

Le ragioni della clemenza nell'epoca del 'diritto penale massimo'

Opinioni

NICOLA MAZZACUVA

SOMMARIO: 1. Pena carceraria e provvedimenti di clemenza. – 2. Pena editale e pena concretamente applicata. – 3. L'incremento dei reati: diritto penale legislativo e diritto penale giurisprudenziale. – 4. 'Diritto penale massimo': la necessità e la legalità della clemenza. – 5. Le 'tradizionali' (forti) ragioni dell'amnistia. – 6. La politica criminale (anche) mediante provvedimenti di clemenza.

1. Pena carceraria e provvedimenti di clemenza.

Mediante una *'lettera aperta'*¹, indirizzata qualche anno fa (e, precisamente, nel giugno del 2012) al Presidente della Repubblica, numerosi docenti di diritto costituzionale, diritto penale e procedura penale – nonché altri rappresentanti, a vario titolo, di enti istituzionali – richiedevano l'approvazione urgente di *'misure deflattive capaci di creare le condizioni di partenza per adeguate riforme'* in grado di incidere sulla realtà carceraria e, cioè, proprio sulla fase di esecuzione della pena detentiva ritenuta in aperto contrasto con la funzione rieducativa predicata da superiori principi costituzionali.

E si richiedeva, in particolare, di far immediato ricorso a due istituti previsti dalla Costituzione: appunto l'amnistia e l'indulto contemplati nell'art. 79 della Carta fondamentale, ma che si segnalava essere *"ormai banditi dal vocabolario della politica"*.

In effetti, l'ultima amnistia risaliva (e continua ad essere risalente) al 1990, mentre l'indulto lo si considerava *"marchiato a vita nel dibattito pubblico"* venendo indicato, dopo la

¹ La si trova pubblicata, tra l'altro, nell'appendice al volume (a cura di) CORLEONE, PUGIOTTO, *Il delitto della pena*, Roma, 2012, nonché in *Jus* 17, 2012, 33.

legge del 2006, “*a torto e con deliberata menzogna come un provvedimento criminogeno da parte di quelle stesse forze politiche che lo avevano approvato*”. Assunto ritenuto errato proprio in quanto – si osservava – i “*dati ministeriali ... attestavano che il tasso di recidiva tra i condannati indultati era risultato di molto inferiore a quello dei detenuti che scontano interamente la loro pena dietro le sbarre*”².

Fece seguito – com’è noto – il messaggio presidenziale (in data 8 ottobre 2013) in cui il Parlamento veniva invitato proprio a “*considerare l’esigenza di rimedi straordinari*” quali, appunto, amnistia e indulto a fronte di “*precisi obblighi di natura costituzionale e all’imperativo – morale e giuridico – di assicurare un civile stato di governo della realtà carceraria*”.

Ovviamente nessuna risposta all’appello dei giuristi e del Presidente; nessun ricorso agli istituti di cui si invocava l’adozione.

Nonostante che pure nella più recente manualistica si riscontri, sempre più frequentemente, proprio l’immediato riferimento alla ‘pena’ come argomento centrale e davvero ‘critico’ dell’odierna questione criminale. Aniché seguire la più tradizionale esposizione che muove dai principi e dagli istituti penalistici attinenti al ‘reato’, la riflessione di numerosi autori di opere destinate già alla (prima) informazione didattica si sofferma oggi, infatti, anzitutto proprio sulla disamina delle ragioni giustificatrici e delle finalità della ‘pena carceraria’.

Vi è, ad esempio, chi autorevolmente osserva (proprio all’esordio del manuale) come “*la storia della pena è una continua abolizione*”. Si riprende, così, un celebre detto di un grande storico del diritto – Rudolf von Jhering – osservandosi che una siffatta tendenza segnala, appunto, come “*la pena detentiva ha via via tolto spazio alle inumane pene del passato, fino all’abolizione totale della pena di morte in molti paesi*” mantenendo, però, il carcere un “*carico di sofferenza*”³.

E studiosi altrettanto autorevoli hanno di recente dedicato proprio l’intero ciclo di lezioni alla ‘pena carceraria’ che ha finito, poi, per costituire oggetto di apposita monografia⁴.

