

Gennaio 2022

The logo for 'dpu' is a red speech bubble shape containing the lowercase letters 'dpu' in white. The background of the entire cover is a misty, grayscale landscape of mountains with a large, pale moon or sun in the sky.

dpu

DIRITTO PENALE
E UOMO

Criminal Law and Human Condition

FASCICOLO
1/2022



DIRITTO PENALE
E UOMO

Criminal Law and Human Condition

Registrazione presso il Tribunale di Milano
al n. 71 del 15 marzo 2019

ISSN 2704-6516

Via T. Salvini 10 | 20122 MILANO (MI)

redazione@dirittopenaleuomo.org

Il presente fascicolo raccoglie una selezione di quanto pubblicato nel mese presente sulla Rivista scientifica Diritto Penale e Uomo (DPU) – Criminal Law and Human Condition.

I materiali qui pubblicati sono stati sottoposti, con esito positivo, a procedura di revisione, nelle forme e nei modi previsti dal Regolamento editoriale della Rivista



Un progetto di Luca Santa Maria

EDITORE

Diritto Penale e Condizione Umana

COMITATO DI DIREZIONE

Susanna Arcieri (Responsabile), Fabio Basile, Raffaele Bianchetti

COMITATO EDITORIALE

Pietro Buffa, Ciro Grandi, Paolo Oddi, Alessandro Rudelli, Piergiorgio Strata

COMITATO SCIENTIFICO

Alberto Aimi, Giuseppe Amarelli, Stefania Amato, Carla Bagnoli, Giuditta Bassano, Elio Romano Belfiore, Filippo Bellagamba, Giovanni Berlucchi, Alessandro Bernardi, Costanza Bernasconi, Paolo Bernasconi, Giovanni Boniolo, Riccardo Borsari, Gabriella Bottini, Pietro Buffa, Antonella Calcaterra, Lucio Camaldo, Stefano Canestrari, Stefania Carnevali, Patrizia Catellani, Mario Caterini, Maurizio Catino, Cristina Cattaneo, Antonio Cerasa, Pierluigi Chiassoni, Paola Emilia Cicerone, Francesco Cingari, Mauro Croce, Claudio Dalpiaz, Giulio De Simone, Paolo Della Sala, Patrizia Di Fulvio, Gian Paolo Demuro, Giovanna Di Rosa, Giandomenico Dodaro, Tommaso A. Dragani, Paola Felicioni, Fabrizio Filice, Fabio Fiorentin, Giovanni Flora, Desiree Fondaroli, Novella Galantini, Paolo Garbolino, Alberto Gargani, Loredana Garlati, Bruno Giordano, Fausto Giunta, Ciro Grandi, Roberto Guerrini, Carl L. Hart, Marco Iacoboni, Gaetano Insolera, Marina Lalatta Costerbosa, Silvia Larizza, Isabella Leoncini, Carlo Longobardo, Alfio Maggiolini, Raffaello Magi, Vincenzo Maiello, Letizia Mancini, Gianfranco Martiello, Franco Martelli, Oliviero Mazza, Carlo Melzi d'Eril, Enrico Mezzetti, Dario Micheletti, Lorenzo Milazzo, Marco Miletta, Alberto Mittone, Daniele Negri, Paolo Oddi, Caterina Paonessa, Lorenzo Pasculli, Baldassarre Pastore, Stefania Pellegrini, Davide Petrini, Paulo Sergio Pinto de Albuquerque, Nicola Pisani, Luca Pistori, Daniele Piva, Federico Gustavo Pizzetti, Oreste Pollicino, Lucia Riscato, Alessandro Rudelli, Federica Russo, Alessandra Sanna, Luigi Santangelo, Amedeo Santosuosso, Cristina Saottini, Domenico Siciliano, Alessandro Simoni, Piergiorgio Strata, Mario Tantalò, Persio Tincani, Valeria Torre, Vico Valentini, Gianluca Varraso, Giulio Enea Vigevani, Tiziana Vitarelli, Giovanni Ziccardi, Carlo Zocchetti

COMITATO DEI CONSULENTI

Carlo Calanchini, Nadia Francesca Cipriano, Antonino Cusimano, David Eagleman, Gabrio Forti, Maria Carla Gatto, Judy Illes, Maria Paola Mittica, Daniela Ovadia, Giulio Ponzanelli, Adrian Raine, Fabrizio Richard, Sara Rubinelli, Luca Salvaderi, Teresa Scantamburlo, Viola Schiaffonati, Rosa Spagnolo, Giuseppe Vallar, Giovanni Venditti, Anna Zappia, Philip G. Zimbardo

REDAZIONE

Anna Liscidini (coordinatrice), Giovanna Baer, Giulia Corbetta, Francesco Danovi, Gianni Giacomelli, Irene Gittardi, Francesca Tomasello

IN QUESTO NUMERO

Articolo

1 LA RECIDIVA: RINNOVATE RIFLESSIONI SULLA SUA RAGION D'ESSERE ALL'INTERNO DEL SISTEMA

Un'aggravante sempre più in tensione
coi fondamentali principi di diritto:
criticità attuali e prospettive future

Benedetta Marialiliana Ceresoli

Articolo

62 SFRUTTARE IL *KNOW-* *HOW* DEI COLLETTI BIANCHI: VERSO UNA NUOVA STRATEGIA PUNITIVA

Roberta De Paolis

*Riflessione**Riflessione*

40 SESSUALITÀ ED ESERCIZIO DEL POTERE AMMINISTRATIVO: UN'OCCASIONE MANCATA?

Domenico Gaspare Carbonari

93 LA VITA COME ATTESA NEL TEATRO DI SAMUEL BECKETT

Francesco Provinciali

*Riflessione**Riflessione*

57 "PROFILI DI PROCEDURA PENALE EUROPEA", A CURA DI M. CERESA- GASTALDO E S. LONATI (GIUFFRÈ, 2021)

Recensione del volume

Silvia Buzzelli

100 TENERE LA ROTTA

Riflessioni a margine di C. Siccardi,
"I diritti costituzionali dei migranti
in viaggio. Sulle rotte del Mediterraneo"

Paolo Oddi

— La recidiva: rinnovate riflessioni sulla sua ragion d'essere all'interno del sistema

Un'aggravante sempre più in tensione coi fondamentali principi di diritto: criticità attuali e prospettive future

Recidivism: renewed reflections on its raison d'être within the system

An aggravating circumstance of the crime increasingly at odds with the fundamental principles of law: current issues and future perspectives

di Benedetta Marialiliana Ceresoli

Abstract. Il presente contributo si inserisce nell'annoso dibattito sulla giustificazione della recidiva nel sistema penale italiano e prende in esame gli sforzi – pur di necessità parziali – che la giurisprudenza, in assenza di una disciplina normativa razionale e coerente rispetto ai principi ispiratori del sistema penale, ha progressivamente posto in essere per salvare la ragion d'essere di un tale istituto nel sistema.

A fronte dell'ultima riforma intervenuta in materia, ossia la Legge ex Cirielli del 2005 – ispirata dall'esigenza di trarre consensi presso la pubblica opinione piuttosto che dall'intento di arginare concretamente il fenomeno della ricaduta nel reato – il panorama di diritto attuale può dirsi nuovamente regredito ad una disciplina irrazionalmente afflittiva nei confronti dei recidivi e, in quanto tale, marcatamente in tensione coi principi di offensività, ragionevolezza, proporzionalità e tendenziale rieducazione cui dovrebbe viceversa tendere il legislatore penale, per espressa prescrizione costituzionale.

Tale riflessione, che costituisce il nucleo essenziale del contributo in parola, trova esplicita conferma nelle numerose dichiarazioni di illegittimità costituzionale che, a cominciare dalla riforma del 2005, hanno interessato il regime normativo cui è sottoposta l'attuale figura di recidiva, e impone allora di interrogarsi sull'attualità della necessità di una tale circostanza aggravante nel sistema.

Se è vero, infatti, che anche gli elementi personologici del reo possono essere a proprio modo idonei a caratterizzare in termini di maggiore o minore disvalore il fatto di reato commesso, è altresì

vero che le precedenti condanne a carico del reo sono ormai potenzialmente in grado di determinare aggravati sanzionatori e modalità di esecuzione della pena eccessivamente severi, che in nulla rispecchiano l'idea di fondo di una tendenziale equità e proporzione la quale dovrebbe invece sempre improntare il rapporto tra sanzione e illecito commesso.

Di qui, l'interrogativo fondamentale sotteso alla futura configurazione dell'ordinamento penale: essere o non essere della recidiva, specie quale aggravante del reato?

Abstract. *This paper is part of the long-standing debate concerning the justification of recidivism in the Italian criminal system and focuses on the – necessarily only partial – efforts that jurisprudence, due to the absence of a legal discipline actually inspired by the principles of the Italian penal system, progressively has made to save the *raison d'être* of such an institution within that framework.*

Considering the latest reform on the matter, that is the ex Cirielli Law of 2005 – inspired more by the need to gather consent from public opinion rather than by the intent to concretely stem the phenomenon of relapse into the crime – once again the current penal system seems to have regressed to an irrationally afflictive discipline towards the "repeat offenders" and, therefore, it seems to be markedly at odds with the principles of offensiveness, reasonableness, proportionality and tendential re-education to which the Italian criminal legislator should instead aim at, by expressed constitutional prescription.

This reflection, which constitutes the essential nucleus of the paper, is explicitly confirmed in the numerous declarations of constitutional illegitimacy which, starting with the 2005 reform, have affected the Italian regulatory regime to which the current figure of recidivism is subjected, and therefore it requires questioning the actual need for such an institution to exist in the system.

In fact, if it is true that even the personological elements of the offender may be suitable for characterizing the crime committed in terms of greater or lesser value, it is equally true that, as a result of the ex Cirielli Law, the previous definitive judgments against the offender are now potentially able to determine excessively severe penalties and methods of execution, which in no way reflect the principles of fairness and proportionality that should instead always mark the relationship between the penalty and the crime committed.

Hence the fundamental question regarding the future configuration of the Italian criminal system: to be or not to be of the legal institution of recidivism?

SOMMARIO: 1. Evoluzione storica della disciplina della recidiva. – 2. *Ratio* ispiratrice della Legge ex Cirielli. – 3. Aspetti problematici dell'attuale disciplina in tema di recidiva. – 4. Tra obbligatorietà e facoltatività della recidiva. – 4.1. Gli interventi della Corte costituzionale in relazione all'art. 99 comma 4 c.p. – 4.2. L'intervento della Corte costituzionale in relazione all'art. 99 comma 5 c.p. – 5. Le tensioni sottese alla attuale formulazione dell'art. 69 comma 4 c.p. – 5.1. Il giudizio di valenza e le circostanze attenuanti di natura oggettiva. – 5.2. Il giudizio di valenza e le circostanze attenuanti di natura premiale. – 5.3. Il giudizio di valenza e le circostanze attenuanti di natura soggettiva. – 6. Riflessioni conclusive sulla ragion d'essere della recidiva all'interno del sistema.

SUMMARY: 1. Historical evolution of the discipline of recidivism. – 2. The socio-political reasons underlying the *Ex Cirielli Law*. – 3. Critical aspects of the current discipline of recidivism. – 4. Recidivism: doubts about the compulsory or optional nature of the institution. – 4.1. The rulings of the Italian Constitutional Court regarding art. 99 paragraph 4 of the Criminal Code. – 4.2. The ruling of the Italian Constitutional Court regarding art. 99 paragraph 5 of the Criminal Code. – 5. The tension underlying the current wording of art. 69 paragraph 4 of the Criminal Code. – 5.1. The objective attenuating circumstances in the judicial balance. – 5.2. The reward attenuating

circumstances in the judicial balance. – 5.3 The subjective attenuating circumstances in the judicial balance. – 6. Concluding reflections on the *raison d'être* of the institution of recidivism within the Italian law system.

1. Evoluzione storica della disciplina della recidiva.

La recidiva, oltre ad aver rappresentato una costante nella storia del diritto in veste di fenomeno sociale¹, sin dall'epoca del Codice Zanardelli (1889) si è risolta in un istituto che, nella sua essenza di aggravante in senso tecnico, ha costituito il terreno di confronto di prospettive e orientamenti contrastanti, senz'altro antitetici, affermatasi in dottrina, in giurisprudenza e, risalendo alla radice, a livello legislativo.

Ciò anzitutto si comprende chiaramente nel momento in cui ci si soffermi ad osservare i contrasti che, in occasione dei lavori preparatori al primo codice post-unitario, nacquero con riferimento alla ammissibilità stessa di questo tipo di aggravante: l'introduzione della recidiva nel sistema penale, invero, venne da una parte osteggiata da quella dottrina che sosteneva la più rigorosa concezione classico-retributiva della pena, poiché l'ammissibilità di un tale istituto avrebbe incrinato la tradizionale equazione pena-reato, avrebbe cioè significato legittimare l'irrogazione di una sanzione penale non strettamente commisurata al reato *ex se* commesso, bensì dipendente nel *quantum* anche da elementi personologici – e come tali soggettivi –, la cui rilevanza veniva appunto respinta dalla dottrina in questione². D'altra parte, risultò assolutamente favorevole all'introduzione della recidiva la parte di dottrina opposta, poi prevalsa (seppur coi dovuti temperamenti), che sosteneva una concezione maggiormente soggettivistica del diritto penale e che, perciò, riteneva che si dovesse attribuire una rilevanza giuridica anche agli elementi personologici del reo, al fine di determinare la pena in concreto applicabile nei suoi confronti³.

In secondo luogo, il contrasto relativo alla configurabilità della recidiva – e, più in generale, il contrasto tra le due opposte concezioni, l'una oggettivistica e l'altra soggettivistica, del diritto penale affermatesi e sviluppatasi nel sistema penale italiano a partire dalla seconda metà dell'800 – emerge ove ci si soffermi ad analizzare le mutazioni e le innovazioni altalenanti a cui la circostanza aggravante in parola è stata sottoposta nel corso dell'ultimo secolo.

¹ La recidiva, infatti, si correlò al concetto di istinto punitivo prima ancora che a quello di diritto, con la conseguenza che, sin dagli ordinamenti più arcaici, essa costituì lo strumento tramite cui *in primis* vennero soddisfatte le istanze punitive promananti dal formante sociale e *in secundis* si tentò di scoraggiare i singoli individui dall'adozione di condotte riprovate dalla comunità.

Si noti, ad esempio, che già nel diritto indiano, il Manava Dharma Sastra – trattato indù databile tra il II sec. a. C. e il II sec. d. C. con valenza non solo religiosa ma anche giuridica – imponeva sanzioni sia giuridiche sia morali a carico di chi avesse violato ripetutamente le norme in esso contenute: in particolare, avverso il reo tale trattato prescriveva di ricorrere dapprima all'incarcerazione; e, poi, solo in caso di reiterazione della violazione, a metodi di coazione fisica, finanche, eventualmente, alla pena di morte.

² In questo senso, ad es., F. Carrara, in *Programma del corso di diritto criminale. Parte generale*, Lucca, 1860.

³ Così, F. Mantovani, *Diritto Penale. Parte Generale*, CEDAM, 2017, p. 636; F. Rocchi, *La repressione della criminalità recidiva e abituale nel sistema penale italiano vigente*, in *La recidiva tra colpevolezza e pericolosità. Prospettive d'indagine nel sistema penale integrato*, Edizioni Scientifiche Italiane, 2020, pp. 30 e ss.

Nel Codice penale del 1889⁴, invero, la recidiva si connotò indubbiamente per una matrice di tipo liberale, che emerse soprattutto alla luce degli aumenti sanzionatori, fissi ma di scarso rigore, previsti a carico dei recidivi, nonché alla luce del limite massimo entro cui furono ammessi tali aggravii⁵ e della temporaneità⁶, cui venne subordinata la possibilità di contestare l'aggravante in parola.

Tale matrice garantista, per contro, venne integralmente obliterata nella formulazione originaria del Codice Rocco (1930)⁷, il quale risultò infatti la consequenziale espressione del regime fascista in cui vide la luce. Ne derivò una disciplina della recidiva – generica, perpetua e obbligatoria, priva di limitazioni rispetto al *quantum* dei possibili inasprimenti sanzionatori dipendenti dall'applicazione della aggravante in questione – di stampo marcatamente illiberale e afflittivo.

Una tale impostazione, tuttavia, non poté resistere a lungo, soprattutto a seguito della edificazione del nuovo sistema costituzionale italiano (1948). Di nuovo, allora, con la riforma del 1974 (d. l. 11 aprile 1974, n. 99, conv. da l. 7 giugno 1974, n. 220), alla aggravante della recidiva venne restituito un carattere più mite e indulgente e venne eliminato il carattere di obbligatorietà di tale circostanza; di riflesso, ai giudici venne così riconsegnato un ampio margine di discrezionalità da esercitare nel caso concreto, diretto a evitare che le conseguenze negative dell'istituto in parola potessero discendere automaticamente e meccanicamente dalla mera esistenza di precedenti condanne nel Casellario giudiziale⁸.

⁴ Cfr. artt. 80, 81, 82, 83 e 84 c.p. Zanardelli.

⁵ Art. 80 co. 3 c.p. Zanardelli: «In nessun caso l'aumento stabilito nelle disposizioni precedenti può applicarsi in misura superiore alla più grave delle pene anteriormente inflitte; e ove si tratti di pene pecuniarie, per determinare tale misura si fa il ragguaglio secondo le norme stabilite nell'art. 19».

⁶ Art. 80 co. 1 c.p. Zanardelli: «Colui che, dopo una sentenza di condanna e non oltre i dieci anni dal giorno in cui la pena fu scontata o la condanna estinta, se la pena era superiore ai cinque anni di durata, o non oltre i cinque anni negli altri casi, commette un altro reato, non può essere punito col minimo della pena incorsa per il nuovo reato».

⁷ Art. 99 c.p., nella sua formulazione originaria: «Chi, dopo essere stato condannato per un reato, ne commette un altro, soggiace a un aumento fino a un sesto della pena da infliggere per il nuovo reato (comma 1). La pena è aumentata fino alla metà: 1) se il nuovo reato è della stessa indole; 2) se il nuovo reato è stato commesso nei cinque anni dalla condanna precedente; 3) se il nuovo reato è stato commesso durante o dopo l'esecuzione della pena, ovvero durante il tempo in cui il condannato si sottrae volontariamente all'esecuzione della pena (comma 2). Qualora concorrano più circostanze fra quelle indicate nei numeri precedenti, l'aumento di pena è da un terzo alla metà (comma 3). Se il recidivo commette un altro reato, l'aumento della pena, nel caso preveduto dalla prima parte di questo articolo, è da un terzo alla metà, e, nei casi preveduti dai capoversi precedenti, è dalla metà ai due terzi (comma 4)».

⁸ Art. 99 c.p., come modificato nel 1974: «Chi, dopo essere stato condannato per un reato, ne commette un altro, può essere sottoposto ad un aumento fino a un sesto della pena da infliggere per il nuovo reato (comma 1). La pena può essere aumentata fino ad un terzo: 1) se il nuovo reato è della stessa indole; 2) se il nuovo reato è stato commesso nei cinque anni dalla condanna precedente; 3) se il nuovo reato è stato commesso durante o dopo l'esecuzione della pena, ovvero durante il tempo in cui il condannato si sottrae volontariamente all'esecuzione della pena (comma 2). Qualora concorrano più circostanze fra quelle indicate nei numeri precedenti, l'aumento di pena può essere fino alla metà (comma 3). Se il recidivo commette un altro reato, l'aumento della pena, nel caso preveduto dalla prima parte di questo articolo, può essere fino alla metà e, nei casi preveduti dai numeri 1) e 2) del primo capoverso, può essere fino a due terzi; nel caso preveduto dal numero 3) dello stesso capoverso può essere da un terzo ai due terzi (comma 4). In nessun caso l'aumento di pena per effetto della recidiva può superare il cumulo delle pene risultante dalle condanne precedenti alla commissione del nuovo reato (comma 5)».

Proprio il venir meno dell'obbligatorietà dell'istituto in analisi, tuttavia, venne criticato da ampia parte della dottrina⁹, alla luce del fatto che il legislatore, se da una parte aveva conferito al giudice una maggiore potestà discrezionale – permettendogli così di attenuare nel caso concreto il rigore sanzionatorio proprio delle comminatorie edittali risalenti al 1930 –, d'altra parte non si era preoccupato di individuare dei canoni, dei principi-guida, che potessero guidare il giudice stesso nell'esercizio di tale potestà, sì da scongiurare il rischio che la discrezionalità giudiziale sconfinasse in un vero e proprio *arbitrium iudicis*, in violazione del fondamentale principio di legalità vigente in materia penale, cristallizzato all'interno dell'art. 25 comma 2 Cost.

Nell'ambito delle oscillazioni legislative è allora, da ultimo, intervenuta nel 2005 la Legge ex Cirielli (Legge 5 dicembre 2005, n. 251), al dichiarato scopo di reagire all'indulgenzialismo che si riteneva avesse preso a caratterizzare l'operato della giurisprudenza, preminentemente in ragione dell'ampio margine di discrezionalità attribuitole in materia proprio a partire dal 1974¹⁰.

Alla luce della riforma legislativa del 2005, l'art. 99 c.p. attualmente appare dunque così formulato:

«Chi, dopo essere stato condannato per un delitto non colposo, ne commette un altro, può essere sottoposto ad un aumento di un terzo della pena da infliggere per il nuovo delitto non colposo (comma 1). La pena può essere aumentata fino alla metà: 1) se il nuovo delitto non colposo è della stessa indole; 2) se il nuovo delitto non colposo è stato commesso nei cinque anni dalla condanna precedente; 3) se il nuovo delitto non colposo è stato commesso durante o dopo l'esecuzione della pena, ovvero durante il tempo in cui il condannato si sottrae volontariamente all'esecuzione della pena (comma 2). Qualora concorrano più circostanze fra quelle indicate al secondo comma, l'aumento di pena è della metà (comma 3). Se il recidivo commette un altro delitto non colposo, l'aumento della pena, nel caso di cui al primo comma, è della metà e, nei casi previsti dal secondo comma, è di due terzi (comma 4). Se si tratta di uno dei delitti indicati all'articolo 407, comma 2, lettera a), del codice di procedura penale, l'aumento della pena per la recidiva è obbligatorio e, nei casi indicati al secondo comma, non può essere inferiore ad un terzo della pena da infliggere per il nuovo delitto (comma 5). In nessun caso l'aumento di pena per effetto della recidiva può superare il cumulo delle pene risultante dalle condanne precedenti alla commissione del nuovo delitto non colposo (comma 6)».

Come emerge dalla formulazione testuale di cui sopra, la riforma del 2005 ha innanzitutto inciso sugli aumenti di pena: *in primis*, questi sono stati resi più consistenti, sono cioè stati inaspriti; *in secundis*, ad alcuni di tali aumenti di pena (in materia di: recidiva semplice ex co. 1; recidiva pluriaggravata ex co. 3; e recidiva reiterata ex co. 4) è stato attribuito un carattere fisso, con la conseguenza che è stata preclusa al giudice la possibilità di graduare discrezionalmente il *quantum* aggiuntivo di pena da irrogare in presenza della recidiva.

⁹ In questo senso, ad es., P. Nuvolone, *Il sistema del diritto penale*, CEDAM, 1982, p. 336; F. Mantovani, *Diritto Penale. Parte Generale*, cit., p. 639.

¹⁰ G. Fiandaca, E. Musco, *Diritto Penale. Parte Generale*, Zanichelli, 2014, p. 470.

In secondo luogo, il legislatore del 2005 è intervenuto sui reati-presupposto, circoscrivendo la recidiva ai soli delitti non colposi, escludendone di conseguenza la configurabilità in relazione ai delitti colposi e alle contravvenzioni. In occasione di uno degli interventi alla Camera registratisi nell'ambito dei lavori preparatori, lo stesso Ministro della Giustizia dell'epoca (Roberto Castelli) è intervenuto dichiarando come tale scelta legislativa, da un canto, avesse alla base una giustificazione empirica, consistente nella esigenza di introdurre un temperamento al maggior rigore della nuova disciplina, nell'ottica di un migliore equilibrio, e, d'altro canto, fosse rivolta a contenere l'aumento della popolazione penitenziaria che sarebbe derivato dalla riforma¹¹.

Nonostante le giustificazioni offerte, gran parte della dottrina ha ritenuto tutt'altro che dimostrata la *ratio* politico-criminale della innovazione introdotta: taluni hanno sottolineato, in particolare, che essa non risulterebbe avere a proprio fondamento alcun retroterra di rinnovate riflessioni sulla relazione tra recidiva e tipo di reato¹². Talaltri hanno evidenziato come sia irrazionale escludere *a priori* dall'ambito applicativo della recidiva la criminalità colposa e le contravvenzioni, poiché non necessariamente a tali fattispecie di reato corrispondono un ridotto grado di gravità, un minore allarme sociale e una meno spiccata vocazione alla reiterazione della violazione (basti pensare a materie quali la circolazione stradale o l'attività medico-chirurgica)¹³.

In terzo luogo, la Legge ex Cirielli ha introdotto una nuova figura di recidiva ex art. 99 comma 5 c.p., a carattere obbligatorio (così circoscrivendo in tal sede l'ampio potere discrezionale che nel 1974 era stato riconosciuto in capo al giudice), la quale viene specificamente in rilievo a fronte della commissione di uno dei delitti di cui all'art. 407 comma 2 lett. a) c.p.p. (ad es.: associazione di tipo mafioso; traffico di stupefacenti; delitti in materia di armi ed esplosivi) da parte del soggetto che sia già stato sottoposto a una precedente condanna definitiva. L'innovazione in parola è rilevante nell'ottica in cui, fino al 2005, il catalogo di reati di cui alla norma citata era sempre stato assunto a fondamento di un doppio binario in termini di disciplina processuale (ad es.: in materia di custodia cautelare), mai invece a fondamento di un istituto di carattere sostanziale, quale è la recidiva. Tuttavia, come ha evidenziato una parte della dottrina, è arduo individuare la *ratio*

¹¹ Resoconto stenografico dell'Assemblea, seduta n. 560 di mercoledì 15 dicembre 2004, pp. 30 e ss. Roberto Castelli, Ministro della giustizia: «Perché attribuiamo grandissima importanza a tale emendamento? (...) Desidero precisare che la disposizione è mutuata dal sistema degli Stati Uniti (esiste, quindi, un'esperienza pregressa, un'esperienza reale sulla quale possiamo basarci per verificare la bontà delle misure che intendiamo introdurre e per fare previsioni fondate su dati di fatto). Gli Stati Uniti hanno applicato la politica che loro chiamano dello *strike* (chi si intende di baseball può capire). Sostanzialmente, alla terza recidiva, viene applicata una pena molto pesante, partendo dalla constatazione – suffragata da un'indagine sociologica – secondo la quale i soggetti che delinquono costituiscono una piccola parte della popolazione. Cos'è accaduto? A seguito dell'applicazione di una norma analoga a quella che vogliamo introdurre mediante l'emendamento 3.40 del Governo (successivamente, specificherò in quale modo quest'ultimo si rifaccia alla normativa statunitense), il numero dei delitti commessi negli Stati Uniti è drammaticamente crollato: nella sola città di Washington gli omicidi si sono dimezzati! Quindi, noi riteniamo che si potrà ottenere – soprattutto attraverso l'emendamento 3.40 del Governo – una significativa diminuzione dei delitti. Naturalmente, c'è un prezzo da pagare. La popolazione carceraria degli Stati Uniti è pari a due milioni di persone. Facendo una previsione per l'Italia, vorrebbe dire avere quattrocentomila detenuti: il sistema non reggerebbe! Ergo, abbiamo circoscritto, per il momento, l'applicazione di questa fattispecie soltanto ad alcuni delitti più gravi. Dunque, sulla base delle esperienze di altri paesi simili ai nostri, sappiamo che questa norma funzionerà».

¹² In questo senso, G. Fiandaca, E. Musco, *Diritto Penale. Parte Generale*, cit., pp. 470-471.

¹³ In questo senso, E. Dolcini, *La recidiva riformata. Ancora più selettivo il carcere in Italia*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, fasc. 2-3, 2007, pp. 515 e ss.

sottesa a tale scelta di politica criminale, a fronte del fatto che non è *a priori* riscontrabile alcun nesso logico tra le tipologie di reati di cui all'art. 407 comma 2 lett. a) c.p.p. e il giudizio di maggiore pericolosità che legittima l'applicazione della recidiva nei confronti del reo¹⁴. Il legislatore del 2005, per risultare più coerente, avrebbe tuttalpiù potuto collegare il regime di obbligatorietà della recidiva alla pena edittale prevista per il reato commesso¹⁵, piuttosto che introdurre in sostanza una ipotesi di maggiore pericolosità presunta, che mal si concilia col sistema di diritto penale italiano costituzionalmente orientato.

La Legge ex Cirielli, comunque, non si è limitata ad innovare la disciplina legislativa della recidiva, essendo per contro intervenuta anche su altre norme del Codice penale, come ad esempio sugli artt. 62-*bis* (in tema di attenuanti generiche) e 69 comma 4 (in tema di giudizio di bilanciamento delle circostanze) c.p., dalla riforma dei quali è emerso chiaramente che, tra le varie tipologie di recidiva, quella su cui ha maggiormente inciso l'intervento legislativo del 2005 è stata la recidiva reiterata.

Concentrandosi *in primis* sulle attenuanti generiche, occorre preliminarmente evidenziare che la loro configurabilità, prevista nel codice Zanardelli (1889), era stata esclusa invece nella formulazione originaria del codice Rocco (1930). Queste, per contro, vennero reintrodotte in un secondo momento per il tramite dell'art. 62-*bis* c.p. ex art. 2 del d. lgs. lgt. 14 settembre 1944, n. 288, allo scopo di temperare il rigore sanzionatorio del c.p. del 1930: sotto tale profilo, in particolare, venne garantito un migliore adeguamento della pena al caso concreto e, contemporaneamente, si lasciarono inalterati gli indici sanzionatori edittali. In altri termini, la reintroduzione di questa tipologia di attenuanti costituì «un compromesso di politica legislativa tra la esigenza di minacciare astrattamente una pena grave, contenuta in limiti programmaticamente severi, e le esigenze di umanizzazione e di individuazione della sanzione penale»¹⁶.

Nella previsione del d. lgs. lgt. 14 settembre 1944, n. 288 non venne imposta alcuna limitazione alla operatività delle attenuanti generiche con riferimento al soggetto recidivo. A riguardo, è invece intervenuto l'art. 1 della Legge ex Cirielli, che ha infatti voluto espressamente limitare la possibilità di riconoscere le attenuanti generiche al recidivo reiterato.

In particolare, nel 2005 è stato escluso che la applicazione di tale tipo di attenuanti potesse avvenire ai sensi dell'art. 133 comma 1 n. 3 e comma 2 c.p., ossia in forza dei criteri soggettivi di commisurazione della pena, relativi alla intensità del dolo e al grado della colpa nonché più in generale alla capacità a delinquere, qualora il reo, già recidivo, avesse commesso un nuovo delitto – punito con la reclusione non inferiore nel minimo a cinque anni –, rientrante nel catalogo di reati di cui all'art. 407 comma 2 lett. a) c.p.p. Il legislatore del 2005 ha quindi limitato la operatività delle attenuanti generiche – a favore di una specifica categoria di recidivi reiterati – esclusivamente sulla base dei restanti criteri oggettivi di cui all'art. 133 c.p. (ad es.: natura, specie e mezzi del reato).

¹⁴ G. Fiandaca, E. Musco, *Diritto Penale. Parte Generale*, cit., p. 471.

¹⁵ E. Dolcini, *La recidiva riformata*, cit.

¹⁶ G. Contento, *Introduzione allo studio delle circostanze del reato*, Jovene, 1963, p. 158.

Concentrandosi *in secundis* sul giudizio di bilanciamento delle circostanze, la riforma del 2005 è intervenuta allo scopo di limitare il potere discrezionale concesso al giudice in sede di commisurazione della pena. In particolare, l'art. 3 della Legge ex Cirielli ha introdotto il «divieto di prevalenza delle circostanze attenuanti sulle ritenute circostanze aggravanti» (art. 69 comma 4 c.p.) nei confronti del recidivo reiterato¹⁷. Detto altrimenti, il legislatore del 2005 ha escluso che nel giudizio di bilanciamento la recidiva reiterata potesse risultare soccombente rispetto alle circostanze attenuanti concorrenti, ammettendo esclusivamente le ipotesi di prevalenza ed equivalenza di tale aggravante rispetto alle circostanze di matrice opposta.

Per concludere, la Legge ex Cirielli ha negativamente influito sulla disciplina applicabile nei confronti del recidivo reiterato anche sotto ulteriori aspetti – sostanziali, processuali ed esecutivi –, ad esempio: in materia di concorso formale di reati o di reato continuato, imponendo in via di principio un aumento di pena non inferiore a un terzo della pena inflitta per il reato più grave (art. 81 comma 4 c.p.); in materia di prescrizione, prevedendo a tal fine termini più estesi – sia per la recidiva reiterata, sia per quella aggravata (artt. 157 e 161 c.p.)¹⁸ –, facendo così dipendere il tempo necessario ai fini dell'estinzione della potestà punitiva dalla carriera criminale del reo; in materia di esecuzione della pena, con riferimento alla fruibilità di istituti quali i permessi-premio (art. 30-*quater* o.p.), la semilibertà (art. 50-*bis* o.p.) e l'affidamento in prova ai servizi sociali (art. 47 o.p.).

2. Ratio ispiratrice della Legge ex Cirielli.

Come anticipato, sin dall'Ottocento – epoca in cui la recidiva iniziò ad attrarre l'attenzione dei penalisti italiani – in dottrina si è discusso sulla ragion d'essere dell'istituto in parola all'interno dell'ordinamento. La questione fondamentale che alimentava il dibattito riguardava più in generale il ruolo da attribuire alla personalità del reo nel diritto penale: la dottrina positivista, infatti, sin dal XIX sec. d.C. ha auspicato e poi sostenuto il riconoscimento della rilevanza degli elementi soggettivi, personologici, nel reato; per contro, la dottrina classica ha sempre guardato con diffidenza a una tale possibilità, ritenendo che mal si conciliasse con la concezione di diritto penale del fatto, caratterizzante gli ordinamenti moderni occidentali. A buon diritto, il dibattito in materia non ha potuto che riflettersi anche sull'istituto della recidiva, essendo questa per propria natura connotata da una marcata ambivalenza, la quale emerge dalla suscettibilità della

¹⁷ La stessa limitazione è stata predisposta con riferimento alle circostanze aggravanti di cui agli artt. 111 e 112 comma 1 n. 4 c.p., in tema di determinazione al reato di persona non imputabile, non punibile, minore o in stato di infermità o di deficienza psichica.

¹⁸ Sul punto, occorre evidenziare che la Legge ex Cirielli, modificando l'art. 157 c.p., non è specificamente intervenuta sull'istituto della recidiva, bensì più in generale sulle circostanze c. d. ad effetto speciale – tra le quali, per l'appunto rientra ad oggi per opinione maggioritaria la recidiva – qualificandole come rilevanti ai fini della determinazione del termine necessario a prescrivere i singoli reati. Per contro, invece, la l. 7 dicembre 2005, n. 251 è specificamente intervenuta sulla recidiva, nel momento in cui ha modificato la formulazione dell'art. 161 c.p.

recidiva medesima di assumere rilievo tanto sul piano della colpevolezza¹⁹ quanto sul piano della capacità criminale, della pericolosità²⁰, del reo.

Le criticità sottese alla recidiva si sono poi moltiplicate, comprensibilmente, all'alba dell'implementazione del nuovo sistema costituzionale, il quale infatti – rispettivamente entro gli artt. 25 comma 2 e 27 comma 3 Cost. – ha cristallizzato la concezione di un diritto penale di matrice oggettivista, le cui pene devono immancabilmente tendere alla rieducazione del reo. Tuttavia, la recidiva si pone in evidente tensione con un sistema di valori di tal fatta. Invero, *in primis* la configurabilità dell'istituto in questione perviene ad incrinare la tradizionale equazione pena-reato, legittimando l'irrogazione di una sanzione penale non strettamente commisurata al reato *ex se* commesso, bensì dipendente nel *quantum* anche da elementi personologici del tutto sconnessi rispetto al fatto-reato, e così reintroduce nell'ordinamento elementi propri di un diritto penale d'autore, in netto contrasto col principio di offensività desumibile *ex art.* 25 comma 2 Cost.

In secundis, la recidiva, pregiudicando un equo rapporto tra il *quantum* di pena irrogato e il fatto di reato integrato, rischia di compromettere il fine ultimo cui la pena stessa deve tendere *ex art.* 27 comma 3 Cost., ossia quello della rieducazione, poiché il reo potrebbe non essere posto nelle condizioni di comprendere e interiorizzare il messaggio comunicativo da parte dell'ordinamento sotteso alla sanzione e potrebbe così percepire la pena ricevuta come ingiusta; sicché essa diverrebbe allora *a priori* inidonea alla risocializzazione del suo stesso destinatario.

L'intervento della Legge *ex Cirielli*, da ultimo, ha gettato nuove e ulteriori ombre sulla recidiva. La legge citata, infatti, è l'esito di una scelta di politica criminale, la quale trova il proprio fondamento nel concetto di mera prevenzione, di pura neutralizzazione negativa (o incapacitazione), a discapito del concetto di reinserimento sociale, cui la pena dovrebbe invece sempre tendere, per espressa prescrizione dell'art. 27 comma 3 Cost. Più specificamente, tale riforma costituisce la conseguenza di una scelta di politica criminale populista, che è stata incentivata dal crescente e generalizzato senso di insicurezza – meramente apparente in quanto in contrasto rispetto alla progressiva riduzione dei tassi di criminalità che si è registrata a partire dagli anni '90 – colpevolmente veicolato dai *mass media*²¹.

Per il tramite della Legge *ex Cirielli*, in sostanza, il legislatore ha voluto infatti segnalare alla popolazione la presa in carico da parte dello Stato delle istanze punitive (tipicamente irrazionali) promananti dal formante sociale, le quali erano indirizzate a quella specifica criminalità percepita come maggiormente diffusa e, dunque, *a priori* come maggiormente bisognosa di essere arginata. Ne è derivata una svolta legislativa alla «insegna di una indiscriminata severità»²², caratterizzata invero dall'irrigidimento e dall'innalzamento degli aumenti di pena rilevanti ai sensi dell'art. 99 c.p., nonché dall'inasprimento del trattamento del recidivo stesso nella fase di esecuzione della pena.

¹⁹ Nell'ottica in cui il nuovo delitto non colposo è inteso come sintomo di una acquisita maggiore colpevolezza del reo.

²⁰ Nell'ottica in cui il nuovo delitto non colposo è inteso come sintomo di una acquisita maggiore probabilità di ricaduta futura nel reato da parte del reo.

²¹ Del medesimo avviso risulta anche F. Rocchi, *La «controriforma» della recidiva del 2005*, cit., pp. 157 e ss.

²² E. Dolcini, *La recidiva riformata*, cit.

E le criticità in materia aumentano nel momento in cui si considera la fisionomia dei soggetti qualificabili come recidivi: i destinatari elettivi di questa svolta repressiva, infatti, non risultano essere tanto gli autori di delitti violenti, quanto piuttosto prevalentemente gli autori di lievi delitti contro il patrimonio ovvero di delitti in materia di stupefacenti. In breve, sono tossicomani e criminali da strada i bersagli della riforma del 2005, i destinatari privilegiati del carcere; e ciò in ragione della frequenza – più che della qualità, ossia della gravità – delle relative manifestazioni criminali.

In un’ottica di diritto comparato, la Legge ex Cirielli risulta allora sicuramente apparentabile alle leggi americane “*three strikes and you’re out*”, tanto sul piano delle prescrizioni ivi contenute quanto sul piano della matrice politico-criminale populista che le ha ispirate.

Con l’espressione “*three strikes laws*” – mutuata dal baseball – si fa in particolare riferimento a una serie di provvedimenti legislativi che si sono diffusi a partire dagli anni '90 negli USA e tramite cui sono stati normativamente imposti aggravati sanzionatori tanto elevati a carico dei soggetti recidivi²³, da aver reso irrazionalmente iniquo e repressivo il sistema di giustizia penale americano.

Il regime americano in parola, certamente, costituisce il massimo coronamento della politica di *zero tolerance* cui è risultato ispirato e, perciò, per buona sorte, non risulta integralmente apparentabile al regime introdotto in Italia in occasione della Legge ex Cirielli, la quale infatti non prevede pene così lunghe e afflittive a carico dei recidivi. Tuttavia, si tratta di scelte legislative assimilabili sotto diversi altri aspetti: primo tra tutti, quello relativo alla massiva incarcerazione di delinquenti di pericolosità medio-bassa, per lassi di tempo tutt’altro che irrilevanti (con conseguenze notevoli in termini di effetti criminogeni), che un tale tipo di scelte di politica criminale necessariamente ha implicato.

Risulta ben condivisibile, a questo punto, la critica mossa avverso le *three strikes laws* americane nonché avverso la Legge ex Cirielli italiana, secondo cui queste riforme sarebbero figlie di un «panico morale»²⁴ incentivato dai *mass media* e sarebbero volte a guadagnare consensi presso la pubblica opinione, piuttosto che a ottenere risultati concreti in termini di riduzione del tasso di recidiva, adempiendo in sostanza una funzione meramente simbolica. E, anzi, spingendosi oltre, è tutt’altro che censurabile la conclusione molto critica a cui perviene una parte della dottrina, secondo cui entrambe le riforme – quella americana e quella italiana – costituirebbero una espressione di quel «diritto penale che esaspera, anziché mitigare, le iniquità sociali, contribuendo ad affossare chi è già in difficoltà»²⁵.

Aspetto, questo, che risulta ancor più evidente se si considera specificamente il recidivo reiterato, rispetto al quale, ad esempio, anche Pavarini all’alba dell’entrata in vigore della Legge ex Cirielli evidenziava che «il marchio di Caino viene impresso a fuoco solo per

²³ A. Della Bella, *Three strikes and you’re out: la guerra al recidivo in California e i suoi echi in Italia*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 2007, pp. 832-864.

²⁴ F. Bottalico, *Three strikes and you're out: la recidiva nel sistema penale statunitense*, in Garofoli (a cura di), *Problematiche tradizionali e incaute innovazioni legislative*, 2006, pp. 17 e ss.

²⁵ A. Della Bella, *Three strikes and you're out*, cit.

il fatto di essere qualificato recidivo reiterato. E una volta impresso, non può più essere cancellato, con tutto quello che ne consegue. Si è e si rimane per sempre e comunque socialmente pericolosi. Insomma: una pericolosità “permanente” e “indifferente” alla stessa osservazione empirica. Indifferente anche all'evidenza, come nel caso che il recidivo-specifico fosse in grado di dare prova non altrimenti confutabile della sua cessata pericolosità»²⁶.

3. Aspetti problematici dell'attuale disciplina in tema di recidiva.

Indipendentemente dalla condivisibilità delle argomentazioni poste alla base dei rilievi critici presentati da ampia parte della dottrina con riguardo alla riforma intervenuta nel 2005 in materia di recidiva, non si può non evidenziare che tale ultimo intervento legislativo ha introdotto nel sistema una disciplina altamente in tensione con diversi principi di derivazione costituzionale²⁷ che improntano la materia penale; e, per tale motivo, l'attuale normativa in tema di recidiva, dal 2011 ad oggi, è stata in più occasioni sottoposta dalla giurisprudenza al vaglio della Corte costituzionale²⁸. In particolare:

- talune pronunce del Giudice delle leggi hanno avuto ad oggetto il tema del carattere obbligatorio di alcune figure di recidiva, che sembrava emergere a fronte della nuova formulazione testuale dell'art. 99 commi 4²⁹ e 5 c.p.;

- talaltre pronunce hanno invece avuto specificamente ad oggetto la questione del divieto di prevalenza delle circostanze attenuanti sulla circostanza aggravante della recidiva reiterata previsto ex all'art. 69 comma 4 c.p., nonché la disciplina introdotta ai sensi dell'art. 62-bis comma 2 c.p., in materia di circostanze attenuanti generiche.

4. Tra obbligatorietà e facoltatività della recidiva.

4.1. Gli interventi della Corte costituzionale in relazione all'art. 99 comma 4 c.p.

Concentrandosi innanzitutto sulle vicende che hanno riguardato l'art. 99 comma 4 c.p. (ai sensi del quale – si ricordi – «se il recidivo commette un altro delitto non colposo, l'aumento della pena, nel caso di cui al primo comma, è della metà e, nei casi previsti dal

²⁶ M. Pavarini, *The spaghetti incapacitation. La nuova disciplina della recidiva*, in *Studi sulla questione Criminale*, n. 2, anno I, 2006, pp. 7-29.

²⁷ In specie, principi di uguaglianza e di ragionevolezza (art. 3 cost.), principio di offensività (art. 25 co. 2 cost.), principio di colpevolezza (art. 27 co. 1 cost.) e principio di proporzionalità (art. 27 co. 3 cost.).

