

# L'EPOCA DELLA STRARIPANTE 'OVERCRIMINALIZATION': UN POSSIBILE (IMMEDIATO) RIMEDIO

*Nicola Mazzacava*



**Sommario:** 1. Il singolare 'distacco' in materia penale tra principi fondamentali di elaborazione scientifica e (attuale) sistema punitivo. - 2. Il 'diritto penale massimo' e la sua continua espansione. - 3. L'estensione interpretativa/giurisprudenziale del diritto penale legislativo. - 4. La violazione dei principi fondamentali e l'abbandono di ogni lettura 'integrata' del diritto penale. - 5. L'attuale necessità del ricorso ad istituti previsti nel codice e nella Costituzione al fine di evitare applicazioni ingiuste nel diritto penale massimo. - 6. Le tradizionali (forti) ragioni degli istituti di clemenza. - 7. La politica criminale (anche) mediante provvedimenti di clemenza e le possibili tecniche di selezione degli illeciti.

## **1. Il singolare 'distacco' in materia penale tra principi fondamentali di elaborazione scientifica e (attuale) sistema punitivo.**

Costituisce criterio generalmente riconosciuto quello che porta ad orientare la disciplina giuridica di ogni attività di rilievo sociale sulla base del sapere scientifico via via affermatosi nei singoli settori di riferimento. Le indicazioni di volta in volta fornite dagli esperti rappresentano, invero, il fondamento primario di ogni intervento normativo affidato al legislatore ovvero al soggetto istituzionale comunque deputato ad occuparsi delle più diverse regolamentazioni positive in attuazione dei canoni elaborati in ambito scientifico.

Si può convenire che anche nel settore penale il pensiero degli studiosi abbia orientato – quantomeno da Beccaria in poi – le scelte del legislatore nella costruzione di un ordinamento rispettoso di taluni basilari principi delimitativi della potestà punitiva. Si sono venute, così, a “cristallizzare acquisizioni basilari di ogni sistema penale moderno e contemporaneo; i principi e le garanzie del pensiero liberale-illuministico costituiscono punti imprescindibili di riferimento, come brillantemente è stato affermato adattando la nota asserzione di Croce, ‘perché non possiamo non dirci liberali’”<sup>[1]</sup>. I valori e i postulati del ‘diritto penale liberale’ vengono a coincidere, sostanzialmente, con quelli del ‘garantismo’, che può essere considerato un’evoluzione e un precipitato tecnico dell’ideologia liberale applicata al diritto penale<sup>[2]</sup>.

Persino nel periodo dello Stato autoritario il nuovo codice penale (espressione del regime appena affermatosi) conteneva, proprio nelle sue norme di parte generale, ben note previsioni di limitazione e garanzia a tutela del ‘suddito’, nonché la disciplina di istituti (ad. es., amnistia, indulto e prescrizione) comunque orientati ad una possibile eliminazione ovvero riduzione delle conseguenze penali di un fatto (pur) previsto come reato.

E dopo la caduta di quel regime, la dottrina penalistica italiana dell’epoca rivendicò la propria opera svolta a salvaguardia dei principi fondamentali, riconosciuti appunto ormai come assolutamente basilari in ambito scientifico<sup>[3]</sup>.

Principi affermati, poi, nella Carta fondamentale rappresentando, così, esito davvero significativo della prima approfondita lettura costituzionalmente orientata<sup>[4]</sup> del diritto penale quello volto a segnalare la ‘superiore’ esigenza di una limitazione dell’ordinamento punitivo. Successive indagini hanno puntualmente sottolineato che proprio nell’apparente «insufficienza» sta «la vera ‘forza’ del diritto penale, il suo irrinunciabile ancoraggio garantista» completato «dal collegamento con la dogmatica del bene giuridico: tutela selettiva di

beni individuali protetti soltanto da modalità di lesioni 'qualificate', 'tipiche' e 'tassative'[5], denunciandosi già da tempo l'ipertrofia del diritto penale e la necessità di una decriminalizzazione dei reati bagatellari[6].

Secondo quanto veniva, poi, declinato da altra autorevole dottrina «l'obiettivo politico principale dell'approccio costituzionalistico» consisteva «nella riduzione dell'area penalmente rilevante in vista dell'attuazione del principio di *extrema ratio*: tutti i vincoli che esso ha inteso porre all'attività del Parlamento - pericolo concreto, beni di rilevanza costituzionale, tassatività, riserva assoluta di legge, colpevolezza, abolizione delle contravvenzioni - erano fondati sull'esigenza di giustificare il principio di sussidiarietà, di rendere operativo quel disegno politico»[7].

Così, un diritto penale costituzionalmente orientato può, in effetti, essere considerato «un diritto penale razionale» in quanto «si radica nell'esigenza di una delimitazione 'critica' dell'autorità punitiva»[8].

E non è certo passata inosservata nell'ambito del dibattito dottrinale[9] la nuova disposizione introdotta nell'art. 3-bis ('Principio della riserva di codice', aggiunto con dlgs. n. 21 del 1 marzo 2018) del Libro primo, Titolo primo ('Della legge penale') del Codice; norma, invece, completamente negletta in ambito politico ove, attualmente, istanze di garanzia ovvero di effettiva (significativa) 'riduzione/delimitazione/concentrazione' del sistema punitivo sono pressochè completamente inesistenti.

Nella relazione al dlgs. n. 21/18 (che ha appunto introdotto, nella parte generale del Codice, l'art. 3 bis) si segnalava l'importanza di «una norma di principio che riserva al codice un ruolo propulsivo di un processo virtuoso che ponga freno alla proliferazione della legislazione penale, rimettendo al centro del sistema il codice penale e ponendo le basi per una futura riduzione dell'area dell'intervento punitivo».

