

Diritto Penale Contemporaneo

RIVISTA TRIMESTRALE

REVISTA TRIMESTRAL DE DERECHO PENAL
A QUARTERLY REVIEW FOR CRIMINAL JUSTICE



EDITOR-IN-CHIEF

Gian Luigi Gatta

EDITORIAL BOARD

Italy: Antonio Gullo, Guglielmo Leo, Luca Luparia, Francesco Mucciarelli, Francesco Viganò

Spain: Jaime Alonso-Cuevillas, Sergi Cardenal Montraveta, David Carpio Briz,

Joan Queralt Jiménez

Chile: Jaime Couso Salas, Mauricio Duce Julio, Héctor Hernández Basualto,

Fernando Londoño Martínez

MANAGING EDITOR

Carlo Bray

EDITORIAL STAFF

Enrico Andolfatto, Enrico Basile, Javier Escobar Veas, Stefano Finocchiaro,

Alessandra Galluccio, Elisabetta Pietrocarlo, Tommaso Trinchera, Maria Chiara Ubiali,

Stefano Zirulia

EDITORIAL ADVISORY BOARD

Rafael Alcacer Guirao, Alberto Alessandri, Giuseppe Amarelli, Ennio Amodio,

Coral Arangüena Fanego, Lorena Bachmaier Winter, Roberto Bartoli, Fabio Basile,

Hervé Belluta, Alessandro Bernardi, Carolina Bolea Bardón, David Brunelli,

Silvia Buzzelli, Alberto Cadoppi, Pedro Caeiro, Michele Caianiello, Lucio Camaldo,

Stefano Canestrari, Francesco Caprioli, Claudia Cárdenas Aravena, Raúl Carnevali,

Marta Cartabia, Elena Maria Catalano, Mauro Catenacci, Massimo Ceresa Gastaldo,

Mario Chiavario, Mirentxu Corcoy Bidasolo, Roberto Cornelli, Cristiano Cupelli,

Norberto Javier De La Mata Barranco, Angela Della Bella, Cristina de Maglie,

Gian Paolo Demuro, Miguel Díaz y García Conlledo, Ombretta Di Giovine, Emilio Dolcini,

Jacobo Dopico Gomez Aller, Patricia Faraldo Cabana, Silvia Fernández Bautista,

Javier Gustavo Fernández Terruelo, Marcelo Ferrante, Giovanni Fiandaca, Gabriele Fornasari,

Novella Galantini, Percy García Caveró, Loredana Garlati, Mitja Gialuz, Glauco Giostra,

Víctor Gómez Martín, José Luis Guzmán Dalbora, Ciro Grandi, Giovanni Grasso,

Giulio Illuminati, Roberto E. Kostoris, Máximo Langer, Juan Antonio Lascurain Sánchez,

Maria Carmen López Peregrín, Sergio Lorusso, Ezequiel Malarino,

Francisco Maldonado Fuentes, Stefano Manacorda, Juan Pablo Mañalich Raffo,

Vittorio Manes, Grazia Mannozi, Teresa Manso Porto, Luca Marafioti, Joseph Margulies,

Enrico Marzaduri, Luca Maserà, Jean Pierre Matus Acuña, Anna Maria Maugeri,

Oliviero Mazza, Iván Meini, Alessandro Melchionda, Chantal Meloni, Melissa Miedico,

Vincenzo Militello, Fernando Miró Linares, Vincenzo Mongillo,

Renzo Orlandi, Francesco Palazzo, Carlenrico Paliero, Michele Papa, Raphaële Parizot,

Claudia Pecorella, Marco Pelissero, Lorenzo Picotti, Paolo Pisa, Oreste Pollicino,

Domenico Pulitanò, Tommaso Rafaraci, Paolo Renon, Mario Romano,

Maria Ángeles Rueda Martín, Carlo Ruga Riva, Stefano Ruggieri, Francesca Ruggieri,

Marco Scoletta, Sergio Seminara, Paola Severino, Nicola Selvaggi, Rosaria Sicurella,

Jesús María Silva Sánchez, Carlo Sotis, Giulio Ubertis, Inma Valeije Álvarez, Antonio

Vallini, Vito Velluzzi, Paolo Veneziani, Costantino Visconti, Javier Willenmann von Bernath,

Francesco Zacchè

Editore Associazione "Progetto giustizia penale", c/o Università degli Studi di Milano,
Dipartimento di Scienze Giuridiche "C. Beccaria" - Via Festa del Perdono, 7 - 20122 MILANO - c.f. 97792250157
ANNO 2020 - CODICE ISSN 2240-7618 - Registrazione presso il Tribunale di Milano, al n. 554 del 18 novembre 2011.
Impaginazione a cura di Chiara Pavese

Diritto penale contemporaneo – Rivista trimestrale è un periodico on line ad accesso libero e non ha fine di profitto. Tutte le collaborazioni organizzative ed editoriali sono a titolo gratuito e agli autori non sono imposti costi di elaborazione e pubblicazione. La rivista, registrata presso il Tribunale di Milano, al n. 554 del 18 novembre 2011, è edita attualmente dall'associazione "Progetto giustizia penale", con sede a Milano, ed è pubblicata con la collaborazione scientifica e il supporto dell'Università Commerciale Luigi Bocconi di Milano, dell'Università degli Studi di Milano, dell'Università di Roma Tre, dell'Università LUISS Guido Carli, dell'Universitat de Barcelona e dell'Università Diego Portales di Santiago del Cile.

La rivista pubblica contributi inediti relativi a temi di interesse per le scienze penalistiche a livello internazionale, in lingua italiana, spagnolo, inglese, francese, tedesca e portoghese. Ogni contributo è corredato da un breve abstract in italiano, spagnolo e inglese.

La rivista è classificata dall'ANVUR come rivista scientifica per l'area 12 (scienze giuridiche), di classe A per i settori scientifici G1 (diritto penale) e G2 (diritto processuale penale). È indicizzata in DoGI e DOAJ.

Il lettore può leggere, condividere, riprodurre, distribuire, stampare, comunicare al pubblico, esporre in pubblico, cercare e segnalare tramite collegamento ipertestuale ogni lavoro pubblicato su "Diritto penale contemporaneo – Rivista trimestrale", con qualsiasi mezzo e formato, per qualsiasi scopo lecito e non commerciale, nei limiti consentiti dalla licenza Creative Commons - Attribuzione - Non commerciale 3.0 Italia (CC BY-NC 3.0 IT), in particolare conservando l'indicazione della fonte, del logo e del formato grafico originale, nonché dell'autore del contributo.

La rivista può essere citata in forma abbreviata con l'acronimo: *DPC-RT*, corredato dall'indicazione dell'anno di edizione e del fascicolo.

La rivista fa proprio il [Code of Conduct and Best Practice Guidelines for Journal Editors](#) elaborato dal COPE (Committee on Publication Ethics).

La rivista si conforma alle norme del Regolamento UE 2016/679 in materia di tutela dei dati personali e di uso dei cookies ([clicca qui](#) per dettagli).

Ogni contributo proposto per la pubblicazione è preliminarmente esaminato dalla direzione, che verifica l'attinenza con i temi trattati dalla rivista e il rispetto dei requisiti minimi della pubblicazione.

In caso di esito positivo di questa prima valutazione, la direzione invia il contributo in forma anonima a due revisori, individuati secondo criteri di rotazione tra i membri dell'Editorial Advisory Board in relazione alla rispettiva competenza per materia e alle conoscenze linguistiche. I revisori ricevono una scheda di valutazione, da consegnare compilata alla direzione entro il termine da essa indicato. Nel caso di tardiva o mancata consegna della scheda, la direzione si riserva la facoltà di scegliere un nuovo revisore.

La direzione comunica all'autore l'esito della valutazione, garantendo l'anonimato dei revisori. Se entrambe le valutazioni sono positive, il contributo è pubblicato. Se una o entrambe le valutazioni raccomandano modifiche, il contributo è pubblicato previa revisione dell'autore, in base ai commenti ricevuti, e verifica del loro accoglimento da parte della direzione. Il contributo non è pubblicato se uno o entrambi i revisori esprimono parere negativo alla pubblicazione.

La direzione si riserva la facoltà di pubblicare, in casi eccezionali, contributi non previamente sottoposti alla procedura di peer review. Di ciò è data notizia nella prima pagina del contributo, con indicazione delle ragioni relative.

I contributi da sottoporre alla Rivista possono essere inviati al seguente indirizzo mail: editor.criminaljusticenetwork@gmail.com. I contributi che saranno ritenuti dalla direzione di potenziale interesse per la rivista saranno sottoposti alla procedura di peer review sopra descritta. I contributi proposti alla rivista per la pubblicazione dovranno rispettare i criteri redazionali [scaricabili qui](#).

Diritto penale contemporaneo – Rivista trimestrale es una publicación periódica *on line*, de libre acceso y sin ánimo de lucro. Todas las colaboraciones de carácter organizativo y editorial se realizan gratuitamente y no se imponen a los autores costes de maquetación y publicación. La Revista, registrada en el Tribunal de Milan, en el n. 554 del 18 de noviembre de 2011, se edita actualmente por la asociación “Progetto giustizia penale”, con sede en Milán, y se publica con la colaboración científica y el soporte de la *Università Commerciale Luigi Bocconi* di Milano, la *Università degli Studi di Milano*, la *Università di Roma Tre*, la *Università LUISS Guido Carli*, la *Universitat de Barcelona* y la *Universidad Diego Portales de Santiago de Chile*.

La Revista publica contribuciones inéditas, sobre temas de interés para la ciencia penal a nivel internacional, escritas en lengua italiana, española, inglesa, francesa, alemana o portuguesa. Todas las contribuciones van acompañadas de un breve abstract en italiano, español e inglés.

El lector puede leer, compartir, reproducir, distribuir, imprimir, comunicar a terceros, exponer en público, buscar y señalar mediante enlaces de hipervínculo todos los trabajos publicados en “Diritto penale contemporaneo – Rivista trimestrale”, con cualquier medio y formato, para cualquier fin lícito y no comercial, dentro de los límites que permite la licencia *Creative Commons - Attribuzione - Non commerciale 3.0 Italia* (CC BY-NC 3.0 IT) y, en particular, debiendo mantenerse la indicación de la fuente, el logo, el formato gráfico original, así como el autor de la contribución.

La Revista se puede citar de forma abreviada con el acrónimo *DPC-RT*, indicando el año de edición y el fascículo.

La Revista asume el [Code of Conduct and Best Practice Guidelines for Journal Editors](#) elaborado por el COPE (*Committee on Publication Ethics*).

La Revista cumple lo dispuesto en el Reglamento UE 2016/679 en materia de protección de datos personales ([clica aquí](#) para los detalles sobre protección de la privacy y uso de cookies).

Todas las contribuciones cuya publicación se propone serán examinadas previamente por la Dirección, que verificará la correspondencia con los temas tratados en la Revista y el respeto de los requisitos mínimos para su publicación.

En el caso de que se supere con éxito aquella primera valoración, la Dirección enviará la contribución de forma anónima a dos evaluadores, escogidos entre los miembros del *Editorial Advisory Board*, siguiendo criterios de rotación, de competencia por razón de la materia y atendiendo también al idioma del texto. Los evaluadores recibirán un formulario, que deberán devolver a la Dirección en el plazo indicado. En el caso de que la devolución del formulario se retrasara o no llegara a producirse, la Dirección se reserva la facultad de escoger un nuevo evaluador.

La Dirección comunicará el resultado de la evaluación al autor, garantizando el anonimato de los evaluadores. Si ambas evaluaciones son positivas, la contribución se publicará. Si alguna de las evaluaciones recomienda modificaciones, la contribución se publicará después de que su autor la haya revisado sobre la base de los comentarios recibidos y de que la Dirección haya verificado que tales comentarios han sido atendidos. La contribución no se publicará cuando uno o ambos evaluadores se pronuncien negativamente sobre su publicación.

La Dirección se reserva la facultad de publicar, en casos excepcionales, contribuciones que no hayan sido previamente sometidas a *peer review*. Se informará de ello en la primera página de la contribución, indicando las razones.

Si deseas proponer una publicación en nuestra revista, envía un mail a la dirección editor.criminaljusticenetwork@gmail.com. Las contribuciones que la Dirección considere de potencial interés para la Revista se someterán al proceso de *peer review* descrito arriba. Las contribuciones que se propongan a la Revista para su publicación deberán respetar los criterios de redacción (se pueden [descargar aquí](#)).



Diritto penale contemporaneo – Rivista trimestrale is an on-line, open-access, non-profit legal journal. All of the organisational and publishing partnerships are provided free of charge with no author processing fees. The journal, registered with the Court of Milan (n° 554 - 18/11/2011), is currently produced by the association “Progetto giustizia penale”, based in Milan and is published with the support of Bocconi University of Milan, the University of Milan, Roma Tre University, the University LUISS Guido Carli, the University of Barcelona and Diego Portales University of Santiago, Chile.

The journal welcomes unpublished papers on topics of interest to the international community of criminal scholars and practitioners in the following languages; Italian, Spanish, English, French, German and Portuguese. Each paper is accompanied by a short abstract in Italian, Spanish and English.

Visitors to the site may share, reproduce, distribute, print, communicate to the public, search and cite using a hyperlink every article published in the journal, in any medium and format, for any legal non-commercial purposes, under the terms of the Creative Commons License - Attribution – Non-commercial 3.0 Italy (CC BY-NC 3.0 IT). The source, logo, original graphic format and authorship must be preserved.

For citation purposes the journal's abbreviated reference format may be used: *DPC-RT*, indicating year of publication and issue.

The journal strictly adheres to the [Code of Conduct and Best Practice Guidelines for Journal Editors](#) drawn up by COPE (Committee on Publication Ethics).

The journal complies with the General Data Protection Regulation (EU) 2016/679 (GDPR) ([click here](#) for details on protection of privacy and use of cookies).

All articles submitted for publication are first assessed by the Editorial Board to verify pertinence to topics addressed by the journal and to ensure that the publication's minimum standards and format requirements are met.

Should the paper in question be deemed suitable, the Editorial Board, maintaining the anonymity of the author, will send the submission to two reviewers selected in rotation from the Editorial Advisory Board, based on their areas of expertise and linguistic competence. The reviewers are provided with a feedback form to compile and submit back to the editorial board within an established timeframe. If the timeline is not heeded to or if no feedback is submitted, the editorial board reserves the right to choose a new reviewer.

The Editorial Board, whilst guaranteeing the anonymity of the reviewers, will inform the author of the decision on publication. If both evaluations are positive, the paper is published. If one or both of the evaluations recommends changes the paper will be published subsequent to revision by the author based on the comments received and verification by the editorial board. The paper will not be published should one or both of the reviewers provide negative feedback.

In exceptional cases the Editorial Board reserves the right to publish papers that have not undergone the peer review process. This will be noted on the first page of the paper and an explanation provided.

If you wish to submit a paper to our publication please email us at editor.criminaljusticenetwork@gmail.com. All papers considered of interest by the editorial board will be subject to peer review process detailed above. All papers submitted for publication must abide by the editorial guidelines ([download here](#)).

TRA PRINCIPI, TEORIA DEL DIRITTO PENALE E POLITICA-CRIMINALE	Perché il codice penale	1
	Le riforme del codice oltre i progetti di pura consolidazione	
	<i>Why the Criminal Code</i>	
PRINCIPIOS, TEORÍA DEL DERECHO PENAL Y POLÍTICA CRIMINAL	<i>The Reforms of the Code Beyond the Mere Consolidation Projects</i>	
	<i>¿Por qué el Código Penal?</i>	
	<i>Las reformas del Código más allá de los proyectos de pura consolidación</i>	
PRINCIPLES, THEORY OF CRIMINAL LAW AND CRIMINAL POLICY	Massimo Donini	
	Corte Edu e Corte costituzionale tra operazioni di bilanciamento e precedente vincolante. Spunti teorico-generalisti e ricadute penalistiche. (Parte III)	22
	<i>Corte Europea de Derechos Humanos y Corte Constitucional entre operaciones de ponderación y precedente vinculante</i>	
	<i>European Court of Human Rights and Constitutional Court Between Balancing and Binding Precedent</i>	
	Alessandro Tesaro	
	Non punibilità e indirizzo politico-criminale	68
	<i>No punibilidad e dirección político criminal</i>	
	<i>Non-Punishability and Criminal Policy</i>	
	Paolo Caroli	
	Anatomia del <i>ne bis in idem</i>: da principio unitario a trasformatore neutro di principi in regole	98
	<i>Anatomía del ne bis in idem: de principio unitario a principio neutro transformar de principios en regla</i>	
	<i>Anatomy of ne bis in idem:: from Unitary Principle to Neutral Converter of Principles into Rules</i>	
	Ludovico Bin	

TEMI DI PARTE SPECIALE	Non c'è smuggling senza ingiusto profitto	143
	<i>No hay smuggling sin beneficio injusto</i>	
TEMAS DE LA PARTE ESPECIAL	<i>There is No Smuggling Without Unjust Profit</i>	
	Stefano Zirulia	
SPECIFIC OFFENCES TOPICS	Il recepimento della direttiva PIF in Italia e l' 'evergreen' art. 316-ter c.p.	178
	<i>La implementación de la directiva PIF en Italia y el "evergreen" art. 316-ter del Código Penal</i>	
	<i>The PIF directive implementation in Italy and the 'evergreen' article 316-ter of the Italian Criminal Code</i>	
	Enrico Basile	
	La confidencialidad, integridad y disponibilidad de los sistemas de información como bien jurídico protegido en los delitos contra los sistemas de información en el código penal español	199
	<i>Riservatezza, integrità e disponibilità dei sistemi informatici come bene giuridico protetto dai reati informatici nel codice penale spagnolo</i>	
	<i>Confidentiality, Integrity and Availability of IT Systems as the Interest Protected by the Cyber-Crimes in the Spanish Criminal Code</i>	
	Dra. M ^a Ángeles Rueda Martín	
	The Market for Gossip: Punish Paparazzi and You Will Produce Inefficiency	217
	<i>El mercado de chismes: castiga a los paparazzi y producirás ineficiencia</i>	
	<i>Il mercato del gossip: punisci i paparazzi e produrrà inefficienza</i>	
	Mariateresa Maggiolino, Eleonora Montani, Giovanni Tuzet	
	Problemi vecchi e nuovi delle false dichiarazioni sostitutive	237
	<i>Problemas viejos y nuevos de las falsas declaraciones sustitutivas</i>	
	<i>Old and New Problems on False Statements Rendered by Private Parties in Lieu of</i>	
	Fabio Antonio Siena	

<p>L'OGGETTO SU ... IL DIRITTO PENALE TRIBUTARIO</p> <p><i>EL OBJETIVO SOBRE ... EL DERECHO PENAL TRIBUTARIO</i></p> <p><i>FOCUS ON ... TAX CRIMINAL LAW</i></p>	<p>La non punibilità nel prisma del diritto penale tributario: coerenza o lassismo di sistema? 256</p> <p><i>La no punibilidad en el prisma del derecho penal tributario: ¿congruencia o laxitud del sistema?</i></p> <p><i>Non-Punishment in the Prism of Tax Crimes: Consistency or Laxity of the System?</i></p> <p>Stefano Cavallini</p> <hr/> <p>Reati tributari e responsabilità dell'ente: una riforma nel (ancorché non di) sistema 275</p> <p><i>Delitos fiscales y responsabilidad corporativa: una reforma (aunque no del) en el sistema (aunque no de)</i></p> <p><i>Tax Offences and Corporate Liability: a Reform in the (Albeit Not of) System</i></p> <p>Daniele Piva</p> <hr/> <p>Le confische e i sequestri in materia di reati tributari dopo il "decreto fiscale" n. 124 del 2019 290</p> <p><i>Los comisos y los secuestros en materia de delitos fiscales después del Derecho Fiscal n. 124 de 2019</i></p> <p><i>Confiscation and seizure for tax crimes after the Italian "Tax Decree" no. 124 of 2019</i></p> <p>Gianluca Varraso</p> <hr/> <p>Riflessioni sulla quantificazione del profitto illecito e sulla natura giuridica della confisca diretta e per equivalente 322</p> <p><i>Reflexiones sobre la cuantificación del beneficio ilícito y la naturaleza jurídica del decomiso directo y por equivalente</i></p> <p><i>Reflections on the quantification of proceeds and on the legal nature of direct confiscation and confiscation of substitute assets</i></p> <p>Stefano Finocchiaro</p>
--	---

<p>LA TUTELA DELLA LIBERTÀ PERSONALE AL DI FUORI DEL DIRITTO PENALE</p> <p><i>LA PROTECCIÓN DE LA LIBERTAD PERSONAL FUERA DEL DERECHO PENAL</i></p> <p><i>THE PROTECTION OF PERSONAL FREEDOM OUTSIDE OF CRIMINAL LAW</i></p>	<p>Introduzione al convegno su <i>La tutela della libertà personale al di fuori del diritto penale</i></p> <p><i>Introducción a la conferencia sobre La protección de la libertad personal fuera del derecho penal</i></p> <p><i>Introduction to the Conference on The Protection of Personal Freedom Outside of Criminal Law</i></p> <p>Luca Masera</p> <hr/> <p>La libertà personale nella costituzione</p> <p><i>La libertad personal en la Constitución</i></p> <p><i>Personal Freedom in the Italian Constitution</i></p> <p>Antonio D'Andrea</p> <hr/> <p>La tutela della libertà personale al di fuori del diritto penale</p> <p>Misure di prevenzione</p> <p><i>La protección de la libertad personal fuera del derecho penal</i></p> <p><i>Medidas de prevención</i></p> <p><i>The Protection of Personal Freedom Outside of Criminal Law</i></p> <p><i>Preventive Measures</i></p> <p>Marco Pelissero</p> <hr/> <p>Tutela penale della libertà personale e culture del controllo in psichiatria</p> <p><i>Tutela penal de la libertad personal y cultura del control en psiquiatría</i></p> <p><i>Protection of Personal Freedom Through Criminal Law and Control Theories in Psychiatry</i></p> <p>Giandomenico Dodaro</p> <hr/> <p>La libertà è ancora terapeutica? <i>Diritto alla salute mentale e dovere alla salute mentale</i></p> <p><i>¿Es la libertad terapéutica? Derecho deber a la salud mental</i></p> <p><i>Is Freedom Still a Therapy? Right to Mental Health and Duty of Mental Health</i></p> <p>Giovanni Rossi</p> <hr/> <p>La libertà personale del richiedente protezione internazionale</p> <p><i>Libertad personal de los solicitantes de protección internacional</i></p> <p><i>Personal Freedom of the International Protection Seeker</i></p> <p>Antonio Cantaro</p> <hr/> <p>Dagli hotspot ai “porti chiusi”: quali rimedi per la libertà “sequestrata” alla frontiera?</p> <p><i>De los hotspot a los “puertos cerrados”: ¿qué remedios para la libertad “secuestrada” a la frontera?</i></p> <p><i>From Hotspots to “Closed ports”: Which Remedies for the Deprivation of Liberty at the Border?</i></p> <p>Francesca Cancellaro</p>	<p>362</p> <p>365</p> <p>374</p> <p>388</p> <p>401</p> <p>417</p> <p>428</p>
--	---	--

TRA PRINCIPI, TEORIA DEL DIRITTO PENALE E POLITICA-CRIMINALE

PRINCIPIOS, TEORÍA DEL DERECHO PENAL Y POLÍTICA CRIMINAL

PRINCIPLES, THEORY OF CRIMINAL LAW AND CRIMINAL POLICY

- 1 **Perché il codice penale**
Le riforme del codice oltre i progetti di pura consolidazione
Why the Criminal Code
The Reforms of the Code Beyond the Mere Consolidation Projects
¿Por qué el Código Penal?
Las reformas del Código más allá de los proyectos de pura consolidación
Massimo Donini
- 22 **Corte Edu e Corte costituzionale tra operazioni di bilanciamento e precedente vincolante.**
Spunti teorico-general e ricadute penalistiche. (Parte III)
Corte Europea de Derechos Humanos y Corte Constitucional entre operaciones de ponderación y precedente vinculante
European Court of Human Rights and Constitutional Court Between Balancing and Binding Precedent
Alessandro Tesauo
- 68 **Non punibilità e indirizzo politico-criminale**
No punibilidad e dirección político criminal
Non-Punishability and Criminal Policy
Paolo Caroli
- 98 **Anatomia del *ne bis in idem*: da principio unitario a trasformatore neutro di principi in regole**
Anatomía del ne bis in idem: de principio unitario a principio neutro transformar de principios en regla
Anatomy of ne bis in idem:: from Unitary Principle to Neutral Converter of Principles into Rules
Ludovico Bin

Non punibilità e indirizzo politico-criminale

No punibilidad e dirección político criminal

Non-Punishability and Criminal Policy

PAOLO CAROLI

*Borsista della Fondazione Alexander von Humboldt, Humboldt-Universität zu Berlin
paolo.caroli@rewi.hu-berlin.de*

COVID-19,
PRINCIPIO DI LEGALITÀ

COVID-19,
PRINCIPIO DE LEGALIDAD

COVID-19,
NULLUM CRIMEN PRINCIPLE

ABSTRACTS

La pandemia di Covid-19 e il c.d. lockdown hanno costretto a interrogarsi sui fondamenti del potere punitivo, imponendo un dibattito sia sul diritto penale come strumento di gestione dell'emergenza sanitaria, che sulle conseguenze di tale emergenza sul diritto penale. Il presente contributo prende le mosse da tale discussione e da quella, contestuale, successiva alla c.d. Riforma Bonafede della prescrizione, al fine di proporre una riflessione sistematica sul ruolo della non punibilità quale mezzo di gestione della politica criminale. Unendo il piano dogmatico a quello politico-criminale, si sostiene un uso teleologico e sistematico di tutte le ipotesi di Konfliktvermeidung ohne Strafe in attuazione dei principi di extrema ratio e frammentarietà. In particolare si auspica una gestione sistematica della non punibilità da parte del legislatore in luogo di una delega in toto alla magistratura requirente e giudicante.