²⁸ Il tema è analizzato, in relazione a talune delle occasioni *de quibus*, anche da: F. Rocchi, *La recidiva e le misure di sicurezza nel quadro di un sistema penale costituzionalmente orientato*, in *La recidiva tra colpevolezza e pericolosità*, cit., pp. 451 e ss.; A. Melchionda, *Recidiva reiterata e pregresso status del recidivo: la cassazione si avvicina alla “chiusura del cerchio”*, in *Sist. pen.*, 2021, pp. 156 e ss.

²⁹ Le conclusioni che sono state tratte circa la natura obbligatoria ovvero facoltativa di tale figura di recidiva sono estendibili alla recidiva pluriaggravata di cui all'art. 99 comma 3 c.p., dato che anche con riferimento a tale fattispecie di recidiva il legislatore nel 2005 ha previsto che «qualora concorrano più circostanze fra quelle indicate al secondo comma, l'aumento di pena è della metà». La differenza, però, sta nel fatto che l'art. 69 comma 4 c.p. blinda gli esiti del giudizio di bilanciamento tra circostanze eterogenee solo con riferimento all'art. 99 comma 4 c.p., non anche con riferimento all'art. 99 comma 3 c.p.; di conseguenza, le questioni più spinose si sono poste tra gli interpreti esclusivamente con riferimento alla recidiva reiterata.

secondo comma, è di due terzi») occorre sottolineare che effettivamente dopo l'entrata in vigore della riforma del 2005 era stata prospettata da taluni autori³⁰ una nozione particolarmente ristretta del concetto di «facoltatività» della recidiva reiterata: esistendone infatti i presupposti formali, da una parte il giudice avrebbe dovuto dichiarare – previa contestazione da parte del pubblico ministero – tale forma di recidiva (di qui il carattere obbligatorio della recidiva in analisi), dall'altra avrebbe potuto scegliere se applicare o meno l'aumento di pena da essa derivante (di qui il carattere facoltativo riferibile esclusivamente all'effetto *quoad poenam* della recidiva). Quanto agli ulteriori effetti indiretti che dalla dichiarazione della recidiva tipicamente conseguono (ad es., in materia di: bilanciamento di circostanze, ex art. 69 comma 4 c.p.; sospensione condizionale della pena, ex artt. 163 e ss c.p.; perdono giudiziale, ex art. 169 c.p.; e riabilitazione, ex art. 179 c.p.), questi sarebbero per contro dovuti derivare automaticamente dalla mera verifica, a opera del giudice, della corretta contestazione della recidiva da parte del pubblico ministero.

Accoglieva questo tipo di impostazione una parte della giurisprudenza di legittimità, risultando in tal senso centrale, ad esempio, una sentenza della Corte di cassazione del 2007, nella cui motivazione si legge infatti che: «la giurisprudenza pressoché costante è nel senso che la nuova disciplina della recidiva [...] ha sancito soltanto la facoltatività dell'aumento di pena e non anche degli altri effetti penali connessi alla recidiva. Pertanto, è *ius receptum* che il giudice è vincolato ad applicare la recidiva, una volta accertato che sia stata correttamente contestata. Mentre, la discrezionalità riguarda solo la scelta di aumento o meno di pena, fermo restando che, in ogni caso, la recidiva ha gli altri effetti penali per essa stabiliti dalla legge [...]. La recidiva, al pari di ogni circostanza “inerente alla persona del colpevole”, in caso di concorso con altre circostanze aggravanti e attenuanti, comporta l'operatività delle regole stabilite dall'art. 69 c.p., come espressamente stabilito dal comma 4 dello stesso articolo [...]. Ne consegue che la recidiva è soggetta al meccanismo giuridico del giudizio di comparazione delle concorrenti circostanze attenuanti, indipendentemente dalla valutazione *ex ante* che il giudice possa già effettuare sull'aumento o meno di pena»³¹.

Un orientamento interpretativo opposto³², per contro, ha ritenuto di offrire una lettura diversa della nuova formulazione testuale dell'art. 99 comma 4 c.p., così come modificato dalla Legge ex Cirielli. Nello specifico, sulla base di tale interpretazione, «l'aumento della pena è [...]» – in sostituzione della locuzione «la pena può essere aumentata [...]» – implicherebbe evidentemente un carattere di imperatività, non più di potenzialità, il quale tuttavia si riferirebbe alla sola obbligatorietà dell'aumento di pena in misura fissa previsto per tale tipologia di recidiva, non anche al potere discrezionale *ex se* del giudice di riconoscere e applicare o meno tale aggravante. In tale ottica, in breve, in capo al giudice resisterebbe la possibilità di verificare se in concreto sussistano i presupposti della recidiva e, quindi, di scegliere se dichiarare e applicare o meno la circostanza in parola; tuttavia, una volta determinatosi in senso positivo, costui perderebbe il potere di regolare l'entità dell'aggravio di pena³³. Questa impostazione si

³⁰ In questo senso, ad es., T. Padovani, *Una novella piena di contraddizioni che introduce disparità inaccettabili*, in *Guida dir.*, 2006, dossier n. 1, pp. 32-37.

³¹ Cass. pen., Sez. VI, 27 febbraio 2007, n. 18302, Ben Hadhria, in *Cass. pen.*, 2007, p. 4081.

³² In questo senso, ad es., F. Mantovani, *Diritto Penale. Parte Generale*, cit., p. 639.

³³ A. Scalfati, *Cade il bilanciamento delle circostanze*, in *Guida dir.*, dossier n. 1, 2006, pp. 38 e ss.

fonda sulla convinzione secondo cui la recidiva semplice di cui all'art. 99 comma 1 c.p. costituisce una figura generale, rispetto a cui le fattispecie di recidiva di cui all'art. 99 commi 2, 3 e 4 c.p. vanno allora percepite alla stregua di mere specificazioni, non di figure autonome, tanto sul piano strutturale quanto sul piano normativo. Alla luce di ciò, per tali interpreti, la sola ipotesi di recidiva obbligatoria dovrebbe essere quella di cui all'art. 99 comma 5 c.p., con riferimento alla quale è stato lo stesso legislatore a sancire *expressis verbis* che «l'aumento della pena per la recidiva è obbligatorio».

Decisiva nel segnare una svolta interpretativa nella direzione appena illustrata è stata una sentenza della Corte di cassazione, la quale ha correttamente evidenziato che: «il contrasto giurisprudenziale [...] discende dalla generale considerazione secondo cui la facoltatività concerne solo l'aumento di pena, ma non la sussistenza della recidiva [...]. Tale impostazione, però, finisce con lo stravolgere l'istituto stesso della recidiva, intesa come circostanza aggravante inerente alla persona, giacché ne deriverebbe l'applicazione ad altri effetti, pur se in concreto è stato escluso l'aumento di pena»³⁴. Nella sentenza appena citata, la Corte ha preso poi posizione, esprimendo la propria adesione alla concezione secondo cui la recidiva necessita di essere prima contestata dal pubblico ministero e in seguito dichiarata, riconosciuta, dal giudice, affinché possa concretamente esplicare la propria operatività, i propri effetti diretti e indiretti. Ma, a monte, il giudice deve ravvisare nel nuovo delitto non colposo commesso gli estremi della maggiore colpevolezza e della maggiore pericolosità del reo, per poter dichiarare la recidiva.

Individuati i due orientamenti interpretativi contrastanti che si erano formati in materia di recidiva reiterata all'alba dell'entrata in vigore della Legge ex Cirielli, occorre ora evidenziare che soprattutto i giudici che sostenevano la tesi della obbligatorietà di tale aggravante, in diverse occasioni, hanno formulato a partire dal 2005 censure di illegittimità costituzionale, sulla base delle quali è stato principalmente sostenuto che l'art. 99 comma 4 c.p. avrebbe introdotto una indebita limitazione del potere (e dovere) del giudice di adeguamento del *quantum* di pena al caso concreto, tramite la imposizione di un automatismo sanzionatorio e, corrispettivamente, di una presunzione *iuris et de iure* di pericolosità sociale del recidivo reiterato. Ammettendosi l'obbligatorietà della nuova recidiva reiterata, infatti, la mera esistenza di una o più condanne definitive per delitti non colposi imputabili al recidivo avrebbe inevitabilmente implicato la limitazione degli esiti del giudizio di bilanciamento di cui all'art. 69 comma 4 c.p., precludendo così al giudice di poter dosare il trattamento sanzionatorio in rapporto alle diverse situazioni in concreto prefigurabili. In altri termini, secondo i giudici *a quibus*, la nuova formulazione dell'art. 99 comma 4 c.p., a fronte della limitazione prescritta ex art. 69 comma 4 c.p., sottendeva il rischio da parte del giudice di dover imporre l'applicazione di pene manifestamente sproporzionate rispetto all'entità del fatto, con una conseguente frustrazione della finalità rieducativa della pena ai danni del recidivo.

Alla luce di quanto detto, emerge come, sul piano strettamente giuridico, il combinato disposto di cui agli artt. 69 comma 4 e 99 comma 4 c.p. sia stato tacciato di illegittimità costituzionale per violazione dei seguenti parametri costituzionali:

³⁴ Cass. pen., Sez. IV., 11 aprile 2007 (ud. 11 aprile 2007, dep. 03 maggio 2007), n. 16750, Serra, in *Cass. pen.*, 2007, p. 4084.

- principi di ragionevolezza e di uguaglianza (art. 3 Cost.) – che impongono di trattare in modo eguale situazioni eguali e in modo razionalmente differenziato situazioni diverse – nell’ottica in cui la disciplina censurata avrebbe rischiato di imporre una equiparazione dei recidivi reiterati assolutamente indiscriminata, priva di *ratio*, in quanto indipendente dalle caratteristiche dei delitti oggetto delle condanne precedenti (ad es.: tipologia e indole di delitto; epoca della commissione del delitto; movente del delitto);

- principio della funzione rieducativa della pena (art. 27 comma 3 Cost.), in ragione del fatto che la disciplina censurata avrebbe rischiato di imporre al giudice di blindare gli esiti del giudizio di bilanciamento, quand’anche in concreto costui non avesse ritenuto che la commissione del nuovo delitto non colposo fosse effettivo sintomo di una acquisita maggior colpevolezza e di una maggior capacità a delinquere del reo. Ciò avrebbe infatti portato il giudice a irrogare inevitabilmente una sentenza sproporzionata rispetto alla gravità del reato commesso e, come tale, radicalmente inadeguata ad adempiere una funzione rieducativa.

La Corte costituzionale, specificamente, si è pronunciata sull’interpretazione dell’art. 99 comma 4 c.p. in due distinti momenti³⁵, in occasione dei quali ha dimostrato di essere consapevole dell’emersione in giurisprudenza e in dottrina di entrambe le alternative esegetiche sopra proposte.

Nella sentenza n. 192 del 2007, in particolare, il Giudice delle leggi – pur non giungendo a esprimersi nel merito – ha evidenziato come l’accoglimento dell’una o dell’altra opzione interpretativa assuma un rilievo centrale al fine di dirimere i dubbi di legittimità relativi all’art. 69 comma 4 c.p. Infatti, posto che risulterebbe problematico sul piano logico ammettere che la recidiva reiterata non operi rispetto alla pena del delitto in quanto tale ma sia idonea a determinare, per contro, un sostanziale incremento di pena rispetto al delitto attenuato, solo qualora si escluda l’obbligatorietà della recidiva reiterata, sarebbe possibile escludere anche l’esistenza di quell’automatismo sanzionatorio, relativo alla limitazione degli esiti del giudizio di bilanciamento di cui all’art. 69 comma 4 c.p., della cui legittimità si discuteva. E ciò a fronte del fatto che, come aveva già sottolineato la recente giurisprudenza di legittimità³⁶, il carattere facoltativo dell’aggravante in parola consentirebbe all’autorità giudiziaria di riconoscere e applicare il rispettivo aggravio sanzionatorio, solo qualora il nuovo delitto non colposo risulti essere concretamente indicativo di una maggior colpevolezza e di una maggiore capacità a delinquere del reo; e, conseguentemente, solo in tale ipotesi il giudice vedrebbe limitato il proprio potere discrezionale in sede di giudizio di bilanciamento.

Comunque, come si è accennato, in occasione della sentenza n. 192 del 2007 la Corte costituzionale non si è espressa sul merito della questione, ossia sulla legittimità dell’art. 69 comma 4 c.p.: e ciò poiché i giudici *a quibus* non avevano impiegato i propri poteri interpretativi al fine di valutare preventivamente la possibilità di salvare la legittimità della norma censurata attraverso una interpretazione adeguatrice dell’art. 99 comma 4

³⁵ Corte cost., sent. 5 giugno 2007 (dec. 5 giugno 2007, dep. 14 giugno 2007), n. 192, in *Giur. cost.*, 2007, fasc. 3, p. 1842; e Corte cost., ord. 21 novembre 2007 (dec. 21 novembre 2007, dep. 30 novembre 2007), n. 409, in *Dir. giust. online*, 2007.

³⁶ In questo senso, ad es., Cass. pen., Sez. IV., 11 aprile 2007 (ud. 11 aprile 2007, dep. 03 maggio 2007), n. 16750, Serra, cit.

c.p., che potesse offrire una soluzione conforme ai precetti costituzionali. Il Giudice delle leggi, in particolare, ha evidenziato che «la mancata verifica preliminare – da parte dei giudici rimettenti, nell’esercizio dei poteri ermeneutici loro riconosciuti dalla legge – della praticabilità di una soluzione interpretativa diversa da quella posta a base dei dubbi di costituzionalità ipotizzati, e tale da determinare il possibile superamento di detti dubbi (o da renderli comunque non rilevanti nei casi di specie), comporta – in conformità alla costante giurisprudenza di questa Corte – l’inammissibilità delle questioni sollevate»³⁷. Orientamento, questo, che risulta conforme rispetto alla *ratio* secondo cui le disposizioni di legge non possono essere dichiarate costituzionalmente illegittime per il mero fatto che è possibile attribuire loro una interpretazione incostituzionale; al contrario, la dichiarazione di illegittimità costituzionale di una norma può intervenire esclusivamente nelle ipotesi in cui non sia possibile offrire una sua interpretazione costituzionalmente conforme.

Alla luce di quanto illustrato, la Consulta in occasione della sentenza del 2007 non si è determinata nel senso di dichiarare in termini generali costituzionalmente illegittimo il divieto di prevalenza delle attenuanti sull’aggravante della recidiva reiterata, poiché, facendo leva su una interpretazione costituzionalmente conforme, ha implicitamente avallato l’orientamento giurisprudenziale che riteneva vincolata la recidiva reiterata solo sul piano del *quantum* di aumento di pena, ma non anche sul piano dell’*an* di tale aumento.

Nella stessa direzione è intervenuta la successiva ordinanza costituzionale del 2007, in occasione della quale il Giudice delle leggi *in primis* ha richiamato i passaggi centrali della sentenza appena esposta e *in secundis* ha confermato che, in assenza di un espresso riconoscimento della recidiva, non possono manifestarsi né l’aumento di pena né gli ulteriori effetti indiretti – primo tra tutti: il limite di cui all’art. 69 comma 4 c.p. – che tipicamente derivano dalla recidiva. Nelle parole della Corte, infatti, «qualora si ammettesse che la recidiva reiterata, da un lato mantenga il carattere della facoltatività, ma dall’altro lato abbia efficacia comunque inibente in ordine all’applicazione di circostanze attenuanti concorrenti, ne deriverebbe la conseguenza – all’apparenza paradossale – di una circostanza “neutra” agli effetti della determinazione della pena (ove non indicativa di maggiore colpevolezza o pericolosità del reo), nell’ipotesi di reato non (ulteriormente) circostanziato; ma in concreto “aggravante” – eventualmente, anche in rilevante misura – nell’ipotesi di reato circostanziato *in mitius* (in sostanza la recidiva reiterata non opererebbe rispetto alla pena del delitto in quanto tale e determinerebbe, invece, un sostanziale incremento di pena rispetto al delitto attenuato)»³⁸.

Le pronunce della Corte costituzionale appena illustrate hanno implicato un mutamento nell’orientamento della giurisprudenza di legittimità, emerso in diverse sentenze della Corte di cassazione.

A titolo esemplificativo, si è ammesso infatti che: «la recidiva prevista dall’art. 99 comma 4 c.p., come modificata dalla l. 7 dicembre 2005, n. 251, deve ritenersi tuttora facoltativa – salvo che si tratti di uno dei delitti previsti dall’art. 407 comma 2 lett. a) c.p.p. (cfr. art. 99 comma 5 c.p.) – con la conseguenza che, allorquando il giudice ritenga di non apportare alcun aumento di pena per la recidiva, non reputandola espressione di maggiore

³⁷ Corte cost., sent. 5 giugno 2007 (dec. 5 giugno 2007, dep. 14 giugno 2007), n. 192, cit.

³⁸ Corte cost., ord. 21 novembre 2007 (dec. 21 novembre 2007, dep. 30 novembre 2007), n. 409, cit.

colpevolezza o pericolosità sociale, non è operante il divieto di prevalenza delle circostanze attenuanti sulle ritenute aggravanti, previsto dall'art. 69 comma 4 c.p.»³⁹.

E, ancora, si è sottolineato che: «la recidiva reiterata di cui all'art. 99 comma 4 c.p. opera quale circostanza aggravante facoltativa, nel senso che è consentito al giudice escluderla ove non la ritenga in concreto espressione di maggior colpevolezza o pericolosità sociale del reo; e che, dall'esclusione deriva la sua ininfluenza non solo sulla determinazione della pena ma anche sugli ulteriori effetti commisurativi della sanzione costituiti dal divieto del giudizio di prevalenza delle circostanze attenuanti di cui all'art. 69 comma 4 c.p., dal limite minimo di aumento della pena per il cumulo formale di cui all'art. 81 comma 4 c.p., dall'inibizione all'accesso al "patteggiamento allargato" ed alla relativa riduzione premiale di cui all'art. 444 comma 1 bis c.p.»⁴⁰.

Una possibile criticità sottesa a questo tipo d'impostazione è stata posta in luce da taluni autori⁴¹, che hanno infatti evidenziato come divenga allora inevitabile che il giudice sia spinto a riconoscere la recidiva (reiterata e non) nel caso concreto esclusivamente qualora ciò implichi l'irrogazione di una pena finale avvertita come giusta, equa, in quanto coerentemente severa rispetto al disvalore oggettivo e soggettivo del fatto di reato commesso. Il rischio celato dietro all'impostazione avallata dalla Corte costituzionale è in altre parole quello per cui il giudice sia portato a ragionare in termini di risultato finale di quantificazione della pena: che costui cioè si trovi a riconoscere o non riconoscere la recidiva in base alla esigenza di evitare l'irrogazione di una pena percepita come ingiusta (e in quanto tale inidonea ad adempiere alla finalità rieducativa), piuttosto che in base alla verifica dell'esistenza dei presupposti applicativi della recidiva stessa (ossia: maggior colpevolezza e maggiore pericolosità del reo, emergenti dal nuovo delitto non colposo commesso).

4.2. Tra obbligatorietà e facoltatività della recidiva. L'intervento della Corte costituzionale in relazione all'art. 99 comma 5 c.p.

Concentrandosi ora sulle vicende che hanno riguardato l'art. 99 comma 5 c.p., occorre sottolineare che il legislatore nel 2005 aveva qualificato *expressis verbis* la recidiva di cui alla norma citata come obbligatoria. Ne è derivato un ricorso alla Corte costituzionale, proposto nel 2014 dalla Corte di cassazione, sulla base del quale il giudice *a quo* ha lamentato da parte dell'art. 99 comma 5 c.p. la violazione degli artt. 3 e 27 comma 3 Cost.

In particolare, a detta del giudice rimettente, la norma censurata *in primis* avrebbe violato il principio di ragionevolezza di cui all'art. 3 Cost. per due ragioni:

³⁹ Cass. pen., Sez. V, 15 maggio 2009 (ud. 15 maggio 2009, dep. 3 giugno 2009), n. 22871, Held, in *Cass. pen.*, 2010, p. 615.

⁴⁰ Cass. pen., Sez. Un., 27 maggio 2010 (ud. 27 maggio 2010, dep. 5 ottobre 2010), n. 35738, Calibé, in *Cass. pen.*, 2011, p. 2094.

⁴¹ In questo senso, ad es., G. Piffer, *I nuovi vincoli alla discrezionalità giudiziale: la disciplina della recidiva*, in *Dir. pen. cont.*, 30 dicembre 2010, p. 43.

- «l'applicazione obbligatoria della recidiva, svincolata dall'accertamento in concreto sulla base dei criteri applicativi indicati [dalla giurisprudenza] e affidata alla sola indicazione del titolo del nuovo delitto, viene privata di una base empirica adeguata a preservare il fondamento della circostanza aggravante (ossia l'attitudine della ricaduta nel delitto ad esprimere una più accentuata colpevolezza e una maggiore pericolosità del reo), risolvendosi in una presunzione assoluta di più accentuata colpevolezza o di maggiore pericolosità, del tutto irragionevole»⁴²;

- «[...] il criterio legislativo di individuazione dei reati che comportano la recidiva obbligatoria [...] è privo di correlazione con l'accertamento della sussistenza, nel caso concreto, delle condizioni della recidiva e, in particolare, è inidoneo ad esprimere una relazione qualificata tra i precedenti del reo e il nuovo delitto in grado di offrire un congruo fondamento giustificativo al giudizio di più accentuata colpevolezza e di maggiore pericolosità, da cui deve essere sorretta l'applicazione della recidiva»⁴³.

In secundis, avrebbe violato il principio di uguaglianza di cui all'art. 3 Cost., per il fatto che avrebbe implicato una «illegittima uguaglianza di trattamento di situazioni diverse, precludendo l'accertamento della concreta significatività del nuovo episodio delittuoso sotto il profilo della più accentuata colpevolezza e della maggiore pericolosità del reo»⁴⁴.

In ultimis, avrebbe violato il principio di proporzionalità della pena di cui all'art. 27 comma 3 Cost., poiché «la preclusione dell'accertamento giurisdizionale della sussistenza, nel caso concreto, delle condizioni "sostanziali" legittimanti l'applicazione della recidiva renderebbe la pena palesemente sproporzionata – e, dunque, inevitabilmente avvertita come ingiusta dal condannato – vanificandone, già a livello di comminatoria legislativa astratta, la finalità rieducativa»⁴⁵.

Alla luce delle censure appena proposte, la Consulta si è anzitutto espressa sulla presunzione *iuris et de iure* di maggiore colpevolezza e pericolosità del reo, implicita nell'automatismo sanzionatorio censurato, e ha sul punto evidenziato che, se da un canto è vero che, di per sé, un sistema fondato su presunzioni non è necessariamente incostituzionale, d'altro canto, diviene tale nel momento in cui una presunzione legale, che limita i diritti fondamentali dell'individuo, non risponde alla massima di esperienza dell'*id quod plerumque accidit*, ossia a dati empirici desumibili dall'esperienza comune.

Detto altrimenti, nel caso concreto, la Corte costituzionale ha premesso che, solo qualora fossero risultati mancanti i dati di esperienza generalizzati (ad es.: arco temporale trascorso tra i vari reati; grado di omogeneità tra i vari reati) sulla base dei quali poter dimostrare che il nuovo delitto non colposo commesso – rientrante nell'elenco di cui all'art. 407 comma 2 lett. a) c.p.p. – fosse effettivamente una manifestazione di maggiore colpevolezza e pericolosità del reo, si sarebbe dovuta ritenere irragionevole la presunzione assoluta insita nell'art. 69 comma 4 c.p.

⁴² Corte cost., sent. 8 luglio 2015 (dec. 8 luglio 2015, dep. 23 luglio 2015), n. 185, in *Dir. giust.*, 2015.

⁴³ *Ibidem*.

⁴⁴ *Ibidem*.

⁴⁵ *Ibidem*.

Posta tale premessa, nei fatti, la Corte costituzionale ha poi ritenuto che effettivamente mancassero questi dati e che, anzi, si sarebbero potute facilmente ipotizzare delle situazioni entro le quali la commissione del nuovo delitto non colposo avrebbe potuto essere intesa come non espressiva di una maggiore colpevolezza e pericolosità del reo. Una di queste situazioni è stata reperita proprio nel caso ad oggetto del ricorso ove, infatti, il delitto fondante la condanna precedente era dato dalla rissa (art. 588 c.p.) e il delitto espressivo della presunta acquisita maggiore colpevolezza e pericolosità era dato dall'induzione alla prostituzione minorile (artt. 600 e 600-bis c.p.): all'evidenza, si trattava di reati disomogenei, non qualificabili *a priori* l'uno la progressione criminosa dell'altro.

La Corte costituzionale si è poi concentrata sulle censure specificamente poste in luce dal giudice *a quo* e, ritenendole fondate, ha dunque dichiarato costituzionalmente illegittimo, per violazione dei parametri costituzionali citati, l'art. 99 comma 5 c.p., limitatamente alle parole «è obbligatorio e». A partire da tale sentenza, perciò, possono dirsi configurabili in seno all'art. 99 c.p. esclusivamente figure di recidiva facoltativa⁴⁶.

5. Le tensioni sottese alla attuale formulazione dell'art. 69 comma 4 c.p.

Come rilevato nel par. 3.1.1., la Consulta, avendo avallato implicitamente la natura discrezionale della recidiva reiterata di cui all'art. 99 comma 4 c.p., ha conseguentemente salvato, quanto meno in termini generali, la legittimità costituzionale dell'art. 69 comma 4 c.p., ritenendo piuttosto di doversi esprimere sulla legittimità ovvero illegittimità della norma censurata esclusivamente negli specifici casi in cui la recidiva in parola fosse risultata concretamente idonea a influire sul trattamento sanzionatorio.

Detto altrimenti, nel 2007 la Corte costituzionale ha ritenuto di poter preservare, a fronte della riconosciuta natura meramente discrezionale della recidiva reiterata (tale da non escludere il potere discrezionale del giudice di individualizzare la sanzione nel caso concreto), la disciplina rispetto ad essa dettata in tema di bilanciamento di circostanze eterogenee e ha rimandato ad un momento successivo la verifica della tenuta di tale disciplina rispetto ai dettami di rango costituzionale: nello specifico, solo nell'eventualità in cui, nel caso concreto, la limitazione degli esiti del giudizio di valenza avesse determinato l'irrogazione di una pena costituzionalmente illegittima, si sarebbe potuto dichiarare costituzionalmente illegittimo l'art. 69 comma 4 c.p., nella parte in cui blinda gli esiti del giudizio di bilanciamento tra circostanze eterogenee.

⁴⁶ In termini più generali, invece, risultano ancor oggi disseminate nell'ordinamento penale, specie nelle leggi complementari, diverse ipotesi di recidiva speciale, generalmente di tipo specifico, operanti in via automatica e dunque obbligatoria. Così, ad es., in tema di guida senza patente ovvero sotto l'influenza di alcol o stupefacenti con recidiva nel biennio (rispettivamente: artt. 116 co. 15 e 186 co. 2 lett. c) del codice della strada).

Ne sono derivate sette pronunce di illegittimità costituzionale dell'art. 69 comma 4 c.p., in relazione ad altrettante circostanze attenuanti, di natura oggettiva⁴⁷, premiale⁴⁸ e, da ultimo, soggettiva⁴⁹.

5.1. (Segue): il giudizio di valenza e le circostanze attenuanti di natura oggettiva.

In tal sede, la Corte costituzionale ha accolto le eccezioni di illegittimità costituzionale – per violazione degli artt. 3, 27 comma 3 e 25 comma 2 Cost. – dell'art. 69 comma 4 c.p., ripristinando così gli ordinari esiti del giudizio di bilanciamento, nelle seguenti occasioni:

- sentenza n. 251 del 2012, in relazione all'art. 73 comma 5 T.U. stupefacenti⁵⁰, ossia in relazione all'attenuante indipendente della lieve entità nel delitto di produzione, detenzione e cessione illecita di sostanze stupefacenti;

- sentenza n. 105 del 2014, in relazione all'art. 648 comma 2 c.p.⁵¹, ossia in relazione all'attenuante indipendente della particolare tenuità nel delitto di ricettazione;

- sentenza n. 106 del 2014, in relazione all'art. 609-bis comma 3 c.p.⁵², ossia in relazione all'attenuante ad effetto speciale della minore gravità nel delitto di violenza sessuale;

- sentenza n. 205 del 2017, in relazione all'art. 219 comma 3 della Legge Fallimentare⁵³, ossia in relazione all'attenuante ad efficacia comune del danno patrimoniale di speciale tenuità nei delitti di bancarotta e ricorso abusivo al credito.

* * *

⁴⁷ Tali circostanze si caratterizzano ai sensi dell'art. 70 co. 1 n. 1 c.p. per il fatto di concernere «la natura, specie, mezzi, oggetto, tempo, luogo e ogni altra modalità d'azione, gravità del danno o del pericolo, ovvero le condizioni o le qualità personali dell'offeso». Sul piano delle attenuanti, sono quindi oggettive quelle circostanze espressive di un minor disvalore del fatto sul piano della dimensione offensiva.

⁴⁸ Sono tali le attenuanti che hanno ad oggetto comportamenti del reo, susseguenti rispetto alla commissione del reato, e che, in quanto tali, hanno appunto finalità premiali in relazione alle condotte *post delictum* tenute dall'imputato.

⁴⁹ Tali circostanze si caratterizzano ai sensi dell'art. 70 co. 1 n. 2 c.p. per il fatto di concernere «la intensità del dolo o il grado della colpa, o le condizioni e le qualità personali del colpevole, o i rapporti fra il colpevole e l'offeso, ovvero che sono inerenti alla persona del colpevole». Sul piano delle attenuanti, sono quindi soggettive quelle circostanze espressive di un minor disvalore d'intenzione e di personalità sul piano della dimensione offensiva, che in quanto tali implicano una riduzione della pena irrogabile nel caso concreto.

⁵⁰ Art. 73 comma 5 T.U. stupefacenti: «Quando, per i mezzi, per la modalità o le circostanze dell'azione ovvero per la qualità e quantità delle sostanze, i fatti previsti dal presente articolo sono di lieve entità, si applicano le pene della reclusione da uno a sei anni e della multa da euro 3.000 a euro 26.000». L'attenuante in parola è stata poi trasformata in reato autonomo, a fronte dell'intervento del d. l. 23 dicembre 2013, n. 146, conv. con modif. dall'art. 1, comma 1, l. 21 febbraio 2014, n. 10.

⁵¹ Art. 648 comma 2 c.p.: «La pena è della reclusione sino a sei anni e della multa sino a euro 516, se il fatto è di particolare tenuità».

⁵² Art. 609-bis comma 3 c.p.: «Nei casi di minore gravità la pena è diminuita in misura non eccedente i due terzi».

⁵³ Art. 219 comma 3 della Legge Fallimentare: «Nel caso in cui i fatti indicati nel primo comma hanno cagionato un danno patrimoniale di speciale tenuità, le pene sono ridotte fino al terzo».

In occasione della sentenza n. 251 del 2012⁵⁴, il giudice *a quo* aveva ritenuto di dover dichiarare nel caso concreto la recidiva – in particolare: reiterata, specifica e infraquinquennale –, poiché le condanne già riportate dall'imputato attenevano a quattro violazioni della disciplina degli stupefacenti, integrate tra il 2006 e il 2010, a fronte delle quali il reato *sub iudice* (ossia: detenzione e cessione di 0,40 grammi di cocaina) poteva dirsi effettivamente manifestazione di una maggiore colpevolezza e pericolosità del reo. Allo stesso tempo, però, il reato da ultimo commesso si risolveva in una modesta violazione, sussumibile nell'art. 73 comma 5 T.U. stupefacenti; con la conseguenza che, secondo il giudice rimettente, trascurare integralmente tale dato avrebbe implicato intraprendere una via non conforme rispetto ai principi costituzionali. In particolare, in sede di ricorso è stata lamentata da parte dell'art. 69 comma 4 c.p. la violazione di:

- principi di ragionevolezza e di uguaglianza (art. 3 Cost.), nell'ottica in cui la norma censurata condurrebbe in talune ipotesi all'irrogazione di pene identiche, con riferimento a violazioni di rilievo penale enormemente differente. A titolo esemplificativo, è stato sottolineato come «il recidivo reiterato implicato nel grande traffico di stupefacenti (art. 73, comma 1, d.P.R. n. 309 del 1990) al quale siano riconosciute le circostanze attenuanti generiche verrebbe punito con la stessa pena prevista per il recidivo reiterato autore di uno "spaccio di strada" di minime quantità al quale siano riconosciute le circostanze attenuanti generiche e quella prevista dall'art. 73 comma 5 T.U. stupefacenti»⁵⁵. Ipotesi, questa, da cui emerge chiaramente come la differenza naturalistica, oggettiva nonché criminologica delle due condotte venga completamente soppressa in virtù di una esclusiva considerazione dei precedenti penali del reo;

- principio di offensività (art. 25 comma 2 Cost.), il quale, contrariamente alla norma censurata, attribuisce una rilevanza fondamentale alla condotta delittuosa, a fronte del suo obiettivo disvalore, e non solo in quanto manifestazione di pericolosità sociale; e, di conseguenza, impone anche – nelle parole del giudice *a quo* – la esigenza «di un trattamento penale differenziato per fatti diversi, senza che la considerazione della mera pericolosità dell'agente possa legittimamente avere rilievo esclusivo»⁵⁶;

- principio di proporzionalità della pena (art. 27 comma 3 Cost.), poiché «una pena sproporzionata alla gravità del reato commesso da un lato non può correttamente assolvere alla funzione di ristabilimento della legalità violata, dall'altro non potrà mai essere sentita dal condannato come rieducatrice: essa gli apparirà solo come brutale e irragionevole vendetta dello Stato, suscitatrice di ulteriori istinti antisociali»⁵⁷. È evidente, infatti, che l'irrogazione di una pena di 6 anni di reclusione per la cessione di 0,40 grammi di cocaina non possa configurare in alcun modo una risposta sanzionatoria proporzionata rispetto alla gravità del fatto, a prescindere dall'identità del reo.

Alla luce delle argomentazioni proposte, la Corte costituzionale ha dichiarato costituzionalmente illegittimo l'art. 69 comma 4 c.p., nella parte in cui prevedeva il divieto

⁵⁴ Corte cost., sent. 5 novembre 2012 (dec. 5 novembre 2012, dep. 15 novembre 2012), n. 251, in *Riv. pen.*, 2013, fasc. 1, p. 17.

⁵⁵ *Ibidem*.

⁵⁶ *Ibidem*.

⁵⁷ *Ibidem*.

di prevalenza della circostanza attenuante di cui all'art. 73 comma 5 T.U. stupefacenti, sulla recidiva di cui all'art. 99 comma 4 c.p.

* * *

In occasione delle sentenze nn. 105 e 106 del 2014⁵⁸, il giudice *a quo* aveva lamentato una situazione di tensione equivalente. In particolare:

- nel primo caso costui aveva ritenuto di dover dichiarare in concreto la recidiva – di nuovo: reiterata, specifica e infraquinquennale – in relazione al reato *sub iudice* (ossia: ricettazione di alcuni capi di abbigliamento recanti marchi contraffatti e detenzione ai fini di vendita di tali prodotti) poiché le condanne precedentemente riportate dall'imputato riguardavano violazioni della stessa indole ed erano intervenute in un arco temporale limitato; e, alla luce di ciò, il nuovo delitto non colposo riconducibile all'art. 648 c.p. poteva effettivamente dirsi manifestazione di una maggiore colpevolezza e pericolosità del reo;

- nel secondo caso, il giudice *a quo* era pervenuto alla conclusione di dover dichiarare la recidiva reiterata in relazione ai reati *sub iudice* (ossia: maltrattamenti contro familiari o conviventi ex art. 572 c.p.; e violenza sessuale ex art. 609-bis c.p.), poiché, a fronte delle condanne già riportate dall'imputato in materia di evasione e di violazione della normativa sugli stupefacenti, i nuovi reati ascrittigli potevano effettivamente dirsi sintomo di una sua progressione criminosa e, dunque, manifestazione di una maggior colpevolezza e pericolosità sociale del reo medesimo.

Allo stesso tempo, tuttavia, in entrambe le occasioni i reati da ultimo commessi si risolvevano in una modesta violazione e, in quanto tali, potevano considerarsi rispettivamente sussumibili nell'art. 648 comma 2 c.p. (ricettazione caratterizzata da una particolare tenuità del fatto) e nell'art. 609-bis comma 3 c.p. (violenza sessuale caratterizzata da una minore gravità). Di conseguenza, per i giudici rimettenti, trascurare integralmente tali dati avrebbe implicato una violazione di quegli stessi principi costituzionali (artt. 3 e 27 comma 3 Cost.) già venuti in rilievo nella sentenza n. 251 del 2012, per le medesime ragioni.

Anche in tali occasioni, la Corte costituzionale ha accolto le censure proposte dai giudici *a quibus*, dichiarando dunque costituzionalmente illegittimo l'art. 69 comma 4 c.p., nella parte in cui prevedeva il divieto di prevalenza della circostanza attenuante di cui all'art. 648 comma 2 c.p. (sentenza n. 105 del 2014) nonché nella parte in cui prevedeva il divieto di prevalenza della circostanza attenuante di cui all'art. 609-bis comma 3 c.p. (sentenza n. 106 del 2014), sulla recidiva reiterata di cui all'art. 99 comma 4 c.p.

* * *

Infine, a conclusioni non dissimili è giunta la Consulta in occasione della sentenza n. 205 del 2017⁵⁹. Nello specifico, la situazione che ha condotto il giudice *a quo* (la Corte di Appello di Ancona) a sollevare la questione di legittimità costituzionale era la seguente:

⁵⁸ Corte cost., sent. 14 aprile 2014 (dec. 14 aprile 2014, dep. 18 aprile 2014), n. 105, in *Dir. giust.*, 2014 nonché Corte cost., sent. 14 aprile 2014 (dec. 14 aprile 2014, dep. 18 aprile 2014), n. 106, in *Dir. giust.*, 2014.

⁵⁹ Corte cost., sent. 21 giugno 2017 (dec. 21 giugno 2017, dep. 17 luglio 2017), n. 205, in *Dir. giust.*, 2017.

nel corso del primo grado di giudizio (in cui si procedeva per il reato di bancarotta fraudolenta fallimentare), era stata contestata da parte del pubblico ministero la esistenza della recidiva di cui all'art. 99 comma 4 c.p.; ma, nonostante ciò, il giudice di prime cure, «in considerazione del modestissimo/inesistente pregiudizio economico arrecato ai debitori, della modestissima dimensione dell'impresa e del ridottissimo movimento degli affari»⁶⁰ aveva riconosciuto all'imputato la attenuante della speciale tenuità del fatto (ex art. 219 comma 3 della Legge Fallimentare) e, inoltre, aveva concesso le attenuanti generiche, ritenendole nello specifico equivalenti alla contestata recidiva reiterata; di conseguenza, aveva poi ridotto la pena per effetto della prima delle attenuanti di cui si è appena detto.

Avverso la sentenza di primo grado, aveva allora proposto ricorso immediato per cassazione il procuratore generale presso la Corte di Appello, in ragione del fatto che il giudice «anziché includere l'attenuante speciale predetta nel giudizio di bilanciamento operato ex art. 69 c.p., aveva operato la riduzione all'esito del giudizio di equivalenza tra attenuanti generiche e recidiva reiterata, irrogando una pena illegale per difetto, atteso che, stante il principio di cui all'art. 69 comma 4 c.p., la pena finale non avrebbe potuto essere inferiore ai tre anni di reclusione»⁶¹. La cassazione aveva accolto il ricorso e annullato, di conseguenza, la sentenza impugnata, limitatamente al trattamento sanzionatorio.

Dalla vicenda in esame è nata la questione di legittimità costituzionale sottoposta al Giudice delle Leggi. In particolare, infatti, alla udienza fissata per il giudizio di rinvio, il giudice *a quo* ha osservato che, pur dovendosi necessariamente considerare configurata la recidiva reiterata nel caso concreto, essendosi formato su tale capo della sentenza giudicato interno (a fronte del difetto di impugnazione), l'attenuante della tenuità fallimentare di cui all'art. 219 comma 3 della Legge fallimentare avrebbe dovuto ritenersi comunque prevalente, alla luce della assoluta modesta offensività dell'episodio contestato e della scarsa consistenza della recidiva reiterata.

Per tali ragioni, come nei casi precedenti, il rimettente ha lamentato, da parte del divieto di prevalenza di cui all'art. 69 comma 4 c.p., la violazione dei principi costituzionali di ragionevolezza, uguaglianza, offensività e proporzionalità. Anche in tal sede, la Corte costituzionale ha ritenuto di accogliere le censure mosse dal giudice *a quo*, dichiarando così costituzionalmente illegittima la norma censurata, nella parte in cui prevedeva il divieto di prevalenza della circostanza attenuante di cui all'art. 219 comma 3 della Legge fallimentare sulla recidiva di cui all'art. 99 comma 4 c.p.

5.2. (Segue): il giudizio di valenza e le circostanze attenuanti di natura premiale.

Sulla legittimità del divieto di prevalenza delle attenuanti di natura premiale sulla recidiva reiterata è intervenuta la Corte costituzionale in due distinte occasioni:

⁶⁰ *Ibidem.*

⁶¹ *Ibidem.*

- sentenza n. 183 del 2011, in relazione alla disciplina introdotta con l'art. 1 della Legge ex Cirielli all'interno dell'art. 62-*bis* comma 2 c.p.⁶², in tema di attenuanti generiche;

- sentenza n. 74 del 2016, in relazione alla circostanza attenuante ad effetto speciale di cui all'art. 73 comma 7 T.U. stupefacenti⁶³.

* * *

A fondamento della sentenza n. 183 del 2011⁶⁴ vi era la seguente vicenda: il pubblico ministero aveva richiesto, nell'ambito di un giudizio abbreviato, l'applicazione delle attenuanti generiche nei confronti dell'imputato, che era stato chiamato a rispondere di diversi reati (tra i quali: omicidio premeditato; soppressione di cadavere aggravata; rapina aggravata; ricettazione; incendio doloso) commessi tra l'agosto del 2007 e l'aprile del 2008, a fronte del fatto che l'imputato – pur essendo recidivo reiterato – aveva collaborato nel corso delle indagini.

Tuttavia, a una tale possibilità ostava la formulazione dell'art. 62-*bis* comma 2 c.p., il quale precludeva infatti la applicazione delle attenuanti generiche ai sensi dell'art. 133 comma 1 n. 3 e comma 2 c.p., ossia in forza dei criteri soggettivi di commisurazione della pena, qualora il reo, già recidivo, avesse commesso un nuovo delitto – punito con la reclusione non inferiore nel minimo a cinque anni –, rientrando nel catalogo di reati di cui all'art. 407 comma 2 lett. a) c.p.p. (ad es.: omicidio premeditato). Per tale ragione, il pubblico ministero aveva eccepito l'illegittimità costituzionale della norma in questione e il giudice rimettente, condividendo le criticità sottese alla disciplina censurata, aveva proposto ricorso alla Corte costituzionale. Secondo il giudice *a quo*, nello specifico, la norma censurata risultava violare:

- principio della funzione rieducativa della pena (art. 27 comma 3 Cost.), poiché «introducendo una sorta di presunzione di preponderanza del parametro negativo costituito dai precedenti dell'imputato, priverebbe il giudice del potere (e dovere) di valutare adeguatamente le peculiarità del caso concreto e di pervenire così alla definizione del trattamento sanzionatorio più conforme alle esigenze di risocializzazione e di rieducazione del reo, laddove, a fronte dell'incidenza sulla capacità a delinquere del parametro costituito dai precedenti penali dell'imputato, sarebbe possibile individuare altri parametri – come quello relativo alla condotta susseguente al reato – rilevanti ai fini del medesimo giudizio sulla capacità a delinquere che risultino in concreto idonei a contrastare la valenza negativa dei precedenti»⁶⁵;

⁶² Art. 62-*bis* comma 2 c.p.: «Ai fini dell'applicazione del primo comma non si tiene conto dei criteri di cui all'articolo 133, primo comma, numero 3), e secondo comma, nei casi previsti dall'articolo 99, quarto comma, in relazione ai delitti previsti dall'articolo 407, comma 2, lettera a), del codice di procedura penale, nel caso in cui siano puniti con la pena della reclusione non inferiore nel minimo a cinque anni».

⁶³ Art. 73 comma 7 T.U. stupefacenti: «Le pene previste dai commi da 1 a 6 sono diminuite dalla metà a due terzi per chi si adopera per evitare che l'attività delittuosa sia portata a conseguenze ulteriori, anche aiutando concretamente l'autorità di polizia o l'autorità giudiziaria nella sottrazione di risorse rilevanti per la commissione dei delitti».

⁶⁴ Corte cost., sent. 7 giugno 2011 (dec. 7 giugno 2011, dep. 10 giugno 2011), n. 183, in *Dir. pen. proc.*, 2011, fasc. 7, p. 811.

⁶⁵ *Ibidem*.

