



Diritto Penale Contemporaneo

RIVISTA TRIMESTRALE

REVISTA TRIMESTRAL DE DERECHO PENAL

A QUARTERLY REVIEW FOR CRIMINAL JUSTICE

TEMPO, MEMORIA E DIRITTO PENALE



MEMORY LAWS IN EUROPEAN AND COMPARATIVE PERSPECTIVE
(M.E.L.A)

Bologna - Febbraio / Dicembre 2018

ISSN 2240-7618

4/2018

EDITOR-IN-CHIEF

Francesco Viganò

EDITORIAL BOARD

Italy: Gian Luigi Gatta, Antonio Gullo, Guglielmo Leo, Luca Luparia, Francesco Mucciarelli
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

EDITORIAL STAFF

Alberto Aimi, Enrico Andolfatto, Enrico Basile, Carlo Bray, Javier Escobar Veas, Stefano Finocchiaro, Elisabetta Pietrocarlo, Tommaso Trinchera, 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, 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 Áller, 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, Santiago Mir Puig, 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, María Ángeles Rueda Martín, Carlo Ruga Riva, Stefano Ruggeri, 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, Paolo Veneziani, Costantino Visconti, Javier Willenmann von Bernath, Francesco Zacchè

Editore Associazione "Progetto giustizia penale", via Altaguardia 1, Milano - c.f. 97792250157
ANNO 2018 - CODICE ISSN 2240-7618 - Registrazione presso il Tribunale di Milano, al n. 554 del 18 novembre 2011.
Impaginazione a cura di Chiara Pavesi

La clemenza collettiva nell'epoca del 'diritto penale massimo'

La clemencia colectiva en la época del "derecho penal máximo"

Collective Clemency in the Season of a Maximum Application of Criminal Law

NICOLA MAZZACUVA

*Professore ordinario di Diritto Penale presso l'Alma Mater Studiorum Università di Bologna
nicola.mazzacuva@unibo.it*

AMNISTIA

AMNISTÍA

AMNESTY

ABSTRACTS

All'interno della stagione del "diritto penale massimo", il presente contributo propone una riflessione sulla clemenza collettiva, la parte più negletta del 'diritto punitivo' della Carta fondamentale. A fronte della necessità di un contenimento del diritto penale, l'autore rivendica la 'prepotente urgenza' anche di provvedimenti di clemenza, in particolare l'amnistia. Ripercorrendo le ragioni che la dottrina storicamente ricollegava a tale istituto, l'autore ne propone qui un utilizzo quale vero e proprio strumento di politica criminale, indicando anche nello specifico le caratteristiche che il provvedimento di amnistia dovrebbe avere.

En la época del derecho penal máximo, el presente artículo propone una reflexión sobre la clemencia colectiva, la parte más descuidada del derecho punitivo en la Constitución Italiana. Frente a la necesidad de una contención del derecho penal, el autor reivindica la "apremiante urgencia" de procedimientos de clemencia, en particular la amnistía. Repasando las razones que la doctrina históricamente ha asociado a la amnistía, el autor propone su uso como una herramienta de política criminal, indicando asimismo las características que el proceso de amnistía debiese poseer.

In the season of a maximum application of criminal law (Diritto penale massimo), this article seeks to meditate on collective clemency measures, the most neglected part of the 'punitive law' of the Italian Constitution. Faced with the need to contain criminal law, the author claims the "overwhelming urgency" of clemency measures, in particular amnesty. Retracing the justifications that the traditional scholarship associated with amnesty, the author proposes to use amnesty as a tool of criminal policy, also indicating specifically the characteristics that amnesty law should have.

SOMMARIO

1. Il 'diritto punitivo' e la clemenza. – 2. La stagione del 'diritto penale massimo': necessità e legalità della clemenza. – 3. Le 'tradizionali' (forti) ragioni dell'amnistia. – 4. La politica criminale (anche) mediante provvedimenti di clemenza.

1.

Il 'diritto punitivo' e la clemenza.

Nella più recente dottrina giustamente si osserva come gli istituti di clemenza (soprattutto quella collettiva) rappresentino attualmente la parte più negletta del 'diritto punitivo' della Carta fondamentale: "in bilico [appunto] tra l'irrelevanza ordinamentale e una sorta di sostanziale abrogazione de facto" e "a dimostrarlo sono i dati ufficiali: oltre una certa soglia, infatti, la quantità è la qualità delle cose"¹.

Ciononostante, credo che l'odierna stagione contrassegnata dalla presenza di un 'diritto penale massimo' imponga proprio un'attenta riflessione su ogni istituto (e, quindi, anche su quelli di 'clemenza') che possa, invece, comportare una 'limitazione' dell'immenso sistema punitivo (ora) vigente.

Persino la 'legalità penale' risulta oggi un principio, se non quasi evanescente, senz'altro fortemente traditore della sua connaturale istanza di garanzia: ciò in quanto il nostro sistema positivo risulta letteralmente sommerso da un'incontrollabile moltitudine di norme incriminatrici² che rende impossibile non solo conoscere tutti i reati 'legalmente' previsti, ma financo calcolarne l'esatto numero.

Mi riferisco, appunto, all'enorme quantità di figure criminose che connota ormai l'immensa (neppure precisamente 'quantificabile'³) parte speciale del diritto penale.

Anche e proprio per il suo 'gigantismo' può oggi essere ribadito che, in effetti, la parte speciale rappresenta il 'vero e proprio diritto penale'⁴: tutt'altro che minimo; tutt'altro che *extrema ratio*.

