire le conseguenze della condanna, ciò non è sufficiente, davanti a un grave delitto, a mitigare la pena del genitore responsabile»¹. Loren-Maltese è stata così condannata al massimo della pena detentiva, oltre al pagamento di una salatissima multa, e la figlia affidata a una nonna di ottant'anni.

La decisione appare perfettamente in linea con il *policy statement* di cui al § H 1.6, *Chapter 5*, dell'*US Guidelines Manual*, in base al quale i legami e le responsabilità familiari non sono normalmente rilevanti nella determinazione della pena. Il commentario al medesimo *statement* aggiunge, però, che una modifica al trattamento sanzionatorio è possibile in presenza di una perdita «consistente, diretta e specifica dell'assistenza o del sostegno finanziario essenziali alla famiglia dell'imputato», tale da superare «in modo sostanziale il danno normalmente connesso all'incarcerazione per un imputato di pari grado» e non in grado di essere efficacemente compensata da programmi di riparazione, a patto sempre che la modifica risponda in modo efficace alla perdita descritta².

Nelle parole del giudice Grady risuonano quelle di un giudice inglese che, nel 2002, davanti alla richiesta di mitigazione della pena da par-

¹ Sul caso: J.W. FOUNTAIN, *Top Official in Cicero, Ill., Gets 8 Year in Fund Theft*, in *The New York Times*, 10 gennaio 2003.

² Cfr. *US Guidelines Manual* (2021), § 5 H 1.6, 462 (trad. nostra).

te di una madre condannata a un grave reato in materia doganale con un figlio minore a suo carico, aveva dichiarato: «Questa Corte è sempre molto restia a vedere una madre di bambini piccoli condannata a una pena detentiva. Purtroppo, a volte è inevitabile ... Non si può non essere commossi dalla situazione dei bambini, ma malauguratamente il quadro dipinto è fin troppo familiare nei casi in cui una giovane madre viene coinvolta in gravi attività criminali. Le circostanze che ci sono state descritte non sono affatto eccezionali»³.

Diverso è stato l'atteggiamento dei giudici inglesi nel caso *Petherick*⁴. La signora Petherick, giovane madre single di un bambino di due anni e colpevole di omicidio colposo in connessione alla guida in stato d'ebbrezza, aveva ricevuto una condanna a oltre quattro anni di carcere. Nell'accogliere il ricorso contro la sentenza di primo grado, la Corte d'appello aveva ridotto la durata della pena, richiamando l'art. 8 sul rispetto della vita privata e familiare della CEDU. Anche sulla scorta di questo *leading case*, nel Regno Unito le *Sentencing Guidelines* oggi prevedono espressamente, tra i *mitigating factors* che in sede di *sentencing* possono condurre a una riduzione della pena ovvero alla sospensione della stessa, la circostanza che la persona condannata sia «l'unico o principale responsabile dell'assistenza a parenti non autosufficienti»⁵; fattore che si precisa nel senso di considerare con particolare attenzione gli effetti sui minori e nati.

Così, nel 2018 la Corte d'Appello del caso *Severn*⁶, riguardante una madre che aveva fornito eroina al partner incarcerato, ha ridotto i mesi di pena detentiva in considerazione dei danni che una pena più lunga avrebbe provocato ai due figli minori dell'imputata, peraltro incinta, rifiutandosi tuttavia di concedere la sospensione. Sospensione che, diversamente, è stata concessa nel caso *Roberts*⁷, riguardante ancora una donna incinta e madre di due figli in tenerissima età condannata per estorsione, e nel caso *Rescorl*⁸ relativo a una madre di

³R. v. *Smith* [2002] Cr App R (S) 258, § 256. Sulla sentenza v. A. ASHWORTH-R. KELLY, *Sentencing and Criminal Justice*, Hart Publishing, Oxford, 2021, 167 s.

⁴R. v. *Petherick* [2012] EWCA Crim 2214 (3 October 2012).

⁵Cfr. UK *General Sentencing Guidelines* (2019), in www.sentencingcouncil.org.uk (trad. nostra).

⁶R. v. *Severn* [2018] 2 Cr App R (S) 393, anch'essa citata da A. ASHWORTH-R. KELLY, *Sentencing*, cit., 168, assieme a R. v. *Bettie Milligan* [2020] 2 Cr App R (S) 75.

⁷R. v. *Roberts* [2020] 1 Cr App R (S) 53, su cui v. N. STONE, *General sentencing issues – Blackmailing mother: Balancing offence aggravation with offender mitigation*, in *Prob. J.*, 67, 2020, 1 ss.