La pandemia de Covid-19 y el llamado lockdown nos obligaron a cuestionar los fundamentos del poder punitivo, imponiendo un debate tanto respecto al derecho penal como instrumento de gestión de la emergencia sanitaria, como sobre las consecuencias de esta emergencia en el derecho penal. Este trabajo parte de esta discusión y de la discusión contextual que sigue a la llamada reforma Bonafede de la prescripción, con el fin de proponer una reflexión sistemática sobre el papel de la no punibilidad como instrumento de gestión de la política criminal. Al combinar el plano dogmático con el político-criminal, se apoya un uso teleológico y sistemático de todas las hipótesis de Konfliktvermeidung ohne Strafe como implementación de los principios de extrema ratio y fragmentariedad. En particular, se espera una gestión sistemática de la no punibilidad por parte del legislador en lugar de una delegación completa a los fiscales y a los jueces.

The Covid-19 pandemic and the lockdown have forced us to question the foundations of the punitive power and have imposed a debate both about criminal law as a tool for managing the health emergency, on the one hand, and about the consequences of the health emergency on criminal law, on the other. This article departs from this discussion and from the debate following the adoption of the so-called Bonafede reform of the statute of limitations, in order to propose some systematic thoughts on the role of non-punishment as a means of managing criminal policy. By combining dogmatics and criminal policy, this article supports a teleological and systematic use of giving up on punishment as a form of implementation of the principles of extrema ratio and fragmentation. In particular, this article hopes for a systematic management of all forms of non-punishment by the legislator instead of a full delegation to prosecutors and judges.

SOMMARIO

1. Introduzione. – 2. Sul carattere (già) fisiologico della non punibilità. – 3. La non punibilità e il *Trichtermodell*. – 4. Il caso emblematico della clemenza collettiva. – 5. Sull'assenza di una rinuncia alla potestà punitiva. – 6. Il paradosso attuale della non punibilità?

1.

Introduzione.

A ciascun teorico del diritto, persino a chi solitamente è vocato ad un approccio pragmatico e settoriale, è indubbiamente successo in questi ultimi mesi di interrogarsi sui principi giuridici che regolano il vivere comune. Per il penalista, ciò ha significato mettere in discussione gli stessi fondamenti del potere punitivo. La riflessione sui principi trae origine, è evidente, da una dimensione assolutamente pratica. Il periodo del c.d. *lockdown* conseguente alla pandemia del Covid-19 ha infatti imposto un siffatto dibattito da una duplice prospettiva: da un lato, il diritto penale come strumento di gestione dell'emergenza sanitaria; dall'altro, le conseguenze di tale emergenza sul diritto penale, in particolare con riferimento alla sua fase applicativa, sia processuale (si pensi solo ai processi in via tematica o alla questione della retroattività della sospensione del corso della prescrizione¹), che di esecuzione della pena detentiva. Da entrambi i punti di vista – cioè con riferimento sia alle violazioni commesse durante il *lockdown* che all'emergenza sanitaria nelle carceri – si è tornati da più parti a invocare l'uso dell'amnistia². A prescindere dalla condivisione o meno di tali prese di posizione, si vuole qui invece sostenere che la prospettiva dovrebbe essere diversa e più ampia rispetto alla mera scelta della specifica misura contenitiva dell'emergenza. Si tenterà invece di dimostrare come il profondo dibattito innescato dal Covid-19 possa rappresentare un momento cardine nella riflessione sull'utilizzo dello strumento penale e sul ruolo della non punibilità quale mezzo di gestione della politica criminale. Si evidenzierà in particolare come, in una società in cui – ora per fisiologia ora per patologia – si registra una costante espansione del diritto penale, appaia sempre più necessario un uso teleologico e sistematico di tutte le ipotesi di «*Konflikterledigung ohne Strafe*»³, separando le funzioni dell'intervento penale da quelle dell'applicazione concreta della pena e residuando quest'ultima ai soli casi in cui le esigenze di orientamento culturale la rendano irrinunciabile⁴, andando le ipotesi di pena applicata a costituire solo un sottoinsieme nell'area del penalmente rilevante.

Non è possibile ignorare come ci si trovi ben al di là del mero dibattito scientifico. L'impressionante crisi sociale di questa congiunzione storica può potenzialmente convertirsi in un momento di confronto e possibilità di intervento radicali, assumendo un valore che potremmo azzardarci a definire costituente. È a tutti evidente, infatti, come i principi costituzionali che regolano le basi del vivere sociale siano usciti dalla loro dimensione formale e siano stati vissuti da ciascun cittadino sulla propria pelle. Come efficacemente osservato, durante il *lockdown* ciascuno di noi ha «incontrato il diritto»⁵. L'inaspettata e radicale concretezza determinata da tale incontro ha portato a una discussione hobbesiana sugli stessi fondamenti del rapporto fra individuo e collettività, rompendo il mito di una società del benessere, in cui gli individui si concepivano solo come portatori di diritti, mentre la dimensione dei doveri pareva dimenticata. La Costituzione è dunque uscita dal testo scritto ed ha incontrato la società; quest'ultima si è così interrogata sul supporto cognitivo che sorregge la prima e ne fa – o dovrebbe farne – uno strumento di orientamento quotidiano⁶.

Al teorico del diritto non può inoltre sfuggire come questa grande occasione di riflessione si presenti – significativamente – in parallelo al dibattito sull'istituto della prescrizione, all'indomani della c.d. Riforma Bonafede del 2019, la quale, prevedendo l'interruzione della prescrizione dopo la sentenza di primo grado, rende di fatto impossibile il suo maturarsi nel grado di appello⁷. È infatti evidente che tale riforma, a prescindere da eventuali emendamenti

¹ Cfr. GATTA (2020); al riguardo v. Cass., sez. V, 14 luglio 2020, n. 25222 e Cass., sez. III, 23 luglio 2020, n. 25433.

² A titolo esemplificativo, BORGNA (2020); CIUFFOLETTI (2020).

³ Cfr. JAKOBS (1983), p. 12.

⁴ *Ivi*, p. 14. Proprio il *lockdown* e le significative misure restrittive adottate hanno dimostrato come la dimensione dell'osservanza possa e debba essere separata da quella del punire; così SOTIS (2020).

⁵ Espressione utilizzata da Martina GALLI, citata *ibidem*.

⁶ In questo senso JAKOBS (2012), p. 92. Sul ruolo della politica criminale nel pensiero di JAKOBS, per tutti CANCIO MELIÀ (2019).

⁷ L'ampio dibattito che ne è seguito è ricostruito da GATTA-GIOSTRA (2020). Sui molteplici profili di illegittimità costituzionale della

o giudizi di incostituzionalità, lascia aperto il reale problema della giustizia penale: la lentezza del processo⁸. Ecco allora che, se si vuole avere un atteggiamento costruttivo, è possibile vedere nella riforma due pregi potenziali: in primo luogo, quello di avere «riconosciuto implicitamente una sorta di “obbligatorietà temperata dell’azione penale”, utilizzata dalle procure, in cui la prescrizione finisce per essere uno strumento deflattivo»⁹; in secondo luogo, quello di poter divenire un’occasione obbligata di confronto «su problemi di fondo, derivanti dall’*obiettiva ipertrofia del diritto penale* e da disfunzioni del processo che il blocco della prescrizione potrebbe aggravare»¹⁰, proprio perché «la prescrizione è un farmaco ragionevolmente previsto e dosato dal diritto penale sostanziale, per prevenire una patologia sostanziale, cioè l’ingiustizia di una giustizia punitiva troppo tardiva in rapporto alla gravità del reato»¹¹.

2. Sul carattere (già) fisiologico della non punibilità.

L’obiettivo della nostra indagine richiede preliminarmente un’intesa sul concetto di non punibilità. Da diversi anni la prevalente dottrina ha preso atto che, a prescindere dalla collocazione dogmatica che si voglia attribuire alla categoria della punibilità¹², se si ha riguardo alla dimensione attuale e pratica dell’illecito penale, quella dell’infrazione della sequenza fra reato e pena¹³ costituisce la regola e non l’eccezione¹⁴. Nell’ambito di un diritto penale che da barriera della politica criminale¹⁵ è diventato strumento della politica criminale – anzi sempre più, malauguratamente, lo strumento di politica criminale¹⁶ e di lotta politica¹⁷, «la categoria della “punibilità”, e soprattutto il suo simmetrico negativo della “non-punibilità”, è diventata uno degli strumenti più usati dal legislatore per perseguire i suoi obiettivi politici e sul quale ripone un affidamento probabilmente spesso più convinto di quanto non avvenga con l’abusatissimo ricorso all’inasprimento sanzionatorio: buono, quest’ultimo, a rassicurare l’opinione pubblica più che ad ottenere effettivi risultati»¹⁸.

Tuttavia, i termini punibilità e, per converso, non punibilità, vengono spesso utilizzati in

riforma, per tutti MANES (2019b). Evidenziava tuttavia AMBROSETTI, prima dell’approvazione della riforma, come in ogni caso essa avrebbe riguardato solamente il 19% delle dichiarazioni di prescrizione; cfr. AMBROSETTI (2017), p. 416. Ci si limita qui a rilevare come, «quale che sia l’esito, tutta questa vicenda sulla prescrizione sembra segnare un punto di svolta [...] culturale-epocale, sul modo di concepire tale istituto, avendo determinato il passaggio (irreversibile?) da una concezione sostanzialistico-garantista a una concezione processualistico-statalista. Detto diversamente, gli argomenti espressi a favore o contro l’attuale riforma e, più a fondo, le *rationes* della prescrizione che stanno alla base di questi argomenti, si giocano tutti ormai all’interno della prospettiva processualistico-statalista, che pone al centro e attribuisce prevalenza al potere punitivo dello Stato attualizzandosi con l’avvio del processo, secondo una visione completamente diversa da quella sostanzialistico-garantista e tradizionale, che invece pone al centro e attribuisce prevalenza alla persona destinataria del potere punitivo», cfr. BARTOLI (2020), p. 66.

⁸ *Ibidem*.

⁹ Cfr. CANTONE (2019).

¹⁰ Cfr. PULITANÒ (2019b).

¹¹ *Ibidem*.

¹² Nella dottrina italiana, fra i lavori più recenti e per una visione complessiva delle differenti posizioni, MARINUCCI-DOLCINI-GATTA (2020), pp. 469 ss.; COCCO (2017c); DE FRANCESCO (2016), pp. 1 ss.; TONON (2014), pp. 1 ss.; ROMANO (2004b), par. 89; DONINI (2004), p. 260 sub n. 58; DI MARTINO (1998), pp. 107 ss. Come è stato rilevato, la diatriba fra i sostenitori dell’esistenza di un reato (tipico, anti-giuridico e colpevole) identificabile come tale prima della punibilità e a prescindere da questa, da un lato, ed i sostenitori della tesi di matrice kelseniana che negano l’esistenza di un reato non punibile, dall’altro, parrebbe attenuata negli anni recenti, segnati in generale da una perdita di interesse per l’analisi della punibilità da un punto di vista dogmatico; così DONINI (1996), p. 404. Nella dottrina in lingua tedesca la contrapposizione fondamentale è costituita da VON BELING (1906), pp. 50 e ss.; KELSEN (1945), pp. 20 e ss. Più di recente, si interrogano su questi temi con conclusioni differenti ROXIN, (2005); JESCHECK-WEIGEND (1996); STRATENWERTH (1993). Nella dottrina in lingua castigliana, per un quadro aggiornato del dibattito GARCÍA PÉREZ (2019); v. anche Díez RIPOLLÉS (2017); BUSTOS (2015); MENDES (2007); FARALDO CABANA (2000), pp. 152 ss.; GARCÍA PÉREZ (1997), pp. 33 ss.; BACIGALUPO (1997), pp. 279 ss.; ID. (1983).

¹³ Al riguardo DI MARTINO (1998); si veda anche PALAZZO-BARTOLI (2007). Per l’espressione «scardinamento tra reato e pena» v. MENGHINI (2008), p. 5.

¹⁴ Così espressamente DONINI (2001), p. 1038.

¹⁵ Nota espressione di VON LISZT (1905), p. 80.

¹⁶ Come è stato osservato, «mai come nell’epoca attuale le finestre della politica criminale si sono spalancate sul diritto penale [...oggi] componente identitaria e trainante» della stessa; cfr. MANES (2019a), p. 86. Sul diritto penale divenuto «strumento di gestione ordinaria dei problemi sociali», v. SILVA SANCHEZ (2004), p. 94.

¹⁷ Cfr. DONINI (2004), p. 82. Al riguardo anche ID. (2007).

¹⁸ Cfr. PALAZZO (2019). Ancora, si è affermato che «la variegata e versipelle categoria della punibilità sembra poter fungere da cartina di tornasole e da vettore delle (di alcune delle) istanze della politica criminale all’interno dell’*hortus clausus* della sistematica penale»; cfr. TONON (2014), p. 150. L’Autrice collega direttamente la non punibilità al paradigma teleologico-utilitaristico del diritto penale concepito come strumento di controllo sociale eterodeterminato dallo scopo e eterolegittimato dal risultato (*ivi*, p. 151, richiamandosi a PALIERO (1990), p. 438).

modo «disordinato»¹⁹, «generale e atecnico»²⁰ sia dal legislatore che da parte della dottrina. La mancanza di un unanime consenso sia sugli istituti da ricomprendere nella punibilità che sulla collocazione dogmatica di quest'ultima – all'interno della struttura del reato ovvero tra il reato e la pena – delimitano specularmente in maniera differente i confini della non punibilità e degli istituti che quest'ultima ricomprende. Alla luce di tale confusione linguistico-concettuale, va dunque precisato che la non punibilità non viene qui identificata con le cause di non punibilità di cui all'art. 129 c.p., né con le cause di esclusione della punibilità in senso stretto²¹, cui vengono normalmente assimilate le ipotesi di non punibilità sopravvenuta in relazione a un comportamento del reo successivo alla commissione del fatto²². Al contrario, sulla base di un criterio funzionale, si fa coincidere la non punibilità con tutti quei casi in cui, pur in presenza di un fatto tipico, antiggiuridico e colpevole, l'ordinamento sceglie di non far seguire l'applicazione della pena, in ragione del principio di *extrema ratio*, della frammentarietà del sistema penale o del bilanciamento con interessi diversi rispetto a quello offeso²³, che potrebbero risultare pregiudicati da una tutela illimitata del bene giuridico. Si tratta, dunque, di esigenze di politica criminale, che ricomprendono valutazioni di tipo utilitaristico rispetto alle finalità di tutela dell'ordinamento nel suo complesso²⁴. In quest'ottica ampia rientrano nella non punibilità il dibattuto istituto della condizione²⁵, la non punibilità conseguente a condotte di riparazione dell'offesa (art. 162 ter c.p., art. 35 d.lgs. 274/2000), le soglie di punibilità²⁶, nonché le c.d. cause estintive della punibilità²⁷, le c.d. clemenze anomale²⁸, fino ai riti alternativi, alle forme di mediazione e giustizia riparativa²⁹, agli istituti premiali legati alla collaborazione processuale, a quelli fondati sull'esiguità (di cui agli art. 131-bis c.p.³⁰ e art. 34 d.lgs. 274/2000³¹), le condotte di riorganizzazione-riparazione nella responsabilità degli enti³², e a strumenti ulteriori dove l'operare della non punibilità avviene attraverso l'applicazione facoltativa di determinate disposizioni da parte dell'autorità giudiziaria.

Si tratta quindi di ipotesi in cui la rottura della sequenza reato-pena è disposta diretta-

¹⁹ Cfr. PETROCELLI (1960), p. 682.

²⁰ Cfr. PATERNITI (2008), p. 19. Evidenzia RUGGIERO come lo scarso interesse della dottrina e il diffuso agnosticismo dell'indirizzo tecnico-giuridico, oltre ad una assoluta preminenza della punibilità, avrebbero influito negativamente sull'autonomia concettuale della non punibilità, «impedendo l'elaborazione di un "sistema" delle figure di qualificazione penale che avrebbero certo giovato, e non in funzione soltanto classificatoria, a questa branca della scienza giuridica», cfr. RUGGIERO (1988), p. 1119. Sui diversi confini, in ambito dottrinale, fra punibilità, non punibilità, estinzione delle punibilità, *ivi*, pp. 1127 ss.

²¹ Cfr. VENEZIANI (2014), p. 291 ss.; PATERNITI (2008), p. 84; PIOLETTI (1995).

²² *Ibidem*. È tuttavia controversa la natura della desistenza, ora interpretata come causa estintiva del reato (*ex plurimis* CONTENTO (1965), p. 54), ora come esimente (cfr. MANZINI (1933), p. 393).

²³ Sulla non punibilità in funzione di interessi differenti rispetto a quello tutelato dalla norma violata, per tutti, DONINI (2001). Per i rimandi bibliografici al vasto dibattito degli anni '90 sull'introduzione di istituti premiali nella lotta alla criminalità organizzata, PADOVANI (1986), p. 414 sub n. 43. In tale contesto si sono sollevate molte voci critiche sull'uso della non punibilità per interessi eccentrici rispetto all'offesa e alle funzioni della pena *ex art.* 27 Cost., con riferimento alla non punibilità come merce di scambio per la collaborazione processuale; oltre agli Autori *ivi* citati, v. anche ID. (1981); MOCCIA (1995), pp. 186 ss.; FERRAJOLI, (1982). Tuttavia, al di fuori di quel contesto specifico, la contrapposizione si rivela solo apparente, laddove la non punibilità – come qui si vuole affermare – sia strutturata dal legislatore in funzione della tutela dei beni giuridici, in maniera parallela e speculare all'intervento del sistema punitivo nel suo insieme.

²⁴ D'ASCOLA ha spostato l'analisi della non punibilità, da una prospettiva prettamente dogmatica circa la qualificazione astratta del reato, ad un terreno di esigenze pratiche differenti; la dimensione logico-formale viene quindi integrata con quella pratico-funzionale; D'ASCOLA (2004), pp. 27 ss. Sulla opportunità politica come ragione alla base delle norme di non punibilità v. (pur con riferimento alle condizioni obiettive di punibilità) BRICOLA (1967), p. 601; NEPPI MODONA (1971), p. 187.

²⁵ Per i rimandi bibliografici alla vasta letteratura sul tema, v. CASAROLI (2019), p. 338; CORNACCHIA (2017), p. 1 sub n. 1; VENEZIANI (2014), p. 279 ss.

²⁶ GALLO (2017); D'ALESSANDRO (2012); FALCINELLI (2007); MERENDA (2007). Sul rapporto fra soglie e politica criminale, anche SEMINARA (2002); PATERNITI (2008), p. 108.

²⁷ Sul dibattito circa la natura sostanziale di tali cause, per tutti ROMANO-GRASSO-PADOVANI (2011), par. 6 ss.; la tesi della natura processuale è seguita fra gli altri da PAGLIARO (1967); NUVOLONE (1975), pp. 532 ss.; sulla posizione tradizionale della dottrina che esclude le cause estintive dalle cause di non punibilità, cfr. ROMANO-GRASSO-PADOVANI (2011), par. 26 ss.; per la tesi minoritaria, *ivi*, par. 22 ss.; sulle due posizioni si veda anche DONINI (2001), p. 1037 sub n. 4. In generale, VASSALLI (1960); ZICCONI (1975), pp. 141 ss.; PROSDOCIMI (1982), pp. 291 ss.

²⁸ Al riguardo INSOLERA-STORTONI (2001), pp. 438 ss.; INSOLERA (2014).

²⁹ Al riguardo MANNOZZI-LODIGIANI (2017); MATTEVI (2017).

³⁰ Nella copiosa letteratura – da PALIERO (1985) sino a quella successiva all'introduzione dell'art. 131-bis c.p. (per i rimandi, cfr. DE FRANCESCO (2016), pp. 49 ss.) – si segnala la posizione minoritaria di GALLO, secondo il quale l'art. 131-bis c.p. arricchisce di elementi schiettamente soggettivistici il giudizio di particolare tenuità del fatto già consentito a mezzo dell'art. 49 c.2 c.p., imperniato tuttavia su una valutazione oggettiva dell'inoffensività di un fatto comunque tipico e idoneo, ma solo minimamente offensivo; cfr. GALLO (2017), p. 471. *Contra*, PALAZZO (2019) ritiene che l'art. 49 c.2 c.p. si riferisca alla mancanza dell'offesa (giudizio qualitativo), mentre nell'art. 131-bis c.p. ci si trovi di fronte ad un'offesa minima (giudizio quantitativo); nello stesso senso in giurisprudenza, *ex plurimis*, Cass., S.U., 6 aprile 2016, n. 13681. Sul valore sistematico dell'art. 49 c.2 c.p., per tutti NEPPI MODONA (1965); ID. (1967); GALLO (1964), in particolare pp. 786 ss.

³¹ Cfr. MATTEVI (2009), in particolare pp. 177 ss.; DE FRANCESCO (2001).

³² Sul rapporto fra responsabilità degli enti e non punibilità, per tutti ASTROLOGO (2009), pp. 51 ss.

mente dal legislatore a mezzo di istituti di diritto sostanziale, di istituti sostanziali connessi al potere discrezionale del giudice in sede di commisurazione della pena (ad es. sospensione condizionale, perdono giudiziale) o infine tramite istituti di diritto processuale (ad es. nel caso di remissione della querela). Pare potersi affermare, pur con la cautela data dal carattere controverso e dibattuto di tali categorie dogmatiche, che non ci si muova nell'ambito della *meritevolezza di pena*, bensì in quello del *bisogno di pena*³³: non sul piano del disvalore materiale dell'illecito in termini di dover essere, bensì su quello del referente criminologico del reato, in termini di essere, di praticabilità e opportunità empirica dell'incriminazione³⁴.