E indubbiamente la continua proliferazione di reati costituisce importante fattore – assieme ad altri – non solo di perdita di 'legalità', ma di crescita abnorme del numero dei procedimenti penali.

E anche politiche (invero molto timide) di 'non punibilità' richiedono spesso un vaglio giudiziario che crea comunque conseguenti aggravii (spesso inutili) sul piano procedimentale.

Risulta, altresì, agevole notare come l'ampliamento del diritto penale derivi anche dagli esiti cui si perviene nella fase applicativa.

Se davvero il primato della libertà costituisce la regola, mentre il divieto penalmente sanzionato rappresenta l'eccezione, diviene difficile giustificare l'odierna dilatazione (anche 'interpretativa' dell'intervento punitivo).

Perché di questo, anzitutto, si tratta: l'attività interpretativa meritevole di riflessione è proprio quella che (in sede giurisprudenziale) comunque 'estende' il diritto penale legislativo⁵.

Sia che si operi surrettiziamente mediante il ricorso (vietato) all'analogia, sia che si operi tramite la (consentita) interpretazione estensiva, il risultato applicativo spesso consiste, appunto, nell'ampliamento delle possibilità di punizione offerte dal tipo normativo di volta in volta considerato.

Si fa ormai riferimento ad "un nuovo idolo: il diritto vivente"⁶.

Vecchie istanze riduzioniste del diritto penale vengono, così, contraddette assieme al principio di precisione che deve connotare la norma incriminatrice. Sembra essere davvero fuori tempo la (condivisibile) osservazione che rinviene nel principio di certezza del diritto

¹ Così, testualmente, PUGIOTTO (2018), p. 18.

² Già in un comunicato del 18 gennaio 2017 la Giunta UCPI ricordava, appunto, che "l'Unione delle Camere Penali italiane ha sempre sostenuto che l'aumento delle pene e la dilatazione dell'area del penalmente rilevante non costituiscono un deterrente e non aumentano la sicurezza".

³ Ed è davvero singolare riscontrare che nessuno (!) sia, infatti, in grado di indicare il numero esatto dei reati (oggi) previsti dall'immensa legislazione penale.

⁴ Tale definizione risale - com'è noto - a PISAPIA (1948) ed è stata, poi, ripresa e commentata da autorevole dottrina: vedi, per tutti, FLORA (1998); PULITANÒ (2010); CADOPPI e VENEZIANI (2012).

⁵ Anche recentemente si vuol segnalare che "la giurisprudenza ha proseguito ed anzi ha ulteriormente sviluppato quella caratteristica ormai definita gius-creativa" e "ha ulteriormente contribuito alla crisi della legalità penale" (così MANNA, Adelmo (2017), p. 37 con richiami alla letteratura in argomento).

⁶ In questi (del tutto condivisibili) termini, INSOLERA (2016).

anche l'esigenza che il sistema penale sia preciso e determinato nel suo complesso; che l'area dell'illecito penale sia contenuta e ristretta entro un numero davvero limitato di fatti legislativamente descritti e rappresentati. Invero, quanto più si infoltisce la gamma dei reati anche in chiave interpretativa, tanto meno il cittadino è posto in condizione di discernere il lecito dal penalmente illecito, nonché la stessa tipologia dei comportamenti puniti ovvero - secondo un nuovo, emergente 'canone' - di prospettarsi la 'prevedibilità' di un successivo mutamento interpretativo giurisprudenziale di tipo punitivo⁷.

Del tutto inattuale e comunque scarsamente significativa risulta, per converso, l'interpretazione analogica (ritenuta legittima) ovvero 'estensiva' nella prospettiva del *favor rei*: oggi al diritto penale si richiede, infatti, sempre maggiore punizione e ciò impone che siano bandite (deplorevoli) soluzioni ermeneutiche di 'depenalizzazione'.

Il fenomeno costituito dall'interventismo penale applicativo trova un fondamento anche nella 'incertezza' dei nuovi tipi legislativi e nella (sempre più) evidente 'precarietà' della norma incriminatrice.

Si osserva, infatti, che l'idea illuministica della legge come norma stabile, della legge come codificazione dei valori e dei principi sarebbe decisamente tramontata. La norma, anche penale, nasce come un manufatto da elaborare, da verificare: diventa sì vigente, ma viene poi affidata alla realtà pratica per il suo rodaggio. La legge nasce già come sperimentale e si affida all'inevitabile verifica pratica⁸.

Risulta, così, davvero molto delicato il rapporto tra legge (penale) e magistrato/interprete (penale) in quanto non è solo il giudice, ma - per vero - sempre più spesso il pubblico ministero e la stessa polizia giudiziaria che segnalano, già nella fase, divenuta ormai cruciale, delle indagini preliminari, i nuovi possibili canoni interpretativi ritenuti adeguati al comune sentire che non si vede trasfuso (presente) nella norma incriminatrice di volta in volta considerata.

2.

La stagione del 'diritto penale massimo': necessità e legalità della clemenza.

Se si è venuto, così, a formare una sorta di '*diritto penale massimo*'⁹, viene spontaneo nuovamente pensare, nella contrapposta prospettiva (tanto razionale, quanto necessaria) di un suo contenimento, alla '*prepotente urgenza*'¹⁰ anche di provvedimenti di clemenza¹¹.

Del resto, pure chi continua ad osservare che tali provvedimenti sono «*per definizione caratterizzati dalla rottura formale dell'uguaglianza nell'applicazione della legge*», segnala però, al contempo, anche quel «*disincantato realismo che fa leva sulla clemenza come costante possibilità di contingente correzione politica, dall'esterno, di outputs insostenibili del sistema legale*»¹².