⁸R. v. *Rescorl* [2021] EWCA Crim 2005 (21 December 2021).

due bambini di otto e dodici anni condannata per frode.

In Italia, un giudice della cognizione non sarebbe autorizzato a tenere conto dell'impatto della pena sui figli delle tre signore. Del problema potrebbe occuparsi il giudice dell'esecuzione, applicando il differimento obbligatorio nell'interesse dei nascituri e dei figli di età inferiore a un anno (art. 146 c.p.) e il differimento facoltativo in caso di bambini di età superiore a un anno e inferiore a tre (art. 147 c.p.). I bambini non subirebbero il distacco dalla madre, essendo disponibile l'applicazione della misura alternativa alla detenzione (art. 47-*ter* e art. 47-*quinquies* o.p.): così, però, non oltre il decimo anno di età. Ciò in ipotesi significa che il figlio dodicenne della signora Rescorl, qualora figlio unico, in Italia sarebbe destinato all'immediato allontanamento dalla madre, magari unica *caregiver*, senza neppure beneficiare di una riduzione della pena. Questo almeno nell'ipotesi in cui il giudice del caso non si fosse mostrato disposto a commisurare la pena tenendo conto dei suoi interessi, quindi ad esempio a tenersi sul minimo edittale, ad applicare le attenuanti generiche e, in caso di pena detentiva breve, a sostituirla ovvero sospenderla.

Viene dunque da chiedersi: può il giudice italiano, tenuto conto dell'interesse del minore ma a prescindere da una indicazione legislativa, sfruttare gli spazi della commisurazione al fine di ridurre l'impatto della pena? Inoltre, quale peso dovrebbe assumere rispetto a questa considerazione la gravità del reato commesso dai genitori?

In una prospettiva più ampia, quale considerazione possono ricevere i danni che, come riflesso della pena inflitta al condannato, si trovino a subire le persone a questi legate esistenzialmente e/o economicamente (non solo i figli, ma anche, ad esempio, il coniuge o comunque le altre parti di una relazione affettiva, i parenti oppure gli eventuali lavoratori dipendenti)?

A questo proposito, pensiamo al caso dei due fratelli Olliver, condannati nel 1989 per avere aggredito e provocato gravi lesioni a un agente di polizia⁹. Le pene detentive furono però sospese: la decisione fu largamente influenzata dalla considerazione degli effetti negativi che l'incarcerazione dei due fratelli, in virtù della conseguente chiusura della carpenteria di cui erano proprietari, avrebbe avuto sull'occupazione dei ventitré lavoratori impiegati nell'azienda. Davanti a un caso simile come potrebbe comportarsi il giudice italiano? Dovrebbe semplicemente ignorare gli effetti, lasciando da parte le preoccupazioni che

⁹Cfr. *R. v. Olliver and Olliver* [1989] 11 Cr App (S) 10, per cui v. ancora A. ASHWORTH-R. KELLY, *Sentencing*, cit., 169 e 309.

hanno guidato i giudici inglesi, ovvero tentare una via per ridurre l'impatto della pena sui lavoratori innocenti? In ipotesi, quale via?

Tornando all'ordinamento inglese, il caso *Olliver* parrebbe rientrare in quanto oggi prevedono le *UK Imposition Guidelines* rispetto ai casi di sospensione di una *custodial sentence* ovvero di sostituzione della stessa con un *community order*¹⁰. Tali linee guida fanno espresso riferimento alla probabilità che l'immediata custodia comporti un significativo impatto dannoso su altre persone (*upon others*), quale fattore per la deroga all'applicazione di una pena detentiva. Non si specifica chi siano queste altre persone. D'altra parte, le linee guida vanno lette in combinato con l'*Equal Treatment Bench Book*¹¹, il quale, nell'approfondire il discorso delle deroghe in presenza di danni per i *dependants* del condannato, si concentra solo sui parenti (*relatives*), e in particolare su parenti disabili e sui bambini.

Ci si domanda allora se il danno per i ventitré lavoratori impiegati nella carpenteria "Olliver" – e, quindi, in generale per i lavoratori dipendenti di qualsiasi condannato – possa davvero ricevere un'attenzione tutto sommato simile a quello patito dai bambini di madri (e padri) incarcerati. Poniamo, poi, che al posto dei due fratelli titolari dell'azienda si fosse trovato un loro cugino disoccupato: il trattamento, comunque di favore, riservato ai cugini Olliver in virtù del danno collaterale per i lavoratori, non sarebbe stato discriminatorio nei suoi confronti?