La non punibilità raccoglie dunque «tutto quell'universo d'istituti e discipline sostanziali e processuali che, in presenza di un pregresso comportamento concreto penalmente tipico, antiggiuridico e colpevole [...] riguardano l'ulteriore selezione dei *fatti* di reato e degli *autori* in vista della loro non punibilità (e concreta non punizione), originaria [...], ma soprattutto sopravvenuta [...], oppure in vista della “degradazione” della risposta punitiva penale verso sanzioni meno criminali, se non anche amministrative, in un disegno d'attuazione del programma politico dell'intervento penale come *extrema ratio*»³⁵. La non punibilità è una conseguenza necessaria di un diritto penale che è ben lontano dall'essere nucleare. Siamo infatti di fronte a un «diritto penale flessibile e “moderno” (Hassemer, Sgubbi) [...]». La flessibilizzazione, peraltro, non è per nulla negativa sul terreno della non punibilità: per es., l'aumento delle ipotesi di *diversion* o di non punibilità, di mediazione, di riparazione del danno, di negozialità in fase di applicazione sanzionatoria, ecc. rappresenta un nuovo volto della giustizia penale, meno autoritario e più attento al dialogo fra lo Stato e il reo, più laico perché più slegato dall'idea retributiva, e perciò più sensibile alle ragioni della prevenzione speciale e alla diversificazione delle pene»³⁶.

Se dunque la non punibilità è fisiologica nel nostro ordinamento – ma in generale negli ordinamenti penali contemporanei³⁷ –, i vari istituti della non punibilità perseguono fini molteplici, ora mirando ad una neutralizzazione della pena e del giudizio negativo sulla capacità criminale dell'autore (come nella responsabilità degli enti), ora perseguendo finalità politico-criminali o di economia processuale estranee al disvalore del fatto commesso³⁸. Pur a fronte di tale eterogeneità degli istituti, è possibile ravvisare un'unitarietà sistematica della non punibilità. Più complessa risulta invece, come si dirà, la questione dell'allocazione della

³³ Sull'evoluzione dogmatica di queste due categorie, TONON (2014), pp. 158 ss. (con riferimento in particolare alle elaborazioni dottrinali di SCHMIDHÄUSER, LANGER e SCHÜNEMANN – per i quali la meritevolezza e/o il bisogno di pena vanno collocati all'interno della struttura del reato – e di OTTO, VOLK e ALWART – per i quali i due concetti sarebbero trasversali a tipicità, antiggiuridicità e colpevolezza); per ulteriori rimandi, cfr. DONINI (2001), p. 1044 sub n. 23. Sul bisogno di pena come ispirato al «principio di opportunità» in funzione teleologico-preventiva, ancorato al principio di offensività, CORNACCHIA (2017), p. 6 (in tal senso l'Autore individua nel bisogno di pena il fondamento delle condizioni obiettive di punibilità, rifacendosi in particolare a HEGLER, EISELE, JESCHECK e WEIGEND, STRATENWERTH); sulla dottrina tedesca che vede nella carenza di bisogno di pena il fondamento della non punibilità (fra cui JESCHECK, RUDOLPHI, SCHÖNKE-SCHRÖDER-LENCKER, STRATENWERTH, TIEDEMAN), cfr. ROMANO (1992), p. 49 sub n. 35. Contrariamente ROMANO (*ivi*, p. 49) esclude che nelle ipotesi di non punibilità permanga la meritevolezza di pena e difetti invece il bisogno di pena, poiché ritiene che le due categorie afferiscano solo alla creazione del fatto tipico, rispondendo invece la non punibilità solo a ragioni di opportunità di politica criminale (nello stesso senso COCCO (2017c), pp. 23 ss.; DONINI (2001), p. 1044; MARINUCCI-DOLCINI-GATTA (2020), p. 795; ANGIONI (1989), p. 1495). TONON analizza le singole cause di esclusione della punibilità (TONON (2014), pp. 208 ss.) alla luce delle due categorie dogmatiche, al fine di utilizzarle come parametri che consentano di ridurre al minimo gli spazi di «irrazionalità endosistemica nelle scelte punitive» (*ivi*, p. 214). Va tuttavia rilevata un'ambiguità e inafferrabilità delle due categorie nell'uso fattone dalla dottrina italiana (così RISCATO (2003), *passim*, nonché DI MARTINO (1998), p. 100; per un resoconto dei differenti usi, MATTEVI (2017), p. 67 sub n. 229). Nell'ampia letteratura di lingua tedesca su *Strafbedürfnis*, *Strafbedürftigkeit*, *Strafwürdigkeit*, oltre ai già citati Autori, per una ricostruzione complessiva (in particolare con riferimento agli approcci di LAGODNY, APPEL e STÄCHELIN), cfr. DECKERT (2013); contro la bipartizione fra meritevolezza e bisogno di pena, per tutti JAKOBS (1983), p. 339. Nella dottrina in lingua castigliana, per una ricostruzione bibliografica del dibattito su *merecimiento* e *necesidad* di pena, DIEZ RIPOLLÉS (2011), pp. 127 ss., ID. (2017), p. 17. Tale Autore, il quale include la punibilità nella teoria del reato, dopo aver affermato che il giudizio sulla *necesidad* è trasversale sia alla fase di formulazione di un giudizio di responsabilità che a quelle di imposizione e esecuzione della pena, riempie di contenuto la *necesidad* alla luce di concetti pragmatici e utilitaristici di *efectividad*, *eficacia* e *eficiencia* (*ivi*, pp. 21 ss.). In ambito statunitense, con i dovuti distinguo, sulle diverse concezioni di *desert* e sulla sua funzione di tale istituto come principio distributivo per la responsabilità penale e la pena, ROBINSON (2008), pp. 135 ss.

³⁴ Così PALIERO (1985), p. 177; al riguardo anche PATERNITI (2008), p. 164; VENAFRO (2003).

³⁵ Cfr. DONINI (2001), p. 1036.

³⁶ Cfr. DONINI (2003e), p. 1813.

³⁷ Un recente studio comparato fra Stati Uniti, Regno Unito e Germania prende atto della centralità degli istituti negoziali, pur a fronte delle grandi differenze fra *common law* e *civil law*, in funzione di efficienza e allocazione delle risorse, cfr. TURNER-WEIGEND (2020). In particolare negli Stati Uniti il 95% delle condanne, sia a livello statale che federale, è il prodotto di una negoziazione, mentre in Inghilterra e Galles la percentuale è del 90% (*ivi*, p. 389). Ben si comprende allora l'affermazione della Corte Suprema statunitense (*Laffer v. Cooper*, 566 US 156, 170 (2012), citata *ivi*, p. 389) secondo cui «*criminal justice today is for the most part a system of pleas, not a system of trials*». Uno studio del 2017, condotto dall'organizzazione *Fair Trial* su novanta ordinamenti giuridici, ha riscontrato che ben sessantasei di questi utilizzano qualche forma di rinuncia al dibattimento sulla base di una negoziazione; cfr. FAIR TRIAL (2017).

³⁸ Bipartizione proposta da DONINI (2001), p. 1057.

gestione della non punibilità.

3. La non punibilità e il *Trichtermodell*.

Se, da un lato, la crescita dell'area del penalmente rilevante, anche con funzione simbolica e organizzatoria, è un dato fisiologico delle società contemporanee, dall'altro, è ravvisabile anche una componente patologica, data dal fatto che, da alcuni decenni, il diritto e il processo penale sono caricati di aspettative «messianiche»³⁹, a fronte di una sempre maggiore esautorazione della politica dalla trasformazione della società. Si è dunque avuta un'espansione del diritto penale⁴⁰ e una tendenza ad attribuirvi la funzione di «enciclopedia valoriale», *biblia pauperum* della nostra società⁴¹. La visione del diritto penale come strumento di governo di determinati interessi appare oggi ideologicamente trasversale⁴². In conseguenza, «troppi sono i fatti intollerabili ai quali lo Stato non è ancora in grado di rispondere se non (anche) con la minaccia penale. Ma non è assolutamente in grado di applicarla veramente, tranne che a una parte minore di reati effettivamente realizzati».⁴³ Su tale scenario, che si è sviluppato nel corso di almeno tre decenni, si sono poi innestate poi le dinamiche del c.d. *populismo penale*⁴⁴.

Il risultato è dunque un necessario, ma implicito, gioco delle parti fra legislatore e magistratura: se il diritto penale sostanziale aumenta costantemente la minaccia penale, non può che essere il processo penale a operare la necessaria selezione che deriva, da un lato, da esigenze pratiche di limitatezza delle risorse e, dall'altro, da una doverosa selezione degli autori, che risponde all'attuazione del principio di eguaglianza e della prevenzione speciale, riducendo l'effettiva applicazione della pena al soggetto socialmente pericoloso⁴⁵. In un Paese in cui vige

³⁹ Così PASTOR (2005), p. 73; nello stesso senso, *ex plurimis* e per ulteriori riferimenti bibliografici, SGUBBI (2019), p. 23.

⁴⁰ La ricostruzione del fenomeno è offerta da SILVA SANCHEZ (2004); v. anche ZAFFARONI (2019). Il diritto penale diventa «mezzo per ogni fine che si affermi dal punto di vista politico» (cfr. NAUCKE (1998), p. 101), mezzo politico a buon mercato; così WEIGEND (2006), p. 62; nonché già ALBRECHT (1995). Esso, dunque, trae legittimazione dal suo esserci prima ancora che dalla sua (eventuale) effettività; a ciò si ricollega a un inasprimento sanzionatorio ben lontano da una coerente graduazione basata sulle categorie della meritevolezza e del bisogno di pena; così PULITANÒ (2008). L'espansione del diritto penale è determinata da fattori diversi come lo sviluppo tecnologico, la trasformazione del diritto penale in strumento di governo, il dissolversi di stabili strutture di controllo sociale e la drammatizzazione della criminalità (così VORMBAUM (2018a), p. 177); va però sottolineato che in Italia, a partire dalla metà degli anni Novanta, avviene una «delega alla magistratura delle scelte di politica criminale [...] la politica delega alla magistratura non le indagini sui corrotti, ma il compito politico della lotta alla corruzione. [...] Questa inedita attribuzione di funzioni latamente politiche trasforma il magistrato in “giudice di scopo”, organo cui non è più affidata solo l'applicazione della legge, ma anche il conseguimento di una finalità generale, che sarebbe compito proprio della politica» (cfr. VIOLANTE (2015), p. 350). Alla dinamica espansiva del diritto penale corrisponde dunque anche un parallelo spostamento del «baricentro del sistema penale complessivamente considerato [...] sul procedimento e, nell'ambito di quest'ultimo, all'indietro, sulla fase preliminare»; cfr. NOBILI (1995), p. 659.

⁴¹ Ad esempio in relazione alla criminalizzazione della pedopornografia virtuale, del negazionismo, dell'immigrazione irregolare, dell'autoaddestramento (elencazione ripresa da FORNASARI (2018b), p. 1524; con riferimento alla punizione del negazionismo e della pedopornografia virtuale, parla di «*simbolismo identitario*», PALIERO (2018) p. 1483).

⁴² Così, sulla dinamica espansiva, CANCIO MELIÁ (2006), p. 350; Id. (2003), pp. 71 ss.; più in generale, SILVA SANCHEZ (2004), pp. 35 ss., anche con riferimento al carattere trasversale dei nuovi *atypische Moralunternehmer*, i quali guidano la tendenza verso un progressivo ampliamento del diritto penale in vista di una crescente protezione dei loro rispettivi interessi. Come esempio di espansione del diritto penale «da sinistra», si veda l'opinione di chi ritiene che dall'art. 3 Cost. discenda un'obbligazione di tutela penalistica di tutte le minoranze, che renderebbe «indiscutibile l'esigenza di una tutela rafforzata anche contro i crimini d'odio di genere e omofobico nel nostro Paese»; cfr. GOISIS (2019), p. 254. INSOLERA individua uno scontro fra il riferimento alla Costituzione in chiave garantista e liberale e un «neocostituzionalismo» [... che vi] contrappone il proliferare di diritti e garanzie [...] frutto di variegata istanze sociali o di pretese conformità a giurisprudenze/fonti sovranazionali [da cui...] scaturisce una proliferazione di diritti senza criteri ordinatori» (cfr. G. INSOLERA (2017), p. 162); usa il termine «paternalismo giurisdizionale» ZANON (2015), p. 361 (con riferimento alle riflessioni di HIRSCHL (2004), pp. 296 ss). Parla di «codice penale [che] ha finito con il diventare oggi la Magna Charta della politica» VIOLANTE (2015), p. 354 (nel senso che «al codice penale ricorrono i partiti anche per attribuire alla magistratura funzioni che invece dovrebbero essere loro proprie», *ibidem*).

⁴³ DONINI (2001), p. 1046.

⁴⁴ «Nelle fasi storiche populistiche la politica smarrisce il proprio ruolo di mediazione dei conflitti sociali, la propria funzione “civilizzatrice” e di governo di insicurezze e pretese della comunità. Si de-politicizza, diviene non-politica, limitandosi ad assecondare – senza filtro – le richieste della comunità, tra cui quelle di tutela penale; anzi alimentando le relative paure in modo da acquisire/mantenere consenso» (cfr. TRIPODI (2019), p. 270; nello stesso senso anche VIOLANTE (2014), p. 201; sul differente ruolo della paura nella creazione di consenso rispettivamente nelle ideologie populiste positive e negative, cfr. INSOLERA (2019a), p. 6). Nella vasta elaborazione dottrinale al riguardo, tra i lavori più recenti: SGUBBI (2019) (la politica ha «abdicato al proprio compito istituzionale di assumere decisioni di governo della società [...] e invece] la magistratura, per contro, decide», *ivi*, p. 58); AMATI (2020); AMODIO (2019); DONINI (2020a); (2019); INSOLERA (2019b); si veda inoltre, *ex plurimis*, ANASTASIA-ANSELMINI-FALCINELLI (2015); FIANDACA (2013); PULITANÒ (2013), nonché i contributi di SOTIS, PULITANÒ, BONINI, GUERINI, INSOLERA, SESSA, MANNA, RISICATO, MAZZACUVA negli atti del convegno AA. VV., *La società punitiva* (2016). In particolare FIANDACA denuncia una «strumentalizzazione politica del diritto penale, e delle sue valenze simboliche, in chiave di rassicurazione collettiva rispetto a paure e allarmi a loro volta indotti, o comunque enfatizzati da campagne politico-mediatiche propense a drammatizzare il rischio criminalità»; FIANDACA (2013), p. 97.

⁴⁵ Cfr. DONINI (2004), p. 235. BRICOLA ammoniva che «Il problema più drammatico dell'esperienza penalistica contemporanea è [...] “quello

l'obbligatorietà dell'azione penale⁴⁶, lo scenario sopra descritto non può che portare al noto modello a imbuto (*Trichtermodell*)⁴⁷, in attuazione dei principi di proporzione, *extrema ratio* e sussidiarietà, che impongono una declinazione flessibile del principio di obbligatorietà dell'azione penale⁴⁸.

La non punibilità ha quindi un ruolo sistematico fondamentale: essa è «espressione di una valutazione politica dell'idea di *extrema ratio* e quindi di sussidiarietà»⁴⁹. È la non punibilità che consente a un sistema come il nostro, con la sua mole di leggi penali e le sue molte incoerenze, di essere rispettoso dei principi fondamentali e di individuare, nella vasta area del penalmente rilevante, un sottoinsieme più ridotto, cui corrisponde l'effettiva applicazione della pena, solo quando tali principi lo consentano e lo comandino.

In un siffatto modello, non soltanto vi è un potere del diritto processuale e della prassi processuale di influire sulla politica criminale⁵⁰, bensì addirittura un dominio del processo sul diritto penale nella selezione punitiva reale degli autori⁵¹, con uno spostamento delle scelte di diritto sostanziale in ambito processuale. Nel gioco delle parti, «mentre il Parlamento seleziona i fatti, mediante la legge, la pubblica accusa seleziona gli autori (che hanno commesso i fatti)

di improntare e regolare i rapporti tra il principio della difesa sociale e il principio di legalità». La sempre maggiore accentuazione del carattere di prevenzione speciale della pena reca con sé l'esigenza di una sua individualizzazione e pone in primo piano l'accertamento della personalità del reo. Di qui un progressivo allontanamento dal dogma della fattispecie e un correlativo aumento dei poteri discrezionali del giudice penale»; cfr. BRICOLA (1965), p. VII; la citazione all'interno proviene da NUVOLONE (1958), p. 244. Una tale constatazione portava l'Autore ad affermare «l'indissolubile legame che avvince la norma penale al processo» (*ivi*, p. xi). Sul fatto che il giudice debba interpretare istituti della non punibilità, quali ad esempio la sospensione condizionale o il perdono giudiziale, come «un'apertura del sistema verso esigenze di prevenzione speciale» alla luce dell'art. 27 c. 3 Cost., *ivi*, 83, nonché 136 ss. Sull'orientamento all'autore come conseguenza dell'orientamento alle conseguenze, quale caratteristica centrale dei sistemi giuridici odierni, MONACO (1984), pp. 71 ss. Sulla discrezionalità del giudicante in sede applicativa, *ex plurimis* STILE (1976-77); DELOGU (1976); DOLCINI, (1983); VASSALLI (1958). Non è questa la sede per un'indagine sullo stato attuale della *vexata quaestio* dell'adeguatezza della teoria della commisurazione della pena e sul rapporto fra dogmatica e empirica in tale sede, ove più forte è la tentazione di mettere alla prova della falsificazione la nota massima per cui «l'attività pratica del giurista penale presuppone solo in parte la conoscenza delle leggi e della loro interpretazione, probabilmente solo per la più piccola parte. L'altra parte può essere riassunta sotto il concetto di *routine*» (cfr. HASSEMER (1981), p. 100); nella vastissima letteratura, *ex plurimis* MONACO (1984); DOLCINI (1979); più di recente MANNOZZI (1996); CARUSO (2009). Ulteriormente interessante è poi la prospettiva di come la discrezionalità del giudicante in sede di commisurazione della pena possa essere destinata a venir sostituita dal calcolo di un algoritmo; al riguardo GARAPON-LASSÈGUE (2018).

⁴⁶ Si tratta di un principio oggetto, da un lato, degli attacchi di chi preferirebbe un momento di valutazione politica sull'esercizio dell'azione penale e, dall'altro, della mitizzazione di chi arriva ad affermare che l'assenza di tale principio pregiudicherebbe lo stesso Stato di diritto (così CHIAVARIO (2006), p. 411). L'Autore, dopo aver evidenziato come l'art. 112 Cost. (e la sua interpretazione rigida) costituisca un *unicum* sul piano comparato, descrive poi tale disposizione come «una delle più laconiche della Carta fondamentale» (*ibidem*). Per una ricognizione comparata, per tutti CAIANIELLO-HODGSON (2017).

⁴⁷ Cfr. DONINI (2004), p. 241; ID. (2003c), p. 383; PALIERO (1985), p. 235. Sull'origine di tale concettualizzazione, KERNER (1973), pp. 25 ss.; KAISER (1997), pp. 138 ss. Sottolinea ZAFFARONI che ad una sempre maggiore «sproporzione strutturale tra quanto programmato dalla criminalizzazione primaria (tipizzazione) e la selezione delle persone da criminalizzare (criminalizzazione secondaria) [...] corrisponde un maggior potere di arbitrio selettivo (o relativa arbitrarità) per le agenzie esecutive», dopodiché spetta al potere giudiziario «filtrare il potere punitivo esercitato dalle agenzie esecutive, facendo sì che nelle pene si concreti il meno irrazionale e sia sbarrato il passo al più irrazionale. In questo modo si preserva la vigenza relativa di qualsiasi Stato di diritto minimamente repubblicano. Questa funzione di filtro e contenimento del potere punitivo è un compito di vitale importanza, poiché evita lo straripamento che, una volta inverteosi, può dar luogo a conseguenze che vanno da semplici abusi fino ai genocidi. A tal fine, le agenzie giudiziali (giudici) procedono in base alle norme processuali nei confronti dei candidati alla criminalizzazione secondaria, selezionati dalle agenzie esecutive. Tuttavia, il compito di selezione criminalizzante secondaria non è giudiziale ma poliziesco. I giudici hanno il potere di decidere se il processo di criminalizzazione secondaria messo in moto dalla polizia debba interrompersi, avanzare o fermarsi temporaneamente»; cfr. ZAFFARONI (2019), p. 116.

⁴⁸ Cfr. M. DONINI (2004), p. 249.

⁴⁹ Cfr. ID., (2001), p. 1044. Si tratta di «una nuova e diversa sussidiarietà contemporanea. L'*extrema ratio* non può riguardare solo la fase della minaccia della pena e delle scelte di criminalizzazione [...] L'*extrema ratio*, invece, continua a ispirare – *rectius*: dovrebbe ispirare – “dialetticamente” il sistema penale anche nella fase dell'applicazione e dell'esecuzione, e richiede qui un'attiva collaborazione della magistratura, ma nello stesso tempo una rinnovata fiducia in spazi di discrezionalità che le andranno affidati»; cfr. ID. (2003c), p. 386. È una sussidiarietà fisiologica, in virtù del «costante conflitto tra l'esigenza generalpreventiva e il principio di rieducazione/risocializzazione» (*ivi*, 388). Sull'orientamento della non punibilità al principio di «sussidiarietà esterna», anche COCCO (2017c), pp. 31 ss. Secondo tale Autore, proprio la funzionalità della non punibilità al principio utilitaristico di sussidiarietà fa sì che essa non vada considerata come una patologia, bensì sia iscritta a pieno titolo nell'assetto teleologico complessivo del sistema penale, «che giustifica la punibilità di un fatto con l'obiettivo della tutela dei beni e ne impone l'abbandono laddove tale obiettivo sia stato conseguito» (*ivi*, p. 33). Va tuttavia sottolineato come l'Autore ritenga che il principio di sussidiarietà si esprima nelle norme che escludono la punibilità sulla base di condotte volontarie dell'autore, nelle condizioni di punibilità o non punibilità volte a salvaguardare beni differenti da quello tutelato, nelle soglie quantitative, nei casi di cd. pena naturale; tuttavia, proprio sulla base del principio di sussidiarietà esterna, egli distingue tali condizioni di (non) punibilità, che colloca nell'ambito della teoria del reato, da istituti come la prescrizione o l'amnistia, riguardanti invece la teoria della pena; v. ID. (2017b), p. 134. Sul principio di frammentarietà come fondamento della prescrizione («il mantenimento della fiducia dei cittadini nella validità della norma non richiede la punizione di tutte le violazioni») cfr. GARCÍA PÉREZ (1997), p. 289; ancor più esplicitamente PERRON (1999), p. 476. In un senso parzialmente analogo, rapportando la prescrizione alla percezione sociale della capacità del delitto di turbare l'ordine sociale, seguendo la concezione di JAKOBS, RAGUÉS I VALLÈS (2018), pp. 214 ss.; allude implicitamente a un fondamento analogo anche PULITANÒ (2015), p. 21.

⁵⁰ Cfr. VOLK (2017), p. 37.

⁵¹ Cfr. DONINI (2004), p. 256.

mediante l'esercizio dell'azione penale, così come il giudice contribuisce ad avvalorare (o sconsigliare) quelle scelte attraverso l'impiego dei *grandi spazi di discrezionalità sanzionatoria* di cui ovunque dispone⁵². Ciò avviene attraverso uno spazio che è legislativamente predeterminato al fine di evitare che la discrezionalità si tramuti in arbitrio⁵³, ma che tuttavia vede una significativa processualizzazione della non punibilità, non solo laddove il singolo istituto preveda elementi contrattuali, pattizi o restaurativi, che necessariamente non possono che venir verificati in sede processuale. È inoltre a tutti noto come il vero filtro discrezionale presente nel nostro ordinamento sia dato dall'uso (relativamente) discrezionale della prescrizione, la quale nella maggior parte dei casi matura in sede di indagini preliminari⁵⁴.

Lo slittamento nella gestione reale della pena non è dunque un eccezionale accidente. Al contrario, esso consente al legislatore di "delegare" la non punibilità alla magistratura e di perseguire invece logiche di populismo penale in fase elettorale (fase ormai perenne⁵⁵). Si potrebbe dunque richiamare il concetto politologico di *blame-defection*⁵⁶: una decisione (spesso non espressa) delle élite politiche a favore di un'espansione delle prerogative del potere giudiziario, anche a rischio del contenimento del potere delle istituzioni esecutive e legislative. Ciò al fine di conferire al potere giudiziario «il compito di affrontare [...] questioni che le istituzioni politiche non intendono affrontare, di solito perché i costi che dovrebbero sopportare sarebbero superiori ai possibili benefici. In questo modo i politici possono evitare la responsabilità di decisioni impopolari o comunque sgradite a gruppi importanti»⁵⁷. Tuttavia, non si può non rilevare come una delega generi confusione e possibile discrezionalità, anche in ragione degli scopi della pena. A ciò si aggiungono, come si dirà, dubbi in relazione al rispetto sia del principio di eguaglianza che a quello di legalità.