Direi di più: piuttosto che soluzione «*sostanzialmente conservatrice*» in quanto «*modellata sul sistema esistente*»¹³, il ricorso alla clemenza determina una forte ed anticonformista 'negazione' del ruolo (soltanto) sanzionatorio del sistema penale¹⁴ concretizzando, in modo senz'altro emblematico ed immediato, l'ambizione 'riduzionistica' che, altrimenti, si vedrebbe sempre confinata a livello ideale/utopistico nel dibattito, ormai soltanto elitario e 'accademico', sulla restrizione del campo dei reati e sulla diminuzione delle pene edittali.

Le ragioni della necessità dell'amnistia sono ben note, fortemente attuali e non possono

⁷ Giustamente si osserva che "il richiamo al testo come nodo cruciale dell'interpretazione e dell'applicazione si è dissolto. Rileva la prevedibilità della decisione giudiziale sul caso concreto, e i parametri a disposizione del cittadino per prevedere quale sarà la decisione giudiziale circa la propria condotta non si esauriscono certo nel testo, ma sono eterogenei e comprendono i precedenti giurisprudenziali, il contesto normativo anche non legislativo, e perfino il sentire sociale del momento storico" (così SGUBBI (2016), p. 84). In argomento vedi, altresì, diffusamente VIGANÒ (2016), pp. 213 e ss.

⁸ In argomento si rinvia ai puntuali rilievi di SGUBBI (2016), p. 83.

⁹ Vedi, per tutti, FERRAJOLI (2014), p. 135, secondo cui il risultato dell'odierna 'deriva' punitiva è, appunto, "un diritto penale massimo, sviluppatosi fuori da qualunque disegno razionale e perciò in crisi rispetto a tutti i principi garantisti".

¹⁰ Una siffatta espressione era già contenuta nella nota '*lettera aperta*' (del 2012) intitolata, appunto, '*Una questione di prepotente urgenza sempre più prepotentemente urgente*', che si trova pubblicata, tra l'altro, nel volume a cura di CORLEONE e PUGIOTTO (2012).

¹¹ L'uso di questa locuzione, nonostante che il termine 'clemenza' sia indubbiamente legato a realtà storiche persino remote, è ancora comunemente diffuso. La 'fortuna' di questa espressione deriva semplicemente dal fatto che essa si presta a riassumere in un unico termine i distinti concetti di amnistia e di indulto: per un'illustrazione delle ragioni 'tecnico-giuridiche' che militano a favore dell'impiego del termine onnicomprensivo 'clemenza' si veda, comunque, compiutamente MANZINI (1961), p. 397.

¹² Così PULITANÒ (2006), p. 1061.

¹³ Così, testualmente, ancora PULITANÒ (2006), p. 1065.

¹⁴ L'ultimo indulto «*imprevedibilmente generoso e quasi preterintenzionale*» costituisce la «*dimostrazione più efficace dell'inutilità e del danno del carcere*»: così SOFRI (2007), p. 23.

davvero essere ragionevolmente contrastate¹⁵.

Anzitutto, essa serve per attuare immediatamente il diritto, costituzionale e convenzionale, ad un processo di durata ragionevole evitando, così, anche l'applicazione di quella pena atipica costituita dalla lunga sofferenza derivante da interminabili lungaggini processuali prima di un esito spesso favorevole: non foss'altro per il decorso del tempo correlato alla natura (il più delle volte) soltanto bagattellare dell'illecito; evenienza questa che non costituisce certo fattore di 'spinta' - appunto in ragione della modestia del reato - per lo svolgimento di un inutile rito processuale.

E la 'soluzione' del problema penale (tramite l'amnistia) non viene certo affidato a singole circolari delle più diverse autorità giudiziarie ovvero a incontrollabili prassi 'disapplicative' in ambito locale, bensì a scelte proprie e generali del legislatore¹⁶.

Sul piano strettamente tecnico-giuridico, infatti, il provvedimento di clemenza non comporta - di regola - alcuna discrezionalità, alcuna attività interpretativa in sede giurisdizionale in quanto le opzioni di politica criminale sono pressoché esclusivamente rimesse - come sempre dovrebbe essere - al potere legislativo residuando, in fase applicativa, soltanto una 'presa d'atto' di quanto normativamente statuito.

Basta considerare, al riguardo, i singoli provvedimenti di clemenza e il 'gioco' delle esclusioni oggettive e soggettive dal raggio di operatività (basato, di regola, soltanto sull'entità della 'pena edittale') della remissione sanzionatoria per comprendere come spetti, di volta in volta, proprio al legislatore la definizione della materia oggetto di intervento deflattivo¹⁷.

3.

Le 'tradizionali' (forti) ragioni dell'amnistia.

Così anche la sterile descrizione dogmatica dell'istituto tuttora offerta dalla manualistica e il riconoscimento della sua astratta fondatezza (si individuano, ad esempio, aspetti senz'altro positivi nelle varianti costituite dalla c.d. 'amnistia di giustizia', dalla c.d. 'amnistia strumentale' ovvero da quella 'pacificatrice'¹⁸) potrebbero ben riversarsi nella prassi applicativa, dando effettivo corpo ad istituti che altrimenti resterebbero soltanto sui 'libri' (cioè nella declamazione costituzionale - art. 79 - e in quella codicistica - art. 151 c.p.).

Lo stesso principio della 'difesa sociale', considerato cardine essenziale del sistema penale, viene spesso chiamato in causa per dare legittimazione all'impiego della clemenza.