Inoltre, ventitré lavoratori è un numero tutto sommato piccolo, ma comunque considerevole, che lascia intravedere, dietro al danno per il singolo, un più ampio problema sociale in termini occupazionali. E se i dipendenti fossero stati invece soltanto tre? Cambierebbe qualcosa, anche nella prospettiva del giudice italiano?

Convieni a questo punto rivolgerci a un'altra casistica, dove l'effetto della punizione assume una rilevanza macro-sociale. Nel 2002 la multinazionale Arthur Andersen – fino ad allora una delle cinque società di revisione più importanti al mondo ("*big five*") – fu ritenuta responsabile di aver occultato e distrutto documenti relativi al caso Enron¹² e per

¹⁰ Cfr. *Imposition of Community and Custodial Sentences Guideline* (1° febbraio 2017), in www.sentencingcouncil.org.uk.

¹¹ Cfr. *Equal Treatment Bench Book* (luglio 2024), in www.judiciary.uk.

¹² Enron è stato, fino al 2001, uno tra i maggiori gruppi industriali attivi nel campo energetico a livello mondiale. Dopo aver ammesso numerose irregolarità finanziarie nei bilanci del periodo compreso tra il 1997 e il 2000, il colosso statunitense fu dichiarato fallito ai sensi del *Chapter 11* del *Bankruptcy Code* statunitense.

tali fatti condannata al pagamento di una multa di 500 mila dollari e a cinque anni di messa alla prova. Dalla condanna derivò inoltre il ritiro della licenza di revisione necessaria ad operare sul mercato. Come conseguenza, Arthur Andersen andò incontro a una profonda crisi che, oltre a provocare gravi danni economici agli investitori, condusse al licenziamento di 85.000 dipendenti, di cui 28.000 soltanto negli Stati Uniti. Tre anni dopo, la sentenza di condanna fu ribaltata all'unanimità dalla Corte Suprema degli Stati Uniti¹³. I posti di lavoro dei dipendenti di Arthur Andersen erano però ormai persi, le vite di numerose famiglie rovinata e gli interessi economici degli *shareholders* e dei creditori irrimediabilmente compromessi. Pur avendone la possibilità, in questo clamoroso caso i pubblici ministeri non avevano optato per un accordo con l'impresa, capace di evitare le disastrose conseguenze descritte, come invece – anche in virtù di tale famoso precedente – avrebbero fatto in molti altri successivi casi.

Nell'ambito di un processo a un'impresa delle dimensioni di Arthur Andersen, e a fronte di reati di comparabile gravità, un giudice italiano che si trovasse davanti al rischio di effetti negativi di vasta portata derivanti dall'applicazione di una sanzione interdittiva potrebbe dare applicazione all'art. 15 d.lgs. n. 231/2001. Tale articolo, infatti, espressamente chiede al giudice penale di applicare il commissariamento giudiziale in sostituzione della sanzione interdittiva quando l'interruzione dell'attività possa provocare «rilevanti ripercussioni sull'occupazione» (ovvero un «grave pregiudizio alla collettività» qualora si tratti di ente che eroga un pubblico servizio o un servizio di pubblica necessità). Ciò nella speranza che il commissariamento non provochi uno shock nella gestione dell'azienda tale da condurre comunque alle sgradite conseguenze occupazionali che la stessa pena sostitutiva vorrebbe evitare.

Proprio questa preoccupazione è stata al centro del caso che ha visto coinvolto Uber Eats, colosso statunitense del *food delivery*. Nel 2020, in pieno contesto pandemico, la Procura di Milano aveva aperto un'indagine per sfruttamento del lavoro nei confronti di alcuni *flee-partners*, incaricati della gestione di oltre 700 *riders*. Sospettata di avere agevolato le condotte di sfruttamento, nello stesso anno Uber Eats era stata sottoposta a procedimento di prevenzione. Nell'applicare la misu-

¹³ Fu ritenuto che la Corte federale avesse istruito erroneamente la giuria su quali condotte dovessero considerarsi comprese nel reato di ostacolo alla giustizia e al contempo statuito che non rientrasse in tale fattispecie il fatto di aver suggerito ai dipendenti la distruzione di documenti, nella convinzione che la condotta fosse conforme alla legge, oltre che alla *policy* aziendale.

ra dell'amministrazione giudiziaria di cui all'art. 34 del d.lgs. n. 159/2011 (in presenza del presupposto di non occasionalità delle condotte), il giudice della prevenzione milanese decise tuttavia di non decretare il passaggio della gestione dell'impresa nelle mani dell'amministrazione giudiziaria; e questo sulla base di una valutazione, tra le altre cose, del rischio connesso al «trasferimento di professionalità tipiche a professionalità nuove e magari non perfettamente allineate con il settore di mercato interessato», «nella prospettiva della salvaguardia occupazionale»¹⁴.