4.

Il caso emblematico della clemenza collettiva.

Quanto sin qui esposto può essere meglio compreso attraverso la breve analisi di un esempio paradigmatico di quanto si discute: l'evoluzione della clemenza collettiva. L'Italia, «paese delle amnistie»⁵⁸, vi è ricorsa ciclicamente: dall'Unità al 1990⁵⁹ ben 333 volte⁶⁰. L'amnistia è stata strumento costante di politica criminale, tuttavia la dottrina non l'ha mai assoggettata ad una «razionalità strumentale assiologicamente orientata»⁶¹. Al contrario, vi è stata una «disattenzione verso i profili di giustificazione 'materiale'», che «ha comportato la istituzio-

⁵² *Ibidem*.

⁵³ Così PATERNITI (2008), p. 131; BARTOLI (2003), p. 104; CIAVOLA (2010), p. 254, sottolinea l'importanza dell'individuazione di indici che evitino l'arbitrio; gli contesta la difficoltà di individuarli, ROMANO (2004a), par. 6.

⁵⁴ Per le statistiche sull'incidenza della prescrizione, GATTA-GIOSTRA (2020); AMBROSETTI (2017), p. 408. BRICOLA evidenziava come «a proposito della prescrizione può parlarsi di una *discrezionalità indiretta*, dovuta al fatto che sul computo del tempo necessario a prescrivere un reato di un certo tipo possono influire fattori di natura discrezionale» (F. BRICOLA (1965), p. 393); sulla prescrizione in sede istruttoria come strumento di una «scelta politica» da parte delle Procure in sostituzione della discrezionalità nell'esercizio dell'azione penale a fronte del permanere di un'immagine falsata di una giustizia assoluta e non diseguale v. l'intervento di DONINI (2020b); ivi l'Autore sostiene inoltre che la Riforma Bonafede avallerebbe una tale concezione della prescrizione, impedendone la maturazione ove la Procura abbia scelto di esercitare l'azione penale. Su come l'introduzione dell'art. 131-bis c.p. abbia inciso sulla prescrizione in sede di archiviazione, cfr. QUATTROCOLO (2015), pp. 227 ss.; DANIELE (2015); PARLATO (2015). Sulla «discrezionalità di fatto» nell'esercizio dell'azione penale» come conseguenza necessaria «della impraticabilità politica dell'amnistia», BORGNA (2020). Evidenzia invece un profilo di lesione del principio di eguaglianza del regime della prescrizione in ragione del censo dell'imputato (poiché chi non ha risorse sufficienti per le spese legali sino alla prescrizione ripiegherà sui riti alternativi) VIGANÒ (2013), p. 30; così anche FASSONE (2002), p. 228.

⁵⁵ Parafrasando MOCCIA (1995).

⁵⁶ GUARNIERI-PEDERZOLI (2017), p. 187, con riferimento alle teorizzazioni di HIRSCHL (2008); SALZBERGER (1993); nonché, in relazione al superamento della segregazione razziale negli USA, WHITTINGTON (2005), pp. 592 ss. In ambito penalistico, tale concetto viene richiamato con riferimento a Tangentopoli da AMATI (2020), p. 24; si consenta inoltre il rinvio a CAROLI (2020), p. 296. Implicitamente nello stesso senso con riferimento alla stagione del terrorismo MANNA (2017), p. 34.

⁵⁷ Cfr. GUARNIERI-PEDERZOLI (2017), p. 186.

⁵⁸ Cfr. SALVEMINI (1949).

⁵⁹ Secondo INSOLERA, a partire da questa data la clemenza non scompare, bensì si ha un «passaggio del potere di clemenza dal Parlamento alla frammentata geografia di singoli uffici», mediante il trasferimento della funzione clemenziale sull'istituto della prescrizione; cfr. INSOLERA, (2014), p. 7.

⁶⁰ Cfr. NEPPI MODONA (2011), p. 579. Si veda anche VIOLANTE (1997); POMANTI (2008).

⁶¹ Cfr. MAIELLO (2007), p. 35. L'Autore si riferisce all'aspirazione programmatica jheringiana di attrazione della clemenza all'interno delle funzioni del sistema di giustizia penale ricavabile dalle indicazioni costituzionali, saldando assieme gli aspetti positivi di tutela penale con quelli di legittimazione negativa. Rileva PALAZZO come la clemenza generale sembri condannata «a stare fuori della razionalità propria del sistema punitivo»; cfr. PALAZZO (2000), p. 798. Sulla considerazione dottrinale della clemenza quale elemento *extra-ordinem*, cfr. PULITANÒ (2006), p. 1061.

nalizzazione della sua subalternità ad un mero principio di statuizione»⁶². Tradizionalmente, la dottrina penalistica non ha elaborato un modello idealtipico della potestà di clemenza⁶³, un'individuazione dei limiti materiali al suo esercizio⁶⁴. Si è creato così un circolo vizioso. Da un lato, cioè, la dottrina si asteneva dall'esercitare un ruolo critico, ritenendo che il merito della clemenza fosse esercizio della discrezione politica; dall'altro, il legislatore faceva un uso così eccessivo ed arbitrario di tale discrezione, da legittimare ulteriormente la concezione del carattere potestativo della clemenza e l'atteggiamento fatalista della dottrina⁶⁵.

Le amnistie, tuttavia, partecipavano a un chiaro disegno politico. In età giolittiana, ad esempio, erano il corollario di una politica di pace sociale, al fine di eliminare le conseguenze sanzionatorie più lievi o connesse ai reati diffusi nei momenti di scontro con i lavoratori⁶⁶; un'apertura timida e timorosa delle classi dominanti. Dal 1905 in poi, le amnistie mirano a un'auspicata "collaborazione" fra le classi sociali⁶⁷; formalmente, però, esse sono presentate come amnistie celebrative, legate a fauste ricorrenze. Ammettere un significato politico dell'amnistia, al di là della dizione formale, non è in contrasto con la constatazione generale di arbitrarietà cui si è fatto cenno ed in base alla quale «le spinte alla produzione clemenziale sorgono [...] al servizio di un modello plebiscitario [...] in un] uso improprio del potere di clemenza, la sua finalizzazione ad obiettivi estranei alla forma 'deontologica' – o, se si preferisce, soltanto 'idealtipica' – della sua razionalità, vale a dire quella 'interessata' a 'dialogare' con una 'realistica' prospettiva di politica criminale»⁶⁸. L'amnistia partecipa quindi sì ad un programma di politica criminale, nel senso che diviene strumento dell'esecutivo per allentare le asprezze repressive dello stato liberale («vanificando l'efficacia della legge penale positiva»⁶⁹). Essa ha, tuttavia, una funzione di «paternalistica rassicurazione»⁷⁰ da parte del ceto dominante alle classi subalterne. Si coglie quindi già il senso della nota definizione dell'amnistia come «cattiva coscienza del legislatore»⁷¹.

⁶² MAIELLO (2007), p. 43. Afferma l'Autore che «la clemenza non è stata concepita come 'gemmazione' del controllo punitivo» (*ivi*, p. 161) ed è quindi stata sottratta «ai consueti referenti costitutivi delle soglie di ragionevolezza politico-criminale» (*ivi*, p. 162). Non si ritiene tanto che l'istituto sia privo di fondamento, quanto che «quel fondamento non costituisca proiezione di una 'garanzia giuridica' (appartenente al mondo dei significati prescrittivi) e, quindi, non partecipi ai principi di razionalità epistemica, concorrenti a delineare la base di legittimazione strumentale del controllo penale» (cfr. *ivi*, p. 59). Il dibattito dottrinale si limita al piano descrittivo e alla collocazione dogmatica dell'istituto. Mentre nel Codice Zanardelli l'amnistia aveva una dimensione processuale, quale causa di estinzione dell'azione penale, nel Codice Rocco essa è collocata nella nuova categoria delle *Cause di estinzione del reato e della pena* (Libro I, Titolo VI). In particolare l'art. 151 c.p. è inserito all'interno del Capo I, relativo alle *Cause di estinzione del reato*. Una ricostruzione dei differenti orientamenti dottrinali sul punto è offerta da POMANTI (2008), pp. 91 ss., cui si rimanda in particolare per la tesi di MANZINI, che paragona l'amnistia all'*abolitio criminis* (*ivi*, p. 97), di GALLO, che ritiene che l'istituto abbia natura processuale (*ivi*, p. 98), di PAGLIARO, che la qualifica come causa di improcedibilità sopravvenuta (*ivi*, p. 100), di SANTORO, che parla di causa di esclusione della punibilità (*ibidem*), di CARNELUTTI che preferisce causa di estinzione degli effetti penali (*ibidem*) ovvero condizione risolutiva del reato inteso come atto giuridico illecito (*ivi*, p. 121), di PETROCELLI che parla di rinuncia della pretesa punitiva (*ivi*, p. 101) e degli altri indirizzi che introducono i concetti di estinzione della pretesa punitiva, del diritto soggettivo a punire, del rapporto giuridico punitivo (*ibidem*). FRANCHINA parla di cause impeditive dell'attuazione della legge penale; cfr. FRANCHINA, (1966), p. 315. ZAGREBELSKY ritiene che l'amnistia intervenga solo sulla norma secondaria (quella che fissa la sanzione) rendendola inapplicabile, non su quella primaria; cfr. ZAGREBELSKY (1974), p. 69). Su tale dibattito anche MAIELLO (1992), p. 1043.

⁶³ Cfr. MAIELLO (2007), p. 85.

⁶⁴ Secondo STORTONI, amnistia e indulto hanno un «carattere del tutto discrezionale sia nei contenuti che nei momenti di emanazione: essi peraltro sono legittimati dall'espressa previsione costituzionale dell'art. 79»; cfr. STORTONI (1984), p. 663. Egli individua tuttavia un limite nella tutela costituzionale della vita, che impedisce l'introduzione di amnistia in relazione all'omicidio, salva l'ipotesi eccezionale di assoluta necessità all'indomani di una guerra civile (*ivi*, p. 659 ss.). Anche in epoca repubblicana sembra quindi ritenersi che, per il solo fatto di essere prevista nella Costituzione, senza l'imposizione «di alcun criterio» (*ivi*, p. 660), l'amnistia sia di per sé legittima, una deroga espressa ai principi di razionalizzazione che guidano la tutela penale; ciò indipendentemente dal contenuto della stessa. Mai tuttavia tale posizione è stata assunta dalla Corte costituzionale, nemmeno nei primissimi anni, laddove essa si è limitata a dire che, in virtù dell'art. 79 Cost. che prevede l'istituto dell'amnistia, «è inconcepibile considerarlo, *in sé e per sé*, incompatibile con la Costituzione» (corsivo Nostro; cfr. Corte cost., 12 dicembre 1963, n. 171, in *Giur. cost.*, 1963, 1690). Quella di STORTONI non è, tuttavia, una posizione isolata; per ulteriori riferimenti, v. MAIELLO (2007), p. 47 sub n. 46.

⁶⁵ L'espressione «fatalismo» è di MAIELLO (2007), p. 313. Quanto alla funzione dell'amnistia nella prassi, si è affermato: «è troppo noto come l'amnistia rappresenti, nei termini in cui viene concretamente e ricorrenzemente utilizzata, uno strumento di vera e propria perversione politico-criminale e un fattore di dissoluzione della prevenzione generale»; cfr. PADOVANI (1986), p. 427.

⁶⁶ Si veda MAZZACUVA (1983), p. 40; COLAO (2011), p. 472.

⁶⁷ Così MAZZACUVA (1983), p. 52.

⁶⁸ Cfr. MAIELLO (2007), p. 229.

⁶⁹ Cfr. COLAO (1986), p. 50.

⁷⁰ Cfr. MAIELLO (2007), p. 248. Lo stesso Autore parla di «ipocrisia istituzionale», perseguita da uno Stato che mistifica la complessa problematicità delle questioni sociali comunicando l'illusorio convincimento che la relativa soluzione possa provenire dal piano 'magico' di una o più remissioni sanzionatorie» (*ivi*, p. 251). COLAO definisce il profluvio di amnistie giolittiane come «spia dell'incapacità dell'Italia liberale a rimuovere il disagio», con un'ambiguità politica che si acutizza fra il 1915 e il 1922, con norme sempre più repressive da una parte e sempre più ampie amnistie dall'altra; COLAO (2011), p. 474. Nel 1921 LUCCHINI denunciava una «esautorazione completa dello Stato» a mezzo di continue amnistie; cfr. LUCCHINI (1921a); *Id.*, (1921b).

⁷¹ Cfr. RADBRUCH (1961), p. 224. Nella prima Repubblica l'introduzione di provvedimenti di amnistia sarà tale che si parlerà di «percezione

Caratteristico di quel periodo storico è anche il ruolo della giurisprudenza nel determinare in concreto la portata dell'amnistia⁷². Si può ipotizzare una consapevolezza del legislatore in tal senso, in quanto i testi dei provvedimenti di amnistia sono strutturati in una logica di dialogo e di «collaborazione volta ad adattare a seconda delle circostanze concrete (e nel modo più opportuno) il contenuto dei decreti di amnistia»⁷³. Persino a fronte delle amnistie di pacificazione del primo dopoguerra, quando il legislatore sostituisce il ricorso a formule generali con l'indicazione del *nomen juris* dei reati amnistiati, la Cassazione arriva a fornire una qualificazione dei fatti totalmente «discrezionale»⁷⁴, al fine di escludere l'applicazione dell'amnistia ai reati strumentali alla lotta sociale, quali l'invasione di terreni, la violenza o minaccia per costringere all'astensione dal lavoro⁷⁵.

All'uso partigiano dell'amnistia da parte del regime⁷⁶, seguono le amnistie relative ai delitti del fascismo e della guerra civile⁷⁷; in particolare con riferimento alla c.d. *amnistia Togliatti*⁷⁸, l'interventismo della magistratura è tale che alcuni storici ipotizzano un atteggiamento non solo colposo, ma addirittura doloso da parte del legislatore, nel confezionare un testo legislativo che consentisse di scaricare sulla magistratura la responsabilità della mancata punizione dei criminali fascisti⁷⁹.

Avendo riguardo all'uso dell'amnistia in epoca repubblicana, è difficile evitare una censura di irragionevolezza⁸⁰. Sino al 1990, infatti, si registra un uso ciclico dell'amnistia, trasformata (assieme all'indulto) in un «anomalo strumento di routine»⁸¹, meccanismo permanente di deflazione del carico giudiziario e di svuotamento delle carceri, in chiave vicaria dell'*abolitio criminis*⁸². Con ciò si privava del tutto l'amnistia del requisito di eccezionalità dei presupposti⁸³, con serie conseguenze in relazione all'effettività del sistema punitivo⁸⁴, poiché quest'ultima è messa in crisi dall'amnistia prima di tutto sul piano simbolico e comunicativo. Infatti, «ogni amnistia costituisce essa stessa, in un certo senso, una rottura della legalità»⁸⁵ e del principio

strisciante di un "pentimento" dello Stato nei confronti delle sue stesse leggi»; ALESSI (2011), p. 595). COLAO evidenzia però la particolarità delle amnistie politiche e del loro: «potere comunicativo; nella dialettica esclusione-inclusione delegittimava un "modo politico" precedente di gestire il conflitto per legittimarne uno nuovo»; cfr. COLAO (2011), p. 465.

⁷² Così MAZZACUVA (1983), p. 47. Anche al di là dell'ambito specifico della clemenza, la magistratura gioca un ruolo decisivo nello Stato liberale ed in particolare la Cassazione finisce «per risultare funzionale alle esigenze del potere politico ed economico pur senza esserne direttamente condizionata» (cfr. STORTI (2015), p. 5), con «responsabilità non irrilevanti del ceto giuridico» (*ivi*, p. 8); «la pretesa neutralità dell'interprete delle leggi rappresentò uno degli strumenti "pacifici" più efficaci, per il conseguimento di tale risultato e, come appare chiaramente nel diritto del lavoro, di sovente le ragioni della giustizia furono invocate contro quelle della legge» (*ibidem*). Con riferimento alla repressione penale dello sciopero, mentre i socialisti imputano alla magistratura la responsabilità di disapplicare le norme speciali in favore del delitto più grave di violenza privata, il MANZINI, accusa il legislatore di aver predisposto una tutela penalistica inappropriata della libertà del lavoro, esponendo quindi la magistratura alle critiche dell'opinione pubblica e scaricando su di essa la responsabilità (*ivi*, p. 17).

⁷³ MAZZACUVA (1983), p. 47. Un esempio è dato dall'interpretazione giurisprudenziale di quali fossero i reati di stampa amnistiabili; «il fatto, poi, che gli organi titolari della potestà di clemenza non abbiano provveduto, nelle amnistie successive [...], a precisare esattamente quali fossero i reati di stampa di volta in volta amnistiati, può significare una certa loro fiducia nell'operato della magistratura [...] in quanto l'operato della magistratura è condiviso dagli organi titolari del potere di clemenza: e la indicazione generica lascia, al contempo, sempre la possibilità di un mutamento dell'indirizzo giurisprudenziale, se e quando le circostanze lo renderanno opportuno» (*ibidem*).

⁷⁴ Cfr. COLAO (1986), p. 61.

⁷⁵ *Ibidem*. Si tratta di un atteggiamento equivalente a quello della giurisprudenza della Repubblica di Weimar, al punto che «taluni giustificano l'ampio ricorso alla clemenza da parte dei ministeri di Weimar proprio come un tentativo esplicito di vanificare la drastica repressione delle forze politiche di sinistra operata dalle corti di giustizia in Germania. L'attività giurisdizionale della repubblica di Weimar sembra caratterizzata dal fenomeno dei giudici che sfuggono ai limiti posti dal legislatore» (*ivi*, p. 54).

⁷⁶ Sia consentito il rinvio a P. CAROLI (2020), pp. 117 ss.

⁷⁷ *Ivi*, pp. 49 ss.

⁷⁸ *Ivi*, pp. 141 ss.

⁷⁹ *Ivi*, pp. 183 ss.

⁸⁰ A tale conclusione giunge anche MAIELLO (2007), p. 267.

⁸¹ Cfr. CHIAVARIO (1982), p. 138.

⁸² In questo senso, MAIELLO (2007), p. 272.

⁸³ Si differenziano il d.P.R. 25 ottobre 1968, n. 1084 e il d.P.R. 22 maggio 1970, n. 283, che rispondono a finalità di pacificazione in relazione alle agitazioni studentesche degli anni '60. Anche l'ultima amnistia, emanata con d.P.R. 1 aprile 1990, n. 75, risponde a logiche differenti: è infatti finalizzata ad una decongestione nel passaggio dal vecchio al nuovo Codice di procedura penale.

⁸⁴ Già nell'Ottocento, BARTHÉLEMY vedeva come rischio immanente quello della «demagogia del perdono», intesa come uso periodico dell'amnistia a fini elettorali; cfr. BARTHÉLEMY (1936), p. 376. Nella dottrina italiana, fra i costituzionalisti, parla di «abuso di clemenza», GEMMA (1985). Fra i penalisti, PULITANÒ, vede la clemenza come «mistificazione», anche nei casi di clemenza di pacificazione (il riferimento è a quelle del 1968 e 1970), nel senso di «copertura e surroga di mancate riforme»; cfr. PULITANÒ (1970), p. 113.

⁸⁵ PULITANÒ (1970), p. 109. Afferma PADOVANI in relazione all'amnistia tributaria: «il prezzo dell'amnistia è inversamente proporzionale all'evasione, come inversamente correlativi al principio di uguaglianza risultano gli esiti dell'intero congegno», cfr. PADOVANI (1986), p. 430. Già il MANZINI individuava nell'amnistia una discriminazione di alcuni fatti rispetto al passato, in deroga al carattere generale e astratto della qualificazione giuridica; cfr. MANZINI (1933), p. 525. Nella dottrina della Spagna, vede l'amnistia come deroga transitoria e sospensione temporale della vigenza della legge LÓPEZ BARJA DE QUIROGA (2010), p. 1472; denuncia la clemenza (in riferimento all'*indulto particular*) come corpo estraneo all'interno del sistema costituzionale vigente, paventandone l'incostituzionalità, BACIGALUPO (1997), p. 73.

di eguaglianza; accettando che a un'ingiustizia non corrisponda una sanzione, l'amnistia mette in pericolo la tenuta dell'ordinamento giuridico in quanto tale⁸⁶. Da un punto di vista interno ai singoli provvedimenti, invece, l'irragionevolezza si manifesta nelle esclusioni oggettive di reati pur rientranti nel margine edittale di volta in volta amnistiato, ovvero di inclusione di reati non rientranti in tali limiti di pena⁸⁷. Si è quindi giustamente parlato dell'amnistia come «mistificazione», nel senso di «copertura e surroga di mancate riforme»⁸⁸.

La Corte costituzionale, dopo aver sostenuto inizialmente l'insindacabilità dell'amnistia⁸⁹, con la sentenza del 14 luglio 1971, n. 175 la assoggetta al principio di ragionevolezza, non giungendo tuttavia ad affermare una sindacabilità del merito. Solo con la sentenza del 23 marzo 1988, n. 369⁹⁰ si dichiara espressamente che «tutte le volte in cui si rompe il nesso costante tra reato e punibilità e quest'ultima viene utilizzata per fini estranei a quelli relativi alla difesa dei beni tutelati attraverso l'incriminazione penale, tale uso, nell'incidere negativamente sul principio di eguaglianza ex art. 3 Cost., deve trovare la sua "giustificazione" nel quadro costituzionale che determina il fondamento ed i limiti dell'intervento punitivo dello Stato». La Corte fonda così la clemenza in chiave teleologico-costituzionale⁹¹.

Dopo la mancata adozione di un'amnistia per *Tangentopoli*⁹², da trent'anni l'Italia non ha più adottato provvedimenti di amnistia, disincentivata sia dal percorso legislativo, reso più ostico dalla riforma costituzionale del 1992, che dal generale sfavore verso l'istituto; l'Italia è, cioè, rimasta "scottata" dall'abuso dello stesso da parte del legislatore della Prima Repubblica. In questi trent'anni, tuttavia, non si sono avute quelle mancate riforme che in passato richiedevano l'uso ciclico dell'amnistia; al contrario, la situazione della clemenza collettiva pare caratterizzata da una grande ipocrisia: ufficialmente essa non esiste, non si vede; di fatto, il potere di clemenza è stato trasferito «dal Parlamento alla frammentata geografia di singoli uffici»⁹³ delle Procure della Repubblica; la funzione clemenziale è oggi svolta da altri istituti,

⁸⁶ In questo senso espressamente GIERHAKÉ (2017), p. 405.

⁸⁷ L'esempio più lampante è dato dal d.P.R. 22 maggio 1970, n. 283 per i reati commessi in occasione delle manifestazioni studentesche del '68; esso include, all'art. 5, anche il peculato per distrazione, in una logica di scambio con le dirigenze politiche locali; si veda SANTOSUOSSO (1986), p. 148. Va tuttavia aggiunto che, alle ragioni di scambio, si sommava anche la constatazione dell'altissima discrezionalità che i contorni di tale reato offrivano ai pubblici ministeri nel rapportarsi agli enti locali.