Si sostiene infatti che, in determinati momenti storici, la concreta punizione di taluni fatti costituenti reato può risultare contraria alle stesse esigenze di «difesa sociale», non ravvisan-

¹⁵ Nella 'lettera aperta' (segnalata alla nota 1) giustamente si osservava che "le scelte di politica criminale dovrebbero sempre rispondere ad un progetto di riforme razionali (di cui amnistia e indulto rappresentano il necessario tassello iniziale), non agli umori variabili e suggestionabili della doxa dominante. Eppure, il silenzio generale sulla proposta di ricorrere a misure di clemenza collettiva si spiega proprio con la convinzione che una loro (anche solo) presa in considerazione tra i rimedi possibili non paghi sul piano dei sondaggi d'opinione". L'Unione delle Camere Penali ha segnalato costantemente la necessità di provvedimenti di clemenza anche in ragione della "drammatica situazione carceraria" che richiederebbe, appunto, la "emanazione di un provvedimento di clemenza, in applicazione di istituti di rilievo costituzionale come l'amnistia e l'indulto": tra i tanti, da ultimo, il comunicato della Giunta del 18 gennaio 2017. Da ultimo, giustamente si osserva come il ricorso ad istituti clemenziali può trovare conforto nello stesso art. 27 della Costituzione: v. DE VITO (2018), p. 139. Sul valore 'sistemico' del fondamento costituzionale dell'amnistia, v. ora MELCHIONDA (2018), p. 218.

¹⁶ Si veda, appunto, da ultimo il comunicato dell'Osservatorio Carcere dell'UCPI, diffuso il 10-11 febbraio 2017 all'Inaugurazione dell'anno giudiziario dei penalisti italiani, ove si rileva che talune "Procure della Repubblica decidono autonomamente di non perseguire reati che ritengono minori, con l'effetto di un beneficio a macchia di leopardo, mentre il dibattito sull'amnistia e l'indulto [il grassetto è nel comunicato] è fermo e la paralisi dei Palazzi di Giustizia e la vergogna per le nostre carceri aumenta".

¹⁷ Soltanto l'indulto può, invero, essere agevolmente reso 'inoperante' a dispetto del legislatore: ovviamente, mi riferisco al cd. 'indulto improprio' e, cioè, all'ipotesi in cui il condono viene computato in ordine ad una pena ancora da infliggere. Rispetto a reati (ritenuti) gravi, e non 'esclusi', il singolo giudice potrà infatti giovare della (normalmente) ampia escursione della pena edittale per limitare (ovvero anche per annullare) in concreto la remissione sanzionatoria: basterà, infatti, elevare il tetto della 'pena concreta' per continuare a sanzionare (come prima) il fatto (e l'autore), a dispetto - così - delle finalità dell'indulto approvato e degli intangibili casi analoghi già giudicati.

¹⁸ Vedi, al riguardo, l'approfondita indagine monografica di MAIELLO (2007); nonché MAIELLO (2014), p. 25.

dosi alcun interesse pubblico ad una reazione con strumenti sanzionatori di tipo penalistico¹⁹.

Si osserva, inoltre, come la punizione di un consistente numero di soggetti risulterebbe in contrasto con uno dei canoni fondamentali in cui può riassumersi il tradizionale concetto di *difesa sociale*: «la criminalità è violazione della legge penale ed è, come tale, il comportamento di una minoranza deviante»²⁰.

Infine: i provvedimenti di clemenza, intervenendo generalmente in ordine a fatti bagattellari ovvero a ‘reati artificiali’, non scalfiscono minimamente il nucleo centrale degli illeciti contenuti nei codici penali posti a presidio degli interessi fondamentali di ogni società confermando, così, anche la validità del *principio dell’interesse sociale e del reato naturale*²¹.

Estremamente opinabili risultano, poi, i richiami alla possibilità di incentivare – mediante la clemenza – la recidiva oppure alla possibile violazione del principio di uguaglianza.

Quanto al primo profilo, è infatti evidente che il soggetto ‘scarcerato’ (in virtù di un provvedimento di clemenza che ‘annulla’ ovvero riduce la pena) avrebbe, in tempi più o meno vicini all’approvazione dell’atto di amnistia e/o indulto, comunque lasciato l’istituzione penitenziaria (sempre ‘esponendosi’, quindi, alla possibilità di recidiva).

In ogni caso l’eventuale recidiva segnala all’evidenza il carattere criminogeno, e non certo rieducativo, del carcere.

Inoltre, ogni istituto clemenziale (anche improprio: sospensione condizionale, pene sostitutive e quant’altro) mostra la sua utilità proprio con riguardo ai soggetti che non ricadono nel reato: e un siffatto esito può esser rilevante persino nell’ipotesi di una percentuale esigua di successi ottenuti.

Quanto, poi, alla possibile ‘tensione’ con il principio di uguaglianza per le “*sperequazioni degli effetti estintivi, legati alla data di applicazione del beneficio*”²², si tratta invero di profilo inevitabilmente connesso alle scelte di politica criminale poste a base del singolo provvedimento di clemenza (atto, comunque, costituzionalmente previsto) riguardante necessariamente fatti commessi sino alla data di volta in volta individuata.

E senza dover tornare a Bentham²³ secondo cui “*nei casi in cui la pena farebbe più male che bene ... la potestà di clemenza non solo è utile, ma è necessaria*”, si possono di certo condividere taluni apprezzamenti contenuti (nonostante l’attuale ‘stagione’ del diritto criminale) anche nella più recente manualistica.

L’amnistia “*rappresenta una valvola di sicurezza con la quale è possibile fronteggiare situazioni eccezionali che richiedano di superare le ‘normali’ esigenze di repressione dei reati*” possedendo, oltretutto, tale misura assieme all’indulto la “*caratteristica di istituto di applicazione generale*”²⁴.