Va peraltro osservato - come veniva sempre sottolineato nella stessa Relazione - che «una disposizione sulla riserva di codice inserita nel codice penale e non nella Costituzione costituisce un argine alquanto labile all'espansione poco meditata del diritto penale, trattandosi di norma ordinaria e non di rango costituzionale; ma è pur vero che, inserita nella parte generale del codice penale, si eleva a principio generale di cui il futuro legislatore dovrà necessariamente tenere conto, spiegando le ragioni del suo eventuale mancato rispetto».

E, in effetti, si è autorevolmente sostenuta persino la «necessità di una lettura 'costituzionalmente orientata' dell'art. 3-bis c.p., nel senso che la *riserva di codice* non "esprime" semplicemente, ma "legifica" - conferendo a essi la *forma* di legge, ma anche il *contenuto* giuridico *minimo*, necessari perché esistano in un determinato

campo applicativo - i *principi di legalità-determinatezza e di ultima ratio* rispetto (non al sistema sanzionatorio, al rapporto con lesanzioni amministrative, alle clausole generali etc., ma) alla "*costruzione del sistema*" penale: il primo (*determinatezza e legalità-riconoscibilità*), perché un sistema decodificato e acefalo ("decostruito") produce incoerenza, particolarismo giuridico, irriconoscibilità e inaccessibilità delle regole, violando in definitiva la sufficiente determinatezza e il requisito della riconoscibilità dei precetti; il secondo (*ultima ratio*), perché la decodificazione è un moltiplicatore di fattispecie oltre la necessità, causando quell'inflazione di sistema che è l'opposto del diritto penale come *extrema ratio*»<sup>[10]</sup>.

Occorre sempre sottolineare la stretta relazione esistente tra precetto penale (reato) e conseguenze sanzionatorie della sua violazione (pena) e va senz'altro apprezzato il criterio posto a base già della delega legislativa secondo cui l'attuazione, sia pure tendenziale, del principio della riserva di codice nella materia penale va realizzata «al fine di una migliore conoscenza dei precetti e delle sanzioni e quindi *dell'effettività della funzione rieducativa della pena*, presupposto indispensabile perché l'intero ordinamento penitenziario sia pienamente conforme ai principi costituzionali»<sup>[11]</sup>.

## 2. Il 'diritto penale massimo' e la sua continua espansione.

Considerando, però, la situazione attuale della 'legalità penale' si può senz'altro convenire sul fatto che il nostro sistema positivo risulta sempre più sommerso da un'incontrollabile moltitudine di norme incriminatrici - evidenziando, così, un singolare (e netto) contrasto con le diverse acquisizioni/indicazioni scientifiche del tutto dominanti<sup>[12]</sup> - che rende impossibile non solo conoscere tutti i reati 'legalmente' previsti, ma financo calcolarne l'esatto numero<sup>[13]</sup>.

Mi riferisco, appunto, all'enorme quantità di figure criminose che connota ormai l'immensa (neppure precisamente 'quantificabile': il che risulta davvero incredibile e allarmante) parte speciale del diritto penale.

Davvero molto interessante ed approfondita risulta, da ultimo, un'ampia e documentata indagine, dal titolo immediatamente 'provocatorio'<sup>[14]</sup>, ove si esaminano puntualmente gli esiti attuali del processo definito di '*overcriminalization*': esiti che non è possibile qui (neppure sinteticamente) riassumere.

Anche e proprio per il suo 'gigantismo' può essere ribadito che, in effetti, la parte speciale rappresenta il '*vero e proprio diritto penale*':<sup>[15]</sup> tutt'altro che minimo; tutt'altro che *extrema ratio*.

Senza, poi, considerare ora le possibili ricadute sull'ordinamento punitivo domestico anche della competenza penale dell'Unione europea: sia di quella 'autonoma', che trova il suo fondamento nell'art. 83.1 TFUE (che attribuisce al Parlamento europeo e al Consiglio la possibilità di prevedere norme minime relative ai reati e alle sanzioni concernenti le gravi forme di criminalità transfrontaliera), sia di quella 'accessoria' ai sensi dell'art. 83.2 TFUE ove si stabilisce che, sempre tramite direttive, possano essere introdotte norme minime relative alle definizioni dei reati e delle sanzioni nei settori oggetto di misure di armonizzazione.

Ed anche la giurisprudenza sovranazionale, a partire da una nota sentenza della Corte di Giustizia (pronunciata il 13.9.2005), ritiene ormai l'esistenza di un 'obbligo di tutela penale' nei confronti degli Stati membri; infatti, pur ribadendo l'assenza di competenza dell'Unione europea in materia penale (sostanziale e procedurale), la Corte ha comunque – ad esempio – affermato che il legislatore europeo sia abilitato ad *"adottare provvedimenti in relazione al diritto penale degli stati membri ... necessari a garantire la piena efficacia delle norme che emana in materia di ambiente"*. Inoltre, le fonti europee possono prevedere un obbligo di tutela mediante l'adozione da parte degli stati membri di una *'sanzione adeguata'*, nonché pretendere la protezione di un bene comunitario allo stesso modo in cui viene tutelato un bene nazionale e ciò sulla base del cd. *'principio di assimilazione'*.