- principi di ragionevolezza e di uguaglianza (art. 3 Cost.), poiché *in primis* la recidiva reiterata assumerebbe un irrazionale rilievo esclusivamente nei delitti – puniti con pena non inferiore nel minimo a 5 anni di reclusione – di cui all’art. 407 comma 2 lett. a) c.p.p., quando invece «il significato personologico di un elemento di valutazione non può essere diverso a seconda del tipo di delitti e men che mai a seconda del minimo della pena edittale per essi prevista»⁶⁶. *In secundis*, la disciplina censurata implicherebbe una commistione incongrua tra parametri personologici e profili relativi alla gravità del fatto «attribuendosi rilievo decisivo ai primi in quanto associati ai secondi, sulla base di valutazioni predeterminate e astratte, senza considerare che il profilo afferente alla personalità del reo non può che concorrere alla formulazione di un giudizio sintetico sulla concreta capacità a delinquere, solo all’interno di tale valutazione potendo trovare l’eventuale temperamento»⁶⁷.

Alla luce delle censure promosse, la Corte costituzionale ha dichiarato costituzionalmente illegittimo l’art. 62-bis comma 2 c.p., nella parte in cui stabiliva che, ai fini dell’applicazione del primo comma dello stesso articolo, non si potesse tenere conto della condotta del reo susseguente al reato.

* * *

A fondamento, invece, della sentenza n. 74 del 2016⁶⁸, si collocava la seguente vicenda processuale: il giudice *a quo* aveva ritenuto di dover dichiarare nel caso concreto la recidiva – in particolare: reiterata, specifica e infraquinquennale – a fronte dell’esistenza di precedenti condanne della stessa specie e temporalmente ravvicinate in capo al reo, rispetto alle quali il reato *sub iudice* (ossia: detenzione di un 1 kg di marijuana e di 85 grammi di cocaina) poteva dirsi effettivamente manifestazione di una maggiore colpevolezza e pericolosità del reo.

Allo stesso tempo, però, nel caso concreto potevano dirsi sussistenti gli estremi dell’attenuante di cui all’art. 73 comma 7 T.U. stupefacenti, e, di conseguenza, per il giudice rimettente trascurare integralmente la completa collaborazione con l’autorità posta in essere dall’imputato nel corso del giudizio avrebbe implicato una violazione del principio di uguaglianza, di ragionevolezza, di proporzionalità della pena – nei termini di cui si è detto in occasione della sentenza precedente – nonché della *ratio* stessa della circostanza in parola, la quale è infatti diretta a premiare e stimolare il ravvedimento post-delittuoso del reo: la norma censurata, infatti, impedendo all’attenuante premiale di spiegare la propria efficacia nei confronti del recidivo reiterato, ne vanificava la *ratio* non consentendogli di giovare della diminuzione di pena.

Per queste ragioni, anche in tal sede, la Corte costituzionale ha accolto il ricorso del giudice *a quo*, dichiarando costituzionalmente illegittimo l’art. 69 comma 4 c.p. nella parte in cui prevedeva il divieto di prevalenza della circostanza attenuante di cui all’art. 73 comma 7 T.U. stupefacenti, sulla recidiva reiterata di cui all’art. 99 comma 4 c.p.

⁶⁶ *Ibidem*.

⁶⁷ *Ibidem*.

⁶⁸ Corte cost., sent. 24 febbraio 2016 (dec. 24 febbraio 2016, dep. 7 aprile 2016), n. 74, in *Dir. giust.*, 2016.

5.3. (Segue): il giudizio di valenza e le circostanze attenuanti di natura soggettiva.

Solo di recente la Corte costituzionale ha iniziato ad accogliere talune eccezioni di illegittimità costituzionale dell'art. 69 comma 4 c.p. – per violazione degli artt. 3, 25 comma 2 e 27 comma 3 Cost. – ripristinando così gli ordinari esiti del giudizio di bilanciamento, in relazione alle attenuanti di natura soggettiva. Ciò, in particolare, è accaduto nelle seguenti occasioni:

- sentenza n. 73 del 2020, in relazione all'art. 89 c.p.⁶⁹, ossia all'attenuante a efficacia comune del vizio parziale di mente;

- sentenza n. 55 del 2021, in relazione all'art. 116 comma 2 c.p.⁷⁰, ossia in materia di concorso anomalo di persone nel reato.

* * *

Concentrandosi anzitutto sul panorama giurisprudenziale che ha condotto la Consulta all'adozione della prima delle sentenze ora citate, occorre premettere che negli ultimi anni, più volte si è discusso circa la compatibilità tra la recidiva (reiterata) e l'attenuante soggettiva del vizio parziale di mente di cui all'art. 89 c.p.

Sul punto, in particolare, la giurisprudenza di legittimità è ormai orientata nel ritenere – quanto meno in linea di principio – tali circostanze eterogenee tra loro compatibili, sulla base dell'assunto per cui il vizio parziale di mente non impedisce *a priori* di riscontrare nella condotta del reo l'elemento soggettivo del dolo⁷¹. La Corte di cassazione ha infatti confermato che «nello stato di imputabilità diminuita per vizio parziale di mente residua pur sempre una capacità, sia pure scemata, di intendere e di volere, e può ben essere configurato il dolo, non impedendo la ridotta imputabilità che l'evento sia preveduto e voluto dall'agente come conseguenza della propria azione od omissione. Non è, pertanto, irrazionale che possa essere prevista anche per il seminfermo di mente l'applicazione obbligatoria della recidiva»⁷².

Nonostante la asserita astratta compatibilità tra le aggravanti *de quibus*, la Corte costituzionale in due diverse occasioni è stata chiamata ad esprimersi sul rapporto intercorrente tra l'aggravante della recidiva reiterata di cui all'art. 99 comma 4 c.p. e l'attenuante del vizio parziale di mente di cui all'art. 89 c.p., alla luce della limitazione del giudizio di bilanciamento di cui all'art. 69 comma 4 c.p.

⁶⁹ Art. 89 c.p.: «Chi, nel momento in cui ha commesso il fatto, era, per infermità, in tale stato di mente da scemare grandemente, senza escluderla, la capacità d'intendere o di volere, risponde del reato commesso; ma la pena è diminuita».

⁷⁰ Art. 116 comma 2 c.p.: «Se il reato commesso è più grave di quello voluto, la pena è diminuita riguardo a chi volle il reato meno grave».

⁷¹ In questo senso, ad es., Cass. pen., Sez. VI, 19 aprile 2017 (ud. 19 aprile 2017, dep. 30 maggio 2017), n. 27086, in *CED Cass. pen.*, 2017.

⁷² Così, Cass. pen., Sez. II, 9 giugno 2010 (ud. 9 giugno 2010, dep. 28 settembre 2010), n. 35006, in *CED Cass. pen.*, 2010.

Nella prima delle summenzionate occasioni, che ha dato causa all'adozione della sentenza n. 120 del 2017⁷³, il giudice *a quo* aveva ritenuto di dover dichiarare nel caso concreto la recidiva – in particolare: reiterata, specifica e infraquinquennale – poiché l'imputato aveva in passato commesso decine di furti e rapine, con modalità simili, rispetto ai quali il reato *sub iudice* (ossia: rapina) poteva effettivamente dirsi sintomo di una insensibilità del reo rispetto al monito dell'autorità e, specificamente, di una sua maggiore pericolosità sociale. In particolare, «i reati commessi dall'imputato, infatti, (potevano dirsi) della stessa indole per la concreta omogeneità delle condotte criminose espressive di una personalità delinquenziale»⁷⁴.

Allo stesso tempo, però, dalla perizia psichiatrica disposta in corso di giudizio, era emerso chiaramente un vizio di mente tale da scemare grandemente le capacità di intendere e di volere dell'imputato, il quale risultava invero aver assunto una «visione egoica ed egocentrica»⁷⁵ della realtà esterna; visione, questa, che secondo il giudice *a quo* aveva assai limitato «la capacità dell'imputato di riflettere sul significato delle sue azioni»⁷⁶ e lo avrebbe spinto a ripetere «la condotta illecita un numero infinito di volte senza percepirne neanche il disvalore perché concentrato esclusivamente sul soddisfacimento del suo bisogno»⁷⁷. Nello specifico, secondo il giudice rimettente, l'infermità mentale rilevata sulla base della perizia psichiatrica era di tale entità da avere determinato causalmente la commissione dei reati; l'imputato, cioè, avrebbe agito in modo illecito in quanto malato, piuttosto che sulla base di una libera risposta ad impulsi criminali. Di conseguenza, trascurare integralmente la rilevanza del vizio parziale di mente nel caso concreto – come formalmente imposto ex art. 69 comma 4 c.p. – avrebbe implicato la violazione di diversi principi costituzionali:

- principi di ragionevolezza e di uguaglianza (art. 3 Cost.), poiché la norma censurata condurrebbe ad irrogare pene identiche rispetto a condotte di rilievo sostanziale assai differente;

- principi di proporzionalità e di finalità rieducativa della pena (art. 27 comma 3 Cost.), nell'ottica in cui, in virtù della limitazione imposta ex art. 69 comma 4 c.p., l'attenuante in parola potrebbe tutt'al più risultare equivalente rispetto alla recidiva reiterata, ma mai prevalente, con conseguente obbligo da parte del giudice di irrogare una pena sproporzionata rispetto al fatto di reato e, in quanto tale, inidonea ad adempiere una finalità rieducativa.

Sulla base di tali censure, il giudice rimettente da un canto ha sottolineato come in linea di principio rientri nell'ambito del potere discrezionale del legislatore la possibilità di predisporre deroghe alla disciplina del giudizio di bilanciamento, d'altro canto ha poi evidenziato che tali deroghe non possono considerarsi ammissibili, qualora giungano «a determinare una alterazione degli equilibri costituzionalmente imposti nella strutturazione della responsabilità penale»⁷⁸.

⁷³ Corte cost., sent. 12 aprile 2017 (dec. 12 aprile 2017, dep. 22 maggio 2017), n. 120, in *Dir. giust.*, 2017.

⁷⁴ *Ibidem*.

⁷⁵ *Ibidem*.

⁷⁶ *Ibidem*.

⁷⁷ *Ibidem*.

⁷⁸ *Ibidem*.

La Corte costituzionale, tuttavia, ha rigettato il ricorso, per infondatezza dello stesso, a fronte del fatto che, tenuto conto dei precedenti penali, il giudice *a quo* avrebbe poi dovuto valutare ai fini della recidiva due specifiche caratteristiche personali: la maggiore pericolosità sociale; e la maggiore colpevolezza del reo, intesa quest'ultima come «rimproverabilità soggettiva per l'atteggiamento antidoveroso della volontà»⁷⁹. Tuttavia, nel caso concreto, il giudice *a quo* aveva fondato il riconoscimento della recidiva esclusivamente sulla condizione della maggiore pericolosità dell'imputato, desumendola dai precedenti del reo, e aveva invece trascurato di verificare se potesse dirsi effettivamente integrata anche la condizione della maggiore colpevolezza in capo al reo, ai fini della recidiva. A ciò si aggiunga che il giudice *a quo* aveva valorizzato la rilevanza del vizio parziale di mente a tal punto da definire quest'ultimo come la causa della commissione dei reati stessi. Così argomentando, tuttavia, il rimettente «non ha considerato che la diminuita colpevolezza dell'imputato avrebbe dovuto innanzitutto essere valutata ai fini della recidiva, per stabilire se questa dovesse essere ritenuta esistente oppure no, perché solo dopo aver fatto ciò, una volta riconosciuta la recidiva, sarebbe stata rilevante, e si sarebbe potuta sollevare, la questione sui limiti imposti dalla norma censurata al bilanciamento dell'attenuante del vizio parziale di mente con la recidiva reiterata. Perciò la mancata considerazione della colpevolezza, ai fini della valutazione relativa alla recidiva, si traduce in un difetto di motivazione sulla rilevanza della questione, che di conseguenza risulta inammissibile»⁸⁰.

Dopo tale rigetto, la questione della legittimità dell'art. 69 comma 4 c.p. in relazione all'art. 89 c.p. è stata sostanzialmente riproposta alla Corte costituzionale nei medesimi termini, tramite un secondo ricorso, che ha dato origine alla sentenza n. 73 del 2020⁸¹, entro la quale, però, è stata accolta la censura mossa dal giudice rimettente.

In particolare, in questa circostanza, il giudice *a quo* aveva ritenuto di dover riconoscere la recidiva – di nuovo: reiterata, specifica e infraquinquennale – nei confronti di due imputati, chiamati a rispondere di furto pluriaggravato, a fronte del fatto che costoro avevano riportato in epoca relativamente recente plurime condanne riferite a una serie di altri delitti contro il patrimonio.

Allo stesso tempo, però, sulla base della perizia disposta in corso di giudizio, il giudice *a quo* aveva ritenuto di dover riconoscere anche l'esistenza di un vizio parziale di mente (*specie*: Disturbo della Personalità e Disturbo da Abuso di Sostanze) in capo a entrambi gli imputati, tale da scemare o ridurre grandemente la loro capacità di intendere e di volere, senza escluderla totalmente, e che, verosimilmente, aveva facilitato «l'emergere di condotte regressive finalizzate all'ottenimento di immediata gratificazione e prive di adeguata valutazione del rischio che esse comportano»⁸². E, interrogato in udienza, il perito aveva aggiunto che le patologie riscontrate, pur non essendo idonee a escludere in radice la capacità di intendere e di volere degli imputati, erano in grado di incidere in particolar modo su «quelle parti del funzionamento mentale che vengono definite funzioni esecutive, quindi capacità di programmazione, valutazione, valutazione

⁷⁹ *Ibidem*.

⁸⁰ *Ibidem*.

⁸¹ Corte cost., sent. 7 aprile 2020 (dec. 7 aprile 2020, dep. 24 aprile 2020), n. 73, in *Dir. giust.*, 2020.

⁸² *Ibidem*.

inferenziale, criteri di appropriatezza e di opportunità, pesatura del rischio anche rispetto all'utile personale»⁸³.

Diversamente dal caso precedente, alla luce di ciò il giudice *a quo* ha ritenuto che nel caso concreto la reiterazione del reato fosse effettivo sintomo non solo di una maggiore pericolosità degli imputati, ma anche di un maggior grado di colpevolezza. Infatti, i numerosi precedenti riconducibili agli imputati dimostravano la loro peculiare «insensibilità nei confronti delle condanne precedentemente riportate e dell'implicito monito a non violare più la legge, in esse contenuto, comportando un maggiore addebito anche in termini di rimproverabilità soggettiva»⁸⁴, che non poteva essere escluso a cagione delle patologie emerse sulla base della perizia, le quali infatti non potevano dirsi aver avuto un valore «tanto determinante nella genesi del reato da escludere che, nel caso di specie, gli stessi potessero essere sufficientemente sensibilizzati e motivati dai moniti provenienti dalle condanne riportate in precedenza»⁸⁵.

Oltre a ciò, il giudice rimettente ha anche evidenziato come l'eventuale scelta di ragionare in termini di risultato finale, non applicando così la recidiva nei confronti degli imputati per evitare di irrogare una pena eccessivamente rigorosa, sarebbe stata illegittima, in quanto avrebbe implicato una indebita sovrapposizione di due piani diversi della struttura del reato – imputabilità e colpevolezza – con la conseguenza che si sarebbe registrata una equiparazione priva di *ratio* sul piano del trattamento sanzionatorio tra gli imputati in questione – parzialmente incapaci ma pur sempre plurirecidivi – ed eventuali soggetti parimenti semi-incapaci, a carico dei quali, però, non vi fossero precedenti penali.

La Corte costituzionale, condividendo la ricostruzione e le argomentazioni proposte dal giudice *a quo*, ha dichiarato la illegittimità costituzionale dell'art. 69 comma 4 c.p., nella parte in cui prevedeva il divieto di prevalenza dell'attenuante del vizio parziale di mente di cui all'art. 89 c.p. sulla circostanza aggravante della recidiva di cui all'art. 99 comma 4 c.p.

* * *

Per concludere, l'occasione più recente in cui in cui il Giudice delle leggi è stato chiamato a esprimersi sulla legittimità costituzionale dell'art. 69 comma 4 c.p. ha riguardato l'ipotesi di bilanciamento tra la aggravante della recidiva reiterata e la attenuante soggettiva del concorso anomalo di persone nel reato e ha condotto all'adozione della sentenza n. 55 del 2021⁸⁶.

In particolare, nel caso concreto, due imputati erano stati chiamati a rispondere di rapina impropria ai sensi degli artt. 110, 116 comma 2 e 628 comma 2 c.p., poiché, in concorso e di concerto tra loro, avevano sottratto della merce dagli scaffali di un supermercato; tuttavia, giunti alle casse, uno solo degli imputati aveva poi deciso di usare violenza contro la direttrice del supermercato per assicurarsi il possesso del profitto del reato e procurarsi la impunità. Successivamente, entrambi erano stati identificati e

⁸³ *Ibidem*.

⁸⁴ *Ibidem*.

⁸⁵ *Ibidem*.

⁸⁶ Corte cost., sent. 31 marzo 2021 (dec. 25 febbraio 2021, dep. 31 marzo 2021), n. 55, in *Dir. giust.*, 2021.

sottoposti a procedimento penale; all'individuo che non si era servito della *vis*, però, era stata contestata dal pubblico ministero la recidiva reiterata (specifica, infra-quinquennale e vera).

In un contesto di tal fatta, il giudice ha sollevato un incidente di costituzionalità, poiché da un canto riteneva di dover dichiarare la recidiva contestata dalla pubblica accusa, in quanto effettivo sintomo della acquisita maggiore pericolosità e colpevolezza del reo, ma dall'altro considerava essenziale nel caso specifico riconoscere la prevalenza della attenuante di cui all'art. 116 comma 2 c.p., «in quanto necessaria ad assicurare la "tenuta costituzionale" dell'istituto del concorso anomalo»⁸⁷. Una soluzione differente, infatti, avrebbe implicato a detta dello stesso rimettente la violazione di:

- art. 3 Cost., in ragione del fatto che *in primis* il divieto di prevalenza di cui all'art. 69 comma 4 c.p. comporta irragionevolmente che «il correo che abbia previsto e voluto un reato meno grave sia punito in relazione al diverso e più grave reato voluto e realizzato da un concorrente, con una pena "enormemente" più alta di quella prevista per il reato da lui voluto, ed inoltre, con una pena sensibilmente più alta di quella irrogabile al concorrente che ha voluto e commesso il più grave reato, ma al quale non trovi applicazione l'aggravante della recidiva reiterata»⁸⁸. *In secundis*, poiché «la norma censurata, impedendo il giudizio di prevalenza della diminuyente in esame, finirebbe con il vanificare la funzione che la stessa tende ad assicurare, ossia sanzionare in modo diverso situazioni profondamente diverse sul piano dell'elemento soggettivo: quello del correo che pone in essere l'evento diverso e più grave e quello dell'altro correo che ha voluto solo il reato meno grave, unitamente alla prevedibilità del fatto più grave»⁸⁹;

- art. 27 Cost., dato che «il trattamento sanzionatorio che per effetto del divieto di prevalenza troverebbe applicazione sarebbe eccessivo e ingiusto» con la conseguenza che «in quanto sproporzionata, la pena non potrebbe essere percepita dal condannato come giusta ed esplicare quindi la propria funzione rieducativa»⁹⁰.

Alla luce delle censure lamentate, la Corte costituzionale ha preliminarmente richiamato l'orientamento giurisprudenziale costituzionale e di legittimità affermatosi in materia di concorso anomalo, ricordando in particolare che la responsabilità dell'imputato ex art. 116 comma 2 c.p. richiede «la sussistenza non solo del rapporto di causalità materiale, ma anche di un "coefficiente di colpevolezza". Occorre cioè un nesso psicologico, che postula che il reato diverso o più grave commesso da altro concorrente possa rappresentarsi alla psiche del concorrente anomalo come uno sviluppo logicamente prevedibile di quello concordato (*ex multis*, Corte di cassazione, sezione quinta penale, sentenza 2 ottobre-7 novembre 2019, n. 45356; sezione quarta penale, sentenza 18 ottobre-2 novembre 2018, n. 49897; sezione seconda penale, sentenza 11 luglio-29 ottobre 2018, n. 49433; sezione prima penale, sentenza 11 settembre-5 ottobre 2018, n. 44579) o come possibile epilogo rispetto al fatto programmato (Corte di cassazione, sezione prima penale, sentenza 10 giugno 2016-6 aprile 2017, n. 17502)»⁹¹.

⁸⁷ *Ibidem*.

⁸⁸ *Ibidem*.

⁸⁹ *Ibidem*.

⁹⁰ *Ibidem*.

⁹¹ *Ibidem*.

E, sul punto, la Corte costituzionale ha ritenuto che il giudice *a quo* avesse nel caso concreto debitamente motivato la esistenza tanto del nesso di causalità tra il delitto di furto inizialmente programmato e quello di rapina impropria da ultimo effettivamente integrato, quanto l'elemento soggettivo della colpa in capo all'imputato.

Dopodiché, sul piano del merito, la Corte ha ritenuto fondata la questione di legittimità proposta, e ciò «per una ragione ancora più stringente di quelle che hanno portato alle precedenti [...] dichiarazioni di illegittimità costituzionale»⁹² dell'art. 69 comma 4 c.p. Invero, l'art. 116 comma 1 c.p. prevede il caso in cui un concorrente risponde del reato diverso da quello voluto e quindi, in realtà, non voluto; non di meno ne risponde a titolo di dolo, ossia vedendosi applicare il trattamento sanzionatorio previsto per il reato doloso, perché ha voluto il reato oggetto dell'accordo e il reato diverso da quello voluto è conseguenza della sua azione od omissione. È chiaro, allora, che «se si considera la formulazione testuale della norma, il principio della personalità della responsabilità penale appare essere in sofferenza, quanto meno nella misura in cui tale disposizione richiede soltanto che l'evento del reato diverso sia conseguenza dell'azione od omissione del correo, ossia il solo nesso di causalità materiale»⁹³. Tuttavia, alla tenuta costituzionale della norma contribuiscono:

- da un canto, la interpretazione adeguatrice della norma, accolta dalla Corte costituzionale sin dal 1965 (sent. n. 42 del 1965), in base a cui il reato diverso commesso può essere ascritto al concorrente, solo se costituisce, come si è detto *supra*, uno sviluppo logicamente prevedibile del reato originariamente voluto;

- d'altro canto, lo stesso comma 2 dell'art. 116 c.p., che infatti, introducendo la attenuante soggettiva in analisi, è chiamato a svolgere «una funzione di necessario riequilibrio del trattamento sanzionatorio»⁹⁴. Nello specifico, la norma in questione opera «la necessaria diversificazione quanto alla dosimetria della pena»⁹⁵, nel momento in cui prevede che «la pena per il correo che risponde a titolo di colpa di un reato doloso più grave di quello voluto [debba essere] necessariamente riequilibrata mediante l'operatività della diminuzione prevista dalla norma»⁹⁶.

Ma, nel contesto risultante dall'intervento della Legge ex Cirielli, la tenuta costituzionale dell'istituto del concorso anomalo di persone nel reato risulterebbe pregiudicata dal divieto di cui all'art. 69 comma 4 c.p.; ed è per tali ragioni che la Corte costituzionale lo ha in conclusione dichiarato costituzionalmente illegittimo, per violazione degli artt. 3 e 27 Cost.

⁹² *Ibidem.*

⁹³ *Ibidem.*

⁹⁴ *Ibidem.*

⁹⁵ *Ibidem.*

⁹⁶ *Ibidem.*

6. Riflessioni conclusive sulla ragion d'essere della recidiva all'interno del sistema.

Sul piano teorico, la *ratio* sottesa alla recidiva (e, dunque: la ragione per cui l'esistenza di un tale istituto viene tollerata all'interno del sistema) per lungo tempo è stata tradizionalmente riscontrata ora nel suo fondamento retributivo⁹⁷ ora nel suo fondamento preventivo⁹⁸. Per contro, in virtù dell'orientamento attualmente prevalente in dottrina e in giurisprudenza, alla recidiva viene riconosciuta una natura bidimensionale: da un canto, invero, la minaccia e l'irrogazione di una pena più severa nei confronti del reo, dovuta appunto all'aggravante della recidiva, può giustificarsi se e in quanto la reiterazione del reato possa definirsi il sintomo di una sua acquisita maggiore colpevolezza (di qui, il fondamento retributivo). D'altro canto, l'operatività dell'aggravante in parola può giustificarsi in funzione preventiva, ossia in ragione della sua idoneità a trattenere il reo, che presenti una maggiore propensione a delinquere, dalla tenuta di ulteriori future condotte recidivanti (di qui, il fondamento preventivo)⁹⁹.

La realtà empirica, tuttavia, ha a più riprese dimostrato l'incapacità della recidiva di adempiere le funzioni *supra* menzionate. Ne sono di volta in volta conseguiti diversi interventi legislativi all'insegna di una progressiva maggiore severità, fondati sull'assunto – *ex post* sempre dimostratosi come privo di riscontri empirici né, verosimilmente, verificabile allo stato attuale delle conoscenze empiriche e fattuali¹⁰⁰ – per cui si sarebbe potuta arginare l'inefficienza dell'istituto *de quo* per il mero tramite della minaccia di un trattamento sanzionatorio più severo.

Sotto questo profilo, allora, si dimostra ancora pienamente attuale una risalente metafora proposta nel lontano 1961 da Gian Domenico Pisapia:

«Il sistema adottato dal legislatore italiano potrebbe rassomigliarsi a quello di un medico che, prescritto ad un paziente un certo medicinale ed avendo constatato che esso non ha sortito l'effetto desiderato e che, anzi, il paziente è peggiorato (come appunto dimostra la recidiva), si limitasse a raddoppiare la dose del medicinale, senza neppure domandarsi se il peggioramento del paziente sia dovuto non già alla insufficienza quantitativa del medicinale prescritto, ma alla sua deficienza od inefficienza qualitativa»¹⁰¹.

In effetti, l'impostazione seguita dal legislatore in tema di recidiva, lungi dal soddisfare la *ratio* sottesa all'istituto *de quo*, nella realtà non ha fatto che peggiorare il panorama italiano: ne è derivata, infatti, l'incarcerazione massiva di soggetti caratterizzati da un grado di criminalità medio-basso, per lassi di tempo più lunghi di quanto i principi di proporzionalità e di rieducazione imporrebbero ai fini della tollerabilità del trattamento sanzionatorio.

⁹⁷ M. Romano, G. Grasso, in *Commentario sistematico del Codice penale*, Art. 99, Vol. II, 2005.

⁹⁸ F. Mantovani, *Diritto Penale. Parte Generale*, cit., p. 641.

⁹⁹ R. Bartoli, voce «Recidiva», in *Enciclopedia del diritto, Annali VII*, 2014, pp. 885 e ss.; A. Melchionda, *Recidiva reiterata*, cit., p. 148.

¹⁰⁰ F. Rocchi, *La recidiva e le misure di sicurezza*, cit., p. 553.

¹⁰¹ G.D. Pisapia, *Riflessioni in tema di recidiva*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 1961, p. 972.

E, soprattutto, ne sono derivate delle riforme (l'ultima delle quali è la Legge ex Cirielli) marcatamente in tensione con tali principi costituzionali – i quali in materia penale dovrebbero invece guidare le scelte di politica criminale del legislatore, a pena di illegittimità costituzionale del corrispondente operato – che, di conseguenza, a più riprese sono state oggetto di censura da ampia parte della dottrina¹⁰². Riforme che, proprio per tali ragioni, hanno da ultimo spinto la giurisprudenza ad assumere la tendenza a ragionare in termini di risultato, decidendo cioè di dichiarare o meno la recidiva nel caso concreto, a seconda che la pena risultante sia considerata equa o sproporzionata rispetto al fatto di reato compiuto, indipendentemente dall'esistenza dei presupposti che – teoricamente – sarebbero invece *ex se* necessari nonché sufficienti a determinare l'operatività dell'istituto in parola.

La graduale erosione cui è stata sottoposta, ad opera della Corte costituzionale, la disciplina dell'istituto in parola (in particolar modo a partire dal vaglio della Legge ex Cirielli) conferma le criticità di sistema ora richiamate e impone a questo punto di soffermarsi sulla attuale ragion d'essere dell'istituto *de quo* nel sistema di diritto penale italiano nonché sulle eventuali alternative esperibili – indagabili anche in virtù di un approccio di diritto comparato – le quali potrebbero guidare il legislatore verso nuovi orizzonti, meno in tensione coi dettami costituzionali accolti a fondamento del nostro sistema penale.

Tra le prime, e meno radicali, alternative possibili può essere menzionato il ripensamento rispetto ai caratteri di genericità e di perpetuità ricondotti alla recidiva, che già prima dell'implementazione della Riforma ex Cirielli era stato prospettato da una parte della dottrina allo scopo di attenuare le tensioni sottese alla disciplina dell'aggravante in discorso rispetto ai dettami costituzionali alla base del nostro sistema penale ed evitare, di conseguenza, che i trascorsi giudiziari – *rectius*: le condanne definitive – del reo continuassero ad incidere su tale soggetto come una imperitura «spada di Damocle»¹⁰³. In tal modo, sostanzialmente:

- la recidiva potrebbe essere contestata solo in caso di reiterazione di reati della stessa indole, così come definiti ai sensi dell'art. 101 c.p., in virtù del quale «agli effetti della legge penale, sono considerati reati della stessa indole non soltanto quelli che violano una stessa disposizione di legge», rispetto ai quali la medesimezza dell'indole è da considerarsi presunta, «ma anche quelli che, pure essendo preveduti da disposizioni diverse di questo codice ovvero da leggi diverse, nondimeno, per la natura dei fatti che li costituiscono o dei motivi che li determinarono, presentano, nei casi concreti, caratteri fondamentali comuni», rispetto ai quali la medesimezza dell'indole deve invece essere accertata in concreto, proprio sulla base degli indici – di carattere oggettivo (ossia: la natura dei fatti costitutivi) e soggettivo (ossia: la natura dei motivi determinanti, del movente) – prestabiliti dall'art. 101 c.p.¹⁰⁴. Tale operazione, per il vero, non costituisce una

¹⁰² F. Palazzo, *Codice penale 1930: un passato (ancora) senza futuro*, in *Dir. pen. cont.*, 15 settembre 2011.

¹⁰³ S. Tiganò, *La recidiva reiterata tra teoria e prassi*, in *Archivio penale*, 2012, pp. 293 e ss.

¹⁰⁴ A riguardo, può essere citata a titolo esemplificativo la recente Cass. pen., Sez. III, 10 maggio 2019 (ud. 10 maggio 2019, dep. 13 settembre 2019), n. 38009, in *CED Cass. pen.*, 2020, in occasione della quale, dovendosi decidere sulla assimilabilità in punto di indole tra il delitto di associazione di stampo mafioso di cui all'art. 416-bis c.p. (per cui era intervenuta una precedente condanna definitiva) e il delitto *sub iudice* di associazione finalizzata al traffico illecito di sostanze stupefacenti o psicotrope di cui all'art. 74 T.U. stupefacenti, la cassazione ha affermato che la condanna avente ad oggetto la fattispecie di reato di cui all'art. 416-bis c.p. poteva essere «legittimamente ritenuta concernente un reato della stessa indole di quello di cui al D.P.R. n.

novità nel panorama di diritto europeo, che infatti ha visto la Spagna, tra il 1983 e il 1995, espungere dal proprio sistema penale la figura della recidiva generica (nonché, si aggiunga, della recidiva reiterata)¹⁰⁵;

- la recidiva potrebbe essere contestata solo a condizione che tra il reato-presupposto (ossia: l'illecito penale per cui sia già intervenuta la sentenza definitiva di condanna riportata nel Casellario) e il nuovo reato (che impone di discutere sulla configurabilità della recidiva) non sia intercorso un lasso di tempo eccessivamente lungo¹⁰⁶. E ciò anche sulla base della considerazione per cui, ammettendosi nel sistema penale la prescrizione del diritto di far eseguire le sentenze di condanna, *a fortiori* dovrebbe ammettersi allora anche un termine, decorso il quale potersi prescrivere il diritto a computare la condanna stessa per recidività. Anche in questo caso, si è in presenza di una soluzione legislativa già attuata a livello europeo, avendo il legislatore portoghese eliminato nel 1995 il carattere di perpetuità della recidiva e, corrispondentemente, avendo attribuito in tale occasione di riforma una rilevanza penale alla sola recidiva infraquinquennale¹⁰⁷.

Se, tuttavia, un tale tipo di correttivi poteva dirsi sufficiente a limare i caratteri più afflittivi della recidiva nel sistema precedente al vaglio della Legge ex Cirielli, a una tale conclusione non può invece giungersi nel panorama di diritto attuale, ormai caratterizzato dall'esistenza di una disciplina irrazionalmente afflittiva sotto diversi altri punti di vista, ulteriori e indipendenti rispetto alla mera genericità e perpetuità dell'aggravante in discorso. Affermazione, questa, che trova evidente ed esplicita conferma nelle numerose dichiarazioni di illegittimità costituzionale che, a cominciare dalla riforma del 2005, hanno interessato il regime normativo cui è sottoposta l'attuale figura di recidiva.

Ne consegue la necessità di interrogarsi sulla possibile esistenza di ulteriori alternative, più radicali, al problema in questa sede trattato. E, a un tale fine, non può che essere di centrale importanza assumere di nuovo una prospettiva di diritto comparato.

In tal sede, risulta allora degno di menzione l'orientamento sostenuto da una larga parte della dottrina¹⁰⁸, che ritiene che sarebbero ormai maturi i tempi per un intervento del

309 del 1990, art. 74. Invero, secondo la giurisprudenza per "reati della stessa indole" a norma dell'art. 101 c.p., devono intendersi non soltanto quelli che violano una medesima disposizione di legge, ma anche quelli che, pur essendo previsti da testi normativi diversi, presentano nei casi concreti – per la natura dei fatti che li costituiscono o dei motivi che li hanno determinati – caratteri fondamentali comuni [...]. La sentenza impugnata, ancora, ha affermato la sussistenza in concreto della recidiva valorizzando concreti e significativi elementi, quali: l'ininterrotta protrazione, per decenni, delle attività criminali, da parte del ricorrente; la vicinanza della condotta di cui al reato di partecipazione ad associazione mafiosa [...] a quelle oggetto del presente processo; l'agevolazione alla commissione dei reati per i quali è stata pronunciata la condanna impugnata in questa sede derivata dal pregresso inserimento nella compagine di 'ndrangheta».

¹⁰⁵ E. Dolcini, *La recidiva riformata*, cit.

¹⁰⁶ Soluzione, questa, che per altro venne accolta nella disciplina originaria dell'aggravante *de qua* e, specificamente, all'interno dell'art. 80 co. 1 c.p. Zanardelli: «Colui che, dopo una sentenza di condanna e non oltre i dieci anni dal giorno in cui la pena fu scontata o la condanna estinta, se la pena era superiore ai cinque anni di durata, o non oltre i cinque anni negli altri casi, commette un altro reato, non può essere punito col minimo della pena incorsa per il nuovo reato».

¹⁰⁷ E. Dolcini, *La recidiva riformata*, cit.

¹⁰⁸ In questo senso, E. Dolcini, *La recidiva riformata*, cit.; F. Viganò, *Nuove prospettive per il controllo di costituzionalità in materia penale?*, 2010, in *Giur. cost.*, pp. 3017 e ss.; F. Mantovani, *Diritto Penale. Parte Generale*, cit., pp. 635 e ss.

legislatore, volto a qualificare, più ragionevolmente, la recidiva non tanto alla stregua di una circostanza aggravante, quanto piuttosto alla stregua di uno degli elementi espressivi della capacità a delinquere del reo ai sensi dell'art. 133 comma 2 c.p. e, come tale, rilevante esclusivamente in sede di commisurazione della pena in senso stretto: ne deriverebbe la capacità da parte della recidiva di implicare un aggravio di pena contenuto esclusivamente entro la cornice edittale di riferimento nel caso concreto¹⁰⁹.

Quella appena proposta sarebbe, per il vero, una scelta non del tutto inesplorata nel panorama degli ordinamenti statali attuali: il legislatore tedesco, infatti, nel 1986 è pervenuto all'abolizione dell'aggravante della recidiva, in ragione del fatto che da anni, ormai, la giurisprudenza tedesca aveva cessato in modo pressoché generalizzato di servirsi di tale istituto, ritenendolo «fonte di problemi più che di soluzioni»¹¹⁰ e in generale causa «più (di) danni che (di) benefici»¹¹¹. Ne è conseguito il riconoscimento di un margine di rilevanza alla recidiva molto più limitato, dato che le precedenti condanne del reo sono state sistematicamente ricollocate nel novero dei criteri di commisurazione della pena in senso stretto; nonostante ciò, tale ricollocazione normativa ha avuto come effetto quello di rivitalizzare la operatività dell'istituto in parola, che ad oggi è divenuto infatti uno dei criteri più frequentemente impiegati nella prassi tedesca per determinare la corretta entità di pena da irrogare nel caso concreto.

Una soluzione di questo tipo, sicuramente radicale, determinerebbe in realtà diversi benefici, tra i quali in primo luogo, verosimilmente, l'abbandono da parte della giurisprudenza della tendenza, ormai diffusa, a ragionare – pur surrettiziamente – in termini di risultato, piuttosto che in base all'accertamento dell'esistenza dei presupposti necessari ai fini dell'operatività dell'istituto¹¹². La ricollocazione della recidiva tra i criteri di commisurazione della pena in senso stretto, infatti, eliminerebbe in radice il rischio che il giudice si trovi a dover applicare nel caso concreto una pena anche ampiamente discostata per eccesso dal massimo edittale predeterminato dalla legge, con la conseguenza che il giudice risulterebbe meno restio a dar adito nella pratica all'operatività dell'istituto *de quo*.

In secondo luogo, e di riflesso, determinando una tale manovra la necessaria irrogazione di pene più contenute, si perverrebbe certamente a ridurre le eventualità in cui la recidiva risulti in contrasto coi principi che improntano la materia penale nel nostro ordinamento, più volte in precedenza menzionati (*specie*: principi di ragionevolezza, offensività, proporzionalità, colpevolezza e rieducazione), sanciti a livello costituzionale.

¹⁰⁹ Laddove, invece, ad oggi, in virtù della riconosciuta natura giuridica di aggravante alla recidiva, questa è ovviamente suscettibile di determinare nel caso concreto l'irrogazione di una pena anche superiore rispetto al massimo edittale astrattamente predeterminato dal legislatore.

¹¹⁰ R. Maurach, H. Zipf, *Strafrecht*, A.T., Vol. II, 7^a ed., 1989. Ciò viene rilevato anche da F. Rocchi, *Gli strumenti punitivi di contrasto alla recidiva adottati nell'Europa continentale*, in *La recidiva tra colpevolezza e pericolosità*, cit., pp. 315 e ss.

¹¹¹ R. Maurach, H. Zipf, *Strafrecht*, cit.

¹¹² Tendenza, questa, per altro non deprecabile quanto a *ratio* ispiratrice, trovando comunque la propria origine e motivazione nella percezione dei giudici della palese irrazionalità ed eccessiva severità delle modalità di determinazione del trattamento sanzionatorio alla luce dei parametri attuali, quando a venire in rilievo sia la posizione di un soggetto qualificabile come "recidivo".

In ultimo luogo, occorre evidenziare che la soluzione da ultimo considerata sarebbe del tutto coerente con la natura stessa della recidiva, che viene infatti tradizionalmente intesa come aggravante *sui generis*, in quanto inerente esclusivamente alla persona del colpevole, inidonea cioè ad incidere sul fatto-reato in sé considerato, a qualificare in termini di maggior disvalore il fatto-reato, diversamente da quanto può invece comunque affermarsi con riferimento alle altre aggravanti soggettive note al legislatore italiano, le quali, quanto meno indirettamente, si caratterizzano pur sempre per il fatto di incidere sul fatto-reato, determinandone un suo maggior disvalore¹¹³.

Una indiretta conferma del carattere peculiare tradizionalmente attribuito alla recidiva emerge alla luce dell'orientamento giurisprudenziale più risalente che tende ad escludere la idoneità della recidiva a rendere i reati da procedibili a querela a procedibili *ex officio* sin dalla storica sentenza di cassazione a Sezioni Unite, Paolini, nel 1987 entro la quale era stato chiarito che « la recidiva non è compresa nelle circostanze aggravanti che rendono il reato di truffa perseguibile d'ufficio, in quanto essa, inerendo esclusivamente alla persona del colpevole, non incide sul fatto-reato »¹¹⁴. Nello stesso senso, si è espressa la cassazione anche in tempi più recenti, in particolare nel 2014, quando, nel fare proprio il principio di diritto espresso dalle Sezioni Unite nel 1987, ha affermato in tema di truffa (art. 640 comma 3 c. p.) che « la *ratio* del particolare regime di procedibilità prescelto dal legislatore per il delitto di truffa [deve] essere ricercata nella rilevanza degli aspetti civilistici sottesi a tale reato, i quali, però, in presenza di circostanze aggravanti, non possono prevalere sugli interessi pubblicistici. In altre parole, la truffa non è considerata una vicenda eversiva dell'ordine economico, ma piuttosto un fenomeno di valore meramente intersoggettivo, lesivo di un interesse prevalentemente privato. Da qui, anche, la logica della avulsione di una aggravante *sui generis*, come la recidiva, dal novero di quelle per le quali si giustificerebbe il regime di procedibilità *ex officio* [...]. Tale assunto va condiviso e ribadito anche alla luce delle più recenti disposizioni dettate dalla Legge n. 251 del 2005, le quali hanno acuito i connotati "personalistici" della recidiva, rendendone ancor più peculiare il relativo regime. Il richiamo che dunque compare nell'art. 640 c.p., comma 3 alle circostanze aggravanti previste allo stesso articolo o ad 'altre' circostanze aggravanti, non può che essere interpretato – proprio agli effetti della procedibilità – nel senso di escludere da questo novero una circostanza, come la recidiva, senz'altro "speciale" rispetto a quelle che, "ordinariamente", sono chiamate a qualificare in termini di maggior disvalore il fatto-reato, sul che si radica la logica della procedibilità *ex officio* del delitto di truffa. D'altra parte, il carattere ordinariamente "facoltativo" che continua a contraddistinguere la recidiva (...) induce a concludere nel senso che una siffatta "circostanza" mal si presti a "giustificare" (sul piano non soltanto logico ma anche sistematico) la trasformazione della procedibilità in quella officiosa»¹¹⁵.

¹¹³ Ad es., le circostanze che concernono: l'intensità del dolo o il grado della colpa (come l'aggravante della c.d. colpa cosciente); le condizioni e le qualità personali del colpevole (come l'aggravante data dallo *status* di pubblico ufficiale, in taluni reati, quali il sequestro di persona ex art. 605 co. 2 c.p.); o i rapporti fra il colpevole e l'offeso (come l'aggravante dell'omicidio ai danni dell'ascendente, del discendente, del coniuge o del partner in unione civile ex art. 577 co. 1 n. 1 c.p.).

¹¹⁴ Cass. pen., Sez. Un., 31 gennaio 1987 (ud. 31 gennaio 1987, dep. 16 marzo 1987), n. 3152, Paolini, in *Rv.* 175354. In senso conforme, vedi anche Cass. pen., Sez. II, 19 novembre 1999 (ud. 19 novembre 1999, dep. 19 febbraio 2000), n. 1876, in *CED Cass. pen.*, 2000.

¹¹⁵ Cass. pen., Sez. II, 10 giugno 2014 (ud. 10 giugno 2014, dep. 17 giugno 2014), n. 26029, in *Riv. pen.*, 2015, fasc. 10, p. 895.

In tema di procedibilità, per il vero, il filone giurisprudenziale più recente ha dimostrato di accogliere l'impostazione opposta, tale per cui – in occasione della sentenza di cassazione a Sezioni Unite del 2020, chiamata ad esprimersi con riferimento ai reati richiamati ex art. 649-bis c. p. – sono state anzitutto respinte le censure in forza delle quali, in passato, veniva tendenzialmente esclusa la rilevanza dell'istituto in esame in sede di procedibilità: « all'obiezione che la necessaria certezza processuale verrebbe a dipendere da una provvisoria contestazione, su base meramente formale, della recidiva, destinata magari in seguito a venire meno in ragione della valutazione del giudice è possibile rispondere che [...] tali situazioni trovano una risposta fisiologica in sede processuale, ove l'art. 129 c. p. p., impone, in ogni stato e grado del procedimento, l'obbligo della immediata declaratoria di determinate cause di non punibilità, fra le quali rientra anche la mancanza di una condizione di procedibilità [...]. L'obiezione che la rilevanza della recidiva qualificata ai fini della procedibilità del reato verrebbe ad incidere sulle posizioni dei coimputati, i quali si troverebbero ad essere assoggettati a un diverso regime di procedibilità per un fatto a loro totalmente estraneo, è del tutto superata alla luce della riformulazione dell'art. 118 c. p., secondo cui le circostanze inerenti alla persona del colpevole sono valutate soltanto riguardo alla persona a cui si riferiscono [...]»¹¹⁶. Dopodiché, la cassazione ha osservato che costituisce ormai « un vero e proprio diritto vivente l'affermazione che la recidiva costituisce una circostanza aggravante del reato, inerente alla persona del colpevole, che non differisce nei suoi meccanismi applicativi dalle ulteriori circostanze del reato (se non per quegli aspetti che risultano esplicitamente regolati in modo peculiare dal legislatore) e che la stessa, nella sua espressione "qualificata", è una circostanza aggravante ad effetto speciale»¹¹⁷. Per tali ragioni, con riferimento ai reati indicati nell'art. 649-bis c. p. – ma le argomentazioni qui proposte possono fisiologicamente trovare applicazione in via analogica – la cassazione nel 2020 ha affermato che «il riconoscimento giudiziale, con specifica motivazione, della sussistenza di una circostanza aggravante ad effetto speciale quale la recidiva qualificata determina la procedibilità d'ufficio»¹¹⁸. In sostanza, nel 2020 la cassazione a Sezioni Unite ha respinto l'impostazione precedente che tendeva a riconoscere alla recidiva un carattere *sui generis* e, da ciò, ha tratto la rilevanza della recidiva qualificata – come ogni altra circostanza della medesima matrice e, cioè, a effetto speciale – ai fini della determinazione del regime di procedibilità dei reati cui accede.