Senz’altro condivisibili anche i rilievi di quanti osservano che, dietro la clemenza, si può individuare un vario ed articolato ordine di ragioni che attengono al sistema penale nel suo complesso: e ciò in armonia con la polivalenza delle funzioni che la clemenza può assolvere. Ad esempio, il bisogno di amnistia, che a volte emerge nella sua dimensione di “*valvola per fronteggiare l’altissimo tasso di inflazione carceraria rispetto alla capienza degli istituti penitenziari, funge sia da surroga di mancata riforma, necessaria alla giustizia per adempiere alla sua funzione, sia da forma di decriminalizzazione surrettizia nel senso che equivale a riconoscimento della sostanziale inoffensività di quei reati che vengono appunto periodicamente amnistiati*”²⁵.

E anche la ricognizione storica (nel senso, appunto, che riguarda periodi per vero parecchio lontani) dà conto che l’amnistia “*nella prassi [costituiva] strumento di periodico sfolgimento delle*

¹⁹ I nessi esistenti tra l’istituto dell’amnistia ed il concetto di difesa sociale sono già bene illustrati in un saggio molto risalente di MARSICH (1923), p. 362, secondo il quale «*il fondamento logico e politico dell’amnistia sta nell’interesse dello Stato alla non punizione che in determinati casi prevale sull’interesse dello Stato alla punizione. C’è di semplice dimostrazione: non solo il reato costituisce una lesione sociale, ma anche la punizione, che pure è un atto di difesa sociale, costituisce una lesione sociale. La punizione del reato è una lesione sociale da vari punti di vista: anzitutto la punizione del reato offende alcuni beni fondamentali (libertà, patrimonio) iquali sono suscettibili di un apprezzamento non solo da parte dell’individuo che soffre la loro diminuzione, ma da parte dell’intera collettività che è interessata alla tutela di tali beni. Inoltre, la punizione del reato in determinati casi può essere una lesione sociale perché la lotta giudiziaria rinfocola odii, risentimenti, passioni che giova siano sopiti; perché talvolta, difendendo la società offesa col mezzo dell’intimidazione, raggiunge minore efficacia di quella che potrebbe essere raggiunta col mezzo della clemenza*».

²⁰ Così BARATTA (1975), pp. 7 e ss., definisce il principio di legalità che è uno dei concetti fondamentali su cui si basa l’ideologia della difesa sociale.

²¹ Sul punto cfr., ancora, BARATTA (1975), anche per una puntuale e diffusa illustrazione di tale principio.

²² Si tratta di osservazione formulata (tra gli altri) da MANTOVANI (2013), p. 828.

²³ E ai suoi *Traité de législation civile et penale*, Bruxelles, 1840, t. II, 24.

²⁴ Così GROSSO ET AL. (2013), p. 639.

²⁵ Così FIANDACA e MUSCO (2014), p. 826, che considerano altresì “*irrazionale l’ostilità di un’opinione pubblica eccessivamente allarmata dall’aumento [dato che, invero, non corrisponde alla realtà] della criminalità*”.

carceri, a beneficio degli autori di reati di piccola entità²⁶; compito attuale secondo quanti, appunto, osservano²⁷ che anche oggi non “*si può trascurare che l’amnistia, di fatto, può svolgere (pur se impropriamente) compiti ‘lato sensu’ deflattivi (ad esempio, sfoltendo il numero dei procedimenti penali pendenti, ovvero riducendo la presenza dei detenuti nelle carceri nei periodi di sovraffollamento)*”.

Superfluo poi rilevare che, mentre l’indulto impone comunque la celebrazione del procedimento allo scopo di accertare l’eventuale responsabilità dell’imputato (applicando, in caso di riconosciuta colpevolezza, il condono), l’amnistia ‘blocca’ invece il corso del procedimento per la sua immediata e automatica applicazione in presenza dei presupposti di legge.

E, singolarmente, taluno finisce per segnalare proprio una ‘curiosa’ diversità nel raffronto tra situazione attuale e periodi storici neppure troppo risalenti.

Infatti, si richiama (criticamente) il tempo in cui “*le proposte di amnistie, fatte sconsideratamente anche dal più esiguo numero di parlamentari, bastavano ad avviare un iter difficilmente arretrabile per le aspettative generali che si creavano, a cominciare dai carcerati*”²⁸; divenendo l’amnistia “*quasi un fatto di ‘routine’, variamente condizionando la prassi giudiziaria*”²⁹.

Tutto il contrario di quanto accade oggi: chi mai infatti proporrebbe, nell’attuale - così singolare - epoca del ‘*diritto penale massimo*’, un provvedimento di clemenza finalizzato ad ottenere benefici elettorali³⁰!

Sebbene, pur in presenza di “*sistemi penali [ormai] fuori controllo*”³¹, giustamente si osserva come la missione dei giuristi si debba sempre ispirare “*al principio guida della cautela in poena*”: e anche per tale motivo richieste di provvedimenti di clemenza sono state formulate più volte dallo stesso Pontefice³².

4. La politica criminale (anche) mediante provvedimenti di clemenza.

Sul piano della ‘politica criminale’ la storia dei provvedimenti di clemenza e, in particolare, dell’amnistia vale, poi, anche ad illustrare le linee di tendenza dell’ordinamento penale nell’opera di distinzione tra i valori ‘fondamentali’ costantemente protetti e i valori alla cui tutela (penale) si può, invece, più opportunamente rinunciare (anche) nella prospettiva di una possibile/razionale riduzione del sistema punitivo.