⁸⁸ Cfr. PULITANÒ (1970), p. 113; nello stesso senso INSOLERA-STORTONI (2001), p. 434. «La clemenza come eccezione, cioè, conferma la repressione come regola; e proprio con l'eliderne talune asprezze ne preserva la vitalità. È dunque introducendo nel sistema penale la suprema contraddizione [...] che la coerenza dei suoi vecchi principi viene garantita e resa accettabile»; cfr. PULITANÒ (1970), p. 114. Una mistificazione quindi, come copertura «di un disegno politico: quello della conservazione della vecchia giustizia, così com'è» (*ibidem*). Amnistia e indulto si presentano come cattiva coscienza del legislatore, «rovescio speculare dei processi di criminalizzazione primaria, costituendo spesso la risposta indulgenziale a scelte repressive puramente simboliche»; cfr. MAIELLO (2007), p. 55. L'esercizio del potere di amnistia e di indulto si fa «eccezionale strumento autopoietico [...] quale forma autoreferenziale del sistema penale razionalmente dis-misurato» (*ivi*, 57). MANTOVANI vede l'amnistia del 1968 come segno dell'inquietudine del legislatore, il quale, consapevole di non aver adempiuto agli obblighi di solidarietà sociale imposti dalla Costituzione e perciò di non poter pretendere dalle classi subalterne la rigorosa osservanza del metodo democratico, ricorre al «compromesso taumaturgico dell'amnistia»; *ivi*, 242, citazione da MANTOVANI (1970). Per DI MARTINO vi è una «non punibilità in funzione di mascheramento dell'ineffettività [...] mezzo di "autocontenimento" del legislatore»; cfr. DI MARTINO (1998), p. 52. Contesta l'uso della clemenza (in quel caso individuale) per i condannati per delitti politici legati alla stagione del terrorismo, in quanto costituirebbe una legittimazione della politica repressiva attuata dallo Stato, DIMOULIS (1999); nello stesso senso MOCCIA (1995), pp. 249 ss.

⁸⁹ Si veda MAIELLO (2007), p. 334. Per un resoconto della giurisprudenza della Corte Costituzionale e della giurisprudenza di legittimità sull'amnistia, v. DIOTALLEVI (2010).

⁹⁰ Corte cost., 23 marzo 1988, n. 369, in *Giur. cost.*, 1988, 1587-1588. Al riguardo DONINI (2001), pp. 1052 ss.; INSOLERA (2014) p. 1.

⁹¹ Un siffatto paradigma funzionale sembra però essere stato abbandonato nelle due pronunce successive in tema di clemenza (nel 1995 e 2004, relative tuttavia non ad amnistia, bensì ad ipotesi di condono edilizio). Ivi pare infatti prevalere il principio del bilanciamento di beni eterogenei, ritenendo sufficiente il parametro del *ragionevole fondamento*; v. MAIELLO (2007), p. 346, anche per rimandi bibliografici. Sul tema del condono edilizio come amnistia mascherata a mezzo della legge ordinaria, per tutti INSOLERA (2014); ID. (1994); ID. (1991). Individua un'ulteriore ipotesi di "amnistia occulta" nella riforma nel regime transitorio della riforma della prescrizione ex art. 10 cc. 2 e 3 l. 251/2005, AMBROSETTI (2017), p. 410.

⁹² Ci si riferisce alla cripto-amnistia, contenuta nel progetto di depenalizzazione del finanziamento illecito ai partiti del c.d. Decreto Conso-Amato del 5 marzo 1993. Tale provvedimento viene ritirato dopo la mancata firma del Presidente della Repubblica, Oscar Luigi Scalfaro. Più che di un'amnistia, si tratta di una ridefinizione della materia sul piano dell'illecito amministrativo; ad un disegno di legge è poi affidata la soluzione transitoria per i reati connessi, con un patteggiamento allargato. Per un commento, INSOLERA (1995), p. 18, il quale afferma che «l'amnistia per essere costituzionalmente coerente deve [...] confrontarsi con un criterio di ragionevolezza che giustifichi la rottura dell'eguaglianza in essa implicita [...] forse, qualche spunto era rinvenibile nel c.d. decreto Conso a proposito del finanziamento illecito ai partiti, con la scelta, tuttavia, di una risistemazione della materia accompagnata dalla depenalizzazione» (*ivi*, p. 33). Sul contesto complessivo, CAROLI (2020), pp. 288 ss. Per una riflessione critica sulle possibilità di ricorso allo strumento dell'amnistia, GAMBERINI (1995). Può essere considerato un (mite) tentativo di proposta intermedia (non accolta), finalizzato ad un'amnistia condizionata, quello formulato da Giovanni Maria Flick sulle pagine de *Il Sole 24 Ore*. Ivi, ad esempio, per l'abuso di ufficio si propone la condizione della trasmissione degli atti alla Corte dei Conti perché accerti e faccia risarcire il danno arrecato allo Stato; per la corruzione si ipotizza per il corruttore un obbligo di «rimborso, magari percentualizzato, del vantaggio economico». Cfr. FLICK (1995). Per un commento, INSOLERA (1996), p. 105.

⁹³ Cfr. INSOLERA (2014), p. 7; implicitamente nello stesso senso PULITANÒ (2019a), p. 14. La dottrina ha individuato anche ipotesi di criptoamnistia con riferimento ad alcune modifiche del diritto penale sostanziale, in particolare la modifica strutturale dei reati di false

in primo luogo, come detto, la prescrizione, che nella maggior parte dei casi opera in sede di indagini preliminari. La clemenza persiste dunque nel nostro ordinamento, pur se in una forma anomala, snaturata, a geografia variabile e rimessa da un lato all'efficienza dei singoli fori e, dall'altro, alle circolari⁹⁴ dei singoli procuratori o presidenti di tribunali.

A fronte di un quadro siffatto, è ben comprensibile il desiderio di chi vorrebbe trovare un nuovo spazio per l'istituto dell'amnistia⁹⁵, questa volta prevedendo una codificazione dei suoi presupposti. Gli argomenti alla base di siffatte prese di posizione sono condivisibili⁹⁶ ed è forte la tentazione di sfruttare questo strumento, sottomettendolo a uno statuto di diritto penale teleologicamente orientato, trattandolo alla stregua dei principi e non solo delle regole; ciò specialmente in un sistema penale ipertrofico e non sempre coerente come il nostro. A richiederlo non è solo il principio di eguaglianza, che si trova lesa da un'eccessiva discrezionalità in capo alla magistratura requirente e giudicante, ma anche il principio di legalità, che impone di rivendicare uno spazio di valutazione della politica, al fine di mantenere «il problema della coercizione come problema aperto politicamente e razionalmente»⁹⁷, saldando il diritto penale con la democrazia e l'orizzonte dei diritti con il diritto⁹⁸. Si vuole, cioè, riaffermare un principio di responsabilità legislativa d'indirizzo della politica criminale⁹⁹. Ovviamente, in riferimento a determinati istituti – in particolare quelli che, quali espressione diretta dell'art. 27 c. 3 Cost., richiedono un'individualizzazione della non punibilità¹⁰⁰ – essa dovrà necessariamente essere

comunicazioni sociali; cfr. DIOTALLEVI, (2010), p. 148; sulle perplessità circa la sostanziale introduzione di un provvedimento di clemenza attraverso la legge ordinaria, cfr. PULITANÒ (2002); DONINI (2003); sulle molte forme attuali della non punibilità, cfr. PALAZZO (2019). Sulla discrezionalità dei singoli uffici non solo come nuova forma di clemenza, ma come vera e propria modalità di «selezione dei fatti illeciti – non più effettuata in astratto dalla legge – [bensì] compiuta in concreto dalla prassi delle Procure, con la scelta di quali *notitiae criminis* promuovere e quali tralasciare», cfr. SGUBBI. (2019), p. 49. È dunque la non punibilità, in termini deflattivi e di frammentarietà, ciò che consente al legislatore di fare un uso della pena che vada al di là del diritto penale strumentale e che possa anche svolgere una funzione di stigma sociale; al tempo stesso la non punibilità stessa, in sede processuale, è funzionale ad altri interessi, laddove essa ha natura negoziale, v. D'ASCOLA (2004), p. 33; DONINI (2001); PADOVANI (1986).

⁹⁴ Poco dopo l'introduzione dei c.d. criteri di priorità a mezzo del d.lgs. 19 febbraio 1998, n. 551, DONINI commentava: «soluzione veramente "all'italiana", una pizza tutt'oggi per santificare l'esistente discrezionalità senza sottoporla a controlli di democrazia politico-istituzionale», un aggiramento per legge dell'art. 112 Cost., DONINI (2003d), p. 226. Al riguardo anche ASTROLOGO (2009), pp. 177 ss.; VICOLI (2003).

⁹⁵ Negli ultimi anni iniziative istituzionali, disegni di revisione costituzionale, convegni celebrativi e giornate di studio hanno veicolato una sorprendente attenzione sui temi della clemenza collettiva, incluso il disegno di revisione dell'art. 79 Cost. presentato alla Camera dei Deputati il 28 giugno 2016, n. 2454 (*Manconi ed altri*), che contemplava la sostituzione degli attuali quorum di approvazione delle leggi di amnistia e indulto con la maggioranza assoluta dei componenti di ciascuna camera. In dottrina si veda AMBROSETTI (2017), p. 418; MAIELLO, (2018); PUGIOTTO (2018b); ID. (2018a); MAZZACUVA (2018b); ANASTASIA-CORLEONE-PUGIOTTO (2018); al cui interno, tuttavia, si registrano anche voci dissidenti, quali quelle di FLICK, GROSSO, RUOTOLO. In particolare sul valore sistematico del fondamento costituzionale dell'amnistia, cfr. MELCHIONDA (2018); per un tentativo di leggere l'amnistia in chiave finalistica, GIUPPONI (2018); ORLANDI (2018).

⁹⁶ MAIELLO indica come esempi di "clemenza di giustizia", «le vicende dei fratelli minori di Contrada (i condannati per concorso esterno per fatti commessi prima del 1994 che non sono ricorsi a Strasburgo) e dei fratelli di Taricco (i condannati per condotte di evasione IVA infracomunitaria con sentenze passate in giudicato nel periodo intercorrente tra la prima pronuncia della CGUE ad oggi)» cfr. MAIELLO (2018), p. 577.

⁹⁷ Cfr. PULITANÒ (1983b), p. 519. Al riguardo è stato tuttavia evidenziato che nel 1948 «la riserva di legge esprimeva un dover essere a soli fini di legittimazione istituzionale. La tanto celebrata virtù delle garanzie politiche non si sarebbe offerta se non occasionalmente [...]. Il controllo di minoranza sarebbe infatti una facoltà ipotetica, in effetti quasi mai realmente esercitata [portando oggi a chiedersi] in quale misura l'attuale "democrazia penale", nel contesto istituzionale, internazionale, europeo e policentrico in cui opera, si può ancora rispecchiare nella fiducia nella *lex parlamentaria* come garanzia di democraticità e affidabilità politica dei contenuti delle leggi penali», cfr. DONINI-INSOLERA (2005), pp. 13 e 21. Nello stesso senso *ex plurimis* EUSEBI (2016), p. 1670; GIUNTA (2017), p. 13. Ciò soprattutto in considerazione del fatto che oggi «la democrazia non costituisce più l'unico asse su cui si regge il sistema giuridico-istituzionale [e] il legislatore non può fondare il prodotto normativo solo sul consenso sociale»; cfr. PALAZZO (2005), p. 92. Con riferimento alla non punibilità, BRICOLA ricordava come, se è vero che la prevenzione speciale impone un ruolo del giudice nella gestione della non punibilità, tuttavia il principio di legalità impedisce di ridurre la discrezionalità ad un «generico potere di indulgenza»; cfr. BRICOLA (1965) pp. 8 e 147; nello stesso senso CORDERO (1958) p. 830. Sull'ampiezza dell'operare del principio di riserva di legge con riferimento alla non punibilità, in termini assoluti o relativi, GALLO (1965), p. 23, il quale estende la portata assoluta della riserva di legge ex art. 25 c. 2 Cost. anche alle norme modificative ed estintive. Al contrario BRICOLA ritiene che, se il principio riserva di legge deve essere esteso anche alla non punibilità, non necessariamente così anche il suo carattere assoluto: «si può ribadire come le norme estensive esulino dall'art. 25 comma 2° della Costituzione, con la conseguenza che la riserva di legge opera per esse, in forza del principio di gerarchia delle fonti, nella sua forma relativa» cfr. BRICOLA (1965), p. 266.

⁹⁸ Sul tema PULITANÒ (2014), p. 112.

⁹⁹ Così ID. (1983b), p. 512.

¹⁰⁰ Già BRICOLA affermava in linea generale che «Le cause estintive possono [...] essere affidate al potere discrezionale del giudice: ciò vale, soprattutto, per quelle che si fondano su caratteristiche particolari della personalità del soggetto» cfr. BRICOLA (1965) p. 391; evidenziava tuttavia come «questa constatazione di fondo perde, tuttavia, la sua linearità a causa della prevalente incidenza che in tale settore finiscono per avere le ragioni di politica criminale» (*ivi*, p. 392). In tale ottica, quindi, quando «ragioni di politica criminale [...] finiscono per prevalere sulle esigenze di prevenzione speciale» (*ibidem*), è bene che la responsabilità venga assunta direttamente dal legislatore. Pertanto «la realizzazione del binomio discrezionalità del giudice-perseguimento della finalità rieducativa nel settore delle norme estintive» (*ivi*, p. 393) – ma potremmo estendere il ragionamento all'intero settore della non punibilità – non può che essere soggetta a «condizionamenti» (*ibidem*) a seconda delle ragioni che si pongono alla base della non punibilità stessa. Parimenti PADOVANI invita a guardare con sospetto all'uso di amnistia e indulto per fini di prevenzione speciale, in quanto «il nesso tra esigenze di prevenzione speciale e fenomeno estintivo di volta in volta previsto non costituis[c]e un dato ontologico, ma l'oggetto di una valutazione che non sempre può risolversi in termini positivi»; cfr. PADOVANI (1986),

gestita nel processo, mentre per altri la responsabilità potrebbe essere assunta dal legislatore. Non si potrebbe dunque pensare a un nuovo uso dell'amnistia, questa volta quale strumento di politica criminale orientato alla tutela dei beni giuridici, in maniera parallela e speculare alla pena¹⁰¹? Ciò che ancor più sarebbe auspicabile è tuttavia che la clemenza venisse utilizzata come strumento che anticipa gli effetti di future riforme di depenalizzazione, così come l'ultima amnistia, emanata con d.P.R. 1 aprile 1990, n. 75, finalizzata ad una decongestione nel passaggio dal vecchio al nuovo Codice di procedura penale.

5.

Sull'assenza di una rinuncia alla potestà punitiva.

È ancora diffusa un'interpretazione erranea, che guarda con sfavore alla non punibilità in quanto la qualifica come una rinuncia, da parte dello Stato, alla propria potestà punitiva. È chiaro che una simile concezione è figlia di una visione kantiana della pena – *fiat iustitia et pereat mundus* – che non è più sostenibile nell'epoca del diritto penale frammentario e assoggettato ai principi di offensività ed *extrema ratio*. Va tuttavia preliminarmente evitato ogni fraintendimento circa la nozione di potestà punitiva. Petrocelli, ad esempio, ne offre una definizione coincidente con la mera «potestà di applicare la pena al reo»¹⁰²; in tal caso è pertanto consequenziale riscontrarne un'estinzione «nel momento applicativo»¹⁰³ nei casi di cause di non punibilità. Non è tuttavia questa la nozione che qui si accoglie. Parimenti da rigettare sono le concezioni che identificano la potestà punitiva con un diritto soggettivo di punire in capo allo Stato¹⁰⁴, da tempo abbandonate dalla dottrina, soprattutto con il passaggio della titolarità della clemenza in capo al potere legislativo¹⁰⁵. Secondo la nozione che qui si fa propria, invece, la potestà punitiva non è che una delle manifestazioni della potestà di imperio¹⁰⁶. Come già affermato dal Manzini, «il potere d'imporre precetti penalmente sanzionati non è un diritto dello Stato, ma un attributo della sovranità»¹⁰⁷. Parimenti Carnelutti sottolineava come la distinzione fra il diritto soggettivo e la potestà stia nell'essere la potestà potenza di comandare per la tutela di un interesse altrui e non proprio¹⁰⁸. Ciò fa sì che siano da rigettarsi

p. 404. Si è invece, ad esempio, sostenuto che le condizioni obiettive di punibilità rappresenterebbero «sempre, eccezion fatta delle ipotesi di c.d. progressione criminosa dall'offesa, un compromesso tra discrezionalità e stretta legalità, e quindi si giustificano solo se effettivamente l'elemento di cui si suppone la natura di condizione conferma, tradotto sul terreno dei valori, l'esistenza di un piano di interessi la cui valutazione potrebbe, in un sistema ove non vengano i principi di stretta legalità e della obbligatorietà dell'azione penale, essere demandata alle scelte discrezionali del giudice»; cfr. NEPPI MODONA (1971), p. 217. Diversamente, nelle condizioni di procedibilità, «i motivi di convenienza e di opportunità [sono...] talmente vari [... che la loro valutazione] deve quindi essere demandata, caso concreto per caso concreto, ad organi diversi da quelli giudiziari, attraverso un procedimento di tecnica legislativa ed un meccanismo di tutela in cui effettivamente è dato riscontrare [...] un'eccezione al principio di legalità ed al canone dell'obbligatorietà dell'azione penale» (ivi, 224). In generale sulla legittimazione del giudicante nell'analisi dello spessore e della consistenza dell'illecito in rapporto alle funzioni della pena, DE FRANCESCO (2015), p. 208; ID. (2016), p. 68. Propone invece rimessione al giudice della scelta di non punire in relazione agli illeciti di scarsa offensività, quale estremo strumento di individualizzazione della pena, DONINI (1996), pp. 241 ss.; ciò tuttavia dovrebbe essere accompagnato dalla costruzione di una «cultura della discrezionalità» (ivi, p. 244); nello stesso senso ID. (2003c), p. 393; per un commento critico, COCCO (2017a), pp. 82 ss.

¹⁰¹ Una visione della non punibilità orientata alla tutela dei beni giuridici si rinviene già in BRICOLA (1980); ID. (1983); ID. (1988); PADOVANI (1986); PULITANO (1983a); STORTONI (1985); ID. (1984).

¹⁰² PETROCELLI (1960), p. 691.

¹⁰³ *Ibidem*. Egli la contrappone all'estinzione del reato (ivi, p. 692). Nella visione dell'Autore, si distingue fra momento normativo e momento applicativo e si afferma che se «la conseguenza giuridica della pena potrà mancare, per varie cause, nel secondo momento, non potrà mai mancare nel primo» (ivi, p. 673). Tale scissione della punibilità nasce dal tentativo di conciliare la visione di BATTAGLINI, che includeva la punibilità quale «possibilità di applicare la pena» fra gli elementi del reato, e la critica a questi mosso da ANTOLISEI; al riguardo RUGGIERO (1988), p. 1121. Sulle divergenze fra BATTAGLINI e PETROCELLI con riferimento a questo aspetto specifico, TONON (2014), p. 32. Critico sulla bipartizione di PETROCELLI, BRICOLA (1967), p. 592.

¹⁰⁴ Per una completa bibliografia su tali teorie, che risalgono a BINDING e JELLINECK, cfr. VASSALLI (1942), p. 29; SPAGNOLO (1963), p. 38 sub n. 4. Onde evitare confusione, va evidenziato come tali teorie individuassero la costituzione di situazioni giuridiche soggettive di diritti e obblighi come conseguenza giuridica del reato; non vanno dunque confuse con le più recenti elaborazioni della dottrina tedesca (fra gli altri HÖRNLE, HASS, KÖHLER), le quali, rifacendosi al pensiero di FEUERBACH, abbandonano la teoria del bene giuridico e riconoscono nel reato una lesione di diritti soggettivi; per i relativi rimandi bibliografici, GRECO (2017).

¹⁰⁵ Arrivano quindi ad affermare che titolare della potestà punitiva, preesistente ed indipendente dalla perpetrazione di un reato, è la giurisdizione, DELITALA (1926); VASSALLI (1942), pp. 155 ss.; ANTOLISEI (1957), pp. 38 ss. Al contrario GRISPIGNI, rifacendosi a BINDING, nega che un organo giurisdizione imparziale possa riconoscersi titolare di un diritto proprio come fosse una branca dell'amministrazione; cfr. GRISPIGNI (1952), p. 286.

¹⁰⁶ SPAGNOLO (1963), p. 40.

¹⁰⁷ MANZINI (1933), p. 75. Ciò contrappone nettamente la nozione di potestà punitiva a quella di diritto soggettivo, laddove quest'ultimo viene invece definito come «possibilità giuridica di pretendere l'adempimento di un obbligo»; cfr. VASSALLI (1942), p. 74; citazione da PERASSI (1938), p. 52.

¹⁰⁸ VASSALLI (1942), p. 83. In ogni caso viene esclusa «l'esistenza di un rapporto giuridico, in senso tecnico, tra lo Stato e il reo, avente per oggetto l'applicazione e la esecuzione della sanzione penale»; ivi, p. 99; SPAGNOLO (1963), pp. 41 ss. ANGELOTTI afferma che la potestà

quelle concezioni¹⁰⁹ che vedono le cause di estinzione come fatti estintivi della stessa. Va invece riconosciuto che «potestà e soggezione sussistono anche in relazione alla conseguenza giuridica determinata da una causa di estinzione».¹¹⁰ Infatti, anche la modificazione prodotta dal verificarsi di una causa di estinzione costituisce un esercizio della potestà punitiva, intesa come «potestà di realizzare concretamente le conseguenze giuridiche, di adeguare cioè il fatto al diritto»¹¹¹, nonché la conseguente soggezione a tale potestà da parte del suddito. Di conseguenza, la potestà punitiva «lungi dall'estinguersi, viene esercitata anche nell'applicazione delle norme "estintive". [...] Commesso l'illecito, lo Stato esercita la funzione per realizzare la relativa conseguenza; qualora poi l'equilibrio giuridico raggiunto venga nuovamente alterato per l'operare di una norma "estintiva", la stessa funzione dello Stato viene esercitata per realizzare non più il vecchio, ma il nuovo assetto delle sfere subiettive»¹¹².

Così come sono da escludere le teorie, più risalenti, che individuano nella potestà punitiva un diritto soggettivo dello Stato, allo stesso modo si dovrebbe guardare con sospetto a quelle teorie a noi più prossime, di stampo vittimocentrico¹¹³, secondo cui vi sarebbe un diritto delle vittime alla punizione del colpevole. Si tratta di visioni assolutistiche che negano la complessità e la necessità di collocare la prospettiva individualistica¹¹⁴ dei diritti delle vittime nel quadro sociale complessivo, funzione propria dello Stato. Lo *ius puniendi*, dunque, non può che essere attribuito allo Stato, proprio in quanto esso si giustifica solo con l'inserimento nell'istituzione statale, nello Stato garante sia della libertà che del miglioramento della vita dei cittadini: «soltanto lo Stato che protegge crea una comunità che giustifica l'istituzione penale. Essa fa parte dell'istituzione statale, che integra poteri pubblici e persone»¹¹⁵. Lo Stato può dunque rinunciare alla pena in ragione di scelte di politica criminale derivate dall'integrazione dei diritti della persona offesa dal reato con la dimensione sociale. Se dunque la nozione di «diritto soggettivo statale di punire»¹¹⁶ è stata abbandonata da decenni con riferimento alla collettività nel suo insieme¹¹⁷, a *fortiori*, ciò deve valere per la vittima. La rinnovata attenzione di cui quest'ultima gode nel processo penale non dovrebbe potersi spingere sino a dimenticare che, fra gli scopi del processo stesso, vi è anche quello di incanalare le legittime pretese della vittima nell'ambito di un meccanismo gestito dal potere pubblico, in cui queste ultime trovino un equilibrio con il rispetto dei diritti fondamentali dell'imputato¹¹⁸. Deve pertanto essere rifiutata una titolarità dello *ius puniendi* in capo alle vittime, cui corrisponda un *officium puniendi* dello Stato¹¹⁹, ribadendo invece che la potestà punitiva dello Stato, a determinate condizioni,

punitiva è fuori del diritto penale, rientra nel potere di governo, nella sovranità (v. VASSALLI (1942), p. 103). In ogni caso, VASSALLI ricorda come la potestà punitiva sia «inalienabile, intransmissibile, irrinunciabile, imprescrittibile» (*ivi*, p. 105). Con il concetto di irrinunciabilità si vuole tuttavia non escludere la facoltà del legislatore di disporre cause di non punibilità, quanto rimarcare il fatto che, anche così facendo, il legislatore sta esprimendo la potestà, poiché esso è libero di esercitarla o meno, ma la sua volontà non può mai disporre la perdita (*ivi*, 108). Ancora sulla natura della potestà punitiva, CATTANEO (2017).