Indipendentemente dall'orientamento che, in punto di procedibilità, si intenda condividere, è tuttavia evidente che la recidiva, sul piano contenutistico, differisca rispetto alle altre circostanze aggravanti note al nostro ordinamento, posto che, diversamente da queste, non concorre in alcun modo ad aggravare il disvalore *ex se* del fatto di reato commesso nel momento in cui essa vi accede. Per tale ragione, una scelta legislativa che riqualficasse, più ragionevolmente, la recidiva non tanto alla stregua di una circostanza aggravante, quanto piuttosto alla stregua di uno degli elementi espressivi della capacità a delinquere del reo ai sensi dell'art. 133 comma 2 c.p. (e, come tale, rilevante esclusivamente in sede di commisurazione della pena in senso stretto) da un canto consentirebbe di escludere che un elemento prettamente personologico, privo di ogni

¹¹⁶ Cass. pen., Sez. Un., 24 settembre 2020 (ud. 24 settembre 2020, dep. 29 gennaio 2021), n. 3585, in CED Cass. pen., 2021, con nota di E. M. Ambrosetti, *Recidiva e procedibilità d'ufficio: un'inattesa svolta delle Sezioni Unite non esente da critiche*.

¹¹⁷ *Ibidem*.

¹¹⁸ *Ibidem*.

legame col fatto *ex se* considerato – quale è la recidiva – finisca per incidere a tal punto sul trattamento sanzionatorio irrogabile, da determinare l'applicazione di una pena travalicante i massimi edittali predeterminati dalla legge. D'altro canto, e di riflesso permetterebbe di inquadrare, più correttamente, l'istituto in esame tra i criteri soggettivi di commisurazione della pena, relativi in particolare alla capacità a delinquere del reo, riconsegnando così alla recidiva una valida ragion d'essere all'interno del sistema penale italiano.

Per concludere, è bene evidenziare che optare per una integrale e radicale riforma dell'istituto della recidiva risulterebbe verosimilmente anche la soluzione intellettualmente più onesta, poiché – *specie* alla luce della sempre più pregnante erosione cui è stata sottoposta ad opera della Consulta la disciplina in tema di recidiva introdotta nel 2005 dal legislatore – si riconsegnerebbe in tal modo al legislatore il potere di operare una nuova – e più ponderata – scelta di politica criminale in materia, che possa risultare più coerente rispetto ai principi costituzionali fondamentali che improntano nel nostro ordinamento la materia penale, liberando così il Giudice delle Leggi dall'imbarazzo di doversi costantemente attivare da un canto per salvare, quanto meno in termini generali, la legittimità costituzionale di una disciplina ampiamente in tensione coi dettami costituzionali (e varata per funzioni simboliche, piuttosto che pratiche) e, dall'altro, per limare gli aspetti più critici sottesi all'istituto *de quo*.

BIBLIOGRAFIA

Dottrina

- R. Bartoli, voce «*Recidiva*», in *Enciclopedia del diritto, Annali VII*, Milano, 2014, pp. 885 e ss.
- F. Bottalico, *Three strikes and you're out: la recidiva nel sistema penale statunitense*, in Garofoli (a cura di), *Problematiche tradizionali e incaute innovazioni legislative*, 2006, pp. 17 e ss.
- F. Carrara, in *Programma del corso di diritto criminale. Parte generale*, Lucca, 1860.
- G. Contento, *Introduzione allo studio delle circostanze del reato*, Jovene, 1963.
- A. Della Bella, *Three strikes and you're out: la guerra al recidivo in California e i suoi echi in Italia*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 2007, pp. 832-864.
- E. Dolcini, *La recidiva riformata. Ancora più selettivo il carcere in Italia*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, fasc. 2-3, 2007, pp. 515 e ss.
- G. Fiandaca, E. Musco, *Diritto Penale. Parte Generale*, Zanichelli, 2014.
- F. Mantovani, *Diritto Penale. Parte Generale*, CEDAM, 2017.
- A. Melchionda, *Recidiva reiterata e pregresso status del recidivo: la cassazione si avvicina alla "chiusura del cerchio"*, in *Sist. pen.*, 2021, pp. 156 e ss.;
- R. Maurach, H. Zipf, *Strafrecht, A.T.*, Vol. II, 7^a ed., 1989.
- P. Nuvolone, *Il sistema del diritto penale*, CEDAM, 1982.
- T. Padovani, *Una novella piena di contraddizioni che introduce disparità inaccettabili*, in *Guida dir.*, 2006, dossier n. 1, pp. 32-37.
- F. Palazzo, *Codice penale 1930: un passato (ancora) senza futuro*, in *Dir. pen. cont.*, 15 settembre 2011.
- M. Pavarini, *The spaghetti incapacitation. La nuova disciplina della recidiva*, in *Studi sulla questione Criminale*, n. 2, anno I, 2006, pp. 7-29.
- G. Piffer, *I nuovi vincoli alla discrezionalità giudiziale: la disciplina della recidiva*, in *Dir. pen. cont.*, 30 dicembre 2010, pp. 1-44.
- G.D. Pisapia, *Riflessioni in tema di recidiva*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 1961.
- F. Rocchi, *La recidiva tra colpevolezza e pericolosità. Prospettive d'indagine nel sistema penale integrato*, Edizioni Scientifiche Italiane, 2020.
- M. Romano, G. Grasso, in *Commentario sistematico del Codice penale*, Art. 99, Vol. II, 2005.
- A. Scalfati, *Cade il bilanciamento delle circostanze*, in *Guida dir.*, dossier n. 1, 2006, pp. 38 e ss.
- S. Tigano, *La recidiva reiterata tra teoria e prassi*, in *Archivio penale*, 2012, pp. 293 e ss.
- F. Viganò, *Nuove prospettive per il controllo di costituzionalità in materia penale?*, 2010, in *Giur. cost.*, pp. 3017 e ss.
- XIV Legislatura, *Intervento del Ministro della Giustizia On. Roberto Castelli*, in occasione della [seduta n. 560 di mercoledì 15 dicembre 2004](#).

Giurisprudenza

Cass. pen., Sez. Un., 31 gennaio 1987 (ud. 31 gennaio 1987, dep. 16 marzo 1987), n. 3152, Paolini, in *Rv.* 175354.

Cass. pen., Sez. II, 19 novembre 1999 (ud. 19 novembre 1999, dep. 19 febbraio 2000), n. 1876, in *CED Cass. pen.*, 2000.

Cass. pen., Sez. VI, 27 febbraio 2007, n. 18302, Ben Hadhria, in *Cass. pen.*, 2007, p. 4081.

Cass. pen., Sez. IV., 11 aprile 2007 (ud. 11 aprile 2007, dep. 03 maggio 2007), n. 16750, Serra, in *Cass. pen.*, 2007, p. 4084.

Corte cost., sent. 5 giugno 2007 (5 giugno 2007, dep. 14 giugno 2007), n. 192, in *Giur. cost.*, 2007, fasc.3, p. 1842.

Corte cost., ord. 21 novembre 2007 (21 novembre 2007, dep. 30 novembre 2007), n. 409, in *Dir. giust. online*, 2007.

Cass. pen., Sez. V, 15 maggio 2009 (ud. 15 maggio 2009, dep. 3 giugno 2009), n. 22871, Held, in *Cass. pen.*, 2010, p. 615.

Cass. pen., Sez. Un., 27 maggio 2010 (ud. 27 maggio 2010, dep. 5 ottobre 2010), n. 35738, Calibé, in *Cass. pen.*, 2011, p. 2094.

Cass. pen., Sez. II, 9 giugno 2010 (ud. 9 giugno 2010, dep. 28 settembre 2010), n. 35006, in *CED Cass. pen.*, 2010.

Corte cost., sent. 7 giugno 2011 (7 giugno 2011, dep. 10 giugno 2011), n. 183, in *Dir. pen. proc.*, 2011, fasc.7, p. 811.

Corte cost., sent. 5 novembre 2012 (5 novembre 2012, dep. 15 novembre 2012), n. 251, in *Riv. pen.*, 2013, fasc.1, p. 17.

Corte cost., sent. 14 aprile 2014 (14 aprile 2014, dep. 18 aprile 2014), n. 105, in *Dir. giust.*, 2014.

Corte cost., sent. 14 aprile 2014 (14 aprile 2014, dep. 18 aprile 2014), n. 106, in *Dir. giust.*, 2014.

Cass. pen., Sez. II, 10 giugno 2014 (ud. 10 giugno 2014, dep. 17 giugno 2014), n. 26029, in *Riv. pen.*, 2015, fasc.10, p. 895.

Corte cost., sent. 8 luglio 2015 (8 luglio 2015, dep. 23 luglio 2015), n. 185, in *Dir. giust.*, 2015.

Corte cost., sent. 24 febbraio 2016 (24 febbraio 2016, dep. 7 aprile 2016), n. 74, in *Dir. giust.*, 2016.

Corte cost., sent. 12 aprile 2017 (12 aprile 2017, dep. 22 maggio 2017), n. 120, in *Dir. giust.*, 2017.

Cass. pen., Sez. VI, 19 aprile 2017 (ud. 19 aprile 2017, dep. 30 maggio 2017), n. 27086, in *CED Cass. pen.*, 2017.

Cass. pen., Sez. Un., 24 settembre 2020 (ud. 24 settembre 2020, dep. 29 gennaio 2021), n. 3585, in *CED Cass. pen.*, 2021, con nota di E. M. Ambrosetti, Recidiva e procedibilità d'ufficio: un'inattesa svolta delle Sezioni Unite non esente da critiche.

Corte cost., sent. 21 giugno 2017 (21 giugno 2017, dep. 17 luglio 2017), n. 205, in *Dir. giust.*, 2017.

Cass. pen., Sez. III, 10 maggio 2019 (ud. 10 maggio 2019, dep. 13 settembre 2019), n. 38009, in *CED Cass. pen.*, 2020.

Corte cost., sent. 7 aprile 2020 (7 aprile 2020, dep. 24 aprile 2020), n. 73, in *Dir. giust.*, 2020.

Corte cost., sent. 31 marzo 2021 (25 febbraio 2021, dep. 31 marzo 2021), n. 55, in *Dir. giust.*, 2021.

Riflessione

— Sessualità ed esercizio del potere amministrativo: un'occasione mancata?

Sexuality and the practice of the administrative power: a missed opportunity?

di Domenico Gaspare Carbonari

Abstract. Il regime detentivo, in particolare quello di cui all'art. 41 bis L. n. 354/1975, si scontra oggi con la prorompente (ri-)affermazione della sfera individuale e dei diritti di coloro che sono ristretti. Quello dell'esecuzione della pena in conformità alle esigenze elementari della persona umana è un passaggio fondamentale in cui si misura il grado di tensione dell'ordinamento giuridico verso i valori costituzionali e sovranazionali cui lo stesso aderisce. Ed infatti, la centralità della persona del detenuto nel percorso rieducativo non assolve solo ad esigenze di prevenzione speciale, ma soddisfa anche l'interesse generale ad un graduale reinserimento del detenuto nella comunità di riferimento, così valorizzando anche le potenzialità del trattamento. Ciò emerge, in modo evidente, quando si discute della relazione tra la tutela, anche minima, dei diritti fondamentali dei soggetti sottoposti al regime detentivo speciale e l'adozione dei provvedimenti limitativi da parte dell'autorità amministrativa competente. Lo studio di questa relazione permette di analizzare il grado di proporzionalità con cui l'autorità statale incide sul godimento e sull'esercizio dei diritti, tra cui quello alla sessualità.

Abstract. The prison regime, in particular that referred to in art. 41 bis L. n. 354/1975, today clashes with the bursting (re) affirmation of the individual sphere and of the rights of those who are restricted. The execution of the judgement in accordance with the basic needs of the human person is a fundamental step in which the degree of tension of the legal system towards the constitutional and supranational values to which it adheres is measured. And in fact, the centrality of the detainee's person in the rehabilitation process not only fulfills special prevention needs, but also satisfies the general interest in a gradual reintegration of the detainee in the community of reference, thus also enhancing the potential of the treatment. This clearly emerges when discussing the relationship between the protection, even minimal, of the fundamental rights of persons subjected to the special prison regime and the adoption of restrictive measures by the competent administrative authority. The study of this relationship allows us to analyze the degree

of proportionality with which the state authority affects the enjoyment and exercise of rights, including that of sexuality.

SOMMARIO: 1. Il diritto alla sessualità del detenuto: quale disciplina? – 2. Il diritto alla sessualità e l'esercizio del potere amministrativo. – 3. Il *decisum* della Corte e le implicazioni giuridiche: l'esercizio del potere amministrativo. – 3.1. Segue: l'accertamento sulla illegittimità della condotta dell'Amministrazione Penitenziaria. – 4. Diritto alla sessualità e rapporto con il regime detentivo speciale (ex art. 41 *bis* o.p.): esiste una soluzione al paradosso?

SUMMARY: 1. The detainee's right to sexuality: what discipline? – 2. The right to sexuality and the practice of the administrative power. – 3. The decision of the Court and the legal implications: the practice of the administrative power. – 3.1. Continues: the assessment of the illegality of the conduct of the Penitentiary Administration. – 4. Right to sexuality and relationship with the special prison regime (pursuant to art. 41 *bis* o.p.): is there a solution to the paradox?

1. Il diritto alla sessualità del detenuto: quale disciplina?

Di recente, la Corte di Cassazione¹ è stata chiamata ad esprimersi sul complesso rapporto intercorrente tra l'esercizio dei diritti fondamentali del detenuto o internato e l'incidenza del potere amministrativo. Invero, su ricorso del Ministero della Giustizia avverso l'ordinanza del Tribunale di Sorveglianza², i giudici di legittimità si sono soffermati sull'esplicazione del diritto alla sessualità del detenuto in regime detentivo speciale e sulle relative modalità di esercizio, nella specie la fruizione di riviste pornografiche, ribadendo i criteri e i limiti della discrezionalità amministrativa e tecnica riconosciuta al Dipartimento dell'Amministrazione Penitenziaria (d'ora in poi DAP).

In particolare, pur condividendo il principio di massima sostenuto dal Tribunale di sorveglianza, per il quale il diritto alla sessualità assurge a diritto soggettivo del detenuto o dell'internato, la Corte specifica, tuttavia, che il «tema della sessualità all'interno degli istituti penitenziari, intesa come possibilità accordata alle persone sottoposte a restrizione della libertà personale di continuare ad avere relazioni affettive intime, «evoca una esigenza reale e fortemente avvertita», cui solo il legislatore potrebbe accordare ragionevole realizzazione nel prudente contemperamento dei vari interessi in gioco».³

La questione viene affrontata muovendo dalla distinzione tra diritto soggettivo e le concrete modalità di esercizio del medesimo, quest'ultime suscettibili di essere limitate o negate dall'adozione di misure non irragionevoli o che non inibiscono l'esercizio e il godimento dei diritti fondamentali. La fruizione delle riviste pornografiche esula dalla portata e dall'esercizio del diritto alla sessualità, in quanto considerata dai giudici di legittimità «uno dei mezzi possibili per la sua migliore soddisfazione (del diritto alla sessualità), ma non ne costituisce presupposto ineludibile, sicché non può ragionevolmente affermarsi che, attraverso il pratico disconoscimento di una tale

¹ Cass., Sez. I, 8 giugno 2021, n. 36865. Per leggere il testo della pronuncia, [clicca qui](#).

² Trib. Sorveglianza, ord. 2 ottobre 2020, n. 3430. Per la lettura del testo, [clicca qui](#).

³ Richiama, in tal senso, Corte Cost., sentenza 11 dicembre 2012, n. 301. In dottrina, T. Grieco, *La Corte Costituzionale sul diritto dei detenuti all'affettività ed alla sessualità*, in *Dir. pen. cont.*, 17 gennaio 2013.

eventualità, poggiante sull'assetto e sulle caratteristiche dello speciale regime di detenzione, passi la negazione di un diritto inviolabile della personalità».

Prima di analizzare nel merito la soluzione assunta dalla Corte, è opportuno svolgere qualche considerazione preliminare sulla ontologia e sulla natura del diritto all'affettività e alla sessualità del detenuto. Nella sua accezione ampia, la sessualità «è uno degli essenziali modi di espressione della persona umana», con la conseguenza che «il diritto di disporre liberamente è senza dubbio un diritto soggettivo assoluto, che va ricompreso tra le posizioni soggettive direttamente tutelate dalla Costituzione ed inquadrato tra i diritti inviolabili della persona umana che l'art. 2 Cost. impone di garantire»⁴.

Invero, il tema dell'affettività e della sessualità in carcere è oggi al centro di un dibattito dottrinale, giurisprudenziale e legislativo⁵. Il diritto all'affettività è espressamente menzionato dalle disposizioni in materie penitenziaria⁶, incontrando, tuttavia, limitazioni dettate dalla necessità di garantire la sicurezza e l'ordine pubblico intramurario ed esterno: l'art. 18 o.p., infatti, pur statuendo che i colloqui con i familiari avvengono in locali destinati e organizzati in una dimensione riservata, impone il controllo a vista e non auditivo del personale di custodia (c.d. principio della sorveglianza continua). La dottrina ritiene che questa disposizione sia l'espressione tangibile dell'impossibilità di garantire al detenuto o all'internato il soddisfacimento della propria sfera sessuale, posto che, nel bilanciamento degli interessi, la scelta legislativa è protesa a valorizzare il profilo della vigilanza piuttosto che l'affettività e le relazioni umane⁷.

Le conseguenze negative di questo impianto normativo, che segnano la negazione del diritto alla sessualità, si riverberano sul profilo della rieducazione e della risocializzazione del detenuto o dell'internato, oltre che in materia di diritto alla salute⁸. Ponendo attenzione al profilo rieducativo, ex art. 27, comma 3, Cost., non può trascurarsi l'impatto positivo che potrebbe derivare dalla predisposizione di apposite regole e spazi

⁴ Si esprime così Corte Cost., 10 dicembre 1987, n. 561. Nello stesso senso, anche Corte Cost., 8 febbraio 1999, n. 26, nella quale i giudici scrivono che «alla luce del dettato costituzionale, la possibilità per la persona detenuta di mantenere relazioni affettive, comprese quelle a carattere sessuale, assurge a vera e propria posizione soggettiva costituzionalmente riconosciuta che, pur sottoposta ai limiti inerenti alla restrizione della libertà personale, non è affatto annullata da tale condizione».

⁵ Sul tema, per una rassegna delle diverse tappe evolutive del dibattito, M. Brucale, *Carcere e sessualità negata. Repressione è rieducazione?* in *Percorsi penali – rivista trimestrale*, anno II, n. 2 aprile 2021, in *Filodiritto*.

⁶ Può richiamarsi, ad esempio, l'art. 1, comma 6, o.p., per il quale il recupero sociale necessita invece di una partecipazione attiva dei soggetti, che deve essere facilitata e promossa attraverso l'utilizzo di una serie di stimoli culturali, umani e affettivi; l'art. 15 o.p., nella parte in cui statuisce che il trattamento del detenuto è fondato anche sull'agevolazione dei rapporti con i familiari; l'art. 13 o.p., che prevede che il trattamento tiene conto dei particolari bisogni della personalità di ciascun soggetto.

⁷ A. Pugiotto, *Della castrazione di un diritto la proibizione della sessualità in carcere come problema di legalità costituzionale, Affettività e carcere: un binomio (im)possibile?*, in *Giurisprudenza penale web*, 2019, 2-bis, per il quale l'art. 18, comma 2, o.p., costituirebbe «l'architrave dell'operante dispositivo proibizionista della sessualità inframuraria», espressione del «principio di sorveglianza continua sul detenuto, declinato nella regola inderogabile del suo controllo visivo, sia durante i colloqui sia durante le visite familiari». Pur non disconoscendone la portata, l'autore ritiene che tale principio produca un effetto inibitorio. Sulla stessa linea, M. Brucale, *Carcere e sessualità negata. Repressione è rieducazione?*, cit., scrive che «la sessualità è negata. Il desiderio, la spinta naturale, l'istinto sono negati, spezzati, repressi, per l'intera durata della pena». Nello stesso senso, l'ordinanza del Magistrato di sorveglianza di Firenze del 27 aprile 2012. Non a caso, infatti, il disegno di legge all'attenzione delle Camere prende le mosse dalla riforma dell'art. 18 o.p.

⁸ Ampiamente, F. Ceraudo, *La sessualità in carcere: aspetti psicologici, comportamentali ed ambientali*, in *Ristretti orizzonti*, 10 maggio 2012.

adibiti ai ricongiungimenti relazionali e familiari, in perfetta aderenza a quanto la normativa penitenziaria prescrive. Si prende atto, tuttavia, di un *vulnus* giuridico, che rende più difficili le condizioni di vita del detenuto o dell'internato, il quale, in un clima di costante privazione personale, avverte una esigenza forte e reale esigenza di mantenere le relazioni affettive intime, tra cui quelle a carattere sessuale, con evidenti ripercussioni sul trattamento individuale.

La consapevolezza di tale vuoto normativo, ha motivato parte della dottrina e della giurisprudenza di merito a considerare non più idoneo l'istituto dei permessi premio, ex art. 30 *ter* o.p.; beneficio ritenuto parzialmente coerente con le suddette esigenze, in quanto concesso solo a favore di una parte della popolazione carceraria⁹. Da qui, la necessità di un intervento del legislatore che, sollecitato anche dalla Consulta¹⁰ operi il bilanciamento tra i bisogni di intimità e le garanzie di sicurezza ed ordine pubblico perseguite dall'ordinamento, predisponendo le regole di operatività, individuando i relativi destinatari e i presupposti comportamentali per la concessione delle visite intime, il loro numero e la loro durata¹¹.

Se, da un lato, manca uno strumento idoneo allo scopo, dall'altro, sulla scia di una visione comparatistica¹², si diffondono iniziative tese a predisporre un sistema di regole e di organizzazione, che trovano un forte seguito nel disegno di legge A.S. 1876 presentato nel 2020¹³ al Parlamento, recante disposizioni in materia di tutela delle relazioni affettive intime delle persone detenute. L'intento di riforma muoverebbe dalla opportunità, rilevata a seguito degli Stati Generali sull'Esecuzione Penale, di operare la distinzione tra l'attuale istituto del colloquio e quello della visita: infatti, è stata auspicata¹⁴ a modifica dell'art. 18 o.p. nel senso di consentire visite o incontri senza controllo visivo e auditivo, in locali idonei a consentire relazioni intime e nel pieno della riservatezza dell'incontro.

In questo contesto variegato, si innesta anche la giurisprudenza della Corte EDU, la quale, pur aderendo con favore alle iniziative assunte da alcuni degli Stati membri della

⁹ In tal senso, anche Corte Cost., 11 dicembre 2012, n. 301, nella quale è stato sostenuto che l'esigenza di cui si tratta trova una «risposta solo parziale nell'istituto dei permessi premio, la cui fruizione – stanti i relativi presupposti, soggettivi ed oggettivi – resta in fatto preclusa a larga parte della popolazione carceraria».

¹⁰ Corte Cost., 11 dicembre 2012, n. 301.

¹¹ Si inseriscono in questo percorso anche una serie di atti di matrice sovranazionale: Raccomandazione n. 1340 (1997) del Consiglio d'Europa sugli effetti sociali e familiari della detenzione; la Raccomandazione R. (2006) sulle regole penitenziarie europee; la Raccomandazione del Parlamento europeo del marzo 2009, sui diritti dei detenuti dell'UE; la Raccomandazione Rec (2006)2-rev dell'1 luglio 2020, così come aggiornata dal Comitato dei Ministri del Consiglio d'Europa.

¹² Sul tema, L. Cuppari, *"Amore sbarrato": affettività e sessualità dei detenuti come diritti fondamentali (parzialmente) inattuati. Approccio negazionista del legislatore italiano in una prospettiva di analisi comparata*, in *Giurisprudenza Penale Web*, 2019, 2-bis. Il tema della sessualità nelle carceri è affrontato dalla legislazione di molteplici Paesi europei e non, con soluzioni differenziate. Si passa dal mero prolungamento della durata del colloquio, alla predisposizione di spazi adibiti agli incontri intimi. Nella regione europea, quarantasette Stati hanno predisposto una disciplina specifica, tra questi: Russia, Francia, Svizzera, Finlandia, Norvegia, Austria, Germania, Svezia, Spagna, Croazia e Albania. Anche paesi extraeuropei si sono adeguati all'evoluzione, tra questi Canada, Israele, India e Messico.

¹³ Per la lettura del testo, [clicca qui](#).

¹⁴ Allegato 6 alla Relazione Ministeriale del 12 febbraio 2016, redatto dal Tavolo 6 istituito in seno agli Stati Generali dell'Esecuzione penale e avente per missione la trattazione dei «problemi connessi al riconoscimento e all'esercizio del diritto all'affettività del detenuto, all'esercizio del proprio ruolo genitoriale, al mantenimento di relazioni positive con il proprio mondo affettivo». V. la pagina dedicata agli Stati Generali dell'Esecuzione penale nel sito www.giustizia.it, sezione archivio 2015-2016.

CEDU, esclude che esista un obbligo positivo in capo agli Stati Parte di riconoscere un diritto alla sessualità intramuraria discendente dagli artt. 8 e 12¹⁵. Conclusione, questa, ribadita di recente dalla stessa Corte EDU nel sostenere che le eventuali limitazioni del diritto alla affettività e alla sessualità sono rimesse alla individuazione del legislatore e all'intervento della giurisdizione¹⁶.

Va osservato, tuttavia, che la limitata posizione di favore espressa dalla Corte EDU non è indifferente alle esigenze della popolazione carceraria, in quanto in diverse occasioni ha specificato che, «se è vero che una certa discrezionalità è riconosciuta alle autorità statali quando sono chiamate a decidere sulla questione delle visite familiari, è altrettanto vero però che tali autorità hanno il dovere di assistere i detenuti nella creazione e mantenimento dei legami extra-murari, offrendo in questo modo i mezzi per il reinserimento sociale degli stessi. Ai fini dell'adempimento di tale dovere, occorre che, sul piano interno, le autorità statali forniscano ai detenuti e, se del caso, ai membri delle loro famiglie, una realistica opportunità di esercitare in maniera effettiva il diritto alle visite familiari»¹⁷.

2. Il diritto alla sessualità e l'esercizio del potere amministrativo.

La Corte di Cassazione, nella sentenza n. 36865/2021¹⁸, si sofferma sulla relazione intercorrente tra l'esercizio della potestà amministrativa autoritativa e l'esercizio dei diritti fondamentali, e in particolare sull'impatto e sulle refluenze prodotte da un provvedimento, quello emanato dal DAP, ritenuto limitativo della sfera individuale del detenuto. Si è ritenuto, in particolare, che il diritto alla sessualità, pur essendo una delle manifestazioni dell'ampio *genus* del diritto alla salute, non potesse essere primariamente soddisfatto dalla fruizione di riviste pornografiche da parte del detenuto, in considerazione della natura meramente materiale (e non sostanziale) di tale attività.

A fondamento di tale assunto, i giudici di legittimità hanno addotto la funzione, la complessità e la specificità del regime detentivo speciale, le cui connotazioni indurrebbero l'Amministrazione a non avallare richieste di acquisizioni esterne di riviste o giornali pornografici. L'esigenza di tutela dell'ordine pubblico esterno, oltre che intramurario, sembrerebbe giustificare la limitazione posta ad alcune modalità di esercizio dei diritti fondamentali, se non addirittura al godimento dei diritti stessi.

¹⁵ Tra tutte, Corte EDU, 29 aprile 2003, *Aliiev c. Ucraina*, ricorso n. 41220/98: «Rilevando positivamente i percorsi di riforma in diversi Stati europei tesi al miglioramento delle condizioni detentive attraverso l'agevolazione delle visite coniugali [...], attualmente il rifiuto di tali visite potrebbe ritenersi giustificato da ragioni di prevenzione penale». Nella successiva Corte EDU, 4 dicembre 2007, *Dickson contro Regno Unito*, ricorso n. 44362/04, i giudici ribadiscono che, «mentre la Corte ha espresso approvazione per l'evoluzione in favore delle visite coniugali, essa non ha ancora interpretato la Convenzione in senso tale da affermare che richieda agli Stati Parte di provvedere in merito a tali visite. Di conseguenza è questa un'area in cui gli Stati godono di ampia discrezionalità nella determinazione del percorso da seguire per garantire l'applicazione della Convenzione, con particolare riguardo alle necessità e alle risorse delle comunità nazionali».

¹⁶ Corte EDU, 1 luglio 2021, *Lesław Wójcik c. Polonia*, ricorso n. 66424/09. Nello stesso senso, la Commissione EDU, 22 ottobre 1997, *E.L.H. e P.B.H. c. Regno Unito* (ricorsi n. 32095/96, n. 32568/96). Sul tema, A. Martufi, *Diritti dei detenuti e spazio penitenziario europeo*, Jovene, 2015, p. 106.

¹⁷ Corte EDU, 25 luglio 2013, *Khodorkovskiy e Lebedev c. Russia*, , ricorsi n. 11082/06 e 13772/05.

¹⁸ Cass., Sez. I, 8 giugno 2021, n. 36865.

Nella specie, il DAP presentava ricorso per Cassazione avverso l'ordinanza del Tribunale di Sorveglianza di Roma, con la quale veniva accolto il reclamo avanzato da un detenuto sottoposto al regime di cui all'art. 41 *bis*, comma 2, o.p. Il giudice di merito, premessa la proporzionalità e l'adeguatezza da osservare nell'imposizione delle limitazioni, riteneva la richiesta di abbonamento ad una rivista pornografica ammissibile e coerente con l'esercizio del diritto alla sessualità¹⁹. Osservava, inoltre, che la sottoscrizione dell'abbonamento in questione era conforme alle indicazioni e ai parametri riportati nelle circolari emanate dal DAP²⁰.

Di avviso contrario il DAP, il quale lamentava l'indebita compressione della propria potestà regolamentare, oltre che la violazione di legge. Invero, osservava che la «limitazione delle somme, dei beni e degli oggetti che possono essere ricevuti dall'esterno» è prevista dall'art. 41 *bis*, comma 2 *quater*, o.p., in quanto l'esperienza ha dimostrato che l'ingresso di qualsiasi oggetto potrebbe favorire, anche in via potenziale, la comunicazione e lo scambio di informazione con l'esterno e, quindi, con l'organizzazione criminale di provenienza²¹.

3. Il *decisum* della Corte e le implicazioni giuridiche: l'esercizio del potere amministrativo.

La pronuncia in questione, significativa sotto diversi profili, sembra soffermarsi più sulla valutazione rigorosa della funzione del regime detentivo speciale che sulle conseguenze personali della limitazione. Non può escludersi che la Corte, nell'attribuire rilevanza all'esercizio del potere amministrativo, abbia essa stessa espresso giudizi tipici della discrezionalità tecnica, specie nella parte in cui sostiene che l'autoerotismo è un'accezione in senso lato rispetto tema della sessualità del detenuto²².

Va osservato, inoltre, che il limite che la Corte sembra essersi imposta, consistente nella considerazione delle sole esigenze di ordine e sicurezza pubblica tipiche del regime

¹⁹ Il Tribunale di Sorveglianza ha ritenuto tale richiesta non confliggente con l'art. 18 *ter*, comma 1, o.p., rubricato "limitazioni e controlli della corrispondenza", il quale statuisce che «per esigenze attinenti le indagini o investigative o di prevenzione dei reati, ovvero per ragioni di sicurezza o di ordine dell'istituto, possono essere disposti, nei confronti dei singoli detenuti o internati, per un periodo non superiore a sei mesi, prorogabile per periodi non superiori a tre mesi:

- a) limitazioni nella corrispondenza epistolare e telegrafica e nella ricezione della stampa;
- b) la sottoposizione della corrispondenza a visto di controllo;
- c) il controllo del contenuto delle buste che racchiudono la corrispondenza, senza lettura della medesima».

²⁰ In tal senso, Circolare DAP n. 3676/616 del 2 ottobre 2017.

²¹ L'art. 7 della suddetta circolare, che disciplina l'acquisto di prodotti al cd. sopravvito, consente l'acquisto di generi in vendita nella dispensa del sopravvito indicati nel modello 72, ossia una lista di generi e prodotti distribuiti dalla struttura penitenziaria, vietando l'acquisto di oggetti non espressamente previsti, salvo che circostanze eccezionali non consentano diversamente (previa valutazione della Direzione e sempre che non si tratti di beni di carattere voluttuario e/o tali da manifestare una posizione di potere e supremazia del detenuto/internato).

²² Come si vedrà nel proseguo, al considerando n. 6 la Corte scrive che il tema della sessualità all'interno degli istituti penitenziari attiene ad una questione rimessa alla volontà del legislatore, ritenendo che «l'autoerotismo esula da tale problematica. Anche a volerlo considerare un aspetto della sessualità, nella sua accezione più lata, esso non è impedito dallo stato detentivo. La fruizione di materiale pornografico costituisce uno dei mezzi possibili per la sua migliore soddisfazione, ma non ne costituisce presupposto ineludibile».

detentivo speciale, comporta insufficiente attenzione alla effettiva e concreta portata del diritto alla sessualità²³ in stato detentivo.

Nel pervenire alla suddetta conclusione, viene valorizzata la distinzione tra diritto soggettivo e mere modalità di esercizio dello stesso, al contempo analizzando il rapporto di forza tra l'esercizio dei diritti *in vinculis* e il potere regolamentare del DAP, e tra questo potere e la giurisdizione della magistratura di sorveglianza²⁴. In generale, si afferma la giurisdizione del Tribunale di Sorveglianza solo qualora venga in rilievo la lesione dei diritti soggettivi del detenuto, come tali incisi dall'esercizio arbitrario o illegittimo dei poteri conferiti per legge all'autorità amministrativa²⁵: solo tali contesti sono tutelabili, mediante reclamo, dinanzi alla magistratura di sorveglianza.

Viceversa, premesso che la detenzione implica, di per sé, la limitazione dei diritti fondamentali, la pubblica amministrazione è titolare di un potere regolamentare autonomo, la cui esplicazione è legittima solo ove le misure limitative adottate siano informate a canoni di proporzionalità e ragionevolezza²⁶. In tal caso, l'intervento della magistratura di sorveglianza assume i caratteri della violazione delle norme sulla competenza della pubblica amministrazione: è evidente che non ogni limitazione è giustiziabile in sede di reclamo²⁷, posto che la limitazione di determinate modalità di esercizio del diritto sono «inevitabilmente assoggettate a regolamentazione» e, come tali, «affidate alle scelte discrezionali dell'Amministrazione penitenziaria, in funzione delle esigenze di ordine e di disciplina interne» e, ritenute, quindi, insindacabili dall'autorità giudiziaria ove conformi ai suddetti canoni.

Ancora, la distinzione tra diritto soggettivo e mere modalità di esercizio rileva in relazione alla struttura del giudizio, il quale è articolato in un duplice accertamento: da un lato, il giudice accerta la ricorrenza di una posizione giuridica soggettiva non comprimibile

²³ Il tema delle relazioni affettive intime all'interno delle strutture penitenziarie è stato analizzato da Corte Cost., sentenza 11 dicembre 2012, n. 301.

²⁴ *Ex multis*, Cass., Sez. I, 7 luglio 2020, n. 23533.

²⁵ La Corte scrive di un esercizio del potere amministrativo che provochi «al detenuto o all'internato un attuale e grave pregiudizio». In tal senso, Cass, SS.UU., 26 febbraio 2003, n. 25079 e, di recente, Cass., Sez. I, n. 10348/2021. Conformi, inoltre, alcune pronunce della Corte Costituzionale (Corte Cost., 19 giugno 1997, n. 212, e Corte Cost., 8 febbraio 1999, n. 26, e della giurisprudenza amministrativa (*ex multis*, TAR Piemonte, 7 ottobre 2019, n. 577; TAR Umbria, 17 febbraio 2020, n. 80).

²⁶ L'art. 41 *bis*, comma 2, o.p., infatti, prescrive che le misure ivi previste siano «necessarie per il soddisfacimento delle predette esigenze [di ordine pubblico e sicurezza] e per impedire i collegamenti con l'associazione».

²⁷ La Corte, nel richiamare Cass., Sez. I, 4 dicembre 2020, n. 4030, scrive che si tratta di «misure e provvedimenti che, ove adottati nel rispetto dei fondamentali canoni di ragionevolezza e proporzionalità, incidono legittimamente sulla posizione soggettiva del ristretto, andando ad integrarne l'ambito di autorizzata e lecita compressione».

in stato di detenzione²⁸; dall'altro, si accerta la sussistenza di una condotta illegittima ed imputabile alla pubblica amministrazione²⁹.

Si anticipa che la Corte di legittimità, nell'eseguire il primo accertamento, ha rigettato le conclusioni del giudice di merito in ordine alla portata del diritto alla sessualità, declinato nella fruizione di riviste pornografiche. Quest'ultima modalità è stata ritenuta idonea solo a soddisfare pulsioni di autoerotismo, il quale, tuttavia, assurge solo ad «uno dei mezzi possibili per la sua migliore soddisfazione (cfr., diritto alla sessualità), ma non ne costituisce presupposto ineludibile, sicché non può ragionevolmente affermarsi che, il pratico disconoscimento di una tale eventualità, poggiante sull'assetto e sulle caratteristiche dello speciale regime di detenzione, passi la negazione di un diritto inviolabile della personalità».

3.1. Segue: l'accertamento sulla illegittimità della condotta dell'Amministrazione Penitenziaria.

Preliminarmente all'accertamento della presunta illegittimità della condotta del DAP, la Corte si sofferma sulla ratio e sulla natura dei poteri riconosciuti, per legge, alla suddetta struttura dipartimentale. Si tratta di un'annosa questione oggetto del dibattito sorto intorno alla problematica della giurisdizione in materia di lesione dei diritti dei detenuti, oggi attribuita alla magistratura di sorveglianza dalla legge sull'ordinamento penitenziario³⁰.

Una delle ragioni del rigetto della richiesta di abbonamento ad una rivista pornografica andrebbe rinvenuta, secondo la Corte, nell'esercizio dei poteri che la legge riconosce al Ministro della Giustizia³¹ e al DAP nell'ambito del regime di detenzione

²⁸ Si tratta di un accertamento che tiene conto della natura della posizione giuridica soggettiva attivata, in considerazione anche della circostanza per cui «è principio di civiltà giuridica che al condannato sia riconosciuta la titolarità di situazioni soggettive attive, e garantita quella parte di personalità umana, che la pena non intacca. Tale principio è accolto nel nostro ordinamento: nell'art. 27, comma terzo, Cost.». Ed infatti, «chi si trova in stato di detenzione, pur privato della maggior parte della sua libertà, ne conserva sempre un residuo che è tanto più prezioso in quanto costituisce l'ultimo ambito nel quale può espandersi la sua personalità individuale» (Corte Cost., n. 349/1993). Conformi anche Corte Cost, 20 febbraio 2019, n. 99 e Corte Cost. 25 luglio 1979, n. 114, oltre che Corte Cost., 6 novembre 1991, n. 414.

²⁹ Questa conclusione è stata avallata anche di recente dalla giurisprudenza di legittimità, la quale, nella sentenza n. 23553/2020, ha sostenuto che l'accertamento di una condotta illegittima della p.a. deve basarsi su elementi di lampante evidenza, tal da ritenere che «la carenza delle condizioni di legge deve essere rilevabile *ictu oculi*, non deve comportare valutazioni discrezionali, né valutazioni negative fondate su argomentazioni complesse o rese opinabili da possibili differenti ricostruzioni della situazione di fatto posta a base della richiesta».

³⁰ Il legislatore è intervenuto con il D.L. n. 146/2013, introducendo nella legge sull'ordinamento penitenziario gli artt. 35 *bis* e 69, i quali, rispettivamente, disciplinano il procedimento per reclamo e il giudizio di ottemperanza. La magistratura di sorveglianza, invero, è stata individuata quale «unico giudice specializzato per la gestione delle posizioni giuridiche soggettive dei detenuti in contesto di detenzione, proprio per la specifica funzione di detta magistratura e la particolare e bilanciata valutazione che le eventuali problematiche richiedono in ottica di gestione della pena». In tal senso, la giurisprudenza costituzionale (Corte Cost., 19 giugno 1997, n. 212 e Corte Cost., 8 febbraio 1999, n. 26) e la giurisprudenza amministrativa (*ex multis*, TAR Piemonte, 7 ottobre 2019, n. 577; TAR Umbria, 17 febbraio 2020, n. 80).

³¹ Per espressa previsione normativa (art. 41 *bis*, comma 2, o.p.), il Ministro della Giustizia, in presenza di delitti di cui all'art. 4 *bis* o di un delitto che sia stato commesso avvalendosi delle condizioni o al fine di agevolare l'associazione di tipo mafioso, e ricorrendo elementi che facciano ritenere il collegamento con un'associazione criminale, terroristica o eversiva, ha la facoltà di sospendere l'applicazione delle regole di trattamento.

speciale. Tra questi poteri, il comma 2 dell'art. 41 *bis* o.p. annovera anche quello di limitare l'ingresso di somme, beni e oggetti di vario tipo, che trova una più compiuta disciplina nelle circolari dipartimentali: tra queste, la circolare del 2 ottobre 2017³² appresta un'apposita regolamentazione dell'acquisizione e della circolazione dei libri, riviste e stampe.

Desta particolare interesse la circostanza per cui la disciplina legislativa si combina e viene integrata da una fonte secondaria, nella specie il decreto del Ministro della Giustizia, e da singoli provvedimenti dell'amministrazione penitenziaria, appunto le circolari. Quest'ultime rappresentano una particolare tipologia di atti interni che, a differenza del *genus* delle circolari amministrative, non vincolano solo il comportamento degli organi operativi e dei dipendenti dell'amministrazione, ma incidono notevolmente sulle posizioni giuridiche soggettive dei detenuti e degli internati.

Il tema è stato oggetto di dibattito in dottrina e in giurisprudenza di legittimità anche prima della riforma del 2013, a seguito della quale gli artt. 35 *bis* e 69 o.p. riconoscono al magistrato di sorveglianza il dovere di pronunciarsi sui reclami presentati dai detenuti, giudicando anche della osservanza o meno della legge e dei regolamenti da parte dell'Amministrazione penitenziaria. Si è osservato, invero, che l'ambito dei poteri regolamentari, pur essendo stato oggetto di parziale disciplina legislativa³³, tuttavia, presenta dei margini lasciati alla libera determinazione dell'Amministrazione penitenziaria, con riferimento ai quali trova applicazione il c.d. criterio del potere non espresso.

La dottrina ritiene, al riguardo, che tale criterio elude il principio di legalità sostanziale, in quando si rileva che, «indipendentemente da una espressa presa di posizione del legislatore, l'autorità amministrativa possa adottare qualsiasi mezzo in vista del perseguimento delle specifiche finalità connesse all'interesse pubblico affidatole in cura. In simile, non condivisibile, prospettiva, si muovono prassi amministrative che – spesso in forma non intenzionale – sembrano ricorrere al “criterio del potere non espresso, ma esercitato per coerenza con il fine o per esigenze di risultato»³⁴.

In tal senso, le circolari del DAP, nel delineare e nel riempire di contenuto i divieti e le prescrizioni previste dall'art. 41 *bis* o.p.³⁵, talvolta, sembrerebbero essere informate al

³² La circolare ha ad oggetto l'Organizzazione del circuito detentivo speciale previsto dall'art. 41 bis O.P., le cui disposizioni «riguardano le modalità di contatto dei detenuti e degli internati sottoposti al regime tra loro e con la comunità esterna, con particolare riferimento ai colloqui con i minori; al dovere in capo al Direttore dell'istituto di rispondere entro termini ragionevoli alle istanze dei detenuti; alla limitazione delle forme invasive di controllo dei detenuti ai soli casi in cui ciò sia necessario ai fini della sicurezza; alla possibilità di tenere all'interno della camera detentiva libri ed altri oggetti utili all'attività di studio e formazione; alla possibilità di custodire effetti personali di vario genere, anche allo scopo di favorire l'affettività dei detenuti ed il loro contatto con i familiari».

³³ Sul tema, G.M. Napoli, *Il principio di legalità dell'azione amministrativa nell'esecuzione penitenziaria*, in *Archivio Penale*, 1, gennaio-aprile 2016, pp. 37, fa notare che, «rispetto alla precedente impostazione – caratterizzata dall'assenza di fondamento legislativo – infatti, l'attenzione è stata spostata dalla dimensione soggettiva, in cui risultava dominante la posizione di “supremazia” dell'Amministrazione penitenziaria, ad una dimensione incentrata esclusivamente sull'attività amministrativa, il cui carattere tipico è ravvisabile unicamente nella cura di predeterminati interessi».