In questo scenario si innestano, poi, le novità introdotte con il Trattato di Lisbona che ha abolito la distinzione in pilastri mantenendo comunque il dualismo fra il Trattato dell'Unione (TUE) e il (vecchio 'Trattato sulla Comunità europea' – TCE – ora denominato) Trattato sul funzionamento dell'Unione (TFUE). Proprio nell'ambito di quest'ultimo sono previsti (agli artt. 82-89) le norme in materia di cooperazione giudiziaria in ambito penale e, in particolare, l'art. 8 prevede (al primo paragrafo) che il Parlamento e il Consiglio possano stabilire, mediante *direttive*, «norme minime relative alla definizione dei *reati e delle sanzioni in sfere di criminalità particolarmente grave* che presentano una dimensionetransnazionale derivante dal carattere o dalle implicazioni di tali reati o da una particolare necessità di combatterli su basi comuni».

Il secondo paragrafo dell'art. 83 TFUE stabilisce invece che, sempre attraverso direttive, il Parlamento e il Consiglio possano introdurre «norme minime relative alla definizione dei *reati e delle sanzioni*» laddove il *ravvicinamento* delle disposizioni nazionali si riveli *«indispensabile per garantire l'attuazione efficace di una politica dell'Unione in un settore che è stato oggetto di misure di armonizzazione»* (dunque in materie già oggetto delle competenze del cd. 'primo pilastro'). E gli Stati membri tendono in larghissima misura a conformarsi spontaneamente agli obblighi derivanti dal diritto dell'UE, e in particolare ad adempiere agli obblighi di penalizzazione<sup>[16]</sup>.

### 3. L'estensione interpretativa/giurisprudenziale del diritto penale legislativo.

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

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.

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 punitivo[17].

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'[18].

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

Del resto, l'ampliata possibilità di applicazione di una 'pena carceraria'[19] costituisce il (quasi obbligato) esito di interventi legislativi aventi ad oggetto spesso soltanto l'incremento del trattamento sanzionatorio ovvero comunque finalizzati ad impedire l'applicazione di misure alternative al carcere. Un diffuso aumento delle pene edittali connota, invero, le più recenti novelle legislative in materia penale allo scopo dichiarato di ottenere (quasi soltanto) per questa via consenso 'popolare'. Ed i nuovi (più elevati) moduli sanzionatori - le

(così definite) 'pene elettorali' - provocano necessariamente ulteriori applicazioni di detenzione carceraria: sia in fase cautelare, sia quale pena definitiva.

Di modo che statuizioni giudiziali sempre più frequenti finiscono proprio per discostarsi dalla pur autorevole osservazione secondo cui in ragione della *"intollerabile asprezza dei livelli sanzionatori del Codice Rocco, la giurisprudenza appare propensa ad applicare la pena nel minimo o in misura prossima al minimo [editale]"*<sup>[20]</sup>.

E così si perviene ad un singolare esito neppure immaginabile nello sviluppo 'scientifico' del diritto penale liberale (poi anche) orientato ai valori e ai principi costituzionali.

Lungi dal muoversi nella prospettiva del diritto penale minimo<sup>[21]</sup> (ovvero - se si vuole - della riserva di codice), l'attuale fase ben si può definire come quella del *'diritto penale massimo'*<sup>[22]</sup> o del *'diritto penale no-limits'*<sup>[23]</sup> capace di raggiungere sempre nuovi traguardi come quelli di recente rappresentati dall'aumento dei termini di prescrizione (con buona pace del principio costituzionale e convenzionale di ragionevole durata del processo) e dall'estensione delle misure di prevenzione, emblematico settore espressione - da sempre - del cedimento di ogni pur minima garanzia.

Le odierne politiche penali populiste<sup>[24]</sup> non si preoccupano di eventuali garanzie per il reo (altro che diritto penale come *'Magna Charta del reo'*<sup>[25]</sup> come voleva von Liszt), ma tendono proprio a sacralizzare la vittima. Lo stato non si sostituisce più alle vittime, ma si identifica con esse, se non altro per scongiurare qualsiasi 'complicità' sospetta con il reo; mentre proprio il passaggio dal diritto penale privato - di impronta vendicativa - al diritto penale pubblico è avvenuto proprio attraverso la cd. 'neutralizzazione' della vittima<sup>[26]</sup>.

In siffatto contesto non può, allora, certo considerarsi superato l'insegnamento che ha puntualmente ricavato dalla Carta fondamentale la precisa volontà di ridurre la sfera dell'illecito penale.

E il *"quadro che inquieta"* è, appunto, oggi costituito dalla *"crescita di un penale maligno, pervasivo e incontrollato"* ove domina *"la sicurezza come orizzonte totalizzante"* in un contesto di *"invasione eticizzante del penale"* connotato da *"caratteri abnormi di attesa palingenetica e salvifica"*<sup>[27]</sup>.

E in un ordinamento - come il nostro - ormai governato dal *'diritto penale massimo'* ovvero *'totale'*<sup>[28]</sup> risulta financo possibile (giustamente) affermare come non ci sia *"nessuno che non abbia commesso [o che non*



possa commettere] un reato e questo fatto rende evidente che la legislazione penale è divenuta una emergenza: lo è il diritto, ormai, non la criminalità"[29].

#### **4. La violazione dei principi fondamentali e l'abbandono di ogni lettura 'integrata' del diritto penale.**

Occorre, così, sempre rimarcare l'evidente nesso logico tra principio di tassatività e carattere sussidiario, nonché frammentario, dell'intervento penale.