¹⁰⁹ Fra gli altri MANZINI (1933), p. 753 ss.; ANTOLISEI (1957), pp. 38 e 516.

¹¹⁰ Cfr. SPAGNOLO (1936), p. 49.

¹¹¹ *Ivi*, p. 50.

¹¹² *Ivi*, p. 69.

¹¹³ Nella vastissima letteratura sul tema, un resoconto (critico) delle varie posizioni è offerto da SILVA SANCHEZ (2008a). Ricorda tale Autore come nel processo penale, ove vi è un imputato presunto innocente, non sia corretto affermare che vi sia una vittima; piuttosto vi è una «presunta vittima»; cfr. Id. (2008b), p. 170.

¹¹⁴ «Il discorso dei diritti è individualistico per definizione: riguarda il conferimento di potere (*empowerment*) agli individui, ne protegge la capacità d'azione»; cfr. PULITANO (2014), p. 84.

¹¹⁵ Cfr. SILVA SANCHEZ (2017), p. 27; nello stesso senso, PAWLK (2004), p. 128.

¹¹⁶ Così CORDERO (1957), p. 25; VASSALLI (1942), p. 16; SPAGNOLO (1963), pp. 38 ss.

¹¹⁷ Già nel 1942, VASSALLI nega categoricamente l'esistenza di un «diritto sostanziale dei cittadini alla punizione del reo. In nessuna delle norme giuridiche in cui sono stabiliti i vincoli del potere punitivo dello Stato è stabilito un diritto soggettivo dei cittadini alla punizione del reo o è, comunque, detto che l'esercizio di quel potere è dovuto ai cittadini, offesi o non offesi che essi siano dal reato. L'interesse dei cittadini a che venga esercitata la giustizia penale [...] non è [...] tutelato nella forma di diritto soggettivo» cfr. VASSALLI (1942), p. 271 (per le opinioni contrarie, minoritarie, di ZANOBINI, RANIERI, DE NOTARISTEFANI, DE MAURO, BIERLING, si veda *ibidem*, sub n. 1). Per un resoconto completo delle posizioni dottrinali pro e contro, cfr. SPAGNOLO (1963), pp. 38 ss. Il Tribunale Costituzionale spagnolo ha dichiarato espressamente: «la pretesa punitiva di chi esercita l'accusa in qualità di persona offesa non obbliga lo Stato, quale unico titolare dello *ius puniendi*, a punire in ogni caso, in quanto la Costituzione non dà ai cittadini un asserito diritto all'ottenimento di condanne penali»; cfr. STC 178/2001 del 17 settembre 2001; al riguardo e per ulteriori precedenti, SILVA-SANCHEZ, (2008b), p. 170.

¹¹⁸ Basti qui richiamare il concetto di diritto penale quale *Magna Charta* del reo, cfr. VON LISZT (1893), p. 330. Al contrario, si ravvisano crescenti tendenze verso una privatizzazione della giustizia penale. In particolare con riferimento al dibattuto concetto di diritto alla *closure* in capo alle vittime, ZIMRING (2009), p. 109; in sede di c.d. giustizia di transizione il concetto di *closure* è evocato da Autori quali ROHT-ARRIAZA, CROCKER, MINOW (per i rimandi bibliografici, FLETCHER-WEINSTEIN (2002), p. 593 sub n. 70); in senso profondamente critico, invece, RIEFF (2019), p. 98.

¹¹⁹ Su questi due concetti e i relativi riferimenti dottrinali, v. GIL GIL-MACULAN (2020), p. 3, nonché GIL GIL (2016), p. 4.

può esprimersi anche nella rinuncia alla persecuzione e alla pena¹²⁰. Pertanto, utilizzando la non punibilità come strumento di politica criminale, il legislatore non sta rinunciando alla propria potestà punitiva, ma la sta esercitando conformemente alla Costituzione e alle funzioni proprie del diritto penale¹²¹.

6.

Il paradosso attuale della non punibilità?

«La soluzione di un problema sociale attraverso il diritto penale avviene sempre attraverso il sistema penale come sottosistema e cioè sempre all'interno della società. È dunque da escludere la possibilità di separare società e diritto penale»¹²². Così come la società del Covid-19 (e del post-Covid-19) mette in discussione i propri fondamenti, i rapporti fra individuo e società e fra consociati e potere politico, il teorico del diritto deve poter trasformare il momento contingente in una visione sistematica del rapporto fra intervento penale e politica criminale. In questa visione, un ruolo centrale dovrà essere necessariamente attribuito alla non punibilità. Come sin qui esposto, essa è già strumento di politica criminale, tuttavia se ne auspica, un uso coordinato e sistematico, orientato alla tutela dei beni giuridici, sindacabile nel merito, alla stregua dei principi e non solo delle regole¹²³. Proprio per questo sarebbe più appropriato che il legislatore tornasse ad assumere la responsabilità della clemenza collettiva attraverso leggi di amnistia, magari da accompagnarsi a riforme strutturali tese a una depenalizzazione. Oggi invece si privilegia una gestione della non punibilità demandata al giudice. Come è stato osservato, «la notevole elaborazione raggiunta dalla teoria del reato, a fronte di una minore elaborazione e dunque maggiore flessibilità della teoria della (individualizzazione della) pena e del diritto processuale penale, hanno fatto collocare in questi ultimi ambiti istituiti in cui assume un ruolo il soddisfacimento dei fini di prevenzione generale, unitamente e spesso confuso con il soddisfacimento dei fini di prevenzione speciale o di esigenze di deflazione processuale, etc.»¹²⁴, con la conseguenza pratica di una «elargizione della impunità senza parametri vincolanti e con modesti limiti»¹²⁵. Sarebbe invece auspicabile un uso della non punibilità sul piano astratto, che non comporti un depotenziamento dell'efficacia generalpreventiva del sistema penale¹²⁶.

Tuttavia, un tale auspicio non può che scontrarsi con una realtà dominata da interventi a breve termine di tipo simbolico¹²⁷ ovvero espressivo¹²⁸, finalizzati all'immediato consenso elettorale; una realtà di leggi penali «*Folgendesorientiert/ desorientierend*, e quindi *per se* disanco-

¹²⁰ MANZINI stesso racchiudeva fra le ipotesi di rinuncia dello stato alla punizione, alla luce di un interesse che supera in date circostanze quello all'applicazione della pena, tutte le cause di estinzione nonché la prescrizione; ciò quale espressione della potestà sovrana di legislazione; v. MANZINI (1933), pp. 366 ss. Al riguardo VASSALLI (1942), pp. 105 ss.; PETROCELLI (1960), p. 692. CAMPAGNA analizza il rapporto fra pretese delle vittime e poteri del sovrano alla luce della teoria del contratto sociale. Escludendo che il contratto sociale fornisca alle vittime un vero e proprio diritto soggettivo alla punizione del colpevole, egli ritiene che esse abbiano tuttavia un diritto soggettivo all'esercizio della giustizia da parte del sovrano. Lo spazio per l'amnistia sarebbe dato, da un lato, dal contenuto che si attribuisce alla nozione di giustizia – nel senso di necessaria coincidenza o meno con la giustizia penale – dall'altro, dalla possibilità di bilanciare il corrispondente dovere del sovrano con altri doveri derivanti dal contratto sociale, come il dovere di protezione dei cittadini (ad esempio da un pericolo per la vita nel caso di venir meno della pace); cfr. CAMPAGNA (2004), p. 541 ss. L'Autore nega così l'opinione tradizionale secondo cui l'amnistia si inserisce in un conflitto fra giustizia e pacificazione; egli ritiene che la scelta fra persecuzione penale e amnistia abbia sempre a che fare con la tutela della giustizia, solo che, nelle due opzioni, la si considera rispettivamente in senso retrospettivo ovvero in senso prospettico (*ivi*, p. 544). Sul fondamento dell'amnistia di pacificazione, si veda anche ID. (2007), in particolare pp. 156 ss.

¹²¹ Come evidenziato da Santi ROMANO, l'amnistia non è una rinuncia all'esercizio del potere repressivo da parte dello Stato, bensì un esercizio della potestà punitiva a mezzo di un atto che è espressione del potere sovrano (citazione da ROMANO S. (1947), contenuta in BOURGET (2018), p. 50; per un commento al riguardo anche VASSALLI (1942), pp. 106 ss.).

¹²² JAKOBS (1995), p. 136. Per una contestualizzazione di tale affermazione in rapporto al funzionalismo di JAKOBS, v. PAWLIK (2019); NEUMANN (2019).

¹²³ Sottolineava già nel 1984 STORTONI che ciò che «sembra veramente anomalo, è che di fronte al ribadito ancoramento dell'incriminazione ai beni costituzionali, resti la totale discrezionalità del legislatore nel determinazione della non punibilità», cfr. STORTONI (1984), p. 651; nello stesso senso ID. (1985), p. 409.

¹²⁴ Cfr. Cocco (2017c), p. 47.

¹²⁵ *Ivi*, p. 49.

¹²⁶ In questo senso, *ibidem*.

¹²⁷ PALIERO definisce come «simbolica» la legislazione penale prodotta «a scopo meramente placativo, per dare 'messaggi rassicuranti' sull'effettività della tutela, nella consapevolezza della sua ineffettività»; cfr. PALIERO (1992), p. 891.

¹²⁸ Lo stesso Autore definisce come «espressiva» la legislazione penale che viene varata «come espressione ed emblema di un certo valore o di una certa ideologia [...] è a suo modo *realmente* strumentale, ma *distorsivo-strumentale* – è orientata cioè a fini *diversi* da quelli dichiarati» (*ivi*, p. 892). Così come le leggi simboliche, anche quelle espressive costituiscono delle deviazioni rispetto alla legislazione penale strumentale alla tutela dei beni giuridici.

rate da e indifferenti allo *scopo tipico* (del diritto penale: la tutela *reale e necessaria* del bene)¹²⁹. Oggi quindi non è più la non-pena, ma addirittura la pena ad essere usata come mistificazione.¹³⁰ In una società sempre più complessa, lo strumento penale costituisce spesso la scorciatoia più facile, il contentino finalizzato al consenso nel breve periodo. Se, in questo senso, la pena stessa diventa mistificazione, in dottrina vi è chi ha provocatoriamente proposto una riserva di legge rafforzata in materia penale¹³¹. È dunque lecito domandarsi: perché immaginare che un tale legislatore si comporterebbe meglio con la non-pena¹³², dove, fra l'altro, egli è molto meno vincolato da criteri costituzionali espliciti? Ci si è infatti chiesti, rispetto all'amnistia, «siamo sicuri che un Parlamento sempre più delegittimato sia in grado di operare una scelta costituzionalmente corretta ed equilibrata tra gli articoli 27 e 79?»¹³³ Non è dunque meglio che sia la magistratura a gestire la non punibilità¹³⁴, lasciando il legislatore libero di seguire le sue logiche penali più o meno populiste? Contro l'amnistia si pone anche l'opinione garantista, per cui il legislatore dovrebbe sì intervenire, ma nell'ottica di una depenalizzazione. Entrambe presentano argomenti condivisibili, ma forse un atteggiamento più costruttivo – considerando soprattutto che nel breve termine l'orizzonte di una depenalizzazione è a dir poco lontano – impone di individuare una via nel mezzo fra un programma ideale di depenalizzazione e la realtà del populismo penale. Si possono infatti immaginare delle soluzioni che perseguano un'attuazione dei principi costituzionali di *extrema ratio* e frammentarietà, ma che si adattino all'epoca in cui viviamo, ove la criminalizzazione risponde sì spesso a logiche indotte di tipo elettorale, ma anche – non si può disconoscerlo – a «bisogni sociali di protezione, a domande reali di tutela e stigmatizzazione»¹³⁵. Il «*panpenalismo culturale*»¹³⁶, per quanto criticabile esso sia, è ormai in seno alla società e di ciò la scienza penalistica non può non prendere atto. Ecco allora che proprio una visione sistematica della non punibilità può forse essere la soluzione per conciliare un uso (anche) simbolico – ormai ineliminabile – del diritto penale con i principi

¹²⁹ Cfr. ID. (2018), p. 1454.

¹³⁰ Vi è, infatti, un collegamento fra il populismo penale e il «crollo» (cfr. RISICATO (2019)) o «collasso del principio di legalità [inteso come] regressione del nostro sistema penale all'incertezza e all'arbitrarietà che furono proprie del diritto giurisprudenziale premoderno» (cfr. FERRAJOLI (2017), p. 140; sul punto anche FLETCHER (2002), p. 115, in generale MANNA (2017), *passim*). Oggi la funzione delle leggi penali, «disancorate da e indifferenti allo *scopo tipico* (del diritto penale: la tutela *reale e necessaria* del bene) [pare essere] di pura risposta ai bisogni di pena collettivi risponde piuttosto al paradigma [...] del *massimo mezzo per il minimo scopo* (quello placativo dell'ansia collettiva, non quello protettivo dell'indispensabile individuale)» cfr. PALIERO (2018), p. 1454. In maniera ancora più netta vede il diritto penale come «meccanismo per creare artificialmente un'agenda pubblica [...] sviare l'attenzione della popolazione da altre questioni», CANCIO MELIÁ (2016).

¹³¹ Si veda VORMBAUM (2018b); in Italia, con dei distinguo, FORNASARI (2018a). Ovviamente, si tratta di proposte dottrinali che vanno in direzione nettamente contraria a quella seguita dal legislatore italiano, che nel 2019 ha esaminato una legge di riforma costituzionale per l'introduzione del referendum propositivo senza un'eccezione per la materia penale. Per una denuncia dell'«effetto catastrofico sull'assetto generale della democrazia liberale» che deriverebbe da un referendum propositivo in materia penale, cfr. UNIONE DELLE CAMERE PENALI ITALIANE (2019), par. 1.

¹³² Un rischio di strumentalizzazione della clemenza collettiva per svariati fini (demagogici, elettorali etc.) è evocato da CADOPPI-VENEZIANI (2015), p. 557; *contra* MAZZACUVA (2018a), p. 197. COCCO, rifacendosi a CARRARA, ritiene implicitamente più compatibile con il principio di certezza del diritto, rispetto alla clemenza, l'uso «della previsione normativa, correlata alla incriminazione del fatto illecito, di elementi da cui dipenda la condizione della sua punibilità o della sua non punibilità», COCCO (2017a), p. 70; sulla posizione di CARRARA v. anche DE FRANCESCO (2016), pp. 50 ss.; DI MARTINO (1998), pp. 37 ss. (è inoltre noto il richiamo a CARRARA da parte di ROXIN, a fondamento dell'introduzione nella teoria del reato della categoria della *Verantwortlichkeit*, in questo senso *ivi*, 64; PADOVANI (1991), p. 262). Sulla preferibilità di tecniche di degradazione legislativa a tecniche di degradazione giudiziale, COCCO (2017a), pp. 24 ss. Sulla già menzionata proposta di DONINI circa il rapporto fra legislatore e giudice nella gestione della non punibilità, DONINI (1996), pp. 241 ss.

¹³³ Cfr. FLICK (2018), p. 151. FLICK sottolinea come il problema dell'amnistia non sia di maggioranze costituzionali, bensì di cultura politica e di fragilità del sistema politico del nostro tempo; «spesso quelle decisioni politiche – o meglio il sistematico rifiuto di assumere decisioni politiche coraggiose a prescindere dal consenso, anche quando sarebbe necessario e 'razionale' farlo – sembrano rispecchiare una forma di 'volontà popolare' che è sempre più difficile riuscire ad arginare. Ma in questo modo si realizza la completa abdicazione (per non dire la diserzione sul campo), da parte degli attori politici, dal loro ruolo fondamentale. [...] Sarei pago allora, almeno in parte, se prima di mettere mano alla riforma dell'amnistia cercassimo di completare il discorso sui 'residui' di libertà e sul carcere ostativo» (*ivi*, pp. 150 ss.). Enrico Grosso propone di «salvare il Parlamento da se stesso» (cfr. GROSSO (2018), p. 193) sottraendo a quest'ultimo il monopolio della clemenza collettiva e recuperando un ruolo per il Presidente della Repubblica, cercando così di bypassare la «deriva populista [e] riacquistare la capacità di leggere la complessità sociale e trasformarla in elaborazione politica, resistendo alla tentazione di solleticare i cittadini attraverso la falsa rappresentazione di facili ed ingannevoli scorciatoie» (*ivi*, p. 196). Tale soluzione ci sembra tuttavia una «foglia di fico», che non elimina il problema fondamentale dell'abdicazione degli attori politici.

¹³⁴ Può essere considerato un esempio estremo di delega al giudice della gestione della non punibilità, nel senso di includere una valutazione circa gli effetti della pena – tradizionalmente attribuiti al legislatore –, quello della *Convention judiciaire d'intérêt public* previsto dalla *Loi Sapin II* francese del 2016; al riguardo GALLI (2018a); ID. (2018b).

¹³⁵ Cfr. DONINI (2003b), p. 200 con riferimento alle tesi di PAVARINI, in particolare PAVARINI (2000); nello stesso senso COCCO (2017a), p. 78. Si vedano le posizioni minoritarie di chi ritiene (ad es. KUHLEN, PAWLK, VARONA GÓMEZ), pur con conclusioni differenti, che una politica criminale orientata ai risultati elettorali possa essere moralmente legittima (per tali riferimenti, cfr. SILVA SANCHEZ (2018), pp. 51 ss.). Al riguardo v. lo scambio di opinioni fra PAWLK (2017), pp. 55 ss. e SILVA SANCHEZ (2019), pp. 21 e ss., nonché MAÑALICH (2019), p. 31.

¹³⁶ Così PULITANÒ (2020), p. 7; l'Autore si riferisce ad esempio alle denunce di responsabilità risalenti e le richieste di messa al bando legate al movimento *MeToo*; al riguardo anche CAROLI (2018), pp. 80 ss.

fondamentali¹³⁷. Una gestione della non punibilità, almeno in parte, in capo al legislatore, può conciliare la presenza strutturale della non punibilità con la certezza del diritto e la credibilità complessiva del sistema penale.

Le summenzionate speranze riguardo alla riforma della prescrizione e al Covid-19 come occasione di grandi riforme possono dunque sembrare solo un'utopia. Tuttavia, se è vero che l'utopia è l'orizzonte irraggiungibile che ci spinge a camminare¹³⁸, è possibile anche sperare che l'eccezionale fase storica che stiamo vivendo abbia segnato un'inversione di tendenza¹³⁹. Ciò che oggi il Covid-19 ha reso evidente, potrebbe poi essere presto confermato dalle sfide imposte dal *Climate Change*: la consapevolezza che i nostri diritti non esistono se non nella dimensione collettiva, nell'incontro con i doveri di protezione e di cura. È solo in questa reciprocità, lo ha spiegato fra gli altri Martha Nussbaum¹⁴⁰, che si realizza la giustizia sociale. Il Covid-19 ha spinto tutti a riscoprire la necessità di recuperare il ruolo della politica come luogo delle decisioni sul governo e trasformazione della società e di bilanciamento fra i diritti dei singoli e il bene comune. La politica, da anni svuotata del suo ruolo naturale, esercitato in via di supplenza da soggetti visibili (dalla magistratura) o meno (i mercati) e ridotta spesso a un mero palcoscenico. Allo stesso modo, il Covid-19 ha riportato al centro del dibattito il sapere specialistico (in primo luogo, ovviamente, la scienza medica, ma anche i costituzionalisti; chissà che ciò non possa accadere anche alla scienza penalistica). Lo Stato moderno è nato anche dalla necessità di controllare la prima grande epidemia di peste nera del XIV secolo, tanto che oggi vi è chi scrive «*The plague makes the State*»¹⁴¹. La κρίσις aperta dal Covid-19 non può dunque essere l'occasione per ritrovare la fiducia in un legislatore in grado di assumere su di sé la responsabilità della politica criminale con una visione sistematica e di lungo periodo?

Bibliografia

AA. VV., "La società punitiva. Populismo, diritto penale simbolico e ruolo del penalista", *Dir. pen. cont.*, online.

ALBRECHT, Peter-Alexis (1995): "Das Strafrecht im Zugriff populistischer Politik", in AA. VV., *Vom unmöglichen Zustand des Strafrechts* (Frankfurt a.M., Lang), pp. 429-444.

ALESSI, Giorgia (2011): "Lo scandalo della grazia nell'orizzonte contemporaneo", in HÄRTER, Karl e NUBOLA, Cecilia (eds.), *Grazia e giustizia* (Bologna, Il Mulino), pp. 591-603.

AMATI, Enrico (2020): *L'enigma penale. L'affermazione politica dei populismi nelle democrazie liberali* (Torino, Giappichelli).

AMBROSETTI, Enrico Maria (2017), "Politica criminale e riforma della prescrizione del reato", in CAVALIERE, Antonio et al. (eds.), *Politica criminale e cultura giuspenalistica. Studi in onore di Sergio Moccia* (Napoli, E.S.I.), pp. 407-419.

AMODIO, Ennio (2019): *A furor di popolo* (Roma, Donzelli).

ANASTASIA, Stefano, ANSELMINI, Manuel e FALCINELLI, Daniela (2015): *Populismo penale. Una prospettiva italiana* (Padova, Cedam-Wolters Kluwer).

ANASTASIA, Stefano, CORLEONE, Franco e PUGIOTTO, Andrea (eds.) (2018): *Costituzione e clemenza. Per un rinnovato statuto di amnistia e indulto* (Roma, Ediesse)

¹³⁷ Sulla necessità di non delegittimare democraticamente il diritto penale simbolico perché non si applica, bensì di legittimarlo in quanto non si applica, cfr. DONINI (2003b), p. 202.

¹³⁸ Parafasando i noti versi dell'autore uruguayano Eduardo Galeano.

¹³⁹ Sulle conseguenze del Covid-19 sul mondo del diritto, ci si limita a registrare l'opinione di chi lo vede come «un messaggio per sfidare la nostra umanità mondializzata e rivelarne l'impotenza, offrendole un'ultima occasione per prendere coscienza del suo destino comune»; cfr. DELMAS-MARTY (2020), con riferimento alle conclusioni di ID. (2019); in ambito filosofico parla del Covid-19 come occasione per un umanesimo rigenerato MORIN (2020). Ancora, si è evidenziato che quella contro il Covid-19 costituisce una mobilitazione dell'umanità intera che non ha precedenti, ma che richiede, per dare sviluppi positivi, di trasformare lo choc in esperienza, dando parole al vissuto di ciascuno e condividendolo in una nuova relazione; cfr. GARAPON-DÉNOUVEAUX (2020).

¹⁴⁰ Fra i molti si veda NUSSBAUM (2006). Al riguardo anche PUGLISI (2018), pp. 1340 ss.

¹⁴¹ BOLLYKY (2020).