Rilevandosi significativamente come la locuzione ‘pena carceraria’ sia del tutto ignota al nostro sistema normativo in quanto, appunto, non si parla di carcere in nessuna disposizione codicistica e neppure nell’ordinamento penitenziario; appunto in quelle norme (contenute nella legge del 1975 e successive modifiche) che regolano proprio l’esecuzione della pena detentiva.

Si conviene, poi, sul carattere baricentrico della pena detentiva ovvero – con espressione financo più efficace – sull’essere il diritto penale tuttora fondamentalmente ‘carcerocentrico’.

² Le parti riportate in corsivo nel testo costituiscono, appunto, affermazioni contenute nella lettera aperta menzionata nella precedente nota.

³ In questi termini MARINUCCI, DOLCINI, *Manuale di diritto penale, Parte generale*, Milano, 2015, 3.

⁴ PADOVANI, *La pena carceraria*, Pisa, 2014.

Osservandosi, peraltro, che la risposta carceraria, per quanto ineludibilmente baricentrica nel sistema penale, è anche una pena scandalosa: *‘è una pena che soprattutto in Italia ... ha da tempo superato la soglia dello scandalo.*

Che significa scandalo? Scandalo è tutto ciò che suscita reazione di sdegnata meraviglia per l'assurdità del suo stesso accadere e per l'apparente impossibilità che ciò che è accaduto accada davvero. In effetti, le espressioni che ormai – anche nel linguaggio delle autorità che a diverso titolo e con diverse competenze si occupano del carcere – vengono utilizzate per descrivere la situazione delle nostre istituzioni penitenziarie è quella di maltrattamenti, illegalità, tortura.

Sostanzialmente si fa perno sulla constatazione che il carcere realizza una situazione di fatto che è in contrasto con tutti i parametri normativi dettati per disciplinarla. Il carcere è, quindi, un luogo di sistematica violazione della legge: il che, considerando che si tratta del baricentro del sistema penale, è una nota inquietante. Ciò significa che il diritto penale poggia su un dato che di per sé rappresenta una violazione sistematica della legalità e il capovolgimento lascia un po' interdetti”⁵.

2. Pena edittale e pena concretamente applicata.

Ciononostante si assiste, da ultimo, proprio ad una nuova rincorsa verso la pena carceraria.

Un diffuso incremento delle pene edittali connota, invero, le soluzioni oggi prescelte dalla ‘politica’ sempre bisognosa di ottenere (già ovvero soltanto) per questa via consenso ‘popolare’. E i nuovi (più elevati) moduli sanzionatori provocano necessariamente ulteriori applicazioni di pena carceraria: sia quale custodia preventiva, sia quale pena definitiva.

Altro che progetti ovvero proposte di eliminazione della pena carceraria perpetua (ergastolo); altro che progetti (basta ricordare il cd. ‘Progetto Grosso’ del 2000) di riduzione dei ‘massimi’ delle pene detentive così come delineati nel codice Rocco: sistema normativo evidentemente ritenuto oggi financo ‘mite’ nelle commisurazioni edittali della pena tanto da imporre – nei più diversi settori oggetto di recenti riforme legislative – soluzioni *‘in pejus’* connotate, appunto, dall’innalzamento dei limiti (minimi e massimi) del trattamento sanzionatorio.

Soprattutto negli ultimi anni il legislatore è intervenuto in modo apertamente strumentale a contingenti declinazioni politiche della questione criminale.

⁵ Così, testualmente, PADOVANI, *op. cit.*, 15. Nella ricca bibliografia in argomento, mi limito a segnalare, da ultimo, COLOMBO, DAVIGO, *La tua giustizia non è la mia. Dialogo tra due magistrati in perenne disaccordo*, Milano, 2016, che riporta (nell'ultima di copertina) la significativa presa d'atto del primo Autore il quale afferma: *“a mio parere il carcere, così come lo intendiamo e lo applichiamo, invece di essere una misura utile, è dannosa”*. Proprio in questi giorni, del resto, i principali quotidiani (vedi, ad es., Il Messaggero: *‘Si impicca in cella: non doveva essere lì;* Corriere della Sera, ed Roma: *‘Giovane suicida. Troppi detenuti a Regina Coeli;* Il Tempo: *‘Ma la piaga è il sovraffollamento’*) del 26 febbraio 2017 danno notizia dell'ennesimo suicidio in carcere evidenziando il perdurante ‘sovraffollamento’ degli istituti penitenziari.