Il cd. 'principio di sussidiarietà' rappresenta, in realtà, non soltanto un presupposto - sul piano logico - del principio di tassatività, ma anche (e ancor prima) espressione della moderna concezione del diritto penale. In questa prospettiva un determinato fatto, pur considerato giuridicamente illecito, può essere sanzionato con la pena soltanto se risulta inadeguato ogni altro tipo di sanzione.

In stretto collegamento con l'idea di sussidiarietà, di stretta tipicità e tassatività dell'illecito penale, si viene a delineare il cd. 'principio di frammentarietà'[30].

Il diritto penale deve così essere, per sua natura, 'lacunoso' proprio perché il volto a garantire soltanto gli interessi fondamentali della coesistenza sociale e comunque, anche in presenza di un interesse meritevole di tutela, questa non solo non deve essere necessariamente penale (canone dell'*extrema ratio*), ma l'intervento punitivo deve riguardare soltanto specifiche modalità di aggressione del bene protetto.

Poche incriminazioni, chiare, stabilite del legislatore, in via sussidiaria ad altri strumenti di controllo: un 'diritto penale minimo' che, in una società moderna, dovrebbe rappresentare soltanto la vetta estrema di un sistema ricco e multiforme, che conosce una molteplicità di altre soluzioni giuridiche ed extragiuridiche e che rinuncia all'intervento penale fino a quando queste siano sufficienti a salvaguardare le esigenze di tutela. Una progetto 'scientifico', appunto, consegnato ai manuali di diritto penale per essere sempre e compiutamente divulgato.

La realtà normativa, di fatto, pare assai distante da questa prospettiva. Una costante '*tendenza all'ipertrofia*'[31], infatti, da molti anni caratterizza la normazione penale: la sovrabbondanza delle incriminazioni, che segna ormai un netto predominio quantitativo della legislazione complementare sulla fonte codicistica.



Occorre, inoltre, sempre rimarcare il totale abbandono di ogni prospettiva di una (invece assolutamente necessaria) lettura 'integrata' dal diritto penale, coniugato, appunto, con gli altri saperi (anzitutto quelli criminologici e sociologici) che trattano la 'questione criminale'.

*Così la criminalità «non è [più] oggetto di conoscenza in una prospettiva causale e quindi, alla fine, cessa di essere oggetto di conoscenza tout court ... dalla criminalità quindi non ci si difende sconfiggendone le cause, per la semplice ragione che l'azione criminale non è l'effetto di alcuna causa in particolare, personale o sociale che sia. Dalla criminalità – come realtà nociva – ci si difende ... neutralizzando selettivamente i 'nemici'».*

È indubitabile che l'ideologia della neutralizzazione selettiva, e soprattutto preventiva, sia costretta sovente a fare ricorso ad «una lettura del criminale come 'altro', come assolutamente 'diverso' ... nei cui confronti viene bandito sia ogni sentimento di comprensione, sia ogni scrupolo garantista nella repressione accanto quindi ad una 'criminologia della vita quotidiana', si sviluppa anche una 'criminologia dell'altro', un discorso sul criminale come nemico la cui pericolosità non può essere in altro modo 'gestita' se non attraverso la sua neutralizzazione; e per metterlo nella condizione materiale di non nuocere, alla fin fine non necessita neppure conoscerlo più di tanto».

Il passaggio nella politica criminale da un modello inclusivo ad uno di mera 'esclusione' è segnato dal negare progressivamente alla criminalità la dimensione stessa di 'questione': «nulla di problematico, quindi, che debba essere studiato, capito ed eventualmente risolto aggredendone le cause»<sup>[32]</sup>.

Un singolare diritto penale 'massimo' che, così, diventa (anche) 'totale' perché "ogni spazio della vita individuale e sociale è penetrato dall'intervento punitivo che vi si insinua" e, soprattutto, perché "è invalsa nella collettività e nell'ambiente politico la convinzione che nel diritto penale si possa trovare il rimedio giuridico a ogni ingiustizia e a ogni male sociale"<sup>[33]</sup>.

## **5. L'attuale necessità del ricorso ad istituti previsti nel codice e nella Costituzione al fine di evitare applicazioni ingiuste nel diritto penale massimo.**

In presenza di un siffatto 'diritto penale massimo'<sup>[34]</sup>, viene spontaneo nuovamente pensare, nella contrapposta prospettiva (tanto razionale, quanto necessaria) di un suo contenimento, alla 'prepotente urgenza'<sup>[35]</sup> anche di provvedimenti di clemenza<sup>[36]</sup>.

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 costante possibilità di contingente correzione politica, dall'esterno, di outputs insostenibili del sistema legale*»[\[37\]](#).

Direi di più: piuttosto che soluzione «sostanzialmente conservatrice» in quanto «*modellata sul sistema esistente*»[\[38\]](#), il ricorso alla clemenza determina una forte ed anticonformista 'negazione' del ruolo (soltanto) sanzionatorio del sistema penale[\[39\]](#) concretizzando, in modo senz'altro emblematico ed immediato, l'ambizione 'riduzionistica' che, altrimenti, si vedrebbe sempre confinata ormai nella dimensione, soltanto 'scientifica', 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 contrastate.

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 bagatellare 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[\[40\]](#).

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 legislatore[\[41\]](#).

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 deflattivo[42].

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'*[43]) potrebbero ben riversarsi nella prassi applicativa, dando effettivo corpo ad istituti che altrimenti resterebbero presenti soltanto nelle *'leggi'* (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 penalistico[44].

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»[45].

Infine: i provvedimenti di clemenza, intervenendo generalmente in ordine a fatti bagatellari[46] 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*[47].

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"*<sup>[48]</sup>, 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.