E può esser proprio utile occuparsi conclusivamente, per la rilevanza di tale profilo appunto nell’individuazione delle dinamiche della politica criminale, delle tecniche di cernita dei reati da affidare ai provvedimenti di clemenza.

Quanto all’amnistia, allo scopo di individuare i reati oggetto del singolo provvedimento, si ricorre generalmente a tre distinti modi di ‘selezione’ degli illeciti penali: *a)* l’enunciazione dei reati amnistiati può essere *generica* quando l’amnistia comprende tutti quei fatti punibili in astratto con pene non superiori a certi limiti massimi quantitativamente prefissati; *b)* l’enunciazione può essere, invece, *cumulativa*, nel senso che l’amnistia concerne una ampia categoria di reati contrassegnata da un denominatore comune (ad es., reati commessi per finalità politico-sindacali o dettati da un «movente politico», reati finanziari), purché le pene non siano superiori nel massimo a certi limiti; *c)* l’enunciazione può essere, infine,

²⁶ Così MARINUCCI e DOLCINI (2018), p. 454.

²⁷ Si tratta di osservazioni di CADOPPI e VENEZIANI (2015), pp. 576-577. E si segnala, giustamente, anche il connotato di arbitrarietà di talune ‘misure alternative’ all’amnistia (in tal senso MELCHIONDA (2018), p. 220)

²⁸ Così MANTOVANI (2013), p. 829.

²⁹ Così FIORE e FIORE (2016), p. 703.

³⁰ Non credo proprio vi possa essere oggi “*il rischio che la causa estintiva venga strumentalizzata, per ragioni di vario tipo (demagogiche, elettorali, colpi di spugna, ecc.)*”: si tratta di un ‘timore’ espresso da CADOPPI e VENEZIANI (2015), p. 577. Anzi il codice penale “*ha finito con il diventare oggi la ‘Magna Charta’ della politica*” in quanto “*il cittadino comune pensa che invocare più pena costituisca la soluzione e tende a valutare il comportamento dei politici sulla base della loro volontà di penalizzazione. Il mondo politico sembra aver trovato nel diritto penale non un’ultima ratio, ma un facile terreno di (apparente) soluzione di alcuni problemi del paese, non costoso, legittimante e rispondente alle domande che vengono dai cittadini*”: così VIOLANTE (2016), p. 32.

³¹ Si tratta di definizione contenuta nel discorso del Pontefice alla delegazione dell’AIDP (Sala dei Papi, 23 ottobre 2014), in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2015, 2, p. 459, con commento di EUSEBI (2015).

³² Vedi, appunto, quella espressa in occasione della ‘marcia per l’amnistia’ del 6 novembre 2016. Ma anche in precedenza il mondo cattolico si è contraddistinto per ricorrenti istanze di clemenza come, appunto, ricordato - da ultimo - anche nell’appello del Partito radicale in data 24 febbraio 2017 per la ‘*Marcia di Pasqua per l’amnistia e l’indulto*’ (indetta per il successivo 16 aprile 2017).

specifica quando l'individuazione dei reati da amnistiare si basa esclusivamente sul loro *nomen juris*³³.

La preferenza verso l'uno o l'altro criterio non è priva di conseguenze.

Se, infatti, si decide di adottare il primo criterio, la 'selezione' degli illeciti da amnistiare viene fatta dipendere *dall'entità* della sanzione e quindi, in tutta evidenza, dalle scelte precedentemente operate dal legislatore e cristallizzate in una determinata legislazione penale. Ricorrendo, cioè, ad un criterio di selezione del primo tipo, basato sull'entità della pena edit-tale, implicitamente si rinuncia ad una diversa e 'rinnovata' valutazione del disvalore di singoli reati in quanto si rimane comunque vincolati alle valutazioni precedentemente operate dal legislatore. Se, infatti, un determinato reato viene punito con una certa sanzione e il decreto di amnistia fa riferimento, per la sua applicazione, soltanto alla misura della pena edit-tale, ciò significa che non si procede ad una valutazione del grado di disvalore degli illeciti autonoma e diversa rispetto a quella già operata dai redattori della norma penale di riferimento.

In breve, e con riferimento alla nostra legislazione: il criterio, di regola adottato e costituito dal massimo edit-tale, ha finito per modellare il beneficio (fino alla sua ultima applicazione) sulle valutazioni comparative e sulle tecniche sanzionatorie in vigore all'atto del provvedimento di clemenza.

Invece, un criterio di selezione (il terzo addietro indicato) basato sul *nomen juris* dei singoli reati consente proprio di operare una cernita degli illeciti da amnistiare indipendentemente dalle conseguenze sanzionatorie ad essi (già) ricollegate, addivenendo così a valutazioni divergenti (da quelle del 'vecchio' legislatore) in ordine al disvalore delle incriminazioni oggetto del provvedimento.

Il criterio 'misto' di selezione, oltre a presentare i difetti del primo nella misura in cui vengono amnistiati taluni reati sulla base (anche) del trattamento sanzionatorio agli stessi in precedenza attribuito, si presta in certe ipotesi, e cioè quando l'individuazione concreta del 'carattere comune' dei reati viene affidata al giudice, a conseguente rilievo. Se, infatti, l'accertamento dell'elemento comune dipende non da fattori *prestabiliti* e *oggettivi*, ma da valutazioni in qualche misura discrezionali (si pensi, ad esempio, alla necessità dell'accertamento di un determinato '*movente*') la concreta portata del provvedimento di clemenza non deriva soltanto da scelte esclusive del legislatore, ma anche da una successiva valutazione in sede giurisprudenziale: affidandosi, così, la selezione dei comportamenti punibili o meno anche ad ogni possibile opzione interpretativa giudiziale.