³⁴ G.M. Napoli, *Il principio di legalità*, cit.

³⁵ L'esempio di questa modalità di intervento si rinviene nell'ipotesi del controllo della corrispondenza epistolare tra detenuti sottoposti al regime di sospensione delle ordinarie regole del trattamento, ex art. 41-*bis*, comma 2, o.p., la quale attività, e conseguente limitazione, si ritiene tragga origine dalla previsione generica delle esigenze di ordine pubblico, di sicurezza e di impedimento dei contatti tra detenuti pericolosi alleati/antagonisti.

suddetto criterio, facendo derivare dai “gravi motivi di ordine pubblico” e di “sicurezza pubblica” l’impiego di qualsivoglia mezzo idoneo a soddisfarle. L’adesione al principio di legalità sostanziale, invece, impone al legislatore l’individuazione dei fini e una più marcata delimitazione dell’ambito di operatività della discrezionalità amministrativa, delineandone i contenuti e le modalità di esercizio, specie con riferimento allo stato di detenzione e, ancor di più, al regime detentivo speciale.

Traccia della problematica esposta, si rinviene nella formulazione dell’art. 41 *bis*, comma 2 *quater*, lettera a), o.p., che, nel richiedere l’adozione di misure di elevata sicurezza interna ed esterna, pone quali finalità la «necessità di prevenire contatti con l’organizzazione criminale di appartenenza o di attuale riferimento, contrasti con elementi di organizzazioni contrapposte, interazione con altri detenuti o internati appartenenti alla medesima organizzazione ovvero ad altre ad essa alleate»: si indicano, infatti, solo i fini e si prescrive una generica adozione di provvedimenti per soddisfare tali esigenze³⁶. Allo stesso modo, potrebbe concludersi se si considera la lettera c), che impone l’adozione di provvedimenti atti ad impedire la «limitazione delle somme, dei beni e degli oggetti che possono essere ricevuti dall’esterno».

Malgrado queste criticità, nelle ipotesi di esercizio non ragionevole della discrezionalità amministrativa sono previsti dei correttivi, individuati nel controllo giurisdizionale in sede di reclamo, ex artt. 35 *bis* e 69 o.p., e nella osservanza del canone di proporzionalità nella predisposizione e nell’adozione delle misure³⁷. Con riferimento a quest’ultimo, si impone che le misure limitative, ex art. 41 *bis* o.p., siano “necessarie” per soddisfare le esigenze indicate dalla legge e, al contempo, siano strettamente circoscritte nel tempo: in virtù del canone della necessità, l’Amministrazione penitenziaria è espressamente gravata da un obbligo di agire nel rispetto del minor sacrificio possibile dei diritti dei singoli, dovendo tenere a mente il fine del più adeguato soddisfacimento delle esigenze di sicurezza collettiva.

A corroborare questa conclusione, si richiamano i preamboli di alcune delle circolari emanate dal DAP, nelle quali sovente si precisa che l’obiettivo del regime detentivo speciale viene raggiunto «attraverso le prescrizioni contenute nella norma (*rectius*, art. 41 *bis* o.p.), rese operative in concreto con il provvedimento ministeriale, la cui corretta attuazione non può prescindere da una valutazione della funzione alla quale sono legate. L’attuazione delle disposizioni ministeriali o non sono volte a punire e non devono determinare un’ulteriore afflizione, aggiuntiva alla pena già comminata, per i soggetti sottoposti al regime detentivo in esame»³⁸. È evidente, dunque, che a fronte

³⁶ G.M. Napoli, *Il principio di legalità*, cit., il quale aggiunge che la norma in questione «fissa con precisione i fini, ma nulla dice in ordine ai mezzi per perseguirli, ragion per cui da esso non può farsi discendere alcun conferimento di potere all’Amministrazione penitenziaria». Allo stesso modo deve ritenersi con riguardo alla lettera f del comma 2 *quater*, che prefigge l’obiettivo «dell’assoluta impossibilità di comunicare tra detenuti appartenenti a diversi gruppi di socialità, di scambiare oggetti e cuocere cibi», tuttavia, senza delineare alcun potere o mezzi per l’esercizio.

³⁷ G.M. Napoli, *Il principio di proporzionalità nell’esecuzione penitenziaria. Poteri amministrativi autoritativi e diritti della persona detenuta*, in *Dir. pen. cont.*, 2015.

³⁸ In tal senso, A. Pugiotto, *Della castrazione di un diritto*, cit., che ritiene ricorrente la lesione del principio della legalità della pena, in quanto ciò «accade per tutti i detenuti cui è indistintamente negato il diritto alla sessualità intramuraria, in ragione di un’organizzazione penitenziaria che – se diversamente normata, come pure è possibile e come già accade in altri paesi – consentirebbe di annullare tale permanente proibizione, frutto

dell'ampiezza dei poteri discrezionali riconosciuti all'Amministrazione penitenziaria, spesso ritenuti in contrasto con il principio di legalità sostanziale, gli operatori tentino di informare l'attività amministrativa a canoni di adeguatezza (ad esempio, evitando una ulteriore afflizione), riconoscendo al detenuto il ricorso alla magistratura di sorveglianza qualora, in presenza dell'inosservanza di disposizioni previste dalle legge sull'ordinamento penitenziario e dal regolamento di esecuzione penale, si verifichi un attuale e grave pregiudizio all'esercizio dei diritti del detenuto o dell'internato.

La Corte, cosciente di questa evoluzione, nella sentenza in questione ha ribadito che al DAP compete un potere regolamentare per la concreta applicazione delle restrizioni; potere che è legittimo se ricorrono tre condizioni: 1) rispetto dei principi generali dell'ordinamento; 2) applicazione coerente e non gravosa dello speciale trattamento (c.d. canone della necessità dell'intervento); 3) evitare la compressione dei diritti costituzionalmente garantiti del detenuto (c.d. canone della proporzionalità)³⁹.

Orbene, con riferimento alla fruizione delle riviste pornografiche, i giudici di legittimità hanno ritenuto legittimo il diniego perché conforme ai principi generali dell'ordinamento e al canone di necessità dell'intervento e, quindi, rispondente ad esigenze di grado superiore; al contempo, detto diniego non comprime eccessivamente i diritti fondamentali del detenuto o internato, posto che l'uso delle riviste pornografiche (il c.d. autoerotismo) non costituisce diritto soggettivo ma solo una mera modalità di esercizio del diritto medesimo, come tale passibile di limitazione.

I provvedimenti adottati in virtù della lettera c) del comma 2 *quater*, come visto, sono oggetto della circolare dipartimentale del 2 ottobre 2017, con la quale il DAP ha aggiornato la disciplina in materia di acquisizione e circolazione di libri, riviste e stampa. Nell'intento di adeguare le limitazioni ai suddetti canoni, ha previsto la possibilità di usufruire di qualsiasi tipo di stampa autorizzata (quotidiani, riviste, libri), che possa essere acquistato solo nell'ambito dell'istituto, tramite l'impresa di mantenimento o il personale delegato dalla Direzione. Inoltre, è vietata la ricezione di libri e riviste provenienti dall'esterno, e in particolare dai familiari, sia a mezzo pacco postale sia tramite consegna in occasione dei colloqui, così come la trasmissione all'esterno di tale materiale da parte del detenuto⁴⁰.

Questa disciplina, dunque, non preclude al detenuto o all'internato in regime detentivo speciale il diritto alla lettura, allo studio o ad essere informati in quanto, malgrado le limitazioni poste all'accesso esterno, possono comunque usufruire delle riviste e dei libri interni alla struttura carceraria o acquistati con il patrocinio del DAP o dell'impresa di mantenimento⁴¹.

dunque di una scelta normativa (illegittima) e non di un'inevitabile situazione di fatto». La forzata astinenza sessuale inframuraria rivela così i tratti di una vera e propria pena accessoria «che attualmente si infligge ai detenuti uomini e donne, giovani o adulti, coniugati o meno in conseguenza automatica della esecuzione della condanna alla pena detentiva».

³⁹ V. il considerando n. 4. In tal senso anche altre pronunce, tra tutte Cass., Sez. I, n. 4030/2020.

⁴⁰ V. Circolare dipartimentale del 2 ottobre 2017, artt. 7.2, secondo paragrafo, e 11.6, sesto paragrafo; art. 7.2, quarto paragrafo, e 11.6, quinto paragrafo.

⁴¹ La suddetta disciplina – rileva la Corte – ha superato il vaglio di costituzionalità nella sentenza n. 122/2017 della Corte Costituzionale, nella quale è stato sancito che ai detenuti in regime speciale non è preclusa la possibilità di ricevere e tenere con sé le pubblicazioni di loro scelta non fosse, in quanto agli stessi è

Ed è proprio richiamando questa disciplina generale che la Corte avalla le argomentazioni dell'Amministrazione penitenziaria, negando il sindacato sostitutivo del giudice di merito e riespandendo la sfera discrezionale del DAP, salvo «il vaglio di razionalità e congruenza delle scelte operate». In primo luogo, valorizzando la portata generale della disciplina medesima, annovera la fruizione delle riviste pornografiche nell'ambito del mero accesso alle riviste, ai libri e alle stampe: in altri termini, le uniche riviste pornografiche accessibili potrebbero essere quelle eventualmente previste dal "modello 72", ossia dalla c.d. lista di sopravvitto in cui sono indicati i quotidiani, le riviste e le stampe accessibili ai detenuti o internati⁴².

Come si vedrà nel proseguo, tuttavia, questa argomentazione risulta fallace quando viene in rilievo il diritto fondamentale alla sessualità e alla affettività dei detenuti o degli internati in regime di detenzione speciale, i quali, a differenza degli altri detenuti, sono soggetti a restrizioni più incisive rispetto alla possibilità di incontro e di congiungimento familiare. Pur essendo due attività materialmente equiparabili, quella della fruizione delle riviste pornografiche si differenzia dal mero accesso alle riviste comuni per una serie di conseguenze sulla sfera personale del detenuto, che non possono non essere oggetto di considerazione o essere meramente ricondotte a problematiche organizzative, come avviene nell'ipotesi di difficoltà di approvvigionamento o reperimento del prodotto sul mercato⁴³.

In secondo luogo, si sostiene che il relativo diniego sia conforme alla massima di esperienza, per cui «libri, giornali e stampa in genere [sono] molto spesso usati dai ristretti quali veicoli per comunicare illecitamente con l'esterno, [...] ricevendo o inviando messaggi in codice [...] che da un lato non interrompono (ma possono anche alimentare) le comunicazioni di tipo criminale, dall'altro costituiscono concreti pericoli per l'ordine interno degli istituti». Le prescrizioni imposte, quindi, sarebbero legittime perché, prevenendo ed impedendo comportamenti elusivi dei detenuti in regime speciale, tutelano ugualmente il loro diritto allo studio, alla lettura e all'informazione; si evita, in particolare, che i detenuti o gli internati siano destinatari di «annunci e messaggi privati, gratuiti o a pagamento, nonché inserzioni pubblicitarie a sfondo sessuale, dietro i quali abilmente nascondere messaggi criptici, di non agevole identificazione, pregiudizievoli per l'ordine e la sicurezza pubblica».

4. Diritto alla sessualità e rapporto con il regime detentivo speciale (ex art. 41 bis o.p.): esiste una soluzione al paradosso?

«semplicemente imposto di servirsi, per la relativa acquisizione, dell'istituto penitenziario, al fine di evitare che il libro o la rivista si trasformi in un veicolo di comunicazioni occulte con l'esterno». La Consulta opera un bilanciamento tra due contrapposte esigenze, rilevando come l'una e l'altra sono soddisfatte, senza eccessiva compromissione dei diritti fondamentali.

⁴² Con riferimento alla fruizione degli stampati previsti dal modello 72, la Corte ha richiamato i principi di diritto sanciti dalla giurisprudenza costituzionale, per cui il sopravvitto deve essere svolto mediante un servizio efficiente, assicurando «in concreto che le riviste e gli stampati giungano ai detenuti destinatari in un tempo ragionevole». Il magistrato di sorveglianza potrà, tuttavia, esercitare un controllo sulla procedura.

⁴³ Al considerando n. 6, i giudici di legittimità scrivono che «l'impresa di mantenimento non poteva garantire il loro approvvigionamento, per la difficile reperibilità del prodotto sul mercato delle edizioni cartacee, dovuto al sopravvento delle tecnologie digitali, e per l'assenza di significativa domanda da parte della popolazione detenuta».

Maggiori difficoltà si riscontrano con riferimento ai detenuti o agli internati sottoposti al regime detentivo speciale, perché finalizzato a neutralizzare i contatti con le organizzazioni criminali di appartenenza: in tal senso, gli unici contatti con l'esterno sono quelli con i familiari, sottoposti a costante controllo visivo ed auditivo. Le ragioni di sicurezza e di prevenzione impedirebbero, quindi, il riconoscimento di uno spazio in cui poter esercitare, senza controlli, il diritto alla sessualità.

Ciò nonostante, la condizione di ristretto non può comportare la negazione o la compressione di un diritto fondamentale del singolo, quale appunto la sessualità, dovendo l'interprete riflettere sul bilanciamento delle contrapposte esigenze⁴⁴. Invero, bisogna interrogarsi su quali siano le modalità di esercizio del diritto idonee a non compromettere le finalità del regime detentivo: possono ammettersi forme piene o forme sublimati di esercizio?

Se le prime si pongono in aperto contrasto con le esigenze di prevenzione, appare allora coerente opinare per una o più forme sublimati di esercizio del diritto, ammettendo modalità che esulano dal contatto fisico e che consentono al detenuto o all'internato di soddisfare, anche se in modo mediato, l'esigenza primaria. Tra queste, potrebbe annoverarsi anche l'autoerotismo, esercitato proprio con la fruizione delle riviste pornografiche.

Benché questa soluzione rappresenti, allo stato, quella più conforme al bilanciamento suddetto, la Corte ha scelto la via più rigorista nel valorizzare le mere ragioni organizzative: si evincono, da un lato, la difficoltà o l'impossibilità a reperire le riviste, dall'altro, la scarsa funzionalità ed onerosità di meccanismi di censura del materiale pornografico in ingresso.

Questa conclusione si espone a rilievi critici, in primo luogo, perché contravviene al principio asserito dalla stessa Corte, ossia che le limitazioni del regime detentivo speciale non devono costituire una inutile compressione dei diritti fondamentali: impedire la fruizione delle riviste pornografiche significa negare la titolarità stessa del diritto alla sessualità, inteso quale specificazione del più generale diritto alla salute. Una compressione non strettamente necessaria alla esigenza di ordine e di sicurezza, che acquisisce un valore afflittivo ulteriore rispetto alla privazione della libertà personale⁴⁵.

In secondo luogo, non coglie nel segno la dedotta scarsa funzionalità ed onerosità dei meccanismi di controllo, in quanto l'Amministrazione penitenziaria, malgrado la complessità dell'attività richiesta, è nelle condizioni di intraprendere le soluzioni più idonee ad impedire la comunicazione di messaggi criptici. Nell'esercizio razionale della propria discrezionalità, essa potrebbe indicare al detenuto o all'internato una modalità piuttosto che un'altra per l'esercizio del diritto, anche individuando uno strumento diverso dalle mere riviste.

⁴⁴ Nella sentenza n. 301/2012, la Consulta scrive, infatti, che «l'asserita necessità costituzionale di rimuovere tale conseguenza (l'ostacolo all'esplicazione del diritto alla sessualità) non giustificherebbe la caduta di ogni forma di sorveglianza sulla generalità dei colloqui».

⁴⁵ In tal senso, Corte Cost., 3 giugno 2013, n. 135.

La Corte si è limitata a negare rilievo al meccanismo di controllo di cui all'art. 18 *ter* o.p., valorizzando, per un verso, il grado elevato di discrezionalità riconosciuto al DAP in tema di regime detentivo speciale e, per altro verso, le disposizioni della circolare del 2017 che stabiliscono l'accesso alle sole riviste autorizzate dall'Amministrazione e a quelle indicate nel modello 72.

Di contro, può osservarsi che gli artt. 41 *bis*, comma 2 *quater*, lettera e), o.p., e 18.1 della suddetta circolare prevedono la generale sottoposizione a visto di censura della corrispondenza del detenuto/internato, da esercitare per il tramite di un visto di controllo e, quindi, di un esame dello scritto; dispositivo che può essere applicato in senso estensivo anche alla fruizione della rivista pornografica. Ed infatti, così come avviene in relazione all'acquisto dei giornali (ex art. 7.2 della circolare), anche con riferimento alle riviste in questione potrebbe ammettersi il dovere dell'Amministrazione penitenziaria di segnalare all'autorità giudiziaria l'eventuale situazione di pericolo connessa all'acquisto o alla ricezione della rivista medesima: se il giudice avalla la richiesta del detenuto o dell'internato, l'Amministrazione sarà tenuta, prima della consegna della stampa o della rivista, al relativo visto di controllo, trattenendo le pagine sospette e sottoponendole all'attenzione del giudice.

A corroborare questa conclusione può richiamarsi, inoltre, l'art. 19 della circolare, rubricato "acquisto di quotidiani", nella parte in cui ammette l'acquisto e l'abbonamento di stampe per il tramite dell'Amministrazione penitenziaria, tuttavia, vietando l'acquisto dei quotidiani locali, indipendentemente dalla provenienza geografica dei detenuti/internati e previo intervento dell'autorità giudiziaria⁴⁶. Pertanto, l'unico divieto assoluto è previsto con riferimento ai soli quotidiani locali e ai giornali e riviste provenienti dai familiari o con pacchi postali, prevedendo in tutte le restanti ipotesi l'intervento dell'Amministrazione penitenziaria nel reperimento della stampa o giornale richiesto dal detenuto o dall'internato.

E allora, se da un lato il DAP favorisce il diritto all'informazione, allo studio e alla lettura, concedendo anche l'acquisto o la ricezione di giornali e riviste dall'esterno e, dall'altro, pone un divieto circoscritto nei confronti di determinate stampe e determinati mittenti (esempio, i familiari), allora, non si comprende la ragione vera per cui debba essere rigettata la richiesta del detenuto di fruire di una rivista pornografica. Se il diritto alla sessualità assurge a diritto fondamentale, deve ritenersi che l'Amministrazione penitenziaria, mediante la procedura prevista dall'art. 7.1 della circolare e dal modello 72, e previa comunicazione all'autorità giudiziaria, possa procedere all'acquisto esterno e alla sottoscrizione dell'abbonamento alla rivista a favore del detenuto, senza l'intervento di quest'ultimo o dei familiari e a prescindere dai dedotti oneri di controllo⁴⁷.

⁴⁶ La ratio del divieto di acquisto dei quotidiani locali dell'area geografica di appartenenza si rinviene nell'esigenza di impedire che i detenuti o internati possano tenersi informati sulle vicende connesse al *clan* criminale ovvero per verificare l'avvenuta esecuzione dei propri ordine veicolati all'esterno. Infatti tali quotidiani spesso offrono una dettagliata descrizione degli episodi di cronaca. È avvenuto, inoltre, che alcuni detenuti/internati cui è stata inibita la lettura dei quotidiani contenente cronaca locale, abbiano cercato di aggirare le restrizioni imposte, servendosi di altri soggetti appartenenti allo stesso gruppo di socialità per i quali non vi era analogo divieto da parte della competente Autorità giudiziaria.

⁴⁷ Si consideri, inoltre, che l'acquisto o l'abbonamento avverrebbe da parte dell'Amministrazione, la quale opera in totale autonomia, rivolgendosi a soggetti del tutto estranei al circuito criminale e al territorio di provenienza del detenuto o internato.

In altri termini, da un divieto circoscritto a determinate ipotesi viene tratta una limitazione più generale: si impedisce l'acquisto, la ricezione o l'abbonamento ad una rivista pornografica come se, per un verso, vi dovesse provvedere direttamente il detenuto, i familiari o i soggetti esterni e, per altro verso, la rivista giungesse dalla stessa zona geografica in cui il soggetto criminale operava. Contrariamente a ciò, infatti, il DAP gode di strutture e mezzi idonei ad impedire, nell'ambito della propria attività, le interferenze ed influenze da parte di soggetti esterni al circuito penitenziario.

Il profilo più interessante attiene, però, alla considerazione che la Corte esprime nei confronti della fruizione delle riviste pornografiche, quale manifestazione del diritto alla sessualità in senso lato; in particolare, l'autoerotismo non costituirebbe presupposto ineludibile per il soddisfacimento del suddetto diritto. Questa conclusione merita di essere censurata, non tanto perché l'autoerotismo potrebbe rappresentare l'unica forma di esercizio del diritto, quanto piuttosto perché sembra non tenere in considerazione la condizione personale chi è sottoposto al regime di cui all'art. 41 *bis* o.p. Si tratta di un soggetto che incorre in limitazioni penetranti delle facoltà di autodeterminazione: se al detenuto comune è ammesso svolgere o usufruire di limitati spazi di libertà, al detenuto in regime speciale, invece, ogni movimento è oggetto di restrizioni notevoli.

Se il regime detentivo speciale non può costituire ulteriore afflizione rispetto alla pena da espiare, allora, non può ritenersi legittima la preclusione alla fruizione di una rivista pornografica, quale negazione di un diritto fondamentale, tenuto conto anche della evidente disparità di trattamento rispetto ad altri detenuti⁴⁸: è vero che le ragioni di sicurezza giustificano un inasprimento del regime, ma è altrettanto vero che l'ordinamento deve apprestare mezzi idonei a garantire, anche se in misura effimera, sublimata o relativa, il diritto alla affettività e alla sessualità.

In tal senso, se il ragionamento operato dal giudice di legittimità si muove entro i limiti del sindacato sull'esercizio della discrezionalità tecnica da parte dell'Amministrazione penitenziaria⁴⁹, tuttavia, entra in crisi nel momento in cui opera valutazioni più di ordine psico-fisico che giuridico. Sostenere, infatti, che l'autoerotismo integra un'accezione lata del diritto alla sessualità, significa concludere, aprioristicamente, per il diniego dell'unica modalità di esercizio del diritto medesimo da parte del detenuto in regime speciale, posto che sono vietati i contatti fisici.

Seguendo questo ragionamento, si pone nel dubbio la considerazione, avallata dalla Corte, per cui «l'inibizione all'ingresso in istituto di riviste per soli adulti, da quel regime implicato [...] non frustra, sotto l'aspetto considerato, alcun diritto fondamentale di rilevanza costituzionale, venendo semmai ad incidere solo sulle concrete modalità di esercizio del diritto stesso» se, allo stato, la fruizione delle riviste pornografiche appare l'unica modalità possibile di esercizio del diritto alla sessualità, allora, l'inibizione in questione assurge a vera e propria negazione di un diritto inviolabile della persona.

⁴⁸ Basti pensare alla possibilità che hanno i detenuti comuni di appendere, sui muri della cella, poster o immagini.

⁴⁹ Come ha più volte chiarito il Consiglio di Stato, da ultimo nel parere del 30 novembre 2020, n. 1958, «in caso discrezionalità tecnica il sindacato del giudice amministrativo, essendo pur sempre un sindacato di legittimità e non di merito, è limitato al riscontro del vizio di illegittimità per violazione delle regole procedurali e di quello di eccesso di potere per manifesta illogicità, irrazionalità, irragionevolezza, arbitrarietà ovvero se fondato su di un altrettanto palese e manifesto travisamento dei fatti».

Inoltre, il rischio che si corre è quello di contrastare, rispettivamente, con i principi della universalità dei diritti, di cui all'art. 4 o.p., e con quello c.d. dell'individualizzazione, di cui all'art. 13 o.p., il quale prevede che il trattamento e la rieducazione devono determinarsi in modo individualizzato, rispondendo «ai particolari bisogni della personalità di ciascun soggetto». Così facendo, il rischio che si corre è quello per cui il trattamento assuma una connotazione sempre meno individualizzata, prescindendo dalla considerazione della situazione e dei bisogni personali del detenuto o dell'internato, cui viceversa la più volte citata circolare dipartimentale è diretta.

Per concludere, diverse sono le ragioni di ordine pratico ed etico che inducono l'ordinamento a negare il riconoscimento del diritto alla sessualità del detenuto⁵⁰; tuttavia, non può non tenersi conto della rapida evoluzione giuridica che ha interessato ed interessa il regime detentivo speciale, inaugurato dalla Corte Costituzionale nel senso di "umanizzare" le condizioni di chi vi è sottoposto ed incentivarne una eventuale collaborazione con la giustizia.

L'esclusione dei soggetti ristretti al regime di cui all'art. 41 *bis* o.p. dall'esercizio del diritto, comporta l'esito paradossale del riconoscimento di un diritto soggettivo assoluto ad ogni individuo ristretto, sia pure con delle limitazioni, ma il cui esercizio è concesso solo ad una parte della popolazione carceraria⁵¹. Ed infatti, come rilevato da autorevole dottrina⁵², il vuoto normativo provocherebbe delle interferenze con i principi generali della Costituzione, in particolare con il principio di legalità delle pene, con la libertà di disporre del proprio corpo, con il diritto alla salute (individuale e collettivo) e la dignità personale del detenuto, al contempo, integrando gli estremi di un «illegittimo ostacolo alla risocializzazione» e, quindi, un vero e proprio fattore desocializzante⁵³.

In definitiva, sembra che il detenuto sia considerato non quale titolare di diritti soggettivi, bensì di interesse legittimo. È vero che in materia detentiva non è dato distinguere tra diritto soggettivo ed interesse legittimo per attivare la tutela del giudice di sorveglianza⁵⁴, ma è altrettanto vero che il libero esercizio del potere amministrativo nell'individuazione dei mezzi comporta una degradazione del diritto alla sessualità del detenuto in una posizione di mero interesse legittimo, comprimibile in modo variabile dall'Amministrazione penitenziaria a seconda degli interessi pubblici da soddisfare. Questa è una conclusione non conforme ai principi generali: vi sono diritti fondamentali

⁵⁰ La dottrina ha individuato, anzitutto, le ragioni di ordine pratico, in quanto si assiste alla mancanza degli spazi, alla difficoltà nell'espletamento degli ordinari controlli. Quanto alle ragioni etico-morali, si rileva la difficoltà di garantire il diritto alla sessualità ai detenuti celibi e stranieri, cui si aggiungono le problematiche relative alla questione delle malattie sessualmente trasmissibili, alla procreazione, alla distribuzione di preservativi. In tal senso, L. Cuppari, *"Amore sbarrato"*, cit.

⁵¹ In questo senso è stata auspicata la modifica dell'art. 18 *ter* o.p. proposta dalla commissione di esperti istituita in seno agli Stati Generali dell'Esecuzione penale del 2016.

⁵² A. Pugiotto, *Della castrazione di un diritto*, cit..

⁵³ A. Pulvirenti, *Diritti del detenuto e libertà sessuale*, in *Annali del Seminario giuridico*, Università di Catania, 2001.

⁵⁴ In tal senso, alcune pronunce della Corte Costituzionale (n. 212/1997, n. 26/1999) e della giurisprudenza amministrativa (*ex multis*, TAR Piemonte, 7 ottobre 2019, n. 577; TAR Umbria, 17 febbraio 2020, n. 80). Le Sezioni Unite, 26 febbraio 2003, n. 25079 e, di recente, Cass., Sez. I, n. 10348/2021, hanno precisato che la tutela del detenuto «resterebbe irrimediabilmente depotenziata ove non fosse attribuito all'interessato il potere di azionare la giurisdizione proprio al fine di denunciare la violazione delle posizioni soggettive ricollegabili alle concrete modalità attuative del trattamento da parte della amministrazione penitenziaria».

che non possono essere negati da provvedimenti amministrativi, né tantomeno essere degradati ad interessi legittimi o a meri interessi⁵⁵; al più, sono suscettibili di essere bilanciati con altri interessi, magari ritenuti anch'esso di rango primario⁵⁶.

Il fronte della tutela non può che essere individuato nella giurisdizione della magistratura di sorveglianza, una volta abbandonata la concezione che limitava il sindacato alle sole lesioni non derivanti da decisioni assunte dall'Amministrazione penitenziaria nell'esercizio dei suoi poteri discrezionali. Se si sostiene che le disposizioni sui controlli operati sui detenuti (art. 18 *ter* o.p.) «non escludono forme ulteriori di limitazione che discendano dalla sottoposizione al regime di cui all'art. 41 *bis* O.P.», il quale assume valenza di norma speciale derogatoria, tuttavia, non può non apprestarsi una tutela effettiva, anche minima, in caso di compressione non necessaria di un diritto ritenuto fondamentale, quale quello alla affettività e alla sessualità.

Ed allora, se l'art. 41 *bis* o.p. impone limitazioni ritenute necessarie, può opinarsi per la legittimità dell'esercizio del potere amministrativo solo ove, in virtù del canone del minor sacrificio possibile, viene lasciato impregiudicato o parzialmente limitato l'esercizio del diritto alla sessualità, nella specie la fruizione delle riviste pornografiche. Viceversa, se a fronte della limitazione si innesta la negazione o la compressione non necessaria del diritto, senza che sia garantito quel grado minimo di tutela, la lesione non può che rilevare sotto il profilo della sproporzione, dell'irragionevolezza e della incongruenza, riconoscendo al giudice la possibilità di sostituirsi direttamente all'Amministrazione penitenziaria.

⁵⁵ F. Fiorentin, *Lesioni dei diritti dei detenuti conseguenti ad atti e provvedimenti dell'amministrazione penitenziaria*, in *Giur. mer.*, 2010, p. 2810. La qualifica di mero interesse renderebbe non tutelabile la posizione del detenuto dinanzi al giudice di sorveglianza. Sul tema, S. Talini, *Diritto inviolabile o interesse cedevole? affettività e sessualità dietro le sbarre (secondo la sentenza n. 301 del 2012)*, in *Diritto penitenziario e costituzione*, n.10/2013, pp. 1089 ss., si pone l'interrogativo circa la qualificazione del diritto all'affettività in termini di diritto soggettivo o di mero interesse cedevole.

⁵⁶ Qualche autore (L. Maruotti, *Questioni di giurisdizione ed esigenze di collaborazione tra le giurisdizioni superiori*, in *Giustizia Amministrativa*, 2012), per sopperire alla superata teoria della degradazione dei diritti soggettivi, sostiene che, quando a fronte dell'esercizio del potere pubblico si innesta un diritto fondamentale del singolo, può parlarsi di interesse legittimo fondamentale, ossia di bene o una libertà avente un certo valore che non recede o degrada in mero interesse legittimo. La posizione del detenuto in regime detentivo speciale potrebbe, in base a questa conclusione, era qualificata quale interesse legittimo fondamentale, in quanto i suoi diritti vengono coinvolti nell'esercizio dei poteri amministrativi e non subiscono una ingiusta lesione del bene in questione, ma una legittima compressione o limitazione a fronte di interessi pubblici contrapposti.

Riflessione

— **“Profili di procedura penale europea”, a cura di M. Ceresa-Gastaldo e S. Lonati (Giuffrè, 2021)**

Recensione del volume

“Profili di procedura penale europea”, edited by M. Ceresa-Gastaldo and S. Lonati (Giuffrè, 2021)

Book review

di Silvia Buzzelli

1. I curatori del volume dichiarano subito l’obiettivo in quarta di copertina, qualificandolo «ambizioso»; in realtà, il loro scopo è duplice e, infatti, sembra immediatamente sdoppiarsi.

Da una parte, si tratta di «fornire una conoscenza organica e ragionata dei principi europei in tema di processo penale, non limitata alla loro affermazione astratta, ma estesa alla loro effettiva operatività e alla loro concreta incidenza sulla disciplina processuale italiana».

Dall’altra – aggiungono Massimo Ceresa-Gastaldo e Simone Lonati – bisogna poi «verificare la corretta osservanza di ciò che è internazionalmente pattuito». Una volta infine trovate eventuali «lacune e antinomie» si potranno suggerire al legislatore gli interventi necessari per attivare l’operazione di adeguamento alle fonti europee¹, ovviando

¹ Da ultimo, decreto legislativo 8 novembre 2021, n. 188 disposizioni per il compiuto adeguamento della normativa nazionale alle disposizioni della direttiva (UE) 2016/343 sul rafforzamento di alcuni aspetti della presunzione di innocenza e del diritto di presenziare al processo nei procedimenti penali: in proposito, v. i commenti di V.A. Stella e F. Resta, disponibili sul sito di *Giustizia insieme*, 14 dicembre 2021.

così ai limiti del nostro sistema², spesso indolente, trasandato (*sloppiness*)³, capace (sul versante del diritto giurisprudenziale) di cumulare condanne prima di rimodulare – «costretto da Strasburgo»⁴ – il proprio cordone di garanzie per le persone accusate.

Alla base dei discorsi – occorre ricordare a chi, magari, non ha molta familiarità con la “cassetta degli attrezzi europei” – ci sono quei diritti che fanno davvero la differenza rendendo se presenti il processo giusto, marchiandolo se assenti con lo stigma dell’iniustizia. Non curarsi degli *standard* e delle norme minime altera, ad esempio, il quadro giuridico della “piccola Europa”: la Commissione europea (è notizia recente) ha deciso di intraprendere procedure di infrazione, inviando lettere di costituzione in mora a sei Paesi membri (**Estonia, Grecia, Ungheria Lituania, Lussemburgo e Portogallo**) per il mancato corretto recepimento delle norme dell’Unione Europea sul diritto di avvalersi di un avvocato e sul diritto di comunicare con terzi in seguito all’arresto (direttiva 2013/48/UE). Adesso gli Stati hanno tempo due mesi per rispondere, adottando le misure per fronteggiare le carenze riscontrate dalla Commissione, trascorsi i quali quest’ultima potrà decidere di proseguire con le procedure di infrazione⁵.

2. Nelle parole d’avvio è già condensato il senso dell’intera opera scritta, in buona parte, da Simone Lonati – che da tempo si interessa alle questioni europee⁶ – affiancato talvolta da alcuni giovani studiosi: Gaia Caneschi, ad esempio, ha contribuito a redigere, insieme a Lonati, il capitolo terzo completamente dedicato al diritto a un processo equo (p. 112 ss.); Giulia Angiolini si è occupata del diritto alla libertà e alla sicurezza, elencando, nel capitolo quarto (p. 223 ss.), le tante problematiche che ruotano intorno all’art. 5 Cedu, e descrivendo, nel successivo capitolo nono (p. 347 ss.), i meccanismi di protezione della vittima offerti dalla “grande” e dalla “piccola” Europa; Alessandro Nascimbeni ha

² In particolare, sull’efficienza, qualità e indipendenza del nostro sistema giudiziario, cfr. COM (2021)389, Bruxelles, 8 luglio 2021: il quadro di valutazione comparativo della giustizia (2021) presentato dalla Commissione europea, nel riprendere i dati del CEPEJ (Consiglio d’Europa), mostra l’Italia in perenne difficoltà per la irragionevole durata dei processi. Vero è che nel 2019 quasi la metà dei Paesi ha prodotto risultati peggiori rispetto al passato; a preoccupare è la percezione dell’indipendenza della magistratura (l’Italia, per il suo basso livello di percezione, si situa dopo Ungheria, Slovacchia, Portogallo e Bulgaria). Il rapporto è poi arricchito da una serie di informazioni sulle misure intraprese durante la pandemia.

³ Termine che ricorre in un caso di condanna del Regno Unito per un’umiliante e ingiustificata perquisizione dei familiari di un detenuto (C.edu, sent. 26 settembre 2006, *Waimwright c. Regno Unito*).

⁴ G. Lattanzi, *Costretti dalla Corte di Strasburgo*, in *Cass. pen.*, 2005, p. 1125.

⁵ Cfr. il [comunicato comparso sul sito ufficiale della Commissione europea lo scorso 12 novembre](#). La Commissione reputa che alcune misure di recepimento nella legislazione nazionale, notificate dai Paesi citati, non soddisfino le prescrizioni della direttiva: tra queste si annoverano le possibili deroghe al diritto di avvalersi di un avvocato e al diritto delle persone private della libertà personale di comunicare con terzi; sono stati individuati aspetti problematici relativi alle condizioni alle quali è possibile rinunciare al diritto di avvalersi di un difensore e al diritto di avvalersi di un difensore nello Stato membro di emissione di un mandato di arresto europeo.

⁶ Si intende far qui riferimento a S. Lonati, *Il diritto dell’accusato a “interrogare o fare interrogare” le fonti di prova a carico (studio sul contraddittorio nella Convenzione europea dei diritti dell’uomo e nel sistema processuale italiano)*, con Prefazione di G. Vassalli, Giappichelli, 2008; v., inoltre, dello stesso Autore, «*Il caso Dorigo*»: un altro tentativo della giurisprudenza di dare esecuzione alle sentenze della Corte europea dei diritti dell’uomo in attesa di un (auspicato) intervento legislativo, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2007, p. 1538, nonché *Il «caso Drassich»: continua l’opera di supplenza della giurisprudenza di fronte alla perdurante (e sconcertante) inerzia del legislatore italiano in tema di esecuzione delle sentenze della Corte europea dei diritti dell’uomo*, in *Cass. pen.*, 2011, p. 263.

approfondito, sempre con Lonati, il tema delicato e drammatico delle garanzie procedurali nei casi di espulsione dello straniero (capitolo ottavo, da p. 327).

3. Anche attraverso un simile richiamo – di certo rapido e incompleto – all’ordine di stesura dei singoli capitoli si percepisce come i profili seguano la traccia canonica, utile per disegnare il contorno della procedura penale europea; e non potrebbe essere diversamente. L’aspetto, invece, che desta peculiare interesse è legato allo sforzo continuo di rispettare la metodologia disincantata della Corte europea, nella consapevolezza che solo intrecciando principi e prassi quotidiane si finiscano per tutelare i diritti nella loro autentica effettività, non abbandonandoli in un’area dominata dalla mera astrattezza⁷.

Gli Autori, inoltre, dimostrano di saper ben maneggiare l’aggettivo “europeo” (un aggettivo assai ambiguo, con valenze geografiche differenti e fluttuanti), restando fedeli, nel complesso, al lessico giuridico europeo, autonomo, elastico, composto da espressioni gergali, termini nuovi, parole essenziali che rimandano – quanto a contenuto semantico – a un’origine greca o latina. La lingua veicolare adottata dai giudici di Strasburgo impone una serie di ridefinizioni⁸; quella per certi versi più creativa della Corte di giustizia dell’Unione europea chiede una forte capacità di adattamento per cogliere il nucleo delle “tradizioni costituzionali comuni” (oramai inserite nell’art. 6 § 3 TUE) e del “mutuo riconoscimento” (elaborato nelle sentenze dei giudici di Lussemburgo per sostenere la libera circolazione di merci e servizi, quindi ben lontano dalla sfera processualpenalistica, divenuto lentamente, a partire dal Consiglio straordinario di Tampere dell’ottobre 1999, la “chiave di volta” della cooperazione giudiziaria in materia penale, tanto da essere costituzionalizzato nell’art. 82 TFUE).

4. Nel libro viene ricostruita la tutela europea e multilivello dei diritti (in un mondo che ormai pare segnato addirittura dall’interlegalità)⁹: così gli Autori si soffermano in modo particolare sulle regole insostituibili che danno concretezza alla dignità umana, un valore che dovrebbe plasmare tutta la cultura europea dei diritti fondamentali nel/del processo penale¹⁰. Specie nel capitolo quinto risulta scandagliato il campo operativo dell’art. 3 Cedu, affidandosi alla giurisprudenza di Strasburgo che da decenni continua a impartire la medesima lezione, utilizzabile dalle autorità giudiziarie dei vari Paesi: il divieto di tortura¹¹ è impermeabile a ogni genere di bilanciamento, garantito per tutti, non soggetto a sospensioni di sorta (basterebbe, del resto, consultare l’art. 15 Cedu per rendersi conto di

⁷ Cfr., tra le tante, C.edu, sent. 2 marzo 2017, Talpis c. Italia, § 96 (in tema di violenza domestica).

⁸ G. Ubertis, *Principi di procedura penale europea. Le regole del giusto processo*, II, Cortina, 2009, p. 27.

⁹ A parere di E. Scoditti, *Lo scenario dell’inter-legalità*, in *Questione giustizia*, 22 aprile 2020 (a margine della pubblicazione del volume *The Challenge of Inter-Legality*, a cura di J. Klabbers, G. Palombella), l’interlegalità rappresenta un evento, su scala europea, nella teoria del diritto che testimonia l’ingresso in un universo finora inedito per il diritto moderno; una sfida perché ci chiama a un diverso modo di pensare, una nuova prospettiva sul diritto che nasce dall’interconnessione che si stabilisce fra i diversi ordinamenti nel tempo della legalità al plurale.

¹⁰ G. Ubertis, *Sistema di procedura penale*, I, Giuffrè, 2017, p. 237 ss.

¹¹ M. Botto, [Tortura: sulla proibizione assoluta di un male mai minore, Recensione a G. FURNASARI, Dilemma etico del male minore e ticking bomb scenario. Riflessioni penalistiche \(e non\) sulle strategie di legittimazione della tortura](#), Edizioni Scientifiche Italiane, 2020, in *questa Rivista*, 3 novembre 2021.

ciò)¹². E nello stesso capitolo dirompono i comportamenti poco esemplari dello Stato italiano e le sue condanne per i fatti del G8 a Genova (luglio 2001)¹³ (p. 254 ss.), per il sovraffollamento (problema strutturale del nostro sistema penitenziario)¹⁴ (p. 267 ss.), per la detenzione in condizioni di salute precarie e incompatibili con la vita penitenziaria (p. 277 ss.), per una detenzione “infinita” che azzerava ogni speranza¹⁵ (p. 288 ss.). Senza dimenticare, attraverso un breve cenno, anche l’attuale pandemia e, di conseguenza, il periodo di difficoltà che sta mettendo «severamente alla prova» – come ha dichiarato Rik Daems, Presidente dell’Assemblea parlamentare del Consiglio d’Europa – «i meccanismi fondamentali di uno Stato»¹⁶.

5. Dopo aver scartabellato, in lungo e in largo, il libro si capisce bene perché i Curatori abbiano deciso di definire “ambizioso” il loro progetto.

Essi, probabilmente, sono consci di muoversi dentro lo spazio giudiziario di una identità politica a struttura complessa (in grado di disfare durante la notte la tela tessuta di giorno)¹⁷, il cui il diritto è “sconfinato”¹⁸, mentre le frontiere sono mobili e tracciate in maniera diversa: i “dannati della terra” che tentano di attraversarle restano impigliati nel filo spinato, e non solo.

Soprattutto balza agli occhi la convinzione di Ceresa-Gastaldo e Lonati: lo studio autarchico della procedura penale è ormai impensabile. Una regola, quest’ultima, che vale per gli studenti (primi destinatari dei “profili”) e, a maggior ragione, per chi svolge una professione giuridica.

Insomma, come qualcuno ha già constatato, «la strada dell’Europa passa anche dalle aule dei Tribunali»¹⁹; a patto, resta adesso da aggiungere, che le aule siano idealmente posizionate lungo la linea 13, quella del meridiano (di longitudine) di Ventotene. Su quell’isola si trovava, di certo non in villeggiatura, il gruppo di intellettuali che, nell’agosto 1941, scrisse il Progetto di Manifesto per un’Europa libera e unita. Il piccolo

¹² V., ad esempio, C.edu, sent. 29 aprile 2002, Pretty c. Regno unito, § 49.

¹³ Si rinvia a Cfr., C.edu, sent. 7 aprile 2015, Cestaro c. Italia.

¹⁴ Inevitabile il riferimento a C.edu, sent. 8 gennaio 2013, Torreggiani e altri c. Italia.

¹⁵ Cfr. C.edu, sent. 13 giugno 2019, Viola c. Italia (n. 2).

Sull’argomento, v., ampiamente, S. Anastasia, F. Corleone, A. Pugiotto (a cura di), *Contro gli ergastoli. Perché il carcere a vita «non è la soluzione, ma il problema da risolvere»*, con prefazione di V. Onida, Futura, 2021.

¹⁶ Il Presidente dell’APCE – nel Comunicato [Covid-19: Che l’eccezione non diventi la nuova norma](#), Strasburgo, 24 aprile 2020 – prosegue ponendosi una domanda cruciale: «in un contesto in cui gli effetti del confinamento e delle misure d’urgenza cominciano a farsi sentire duramente, siamo sicuri di preservare l’equilibrio, da sempre necessario, tra sicurezza e libertà?». Cfr. pure R. Conti, *Intervista a Paulo Pinto de Albuquerque*, disponibile sul sito di *Gustizia insieme*, 17 aprile 2020, in cui l’ex giudice europeo ricorda che l’internamento forzato di persone semplicemente “sospettate” di contagio infettivo non è consentito dall’art. 5 § 1 lett. e Cedu (la Corte di Strasburgo limita l’isolamento forzato ai casi di persone “infette” da malattia contagiosa), a meno che lo Stato decida di attivare la procedura ex art. 15 Cedu (alcuni Stati hanno invece imposto la misura senza prevedere alcuna deroga convenzionale).

¹⁷ P. Hazard, *La crisi della coscienza europea*, Utet, 2019, con prefazione di G. Ricuperati.