- ANGIONI, Francesco (1989): “Condizioni di punibilità e principio di colpevolezza”, *Riv. It. Dir. Proc. Pen.*, pp. 1440 ss.
- ANTOLISEI, Francesco (1957): *Manuale di diritto penale. Parte generale* (Milano, Giuffrè).
- ASTROLOGO, Annamaria (2009): *Le cause di non punibilità. Un percorso tra nuovi orientamenti interpretativi e perenni incertezze dogmatiche* (Bologna, Bononia University Press).
- BACIGALUPO, Enrique (1983): *Delito y punibilidad* (Madrid, Civitas).
- BACIGALUPO, Enrique (1997): *Principios de derecho penal. Parte General* (Madrid, Temis).
- BARTHÉLEMY, Joseph (1936) *Précis de droit constitutionnel*, 3° ed (Paris, Dalloz).
- BARTOLI, Roberto (2020): “Il nuovo volto della prescrizione: dalle concezioni garantiste alle concezioni stataliste”, *Sistema Penale*, 4, pp. 65-80.
- BARTOLI, Roberto, (2003): “L’irrelevanza penale del fatto tra logiche deflattive e meritevolezza di pena”, in DE FRANCESCO, Giovannangelo e VENAFRO, Emma (eds.), *Meritevolezza di pena e logiche deflattive* (Torino, Giappichelli), pp. 101-113.
- VON BELING, Ernst Ludwig (1906): *Die Lehre vom Verbrechen* (Tübingen, Mohr Siebeck).
- BOLLYKY, Thomas J. (2020): “Plagues Tell Us Who We Are. The Real Lessons of the Pandemic Will Be Political”, *Foreign Affairs*, online.
- BORGNA, Paolo (20 maggio 2020): “Amnistia e indulto, via amara ma utile per la «fine della notte»”, *Avvenire*.
- BOURGET, Renaud (2018): *La clemencia en la ciencia jurídica: ensayo de dogmática jurídica-comparada sobre la amnistía y el indulto* (Bogotá, Temis).
- BRICOLA, Franco (1965): *La discrezionalità nel diritto penale* (Milano, Giuffrè).
- BRICOLA, Franco (1967): “Punibilità (condizioni obiettive di)”, *Nov. dig. it.*, XIV, pp. 588-607
- BRICOLA, Franco (1980): “Legalità e crisi: l’art. 25, commi 2° e 3°, della Costituzione rivisitato alla fine degli anni ’70”, *Quest. Crim.*, pp. 179 ss.
- BRICOLA, Franco (1983): “Funzione promozionale, tecnica premiale e diritto penale”, in AA. VV., *Diritto premiale e sistema penale* (Milano, Giuffrè), pp. 23 ss.
- BRICOLA, Franco (1988): “Rapporti tra dommatica e politica criminale”, *Riv. It. Dir. Proc. Pen.*, pp. 3 ss.
- BUSTOS RUBIO, Miguel (2015): “Más allá del injusto culpable: Los presupuestos de la punibilidad”, *Estudios penales y criminológicos*, 35, pp. 189-238.
- CADOPPI, Alberto e VENEZIANI, Paolo (2015): *Elementi di diritto penale. Parte generale* (Padova, Cedam).
- CAIANIELLO, Michele e HODGSON, Jacqueline S. (eds.) (2017): *Discretionary Criminal Justice in a Comparative Context* (Durham, CAP).
- CAMPAGNA, Norbert (2004): “Amnestie: Wenn das Vergessen zur Staatsbürgerlichen Pflicht wird. Überlegungen zum Wesen und zur Legitimität des befohlenen Vergessens”, *ARSP*, pp. 530-549.
- CAMPAGNA, Norbert (2007): *Strafrecht und unbestrafte Straftaten. Philosophische Überlegungen zur strafenden Gerechtigkeit und ihren Grenzen* (Stuttgart, Steiner).
- CANCIO MELIÁ, Manuel (2003): “¿«Derecho penal» del enemigo?”, in JAKOBS, Günther e ID., *Derecho penal del enemigo* (Madrid, Civitas), pp. 56-102.

CANCIO MELIÁ, Manuel (2006), “De nuevo: ¿”Derecho penal” del enemigo?” in ID. e GÓMEZ-JARA DÍEZ, Carlos (eds.), *Derecho penal del enemigo. El discurso penal de la exclusión*, I (Buenos Aires, Edisofer), pp. 341-382.

CANCIO MELIÁ, Manuel (6 marzo 2016): “Extranjería, expulsión y Derecho Penal: lecciones suizas”, *eldiario.es*, online.

CANCIO MELIÁ, Manuel (2019): “*Non licet?* Überlegungen zum Status der Kriminalpolitik in der Strafrechtslehre Günther Jakobs”, in KINDHÄUSER, Urs et al. (eds.), *Strafrecht und Gesellschaft*, (Tübingen, Mohr Siebeck), pp. 697-707.

CANTONE, Raffaele (2020): “Riformare la prescrizione del reato garantendo la ragionevole durata del processo: un’occasione da non perdere”, *Sistema Penale*, online.

CAROLI, Paolo (2018): “Regno Unito e Germania “perdonano” i condannati per omosessualità”, *Dir. Pen. Cont.*, 2, pp. 73-86.

CAROLI, Paolo (2020): *Il potere di non punire. Uno studio sull’ammnistia Togliatti* (Napoli, E.S.I.).

CARUSO, Giovanni (2009): *La discrezionalità penale* (Padova, Cedam).

CASAROLI, Guido (2019): “Art. 44”, in PADOVANI, Tullio (ed.), *Codice Penale*, I (Milano, Giuffrè), pp. 338-368.

CATTANEO, Mario Alessandro (2002): “Le radici filosofiche del diritto penale delle garanzie”, in CAVALIERE, Antonio et al. (eds.), *Politica criminale e cultura giuspenalistica. Studi in onore di Sergio Moccia* (Napoli, E.S.I.), pp. 35-45.

CHIAVARIO, Mario (1982): “Premessa al commento del D.P.P. 12.12.1981 n. 744. Concessione di amnistia e di indulto”, *Legisl. pen.*, 1982, pp. 138 ss.

CHIAVARIO, Mario (2006): “Processo penale e alternative: spunti di riflessione su un “nuovo” dalle molte facce (non sempre inedite)”, *Riv. Dir. Proc.*, pp. 411 ss.

CIAVOLA, Agata (2010): *Il contributo della giustizia consensuale e riparativa all’efficienza dei modelli di giurisdizione* (Torino, Giappichelli).

CIUFFOLETTI, Sofia (1 luglio 2020): “Perché è importante ripristinare amnistia e indulto”, *Il Foglio*.

COCCO, Giovanni (2017a): “La difesa della punibilità quale elemento autonomo del reato”, in ID., *La punibilità: quarto elemento del reato* (Milano, Wolters Kluwer-Cedam), pp. 59-94.

COCCO, Giovanni (2017b): “La punibilità nella teoria del reato”, in ID., *La punibilità: quarto elemento del reato* (Milano, Wolters Kluwer-Cedam), pp. 95-140.

COCCO, Giovanni (2017c): “Riflessioni su punibilità, sussidiarietà e teoria del reato. Tra vecchi e nuovi istituti”, in ID., *La punibilità: quarto elemento del reato* (Milano, Wolters Kluwer-Cedam), pp. 13-58;

COLAO, Floriana (1986): “Dal primo dopoguerra all’«Amnistia del Ventennale»”, in SANTOSUOSSO, Amedeo e ID., *Politici e amnistia. Tecniche di rinuncia alla pena per i reati politici dall’unità ad oggi* (Verona, Bertani), pp. 47-102.

COLAO, Floriana (2011): “Il volto della nazione nelle amnistie politiche del Novecento”, in HÄRTER, Karl e NUBOLA, Cecilia (eds.), *Grazia e giustizia* (Bologna, Il Mulino), pp. 463-488.

CONTENTO, Gaetano (1965): *La condotta susseguente al reato* (Milano, Giuffrè).

CORDERO, Franco (1957) *Contributo allo studio dell’amnistia nel processo* (Milano, Giuffrè).

CORDERO, Franco (1958): “Circostanze «generiche» e termine di prescrizione”, *Riv. It. Dir. Proc. Pen.*, pp. 825 ss.

- CORNACCHIA, Luigi (2017) “La punibilità *sub condicione*”, *Legis. Pen.*, online.
- D’ALESSANDRO, Francesco (2012): *Pericolo astratto e limiti-soglia. Le promesse non mantenute del diritto penale* (Milano, Giuffrè).
- D’ASCOLA, Vincenzo N. (2004): *Reato e pena nell’analisi delle condizioni obiettive di punibilità* (Napoli, E.S.I.).
- DANIELE, Marcello (2015): “L’archiviazione per tenuità del fatto fra velleità deflattive ed equilibrismi procedurali” in QUATTROCOLO, Serena (ed.), *I nuovi epiloghi del procedimento penale per particolare tenuità del fatto* (Torino, Giappichelli), pp. 42 ss.
- DE FRANCESCO, Giovannangelo (2001): “Commento all’art. 34 d. lgs. 274 del 2000”, *Legisl. pen.*, pp. 193 ss.
- DE FRANCESCO, Giovannangelo (2015): “Illecito esiguo e dinamiche della pena”, *Criminalia*, pp. 199-224.
- DE FRANCESCO, Giovannangelo (2016): *Punibilità* (Torino, Giappichelli).
- DECKERT, Antje (2013): “Zum Strafwürdigkeitsbegriff im Kontext legislativer Kriminalisierungsgesetzgebungen im Verfassungsstaat”, *ZIS*, 6, pp. 266-275.
- DELITALA, Giacomo (1926); *Contributo alla nozione di reato*, in *Riv. it. sc. giur.*
- DELMAS-MARTY, Mireille (2019): *Sortir du pot au noir: l’humanisme juridique comme boussole* (Paris, Buchet Chastel).
- DELMAS-MARTY, Mireille (2020): “À l’ère du coronavirus, gouverner la mondialisation par le droit”, *Le Grand Continent*, online.
- DELOGU, Tullio (1976): “Potere discrezionale del giudice penale e certezza del diritto”, *Riv. it.*, 1976, pp. 369 ss.
- DI MARTINO, Alberto (1998): *La sequenza infranta. Profili della dissociazione tra reato e pena* (Milano, Giuffrè).
- DÍEZ RIPOLLÉS, José Luis (2011): *La categoría de la antijuricidad en derecho penal* (Buenos Aires-Montevideo, B de F).
- DÍEZ RIPOLLÉS, José Luis (2017): “La categoría de la punibilidad en el derecho penal español”, *Cuadernos de Derecho Penal*, pp. 11-29.
- DIMOULIS, Dimitri (1999): “La grazia come frontiera interiore. Funzioni simboliche della clemenza individuale e il caso Sofri”, *Dei delitti e delle pene*, pp. 205-245.
- DIOTALLEVI, Giovanni (2010): “Art. 151. Amnistia”, in LATTANZI, Giorgio e LUPO, Ernesto (eds.), *Codice penale. Rassegna di giurisprudenza e di dottrina*, V (Milano, Giuffrè), pp. 145-174.
- DOLCINI, Emilio (1979): *La commisurazione della pena. La pena detentiva* (Padova, Cedam).
- DOLCINI, Emilio (1983): “Potere discrezionale del giudice”, *Enc. dir.*, pp. 744 ss.
- DONINI, Massimo (1996): *Teoria del reato. Una introduzione* (Padova, Cedam).
- DONINI, Massimo (2001): “Non punibilità e idea negoziale”, *Indice pen.*, 3, pp.1035-1061.
- DONINI, Massimo (2003a): “Discontinuità del tipo di illecito e amnistia. Profili Costituzionali”, *Cass. pen.*, pp. 2857-2892.
- DONINI, Massimo (2003b): “La riforma della legislazione penale complementare: il suo valore ‘costituente’ per la riforma del codice”, in ID., *Alla ricerca di un disegno. Scritti sulle riforme penali in Italia* (Padova, Cedam), pp. 166-218.

DONINI, Massimo (2003c): “Le tecniche di degradazione fra sussidiarietà e non punibilità”, in ID., *Alla ricerca di un disegno. Scritti sulle riforme penali in Italia* (Padova, Cedam), pp. 377-412.

DONINI, Massimo (2003d): “Per un codice penale di mille incriminazioni: progetto di depenalizzazione in un quadro del “sistema””, in ID., *Alla ricerca di un disegno. Scritti sulle riforme penali in Italia* (Padova, Cedam), pp. 219-236.

DONINI, Massimo (2003e): “Un nuovo Medioevo penale? «Vecchio» e «nuovo» nell’espansione del diritto penale economico”, *Cass. Pen.*, 6, pp. 1808-1822.

DONINI, Massimo (2004): *Il volto attuale dell’illecito penale* (Milano, Giuffrè).

DONINI, Massimo (2007): “Diritto penale di lotta. Ciò che il dibattito sul diritto penale del nemico non deve limitarsi a esorcizzare”, *Studi sulla questione criminale*, 2, 2007, pp. 55-87.

DONINI, Massimo (2019): *Populismo e ragione pubblica* (Modena, Mucchi).

DONINI, Massimo (2020a): “Populismo penale e ruolo del giurista”, *Sistema Penale*, online.

DONINI, Massimo (2020b): Relazione nell’ambito del Webinar *La questione della prescrizione. Dagli espedienti politici alla cultura e alla tecnica giuridica* del 3 luglio 2020, *Sistema Penale*, online.

DONINI, Massimo e INSOLERA, Gaetano (2005): “Riserva di legge e democrazia penale: il ruolo della scienza penale, considerazioni introduttive”, in INSOLERA, Gaetano (ed.), *Riserva di legge e democrazia penale: il ruolo della scienza penale* (Bologna, Monduzzi), pp. 11-26,

EUSEBI, Luciano (2016): “L’insostenibile leggerezza del testo: la responsabilità perduta della progettazione politico-criminale”, *Riv. It. Dir. Proc. Pen.*, pp. 1668-1688.

FAIR TRIAL (2017): “The Disappearing Trial”, online.

FALCINELLI, Daniela (2007) *Le soglie di punibilità tra fatto e definizione normo-culturale* (Torino, Giappichelli).

FARALDO CABANA, Patricia (2000): *Las causas de levantamiento de la pena* (Valencia, Tirant Lo Blanch).

FASSONE, Elvio (2002): “La prescrizione del reato: interventi possibili”, in AA. Vv., *Sistema sanzionatorio: effettività e certezza della pena* (Milano, Giuffrè), pp. 228 ss.

FERRAJOLI, Luigi (1982): “Ravvedimento processuale e inquisizione penale”, *Quest. Giust.*, 1982, pp. 217 ss.

FERRAJOLI, Luigi (2017): “Il paradigma garantista. Per una risposta razionale ai problemi della sicurezza e del terrorismo”, in CAVALIERE, Antonio et al. (eds.), *Politica criminale e cultura giuspenalistica. Studi in onore di Sergio Moccia* (Napoli, E.S.I.), pp. 137-150.

FIANDACA, Giovanni (2013): “Populismo politico e populismo giudiziario”, *Criminalia*, pp. 95-122.

FLETCHER, George P. (2002): *Rethinking Criminal Law* (Oxford, OUP).

FLETCHER, Laurel E. e WEINSTEIN, Harvey M. (2002): “Violence and Social Repair: Rethinking the Contribution of Justice to Reconciliation”, *HRQ*, pp. 573-639.

FLICK, Giovanni Maria (2 marzo 1995): “Un’amnistia rispettosa di Mani Pulite”, *Il Sole 24 Ore*, p. 4. G.

FLICK, Giovanni Maria (2018): “Costituzione e clemenza collettiva: qualche perplessità”, in ANASTASIA, Stefano, CORLEONE, Franco e PUGIOTTO, Andrea (eds.), *Costituzione e clemenza. Per un rinnovato statuto di amnistia e indulto* (Roma, Ediesse), pp. 145-154

- FORNASARI, Gabriele (2018a): “Argomenti per una riserva di legge rafforzata in materia penale”, *Dir. Pen. Cont. – Riv. Trim.*, 2, pp. 162-175.
- FORNASARI, Gabriele (2018b): “Offensività e postmodernità. Un binomio inconciliabile?”, *Riv. It. Dir. Proc. Pen.*, 3, pp. 1514-1539
- FRANCHINA, Giuseppe (1966): “Del fondamento e della natura sostanziale e formale dei cosiddetti “atti di clemenza””, *Giust. pen.*, pp. 289-318.
- GALLI, Martina (2018a): “Giudicare l’avvenire. Uno studio a partire dalla convention judiciaire d’*«intérêt public»*”, *Riv. It. Dir. Proc. Pen.*, pp. 1285-1324.
- GALLI, Martina (2018b): “Poteri confusi, poteri contesi: il giudice penale di fronte alle esigenze di continuità aziendale”, *Dir. Pen. Cont. – Riv. Trim.*, 4, pp. 91-110.
- GALLO, Marcello (1964): “Dolo (dir. pen.)” *voce*, *Enc. Dir.*, XIII, pp. 750 ss.
- GALLO, Marcello (1965): *Appunti di diritto Penale (anno accademico 1962-1963)* (Torino, Giappichelli).
- GALLO, Marcello (2017): “Soglie di punibilità”, in CAVALIERE, Antonio et al. (eds.), *Politica criminale e cultura giuspenalistica. Studi in onore di Sergio Moccia* (Napoli, E.S.I.), pp. 463-471.
- GAMBERINI, Alessandro (1995): “La giustizia penale nella politica”, *Crit. dir.*, pp. 13-16.
- GARAPON, Antoine e DÉNOUVEAUX, Arthur (2020): “Du choc à l’expérience”, *Tracts de Crise*, 17, pp. 1-10.
- GARAPON, Antoine e LASSÈGUE, Jean (2018): *Justice Digitale. Révolution graphique et rupture anthropologique* (Paris, Presses Universitaires de France).
- GARCÍA PÉREZ, Octavio (1997): *La punibilidad en el derecho penal* (Pamplona, Aranzadi).
- GARCÍA PÉREZ, Octavio (2019): “Sobre el estado actual del debate en torno a la punibilidad”, *Estudios penales y criminológicos*, 39, pp. 709-753.
- GATTA, Gian Luigi (2020): “Covid-19, sospensione della prescrizione del reato e principio di irretroattività: si fa strada, in Cassazione, la tesi della manifesta infondatezza della questione di legittimità costituzionale”, *Sistema Penale*, online.
- GATTA, Gian Luigi e GIOSTRA, Glauco (2020): “Sul dibattito in tema di prescrizione del reato e sul vero problema della giustizia penale: la lentezza del processo”, *Sistema Penale*, online.
- GEMMA, Gladio (1985): “Parlamento e abuso di clemenza”, *Dir. soc.*, pp. 657-677.
- GIERHAKE, Katrin (2017): “Strafe und Amnestie in Zeiten fragiler Staatlichkeit. Die Bedeutung des freiheitlichen Rechtsbegriffs für die Übergangsjustiz am Beispiel des kolumbianischen Friedensprozess”, *ZIS*, pp. 391-409.
- GIL GIL, Alicia (2016): “Sobre la satisfacción de la víctima como fin de la pena”, *InDret*, 4, pp. 1-39.
- GIL GIL, Alicia e MACULAN, Elena (2020): “The rationale and purposes of criminal law and punishment in transitional contexts”, *OJLS*, pp. 1-26.
- GIUNTA, Fausto (2017): “Introduzione”, in ID. e GUERINI, Roberto (eds.), “Partecipazione democratica alle scelte politico criminali e garanzie individuali nell’epoca del diritto penale tecnocratico. Un bilancio di inizio secolo”, *Studi Senesi*, 2017, pp. 11-15.
- GIUPPONI, Tommaso (2018): “La clemenza collettiva come strumento di politica criminale: per una riforma dell’articolo 79 della Costituzione”, in ANASTASIA, Stefano, CORLEONE, Franco e PUGIOTTO, Andrea (eds.), *Costituzione e clemenza. Per un rinnovato statuto di amnistia e indulto* (Roma, Ediesse), pp. 173-182.

- GOISIS, Luciana (2019): *Crimini d'odio. Discriminazioni e giustizia penale* (Napoli, Jovene).
- GRECO, Luís (2017): "Lesione di un diritto anziché lesione di un bene giuridico?", in CAVALIERE, Antonio et al. (eds.), *Politica criminale e cultura giuspenalistica. Studi in onore di Sergio Moccia* (Napoli, E.S.I.), pp. 327-338.
- GRISPIGNI, Filippo (1952): *Diritto penale italiano*, I, (Milano, Giuffrè).
- GROSSO, Enrico (2018): "L'amnistia 'essiccata' e la trappola del consenso. Come contrastare efficacemente lo spirito del tempo", in ANASTASIA, Stefano, CORLEONE, Franco e PUGIOTTO, Andrea (eds.), *Costituzione e clemenza. Per un rinnovato statuto di amnistia e indulto* (Roma, Ediesse), pp. 189-198.
- GUARNIERI, Carlo e PEDERZOLI, Patrizia (2017): *Il sistema giudiziario* (Bologna, Il Mulino).
- HASSEMER, Winfried (1981) *Einführung in die Grundlagen des Strafrechts* (München, Beck).
- HIRSCHL, Ran (2004): *Towards Juristocracy: The Origins and Consequences of the New Constitutionalism* (Cambridge, MA, Harvard University Press).
- HIRSCHL, Ran (2008): "The Judicialization of Politics", in CALDEIRA, Gregory A., KELEMEN, Daniel R e WHITINGTON, Keith E. (eds.), *The Oxford Handbook of Law and Politics* (Oxford, OUP), pp. 120-141.
- INSOLERA, Gaetano (1991): "Condono fiscale: sezioni unite, corte costituzionale, sogni dogmatici del penalista e prevaricazione del legislatore", *Foro it.*, 1991, 85-105.
- INSOLERA, Gaetano (1994): "I "moderni condoni" tra prassi legislative e codificazioni", *Riv. It. Dir. Proc. Pen.*, 4, pp. 1304-1317.
- INSOLERA, Gaetano (1995): "Le proposte per uscire da Tangentopoli", *Crit dir.*, pp. 17-33.
- INSOLERA, Gaetano (1996): "Il nuovo delitto politico e l'amnistia "pacificatrice"", in AA. Vv., *Il delitto politico. Tra storia e cronaca politica* (Ancona, Nuove Ricerche), pp. 93-109.
- INSOLERA, Gaetano (2014): "Le clemenze "anomale"", *Dir. Pen. Cont.*, online.
- INSOLERA, Gaetano (2017): "Qualche riflessione sul diritto penale nella "Democrazia del leader"", in CAVALIERE, Antonio et al. (eds.), *Politica criminale e cultura giuspenalistica. Studi in onore di Sergio Moccia* (Napoli, E.S.I.), pp. 161-175.
- INSOLERA, Gaetano (2019a): "Il populismo penale", *Discrimen*, online.
- INSOLERA, Gaetano (2019b): *Declino e caduta del diritto penale liberale* (Pisa, Ets).
- INSOLERA, Gaetano e STORTONI, Luigi (2001): *Le vicende della punibilità*, in INSOLERA, Gaetano et al. (eds.), *Introduzione al sistema penale* (Torino, Giappichelli), pp. 413-445.
- JAKOBS, Günther (1983): *Strafrecht. AT. Die Grundlagen und die Zurechnungslehre* (Berlin, De Gruyter).
- JAKOBS, Günther (1995): "Das Strafrecht zwischen Funktionalismus un "alteuropäischem" Prinzipiendenken", *ZstW*, pp.107 ss.
- JAKOBS, Günther (2012): *Rechtsgüterschutz? Zur Legitimation des Strafrechts* (Lübeck, Schönigh).
- JESCHECK, Hans-Heinrich e WEIGEND, Thomas (1996): "§52", in ID., *Lehrbuch des Strafrecht, AT*, 5° Aufl. (Berlin, Duncker & Humblot) 1996, pp. 551-553.
- KAISER, Günther (1997): *Kriminologie*, 10° Aufl. (Heidelberg, C.F. Müller).
- KELSEN, Hans (1945): *Teoria generale del diritto e dello Stato* (1980: Milano, Etas).