Sulla questione dello ‘spazio minimo vitale’ per i detenuti vedi, da ultimo, Cass., Sez. I, 13 dicembre 2016, n. 528190.

Qualcuno ha parlato di recente, in modo efficace, di *'pene elettorali'* riferendosi all'impronta sempre maggiormente punitiva che ha connotato e contraddistingue i manifesti programmatici dei più diversi schieramenti politici, messi continuamente alla prova dalle ricorrenti tornate elettorali: e la materia penale costituisce ormai uno dei migliori prodotti da offrire al pubblico al momento del voto.

In ambito dogmatico si parla a ragione di un diritto penale che ormai vive *'un rapporto nevrotico con il sistema politico'*: ciò in quanto l'impiego del diritto penale viene, appunto, ormai sempre modellato in chiave 'populista' per ottenere facile consenso, piuttosto che essere ispirato ad istanze razionali di politica criminale.

Soluzioni orientate ad una maggiore punizione contraddistinguono ormai anche il diritto penale applicato nel momento di commisurazione della pena.

La 'pena concreta' ha costituito, invero, proprio l'ultimo bastione della resistenza giurisprudenziale alle spinte irrazionali mosse dall'allarme sociale (indotto o reale) rispetto ai più diversi illeciti. Forse condizionata anche dalla dottrina penalistica e dagli studi criminologici, che non hanno mai mancato di segnalare limiti e vizi (anche molto gravi) della pena detentiva, la magistratura è stata spesso abbastanza cauta nella determinazione della misura dell'effettiva sanzione da applicare.

È stata abbastanza cauta, per l'appunto.

Credo, purtroppo, che l'avvitamento repressivo si stia producendo oggi anche in ordine all'entità concreta della pena (di volta in volta) inflitta. Si criticano, e persino si processano, i cattivi "punitori" (cioè i magistrati 'responsabili' di non aver inflitto pene severe), di modo che risulta sempre più difficile (giuridicamente/politicamente) anche per il giudice seguire soluzioni dettate da un approccio razionale o scientifico divenendo, invece, sempre più 'facile' assecondare le più diverse istanze di maggiore severità punitiva.

3. L'incremento dei reati: diritto penale legislativo e diritto penale giurisprudenziale.

Anche 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 incriminatrici⁶ 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') parte speciale del diritto penale.

⁶ In un recente comunicato (in data 18 gennaio 2017) della Giunta UCPI si ricorda, 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"*.

Anche e proprio per il suo 'gigantismo' può oggi essere ribadito che, in effetti, la parte speciale rappresenta il '*vero e proprio diritto penale*'⁷: 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 legislativo⁸.

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*"⁹.

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 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 punitivo¹⁰.

⁷ Tale definizione risale – com'è noto – a PISAPIA, *Introduzione alla parte speciale del diritto penale*, Milano, 1948 ed è stata, poi, ripresa e commentata da autorevole dottrina (vedi, per tutti, FLORA, *Manuale per lo studio della parte speciale del diritto penale*, vol. 1, Padova, 1998; PULITANÒ, *Introduzione alla parte speciale del diritto penale*, Torino, 2010; CADOPPI, VENEZIANI, *Elementi di diritto penale, Parte speciale*, IV ed., Padova, 2012).

⁸ 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, *Il lato oscuro del diritto penale*, Pisa, 2017, 37 con richiami alla letteratura in argomento).

⁹ In questi (del tutto condivisibili) termini, INSOLERA, *Dall'imprevedibilità del diritto all'imprevedibilità del giudizio*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2016, 2001.

¹⁰ 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 giurispru-*

Del tutto inattuale e comunque scarsamente significativa risulta, per converso, l'interpretazione analogica (senz'altro 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 pratica¹¹.

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.

4. 'Diritto penale massimo': la necessità e la legalità della clemenza.