¹⁸ M.R. Ferrarese, *Diritto sconfinato. Inventiva giuridica e spazi nel mondo globale*, Laterza, 2006.

¹⁹ Questo il titolo della recensione ai “*Profili di procedura penale europea*” di G. Varraso, in *IlSole24ore*, 21 novembre 2021.

documento ciclostilato, non da venerare come un mito al pari di beceri europeisti²⁰, si concludeva con queste parole semplici e impegnative: «la via da percorrere non è facile, né sicura, ma deve essere percorsa e lo sarà»²¹. Tutto sommato converrebbe ancora oggi ripartire da qui.

²⁰ V. con toni ampiamenti critici, A. Somma, *Contro Ventotene. Cavallo di Troia dell'Europa neoliberale*, Rogas, 2021.

²¹ Il *Manifesto di Ventotene* (il titolo completo è *Per un'Europa libera e unita. Progetto d'un manifesto*) venne redatto da A. Spinelli ed E. Rossi nel 1941 mentre si trovavano al confino nell'isola di Ventotene; all'inizio circolò in forma ciclostilata, fu pubblicato poi clandestinamente a Roma (gennaio del 1944) insieme a due saggi di Spinelli (*Gli Stati Uniti d'Europa e le varie tendenze politiche*, e *Politica marxista e politica federalista*, scritti tra il 1942 e il 1943).

— Exploiting White-Collar Criminals' Know-How: Towards a New Way of Punishment

Sfruttare il know-how dei colletti bianchi: verso una nuova strategia punitiva

di Roberta De Paolis

Abstract. In 1939 Edwin H. Sutherland claimed that white-collar crimes represented a real criminality and they should be treated and contrasted as such. Sixty years from that time his warning has found confirmation. Modern era scandals are indeed mainly represented by white-collar criminality, so that governments have opted for a vigorous use of the criminal law. Harsh prison sentences are supposed to refrain individuals from committing crimes (deterrent effect) and reflect the seriousness of the crime (retributive effect). However, analyzing data on final prison sentences from the United States and Italy, severe prison sentences proved ineffective in deterring the white-collar crime commission. Additionally, concerns arise about the usefulness of locking white-collar criminals away. What is the utility of a ten-year prison sentence for individuals who customarily do not pose a danger to public safety? What is the effectiveness of a prison sentence that proves to produce no deterrent effect and does not restore what has been damaged by the crime?

Downstream of such questions, this article argues that a valid response to white-collar crime would be to combine the traditional prison sentence with probation to social services.

Probation tailored specifically to the "white collars" peculiarity would have a double positive effect: deterrence would be guaranteed by public visibility, while the community would be "compensated" by a virtuous use of those skills (know-how) once improperly used.

Abstract. Nel 1939 Edwin H. Sutherland sosteneva la necessità di riconoscere che gli illeciti commessi dai cosiddetti "colletti bianchi" fossero una vera e propria forma di criminalità da dover contrastare. Sessant'anni dopo il suo monito veniva confermato. Difatti, la maggior parte degli scandali dell'era moderna sono attribuibili all'attività criminale dei colletti bianchi, tanto da costringere i governi ad optare per uso vigoroso della legge penale. Si suppone infatti che pene

detentive severe, oltre a riflettere la gravità del crimine commesso, costituiscano anche un valido deterrente per gli individui. Tuttavia, analizzando i dati riferibili alle sentenze definitive degli Stati Uniti e dell'Italia, risulta chiaro come la severità della pena carceraria non rappresenti un efficace fattore deterrente.

Inoltre, si sollevano perplessità circa l'utilità stessa della reclusione per questa tipologia di criminali. Qual è l'utilità di una detenzione di dieci anni per individui che normalmente non rappresentano un pericolo per la sicurezza pubblica? Quale l'efficacia di una pena detentiva che dimostra di non produrre alcun effetto deterrente e di non ripristinare ciò che è stato danneggiato dal crimine?

A valle di simili interrogativi, questo articolo sostiene che una valida risposta alla criminalità dei colletti bianchi potrebbe darsi dall'abbinamento dell'affidamento in prova ai servizi sociali alla tradizionale pena detentiva. Un affidamento in prova specificatamente ritagliato sulla peculiarità del "colletto bianco" ingenererebbe un duplice effetto positivo: se per un verso l'effetto deterrente deriverebbe dalla visibilità pubblica, per altro, la collettività verrebbe "risarcita" dall'utilizzo virtuoso di quelle competenze (know-how) una volta impropriamente impiegate.

SUMMARY: 1. Introduction. – 1.1. Defining White-Collar Crimes. – 1.2 Measuring White-Collar Crimes – 2. Materials and Methods. – 3. Results. – 3.1. Theory vs. Practice. – 3.2. White-Collar Crimes Over-Criminalization and Criminal Diversions: a Collateral Effect. – 4. Discussion. – 4.1. The Misplaced Reliance on Maximum Sentences and Fines to Deter White-Collar Criminality. – 4.2. What May not Function: the Risk Equation. – 4.3. Rationalization in Neutralization and Rationalization in Action. – 4.4. General Conclusions on Deterrence- 4.5. What Can We Say About Deterrence? – 4.5. Consideration on Retributions. – 4.7. A Different Approach. – 4.8. The Addition of a Restorative Intervention: a Proposal. – 4.8. Making Community Service Part of The Punishment- 4.10 Community Service for White-Collar Criminals. – 4.11 A Practical Perspective. – 5. Conclusions.

SOMMARIO: 1. Introduzione. – 1.1. Definire i crimini dei colletti bianchi. – 1.2 Misurare i crimini dei colletti bianchi. – 2. Materiali e metodologia. – 3. Risultati. – 3.1. Teoria vs. Pratica. – 3.2. L'eccessiva criminalizzazione dei crimini dei colletti bianchi e diversioni processuali: un effetto collaterale. – 4. Discussione. – 4.1. Il discutibile affidamento sulla severità di pene e multe come deterrente alla criminalità dei colletti bianchi. – 4.2. Cosa potrebbe essere errato: l'equazione del rischio. – 4.3. Razionalizzazione nella neutralizzazione e razionalizzazione nell'azione. – 4.4. Conclusioni generali sulla deterrenza. – 4.5. Cosa possiamo dire della deterrenza? Considerazioni sulla teoria retributiva. – 4.7. Un approccio diverso. – 4.8. L'aggiunta di un intervento riparativo: una proposta. – 4.9. L'affidamento ai servizi sociali come parte della punizione. – 4.10. L'affidamento ai servizi sociali per i colletti bianchi. – 4.11. Una prospettiva pratica. – 5. 5. Conclusioni.

1. Introduction.

Enron, WorldCom, Conseco, Lehman Brothers, General Motors, Wells Fargo, Chrysler, Cirio, Parmalat, etcetera.

These are just some of the names of the financial scandals that have shaken the entire world, creating chasms in which private and taxpayer money, jobs, trust in companies and political institutions have disappeared. In fact, behind the reassuring appearance of white-collars, dangerous criminal opportunities lurk, becoming fundamental and determining variables in the global market. Considering these disastrous events, governments have recognized the seriousness and danger of the economic

criminality and related phenomena. However, designing strategies capable of influencing a criminal category with such blurred contours is fraught with difficulty. For this reason, crime policies proved them poor-effective and white-collar criminality seems to continue unabated.

The first difficulties start right with the challenge of precisely defining what is white-collar crime and who white-collar criminals are. It was the 27 December 1939 when Edwin H. Sutherland for the first time outlined the portray of those men of affairs, of experience, of refinement and culture, of excellent reputation and standing in the business and social world¹ whose criminal conducts would not be prosecuted criminally but only segregated administratively. Sutherland, however, did not provide a comprehensive definition because his primary aim was to include conducts that at that time were not perceived as criminal acts within the criminology's realm. Consequently, a widespread debate has remained regarding which acts, offenders, and responses (criminal, civil, regulatory) capture the phenomenon. Indeed, while developments toward a universally accepted definition of white-collar crimes have been slow, the topic has received remarkable elaboration in scholarship, legal practice and even legislation².

1.1. Defining White-Collar Crimes.

The debate over the definition of white-collar still represents a significant issue in the criminal field because Sutherland's definition, limited to the offender criterion, turned out to be non-exhaustive. It excluded indeed all those illegal conducts made outside the occupation context (such as income tax evasions or credit card frauds) and those offenses undertaken by low-level employees; likewise, it did not distinguish between economic and violent consequences. Therefore, over time, new definitions have spawned to emphasize motivations, means, technique, setting of the criminal behavior, and social responses to it. A wide variety of terms have been used, such as "elite deviance", "power crime"³ or "crimes of the powerful"⁴, until "economic crime" which gained significant popularity within Europe⁵. Considering such overabundance of definitions, some tried to make an order with the so-called "typological approach"⁶, namely a method capable of distinguishing white-collar crimes by the criminal behavior's quality. For instance, one could separate the offenses into types "based on the nature of the employment"⁷, so that it was possible to distinguish corporate crimes from occupational ones. The formers

¹ E. Sutherland, *White-Collar Criminality*, in *American Sociological Review*, 5, 1940, pp. 1-12.

² S.P. Green, *White Collar Criminal Law in Comparative Perspective: The Sarbanes- Oxley Act of 2002: The Concept of White-Collar Crime in Law and Legal Theory*, in *Buff. Crim. L. Rev*, 8, 2004, pp. 13-14.

³ V. Ruggiero, M. Welch, *Special Issue: Power Crime*, in *Crime, Law and Social Change*, 51, 2009, pp. 3-4.

⁴ D.O. Friedrichs, D.L. Rothe, *Crimes of The Powerful: White Collar Crime and Beyond*, in *Handbook of Critical Criminology*, Routledge, 2012, pp.241–251.

⁵ L. Korsell, *Three Decades of Researching and Combating Economic Crime: the Swedish Case*, in *White-Collar Crime Research: Old Views And Future Potentials*, National Council of Crime Prevention, 2001, pp. 91-106 ; B. Larsson, *What is 'Economic' about Economic Crime?*, in *White-Collar Crime Research: Old Views And Future Potentials*, National Council of Crime Prevention, 2001, pp. 121-136; P. O. Johansen, P.J. Ystehede, *Nordic Economic Crime Research: Work in Progress*, in *Okonomisk Kriminalitet Financial Crime*, Nordiske Samarsbejdsrad for Kriminologi, 2010, pp. 7–10.

⁶ D.O. Friedrichs, *White Collar Crime: Definitional Debates and the Case for a Typological Approach*, in *The Handbook of White-Collar Crime*, OUP Usa ,2018, pp. 17-28.

⁷ M. Clinard, R. Quinney, *Criminal Behavior Systems: A Typology*, Holt, Rinehart & Winston,1967, p. 132.

benefit the offending company; in the latter are individuals use their position to gain a self-benefit⁸. In line with the typological approach, others have divided potential white-collar crimes into three categories: business and professional crimes, occupational crimes, and individual frauds⁹. Similarly, someone else has classified offenses based on the “opportunity” that emerges in the occupational context¹⁰.

Unfortunately, also extensive typological classifications were insufficient: they appeared either too narrow or conceptually unclear. It is precisely because of such deficits that the law enforcement apparatus has adopted a somewhat different approach. It considers white-collar crimes neither a legal category nor a specific offense per se. Conversely, white-collar crimes are envisioned as a set of crimes with similar characteristics such as being committed through the breach of fiduciary duty, deception, omission, concealment, misappropriation, and abuse of public trust, even though they can often have violent consequences¹¹. Therefore, as far as law enforcement is concerned, the white-collar criminal’s status is irrelevant as long as the “nonviolent” nature of the crime is detected¹².

All things considered, white-collar crime is a complex area to conceptualize and it poses various problems in the research field in terms of definition and analysis. The difficulties surrounding this criminological context sometimes have led to consider such a study so outdated and redundant to define white-collar crimes simply in negative terms: those illegal or harmful activities that are neither street crimes nor conventional crimes¹³.

However, even though the aspiration for a single, coherent and universally accepted definition of white-collar crime might appear a vain undertaking, the term itself still represents an “umbrella” formula¹⁴ that deserves to be retained because it always signals, at least, that highly respectable individuals and organizations commit a crime other than a conventional one¹⁵. More specifically, it indicates that generally legitimate and seemingly reputable institutions or individuals, through the violation of the private or public trust, have committed illegal and demonstrably harmful conducts, to either gain a financial advantage or maintain and extend their powers and privileges.

⁸ M. Clinard, P.C. Yeager, *Corporate Crime*, Free Press, 1984, *passim*.

⁹ C.F. Wellford, B.L. Ingraham, *White Collar Crime: Prevalence, Trends, and Costs*, in *Critical Issues In Crime And Justice*, 1994, pp. 7-90.

¹⁰ G.S. Green, *Occupational Crime*, Oxford University Press, 1990: organizational occupational crime, state authority occupational crime, professional occupational crime, and individual occupational crime.

¹¹ R.G. Brody, K.A. Kiehl. *From White-Collar to Red-Collar Crime*, in *J. Financ. Crime*, 17, 2010, pp. 351-364.; S. Simpson, *White-Collar Crime: A Review of Recent Developments and Promising Directions for Future Research*, in *Annual Rev. Of Soc.*, 39, 2013, pp. 309-331.

¹² S. Simpson, M. Benson, *White Collar Crime: An Opportunity Perspective*, Routledge, 2009, *passim*.

¹³ V. Aubert, *White-Collar Crime And Social Structure*, in *Am. J. Sociol.*, 58, 1952, p. 264; D.O. Friedrichs, *Trusted Criminals: White Collar Crime In Contemporary Society*, US. Dep. Justice, 2010, *passim*.

¹⁴ H. Mifflin, *The American Heritage Dictionary of The English Language*, Houghton Mifflin Company, 2004, *passim*.

¹⁵ D.O. Friedrichs, *White Collar Crime: Definitional Debates and the Case for a Typological Approach*, in *The Handbook Of White-Collar Crime*, OUP Usa, 2019, pp. 16-31.

1.2. Measuring White-Collar Crimes.

Defining white-collar crimes is not only a theoretical problem, but a rather practical one. Indeed, the broad encompassing formula of white-collar crimes makes statistical sources failing to measure it: how we define white-collar criminality influences, how we perceive it as a subject and, therefore, how we research it¹⁶. In other words, notwithstanding topics such as fraud, bribery, data breaches, and insider trading have become **a topic of almost daily news**¹⁷, since there are still no reliable statistical data, an accurate portrayal of white-collar crimes is not available. Consequently, as long as there is no consensus on the definition, there can be no consensus on the measurement standard¹⁸.

However, the need for well-grounded statistical results does not pertain only to the research field; conversely, estimating the extent of white-collar crimes is also essential for political issues. Indeed, governments are interested in comparing the harm caused by different types of crime, since many rely on victim harm as a criterion for designing criminal sanctions¹⁹ and appropriate preventive policies²⁰.

Frequently difficulties arise in investigating and prosecuting white-collar crimes precisely because victims themselves might be unaware of their status.²¹ Consequently, statistical methods based on white-collar crimes reported by police reflect only a fraction of those that occur²². Such difficulties get harsher within legal systems whereby the prosecution is discretionary. This latter is the United States case, which faces another significant obstacle since an assortment of regulatory agencies – criminal, civil or administrative²³ – handle white-collar crimes. Not to mention those cases in which relationships between white-collar executives, politics and the judiciary are possible and often so close as to allow the former to manipulate the legislative system itself to their favor. What makes it more challenging to appreciate white-collar crimes' scope is that those agencies often require a monetary threshold that determines if a case must be pursued or not²⁴. Therefore, precisely in the latter cases, the partiality of the available data is by no means an exceptional event, but rather the rule.

¹⁶ D. Johnson, R. Leo, *The Yale White-Collar Crime Project: A Review and Critique*, in *Law of Social Inquiry*, 18, 1993, pp. 63–99.

¹⁷ L. Salinger, *Encyclopedia Of White-Collar And Corporate Crime*. CA: Sage, 2005.

¹⁸ M. Cohen, *The Costs of White-Collar Crime*, in *Oxford Handbook on White-Collar Crime*, Oxford University Press., 2016, pp. 78-101; S. Simpson, M. Benson, *White Collar Crime: An Opportunity Perspective*, Routledge, 2009, *passim*.

¹⁹ M. Cohen, *The Costs of White-Collar Crime*, in *Oxford University Press.*, 2016, pp. 78-101.

²⁰ D.A. Anderson, *The Cost of Crime*, in *Foundations and Trends in Microeconomics*, 2, 2012, pp. 209-265.

²¹ J. Albanese, *White-Collar Crime in America*, Prentice Hall, 1995; H. Croall, *Victims of White-Collar and Corporate Crime*, in *Victims, Crime and Society*, Sage, 2007, pp. 88-100.

²² H.M. Shulman, *Measurement of crime in the United States*, in *J. Crim. L. Criminology & Police Sci* 57, 1966, pp. 483 ss.

²³ H. Croall, *Victims of White-Collar and Corporate Crime*, in *Victims, Crime and Society*, Sage, 2007, pp. 88, 108.

²⁴ S. Simpson, *Making Sense of White-Collar Crime: Theory and Research*, in *The Ohio State Journal of Criminal Law*. 8, 2011, pp. 484 ss.

1.3. Costs of White Collar-Crimes.

In the absence of longitudinal data and consistent methods to count white-collar arrests and prosecutions, it is burdensome to determine the incidence of such crimes. Lack of statistics is likely to lead to the misleading conclusion that white-collar crimes are not as severe as conventional ones²⁵. However, even partial statistical data prove that the white-collar criminality affects society much more than traditional crimes, since they also bring massive financial, emotional, and even great physical distress to the victims²⁶ (Kane and Wall 2006; Croall 2007). On the latter point, several studies have pointed out that many cases of depression and suicides involve victims of fraud²⁷. Furthermore, social, economic and political drawbacks of white-collar criminality deserve attention. For example, in those regions where white-collar crimes are pervasive and often tolerated, young people can view criminality as a gate for a better life. Likewise, white-collar crimes also contribute to lower social conditions by reducing the available resources because governments may allocate funding to deter, detect and prosecute them in place of granting social programs²⁸. White-collar crimes also cause significant areas of delegitimization: one is the loss of confidence in political institutions, processes and leaders; the second is the reduction of trust in business leaders and economic institutions²⁹.

Essentially, the white-collar crimes issue is essential due to its profound impact on victims, society and the economy. If troubling results arise right from those non-comprehensive data on white-collar crime, there is room for suspecting that a complete estimate might return even more troubling data. Indeed, some of those partials estimates prove that white-collar crimes caused monetary losses to employees and stockholders for hundreds of billions of dollars³⁰, ranging from 300 and 600 billion dollars per year³¹.

If the losses estimates are not sufficiently convincing, there are still clear indications that white-collar criminality should be on the increase³². On the one hand, white-collar crimes generally require significant high levels of education or specialized technical skills which are becoming progressively more available in our society. Indeed,

²⁵ J. Albanese, *White-Collar Crime in America*, Prentice Hall, 1995; M. Dodge, *A Black Box Warning: The Marginalization of White-Collar Crime Victimization*, in *Journal Of White Collar And Corporate Crime*, 1, 2020, pp. 24-33.

²⁶ J. Kane, A. Wall, *The National Public Household Survey 2005*, United States Department of Education, 2006; H. Croall, *Victims of White-Collar and Corporate Crime*, in *VICTIMS*, in *Crime and Society*, Sage, 2007, pp. 88-100.

²⁷ P. Saxby, R. Anil, *Financial Loss and Suicide*, in *The Malaysian Journal Of Medical Sciences*, 19, 2012, pp. 74-76.

²⁸ E. McFayden, [Global Implications of White Collar Crime](#) (Last Modified: January 3, 2010).

²⁹ S. Shapiro, *Wayward Capitalists*, Yale University Press, 1984; J. Conklin, *Illegal But Not Criminal*. Englewood Cliffs, Prentice-Hall, 1977; T. Dearden, *Trust: The Unwritten Cost of White-Collar Crime*, in *Journal Of Financial Crime*, 23, 2016, pp. 87-101.

³⁰ Public Citizen, [Corporate fraud and abuse taxes. Cost the Public Billions](#), 2002.

³¹ Emily Stewart, [White Collar Crime Costs Between \\$300 and \\$600 Billion a Year](#) (Last modified July 9, 2015).

³² G. Cliff, A. Wall-Parker, *Statistical Analysis of White-Collar Crime*, in *Oxford Research Encyclopedia of Criminology*, Oxford University Press, 2017.

there is an increase in literacy rates, computer use and educational attainment³³. On the other hand, it is the very opportunity to commit white-collar crimes that is increasing. For instance, if far fewer workers had realistic access to corporate information in the past, nowadays, about half of the total workforce is in a position that enables them to sell trade secrets, embezzle funds, or commit other traditional white-collar crimes³⁴.

Furthermore, one should consider that nowadays things of value are frequently intangible and more exposed to attacks³⁵. For instance, when money is contained within digital currencies, it can be stolen by manipulating digital banking information³⁶. As a matter of fact, advanced information and communication devices make white-collar crimes easy and less costly to commit³⁷, enough to say that **in the current society almost all business crime in the 21st century could be termed computer crime, as all major business transactions are carried out with computers**³⁸.

2. Materials and Methods.

The preceding sections have argued that white-collar crimes represent a rather urgent issue to be addressed. Such assumption has been confirmed by the accounting scandals unearthed at many large corporations worldwide, starting most notably with the Enron Corporation's collapse³⁹. Consequently, governments attempted to protect investors through the introduction of higher penalties for white-collar offenses. Such a strategy was driven by the belief that potential offenders would behave consistently with criminal law given the awareness of the extreme risks of disobeying⁴⁰.

It is under this theoretical assumption that rounds of white-collar over-criminalization have started to see the light. Such a policy-making response against white-collar criminality is well-represented by reforms adopted by the United States and Italy.

In the United States, the main representative of this approach is the Sarbanes-Oxley Act, which assumed that increasing statutory maximums resulting in ever-lengthening sentences would act as a deterrent⁴¹. The Sarbanes-Oxley Act resulted from the collapse of Enron, one of the biggest American energy companies, which filed for

³³ UNESCO, *Education: Literacy Rate*, in <http://data.uis.unesco.org/> (Last modified 2016); T. File, C. Ryan, [Computer and Internet Use in the United States: 2013](#) (Last modified November, 2014); C. Ryan, K. Bauman, [Educational attainment in the United States: 2015. U.S. Census Bureau](#) (Last Modified March, 2016.)

³⁴ U.S. Department of Justice, Federal Bureau of Investigation, [Crime in the United States, 2014](#) (Last modified 2015).

³⁵ G. Cliff, A. Wall-Parker, *Statistical Analysis of White-Collar Crime*, in *Oxford Research Encyclopedia of Criminology*, Oxford University Press, 2017, *passim*.

³⁶ U. Apte, K. Uday, H. Nath, *Information Services in the U.S. Economy: Value, Jobs and Management Implications*, in *California Management Review*, 50, 2008, pp.12– 30.

³⁷ K. Zickuhr, A. Smith, [Digital differences. Pew Research Center](#) (Last modified April 13, 2012).

³⁸ H. Pontell, *White-Collar Crime or Just Risky Business? The Role of Fraud in Major Financial Debacles*, in *CRIME LAW AND SOCIAL CHANGE*, 42, 2005, pp. 309-324.

³⁹ A. Davis Thad, *A New Model of Securities Law Enforcement*, in *Cumb. L. Rev*, 32, 2001, pp. 98-99.

⁴⁰ L.H. Nicholson, *Sarbanes-Oxley's Purported Over-Criminalization of Corporate Offenders*, in *J. Bus. & Tech. L.*, 43, 2007, p. 45.

⁴¹ C. Thomsen, L. Norman, D. Norman, *Sarbanes-Oxley Turns Six: An Enforcement Perspective*, in *J. Bus. & Tech. L.*, 3, 2009, pp. 393-394.

bankruptcy due to systemic mechanisms of corruption and fraud that reached the highest level of the corporation⁴². Former President Bush asked for an intervention that would establish a greater deterrence to potential white-collar criminals by increasing the maximum punishments for financial fraud⁴³.

As far as Italy is concerned, the leading policy trend was that of increasing maximums for white-collar offenses. For instance, regarding tax evasion, false accounting⁴⁴ and bribery⁴⁵.

3. Results.

3.1. Theory vs. Practice.

However, there is the theory and there is the practice.

The harshening of penalties is supposed to substantially deter white-collar crimes because white-collar criminals seem to be the likeliest to be aware of the consequences of their conduct, plus the business community pays attention to what happens to its members⁴⁶.

Unfortunately, as mentioned above, this is only the theory. Indeed, notwithstanding the increased punishment imposed should be expected to have an appreciable deterrent effect, data show that often theory and practice are not on the same page. Of course, measuring the actual deterrence is challenging because there is no reliable statistic on individuals that do not commit a white-collar crime because of fear of being caught and punished. Anyhow, the general perception is that white-collar crimes are on the increase.

This paragraph will compare some data concerning the American and Italian legal systems to demonstrate such a perception. Due to the shortage of white-collar researches, this analysis relies basically on secondary data, namely those data collected in a previous moment, but serves the current inquiry's purpose. In this case, they come from national bodies that collect data regarding every offense sentenced each year. On the one hand, there is the U.S. Annual Report of Federal Sentencing Statistics and, on the other, the Italian National Institute of Statistics. White-collar crimes most affected by the waves of over-criminalization have been considered. For the United States system, fraud

⁴² H. Bloomenthal, *Sarbanes-Oxley In Perspective*, Thomson Reuters, 2018.

⁴³ L. E. Dervan, *Plea Bargaining's Survival: Financial Crimes Plea Bargaining, a Continued Triumph in a Post-Enron World*, in *Okla. L. Rev.*, 451, 2007, pp. 453-67.

⁴⁴ F. Mucciarelli, *Le "Nuove" False Comunicazioni Sociali: Note in Ordine Sparso*, in *Dir. Pen. Con.*, 2, 2015, pp. 159-189.

⁴⁵ F. Mucciarelli, *Le "Nuove" False Comunicazioni Sociali: Note in Ordine Sparso*, in *Dir. Pen. Con.*, 2, 2015, pp. 159-189; G. Balbi, *Alcune Osservazioni In Tema Di Riforma Dei Delitti Contro La Pubblica Amministrazione*, in *Diritto Penale Contemporaneo*, 2012, pp. 4-5; E. Dolcini, F. Viganò, *Sulla Riforma in Cantiere dei Delitti di Corruzione*, in *Dir. Pen. Con.*, 2012, p. 232; F. Viganò, *La riforma dei Delitti di Corruzione*, in *Libro Dell'anno Del Diritto*, 2013, pp. 153-164.

⁴⁶ P. J. Henning, *Is Deterrence Relevant in Sentencing White-Collar Criminals?*, in *Wayne L. Rev.*, 2015, pp. 27-55.

crimes have been taken into consideration; for the Italian system, tax crimes, corporate crimes (of which false corporate communications are a pillar) and corruption. Table 1 and Table 2 show convictions for those specific crimes from 2007 to 2017.

Table 1

Italy	2007	2008	2009	2010	2011	2012	2013	2014	2015	2016	2017
Corruption	311	338	347	272	265	258	289	260	293	313	291
Corporate Crimes	5653	5654	5524	4269	4221	4159	4360	3855	4416	4767	4904
Tax Crimes	2022	2446	2978	3714	5080	6110	6729	7015	6539	4023	3222

Table 2

United States	2007	2008	2009	2010	2011	2012	2013	2014	2015	2016	2017
Fraud	7550	7041	7566	8032	8300	8551	7789	7607	7414	6516	6027
Percentage on total convictions	10,7%	9,8%	9,5%	9,7%	9,8%	10,5%	9,8%	10%	10,5%	9,6%	9%

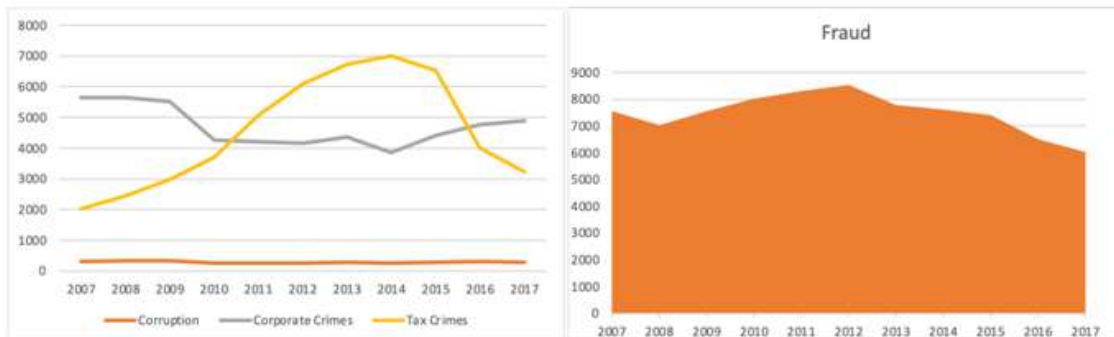


Figure 1. (a) provides a graphical representation of the data contained in Table 1. (b) provides a graphical representation of the data contained in Table 2.

3.2. White-Collar Crimes Over-Criminalization and Criminal Diversions: a Collateral Effect.

Data analyses suggest that increasing sentences is not conducive to the ultimate goal of deterring future criminality.

Final sentences for the crimes considered in the brief examination above have remained constant over ten years and, in some cases, such as tax crimes in Italy, they have even increased.

While the supposed gains from over-criminalization's processes are elusive, varied negative consequences are not⁴⁷: increasing penalties may have created an even greater incentive to perpetuate the symbiotic relationship between over-criminalization and plea bargaining.

On this point, as early as 1970, the U.S Supreme Court stated that plea bargaining serves to those who search for a small benefit in return for preserving judicial and prosecutorial resources in clear cases of guilty. Likewise, Italian scholars have pointed out that the Italian form of plea-bargaining – the so-called “patteggiamento” – represents a renunciation of both the exercise of the criminal cross-examination and to be judged beyond all reasonable doubt, in favor of deflationary purposes of the time and procedural activities⁴⁸. However, if plea bargaining or “patteggiamento” become excessively pervasive, they might prevent defendants from making a thoughtful decision regarding whether to waive their right to trial. In other words, increasing criminal penalties may reinforce the trend to resort to negotiated punishments⁴⁹, generating two troubling outcomes. Either innocent individuals accept the conviction in return for a perceived benefit⁵⁰, or higher penalties end up to corresponding to lower ones because bargained⁵¹.

The very latter circumstance may represent the greatest failure of those policies that “get tough on crime” and the confirmation of the distance between theory and praxis because, in the long run, offenders still enjoy disproportionately light punishments that do not match their wrongdoing due to the plea bargains' resort⁵².

4. Discussion.

4.1. *The Misplaced Reliance on Maximum Sentences and Fines to Deter White-Collar Criminality.*

Data have showed that the desired lengthy sentences imposed on white-collar criminals might not impact as it has been presumed. Various reasons may explain such an effect.

Scholars have noticed that the punitive value of imprisonment is “front-loaded”⁵³. That is to say that, if one is supposed to lose his freedom significantly, the years closest

⁴⁷ S.S. Beale, *The Many Faces of Overcriminalization: From Morals and Mattress Tags to Overfederalization*, in *Am. U. L. Rev.*, 54, 2005, pp. 747-749.

⁴⁸ G. Piero, *Accertamento del fatto e colpevolezza al di là di ogni ragionevole dubbio*, Aracne, 2011.

⁴⁹ L. Romero, *Procedures for Investigating and Prosecuting White Collar Crime*, in *U.S.-Mex. L.J.*, 165, 2003, pp.165-170.

⁵⁰ L. Dervan, *White Collar Overcriminalization: Deterrence, Plea Bargaining, and the Loss of Innocence*, in *Kentucky Law Journal.*, 101, 2013, p.723; J. Palmer, *Abolishing Plea Bargaining: An End to the Same Old Song and Dance*, in *Am. J. Crim. L.*, 25, 1999, pp. 505-519.

⁵¹ D. V. Dooley, M. Radke, *Does Severe Punishment Deter Financial Crimes?*, in *Charleston L. Rev.*, 4, 2010, pp. 619-657.

⁵² M. Russell, *Corporate Crime and Violence: Big Business Power and The Abuse of The Public Trust*, Sierra Club Books, 1988, *passim*.

⁵³ J.C. Coffee, *Corporate Crime and Punishment: A Non-Chicago View of the Economics of Criminal Sanctions*, in *Am. Crim. L. Rev.*, 17, 1980, pp. 419-432; E. Szockyj, *Imprisoning White-Collar Criminals?*, in *S. Ill. U. L. J.*, 23,

to the present are those most burdensome. The marginal utility of lengthy terms of imprisonment⁵⁴ gets lower over the time spent in prison because it does not provide a marginal effect beyond the experience of prosecution, conviction and sentencing⁵⁵. In other words, ten years' sentence is not ten times more punitive than a one-year sentence⁵⁶. Therefore, research has proved that whatever specific deterrence is gained by imprisonments adds, it may be already produced before the sanction's imposition itself⁵⁷.

On the other hand, even the prison experience ends up being meaningless. Some other studies have revealed that white-collar criminals -especially senior managers- can better cope with the psychological stress of prison life until becoming "model prisoners"⁵⁸. Consequently, prison officials tend to treat them gentler⁵⁹. Lastly, although massive media attention covers white-collar prosecutions, once they are over, the stigma eventually fades for the offender and the shame message sent by utilizing media scrutiny ends up being forgotten by the public⁶⁰.

Even though these reasons significantly debilitate the hoped-for effect of increased penalties, the principal critical point is upstream. In a word, it lies in theory that such policy-making reasoning relies on, namely the deterrence theory.

"Deterrence" is an expression that pertains to utilitarianism philosophy, pursuant to which a conduct is right just if, among alternatives open to an agent on a given occasion, it leads to the best consequences⁶¹. In light of this, a punishment is deemed valuable and sufficient when capable of preventing future misconducts and reducing costs of prosecuting and incarcerating⁶². In essence, deterrence should occur when it prevents

1999, pp. 485-496; J. Bronsteen, *Retribution and the Experience of Punishment*, in *California Law Review*, 98, 2010, pp. 1463-1496.

⁵⁴ J.C. Coffee, *Corporate Crime and Punishment: A Non-Chicago View of the Economics of Criminal Sanctions*, in *Am. Crim. L. Rev.*, 17, 1980, pp. 419-432; M. Polinsky, S. Shavell, *On the Disutility and Discounting of Imprisonment and the Theory of Deterrence*, in *J. Legal Stud.*, 28, 1999, pp.1-1228; W. R. Kelly, *The Future Of Crime And Punishment*, Rowman & Littlefield Publishers, 2016.

⁵⁵ M. Benson, *Collateral Consequences of Conviction for a White-Collar Crime*, University Microfilms International, 1982; F. Drago, R. Galbiati, P. Vertova, *The Deterrent Effects of Prison: Evidence from a Natural Experiment*, In *Journal Of Political Economy*, 117, 2009, pp. 257-80.

⁵⁶ J.C. Coffee, *Corporate Crime and Punishment: A Non-Chicago View of the Economics of Criminal Sanctions*, in *Am. Crim. L. Rev.*, 17, 1980, pp. 419-432; M. Polinsky, S. Shavell, *On the Disutility and Discounting of Imprisonment and the Theory of Deterrence*, in *J. Legal Stud.*, 28, 1999, pp. 1-1228; W. R. Kelly, *The Future Of Crime And Punishment*, Rowman & Littlefield Publishers, 2016, *passim*.

⁵⁷ M.L. Benson, E. Moore, *Are White-Collar and Common Offenders the Same? An Empirical and Theoretical Critique of a Recently Proposed General Theory of Crime*, in *J. Res. Crime & Delinq.*, 251, 1992, pp. 251-272; D. Weisburd, *Specific Deterrence in a Sample of Offenders Convicted of White-Collar Crimes*, in *Criminology*, 33, 1995, p. 587; D. Nagin, *Deterrence in Twenty-First Century*, in *Crime And Justice*, 42, 2013, pp. 199-263.

⁵⁸ M.L. Benson, F.T. Cullen, *The Special Sensitivity of White-Collar Offenders to Prison: A Critique and Research Agenda*, in *J. Crim. Just.*, 16, 1988, pp. 207-211; W. A. Stadler, M. L. Benson, F.T. Cullen, *Revisiting the Special Sensitivity Hypothesis: The Prison Experience of White-Collar Inmates*, in *Justice Quarterly*, 30, 2012, pp. 1-25.

⁵⁹ T. Frankel, *Trust And Honesty: America's Business Culture At A Crossroad*, Oxford University Press, 2006, *passim*.

⁶⁰ L.H. Nicholson, *Sarbanes-Oxley's Purported Over-Criminalization of Corporate Offenders*, in *J. Bus. & Tech. L.*, 43, 2007, p. 45.

⁶¹ R.A. Wasserstrom, *The Judicial Decision*, Stanford University Press, 1961; J. McHugh, *Utilitarianism, Punishment, and Ideal Proportionality in Penal Law: Punishment as an Intrinsic Evil*, in *Journal Of Bentham Studies*, 10, 2008, pp. 1-16.

⁶² D.K. Brown, *Criminal Law Theory and Criminal Justice Practice*, in *Am. Crim. L. Rev.*, 49, 2012, pp. 73-74.

offenses because the crime's benefits do not exceed the expected sanctions. Such a mechanism derives from Professor Becker's deterrence theory, which translated in economic terms the algorithm at the base of Bentham's utilitarian philosophy⁶³. It is precisely the rational calculation so-called "felicific calculus", whereby people are constantly maximizing their wellness through weighing pleasure and pain⁶⁴. Along with this reasoning, increasing the punishment's likelihood and the amount should reduce the rate of offenses because it is supposed to minimize people's gains deriving from the offense⁶⁵.

Taking into account such a paradigm, white-collar crimes are believed to well-fit the deterrence theory because of their intrinsic rational profit-oriented motivation and risk-averse attitude. Even more so when risks and losses come from a criminal conviction⁶⁶. In other words, when white-collar crimes occur, it is automatically believed that offenders have processed available information about alternative courses of action and they have ranked possible outcomes in order of expected utility⁶⁷.

However, is it always the case?

4.2. What May not Function: the Risk Equation.

According to those who believe in the deterrence effect of simply harshening sanctions for white-collar crimes, potential offenders pose themselves a simple question that influences their behavior: does the benefit of money outweigh the risk of punishments if caught and convicted? This reasoning has been labeled as the "risk equation", whereby the calculation between possible severe punishments and potential gains often is solved in favor of wrongdoing because people succumb to the temptation of getting somehow rich⁶⁸.

Ultimately, white-collar criminals are deemed as individuals driven by money and the power that comes with it. Two factors are supposed to be crucial: the amount of money involved and the actual or perceived risk of being caught and convicted. Another element capable of influencing the "risk equation" is the extent of potential prison sentences: as the money involved in the white-collar crime grows, as the prison sentences would do.

⁶³ G.S. Becker, *Crime and Punishment: An Economic Approach*, in *J. Pol. Econ.*, 76, 1968, p.169.

⁶⁴ J. Bentham, *An Introduction to The Principles Of Morals And Legislations (1789)*, Dover Pubns, 2007, *passim*.

⁶⁵ M. Mungan, *The Law and Economic of Fluctuating Criminal Tendencies and Incapacitation*, in *Md. L. Rev.*, 72, 2012, pp. 156-170.

⁶⁶ W.J. Chambliss, *Types of Deviance and the Effectiveness of Legal Sanctions*, in *Wis. L. Rev.*, 10, 1967, pp. 703-719; J.K. Arnulf, P. Gottschalk, *Principals, Agents and Entrepreneurs in White-Collar Crime: An Empirical Typology of White-Collar Criminals in a National Sample*, in *Journal Of Strategic Management Education*, 8, 2012, pp. 1-22.

⁶⁷ J. Braithwaite, G. Geis, *On Theory and Action for Corporate Crime Control*, in *Crjme& Delinq.*, 28, 1982, p. 292; T. Eaton, S. Korac, *A Criminological Profile of White-Collar Crime*, in *The Journal of Applied Business Research*, 32, 2016, pp. 129-142.

⁶⁸ D.V. Dooley, M. Radke, *Does Severe Punishment Deter Financial Crimes?*, in *Charleston L. Rev.*, 4, 2010, pp. 619-657.

However, when the criminal stake is high, the penalties imposed will not be significant enough to produce the hoped deterrence effect⁶⁹.

The cost-benefit calculation may not be the only reason people pander to the temptation to commit white-collar crimes. Conversely, subjective features often seem to influence people's choices.

Among white-collar criminals, there is often a behavioral spectrum. It ranges from potential offenders less inclined to think about their actions' consequence, up until those such confident in their abilities that are incapable of appreciating the risk deriving from their actions⁷⁰. Moreover, mainly within the middle management class, the "good soldier" phenomenon can occur⁷¹. Namely, those under the senior management's patronage collude with it because they feel themselves as a "cogs in the wheel" , so they hardly ponder the consequences of their actions⁷².

4.3. Rationalization in Neutralization and Rationalization in Action.

The argument supporting the fact that prison terms seem not to deter white-collar crimes appreciably is that rationalization processes often do not concern the choice to offend.

Conversely, such processes have to deal with the choice to "conceal" the offenses⁷³.

The "neutralization" reasoning justifies conduct and allows offenders to keep a sense of dignity and elude the "criminal" label⁷⁴.

White-collar criminals' apologetic narrations can range from denying the criminal intent to the denial of the harm⁷⁵ until the claim of being conforming and meeting economic objectives was necessary⁷⁶.

However, it can also occur that individuals involved in white-collar crimes are not aware – at least on some level – that their actions are criminal. Other factors can support

⁶⁹ J.C. Coffee, *Soul to Damn, No Body to Kick: An Unscandalized Essay on the Problem of Corporate Punishment*, in *Michigan Law Review*, 79, 1981, pp.413–24.

⁷⁰ P.H. Robinson, J.M. Darley, *Does Criminal Law Deter? A Behavioral Science Investigation*, in *Oxford J. Legal Stud.*, 24, 2004, p. 179.

⁷¹ J.W. Barnard, *Rule 10B-5 and the Unfitness Question*, in *Ariz. L. Rev.*, 9, 2005, pp. 29-30.

⁷² O. Lobel, *Citizenship, Organizational Citizenship, and the Laws of Overlapping Obligations*, in *Cal. L. Rev.*, 97, 2009, p.440.

⁷³ E.H. Sutherland, *White Collar Crime*, The Dryden Press, 1949.

⁷⁴ M.L. Benson, *Denying the Guilty Mind: Accounting for Involvement in a White-Collar Crime*, in *Criminology*, 23, 1985, pp. 583-587; F. J. Dimarino, C. Roberson, *Introduction To Corporate And White-Collar Crime*, Routledge, 2013, *passim*.

⁷⁵ M.L. Benson, *Denying the Guilty Mind: Accounting for Involvement in a White-Collar Crime*, in *Criminology*, 23, 1985, pp. 583-587.

⁷⁶ J.W. Coleman, *Toward an Integrated Theory of White-Collar Crime*, in *Am. J. Sociology*, 93, 1987, pp. 409-411; R.V. Aguilera, A.K. Vadera, *The Dark Side of Authority: Antecedents, Mechanisms, And Outcomes of Organizational*, in *Journal of Business Ethics*, 4, 2008, pp. 431-449; J. Heath, *Business Ethics and Moral Motivation: A Criminological Perspective*, in *Journal of Business Ethics*, 83, 2008, pp. 595-614.

the neutralization processes indeed. The law itself can generate such an effect because of its general construction or contents⁷⁷, so that someone may believe that their conduct came within the bounds of the law. For instance, within legal systems like that of the United States, many violations are subjected to civil sanctions and criminal prosecutions, so it can occur an unexpected change in how the law is applied⁷⁸.

Finally, individuals may not perceive the scope of their criminal behavior for two other reasons. Firstly, it happens because many white-collar offenses do not provoke the moral opprobrium that street crimes conversely do⁷⁹. Second, the odds of misestimating criminal behavior increase when the violation revolves around technical rules⁸⁰.

Within the just-mentioned cases, talking of deterrence could appear rather pointless because the notion itself requires awareness of the risk run in engaging in misconduct.

4.4. *General Conclusions on Deterrence*

The primary justification for imposing a prison term is to control the defendant while deterring others from committing the same offense⁸¹. However, how much is deterrence relevant in sentencing white-collar defendants? How many sentencing imprisonments sentences would prevent offenders from recidivating and others from committing the same white-collar crime?

If general deterrence is about sending out a message, it is often questionable whether its intended audience hears it. Consequently, the central issue in sentencing white-collar offenders is determining the appropriate punishment for offenders and conduct with such peculiar features.

White-collar criminals are mostly older, better educated, generally with no appreciable history of prior convictions or incarcerations⁸². Further, crimes are predominantly non-violent⁸³, although their consequences are often more significant than ordinary offenses because of their widespread victimizing power.

Sentencing white-collar criminals is arduous, particularly when the conduct involved may not immediately appear criminal⁸⁴ and may pose little risk of recidivism, at

⁷⁷ G. Sandeep, *Skilling's Martyrdom: The Case for Criminalization Without Incarceration*, in *U.S.F. L. Rev.*, 44, 2010, pp. 459-466.