- KERNER, Hans Jürgen (1973): *Verbrechenswirklichkeit und Strafverfolgung* (München, Goldmann).
- VON LISZT, Franz (1893): “Deterministische Gegner der Zweckstrafe”, *ZStW*, pp. 325-358.
- VON LISZT, Franz (1905): “Über den Einfluss der soziologischen und anthropologischen Forschung auf die Grundbegriffe des Strafrechts”, in ID., *Strafrechtliche Aufsätze und Vorträge* (Berlin, Guttentag), pp. 77-93.
- LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, Jacobo (2010): *Tratado de derecho penal. Parte general* (Madrid, Civitas).
- LUCCHINI, Luigi (1921a): “Ancora e sempre amnistie”, *Riv. pen.*, p. 488.
- LUCCHINI, Luigi (1921b): *Cronaca. Esautorazione completa dello Stato*, *Riv. pen.*, p. 488.
- MAIELLO, Vincenzo (1992): “La clemenza tra dommatica e politica criminale”, *Riv. It. Dir. Proc. Pen.*, pp. 1029-1090.
- MAIELLO, Vincenzo (2007): *Clemenza e sistema penale* (Napoli, E.S.I.).
- MAIELLO, Vincenzo (2018): “Verso una nuova clemenza collettiva?”, *Dir. pen. proc.*, pp. 573-577.
- MAÑALICH, Juan Pablo (2019): “Recensión a Michael PAWLIK, Normbestätigung und Identitätsbalance. Über die Legitimation staatlichen Strafens, Nomos, Baden-Baden, 2017 (86 págs.)”, *InDret*, 2, pp. 25-33.
- MANES, Vittorio (2019a): “Diritto penale no-limits. Garanzie e diritti fondamentali come presidio per la giurisdizione”, *Quest. Giust.*, 1, pp. 86-100.
- MANES, Vittorio (2019b): “Sulla riforma della prescrizione”, in *Riv. It. Dir. Proc. Pen.*, pp. 557 ss.
- MANNA, Adelmo (2017): *Il lato oscuro del diritto penale* (Pisa, Pacini).
- MANNOZZI, Grazia (1996): *Razionalità e giustizia nella commisurazione della pena* (Padova, Cedam).
- MANNOZZI, Grazia e LODIGIANI Giovanni Angelo (eds.) (2017): *La giustizia riparativa. Formanti, parole e metodi* (Torino, Giappichelli).
- MANTOVANI, Ferrando (1970): “Terre d’amnistia”, *Temi*, pp. 409 ss.
- MANZINI, Vincenzo (1933): *Trattato di diritto penale secondo il codice del 1930*, I (Torino, Utet).
- MARINUCCI, Giorgio, DOLCINI, Emilio e GATTA, Gian Luigi (2020): *Corso di diritto penale*, IX ed., (Milano, Giuffrè).
- MATTEVI, Elena (2009): “Esclusione della procedibilità per particolare tenuità del fatto nel procedimento penale di pace: considerazioni critiche tra obiettivi perseguiti e raggiunti alla luce dei principi costituzionali”, *Indice Pen.*, pp. 169-194.
- MATTEVI, Elena (2017): *Una giustizia più riparativa* (Napoli, Editoriale Scientifica).
- MAZZACUVA, Nicola (1983): *Il principio di difesa sociale e i provvedimenti di clemenza. Profili di politica criminale e materiali per una ricerca storica* (Bologna, Lorenzini).
- MAZZACUVA, Nicola (2018a): “La clemenza collettiva nell’epoca del ‘diritto penale massimo’”, *Dir. Pen. Cont. – Riv. Trim.*, 4, pp. 192-201.
- MAZZACUVA, Nicola (2018b): “Sulla perdurante utilità (anzi sulla necessità) della «clemenza collettiva»”, *Dir. pen. XXI sec.*, 1, pp. 41-52.

MELCHIONDA, Alessandro (2018): “Il ruolo dell’ammnistia nell’equilibrio costituzionale del sistema sanzionatorio penale”, in ANASTASIA, Stefano, CORLEONE, Franco e PUGIOTTO, Andrea (eds.), *Costituzione e clemenza. Per un rinnovato statuto di amnistia e indulto* (Roma, Ediesse), pp. 217-232.

MENDES, Erika (2008): *Punibilidad y delito* (Madrid, Reus).

MENGHINI, Antonia (2008): *Le sanzioni penali a contenuto interdittivo. Una proposta de iure condendo* (Torino, Giappichelli).

MERENDA, Ilaria (2007): *Offensività e determinatezza nella definizione delle soglie di punibilità: le soglie di punibilità nelle false comunicazioni sociali* (tesi dottorale) (Roma, Aracne) 2007.

MOCCIA, Sergio (1995) *La perenne emergenza. Tendenze autoritarie nel sistema penale* (Napoli, E.S.I.).

MONACO, Lucio (1984): *Prospettive dell’idea dello ‘scopo’ nella teoria della pena* (Napoli, Jovene).

MORIN, Edgar (con MAZZEO, Riccardo) (2020): “Un umanesimo rigenerato”, *Diritto Penale e Uomo*, online.

NAUCKE, Wolfgang (1998): “I confini del diritto penale. Abbozzo del problema in sette tesi”, in BORRÈ, Giuseppe e PALOMBARINI, Giovanni (eds.), *Il sistema sanzionatorio e le alternative di tutela* (Milano, Franco Angeli), pp. 101 ss.

NEPPI MODONA, Guido (1965): *Il reato impossibile* (Milano, Giuffrè).

NEPPI MODONA, Guido (1967): “Reato impossibile” *voce, Nov. Dig. It.*, XIV, pp. 974 ss.

NEPPI MODONA, Guido (1971): “Concezione realistica del reato e condizioni obiettive di punibilità”, *Riv. It. Dir. Proc. Pen.*, 1971, pp. 184 ss.

NEPPI MODONA, Guido (2011): “Perdono e clemenza di Stato nella giustizia penale italiana”, in HÄRTER, Karl e NUBOLA, Cecilia (eds.), *Grazia e giustizia* (Bologna, Il Mulino), pp. 575-590.

NEUMANN, Ulfrid (2019): “Aufgabe des Strafrechts und Strafbegründung”, in KINDHÄUSER, Urs et al. (eds.), *Strafrecht und Gesellschaft*, (Tübingen, Mohr Siebeck), pp. 257-276.

NOBILI, Massimo (1995): “Principio di legalità e processo penale (in ricordo di Franco Bricola)”, *Riv. It. Dir. Proc. Pen.*, pp. 648-660.

NUSSBAUM, Martha C. (2006): *Le nuove frontiere della giustizia* (Bologna, Il Mulino).

NUVOLONE, Pietro (1958): “Il controllo del potere discrezionale attribuito al giudice per la determinazione delle pene e delle misure di prevenzione”, *Jus*, 1958, 2, pp. 244 e ss.

NUVOLONE, Pietro (1975), *Il sistema del diritto penale* (Padova, Cedam).

ORLANDI, Renzo (2018): “Amnistia e finalismo rieducativo: osservazioni a un’interessante proposta di revisione costituzionale”, in ANASTASIA, Stefano, CORLEONE, Franco e PUGIOTTO, Andrea (eds.), *Costituzione e clemenza. Per un rinnovato statuto di amnistia e indulto* (Roma, Ediesse), pp. 233-240.

PADOVANI, Tullio (1981): “La soave inquisizione. Osservazioni e rilievi a proposito delle nuove ipotesi di «ravvedimento»”, *Riv. It. Dir. Proc. Pen.*, pp. 532-545.

PADOVANI, Tullio (1986): “Il traffico delle indulgenze. «Premio» e «corrispettivo» nella dinamica della punibilità”, *Riv. It. Dir. Proc. Pen.*, pp. 388-436.

PADOVANI, Tullio (1991): “Francesco Carrara e la teoria del reato”, in AA. VV., *Francesco Carrara nel primo centenario della morte* (Milano, Giuffrè), pp. 253 ss.

- PAGLIARO, Antonio (1967): “Profili dogmatici delle c.d. cause di estinzione del reato”, *Riv. It. Dir. Proc. Pen.*, pp. 472 ss.
- PALAZZO, Francesco Carlo (2000): “Tempo d’amnistia”, *Dir. pen. proc.*, 7, pp. 797-799.
- PALAZZO, Francesco Carlo (2005): “Sistema delle fonti e legalità penale”, in INSOLERA, Gaetano (ed.), *Riserva di legge e democrazia penale: il ruolo della scienza penale* (Bologna, Monduzzi), pp. 89-106.
- PALAZZO, Francesco Carlo (2019): “La non-punibilità: una buona carta da giocare oculatamente”, *Sistema Penale*, online.
- PALAZZO, Francesco Carlo e BARTOLI, Roberto (2007): *Certezza o flessibilità della pena? Verso la riforma della sospensione condizionale* (Torino, Giappichelli).
- PALIERO, Carlo Enrico (1985): *Minima non curat praetor. Ipertrofia del diritto penale e decriminalizzazione dei reati bagatellari* (Padova, Cedam).
- PALIERO, Carlo Enrico (1990): “Il principio di effettività nel diritto penale”, *Riv. It. Dir. Proc. Pen.*, pp. 430 ss..
- PALIERO, Carlo Enrico (1992): “Consenso sociale e diritto penale”, *Riv. It. Dir. Proc. Pen.*, pp. 849-922.
- PALIERO, Carlo Enrico (2018): “Pragmatica e paradigmatica della clausola di *‘Extrema Ratio’*”, *Riv. It. Dir. Proc. Pen.*, 3, pp. 1447-1487.
- PARLATO, Lucia (2015): “Il volto processuale della particolare tenuità del fatto”, in BACCARI, Gian Marco, LA REGINA, Katia e MANCUSO, Enrico Maria (eds.), *Il nuovo volto della giustizia penale* (Padova, Cedam), pp. 225-279.
- PASTOR, Daniel (2005): “La deriva neopunitivista de organismos y activistas como causa de desprestigio actual de los derechos humanos”, *Nueva Doctrina Penal*, pp. 73-114.
- PATERNITI, Filippo (2008): *Contributo allo studio della punibilità* (Torino, Giappichelli).
- PAVARINI, Massimo (2000): “La penalistica civile e la criminologia, ovvero discutendo di diritto penale minimo”, in AA. VV., *Studi in ricordo di Giandomenico Pisapia*, III (Milano, Giuffrè), pp. 563 ss.
- PAWLIK, Michael (2004): ““Selbstgesetzgebung in der Regierten”: Glanz und Elend einer Legitimationsfigur”, *Recht und Politik, ARSP Beiheft*, 93, pp. 115 ss.
- PAWLIK, Michael (2017): *Normbestätigung und Identitätsbalance* (Baden Baden, Nomos).
- PAWLIK, Michael (2019): “Das Strafrecht der Gesellschaft”, in KINDHÄUSER, Urs et al. (eds.), *Strafrecht und Gesellschaft*, (Tübingen, Mohr Siebeck), pp. 217-254
- PERASSI, Tomaso (1938) *Introduzione alle scienze giuridiche*, Ristampa (Roma, Società Editrice de Il Foro Italiano).
- PERRON, Walter (1999): “Überlegungen zum Verhältnis von Strafrecht und Strafprozeßrecht”, in EBERT, Udo et al. (eds.), *Festschrift Hanack* (Berlin, De Gruyter), pp. 473-485.
- PETROCELLI, Biagio (1960): “Reato e punibilità”, *Riv. It. Dir. Proc. Pen.*, pp. 669 ss.
- PIOLETTI, Giovanni (1995): “Punibilità (cause di esclusione della)”, *Dig. pen.*, X, pp. 524 ss..
- POMANTI, Pietro (2008): *I provvedimenti di clemenza. Amnistia, indulto e grazia* (Milano, Giuffrè).
- PROSDOCIMI, Salvatore (1982): *Profili penali del postfatto* (Milano, Giuffrè).
- PUGIOTTO, Andrea (2018a): “Clemenza e Costituzione una rilettura (e una proposta) in controtendenza”, *Dir. pen. XXI sec.*, 1, pp. 21-40.

- PUGIOTTO, Andrea (2018b): “Per un rinnovato statuto costituzionale della clemenza collettiva”, *Riv. It. Dir. Proc. Pen.*, pp. 109-142.
- PUGLISI, Giuseppe (2018): “La parola acuminata. Contributo allo studio dei delitti contro l’eguaglianza”, *Riv. It. Dir. Proc. Pen.*, pp. 1325-1358.
- PULITANÒ, Domenico (1970): “Il significato della clemenza”, *Quale giust.*, pp. 109-115.
- PULITANÒ, Domenico (1983a): “La non punibilità di fronte alla Corte costituzionale”, *Foro it.*, pp. 1815 ss.
- PULITANÒ, Domenico (1983b): “Obblighi costituzionali di tutela penale?”, *Riv. It. Dir. Proc. Pen.*, pp. 484-531.
- PULITANÒ, Domenico (2002): “Legalità discontinua? Paradigmi e problemi di diritto in-tertemporale”, *Riv. It. Dir. Proc. Pen.*, pp. 1270-1303.
- PULITANÒ, Domenico (2006): ““Seduzioni” e costi della clemenza”, *Dir. pen. proc.*, 9, pp. 1061-1065.
- PULITANÒ, Domenico (2008): “Tensioni vecchie e nuove sul sistema penale”, *Dir. pen. proc.*, pp. 1077 ss.
- PULITANÒ, Domenico (2013): “Populismi e penale. Sulla attuale situazione spirituale della giustizia penale”, *Criminalia*, pp. 123-148.
- PULITANÒ, Domenico (2014) *Diritti umani e diritto penale*, in MECCARELLI, Massimo, PALCHETTI, Paolo e SOTIS, Carlo (eds.), *Il lato oscuro dei diritti umani. Esigenze emancipatorie e logiche di dominio nella tutela giuridica dell’individuo* (Madrid, Dykinson), pp. 81-114.
- PULITANÒ, Domenico (2015): “Il nodo della prescrizione”, *Dir. Pen. Cont. – Riv. Trim.*, 1, pp. 20-31.
- PULITANÒ, Domenico (2019a): “La giustizia penale e il tempo”, *Sistema Penale*, 12, pp. 5-21.
- PULITANÒ, Domenico (2019b): “Osservazioni sulla proposta di bloccare il corso della pre-scrizione”, *Sistema Penale*, online.
- PULITANÒ, Domenico (2020): “Lezioni dell’emergenza e riflessioni sul dopo. Su diritto e giustizia penale”, *Sistema Penale*, online.
- QUATTROCOLO, Serena (2015): “L’altra faccia della medaglia: l’impatto della particolare tenuità del fatto sul processo penale”, *Criminalia*, pp. 225-248.
- RADBRUCH, Gustav (1961): *Introduzione alla scienza del diritto* (Torino, Giappichelli).
- RAGUÉS I VALLÈS, Ramon (2018): “Il passaggio del tempo e la responsabilità penale”, *Dir. Pen. Cont. – Riv. Trim.*, 2, pp. 209-223.
- RIEFF, David (2019): *Elogio dell’oblio. I paradossi della memoria storica* (Roma, Luiss University Press).
- RISICATO, Lucia (2003): “Meritevolezza di pena e concorso di persone nel reato”, in DE FRANCESCO, Giovannangelo e VENAFRO, Emma (eds.), *Meritevolezza di pena e logiche deflattive* (Torino, Giappichelli), pp. 87 ss.
- RISICATO, Lucia (2019): “Le interferenze tra antiggiuridicità, colpevolezza e punibilità nella nuova legittima difesa domiciliare”, *Legisl. pen.*, online.
- ROBINSON, Paul H. (2008): *Distributive Principles of Criminal Law* (Oxford, OUP).
- ROMANO, Mario (1992): ““Meritevolezza di pena”, “bisogno di pena” e teoria del reato”, *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1, pp. 39-53.

- ROMANO, Mario (2004a): “Art. 1”, in ID., *Commentario sistematico del Codice Penale*, I (Milano, Giuffrè), pp. 1 ss.
- ROMANO, Mario (2004b): “Pre-Art. 39”, in ID., *Commentario sistematico del Codice Penale*, I (Milano, Giuffrè), pp. 300 ss.
- ROMANO, Mario, GRASSO, Giovanni e PADOVANI, Tullio (2011): “Pre-Art. 150”, in ID., *Commentario Sistematico del Codice Penale*, II (Milano, Giuffrè), pp. 1-17.
- ROMANO, Santi (1947): *Frammenti di un dizionario giuridico* (Milano, Giuffrè).
- ROXIN, Claus (2005): “§23” in ID., *Strafrecht. AT, I, Grundlagen. Der Aufbau der Verbrechen-
slehre*, 4° Aufl. (München, Beck), pp. 1035-1054.
- RUGGIERO, Gianluca (1988): “Punibilità”, *Enc. dir.*, XXXVII, 1118-1145.
- SALVEMINI, Gaetano (1949): “Anno Santo e amnistia”, *Il Ponte*, 5, pp. 1434-1435.
- SALZBERGER, Eli M. (1993): “A positive analysis of the doctrine of separation of powers or: Why do we have an independent judiciary?”, *IRLE*, pp. 349-379.
- SANTOSUOSSO, Amedeo (1986): “Gli anni '50 e '60”, in ID. e COLAO, Floriana, *Politici e amnistia. Tecniche di rinuncia alla pena per i reati politici dall'unità ad oggi* (Verona, Bertani), pp. 129-150.
- SEMINARA, Sergio (2002): “False comunicazioni sociali, falso in prospetto e nella revisione contabile ed ostacolo alle funzioni di vigilanza”, in *Dir. pen. proc.*, pp. 676 ss.
- SGUBBI, Filippo (2019): *Il diritto penale totale* (Bologna, Il Mulino).
- SILVA SANCHEZ, Jesús-María (2004): *L'espansione del diritto penale* (Milano, Giuffrè).
- SILVA SANCHEZ, Jesús-María (2008a): “Doctrines Regarding the Fight Against Impunity and the Victim's Right for Perpetrator to be Punished”, *Pace L.Rev.*, pp. 865-884.
- SILVA SANCHEZ, Jesús-María (2008b): “¿Nullum crimen sine poena? Sobre las doctrinas penales de la “lucha contra la impunidad” y del “derecho de la víctima al castigo del autor””, *Derecho penal y criminología*, pp. 149-172.
- SILVA SANCHEZ, Jesús-María (2017): “Diseguaglianza sociale e responsabilità: un' approssimazione”, in CAVALIERE, Antonio et al. (eds.), *Politica criminale e cultura giuspenalistica. Studi in onore di Sergio Moccia* (Napoli, E.S.I.), pp. 23-36.
- SILVA SANCHEZ, Jesús-María (2018): *Malum passionis. Mitigar el dolor del Derecho penal* (Barcelona, Atelier).
- SILVA SANCHEZ, Jesús-María (2019): “Recensión a Michael PAWLIK, Confirmación de la norma y equilibrio en la identidad. Sobre la legitimación de la pena estatal (trad. de Ricardo Robles Planas, Nuria Pastor Muñoz e Ivó Coca Vila), Atelier, Barcelona, 2019 (102 págs.) (= Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2019, 106 págs.)”, *Indret*, 4, pp. 19-25.
- SOTIS, Carlo (2020): “Fare osservare o punire. L'importanza della disgiuntiva”, in AA. Vv., *Emergenza Covid-19 fra diritto e processo penale* (Milano, DipLap Editor), in pubblicazione.
- SPAGNOLO, Giuseppe (1963): *Lineamenti di una categoria dei fatti estintivi nel diritto penale* (Napoli, Jovene).
- STILE, Alfonso Maria (1976-77): “Discrezionalità e politica penale giudiziaria”, *Studi Urbini*, pp. 225 ss.
- STORTI, Claudia (2015): “Lavoratori ribelli e giudici eversivi. Sciopero e licenziamento collettivo nella giurisprudenza di cassazione tra 1900 e 1922”, in LACCHÈ, Luigi (ed.), *Il diritto del Duce. Giustizia e repressione nell'Italia fascista* (Roma, Donzelli), pp. 3-29.

- STORTONI, Luigi (1984): “Profili costituzionali della non punibilità”, *Riv. It. Dir. Proc. Pen.*, pp. 626-678.
- STORTONI, Luigi (1985): “Premesse ad uno studio sulla «punibilità»”, *Riv. It. Dir. Proc. Pen.*, pp. 397-423.
- STRATENWERTH, Günter (1993): “Zukunftssicherung mit den Mitteln des Strafrechts?”, *ZStW*, 1993, pp. 680 ss.
- TONON, Daniela (2014): *Fra delitto e castigo. Sistematica e genetica politico-criminale degli istituti della punibilità* (Torino, Giappichelli).
- TRIPODI, Andrea Francesco (2019): “Dal diritto penale della paura alla paura del diritto penale. Spunti per una riflessione”, *Quaderno di storia del penale e della giustizia*, pp. 263-273.
- TURNER, Jenia I. e WEIGEND, Thomas (2020): “Negotiated Case Dispositions in Germany, England and the United States”, in AMBOS, Kai et al. (eds.), *Core Concepts in Criminal Law and Criminal Justice* (Cambridge, CUP), pp. 389-427.
- UNIONE DELLE CAMERE PENALI ITALIANE (2019), “Manifesto del diritto penale liberale e del giusto processo”, online.
- VASSALLI, Giuliano (1942): *La potestà punitiva* (Torino, Utet).
- VASSALLI, Giuliano (1958): “Il potere discrezionale del giudice nella commisurazione della pena”, in AA. Vv., *Conferenze - Primo corso di perfezionamento per uditori giudiziari*, II (Milano, Giuffrè), pp. 749 ss.
- VASSALLI, Giuliano (1960): “Cause di non punibilità”, in *Enc. dir.*, VI, pp. 609 ss.
- VENAFRO, Emma (2003): “Meritevolezza di pena e logiche deflattive. Un breve schizzo introduttivo”, in DE FRANCESCO, Giovannangelo e VENAFRO, Emma (eds.), *Meritevolezza di pena e logiche deflattive* (Torino, Giappichelli), pp. 9 ss.
- VENEZIANI, Paolo (2014): “La punibilità”, in ID. (con CRISTILLO, Antonio) “La punibilità. Le conseguenze giuridiche del reato”, in GROSSO, Carlo Federico, PADOVANI, Tullio e PAGLIARO, Antonio (dir.), *Trattato di Diritto Penale*, II (Milano, Giuffrè), pp. 277-304.
- VICOLI, Daniele (2003): “Scelte del pubblico ministero nella trattazione delle notizie di reato e art. 112 Cost.: un tentativo di razionalizzazione”, *Riv. It. Dir. Proc. Pen.*, pp. 251 ss.
- VIGANÒ, Francesco (2013): “Riflessioni de lege lata e ferenda su prescrizione e tutela della ragionevole durata del processo”, *Dir. Pen. Cont. - Riv. Trim.*, 3, pp. 18-42.
- VIOLANTE, Luciano (1997): “Delinquere, perdonare, punire”, in ID. (ed.), *La criminalità (Storia d'Italia. Annali, XII)* (Torino, Einaudi), XXIX ss.;
- VIOLANTE, Luciano (2014): “Populismo e plebeismo nelle politiche criminali”, *Criminalia*, pp. 197-207.
- VIOLANTE, Luciano (2015): “L'evoluzione del ruolo giudiziario”, *Criminalia*, pp. 341-357.
- VOLK, Klaus (2017): “Diritto processuale, diritto sostanziale e politica criminale”, in CAVALLIERE, Antonio et al. (eds.), *Politica criminale e cultura giuspenalistica. Studi in onore di Sergio Moccia* (Napoli, E.S.I.), pp. 37-48.
- VORMBAUM, Thomas (2018a): “Il diritto penale frammentario nella storia e nella dogmatica”, in ID. *Saggi di storia del diritto penale moderno* (Napoli, E.S.I.), pp. 145-184.
- VORMBAUM, Thomas (2018b): “Strafgesetze als Verfassungsgesetze. In memoriam Knut Amelung”, *JZ*, pp. 53-63.

WEIGEND, Thomas (2006): “Strafrecht und Zeitgeist”, in ALBRECHT, Hans-Heinrich e SIEBER Ulrich (eds.), *Strafrecht und Kriminologie unter einem Dach* (Berlin, Duncker & Humblot), pp. 62 ss.

WHITINGTON, Keith E. (2005): “«Interpose your friendly hand»: Political supports for the exercise of judicial review by the United States Supreme Court”, *AmPolSciRev*, pp. 583-596.

ZAFFARONI, Raul (2019), “Espansione del diritto penale e diritti umani”, *Dir. Pen. Cont. – Riv. Trim.*, 4, pp. 110-127.

ZAGREBELSKY, Gustavo (1974): *Amnistia, indulto e grazia. Profili costituzionali* (Milano, Giuffrè).

ZANON, Nicolò (2015): “L’ascesa del potere giudiziario tra mode culturali e mutamenti costituzionali”, *Criminalia*, pp. 359-364.

ZICCONI, Guido (1975): *Le cause «sopravvenute» di non punibilità* (Milano, Giuffrè).

ZIMRING, Franklin E. (2009): *La pena di morte* (Bologna, Il Mulino).



Diritto Penale Contemporaneo

R I V I S T A T R I M E S T R A L E

REVISTA TRIMESTRAL DE DERECHO PENAL
A QUARTERLY REVIEW FOR CRIMINAL JUSTICE

<http://dpc-rivista-trimestrale.criminaljusticenetwork.eu>