Il ricorso ad istituti di clemenza segnala, infine, proprio l'esistenza di una legislazione penale in evidente 'tensione' con superiori valori costituzionali. Se, infatti, le norme penali fossero tutte finalizzate (con la previsione di sanzioni *adeguate* e *proporzionali*) alla tutela di valori costituzionalmente rilevanti e significativi³⁴, se la stessa pena criminale avesse come funzione principale quella di 'rieducare' il reo al rispetto dei valori (costituzionali) lesi o messi in pericolo, l'istituto dell'amnistia risulterebbe davvero peculiare rimedio per far fronte soltanto ad eventuali situazioni del tutto contingenti ed eccezionali.

Ma non ci si trova affatto in tale contesto essendo del tutto evidente il profondo *vulnus* arrecato oggi al volto del diritto penale costituzionale davvero 'sfigurato' nei suoi profili sostanziali e processuali³⁵.

E una anche (soltanto) sommaria considerazione degli ultimi provvedimenti di clemenza offre senz'altro spunti di rilievo per una conclusiva riflessione.

Il primo è pertinente alla 'costante' presenza di tali provvedimenti nella concreta declinazione delle scelte di politica criminale. Anche considerando soltanto l'ultimo 'ventennio (1970-1990) applicativo', si può notare il frequente e significativo ricorso all'amnistia; basta menzionare la sequenza a partire dal d.p.r. n. 283/70, sino a quello n. 413/78; ai successivi n. 744/81 e n. 865/86, nonché, appunto, all'ultimo n. 75/90.

Se le scelte di politica criminale in quel lungo lasso temporale³⁶ si sono attuate anche at-

³³ L'adozione di un certo criterio non esclude, ovviamente, il ricorso agli altri: può accadere, cioè, che nell'ambito dello stesso provvedimento di clemenza l'individuazione degli illeciti da amnistiare si basi, nelle singole parti, sui diversi sistemi di selezione indicati nel testo.

³⁴ Sulla concezione del reato come offesa (e, cioè, come lesione o messa in pericolo) di un valore costituzionalmente significativo vedi, per tutti, BRICOLA (1973), pp. 15 e ss.

³⁵ E si ritiene, infatti, che la clemenza senz'altro "*ammissibile in un quadro istituzionale di ispirazione liberaldemocratica si identifichi in un mezzo teleologicamente orientato, indirizzato a perseguire i medesimi fini di un "sistema penale" espressivo della situazione spirituale della Carta*": così MAIELLO (2014), p. 28.

³⁶ E non solo in quel (lungo) periodo: perché, invero, il ricorso alla 'clemenza' costituiva davvero una 'costante' della politica criminale già in epoche precedenti e, persino, nel periodo dello Stato autoritario e, cioè, anche dopo l'entrata in vigore del (nuovo) codice del 1930.

traverso provvedimenti di amnistia, vuol dire necessariamente che lo strumento adottato era di volta in volta utile a far fronte a sempre presenti esigenze deflattive (esigenze che oggi non sono affatto diminuite, ma anzi si sono notevolmente accentuate!).

Il secondo rilievo pertiene, invece, proprio alla selezione dei reati di volta in volta praticata dal legislatore.

Vi è stata, infatti, applicazione per reati: “*punibili con pena detentiva non superiore nel massimo a cinque anni di reclusione*” se commessi “*anche con finalità politiche, a causa e in occasione di agitazioni o manifestazioni sindacali o studentesche, o di agitazioni o manifestazioni attinenti a problemi del lavoro, dell’occupazione, della casa e della sicurezza sociale, e infine in occasione ed a causa di manifestazioni ad agitazioni determinate da eventi di calamità naturali*” (amnistia del 1970); quindi si è avuto riguardo ai reati sanzionati con “*una pena detentiva non superiore nel massimo a tre anni*”, ma anche ai reati con “*pena detentiva non superiore nel massimo a quattro anni ... se commessi dal minore degli anni diciotto o da chi ha superato gli anni settanta*” (decreti del 1978 e decreti del 1981): con la previsione, peraltro, di molteplici ‘esclusioni oggettive’ che palesavano l’attenzione del legislatore verso reati astrattamente rientranti (in ragione della pena edittale per gli stessi prevista) nel beneficio, ma esclusi appunto dalla amnistia sulla base di una ritenuta perdurante meritevolezza di pena a fronte della rilevanza del bene giuridico protetto.

Analoghi criteri vengono seguiti nel 1986 (*‘tre anni di pena detentiva’* come limite massimo edittale; *‘quattro anni’* per il minore degli anni diciotto e per colui che avesse compiuto 65 anni) che prevedeva, peraltro, più limitate esclusioni oggettive.

Sino all’ultimo provvedimento del 1990 ove si prevedeva un significativo ‘innalzamento’ (sino a quattro anni) della pena detentiva di riferimento, ma congiuntamente si arricchiva, in modo significativo, il catalogo delle ‘esclusioni oggettive’ tenendo appunto fuori dalla portata operativa del provvedimento tutta una (lunga) serie di reati posti a tutela di beni giuridici ritenuti comunque di rilievo per la loro valenza pubblicistica o, comunque, collettiva.

Appunto a dimostrazione ‘storico-legislativa’ del fatto che anche l’impiego della clemenza - pur con riguardo ad illeciti presidiati da pene edittali contenute - non è (può non essere) ‘indiscriminato’. E ad ulteriore, definitiva, riprova che l’uso della clemenza non è per nulla rimedio arbitrario, ma rappresenta (può rappresentare) invece strumento assolutamente idoneo a ‘immediatamente’ realizzare, in modo del tutto razionale, contingenti (e spesso proprio impellenti) esigenze di politica criminale³⁷ di un ordinamento (che voglia continuare a definirsi) civile.