⁷⁸ P.J. Henning, *Is Deterrence Relevant in Sentencing White-Collar Criminals?*, in *Wayne L. Rev.*, 27, 2015, p. 55.

⁷⁹ S.P. Green, *Lying Cheating, and & Stealing: A Moral Theory of White Collar Crime*, Oxford University Press, 2006, *passim*.

⁸⁰ P.J. Henning, *Is Deterrence Relevant in Sentencing White-Collar Criminals?*, in *Wayne L. Rev.*, 27, 2015, p. 55.

⁸¹ R.S. Frase, *Limiting Excessive Prison Sentences Under Federal and State Constitutions*, in *U. Pa. J. Const. L.*, 11, 2008, pp. 39-43.

⁸² J.K. Strader, *The Judicial Politics of White Collar Crime*, in *HASTINGS L.J.*, 48, 1999, pp. 1199-1273; L.M. Vasquez, *About Criminals: a View of the Offender's World*, in *Journal Of Criminal Justice Education*, 439-24, 2013, p.441.

⁸³ S.P. Green, *Lying Cheating, and & Stealing: A Moral Theory of White Collar Crime*, Oxford University Press, 2006, *passim*.

⁸⁴ D.K. Brown, *Criminal Law Theory and Criminal Justice Practice*, in *Am. Crim. L. Rev.*, 49, 2012, pp. 73-74.

least when there is a one-shot violation⁸⁵. Moreover, there is a low need to protect society by isolating white-collar offenders because their presence produces minimal physical threat⁸⁶. Likewise, when white-collar criminals agree that a crime has been committed, there is apparently a low need for their rehabilitation because they often readily understand the seriousness of their violations⁸⁷.

Concerning specific deterrence, high sentences for white-collar criminals seem to cause a particular polarization, going from one end of a spectrum to the other.

Two possible scenarios can occur. On the one hand, it is infrequent that white-collar criminals return to jobs akin to those held before conviction, especially when they previously had a high-management position in public institutions⁸⁸. So, the risk of reoffending does not exist precisely because the starting condition that would make it possible is missing. This is the lowest grade of the spectrum.

On the other, when subsisting socio-environmental conditions for carrying out the same illegal conduct, white-collar criminals are proved not to be a "one-shot" offenders⁸⁹. Research has shown that almost 40% of those convicted for bribery, bank embezzlement, income tax evasion, false claims, false claims, and mail fraud had at least one prior arrest. Thus, prison does not have a specific deterrent impact upon the likelihood of reoffending⁹⁰. One potential explanation for such an invaluable impact can lie on the labeling experience⁹¹: once those convicted for white-collar crimes perceive that original prestige and status are lost, recidivism may be more likely. In other words, this is the same phenomenon that occurs for street criminals whereby the specific deterrent effect fails because they have little to lose from the contact with the criminal justice system⁹².

Specific deterrence is ineffective in both scenarios.

On the one hand, when white-collar criminals do not meet the conditions for committing the same crime, specific deterrence loses its usefulness per se. The latter is

⁸⁵ A. Weissmann, J.A. Block, *White-Collar Defendants and White-Collar Crimes*, in *Yale L.J. Pocket Part.*, 116, 2007, pp. 286-291.

⁸⁶ E. Fuerbacher, *Reduce jail time for white-collar crime*, in *Brown Daily Herald*, Feb. 21, 2014.

⁸⁷ P. Bean, *Rehabilitation and Deviance*, Routledge, 1976; D. Lipton, R. Martinson, J. Wilks, *The Effectiveness Of Correctional Treatment: A Survey Of Evaluation Studies*, Praeger, 1977.

⁸⁸ M.B. Benson, *The Fall From Grace: Loss of Occupational Status as a Consequence of Conviction for a White Collar Crime*, in *CRIMINOLOGY*, 22, 1985, p.573; D. Weisburd, E. Waring, *White-Collar Crime And Criminal Careers*, Cambridge University Press, 2001.

⁸⁹ H. Edelhertz, T. D. Overcast, *White Collar Crime: an Agenda For Research*, D.C. Heath, 1982; A. Wheeler, S. Mann Kenneth, *Sitting In Judgment: The Sentencing Of White-Collar Criminals*, Yale University Press, 1988.

⁹⁰ D. Weisburd, E. Waring, E. Chayet, *Specific Deterrence in a Sample of Offenders Convicted of White-Collar Crimes*, in *Criminology*, 33, 2006, p. 597.

⁹¹ L.T. Wilkins, *Social Deviance: Social Policy, Action, And Research*, Prentice-Hall, 1985; B.R. Crank, *Accepting Deviant Identities: The Impact of Self-Labeling on Intentions to Desist from Crime*, in *Journal of Crime And Justice*, 41, 2018, pp. 155-72.

⁹² H. Pollack, A.B. Smith, *White-Collar V. Street Crime Sentencing Disparity: How Judges See The Problem*, in *Judicature*, 67, 1983, pp.175-182; K. Mann, *Procedure Rules and Information Control: Gaining Leverage Over White-Collar Crime*, in *White-Collar Crime Reconsidered*, Office of Justice Programs, 1992, pp 353-365; F. Drago, R. Galbiati, P. Vertova, *The Deterrent Effects of Prison: Evidence from a Natural Experiment*, in *Journal Of Political Economy*, 117, 2009, pp. 257-80.

the case in which white-collar criminal is "one-shot". Secondly, empirical studies proved that imprisonment does not significantly impact the individual crime's history.

As a matter of fact, counting exclusively on harsher sentences to deter potential wrongdoers has many limitations in prompting general and specific deterrence effects.

In conclusion, it may be time to consider a new approach other than resorting solely to tougher imprisonment's provision, but relying on new ways capable of inculcating responsible and honest behavior among white-collars.

4.5. *What Can We Say About Deterrence?*

One may say that deterrence should be discarded from the process of imposing punishments given its non-appreciable impact on white-collars' behavior. However, there is still room for the deterrent paradigm to give its support in the justice system. Conversely, it reveals being somewhat fundamental.

First of all, it works as a balance tool within the sentencing processes: it is a restraint for judges who can potentially let retributive assessments massively influence their judgments. In other words, deterrence can temper the retributive impulse that may lead judges to use punishment mainly to message society regarding what is socially acceptable and what is not⁹³. As someone has noted, the idiom of deterrence avoids triggering the injunction for public moralizing⁹⁴. Essentially, even though deterrence cannot be the pivotal player in assessing a penalty⁹⁵, it still matters in moderating the discussion on the proper punishment for white-collar criminals⁹⁶.

4.6. *Considerations on Retribution.*

Doubts about the effectiveness of deterrence have moved the interest in retribution or "just deserts" as a basis for white-collar sentencing offenders. According to this theory, the amount of punishment should be commensurate with the seriousness of the offense as punishment would represent the public need for condemnation⁹⁷. However, achieving an adequate punishment for white-collar crimes – that is, one that is led by the principle of fairness and equality – is fraught with difficulty. Indeed, determining the appropriate amount of punishments for white-collar criminals seems problematic, especially when needed to assess the culpability and level of its harm. Furthermore, adopting exclusively the just deserts philosophy may result in less public protection because it would overwhelm the system by creating an adversarial environment that does

⁹³ P.J. Henning, *Is Deterrence Relevant in Sentencing White-Collar Criminals?*, in *Wayne L. Rev.*, 27, 2015, p. 55.

⁹⁴ D.M. Kahan, *The Secret Ambition of Deterrence*, in *HARV. L. REV.*, 113, 1999, pp. 413-466.

⁹⁵ D. Richman, *Federal White Collar Sentencing in the United States: A Work in Progress*, in *L. & Contemp. Probs.*, 76, 2013, pp. 53-54.

⁹⁶ D.M. Kahan, *The Secret Ambition of Deterrence*, in *Harv. L. Rev.*, 113, 1999, pp. 413-466; P.J. Henning, *Is Deterrence Relevant in Sentencing White-Collar Criminals?*, in *Wayne L. Rev.*, 27, 2015, p. 55.

⁹⁷ K. Schlegel, *Just Deserts for Corporate Criminals*, Northeastern University Press, 1990; S. Zakir, J. Chu, S. Quaisar, Z. Hassan, U. Ghani, *Perceived Public Condemnation and Avoidance Intentions: The Mediating Role of Moral Outrage*, in *J. Public Affairs*, 20, 2019, pp. 1-9.

not improve safety⁹⁸. At the same time, when sentenced to prison, white-collar offenders fare apparently better than it is expected. Indeed, even though they are unaccustomed to the deprivation caused by prison, they have a pretty high capacity for adjustment⁹⁹.

There are even more criticalities on the theoretical level, since relying on the sole "just deserts" would threaten the liberal conception of criminal law itself. Indeed, piling on progressive stiffer maximum sentences betrays the principle of returning a proportionate "payment of some kind" to the "violation of the moral or natural order"¹⁰⁰. It is particularly noticeable when white-collar sentences occur: after twenty-five years for securities fraud, what is left- life imprisonment¹⁰¹? Even though there is a rising tide of white-collar crimes, the government's need to "get tougher" on white-collar criminals cannot end up equalizing their punishments with those for murders, rape or genocides. Such criminal policies would exploit the individual case, pursuing symbolic values that break the proportionality link between crime and punishment¹⁰².

4.8. The Addition of a Restorative Intervention: a Proposal.

A desirable correction to the current response to white-collar criminality could rely on the addition of specific restorative interventions within the existing justice system¹⁰³. For restorative intervention, we mean a minimum afflictive punishment that meets the community's needs on both material and symbolic levels, plus pursuing preventive purposes as long as it requires the offender to take an active and solidarity commitment to repair the offense caused.

Such a proposal seems not only theoretically justified, but also technically possible.

On the theoretical level, matching criminal responses with restorative measures would fully promote justice. More specifically, it pertains to a more comprehensive view that considers increasing the severity of prison sentences unlikely to reduce crimes rates because they depend on other factors such as the social surrounding¹⁰⁴.

Also, it conveys the message that justice attends to the needs arising from criminality: those of the harmed people and social relationships¹⁰⁵. Simply put, matching

⁹⁸ E. Bardach, R.A. Kagan, *Going by The Book: The Problem of Regulatory Unreasonableness*, Routledge, 1982, *passim*.

⁹⁹ M.L. Benson, F.T. Cullen, *The Special Sensitivity of White-Collar Offenders to Prison: A Critique and Research Agenda*, in *J. Crim. Just.*, 16, 1988, pp. 207-211.

¹⁰⁰ P.T. Jensen, *A Christian Defense of Retribution*, in *Cnxmrsi Legal Soc'y Q.*, 7, 1986, p. 11.

¹⁰¹ D.V. Dooley, M. Radke, *Does Severe Punishment Deter Financial Crimes?*, in *Charleston L. Rev.*, 4, 2010, pp. 619-657.

¹⁰² A. Alessandri, *Diritto Penale ed Attività Economiche*, il Mulino, 2010, *passim*.

¹⁰³ L. Walgrave, *How Pure Can a Maximalist Approach to Restorative Justice Remain? Or Can A Purist Model of Restorative Justice Become Maximalist?*, in *Contemp. Just. Rev.*, 3, 2000, 228-249.

¹⁰⁴ J.M. Darley, *On the Unlikely Prospect of Reducing Crime Rates by Increasing the Severity of Prison Sentences*, in *J.L. & Pol'y.*, 13, 2005, pp. 189-199.

¹⁰⁵ D.V. Ness, K. Heetderks, *Strong, Restoring Justice*, Taylor & Francis Ltd, 1999; D. Van Ness, *The Shape of Things to Come: A Framework for Thinking About a Restorative Justice System*, in *Restorative Justice: Theoretical Foundations*, Routledge, 2002, pp. 1-21.

traditional criminal responses with restorative tools enhances the understanding that "crime is more than a lawbreaking" and therefore requires a reaction that does "more than punishment"¹⁰⁶. More importantly, it prevents giving the idea of justice that, at the cost of appearing sufficiently severe and swift, agrees to be summary towards those guilty of particular crimes¹⁰⁷.

Furthermore, adding restorative features to white-collar crimes' responses would enhance the objectives pursued by traditional punishment theories¹⁰⁸. As previously mentioned, restorative justice would be employed in addition to traditional punishments and not in place of them: white-collar criminals would certainly fair their "just deserts" that would include some restorative components. As a matter of fact, studies have found that informal sanctions have a substantial deterrent effect, such as, for instance, the shame resulting from the publication of the white-collar's identity. The latter is a variation of the so-called "reintegrative shaming" mechanism: the disapproval of specific social environments appears to affect the decision to commit such crimes. Shame is indeed a crucial feature within peers' censorship because it eventually reinforces normative behaviors that affect the business community entirely¹⁰⁹. It happens especially within white-collar environments, where *the population of top corporate executives can be characterized as living in an exclusive small town*¹¹⁰. In a word, shame – along with social censure, loss of respect and moral consideration- seems to weigh more than the rational cost-benefit considerations¹¹¹.

In view of the above, the ultimate challenge is to conceive a response that combines the deterrent effect with a restorative component, also fulfilling the "just desert" demand.

Technically speaking, legislators should consider that imprisonment was originally conceived for cases in which restoration is no longer available, or is no longer needed because the wrongdoing cannot be restored. Consequently, addressing cases in which the harm derived from the offense can be restored through alternative criminal measures makes full sense¹¹².

¹⁰⁶ G. Bazemore, *Rock and Roll, Restorative Justice, and the Continuum of the Real World: A Response to "Purism" in Operationalizing Restorative Justice*, in *Contemp. Just. Rev.*, 3, 2000, pp. 459-464.

¹⁰⁷ In Italy political debates are frequently focused on the contrast between the so-called "Justicialism" and the "guarantism", where the latter cares to respect criminal procedure rights and to ascertainment the truth of the facts, beyond any manipulation and any arbitrariness by the political or judicial power. On these points: F. Resta, L. Manconi, *I paradossi del garantismo*, Franco Angeli, 2012; M. Volpi, *Istituzioni e sistema politico in Italia: bilancio di un ventennio*, Il Mulino, 2015, pp. 37-38.

¹⁰⁸ E. Luna, *Punishment Theory, Holism, and the Procedural Conception of Restorative Justice*, in *Utah L. Rev.*, 2003, pp. 205-208; M. Cotton, *Back with a Vengeance: The Resilience of Retribution as an Articulated Purpose of Criminal Punishment*, in *Am. Crim. L. Rev.*, 37, 2000, 1313; Z. Gabbay, *Justifying Restorative Justice: A Theoretical Justification for the Use of Restorative Justice Practices*, in *J. Disp. Resol.*, 2, 2005, pp. 349-350.

¹⁰⁹ J.W. Barnard, *Reintegrative Shaming Corporate Sentencing*, in *S. Cal. L. Rev.*, 92, 1999, pp. 959-966; J. Kostelnik, *Sentencing White-Collar Criminals: When Is Shaming Viable?*, in *Global Crime*, 13, 2012, pp. 141-159.

¹¹⁰ R. Paternoster, S. Simpson, *Sanction Threats and Appeals to Morality: Testing A Rational Choice Model of Corporate Crime*, in *Law & Soc'y Rev.*, 549, 1996, pp. 561-562.

¹¹¹ R. Paternoster, S. Simpson, *Sanction Threats and Appeals to Morality: Testing A Rational Choice Model of Corporate Crime*, in *Law & Soc'y Rev.*, 549, 1996, pp. 561-562.

¹¹² M. Donini, *Il delitto riparato. Una disegualità che può trasformare il sistema sanzionatorio*, in *Dir. Pen. Con.*, 2, 2015, pp. 236- 250.

Ultimately, the desirable reform is that of tempering punishments according to the active participation of the offender in the restoration processes. It is not a matter of conceiving alternatives to the existing justice system, but rather another form of punishment that could better-fit specific forms of criminality. Sentences for white-collar crimes should strengthen the convict's motivation to solve the conflict as a part of the punishments and not as an easy way out from jail. They should at one time prevent future crimes and motivate to repair what has been unlawfully done. Only when the restoration is not meet, all that remains is to apply imprisonment alone. Such a perspective would return to the criminal tool its intrinsic function of "last resort", whereby imprisonment alone is provided when the offense attaches not-restorable goods or value (such as life or sexual integrity).

4.9. Making Community Service Part of The Punishment.

A viable addition to imprisonment can be the community sentence. Generally speaking, a community sentence is a measure that requires convicted individuals to perform unpaid community work – the “community service” – to repay society for the offense committed.

Community service orders began in England and Wales in 1973 on an experimental basis (Criminal Justice Act 1972¹¹³) and both the United States¹¹⁴ and Italy have a history in dealing with community sentences.

Some reasons justify the spread of community sentences among nations. First of all, there is a cost advantage. Community service is a form of cost-saving because it eases prison crowding by allowing convicted offenders to complete a corrections program. Secondly, community service avoids the so-called “net widening”, namely when judges and prosecutors fill the program spaces with offenders who do not necessarily require such a high level of care or intervention¹¹⁵. With such a mechanism, not only prison-bound offenders cannot get their chance to be placed in appropriate programs and have access to services, but the cost of punishment increases. At last, studies have proved that recidivism rates after first community service are lower than after imprisonments¹¹⁶.

4.10. Community Service for White-Collar Criminals.

Community sentences can represent a complement to prison for white-collar criminals. For sure, this measure must be modeled on the case of white-collar criminality.

¹¹³ Criminal Justice Act 1972, c. 72, § 5, sch. 6. (Eng.).

¹¹⁴ G. Mcivor, *Sentenced to Serve: The Operation and Impact of Community Service by Offenders*, Aldershot, 1992, *passim*.

¹¹⁵ E. Kantorowicz-Reznichenko, [The 'Net-Widening' Problem and its Solutions: The Road to a Cheaper Sanctioning System](#) (Last modified: December 1, 2013).

¹¹⁶ M.S. Bol, J.J. Overwater, *Recidive van dienstverleners: In het strafrecht voor volwassenen*, Staatsuitgeverij, 1986; W. Hilde, A. Blokland, P. Nieuwbeerta, D. Nagin, N. Tollenaar, *Comparing the Effects of Community Service and Short-Term Imprisonment on Recidivism: a Matched Samples Approach*, in *J. Exp. Criminol.*, 6, 2010, pp. 325–349.

Thus, it means changing the basic philosophy of community sentences, intended initially to rehabilitate juveniles or drug addicts.

Alternative measures are effective in fighting white-collar criminality if three objectives are met.

Firstly, ensuring an adequate deterrent effect, both on the convicted and potential white-collar offenders.

Second, ensuring some form of restoration of the harm caused by the white-collar crime.

Third, overcoming the cost of imprisonment and ensure more significant economic benefits.

Matching prison sentences with community sentence appears to achieve the goals mentioned above in two ways.

On the one hand, the prosecutorial process would generate its traditional partial deterrent effects of status degradation, public stigma and shame¹¹⁷. On the other hand, remaining visible in the public domain would lead offenders to be sensitive to the community's loss of reputation and respect. In this latter circumstance, the partial deterrent effect that occurred within the criminal process would be fully accomplished. Furthermore, community service contributes to finalizing the criminal prosecution and conviction objectives while preventing certain distorting effects that often occur. In other words, community service prevents that shame, stigma and detentions are used for the only sake of shaming, stigmatizing and depriving liberty.

To be effective, white-collar criminals must perform community service in an environment similar to that within the crime has been committed—for example, a business, corporation, government institution, etcetera.

Speaking of restitution and reintegration, if monetary punishments compensate individual victims¹¹⁸, community sentences restore systemic consequences. A community service fit with the offense committed contributes to renewing the lost confidence in political and economic institutions. The point is to understand the nature of the correspondence, namely, identifying the community service that would best redress the harm produced by the commission of the crime. Some have suggested relying upon the "moral distress" caused by the community service. Thus, for example, it has been suggested that convicted coal executive might work in mines to experience what their

¹¹⁷ K. Mann, *Defending White-Collar Crime: A Portrait of Attorneys at Work*, Yale University Press, 1985; Austin Wheeler, S.M. Kenneth, *Sitting in Judgment: The Sentencing of White-Collar Criminals*, Yale University Press, 1988; M.L. Benson, *Emotions and Adjudication: Status Degradation Among White-Collar Criminals.*, in *Just. Q.*, 7, 1990, p. 515; D. Levine, *Inside Out: An Insider's Account of Wall Street*, Random House Business Books, 1991; L. M. Vasquez, *About Criminals: A View of the Offender's World*, in *Journal of Criminal Justice Education*, 24, 2013, pp. 439-441.

¹¹⁸ R.A. Posner, *Optimal Sentences for White Collar Criminals*, in *Am. Crim. L. Rev.*, 17, 1980, pp. 409-418; Bruce L. Benson, *Let's Focus on Victim Justice, Not Criminal Justice*, in *The Independent Review*, 19, 2014, pp. 209-238.

workers must endure; convicted pharmaceutical executives might serve in rehabilitation centers; convicted auto executives might work in the emergency room to experience the daily sight of humans injured or killed in car accidents, etcetera.¹¹⁹

However, such solutions appear to be purely a less afflictive substitute for vindictive options. In fact, what kind of conscience do we expect a white-collar offender to develop in an environment that is physiologically hostile to him?

What kind of benefit does society get from the sole humiliation of the condemned white collar in the spotlight? Moreover, and most importantly, the risk of such "emotional" solutions is to generate equally "emotional" responses.

On a personal level, white-collars may develop a sense of outrage at the state institution and the exercise of justice. Therefore, the convicted ones, not persuaded by the legality value, are more likely to fall back on breaking the law. On a general level, the community receives the message that the state is an avenging entity and prone to "emotional" actions. In a word, white-collars convicted may feel to undergone community service as a surreptitious shame for the shame sake.

Consequently, the solution for matching community service to white-collar criminals appears to be different.

4.11. A Practical Perspective.

Community service should correspond to the white-collars' cognitive-technical profile, considering they possess highly specialized and unique know-how. The very know-how that has been misused to commit the crime. Essentially, community service for white-collars must allocate most efficiently their specific skills by let offenders be engaged in activities of the same nature as those that led to the crime. This time, however, in a virtuous way.

Moreover, the convicted ones are supposed to perform these services in an environment akin to the one they have frequented before being held accountable. It would generate a double effect. The white-collar criminal would re-build a deeper-rooted awareness regarding the proper use of specific skills and job privileges. Under this point of view, the re-educational effect is evident.

Likewise, it would also constitute an everyday warning for those who work in the same environment about the consequences of misusing their skills and job positions. Therefore, doing community service into white-collars' workplaces would thus decrease the likelihood that potential offenders would be unaware of their action's effect.

¹¹⁹ R. Mokhiber, *Corporate Crime and Violence: Big Business Power and The Abuse of The Public Trust*, Sierra Club Books, 1988, *passim*.

Such a solution would also seem systemically consistent because it portrays a justice system that takes care of the punishment's purpose and avoids disproportionate, unreasonable or emotional drifts.

Finally, one must not ignore the beneficial economic effects of reemploying highly specialized skills.

Indeed, on the one hand, an individual convicted of corruption could, for example, hold compliance and integrity training courses that are now mandatory in public administrations or public companies in many countries. Who better than someone who has circumvented anti-corruption systems, albeit temporarily, knows how to make them work better? Basically, in these cases, the white-collar's contribution would provide a complete learning experience through a concrete and reliable demonstration of the consequences of non-compliant behaviors. In essence, as they say, experience is the most challenging but effective teacher.

In addition, an individual convicted of international bribery could serve growing companies to set the right strategies for expanding into international markets.

It is assumed that a person capable of establishing corrupt dealings in other countries has a thorough knowledge of the socio-cultural context and economical substrate they have established illicit negotiations. This knowledge could assist in expanding companies that, for example, cannot hire marketing consultants due to limited resources.

A person convicted of embezzlement or tax offenses might work in the accounting department of a company or institution—similarly, anyone convicted of bankruptcy. In addition, perpetrators of computer fraud may be hired by the same company they have harmed-or companies with similar characteristics-to use their knowledge to improve the firm's internal security systems (white hacking).

Individuals convicted of money laundering may work in prosecutors' offices. They would contribute to the investigations by making a full disclosure of money laundering's mechanisms. Indeed, money laundering can be challenging to detect because it is often part of a more extensive criminal activity that can involve multiple markets and, at some time, jurisdictions. To conclude, it is crucial to underlying that all of these options must be designed in a way that prevents white-collars from indulging in manipulative behaviors or delusions of grandeur while doing community service. For the sake of doing so, a monitoring process by a neutral third party appointed by the government might be a helpful solution. The government should disclose the selection process of the monitors and endeavor to ensure a high-quality and personal interests conflict-free monitor's selection. In all cases, submitting the monitor's choice to a judicial assessment and approval might guarantee the fairness and effectiveness of the entire process. Moreover, it must be considered that the monitor's role may vary based on each case and the business environment involved.

5. Conclusions.

White-collar crime has become an endemic phenomenon worldwide, often causing damage beyond the criminals' expectations themselves. Governments have traditionally focused on toughening penalties in the hope of deterring those individuals deemed particularly sensitive to the consequences of criminal law. However, data reported in this study showed that such a strategy had had questionable results in terms of general and specific deterrence on white-collar criminals.

Corruption, bankruptcy, false accounting, tax fraud, insider trading, etcetera, are still commonplace and there is plenty of reasons to fear that they will not diminish. Therefore, the time has come to consider current criminal measures in combating white-collar crimes insufficient. In other words, we cannot combat constantly evolving criminal phenomena with strategies based on anachronistic theories that do not adhere to reality. On the other hand, preparing a theory of punishment specifically designed for white-collar crimes permits to both respond with adequate measures to economic deviance and to act on their systemic consequences.

More specifically, punishing white-collar criminals by matching imprisonment with specific community services allows offenders to carry out the same conduct involved in crime but with a view to the common good. In this context, law enforcement agencies communicate the message that it is not interested in mere punishment/humiliation, but rather in enhancing the specificities of the individual case with a view to overall rehabilitation. Punishment is no longer merely the arm of the criminal law's punitive power.

However, it represents the opportunity to generate a virtuous circle of individual re-education, general deterrence and restitution to the socio-economic system. On this latter point, a strategy of this kind makes it possible to reintroduce in the market qualified and "cleaned up" resources, plus highly specialized know-how.

In addition, and much more importantly, such a "customized" type of justice reinforces confidence in the justice system, both in the citizenry and white-collar criminals themselves. In this latter respect, a very interesting argument finds full support: prohibiting conduct does not prevent people from seeking to engage in that behavior; conversely, legal prohibitions should be consistent with individuals' moral intuitions¹²⁰. Eventually, this approach to white-collar criminality responds to the belief that the tendency to comply with the law has less to do with potential punishment and much more to do with attitudes about the legitimacy of that law.

Bibliography.

- J. Albanese, *White-Collar Crime in America*, Prentice Hall, 1995.
A. Alessandri, *Diritto Penale ed Attività Economiche*, Il Mulino, 2010.
D. Anderson, *The Cost of Crime*, in *Foundations and Trends in Microeconomics*, 2, 2012,

¹²⁰ E. Soltes, *Why They Do It: Inside the Mind of the White-Collar Criminal*, PublicAffairs, 2016.

pp. 209 ss.

U. Apte, K. Uday, H. Nath, *Information Services in the U.S. Economy: Value, Jobs and Management Implications*, in *California Management Review*, 50, 2008, pp. 12 ss.

V. Aubert, *White-Collar Crime and Social Structure*, in *Am. J. Sociol.* 58, 1952, pp. 264 ss.

A. Austin, E. A. Hahn, *Issues After a Century of Federal Competition Policy*. *Antitrust Bull*, Lexington Books, 1988.

G. Balbi, *Alcune osservazioni in tema di riforma dei delitti contro la pubblica amministrazione*, in *Diritto penale contemporaneo*, 4, 2012, pp. 5 ss.

E. Bardach, R.A. Kagan, *Going by The Book: The Problem Of Regulatory Unreasonableness*, Routledge, 1892.

J.W. Barnard, *Rule 10B-5 and the Unfitness Question*, in *Ariz. L. Rev*, 9, 2005, pp. 29 ss.

J.W. Barnard, *Reintegrative Shaming Corporate Sentencing*, in *S.Cal.L.Rev.* 92, 1999, pp. 959 ss.

G. Bazemore, Gordon, *Rock and Roll, Restorative Justice, and the Continuum of the Real World: A Response to "Purism" in Operationalizing Restorative Justice*, in *Contemp. Just. Rev.* 3, 2000, pp. 459 ss.

P. Bean, Philip, *Rehabilitation and Deviance*, Routledge, 1976.

M. L. Benson, S. Simpson, *White-Collar Crime: An Opportunity Perspective*, Routledge, 2009.

M. L. Benson, F. T. Cullen, *The Special Sensitivity of White-Collar Offenders to Prison: A Critique and Research Agenda*, in *J. Crim. Just.* 16, 1988, pp. 207 ss.

M. L. Benson, *Denying the Guilty Mind: Accounting for Involvement in a White-Collar Crime*, in *Criminology*, 23, 1985, pp. 583 ss.

M.L. Benson, *Emotions and Adjudication: Status Degradation Among White-Collar Criminals*, in *Just. Q.*, 7, 1990, p. 515.

M.L. Benson, *The Fall From Grace: Loss of Occupational Status as a Consequence of Conviction for a White Collar Crime*, in *Criminology*. 22, 1984, pp. 573 ss.

M. L. Benson, L. E. Moore, *Are White-Collar and Common Offenders the Same? An Empirical and Theoretical Critique of a Recently Proposed General Theory of Crime*. *J. Res. Crime & Delinq.* 251, 1992, pp. 251 ss.

M. L. Benson, *Collateral Consequences of Conviction for a White-Collar Crime*, University Microfilms International, 1982.

J. Bentham, Jeremy, *An Introduction to The Principles Of Morals And Legislations (1789)*, Dover Pubns, 2007.

H. Bloomenthal, *Sarbanes-Oxley In Perspective*, Thomson Reuters, 2018.

M.S. Bol, J.J. Overwater, *Recidive van dienstverleners: In het strafrecht voor volwassenen*, Staatsuitgeverij, 1986.

F. Bowman, *Are We Really Getting Tough on White Collar Crime? Hearing Before the Subcomm. on Crime and Drugs*, in *S. Judiciary Comm. Fed.Sent.R.'G Rep.*, 15, 2002, pp. 237 ss.

F. Bowman, Frank, *The 2001 Federal Economic Crime Sentencing Reforms: An Analysis and Legislative History*, in *Ind. L. Rev.* 35, 2001, pp. 5 ss.

J. Braithwaite, G. Geis, *On Theory and Action for Corporate Crime Control*, in *Crjme& Delinq.* 28, 1982, p. 292.

J. Braithwaite, *Corporate Crime in the Pharmaceutical Industry*, Routledge and Kegan Paul, 1982.

J. Braithwaite, *Retributivism, Punishment and Privilege*, in *Punishment and Privilege*, Harrow & Heston, 1986, pp. 55-66.

R.G. Brody Richard, K.A. Kiehl, *From White-Collar to Red-Collar Crime*, in *J. Financ. Crime*

- 17, 2010, pp. 351 ss.
- D.K. Brown, Criminal Law Theory and Criminal Justice Practice, in *Am. Crim. L. Rev.* 49, 2012, pp. 73 ss.
- D.K. Brown, Street Crime, *Corporate Crime and the Contingency of Criminal Liability*, in *U. Pa. L. Rev.* 149, 2001, pp. 1295 ss.
- D. Callahan, David, The Cheating Culture, in *Rev. Jur. U.P.R.* 75, 2006, pp. 721 ss.
- E. Carranza, N. Liverpool, L. Rodriguez-Manzanera, *Alternatives to imprisonment in Latin America and the Caribbean*, in *Alternatives to imprisonment in comparative perspective*, Nelson-Hall, 1993, pp. 384 ss.
- W.J. Chambliss, *Types of Deviance and the Effectiveness of Legal Sanctions*, in *Wis. L. Rev.* 10, 1967, pp. 703 ss.
- T. Chatman, L. Norman, D. Norman, *Sarbanes-Oxley Turns Six: An Enforcement Perspective*, in *J. Bus. & Tech. L.*, 3, 2009, pp. 393 ss.
- G. Cliff, Gerard, A. Wall-Parker, *Statistical Analysis of White-Collar Crime*, in *Oxford Research Encyclopedia of Criminology*, 11, 2017.
- M. Clinard, R. Quinney, *Criminal Behavior Systems: A Typology*, Holt, Rinehart & Winston, 1967.
- M. Clinard, P. Yeager, *Corporate Crime*, Free Press, 1980.
- J.C. Coffee, *Soul to Damn, No Body to Kick: An Unscandalized Essay on the Problem of Corporate Punishment*, in *Michigan Law Review* 79, 1981, pp. 413 ss.
- J.C. Coffee, *Corporate Crime and Punishment: A Non-Chicago View of the Economics of Criminal Sanctions*, in *Am. Crim. L. Rev.* 17, 1980, pp. 419 ss.
- M. Cohen, *The Costs of White-Collar Crime*, in *Oxford Handbook on White-Collar Crime*, Oxford University Press, 2016, pp. 78 ss.
- J.W. Coleman, *Toward an Integrated Theory of White-Collar Crime*, in *Am. J. Sociology* 93, 1987, pp. 409 ss.
- J.E. Conklin, *Illegal but Not Criminal. Englewood Cliffs*, Prentice-Hall, 1977.
- Corelogic, *Mortgage Fraud Report*, in <https://www.corelogic.com/insights/mortgage-fraud-trends-report.aspx> (Last Modified 2014)
- M. Cotton, *Back with a Vengeance: The Resilience of Retribution as an Articulated Purpose of Criminal Punishment*, in *Am. Crim. L. Rev.* 37, 2000, pp. 1313 ss.
- H. Croall, *Victims of White-Collar and Corporate Crime*, in *Victims, Crime and Society*, Sage, 2007, pp. 88-108.
- R. Daniel, *Life Behind Bars: Matthew Kluger Reveals All*, in *Fortune*, July 7, 2014.
- J. Darley, M. John, *On the Unlikely Prospect of Reducing Crime Rates by Increasing the Severity of Prison Sentences*, in *J.L. & Pol'y.* 13, 2005, pp. 189 ss.
- L. E. Dervan, *Plea Bargaining's Survival: Financial Crimes Plea Bargaining, a Continued Triumph in a Post-Enron World*, in *Okla. L. Rev.* 45, 2007, pp. 453 ss.
- L. E. Dervan, *White Collar Overcriminalization: Deterrence, Plea Bargaining, and the Loss of Innocence*, in *Kentucky Law Journal* 101, 2013, pp. 723 ss.
- F.J. Dimarino, C. Roberson, *Introduction to Corporate and White-Collar Crime*, Routledge, 2013.
- E. Dolcini, F. Viganò, *Sulla riforma in cantiere dei delitti di corruzione*, in *Diritto penale contemporaneo- Riv. trim.* 1, 2012, pp. 232 ss.
- L. Donald, *Resetting the Corporate Thermostat: Lessons from the Recent Financial Scandals About Self-Deception, Deceiving Others and the Design of Internal Controls*, in *Geo. L.J.* 93, 2004, pp. 285 ss.
- M. Donini, *Il delitto riparato. Una disegualità che può trasformare il sistema sanzionatorio*, in *Dir. pen. con.* 2, 2015, pp. 236 ss.

- M. Donini, *Pena agita e pena subita. Il modello del diritto riparato*, in <https://www.questionegiustizia.it/articolo/pena-agita-e-pena-subita-il-modello-del-delitto-riparato> (Last Modified October 29, 2020).
- D. V. Dooley, M. Radke, *Does Severe Punishment Deter Financial Crimes?*, in *Charleston L. Rev.* 4, 2010, pp.619 ss.
- W.S. Duffey, William, *Corporate Fraud and Accountability: A Primer on Sarbanes-Oxley Act of 2002*, *S.C. L. Rev.* 54, 2002, pp. 405 ss.
- H. Edelhertz, T. D. Overcast, *White Collar Crime: An Agenda for Research*, D.C. Heath, 1982.
- H. Edelhertz, *The Nature, Impact and Prosecution of White-Collar Crime*, US Dep. Justice, 1970.
- European Alliance for Access to Safe Medicines, *The Counterfeiting Superhighway*, in <https://eaasm.eu/de/2008/07/01/articles-from-july-2008-2/> (Last modified 2008).
- Federal Trade Commission, *Consumer sentinel network data book: January– December 2015*, in <https://www.ftc.gov/system/files/documents/reports/consumer-sentinel-network-data-book-january-december-2015/160229csn-2015databook.pdf> (Last modified February, 2016).
- T. File, Thom, C. Ryan, *Computer and Internet Use in the United States: 2013*, in <https://www.census.gov/library/publications/2014/acs/acs-28.html> (Last modified November, 2014)
- S. Finocchiaro, Stefano, *Note a prima lettura del decreto-legge 26 ottobre 2019, n. 124 ("Disposizioni urgenti in materia fiscale e per esigenze indifferibili")*, in *Sistema Penale*, 11, 2019, 107-114.
- Q. Fottrell, *Confessions of Insider Trader Scott London*, in *Marketwatch*, June 25, 2014.
- R.S. Frase, *Limiting Excessive Prison Sentences Under Federal and State Constitutions*, in *U. Pa. J. Const. L.* 11, 2008, pp. 39 ss.
- K. Fredericks, R. McComas, *White Collar Crime: Recidivism, Deterrence, and Social Impact*, in *Forensic Res Criminol Int J.* 2, 2016, pp. 7 ss.
- D.O. Friedrichs, *White Collar Crime: Definitional Debates and the Case for a Typological Approach*, in *The Handbook of White-Collar Crime*, OUP Usa, 2019, pp. 16 ss.
- D.O. Friedrichs, D. L. Rothe, *Crimes of the Powerful: White Collar Crime and Beyond*, in *Routledge Handbook of Critical Criminology*, Routledge, 2012, pp. 241 ss.
- E. Fuerbacher, *Reduce Jail Time for White-Collar Crime*, in *Brown Daily Herald*, Feb. 21, 2014.
- Z. D. Gabbay, *Justifying Restorative Justice: A Theoretical Justification for the Use of Restorative Justice Practices*, in *J. Disp. Resol.* 2, 2005, pp. 349 ss.
- Z. D. Gabbay, *Exploring the Limits of the Restoring Justice Paradigm: Restorative Justice and White-Collar Crime*, in *Cardozo Journal of conflict Resolution.* 8, 2007, pp. 422 ss.
- G.S. Green, *Occupational Crime*, Nelson-Hall, 1990.
- S.P. Green, *White Collar Criminal Law in Comparative Perspective: The Sarbanes- Oxley Act of 2002: The Concept of White Collar Crime in Law and Legal Theory*, in *Buff. Crim. L. Rev.* 8, 2004, pp. 13 ss.
- S.P. Green, *Lying Cheating, And & Stealing: A Moral Theory of White Collar Crime*, Oxford University Press, 2006.
- R.J. Harris, *Probation Round the World: Origins and Development*, in *Probation Round the World: A Comparative Study*, Routledge, 1995, pp. 25 ss.
- R.J. Harris, T. W. Lo, *Community Service: Its Use in Criminal Justice*, in *Int J Offender Ther Comp Criminol.* 46, 2002, pp. 436 ss.

T. Hays, L. Neumeister, S. Shlomo, *Extent of Madoff fraud now estimated at far below \$50b*, in *Associated Press*, March 7, 2009.

P. J. Henning, *Is Deterrence Relevant in Sentencing White-Collar Criminals?*, in *Wayne L. Rev.* 27, 2015, pp. 55 ss.

P.T. Jensen, *A Christian Defense of Retribution*, in *CnxmRsi LEGAL Soc'y Q.* 7, 1986, pp. 11 ss.

P. O. Johansen, P.J. Ystehede, *Nordic Economic Crime Research: Work in Progress*. In *Okonomisk Kriminalitet (Financial Crime)*, Nordiske Samarsbejdsrad for Kriminologi, 2010, pp. 7 ss.

D. Johnson, R. Leo, *The Yale White-Collar Crime Project: A Review and Critique*, in *Law of Social Inquiry.* 18, 1993, pp. 63 ss.

D.M. Kahan, *The Secret Ambition of Deterrence*, in *Harv. L. Rev.* 113, 1999, pp. 413 ss.

J. Kane, A. Wall, *The National Public Household Survey 2005*, National Center for White-Collar Crime, 2006.

E. Kantorowicz-Reznichenko, *The 'Net-Widening' Problem and its Solutions: The Road to a Cheaper Sanctioning System*, in https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2387493 (Last modified: December 1, 2013).

H. Keith, *Compliance Strategy, Prosecution Policy And Aunt Sally*, in *Brit. J.Criminology* 30, 1990, pp. 444 ss.

Kenneth Mann. 1985. *Defending White-Collar Crime: A Portrait of Attorneys at Work*. Bloomsbury: Yale University Press.

J.F. Klaus, *Handbook on probation services: Guidelines for Probation Practitioners and Managers*, United Nations Interregional Crime and Justice Research Institute and the Commonwealth Secretariat, 1998.

L. Korsell, *Three Decades of Researching and Combating Economic Crime: The Swedish Case*, in *White-Collar Crime Research: Old Views and Future Potentials*, National Council of Crime Prevention, 2001, pp. 91 ss.

A. Larsson, *What is 'Economic' About Economic Crime?*, In *White-Collar Crime Research: Old Views and Future Potentials*, National Council of Crime Prevention, 2001, pp. 91 ss.

D. Levine, *Inside Out: An Insider's Account Of Wall Street*, Random House Business Books, 1991.

D. Lipton, R. Martinson, J. Wilks, *The Effectiveness Of Correctional Treatment: A Survey Of Evaluation Studies*, Praeger, 1975.

O. Lobel, *Citizenship, Organizational Citizenship, and the Laws of Overlapping Obligations*, in *Cal. L. Rev.*, 97, 2009, pp. 440 ss.

E. Luna, *Punishment Theory, Holism, and the Procedural Conception of Restorative Justice*, in *Utah L. Rev.*, 2003, pp. 205 ss.

K. Mann, "Procedure Rules and Information Control: Gaining Leverage Over White-Collar Crime". In *White-Collar Crime Reconsidered*, Northeastern University Press, 1992, pp. 353 ss.

E. McFayden, *Global Implications of White Collar Crime*, in https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1530685 (Last Modified: January 3, 2010).