## **6. Le tradizionali (forti) ragioni degli istituti di clemenza.**

E senza dover tornare a Bentham<sup>[49]</sup> 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"*<sup>[50]</sup>.

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"*<sup>[51]</sup>.

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 sfoltimento delle carceri, a beneficio degli autori di reati di piccola entità"[52]; compito attuale secondo quanti, appunto, osservano[53] 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"[54]; divenendo l'amnistia "quasi un fatto di 'routine', variamente condizionando la prassi giudiziaria"[55].

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 elettorali[56]!

Sebbene, pur in presenza di "sistemi penali [ormai] fuori controllo"[57], 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 Pontefice[58].

## **7. La politica criminale (anche) mediante provvedimenti di clemenza e le possibili tecniche**

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[59].

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*<sup>[60]</sup>.

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 reato viene punito con una determinata sanzione e il decreto di amnistia fa riferimento, per la sua applicazione, soltanto alla misura della pena edittale, ciò significa che non si procede ad una valutazione del grado di disvalore dell'illecito 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 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 significativi<sup>[61]</sup>, 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 processuali<sup>[62]</sup>.

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 temporale<sup>[63]</sup> 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 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 criminale<sup>[64]</sup> di un ordinamento (che voglia continuare a definirsi) civile.

[1] Così GUERRINI R., *Introduzione*, in *Diritto penale e paradigma liberale. Tensioni e involuzioni nella contemporaneità*, a cura di Giunta F., Guerrini R., Maiello V., Seminara S., Sgubbi F., Napoli, 2020, p. 9, che, richiamando Croce, citava INSOLERA G., *Perché non possiamo non dirci liberali*, in *Indice pen.*, 2017, 3 ss.

[2] Sul rapporto fra garantismo e diritto penale liberale si veda DONINI M.. *Perché il garantismo non rende liberali la pena e il "diritto" penale, ma solo legittimi. Riflessioni a margine del "Manifesto del diritto penale liberale dell'Unione delle Camere Penali Italiane"*, in [www.discrimen.it](http://www.discrimen.it), 24 maggio 2019, 5 ss.

[3] Si può, ad esempio, rinviare al riguardo alla *Dispensa per il corso di Istituzioni di diritto penale* tratta dalle lezioni di F. Bricola, Bologna, 1994, 59 ss. ove si segnalano, tra gli altri, il *'realismo giuridico'* di Antolisei e il *'teologismo'* di Bettiol risalenti, appunto, a quel periodo. In particolare Bettiol, uno dei più autorevoli penalisti dell'epoca, segnalava nella Prefazione del suo *'Diritto penale'* (Padova, 1945) che "da noi la tradizione non si era spezzata dal tutto. Si può anzi affermare che l'intelaiatura e la struttura di molte singole disposizioni del Codice non rispecchiano affatto una mentalità intenta decisamente a deprimere la libertà individuale di fronte a pretese esigenze collettive". Sul rapporto tra principi liberali e codice penale del 1930 vedi anche, nello stesso periodo, DELOGU T., *L'elemento politico nel codice penale*, in *Arch. pen.*, 1945, 194; LEONE G., *La scienza giuridica penale nell'ultimo ventennio*, in *Arch. pen.*, 1945, 23.

[4] Si tratta della fondamentale opera di BRICOLA F., *Teoria generale del reato*, in *Noviss. D.I.*, vol XIV, Utet, Torino, 1973, 7-93 e, di poi, in *Scritti di diritto penale*, Milano, 1997, Vol. I, Tomo I, 539-807.

[5] Mi riferisco, appunto, all'ampia opera monografica di PALIERO C. E., *Minima non curat praetor. Ipertrofia del diritto penale e decriminalizzazione dei reati bagatellari*, Padova, 1985 (il brano citato si trova a pag. 161).

[6] Intendo riferirmi proprio al 'sottotitolo' della monografia, appena segnalata, costituente il risultato di uno studio volto appunto - come, ad esempio, riconosce di recente MANES V., *Profili e confini dell'illecito parapenale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2017, 993 - «a calmierare l'utilizzo del diritto penale mediante il ricorso alla sanzione amministrativa al cospetto di una ipertrofia del diritto penale che andava manifestandosi un po' ovunque».

[7] In questi termini DONINI M., *Il volto attuale dell'illecito penale: La democrazia penale tra differenziazione e sussidiarietà*, Milano, 2004, 72.

[8] Si tratta della condivisibile osservazione conclusiva di CANESTRARI S. - CORNACCHIA L.- DE SIMONE G., *Manuale di diritto penale, Parte Generale*, II ed., Bologna, 2017, 40.

[9] Basta richiamare, per tutti, DONINI M., *L'art. 3-bis c.p. in cerca del disegno che la riforma Orlando ha forse immaginato*, *Dir. pen. proc.*, n. 4/2018, 429-445; ID., *La riserva di codice (art. 3-bis c.p.) tra democrazia normante e principi costituzionali. Apertura di un dibattito*, *Legisl. pen.*, 2018 (20.11.18, approfondimenti), 1-28; ID., *Perché il codice penale. Le riforme del codice oltre i progetti di pura consolidazione*, in *Sistema penale*, 21.9.2020, 1-23; AMBROSETTI E.M., *Codice e leggi speciali. Progettare una riforma dopo la riserva di codice*, *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2019, 397 ss.; PAPA M., *Dal codice penale "scheumorfico" alle playlist. Considerazioni inattuali sul principio di riserva di codice*, *Dir. pen. cont.*, n. 5/2018, 136 ss.; PALIERO C.E., *La "riserva di codice" messa alla prova: deontica "idealistica" versus deontica realistica*, *Criminalia*, anticipato in *Discrimen* 9.3.2020, spec. 24 ss.; SEMINARA S., *Codice penale, riserva di codice e riforma dei delitti contro la persona*, *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2020, 423 ss. e ivi ulteriori riferimenti bibliografici rinvenibili, altresì, anche in DOLCINI E., GATTA G. L., *Codice penale commentato*, Milano, 2021. vol. I, 152-153.