Bibliografia

BARATTA, Alessandro (1975): “Criminologia liberale e ideologia della difesa sociale”, *La questione criminale*, 1.

BRICOLA, Franco (1973): “Teoria generale del reato”, *Novissimo digesto italiano*, XIX (Torino, Utet).

CADOPPI, Alberto e VENEZIANI, Paolo (2012): *Elementi di diritto penale, Parte speciale* (Padova, Cedam).

CADOPPI, Alberto e VENEZIANI, Paolo (2015): *Elementi di diritto penale. Parte generale* (Vicenza, Cedam).

CORLEONE, Franco e PUGIOTTO, Andrea (2012): *Il delitto della pena* (Roma, Ediesse).

³⁷ Si segnala giustamente “l’insufficienza politico-criminale della non punibilità “ordinaria” a corrispondere alle esigenze di tutela che stanno a fondamento di una clemenza “ragionevole” sul piano politico-criminale: la prima è destinata, invero, a veicolare giudizi di immeritevolezza e/o inopportunità di pena in rapporto a ‘tipi ipotetici’ di fatti ‘generali e astratti’; la seconda riflette il bisogno di sottrarre al corso “normale” della giustizia penale “microfenomeni” composti da fatti “tipici” già commessi che, per ragioni varie, appaiono collocabili nella zona dell’inutilità funzionale della pena così ricostruita in rapporto a compiti di prevenzione integratrice di matrice strutturale/funzionale e non funzionalistico/sistematica”: così MAIELLO (2014), p. 26.

- DE VITO, Riccardo (2018): “La clemenza e l’amministrazione della giustizia penale”, *Costituzione e clemenza*.
- EUSEBI, Luciano (2015): “Cautela in poena”, *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 2.
- FERRAJOLI, Luigi (2014): “Cos’è il garantismo”, *Criminalia*.
- FIANDACA, Giovanni e MUSCO, Ezio (2014): *Diritto penale. Parte generale* (Bologna, Zanichelli).
- IORE, Carlo e IORE, Stefano (2016): *Diritto penale. Parte generale* (Vicenza, Utet).
- FLORA, Giovanni (1998): *Manuale per lo studio della parte speciale del diritto penale* (Padova, Cedam).
- GROSSO, Carlo, PELISSERO, Marco, PETRINI, Davide e PISA, Paolo (2013): *Manuale di diritto penale, Parte generale* (Milano, Giuffrè).
- INSOLERA, Gaetano (2016): “Dall’imprevedibilità del diritto all’imprevedibilità del giudizio”, *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 4.
- MAIELLO, Vincenzo (2007): *Amnistia e indulto. Dall’indulgentia principis all’idea dello scopo* (Napoli, Esi).
- MAIELLO, Vincenzo (2014): “La storia della clemenza dall’indulgentia principis all’idea dello scopo”, *La difficile clemenza, Atti del Convegno ‘Diritto penale, carcere e clemenza (nel ricordo di Franco Bricola, vent’anni dopo)*, Jus17, 2.
- MANNA, Adelmo (2017): *Il lato oscuro del diritto penale* (Pisa, Pacini).
- MANTOVANI, Ferrando (2013): *Diritto penale* (Padova, Cedam).
- MANZINI, Vincenzo (1961): *Trattato di diritto penale italiano* (Torino, Utet).
- MARINUCCI, Giorgio e DOLCINI, Emiliano (2018): *Manuale di diritto penale. Parte generale* (Milano, Giuffrè).
- MARSICH, P (1923): “L’obiettività giuridica dell’amnistia”, *La Scuola positiva*.
- MELCHIONDA, Alessandro (2018): “Il ruolo dell’amnistia nell’equilibrio costituzionale del sistema sanzionatorio penale”, *Costituzione e clemenza*.
- PISAPIA, Gian Domenico (1948): *Introduzione alla parte speciale del diritto penale* (Milano, Giuffrè).
- PUGIOTTO, Andrea (2018): “Per un rinnovato statuto costituzionale della clemenza collettiva”, in ANASTASIA, Stefano, CORLEONE, Franco e PUGIOTTO, Andrea (editor): *Costituzione e clemenza. Per un rinnovato statuto di amnistia e indulto* (Roma, Ediesse).
- PULITANÒ, Domenico (2006): “Seduzioni e costi della clemenza”, *Diritto penale e processo*, 4.
- PULITANÒ, Domenico (2010): *Introduzione alla parte speciale del diritto penale* (Torino, Giappichelli).
- SGUBBI, Filippo (2016): “Osservando oggi il diritto penale: brevi riflessioni”, in AA.VV.: *Scritti in onore di Luigi Stortoni* (Bologna, BUP).
- SOFRI, Adriano (2007): “Nota”, in GRANDE, Elisabetta (editor): *Il terzo strike. La prigione in America* (Palermo, Sellerio).

VIGANÒ, Francesco (2016): “Il principio di prevedibilità della decisione giudiziale in materia penale”, in AA.VV.: *La crisi della legalità. Il sistema vivente ‘delle fonti penali’* (Napoli, Esi).

VIOLANTE, Luciano (2016): “La crisi del giudice “bocca della legge” e l’emergere di nuove concezioni di ruolo giudiziario”, in GUARNIERI, Carlo, INSOLERA, Gaetano e ZILLETTI, Lorenzo (editor): *Anatomia del potere giudiziario. Nuove concezioni, nuove sfide* (Roma, Carocci).



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>