G. McIvor, *Sentenced to Serve: The Operation and Impact of Community Service by Offenders*, Aldershot, 1992.

H. Mifflin, *The American Heritage Dictionary of the English Language*, Houghton Mifflin Company, 2004.

- P. Mitchell, S. Shavell, *On the Disutility and Discounting of Imprisonment and the Theory of Deterrence*, in *J. Legal Stud.* P. 28, 1999, pp. 2 ss.
- N. Morris, M. Tonry, *Between Prison and Probation: Intermediate Punishments In A Rational Sentencing System*, Oxford University Press, 1990.
- F. Mucciarelli, *Le "Nuove" False Comunicazioni Sociali: Note in Ordine Sparso*, in *Dir. Pen. Con.* 2, 2015, pp. 159 ss.
- M. Mungan, *The Law and Economic of Fluctuating Criminal Tendencies and Incapacitation*, in *Md. L. Rev.* 72, 2012, pp. 156 ss.
- L.H. Nicholson, *Sarbanes-Oxley's Purported Over-Criminalization of Corporate Offenders*, in *J. Bus. & Tech. L.*, 43, 2007, pp. 45 ss.
- R. Nirel, Ronit, S.F. Landau, BSagiv, *The Effectiveness of Service Work: An Analysis Of Recidivism*, in *Journal of Quantitative Criminology.* 13, 1997, pp. 73 ss.
- M. Norval, M. Tonry, *Between Prison And Probation: Intermediate Punishments In Arational Sentencing System*, Oxford University Press, 1990.
- OECD, *Counting the Cost: The Economic Impacts of Counterfeiting and Piracy*, in <https://www.oecd.org/sti/38707619.pdf> (Last modified 2007).
- J. Palmer, *Abolishing Plea Bargaining: An End to the Same Old Song and Dance*, in *Am. J. Crim. L.* 26, 1999, pp. 505 ss.
- D. Parent, T. Dunworth, D. McDonald, W. Rhodes, *Key Legislative Issues In Criminal Justice: Intermediate Sanctions*, National Institute of Justice Research in Action Series. Office of Justice Programs- U.S. Department of Justice, 1997.
- R. Paternoster, S. Tibbetts, *White Collar Crime and Perceptual Deterrence*, in *Oxford Handbook on White-Collar Crime*, Oxford University Press, 2016, pp. 622 ss.
- R. Paternoster, S. Simpson, *Sanction Threats and Appeals to Morality: Testing A Rational Choice Model of Corporate Crime*, in *Law & Soc'y Rev.* 549, 1996, pp. 561 ss.
- J. R. Petersilia, *Expanding Options for Criminal Sentencing*, CA: RAND, 1987.
- G. Pierro, *Accertamento del Fatto e Colpevolezza al di là di Ogni Ragionevole Dubbio*, Aracne, 2011.
- E.S. Podgor, *The Challenge of White Collar Sentencing*, in *J. Crim. L. & Criminology.* 93, 2007, pp. 731 ss.
- M. Polinsky, S. Shavell, *On the Disutility and Discounting of Imprisonment and the Theory of Deterrence*, in *J. Legal Stud.* 28, 1999, pp. 1 ss.
- H. Pollack, A. B. Smith, *White-Collar V. Street Crime Sentencing Disparity: How Judges See The Problem*, in *Judicature*, 67, 1983, pp. 175 ss.
- H. Pontell, *White-Collar Crime or Just Risky Business? The Role of Fraud in Major Financial Debacles*, in *Crime Law and Social Change.* 42, 2005, pp. 309 ss.
- R.A. Posner, *Optimal Sentences for White Collar Criminals*, in *Am. Crim. L. Rev.* 17, 1980, pp. 409 ss.
- Public Citizen, *Corporate fraud and abuse taxes. Cost the Public Billions*, in <https://www.citizen.org/wp-content/uploads/corporateabusetax.pdf> (Last modified: 2002).
- F. Resta, L. Manconi, *I paradossi del garantismo*, Franco Angeli, 2012.
- L.E. Ribstein, *The Perils of Criminalizing Agency Costs*, in *J. Bus & Tech. L.* 2, 2007, pp. 59 ss.
- D. Richman, *Federal White Collar Sentencing in the United States: A Work in Progress*, in *L. & Contemp. Probs.* 76, 2013, pp. 53 ss.
- P.H. Robinson, J. M. Darley, *Does Criminal Law Deter? A Behavioral Science Investigation*, in *Oxford J. Legal Stud.* 24, 2004, pp. 179 ss.
- P.H. Robinson, J. M. Darley, *The Role of Deterrence in the Formulation of Criminal Law*

- Rules: *At Its Worst When Doing Its Best*, in *Geo. L.J.* 91, 2003, pp. 949 ss.
- L. Romero, *Procedures for Investigating and Prosecuting White Collar Crime*, in *U.S.-Mex. L.J.* 165, 2003, pp. 165 ss.
- V. Ruggiero, M. Welch, *Special Issue: Power Crime*, in *Crime, Law And Social Change*, 51, 2009, pp. 297 ss.
- M. Russell, *Corporate Crime and Violence: Big Business Power And the Abuse of the Public Trust*, Sierra Club Books, 1988.
- L.C. Russell, *The Prosecutor's Dilemma: Bargains and Punishments*, in *Fordham L. Rev.*, 93, 2003, pp. 119 ss.
- C. Ryan, K. Bauman, *Educational attainment in the United States: 2015*. U.S. Census Bureau, in <https://www.census.gov/library/publications/2016/demo/p20-578.html> (Last Modified March, 2016.)
- G. S. Becker, *Crime and Punishment: An Economic Approach*, in *J. Pol. Econ.* 76, 1968, pp. 169 ss.
- L. Salinger, *Encyclopedia of White-Collar and Corporate Crime*, Sage, 2003.
- G. Sandeep, *Skilling's Martyrdom: The Case for Criminalization Without Incarceration*, in *U.S.F. L. Rev.* 44, 2010, pp. 459 ss.
- P. Saxby, R. Anil, *Financial Loss and Suicide*, in *The Malaysian Journal of Medical Sciences*. 19, 2012, pp. 74 ss.
- K. Schlegel, *Just Deserts For Corporate Criminals*, Northeastern University Press, 1990.
- A. Schmidt, *An Overview Of Intermediate Sanctions in The United States*, in *Alternatives to imprisonment in comparative perspective*, Nelson-Hall, 1993, pp- 349 ss.
- T. Segal, *Enron Scandal: The Fall of a Wall Street Darling*, in <https://www.investopedia.com/updates/enron-scandal-summary/> (Last modified January 19, 2021.)
- S. Shapiro, *Wayward Capitalists*, Yale University Press, 1984.
- H.M. Shulman, *Measurement of crime in the United States*, in *J. Crim. L. Criminology & Police Sci* 57, 1966, pp. 483 ss.
- S. Simpson, M.L. Benson, *White Collar Crime: An Opportunity Perspective*, Routledge, 2009.
- S. Simpson, *White-Collar Crime: A Review of Recent Developments and Promising Directions for Future Research*, in *Annual Rev. Of Soc.*, 39, 2013, pp. 309 ss.
- S. Simpson, *Making Sense of White-Collar Crime: Theory and Research*, in *The Ohio State Journal of Criminal Law*. 8, 2011, pp. 484 ss.
- E. Soltes, *Why They Do It*, Public Affairs, 2006.
- E.C. Spaans, *Appels En Peren: Een Onderzoek Naar De Recidive Van Dienstverleners En Kortgestraften*, Gouda Quint, 1994.
- V. Stern, *Alternatives to Prison in Developing Countries*, International Centre for Prison Studies King's College London and Penal Reform International, 1999.
- E. Stewart, *White Collar Crime Costs Between \$300 and \$600 Billion a Year*, in <https://aitcfis.com/white-collar-crime-costs-between-300-to-600-billion-a-year/> (Last modified July 9, 2015).
- J.K. Strader, *The Judicial Politics of White Collar Crime*, in *Hastings L.J.* 48, 1999, pp. 1199 ss.
- S. Sun Beale, *The Many Faces of Overcriminalization: From Morals and Mattress Tags to Overfederalization*, in *Am. U. L. Rev.* 54, 2005, pp. 747 ss.
- E. Sutherland, *White Collar Crime*, The Dryden Press, 1949.
- E. Sutherland, *White-Collar Criminality*, in *American Sociological Review*. 5, 1940, pp. 1 ss.
- E. Szockyj, *Imprisoning White-Collar Criminals?*, in *S. ILL. U. L. J.* 23, 1999, pp. 485 ss.

- P. Tak, *Community Service Sentence in The Netherlands*, in *Alternatives To Imprisonment In Comparative Perspective*, Nelson-Hall, 1993, pp. 305 ss.
- F. Tamar, *Trust and Honesty: America's Business Culture at A Crossroad*, Oxford University Press, 2006.
- L. Tescaroli, *La cd. legge Spazzacorrotti: analisi e problematiche delle novità sostanziali e processuali della legge n. 3/19*, in https://www.questionegiustizia.it/articolo/la-cd-legge-spazzacorrotti-analisi-e-problematiche_09-09-2019.php (Last modified September 9, 2019).
- A.D. Thad, *A New Model of Securities Law Enforcement*, in *Cumb. L. Rev.* 32, 2001, pp. 98 ss.
- H. Todd, *Sentencing the Why of White Collar Crime*, in *Fordham L. Rev.* 82, 2014, pp. 3143 ss.
- M. Tonry, M. Lynch, *Intermediate Sanctions*, in *Crime & Just.*, 20, 1966, pp. 99 ss.
- M. Tonry, *Intermediate sanctions in sentencing guidelines (National Institute of Justice Issues and Practices)*, U.S. Department of Justice, 1997.
- T. Tyler, *Why People Obey the Law*, Princeton University Press, 2006.
- U.S. Department of Justice, Federal Bureau of Investigation, *Crime in the United States*, in <https://www.fbi.gov/news/pressrel/press-releases/fbi-releases-2015-crime-statistics> (Last modified 2015).
- UNESCO, *Education: Literacy Rate*, in <http://data.uis.unesco.org/> (Last modified 2016).
- D. Van Ness, *The Shape of Things to Come: A Framework for Thinking About A Restorative Justice System*, in *Restorative Justice: Theoretical Foundations*, Willam Publishing, 2001, pp. 1 ss.
- D. Van Ness, K. Heetderks Strong, *Restoring Justice*, Anderson Publishing Co., 1999.
- F. Viganò, *La riforma dei Delitti di Corruzione*, in *Libro Dell'Anno del Diritto*, Treccani, 2013, pp. 153 ss.
- M. Volpi, *Istituzioni e sistema politico in Italia: bilancio di un ventennio*, Il Mulino, 2015, pp. 37-38.
- L. Walgrave, *How Pure Can A Maximalist Approach to Restorative Justice Remain? Or Can A Purist Model of Restorative Justice Become Maximalist?*, in *Contemp. Just. Rev.* 3, 2000, pp. 228 ss.
- R.A. Wasserstrom, *The Judicial Decision*, Standford University Press, 1961.
- D. Weisburd, E. Waring. 2001. *White-Collar Crime And Criminal Careers*, Cambridge University Press, 2001.
- D. Weisburd, E. Waring, E. Chayey, *Specific Deterrence in a Sample of Offenders Convicted of White-Collar Crimes*, in *Criminology.* 33, 1995, pp. 597 ss.
- A. Weissmann, J. A. Block, *White-Collar Defendants and White-Collar Crimes*, in *Yale L.J. Pocket Part.* 116, 2007, pp. 286 ss.
- C.F. Wellford, B.L. Ingraham, *White Collar Crime: Prevalence, Trends, And Costs*, in *Critical Issues in Crime and Justice*, Sage, 1994, pp. 7 ss.
- H. Wermink, A. Blokland, P. Nieuwbeerta, D. Nagin, N. Tollenaar, *Comparing the Effects of Community Service and Short-Term Imprisonment on Recidivism: a Matched Samples Approach*, in *J Exp Criminol* 6, 2010, pp. 325 ss.
- S. Wheeler, K. Mann, *Sitting In Judgment: The Sentencing Of White-Collar Criminals*, Yale University Press, 1988.
- S. Wheeler, K. Mann, A. Sarat, *Sitting in Judgment: The Sentencing of White Collar Offenders*, Yale University Press, 1988.
- D. Whitfield, *Extending The Boundaries, In Paying Back: Twenty Years Of Community Service*, Waterside, 1993, pp. 89 ss.

- L.T. Wilkins, *Social Deviance: Social Policy, Action, and Research*, Prentice-Hall, 1965.
- K. Zickuhr, A. Smith, *Digital differences*. Pew Research Center, in <https://www.pewresearch.org/internet/2012/04/13/digital-differences/> (Last modified April 13, 2012)
- U. Zvekic, *Probation Round the World: A Comparative Study*, Routledge, 2011.

Riflessione

— La vita come attesa nel teatro di Samuel Beckett

Life as waiting in Samuel Beckett's theater

di Francesco Provinciali

Abstract. *In questa breve trattazione si considerano le due opere di Samuel Beckett ritenute più connotative della sua maturazione letteraria e insieme più denotative di un modo di fare teatro del tutto singolare, fuori dagli schemi consueti, dove si compendiano i temi più caratterizzanti della sua revisione radicale intorno al concetto di "vita come attesa": "Aspettando Godot" e "Giorni felici". Entrambe le opere, pur prive di una trama razionalmente sostenibile e di fatto senza incipit e senza finale, esprimono allegorie e metafore estremamente significative di cui offrono una rappresentazione plastica, dove la sceneggiatura teatrale spiega in modo visibile e completo la narrazione letteraria: il teatro assume in Beckett e nella "scuola di pensiero dell'assurdo" l'iconografia scenografica pur essenziale e minimalista di una simbologia altrimenti difficilmente intellegibile.*

Abstract. *In this brief discussion we consider the two works by Samuel Beckett considered most connotative of his literary maturation and at the same time more denotative of a completely singular way of doing theater, outside the usual schemes, where the most characteristic themes of his radical revision are summarized around to the concept of "life as waiting": "Waiting for Godot" and "Happy days". Both works, although lacking a rationally sustainable plot and in fact without incipit and without ending, express extremely significant allegories and metaphors of which they offer a plastic representation, where the theatrical script explains in a visible and complete way the literary narration: the theater assumes in Beckett and in the "school of thought of the absurd" the scenographic iconography, even if essential and minimalist, of a symbolism otherwise difficult to understand.*

Per un irlandese nato a Dublino (al pari di James Joyce, altro grande letterato del Novecento, che nel suo capolavoro Ulisse aveva descritto quella città come luogo grigio e monotono) morire 83 anni dopo a Parigi, nel 1989, avrebbe avuto in quegli anni il

significato di un esilio: non così per Samuel Beckett che aveva fatto della “ville lumière” la sua seconda patria («preferisco la Francia in guerra che l’Irlanda in pace»)¹ e certamente per volontà il luogo in cui tra l’ottobre del 1948 e il gennaio del 1949 compose, scrivendo il testo originale in francese – usato perché gli era più facile scrivere “senza stile” – (così come la trilogia di romanzi successivi, “Molloy”, “Malon muore” e “L’innominabile”), la pièce teatrale “En attendant Godot”, considerato il capolavoro che lo consegnò alla storia e gli valse, insieme alla copiosa produzione letteraria di romanzi e poesie, il Premio Nobel nel 1969.

Peraltro fu proprio a Parigi che conobbe il suo connazionale Joyce che ebbe una notevole influenza sulla sua iniziale formazione. Tuttavia i suoi viaggi in Europa, e specialmente i soggiorni in Italia ma soprattutto in Francia (dove fu tra l’altro insignito della *Croix de guerre* e della *Medaille de la Resistance* dal governo francese per il suo impegno nel combattere l’occupazione tedesca) lo dotarono di una cultura cosmopolita e di una perfetta padronanza delle lingue, a cui fece seguire nel tempo interessi poliedrici tra prosa e romanzo in senso stretto, poesia, teatro, cinema e televisione. Una biografia, la sua, ricca di conoscenze e di incroci culturali in cui Parigi esercitò un ruolo centrale: assiduo frequentatore dei “Cafè” della “Rive Gauche” della Senna, rinsaldò amicizie importanti e influssi letterari decisivi per la sua formazione.

Tuttavia la sua complessa personalità, unita al desiderio di non esplicitare sudditanze artistiche lo rese celebre e affermò la sua genialità piuttosto per una sorta di pensiero divergente, un ripudio tardivo della paternità di Joyce e di quella letteratura che da Proust a Musil mirava alla narrazione totalizzante, all’opera completa ed esplicitiva in termini sommativi e di contenuto, affermando sia nella prosa ma soprattutto nel teatro l’impossibilità di mettere insieme una esposizione che potesse dare un qualsiasi senso compiuto dalla realtà. In questo senso la critica lo individua come capofila di quel “teatro dell’assurdo” – per citare una eloquente definizione di Martin Essle² – che annoverò altri importanti autori come Eugène Ionesco e Harold Pinter. Nella rivisitazione di questa scuola di pensiero e di espressione artistica, soffermarsi sulla produzione teatrale di Samuel Beckett porta inevitabilmente a coglierne una peculiarità singolare, unica, una personalissima *Weltanschauung* (concezione del mondo) che ne esalta la genialità irripetibile e decisamente incomparabile.

In questa sede di riflessione si considerano pertanto le due pièces teatrali ritenute più significative al fine di cercare gli spunti e gli utili approfondimenti che radichino e giustifichino questo convincimento.

Ci si riferisce in modo esplicito alle due opere ritenute più connotative della sua maturazione letteraria e insieme più denotative di un modo di fare teatro del tutto singolare, fuori dagli schemi consueti, dove si compendiano i temi più caratterizzanti della sua revisione radicale intorno al concetto di “vita come attesa”: “Aspettando Godot”³ e “Giorni felici”⁴.

¹ «Nel 1939, quando scoppiò la guerra, io ero in Irlanda e tornai immediatamente in Francia. Preferivo la Francia in guerra all’Irlanda in pace», in *New York Times*, 6 maggio 1956. Cfr. anche F. Pace, *Controvento. Storie e viaggi che cambiano la vita*, Einaudi, 2017.

² M. Essle, *The Theatre of the Absurd*, 1961, ediz. italiana *Il teatro dell’assurdo*, Abete, 1980.

³ S. Beckett, *Aspettando Godot*, in *Id., Teatro*, Einaudi, 2016, pp. 3 ss. Scritta tra l’ottobre 1948 e il gennaio 1949, viene pubblicata nel 1952 – edizioni Minuit – e la sua prima rappresentazione avviene nel 1953 al

Entrambe le opere, pur prive di una trama razionalmente sostenibile e di fatto senza incipit e senza finale, esprimono allegorie e metafore estremamente significative di cui offrono una rappresentazione plastica, dove la sceneggiatura teatrale spiega in modo visibile e completo la narrazione letteraria: il teatro assume in Beckett e nella “scuola di pensiero dell’assurdo” l’iconografia scenografica pur essenziale e minimalista di una simbologia altrimenti difficilmente intellegibile.

In “*Aspettando Godot*” i due protagonisti principali – Vladimiro ed Estragone – ambientati in una scenografia scarna composta da una panchina e un albero (unico elemento che esprime lo scorrere del tempo, ora un poco fronzuto ora spoglio) imbastiscono un dialogo ripetitivo e senza conclusione, incentrato appunto nell’attesa di quel misterioso personaggio cui Beckett ha dato il nome di Godot.

In realtà la trama consiste nell’indugiare inconcludente, in modo ciclico e ripetitivo, senza memoria e distinzione tra l’ieri, l’oggi e il domani, dove le parole sono autoreferenziali e tautologiche ma prive di significato, in teoria procrastinabili all’infinito senza che accada nulla. Lo stesso sopravvenire in scena di altri tre personaggi (Pozzo, Lucky e un ragazzo sedicente mandato da Godot per scusarsi del ritardo) non porta alcun esito, tanto da ripetersi allo stesso modo nel secondo atto e probabilmente se ce ne fossero stati altri, all’infinito. Celebre al riguardo la recensione di Vivian Mercier: «Beckett ha scritto un’opera in cui non succede nulla, due volte»⁵.

Si coglie in questa vana ed estenuante attesa di qualcosa o qualcuno che resta indefinito un nichilismo di fondo nei confronti dell’esistenza umana, il non-senso della parola e l’assenza della comunicazione, poiché rimane sottotraccia e sbiadito il senso allegorico, semantico e simbolico di un dialogo basato su argomentazioni prive di un significato esplicito: Vladimiro ed Estragone parlano tra loro ma in realtà non hanno nulla da dirsi. Lo stesso nome scelto da Beckett – Godot – potrebbe essere riferito a Dio, al destino, alla fortuna, al caso o al cognome di un pilota d’aereo per un viaggio compiuto un giorno da Beckett e rimastogli impresso nella memoria. Al riguardo Beckett aveva affermato in una intervista a margine della citata pubblicazione del 1952, edizioni Minuit, Parigi: «non ne so di più di quest’opera di colui che la legge con attenzione. Né so in quale spirito l’ho scritta. Non so nulla dei personaggi se non ciò che dicono, ciò che fanno e ciò che succede loro [...]. Non so chi sia Godot e non so neanche, soprattutto, se Godot esiste. E non so se ci credono o meno, i due che lo aspettano»⁶.

Theatre de Babylone a Parigi, con un allestimento scenografico improvvisato e 200 posti a sedere, dove ha un discusso e controverso esito. Due anni dopo appare la traduzione in inglese, curata da lui stesso, messa in scena a Londra, con critica negativa, poi negli USA: fiasco a Miami e grande successo a New York.

⁴ S. Beckett, *Giorni felici*, in *Samuel Beckett Teatro*, cit., pp. 109 ss. Titolo originale *Happy days*, Faber and Faber, 1962, prima edizione edita da Grove press, 1961; prima rappresentazione presso il *Cherry Lane Theatre*, il 17 settembre 1961, New York; tradotto dall’autore in francese con il titolo *Oh les beaux jours*, Edition de Minuit, 1963.

⁵ V. Mercier, *The Uneventful Event*, in *The Irish Times*, 18 febbraio 1956, p. 16, scrisse che Beckett «ha realizzato il teoricamente impossibile, un’opera in cui non succede nulla, ma che tiene incollati gli spettatori ai loro posti. In più, considerando che il secondo atto è una ripresa leggermente differente del primo, ha scritto un’opera in cui non succede nulla, due volte» («*Has achieved a theoretical impossibility – a play in which nothing happens, that yet keeps audiences glued to their seats. What’s more, since the second act is a subtly different reprise of the first, he has written a play in which nothing happens, twice*»).

⁶ Intervista rilasciata nel 1952 e citata nei due seguenti testi di critica letteraria AA.VV., *Le ceneri della commedia*, Bulzoni, 1997; R. Blin, *Artaud, Beckett, Genet e gli altri*, Dino Audino Edit., 2010,

Come acutamente osserva Federico Platania: «*Aspettando Godot* costituisce una pietra miliare della cultura del Novecento – oltre che dal punto di vista contenutistico – anche da quello formale: Godot ha di fatto rivoluzionato il teatro contemporaneo. Con la sua messa in burletta del linguaggio teatrale (forse il colpo più terribile), la sua commistione di registri alti e bassi (citazioni teologiche e turpiloquio), il *mix* dei generi (tragedia, commedia, teatro comico, *gag* da *cabaret*), con il suo disinnescare quelli che fino ad allora erano considerati punti fermi intoccabili (azione, trama, significato), con le sue pause, i suoi silenzi, i suoi ritorni inconcludenti, *Aspettando Godot* ha riassunto, polverizzato e ricreato il teatro»⁷.

Non ci troviamo di fronte – tuttavia- ad un'opera teatrale astratta quanto piuttosto ad una infinita allegoria degli impliciti: nel disagio dell'attesa, nell'indeterminatezza di colui che dovrebbe arrivare, nel tempo che trascorre in modo vano e ripetitivo si possono cogliere alcune categorie antropologiche della modernità come l'insoddisfazione perenne per un'esistenza irrisolvibile che si arrende agli eventi del destino, l'inconcludenza e la vacuità del dire e del fare, la rassegnazione, la precarietà, l'incomunicabilità che sottende le relazioni umane, persino la ricerca della morte («ci suicidiamo oggi o domani?» ... «E se ci impiccassimo?»)⁸.

Beckett non offre dunque una chiave interpretativa univoca alla comprensione del testo teatrale, dopo aver seguito due «atti identici»⁹ e ascoltato il finale («Vadimiro: Allora andiamo? Astragone: Andiamo. Non si muovono»)¹⁰ lo spettatore esce dalla sala senza risposte ma con un imperativo categorico: «ora devo riflettere». Direi non poco, anche oggi.

Altrettanto interessante e significativa l'altra *pièce* teatrale "*Giorni felici*".

La scenografia è suddivisa nei due atti: nel primo Winnie (una donna sulla cinquantina) è immersa nella terra fino alla vita mentre il marito Willie (un uomo sulla sessantina) le striscia intorno come un verme ma senza mai raggiungerla, accovacciato, con il cranio vuoto, senza alzarsi mai, biascicando le stesse parole, masturbandosi girato di spalle, o leggendo lo stesso foglio di giornale.

Le giornate sono scandite da uno scampanello, per la sveglia e per il sonno. È Winnie che domina la scena. Coperta da un grazioso ombrellino, utile per il sole o la pioggia, gode delle cose che ha nella borsetta.

È l'icona della perfetta borghese e insieme della garrula femminilità, che si esprime in un continuo chiacchiericcio da salotto mentre il marito – succube e taciturno – sopporta l'invadenza della moglie. Come per "*Aspettando Godot*" il critico Federico Platania coglie in "*Giorni felici*" il senso del messaggio beckettiano: «la felicità di Winnie è la chiave dell'opera. Winnie non vuole ammettere che si trova in una situazione infernale. Lei si proclama felice, la sua è una vita felice. Cosa può desiderare di più? Ha la sua borsetta con la spazzola, lo specchio (e una piccola pistola con la quale potrebbe

⁷ F. Platania, *Aspettando Godot*, in *Samuel Beckett.it*, il sito italiano dedicato a Samuel Beckett.

⁸ S. Beckett, *Teatro*, cit., p. 15; *Id.*, *Aspettando Godot*, cit., atto primo.

⁹ V. Mercier, *The Uneventful Event*, cit.

¹⁰ S. Beckett, *Teatro*, cit. p. 36; *Id.*, *Aspettando Godot*, cit., atto primo.

velocemente farla finita, ma significherebbe ammettere la sconfitta della sua esistenza). Ha un marito che può tormentare col suo continuo parlare. È una vita meravigliosa. E i suoi giorni – che trascorrono tra l’assordante campanello del risveglio e l’altrettanto assordante campanello del sonno – sono giorni felici»¹¹.

Nel secondo atto la scenografia si presenta ancora più difficile, quasi terribile per Winnie: affondata nel terreno fino al collo riesce a compiere pochi movimenti, le resta solo la parola, addirittura il canto: al suono del campanello che annuncia il calare delle tenebre intona infatti una allegra aria da operetta.

Anche in “*Giorni felici*” la metafora della vita come attesa trova una rappresentazione iconografica geniale: può far discutere, oggi, in tema di “parità di genere” la soccombenza di Willie rispetto alla gioia di vivere di Winnie, padrona della scena. Ma come in “*Aspettando Godot*” l’assenza di una trama e la situazione di immobilità dei due protagonisti, uno costretto a strisciare come un verme e l’altra infossata in una quasi totale assenza di movimento esprimono l’allegoria del paradosso di vivere, pur nella differenziazione dei ruoli. Ciò che in questa *pièce* Beckett vuole palesare è la rappresentazione delle difficoltà della vita, direi il dramma della precarietà esistenziale come categoria del nostro tempo.

L’iconografia della incomunicabilità e dell’attesa si ripropone in “*Giorni felici*” perché il circondarci di oggetti e beni materiali non rimuove le psicopatologie della vita quotidiana, mentre l’immobilità coatta esprime i limiti oggettivi della condizione umana, che oscilla dal frivolo e dall’effimero che danno una parvenza di felicità, fino alla rivoltella nella borsetta come soluzione estrema per farla finita.

Tra le varie trasposizioni sceniche della sua opera Beckett fu molto interessato dall’allestimento teatrale di Giorgio Strehler al punto da assistere alla rappresentazione perché nella sua versione di “*Giorni felici*” con Winnie interpretata da Giulia Lazzarini e Willie dal marito Franco Sangermano, il nostro regista volle esprimere il grande amore per la vita nascosto tra le pieghe del testo letterario pur in presenza di un’iconografia decisamente grottesca e drammatica¹².

Come argomentato in esordio, il pensiero di Samuel Beckett esprime un’originalità per certi aspetti impenetrabile o comunque declinabile in una molteplicità di interpretazioni. La sua trasposizione teatrale rende plastico e visibile il concetto di “iconografia inesprimibile”, tipica del cosiddetto Teatro dell’assurdo.

Eppure le situazioni di immobilità, i dialoghi al limite dell’incomprensione, le sceneggiature e le ambientazioni scarne hanno la capacità di proporre una comunicazione sui generis, apparentemente banale ma in realtà frutto di una genialità affascinante.

¹¹ F. Platania, *Giorni felici*, in *Samuel Beckett.it*.

¹² G. Strehler, *Il mio incontro con Beckett*, in *La Stampa*, 27 dicembre 1989: «quando nell’allestire *Giorni felici* io sottolineai, senza una parola in più ma con un accento gestuale, la volontà di vivere “fino all’ultimo” della protagonista, alcuni critici tedeschi sottolinearono questo fatto con grande e insolita meraviglia per questo ottimismo assegnato alla comune e creduta disperazione di Beckett. Ricevetti allora alcune righe da Beckett stesso che mi diceva di essere estremamente curioso e di volere venire a vedere lo spettacolo e che, comunque, per lui, in un modo o nell’altro i suoi personaggi vogliono sempre affermare la vita, aggiungendo: anche se è forse la peggiore delle condizioni possibili».

Si percepisce un senso di “vita vuota” che si realizza nell’attesa, oscillando tra il “tutto” recondito e il “nulla” apparente. La vita scorre aspettando un evento che ritarda, potrebbe essere anticipato solo con un gesto di impulso o di follia: in entrambe le *piecès* teatrali i personaggi accennano a farla finita, il suicidio interromperebbe la noia o l’angoscia di un’attesa che altrimenti si protrarrebbe all’infinito. E anche laddove Winnie sprizza felicità e gratificazione per una grottesca condizione di appagamento esistenziale (senza rendersi conto della ripetitività e insignificanza dei suoi gesti) tiene nella borsetta una pistola pronta per spezzare la monotonia della quotidianità, dove l’essere – e qui sta un’importante chiave di lettura- si riduce ad una mera alternanza di abitudini fino alla consapevolezza eventuale che la ripetitività dei giorni apparentemente felici si risolve in un infinito protrarsi di una soccombenza predestinata.

Sono scene adombrate dall’angoscia nascosta e del tutto prive di una luce di speranza.

Nulla serve di ciò che si fa se non per sopravvivere a se stessi e alla vita intesa come stato di latenza priva di significati.

Applicando queste allegorie alla condizione umana si evince come l’incomprensione – nella soggettività di ciascuno e nella dimensione relazionale – si traduca in una sorta di incomunicabilità che apre all’angoscia, alla precarietà e alla solitudine. Scrivendo queste riflessioni su una rivista che si occupa di “diritto” e di “uomo” (inteso come persona) affiorano alla mente le molteplici psicopatologie della vita quotidiana. A volte si finge di non capire, protraendo la fenomenologia dell’attesa per sfuggire agli eventi, altre volte per occultare sotto una congerie di comportamenti apparentemente insensati i pensieri reconditi: il senso di inadeguatezza, il pregiudizio rivolto agli altri, l’abbandono delle proprie azioni alla simulazione di scelte che non si riescono a compiere, all’ineludibilità di un destino atteso, alla ripetitività dei gesti come scelta salvifica rispetto alla consapevolezza latente della vita e della morte come discriminazione autentica in un mare magnum di occupazioni apparenti, di felicità irraggiungibili (in quanto inesistenti, preciserebbe Galimberti)¹³, di male di vivere (come direbbe Sartre)¹⁴.

Ogni giorno reca una pena e leggendo Kafka¹⁵ siamo tutti in attesa di un “processo” immaginifico, la precarietà che si esprime nell’attesa di qualcosa di indefinito e inesprimibile diventa il paradigma esistenziale prevalente. Abbiamo ricordato nel numero precedente le parole di Dostoevskij: «a volte l’uomo è straordinariamente, appassionatamente innamorato della sofferenza».

Ciò non significa che la cerchiamo come scelta di vita: la subiamo come ineludibile passaggio verso la redenzione. I fatti di cronaca ricorrenti ci aprono gli occhi su una realtà fatta anche di violenze e di desiderio di giustizia e di riscatto. Anche il diritto penale conosce molte vite in attesa: la vita del detenuto in attesa del fine pena; la vita

¹³ Cfr. F. Provinciali, *Intervista a Umberto Galimberti, La condizione elementare e fondamentale per continuare a vivere si chiama amore*, in *Il Domani d’Italia*, 24 marzo 2020

¹⁴ Cfr. J.P. Sartre, *L’essere e il nulla*, a cura di F. Fergnani, M. Lazzari, Il Saggiatore, 2014.

¹⁵ Cfr. F. Kafka, *Il processo*, trad. it. a cura di C. Morena, Garzanti, 2008.

dell'indagato/imputato che aspetta il suo processo; la vita della vittima che sopravvive alla violenza o dei suoi parenti che attendono sia resa giustizia.

Il teatro di Samuel Beckett – per quanto sia stato definito l'iconografia dell'assurdo – può aiutarci a capire le infinite occasioni di attesa che la vita ci para innanzi, quotidianamente, come parte del cammino che tutti siamo chiamati a compiere.

Come mi disse Reinhold Messner – uno che di partenze, di attese e di ritorni se ne intende –: «le dimensioni umane nascoste sono più interessanti di quelle trionfalistiche»¹⁶.

¹⁶ Cfr. F. Provinciali, *Intervista a Reinhold Messner, L'Ulisse che ritorna*, in *Il Domani d'Italia*, 30 gennaio 2020.

Riflessione

— **Tenere la rotta**

Riflessioni a margine di C. Siccardi, *“I diritti costituzionali dei migranti in viaggio. Sulle rotte del Mediterraneo”*

Staying the course

Reflections in the margins of C. Siccardi, “I diritti costituzionali dei migranti in viaggio. Sulle rotte del Mediterraneo”

di Paolo Oddi

Mai come oggi sono necessari strumenti qualificati volti a supportare legali ed operatori (del diritto e non) chiamati a misurarsi con le migrazioni. A fronte della complessità del fenomeno e dell'urgenza di presidiare diritti fondamentali ma fragili, va in questa direzione il bel volume di **Cecilia Siccardi** dal titolo *“I diritti costituzionali dei migranti in viaggio. Sulle rotte del Mediterraneo”* (Editoriale Scientifica, Napoli 2021).

Sono di questi giorni le tragiche notizie provenienti dalle frontiere esterne dell'Unione europea, di profughi intrappolati nel gelo delle foreste tra Polonia e Bielorussia¹ e di altri migranti sommersi e salvati nel canale di Sicilia. La stampa ha reso noto il caso di un drammatico recente soccorso di novantanove sopravvissuti a un naufragio, operato dalla Geo Barents (la nave di Medici senza frontiere) su un affollato barcone alla deriva in acque internazionali davanti alla Libia occidentale, sul fondo del quale sono stati rinvenuti dieci cadaveri di persone, probabilmente asfissiate durante il viaggio². Gli sbarchi sono

¹ V. *Bielorussia-Polonia, cosa sta succedendo ai confini dell'Europa*, in *Save The Children*, 9 dicembre 2021. Si veda anche il punto di ASGI sulla situazione ai confini dell'Europa orientale: *ASGI sulla situazione ai confini orientali dell'Europa*, del 22 novembre 2021.

² V. *La nave «Geo Barents» fa rotta su Messina: a bordo i 10 migranti morti*, in *Il Corriere della Sera*, 19 novembre 2021.

continuati nei giorni di Natale e anche ora, mentre scrivo, centinaia di persone messe in salvo dalle organizzazioni non governative attendono l'assegnazione di un porto sicuro³.

Il **viaggio dei migranti**, dalla partenza sino allo (spesso fortunoso) sbarco in Italia, è al centro di questo lavoro. Il viaggio attraverso la tristemente nota "rotta mediterranea". Molte delle questioni giuridiche affrontate dall'autrice, assegnista di ricerca in diritto costituzionale presso l'Università degli Studi di Milano, sono rilevanti per ognuna delle persone in viaggio e costituiscono, per così dire, il bagaglio di ciascuna. Il volume è anche un itinerario utile al giurista per fare chiarezza in una disciplina assai ingarbugliata, costituita da una molteplicità di fonti sovranazionali e interne, direttive, regolamenti, circolari, prassi operative, interpretazioni giurisprudenziali e indirizzi politici. La gran parte di questi strumenti, variamente normati, è tesa ad arginare – sottolinea Siccardi – le persone in movimento verso l'Unione europea.

Si tratta di c.d. "flussi misti", nei quali diventa sempre più difficile distinguere tra chi fugge per chiedere protezione e chi si sposta per ragioni lavorative, in cerca di un futuro migliore. Il volume si snoda, dunque, dalla partenza dai Paesi d'origine, alla condizione nei c.d. Paesi di transito, per svilupparsi attraverso le tappe successive del viaggio, e cioè la traversata del Mediterraneo, sino all'approdo alla frontiera italiana. Infine, un *focus* su coloro che presentano richiesta di protezione internazionale e che sono accolti nel territorio dello Stato in attesa dell'esito del procedimento di esame della domanda.

Il faro che "ci" deve guidare è rappresentato, secondo l'autrice, dalla Costituzione italiana, la cui disposizione sul diritto di asilo (articolo 10 comma 3) ha una portata molto ampia ed è cardine del sistema integrato (tra i vari livelli internazionali e interni) di protezione dei diritti umani. Sebbene essa affermi solennemente che **«hanno diritto di asilo nel territorio della Repubblica gli stranieri ai quali viene impedito nel Paese d'origine l'effettivo esercizio delle libertà democratiche»** garantite dalla Costituzione stessa, secondo Siccardi assistiamo a uno dei «paradossi più evidenti del diritto costituzionale attuale» ovvero **l'impossibilità «di raggiungere in modo regolare e sicuro il territorio della Repubblica al fine di chiedere protezione»**. In assenza di canali sicuri di ingresso le persone sono costrette a «lunghi e impervi viaggi in modo irregolare, sperando di giungere alla frontiera italiana per chiedere asilo».

Molto calzante, in proposito, il richiamo a recenti pronunce del **Tribunale di Roma** che accertano il **diritto all'ingresso per chiedere asilo**.

È del **12 febbraio 2019** l'ordinanza che – a seguito di un procedimento di urgenza ai sensi dell'art. 700 c.p.c. – accoglie la domanda di una madre nigeriana volta a ottenere il rilascio di un visto per motivi umanitari al figlio minore, trattenuto in Libia in precarie condizioni di salute. Basandosi sull'art. 25 par. 1 lettera a) del Codice europeo dei visti (che disciplina il c.d. "visto umanitario")⁴, il Tribunale valorizza la particolare situazione di vulnerabilità del minore e, seppur non citando espressamente l'art. 10 comma 3 Costituzione, afferma: «sembra evidente che il diritto di ingresso in Italia discenda dalla

³ V. *Ocean Viking 'dimenticata' in mare nell'antivigilia di Natale. 114 i migranti a bordo*, in Rai News, 23 dicembre 2021.

⁴ Cfr. *Regolamento (CE) n. 810/2009 del 13 luglio 2009*.

consapevolezza che il minore si ritrovi in una situazione di impedimento dell'esercizio di libertà democratiche sancite dalla Costituzione italiana»⁵.

Con un'altra **sentenza del 28 novembre 2019, n. 22917**, il medesimo tribunale si esprime sul caso di quattordici cittadini eritrei – parte di un più ampio gruppo di persone soccorso dalla marina militare italiana nel giugno 2009 ma riconsegnato immediatamente ai libici – i quali si sono rivolti all'autorità giudiziaria sia per accertare e dichiarare la responsabilità dell'amministrazione per fatto illecito – e il conseguente diritto al risarcimento del danno –, sia per sancire il diritto di ingresso nel territorio dello Stato al fine di presentare domanda di asilo. Nell'accogliere entrambe le domande, ripercorrendo i principi espressi dalla giurisprudenza di legittimità in materia, il Tribunale di Roma giunge ad affermare che nel caso in cui «un richiedente protezione internazionale non possa presentare la relativa domanda sul territorio italiano per circostanze allo stesso non imputabili ed anzi riconducibili ad un fatto illecito commesso dall'autorità italiana, non appare conforme ai principi sopra richiamati limitare il diritto pieno e perfetto a richiedere protezione».

E ancora «si ritiene che il diritto di asilo di cui all'art. 10, 3° comma, Cost. possa essere declinato nei termini di diritto ad accedere nel territorio dello Stato al fine di essere ammesso alla procedura di riconoscimento della protezione internazionale (in questi termini anche Cassazione (Sez. I civ.), sentenza n. 25028 del 2005)»⁶.

Il mondo dell'associazionismo, nel vuoto normativo italiano ed europeo, dal 2015 ha promosso e realizzato alcuni **corridoi umanitari** – “*best practice*”, ricorda Siccardi – che hanno, tuttavia, riguardato sinora solo 1896 persone⁷.

Il volume è di grande interesse anche per la **ricognizione sul tema dei migranti scomparsi nel Mediterraneo**. Qui l'autrice, partendo dall'impressionante dato del numero di vittime stimate dall'OIM (dal 2014 al 2019 sarebbero 19.997), ripercorre lo straordinario lavoro di riconoscimento e di identificazione delle vittime nei naufragi nel canale di Sicilia dei medici legali del centro LABANOF, dell'Università degli Studi di Milano, coordinato dalla Prof.ssa Cristina Cattaneo⁸, sottolineando che «non si tratta solo di (ri)dare un nome a un corpo, ma è necessario considerare che, dietro a ogni defunto, vi è generalmente una famiglia che probabilmente non conoscerà mai la sorte del proprio caro»⁹.

«**I morti hanno diritti?**»: è un interrogativo che «impone riflessioni profonde e complesse su nozioni cruciali per il diritto, come la stessa nozione di capacità giuridica», scrive Siccardi, che richiama i filosofi del diritto, prevalentemente anglosassoni e

⁵ Cfr. Tribunale Roma, ordinanza del 12 febbraio 2019, [pubblicata sul sito di ASGI il 16 maggio 2019](#), richiamata dall'autrice a p. 98 del volume in commento.

⁶ [Qui la sentenza](#), richiamata dall'A. a p. 99.

⁷ I dati sono richiamati dall'A. in nota 212, p. 103.

⁸ Il LABANOF è il Laboratorio di Antropologia e Odontologia Forense dell'Università degli Studi di Milano. Si v. C. Cattaneo, *Naufraghi senza volto. Dare un nome alle vittime del Mediterraneo*, Ed. Raffaello Cortina, 2018. La prof.ssa Cristina Cattaneo si è occupata dell'identificazione dei migranti morti in mare, in particolare dei naufragi di Lampedusa del 3 ottobre 2013 e del 18 aprile 2015.

⁹ P. 113.

statunitensi, teorizzatori di una specifica categoria di diritti, i c.d. *posthumous rights*, ovvero i diritti dei morti¹⁰.

Ciò che è indiscutibile, continua l'autrice, è come l'ordinamento giuridico protegga alcuni interessi anche dopo la morte, dalle norme in materia di successioni al diritto al sepolcro. Cruciale è anche un altro interrogativo, ovvero se la **tutela della dignità valga anche dopo la morte**, esplorato dal punto di vista costituzionale e a livello sovranazionale. La mancata identificazione dei corpi dei migranti scomparsi ha sicuramente un forte impatto negativo sulla salute psico-fisica dei viventi, dei familiari delle vittime disperse. E qui viene introdotto il concetto del "*right to know*", ovvero la disciplina relativa al diritto a conoscere il destino dei propri cari (*the right to know the truth*), sia nell'evoluzione del diritto internazionale sia nella giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo¹¹.

I capitoli centrali del volume si occupano della **tutela dei migranti in mare** e in frontiera, temi questi trattati spesso anche sulle pagine della Rivista.

Sulle frontiere si consumano molti abusi e mancano presidi volti a tutelare i diritti fondamentali delle persone, nel momento in cui sono più vulnerabili, più esposte all'arbitrio.

Le iniziative degli ultimi anni a sostegno della Guardia costiera libica hanno ulteriormente indebolito i diritti dei migranti in mare e resa pressoché impossibile la loro tutela giurisdizionale. Dal *Memorandum Italia-Libia* al finanziamento a missioni Ue nel Mediterraneo, come la "EUNAVFOR MED operazione Sophia", gli strumenti messi in campo sembrano finalizzati tutti a «promuovere il c.d. *push back* da parte della Guardia costiera libica»¹².

«La totale assenza in alto mare di interpreti, associazioni e avvocati esperti impedisce, infatti, ai migranti di far valere argomenti contrari al loro respingimento»: così il Giudice per l'udienza preliminare di Trapani scriveva nel maggio 2019 nella sentenza – richiamata anche nel volume in commento¹³ – che assolve due migranti accusati di essersi ribellati per non farsi ricondurre in Libia¹⁴.

L'autrice esamina le varie fasi delle **politiche della chiusura dei porti**, adottate dai governi italiani tra il 2018 e il 2019, ripercorrendone i casi più emblematici e le relative criticità. Le questioni poste alla base dei processi davanti al Tribunale dei ministri dell'allora Ministro dell'interno, alcuni ancora in corso, sono oggetto di approfondimento, specie riguardo al tema della **mancata individuazione del POS (*place of safety*)** che pregiudicava le posizioni individuali dei migranti.

¹⁰ P. 123.

¹¹ P. 139.

¹² P. 175.

¹³ P. 176.

¹⁴ Così il GUP di Trapani nella sentenza del 23 maggio 2019 (pp. 43-44), che assolse dall'accusa di resistenza a pubblico ufficiale e di favoreggiamento dell'immigrazione clandestina due migranti, un ghanese e un sudanese, che si opposero fermamente ad essere ricondotti in Libia, riconoscendo in loro favore la scriminante della legittima difesa – sentenza confermata dalla Suprema Corte di Cassazione in data 16 dicembre 2021. Si veda, in questa rivista, *L'“facinorosi” assolti*, 6 giugno 2019.

Così la tenuta dei c.d. decreti sicurezza, caratterizzanti quella stagione, viene incrinata dalla magistratura (sia di merito che di legittimità), che – come nel caso di Carola Rackete – ribadisce il dovere di condurre in un porto sicuro i naufraghi soccorsi, in ossequio ai vincoli internazionali e costituzionali dell'Italia¹⁵.

In conclusione, il volume di Cecilia Siccardi offre una stimolante angolatura costituzionale di molti aspetti controversi del diritto degli stranieri e rappresenta un'indispensabile cassetta degli attrezzi per fare fronte ai marosi dei tempi che stiamo vivendo.

¹⁵ Mi sia consentito rinviare a P. Oddi, *Soccorrere è un dovere. Commento e riflessioni sull'ordinanza del Giudice per le indagini preliminari di Agrigento sul caso Sea Watch 3 (Carola Rackete)*, 10 luglio 2019. Di recente il Tribunale di Agrigento ha definitivamente archiviato tutte le accuse a carico di Carola Rackete con gli stessi argomenti dell'ordinanza di non convalida dell'arresto, confermati in Cassazione. Si v. *Migranti, il gip di Agrigento archivia l'inchiesta su Carola Rackete*, in *Il Dubbio*, 24 dicembre 2021.



DIRITTO PENALE
E UOMO

Criminal Law and Human Condition

www.dirittopenaleuomo.org

redazione@dirittopenaleuomo.org