[10] Si tratta di osservazioni di DONINI M., *Perché il codice penale*, cit., 16.

[11] Si veda, in argomento, quanto ulteriormente segnalato sempre nel commento (a cura di MASULLO M.N.) sub art. 3 bis c.p., in DOLCINI E. – GATTA G. L., *Codice*, cit., 154.

[12] E, così, taluno giustamente paventa (nella nostra materia) addirittura il ritorno al 'Medioevo': v., MORALES PRATS F., *La crisis de la legalidad en la "nueva edad media"*, in *Legalità e diritto penale dell'economia – Studi in onore di Alessio Lanzì*, a cura di Cadoppi A., Veneziani P., Aldrovandi P. e Putinati S., Roma, 2020, 237 ss.; sul fenomeno della 'supercriminalizzazione' si veda, sempre nella dottrina straniera, già HUSAK D., *Overcriminalization*, Oxford – New York, 2008, ove appunto l'A. (uno dei più noti tra i filosofi-giuristi americani ed allievo del celebre Joel Feinberg) dedica la sua intera indagine all'esagerato spazio occupato dal diritto penale negli Stati Uniti.

[13] Il dato già da me più volte segnalato (ad es., in *Il diritto penale 'massimo' tra incremento dei tipi punitivi e 'addizioni' giurisprudenziali*, in *Cassazione e legalità penale*, a cura di Cadoppi A., Roma, 2017, 311 ss.) viene, da ultimo, ben rimarcato da CADOPPI A., *Il 'Reato Penale'. Teorie e strategie di riduzione della criminalizzazione*, Napoli, 2022, 30 e 42.

[14] Intendo riferirmi al notissimo lavoro, già citato, CADOPPI A., Il *“Reato Penale”*, che costituisce ormai un fondamentale punto di riferimento in materia e cui mi permetto senz'altro di rinviare il lettore appunto per l'ampia disamina svolta, nonché per ogni pertinente ed esaustiva indicazione bibliografica.

[15] Appunto secondo la notissima (e risalente) definizione di PISAPIA G.D. nella sua *Introduzione alla parte speciale del diritto penale*, Milano, 1948.

[16] Tanto segnalano, appunto, MARINUCCI G., DOLCINI E., GATTA G.L., *Manuale di diritto penale, Parte generale*, XII ed., Milano, 2023, 60. Basti da ultimo segnalare che, a fine 2021, sono stati emanati due decreti legislativi (nn., 184 e 195), di attuazione di recenti direttive UE in tema di lotta al riciclaggio e alle frodi ovvero alle falsificazioni di mezzi di pagamento diversi dai contanti, comportanti modifiche (estensive della portata incriminatrice delle norme sinora previste in materia) agli artt. 648, 648 ter, 648 ter 1, nonché agli artt. 493-ter, 640-ter c.p., nonché l'introduzione di un nuovo reato (art. 493 quater c.p.).

[17] 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 F., *Osservando oggi il diritto penale: brevi riflessioni, Scritti in onore di Luigi Stortoni*, Bologna, 2016, 84). In argomento vedi, altresì, diffusamente VIGANO' F., *Il principio di prevedibilità della decisione giudiziale in materia penale, Dir. pen. cont.*, 19 dicembre 2016.

Sulle possibili 'teorie' ovvero 'strategie' di 'contenimento della criminalizzazione interpretativa' vedi, ora, CADOPPI A., *op. cit.*, 229 ss.; 331 ss.

[18] Si pensi, ad esempio, ad una materia - oggi in piena evidenza - come quella della colpa medica che, appunto, *“per lo meno in Italia ... pare irremovibile dall'area di rilevanza penale”* (così, da ultimo, MICHELETTI D., *Attività medica e colpa penale. Dalla prevedibilità all'esperienza*, Napoli, 2021, 7, il quale, peraltro, opportunamente segnala che non mancano invero auspici abolizionisti nel senso di rimettere soltanto al diritto civile la valutazione della colpa professionale del sanitario sulla falsariga di quanto accade in altri ordinamenti, come, in particolare, in quello statunitense).

[19] Basta, al riguardo, richiamare quanto da ultimo segnalato sulla stampa quotidiana (*sovraffollamento e suicidi ma sul carcere tutto tace come sempre*, di INSARDA' F., *Il Dubbio*, 2.1.2024) ove si forniscono dati del tutto preoccupanti (68 suicidi in carcere nel 2023 e attualmente oltre 60 mila presenze negli istituti carcerari); si consideri, poi, proprio quanto accaduto successivamente e sempre segnalato dalla stampa quotidiana '*Lo hanno suicidato in cella di isolamento*', Sansonetti P. su L'Unità del 9 gennaio 2024; '*Suicidio in carcere, la Procura indaga per istigazione. La madre: "Giustizia"*' Sciacca A., su Corriere della Sera, 9 gennaio 2024.

[20] Così MARINUCCI G. – DOLCINI E. – GATTA G.L., *Manuale*, cit., 806-807.

[21] Molto interessante al riguardo già la riflessione (a più voci) contenuta nel volume *Diritto penale minimo*, a cura di Curi U. e Palombarini G., Roma, 2002.