Da qui, altri interrogativi sugli effetti collaterali derivanti dall'applicazione della pena agli enti. Anzitutto, ci si chiede perché in questo contesto il problema tenda a ricevere, da parte del legislatore, dei giudici e anche della dottrina un'attenzione privilegiata rispetto ai danni patiti per riflesso dai congiunti del condannato-persona fisica. Inoltre, viene da domandarsi se sia legittimo che il legislatore, davanti alle diverse tipologie di danni connessi all'interruzione dell'attività dell'ente, scelga di dare rilievo solo a certi interessi (occupazione, fruizione di servizi essenziali). Poi, con un interrogativo simile a quello posto nel caso precedente, ci si chiede se sia ragionevole che il danno derivante dall'intervento penale riceva un'attenzione particolare solo quando superi una certa soglia di gravità.

L'insieme di queste domande tratte da casi può vedersi condensato in alcuni interrogativi di portata più generale. Anzitutto: il legislatore penale è chiamato a prendere in carico gli effetti negativi che la pena, sia essa applicata a una persona fisica o a un ente, ordinariamente riversa sui terzi e sulla collettività? Sulla scorta di quali principi? Considerata la normalità di tali effetti, come selezionare situazioni che meritano un particolare trattamento?

Ancora: come dovrebbe comportarsi un giudice penale che si trovi davanti alla probabilità di effetti dannosi su singoli terzi o sulla collettività senza tuttavia disporre di strumenti deputati al loro contenimento? Una decisione giudiziale orientata agli effetti, solo perché possibile, è anche auspicabile?

In una battuta: il diritto penale può mostrarsi sensibile agli effetti della pena diversi da quelli che interessano la persona condannata?

¹⁴Cfr. Trib. Milano, Sez. mis. prev., decr. 28 maggio 2020, n. 9 (p. 58 del provvedimento).

Gli effetti della reazione punitiva, lungi dal rimanere confinati nella sfera soggettiva di chi di questa è diretto destinatario, tendono a propagarsi lungo la rete dei rapporti sociali per attingere soggetti terzi rispetto al reato, fino all'intera collettività. Tali effetti "collaterali" negativi concorrono ad aggravare i tratti di intrinseca ambiguità morale¹⁵ e di strutturale diseconomicità¹⁶ propri dello strumento impiegato per contrastare i comportamenti criminali.

Essi, per quanto non intenzionalmente ricercati, per lo più accompagnano, in via di fatto, l'applicazione di qualsiasi pena, mostrando come il punire sia fenomeno nel suo complesso ben più articolato e nocivo di ciò che, in prima analisi, si potrebbe pensare. È del resto noto come il diritto penale, così inestricabilmente legato a una "offerta di male", rappresenti il più costoso degli strumenti di governo dei comportamenti antisociali; e questo anche perché, 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* – nel lessico weberiano, "*Nebenfolgen*" – *negative*: dannose o comunque disfunzionali»¹⁷.

Si apre così un campo di materia in cui il diritto penale – invero più incline a riconoscere il danno sociale derivante dal reato, piuttosto che da sé medesimo – è chiamato, una volta di più, a confrontarsi con i propri limiti.

Vari studi, in chiave sia socio-criminologica sia penalistica, si sono preoccupati di segnalare il problema degli effetti "collaterali" della pena in diversi ambiti e settori della criminalizzazione, non mancando in alcune occasioni di elaborare proposte specifiche. Tuttavia, non ci pare esista ad oggi un'indagine di diritto penale che abbia isolato il tema, facendone da un lato oggetto di definizione complessiva e autonoma, e

¹⁵ «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 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*, Giuffrè, Milano, 1978, 257.

¹⁶ «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*»: C.E. PALIERO, *L'economia della pena (un work in progress)*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 4, 2005, 1370.

¹⁷ C.E. PALIERO, *Il principio di effettività del diritto penale*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 2, 1990, 502.

dall'altro affrontando i principali problemi teorici e pratici connessi.