Se si è venuto, così, a formare una sorta di '*diritto penale massimo*'¹², viene spontaneo nuovamente pensare, nella contrapposta prospettiva (tanto razionale, quanto necessaria) di un suo contenimento, alla '*prepotente urgenza*'¹³ anche di provvedimenti di clemenza¹⁴.

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, nel contempo, anche quel «*disincantato realismo che fa leva sulla clemenza come*

denziali, il contesto normativo anche non legislativo, e perfino il sentire sociale del momento storico" (così SGUBBI, *Osservando oggi il diritto penale: brevi riflessioni*, in *Scritti in onore di Luigi Stortoni*, Bologna, 2016, 84). In argomento vedi, altresì, diffusamente VIGANÒ, *Il principio di prevedibilità della decisione giudiziale in materia penale*. in AA.VV., *La crisi della legalità. Il sistema vivente 'delle fonti penali'*, Napoli, 2016, 213 e seguenti.

¹¹ In argomento si rinvia ai puntuali rilievi di SGUBBI, *op. cit.*, 83.

¹² Vedi, per tutti, FERRAJOLI, *Cos'è il garantismo*, in *Criminalia*, 2014, 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".

¹³ Una siffatta espressione era già contenuta nella già menzionata '*lettera aperta*' intitolata appunto: '*Una questione di prepotente urgenza sempre più prepotentemente urgente*'.

¹⁴ 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 omnicomprensivo 'clemenza' si veda, comunque, compiutamente MANZINI, *Trattato di diritto penale italiano*. IV ed., vol. III, a cura di NUVOLONE, Torino, 1961, 397.

*costante possibilità di contingente correzione politica, dall'esterno, di outputs insostenibili del sistema legale*¹⁵.

Direi di più: piuttosto che soluzione «sostanzialmente *conservatrice*» in quanto «*modellata sul sistema esistente*»¹⁶, il ricorso alla clemenza determina una forte ed anticonformista 'negazione' del ruolo (soltanto) sanzionatorio del sistema penale¹⁷ concretizzando, in modo senz'altro emblematico ed immediato, l'ambizione 'riduzionistica' che, altrimenti, si vedrebbe sempre confinata a livello ideale/utopistico nel dibattito, soltanto elitario e 'scientifico', 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 davvero essere ragionevolmente contrastate¹⁸.

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 legislatore¹⁹.

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, soltan-

¹⁵ Così PULITANÒ, "Seduzioni" e costi della clemenza, in *Dir. pen. proc.*, 2006, 1061.

¹⁶ Così, testualmente, ancora PULITANÒ, *op. ult. cit.*, 1065.

¹⁷ L'ultimo indulto «*imprevedibilmente generoso e quasi preterintenzionale*» costituisce la «*dimostrazione più efficace dell'inutilità e del danno del carcere*»: così SOFRI, *Nota*, in GRANDE, *Il terzo strike. La prigione in America*, Palermo, 2007, 23.

¹⁸ 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.

¹⁹ 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*».

to 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 deflattivo²⁰.

5. 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 soltanto positivi nelle varianti costituite dalla c.d. '*amnistia di giustizia*', dalla cd. '*amnistia strumentale*' ovvero da quella '*pacificatrice*'²¹) potrebbero ben riversarsi nella prassi applicativa, dando effettivo corpo ad istituti che altrimenti resterebbero soltanto sul '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 ravvisandosi alcun interesse pubblico ad una reazione con strumenti sanzionatori di tipo penalistico²².

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»²³.

²⁰ 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.

²¹ Vedi, al riguardo, l'approfondita indagine monografica di MAIELLO, *Amnistia e indulto. Dall'indulgentia principis all'idea dello scopo*, Napoli, 2007; nonché dello stesso A., *La storia della clemenza dall'indulgentia principis all'idea dello scopo*, in *La difficile clemenza, Atti del Convegno 'Diritto penale, carcere e clemenza (nel ricordo di Franco Bricola, vent'anni dopo)*, in *Jus17*, n. 2/2014, 25.

²² 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, *L'obiettività giuridica dell'amnistia*, in *La Scuola positiva*, 1923, 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. Ciò 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) i quali 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».

²³ Così BARATTA, *Criminologia liberale e ideologia della difesa sociale*, in *La questione criminale*, 1975, 7 ss., definisce il principio di legalità che è uno dei concetti fondamentali su cui si basa l'ideologia della difesa sociale.