[22] Mi permetto, a titolo meramente esemplificativo, di rinviare al mio, *Il 'diritto penale massimo' tra incremento dei tipi punitivi e 'addizioni' giurisprudenziali*, in (a cura di) CADOPPI A., *Cassazione e legalità penale*, Dike, Roma, 2017, 311 ss.; nonché ancora al mio, *Le ragioni della clemenza nell'epoca del 'diritto penale massimo'*, in ANASTASIA S. - CORLEONE F.- PUGIOTTO A. (a cura di), *Costituzione e clemenza. Per un rinnovato statuto di amnistia e indulto*, Ediesse, Roma 2018, 199 ss.

[23] La definizione è efficacemente proposta da MANES V., *Diritto penale no limits'*, in *Quest. Giust.*, 1, 2019, 86.

[24] Davvero puntuale risulta, al riguardo, la definizione da ultimo fornita da MANCONI L. in un articolo ('*La cura penale*') pubblicato su '*La Repubblica*' del 15 settembre 2023 secondo cui '*panpenalismo è un termine raffinato e, in apparenza, un po' misterioso, che definisce, tuttavia, una realtà molto concreta e immediatamente riconoscibile, E' la tendenza dell'autorità pubblica e della classe politica a proporre risposte giudiziarie e sanzioni penali a tutte quelle contraddizioni sociali e forme di trasgressione e di devianza che determinano ansie collettive. Una tendenza che si traduce nell'introduzione di nuovi reati – una fattispecie penale per ogni sussulto emotivo della comunità – nell'innalzamento delle pene previste e nel ricorso al carcere*'.

[25] Principio opportunamente richiamato, anche da ultimo, da MARINUCCI G. - DOLCINI E. - GATTA G.L., *Manuale*, cit., 8.

[26] Vedi, ora, sul punto AMATI E., *L'enigma penale L'affermazione politica dei populismi nelle democrazie*

*liberali*, Giappichelli, Torino, 2020, 184 ss.

[27] Si tratta di valutazioni espresse, da ultimo, da DONINI M., *Populismo penale e ruolo del giurista*, in *Sist. pen.*, 7 settembre 2020. Su 'populismo penale', diritto penale simbolico e diritto penale del nemico, v. ancora CADOPPI A., *"Il reato penale"*, cit., 54 ss e ivi numerosi riferimenti bibliografici.

[28] Rinvio senz'altro alla puntuale indagine di SGUBBI F., *Il diritto penale totale*, Bologna, 2019.

[29] Così ancora DONINI M., *Perché il codice penale*, cit., p. 4, secondo cui l'opinione pubblica non è stata ancora educata a rendersi conto dell'aumento del rischio penale non solo per alcune tradizionali categorie di autori *"ma proprio per tutti; e non solo riguardo ai reati involontari, colposi"*. Anche la stampa quotidiana si occupa sempre più frequentemente del dilagare dell'istanza punitiva: basti segnalare, a titolo esemplificativo e da ultimo, le pagine di PQM/Il Riformista del 23 dicembre 2023, ove autorevoli firme così significativamente intitolano i loro interventi: *'Di manette in manette'* (G.D. Caiazza); *'Ossessione securitaria e populismo penale'* (E. Rosso); *'Pacchetto sicurezza la parola magica'* (V. Manes); *'Certezza della pena: Beccaria adieu'* (D. Negri); ovvero un articolo di F. Petrelli, pubblicato sul quotidiano *'L'Unità'* del 30 dicembre 2023, dal titolo molto eloquente *'Nuovi (inutili) reati e pene esemplari: crolla il Pil del diritto penale liberale'* ove si indicano, appunto, le ultime manifestazioni di *'bulimia punitiva'* segnalandosi come *"anziché procedere sulla strada del diritto penale minimo, caposaldo di un diritto penale liberale, abbiamo assistito ad una superproduzione normativa di nuove fattispecie di reato"*.

[30] Molto opportunamente sempre CADOPPI A., *Il "Reato Penale"*, cit. 41, segnala l'importanza (proprio oggi) di tale principio richiamando espressamente il canone n. 9 del *Manifesto del diritto penale liberale e del giusto processo* pubblicato nel 2019 dall'Unione delle Camere Penali secondo cui, appunto, *'Il diritto penale liberale, muovendo dal primato delle libertà, opera in via di eccezione. In quanto derogatorio, esso deve essere di volta in volta razionalmente giustificabile. La frammentarietà è carattere irrinunciabile del diritto penale, così come la risposta penale deve costituire l'extrema ratio a fronte di altri possibili rimedi sanzionatori'*.

[31] Così (anche in grassetto) CANESTRARI S. – CORNACCHIA L. - DE SIMONE G., *op. cit.*, p. 164, cui si rimanda anche per le considerazioni prima richiamate nel testo. Giustamente anche CADOPPI A., *op. cit.*, 384, osserva, da ultimo, conclusivamente come «nell'attuale ipertrofico sistema, si potrebbe affermare – come ha fatto provocatoriamente Massimo Donini – "chi è senza reato scagli la prima pietra"» (questo, appunto, il titolo di un articolo di Donini su *'Il Riformista'* del 30 dicembre 2021, online).

[32] Si tratta di osservazioni di PAVARINI M., *Postfazione* alla IV edizione di *Carcere e fabbrica*, Bologna, Il Mulino, 2018, 328 ss.

[33] Sgubbi F., *op. cit.*, 23.