Gli interrogativi posti in apertura chiariscono l'aspirazione del presente studio: comprendere quale considerazione possano ricevere nel nostro ordinamento gli effetti collaterali della pena sui terzi e sulla collettività, prima in sede legislativa e quindi in sede di commisurazione giudiziale.

L'analisi si snoda lungo una riflessione in tre parti.

La *Parte I* ricostruisce lo stato dell'arte. Essa prende le mosse, con il *Capitolo I*, da una preliminare operazione di inquadramento terminologico e concettuale, utile a chiarire il significato dell'etichetta 'effetto collaterale' prescelta per denotare il fenomeno in osservazione e, insieme, a focalizzarlo in qualità di oggetto dell'indagine. Si riconosce d'altronde come l'argomento degli effetti collaterali sconti una scarsa evidenza agli occhi del penalista, trovandosi relegato in una posizione di secondo piano nel dibattito dottrinario. Affinché possa essere compiutamente tematizzato, esso necessita perciò anzitutto di essere riportato sul proscenio.

Per fare questo, è apparso utile analizzare le *rationes* dogmatiche e pratiche che nella teoria penale moderna hanno lavorato nella direzione di una simile marginalizzazione, peraltro secondo cadenze diverse nel contesto della punizione della persona fisica (*Capitolo II, Sezione I*) e in quello della punizione dell'ente (*Capitolo II, Sezione II*); ciò nella direzione di un loro superamento, quale necessario presupposto per una rifondazione teorica.

La compiuta emersione del tema sarà poi affidata, nella *Parte II*, a un'indagine di diritto vigente, condotta in riferimento agli scenari di punizione tanto della persona fisica (*Capitolo III*) quanto dell'ente (*Capitolo IV*), e diretta sia all'interno del nostro ordinamento sia in ordinamenti giuridici stranieri (rispettivamente, *Sezione I* e *Sezione II* in ciascuno dei due *Capitoli*). Una simile indagine servirà a un duplice scopo: in primo luogo, a mostrare come gli effetti collaterali della pena non siano solo un tema ma anche un problema per il diritto penale, che impegna legislatori e giudici nella ricerca di soluzioni volte a contenerli già nella fase del *sentencing* (quella di nostro principale se non esclusivo interesse); in secondo luogo, a raccogliere elementi per il successivo sviluppo dello studio. Si tratterà, in particolare, di appurare in quali situazioni e in presenza di quali condizioni gli effetti collaterali della pena sui terzi abbiano la tendenza ad attivare strategie di contenimento degli stessi; infine, a esaminare gli istituti normativi e le tecniche decisionali-argomentative dei giudici adottati a questo fine.

Da qui, con la *Parte III*, il lavoro prosegue nel senso di giustificare

dapprima la piena presenza del tema all'interno della teoria penalistica e, poi, di (ri)organizzare tale presenza nel panorama del diritto vigente, attraverso un'offerta di soluzioni concrete rivolte al legislatore e ai giudici. Il *Capitolo V* è dunque dedicato a inquadrare il tema degli effetti collaterali, in quanto problema pratico che in maniera crescente scuote il diritto penale, nello spettro dei principi. Si tratterà anzitutto di verificare se il principio di personalità della pena (art. 27, co. 1, Cost.), tradizionalmente richiamato in qualità di limite costituzionale alle "eccedenze" della reazione punitiva nei confronti di terzi innocenti, assuma davvero questa funzione precettiva. Si passeranno quindi a studiare le altre possibili ragioni che a livello costituzionale sollecitano la minimizzazione degli effetti collaterali in quanto elemento di delegittimazione dell'intervento penale, soffermandosi in particolare sul ruolo svolto dal principio di proporzionalità.

Infine, nel *Capitolo VI*, si passerà a tracciare alcune linee d'indirizzo per una gestione pratica del problema. Saranno così studiati i principali modelli di ripartizione della competenza a decidere "sugli effetti", osservando gli strumenti che si offrono al legislatore e al giudice penale per il più proficuo svolgimento dei loro delicati compiti. In questo contesto sarà affrontato lo spinoso profilo della selezione degli effetti collaterali rilevanti, quindi anche della loro previsione e valutazione in concreto. Da qui, tenteremo di verificare quali siano *de iure condito* gli spazi di manovra per un giudice penale che si trovi davanti alla previsione di tali effetti, per offrire – in conclusione – qualche spunto *de iure condendo*.