Infine: i provvedimenti di amnistia, 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*²⁴.

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 "*sperquazioni degli effetti estintivi, legati alla data di applicazione del beneficio*"²⁵, 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 Bentham²⁶ 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*"²⁷.

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

²⁴ Sul punto cfr., ancora, BARATTA, *op. cit.*, *passim*, anche per una puntuale e diffusa illustrazione di tale principio.

²⁵ Si tratta di osservazione formulata (tra gli altri) da MANTOVANI, *Diritto penale*, Padova, 2013, 828.

²⁶ E ai suoi *Traité de législation civile et penale*, Bruxelles, 1840, t. II, 24.

²⁷ COSÌ GROSSO, PELISSERO, PETRINI, PISA, *Manuale di diritto penale, Parte generale*, Torino, 2013, 639.

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*”²⁸.

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 carceri, a beneficio degli autori di reati di piccola entità*”²⁹; compito attuale secondo quanti, appunto, osservano³⁰ 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 arrestabile per le aspettative generali che si creavano, a cominciare dai carcerati*”³¹; divenendo l’amnistia “*quasi un fatto di ‘routine’, variamente condizionando la prassi giudiziaria*”³².

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 elettorali³³!

Sebbene, pur in presenza di “*sistemi penali [ormai] fuori controllo*”³⁴, giustamente si osserva come la missione dei giuristi si debba sempre ispirare “*al principio guida della*

²⁸ Così FIANDACA, MUSCO, *Diritto penale. Parte generale*, Bologna, 2014, 826, che considerano altresì “*irrazionale l’ostilità di un’opinione pubblica eccessivamente allarmata dall’aumento [dato che, invero, non corrisponde alla realtà] della criminalità*”.

²⁹ Così MARINUCCI, DOLCINI, *op. cit.*, 413.

³⁰ Si tratta di osservazioni di CADOPPI, VENEZIANI, *Elementi di diritto penale. Parte generale*, Vicenza, 2015, 576-77.

³¹ Così MANTOVANI, *Diritto penale*, cit., 829.

³² Così FIORE, *Diritto penale. Parte generale*, Vicenza, 2016, 703.

³³ Non credo proprio vi possa essere oggi “*il rischio che la causa estintiva venga strumentalizzata, per ragioni di vario tipo (demagogiche, elettorali, ecc.)*”: si tratta di un ‘timore’ espresso da CADOPPI, VENEZIANI, *op. cit.*, 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, *La crisi del giudice “bocca della legge” e l’emergere di nuove concezioni di ruolo giudiziario*, in (a cura di) GUARNIERI, INSOLERA, ZILLETTI, *Anatomia del potere giudiziario. Nuove concezioni, nuove sfide*, Roma, 2016, 32.

³⁴ 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, 459, con commento di EUSEBI, “*Cautela in poena*”.

cautela in poena": e anche per tale motivo richieste di provvedimenti di clemenza sono state formulate più volte dallo stesso Pontefice³⁵.

6. 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 quelli 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, *specificata* quando l'individuazione dei reati da amnistiare si basa esclusivamente sul loro *nomen juris*³⁶.

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 edittale, 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

³⁵ 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 una nuova iniziativa: la '*Marcia di Pasqua per l'amnistia e l'indulto*' indetta per il prossimo 16 aprile 2017.

³⁶ 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.

misura della pena edittale, 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 edittale, 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 ammistare 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 significativi³⁷, 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 processuali³⁸.

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

³⁷ Sulla concezione del reato come offesa (e, cioè, come lesione o messa in pericolo) di un valore costituzionalmente significativo vedi, per tutti, BRICOLA, *Teoria generale del reato*, in *Novissimo digesto italiano*, vol. XIX, Torino, 1973, 15 ss.

³⁸ 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, *La storia*, cit., 28).

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 temporale³⁹ si sono attuate anche attraverso 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

³⁹ 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.

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 criminale⁴⁰ di un ordinamento (che voglia continuare a definirsi) civile.

⁴⁰ 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 ‘generalisti 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/sistemica” (COSÌ MAIELLO, *La storia*, cit., 26).