[34] Vedi, per tutti, già FERRAJOLI L., *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". E, da ultimo, anche nella letteratura straniera ci si domanda se 'E' possibile limitare l'intervento penale nel XXI secolo' (si tratta del titolo di un saggio, edito in lingua originale spagnola, di BIDASOLO M.C. ora pubblicato in lingua italiana su *Discrimen*, 2022, 16 ss.).

[35] 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 F.-PUGIOTTO A., *Il delitto della pena*, Roma, 2012). Da ultimo, davvero molto espressivo risulta il titolo (*Amnistia e indulto: parole eretiche che bisogna tornare a pronunciare*) di un articolo di PETRELLI F. su L'Unità del 31 dicembre 2023, così come poi viene segnalato nel titolo 'In Lombardia celle strapiene. I penalisti: serve l'indulto' di un ampio e documentato articolo pubblicato su 'la Repubblica', ed. Milano, del 7 gennaio 2024.

[36] 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 V., *Trattato di diritto penale italiano*. IV ed., vol. III, a cura di Nuvolone P., Torino, 1961, 397.

[37] Così PULITANO' D., "Seduzioni" e costi della clemenza, in *Dir. pen. proc.*, 2006, 1061.

[38] Così, testualmente, ancora PULITANO' D., *op. ult. cit.*, 1065.

[39] L'ultimo indulto «imprevedibilmente generoso e quasi preterintenzionale» costituisce la «dimostrazione più efficace dell'inutilità e del danno del carcere»: così SOFRI A., *Nota*, in Grande E., *Il terzo strike. La prigionia in America*, Palermo, 2007, 23.



[40] Sull'importanza dell'amnistia quale strumento di verifica indiretta del 'ragionevole equilibrio' del sistema sanzionatorio penale si rinvia alle puntuali riflessioni di MELCHIONDA A., *Il ruolo dell'amnistia nell'equilibrio costituzionale del sistema sanzionatorio penale*, in ANASTASIA S.-CORLEONE F.-PUGIOTTO A., *Costituzione e clemenza*, cit., 217, 227 ss.

[41] 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". Giustamente si osserva che "la situazione della clemenza collettiva in Italia dal 1992 pare caratterizzata da una grande ipocrisia: ufficialmente essa non esiste, non si vede; di fatto, il potere di clemenza è stato trasferito «dal Parlamento della frammentata geografia di singoli uffici» delle Procure della Repubblica; la funzione clemenziale è oggi svolta da altri istituti, in primo luogo la prescrizione (che nella maggior parte dei casi opera in sede di indagini preliminari), con le relative conseguenze in termini di rispetto del principio di eguaglianza, nonché del principio (pacificamente disatteso nella prassi) di obbligatorietà dell'azione penale. 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 circolari dei singoli procuratori o presidenti di Tribunali": così CAROLI P., *Il potere di non punire. Uno studio sull'amnistia Togliatti*, Napoli, 2020, 302.

[42] 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.

[43] Vedi, al riguardo, l'approfondita indagine monografica di Maiello V., *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*, fasc. 2/2014, 25.

[44] 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 P., *L'obiettività giuridica dell'amnistia*, in *La Scuola positiva*, 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. 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 perchè la lotta giudiziaria rinfocola odii, risentimenti, passioni che giova siano sopiti; perchè talvolta, difendendo la società offesa col mezzo dell'intimidazione, raggiunge minore efficacia di quella che potrebbe essere raggiunta col mezzo della clemenza*».

[45] Così Baratta A., *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.

[46] Sulla categoria dei reati bagatellari e sulle prospettive ovvero sulle proposte di una loro 'decriminalizzazione' rimane fondamentale l'opera di PALIERO C.E., *Minima*, cit., 521 ss.; 627 ss.

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

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

[49] E ai suoi *Traitès de législation civile et penale*, Bruxelles, 1840, t. II, 24.

[50] Così Grosso C.F. - Pelissero M. - Petrini D. - Pisa P., *Manuale di diritto penale, Parte generale*, Torino, 2013, 639.

[51] Così Fiandaca G.-Musco e., *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".

[52] Così Marinucci G.-Dolcini E., *op. cit.*, 413.

[53] Si tratta di osservazioni di Cadoppi A.-Veneziani P., *Elementi di diritto penale. Parte generale*, Vicenza, 2015, 576-77.

[54] Così Mantovani F., *Diritto penale*, cit., 829.

[55] Così C. Fiore-S. Fiore, *Diritto penale. Parte generale*, Vicenza, 2016, 703.

[56] 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 A.-VENEZIANI P., *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 L., *La crisi del giudice "bocca della legge" e l'emergere di nuove concezioni di ruolo giudiziario*, in a cura di GUARNIERI C., INSOLERA G., ZILLETTI L., *Anatomia del potere giudiziario. Nuove concezioni, nuove sfide*, Roma, 2016, 32.

[57] 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'*.

[58] 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 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).

[59] Sul possibile ruolo odierno della clemenza collettiva si rinvia, da ultimo, alle riflessioni d'ordine generale svolte nelle pagine conclusive (p. 301 e segg.) dell'approfondita analisi (già citata) condotta da CAROLI P., *Il potere di non punire*.

[60] 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.

[61] Sulla concezione del reato come offesa (e, cioè, come lesione o messa in pericolo) di un valore costituzionalmente significativo vedi sempre, per tutti, BRICOLA F., *Teoria generale*, cit., 15 ss.

[62] 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 V., *La storia*, cit., 28).

[63] 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.

[64] 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 struttural/funzionale e non funzionalistico/sistemica"* (così MAIELLO V., *La storia*, cit., 26).