

LE CLEMENZE “ANOMALE” (·)

di Gaetano Insolera

1. Dico subito che, con questo titolo, mi riferisco anzitutto, in termini generali, a quelle ipotesi di clemenza estranee al disegno recepito in Costituzione.

Come vedremo, una qualche sovrapposizione, è riscontrabile con ipotesi “premiali”, di non punibilità sopravvenuta, tradizionali, contemplate dal codice penale.

Chiarito il tema, uno snodo fondamentale è costituito da un’importante sentenza della Corte costituzionale: si tratta della n. 369/88.

La Consulta era stata investita da varie questioni concernenti il contrasto tra l’ipotesi di non punibilità sopravvenuta contemplata dalla legge edilizia n. 47/1985 [art. 38], alcune delle quali avevano denunciato il contrasto con l’art. 79 Cost.

Era prospettata una violazione di tipo procedimentale, posto che quelle ipotesi di non punibilità erano state introdotte con legge ordinaria, anziché con la procedura di legiferazione prevista dalla legge fondamentale. Si noti incidentalmente come questo modello di invalidazione stia oggi vivendo una stagione fortunata: penso alla recente, importante [il tema era caldo: l’equiparazione sanzionatoria tra droghe leggere e pesanti] sent. n. 32/14¹. Ed è proprio questa ultima sentenza a suggerirmi l’idea che i vizi del procedimento legislativo possano costituire un’alternativa ai controlli di ragionevolezza di fronte a quelli che definiremmo abusi del potere legislativo. Con il “vantaggio”, per i Giudici delle leggi [e per chi ancora crede nella divisione dei poteri], di non impegnare il campo della discrezionalità politica, dei giudizi di valore.

Questo richiamo all’attualità non vuole essere solo esornativo: è vero infatti che la sentenza del 1988 intervenne in un momento nel quale acceso era il dibattito, non solo e non tanto sulla dogmatica autonomia della punibilità come elemento del reato quanto sulla sindacabilità costituzionale della non punibilità, sulle “odiose forme di privilegio” che potevano nascondersi dietro previsioni di quel tipo.

Come è noto questa questione si trascina da più di un trentennio con alcuni passaggi fondamentali: dalla sentenza n. 48/1983, che superò l’orientamento, fino ad allora consolidato, che risolveva il problema in punto irrilevanza delle questioni – decisione che, come ho più volte ribadito non mi ha mai convinto fino in fondo – alla sentenza n. 394/2006 e alla n. 28/2010. Non voglio divagare: nell’ambito del tema,

· Relazione al convegno *Diritto penale, carceri e clemenza. Nel ricordo di Franco Bricola vent’anni dopo* organizzato dalla Camera penale di Bologna il 22 maggio 2014.

¹ Di poco precedente, in prospettiva analoga, [Corte cost., 23 gennaio 2014, n. 5, Pres. Silvestri, Red. Lattanzi](#), in *questa Rivista*, 3 febbraio 2014, con commento di M. SCOLETTA.

certamente più generale, della sindacabilità delle norme di favore, si iscrive quello della compatibilità costituzionale della cd. non punibilità sopravvenuta.

Essa si può declinare in due direzioni.

Attraverso i moduli più penetranti dei controlli di ragionevolezza oppure individuando nel provvedimento di legge ordinaria una violazione del procedimento speciale previsto dall'art. 79 Cost.

Quest'ultimo fu il veicolo utilizzato da alcuni dei giudici remittenti e che portò alla decisione del 1988. Decisione di rigetto che considero uno snodo fondamentale del mio tema per il franco apparato argomentativo utilizzato [nel non dimenticato stile di Renato Dell'Andro], capace di fornire a legislatore e interprete strumenti interpretativi aggiornati alla costante evoluzione dell'ordinamento².

In estrema sintesi la Corte legittimò – al di fuori di amnistia e indulto – il ricorso a modalità estintive (o riduttive) della punibilità in presenza di determinate condizioni: ravvedimenti che comportano l'estinzione dell'illecito amministrativo affiancato, in chiave ulteriormente sanzionatoria, da quello penale; perseguimento di un obiettivo deflattivo di fronte a forme di illiceità di massa, tale da garantire l'effettività della tutela di interessi fondamentali (e solo in quest'ultimo caso la clemenza deve trovare attuazione negli strumenti e nei modi previsti dall' art. 79 Cost.). A campeggiare, anche, la soddisfazione di esigenze di cassa dello Stato.

Il legislatore mostrò di essersi destato dai “sogni dogmatici” dei penalisti, intervenendo a più riprese nelle materie riconducibili ai campi indicati dalla Corte: edilizia, violazioni finanziarie, previdenza, rimpatrio di capitali, fino al recente dibattito sulla *voluntary disclosure*.

Si è tuttavia trattato di provvedimenti accompagnati sempre più spesso da forti polemiche politiche e, in taluni casi, da perplessità espresse dalla cultura penalistica. Perplessità in parte fondate, in parte determinate, forse, dal rimpianto suscitato dalla rinuncia a quei sogni.

Ma tant'è: sia per l'adozione di formule normative via via più farraginose, sia per l'ostilità riscontrata in sede applicativa da parte di una magistratura, da una parte allettata dall'alleggerimento del carico, dall'altra, tuttavia con la forte contropinta costituita dalla vanificazione del lavoro svolto e, soprattutto, da un giudizio etico negativo nei confronti delle scelte legislative, sempre più incerto è apparso l'esito dalla adesione a forme anomale di clemenza, variamente basate, per altro, sul modello dell'autodenuncia. Esempari in questo senso le vicende recenti del cd. scudo fiscale.

2. Altro passaggio importante. Un'altra data. Millenovecentonovantadue. Quella della modifica dell'art. 79 Cost. è storia nota. La classe politica, incalzata dai furori eticizzanti degli “uomini nuovi” affacciatisi sulla scena, si preclude un fondamentale spazio di manovra sulla penalità.

² G. INSOLERA, *Condono fiscale: sezioni unite, corte costituzionale, sogni dogmatici del penalista e prevaricazione del legislatore*, in *Foro it.*, 1991, II.

Si noti, ciò avviene senza che negli anni successivi abbia trovato riscontro un'indicazione, anche questa contenuta nella decisione della Consulta da cui ho preso le mosse, che coglieva un nesso tra ricorso alla clemenza anomala e inflazione penalistica: con un invito alla depenalizzazione.

L'esito è sotto i nostri occhi. Alla paralisi degli uffici giudiziari si accompagna il sovraffollamento carcerario.

Quest'ultimo è stato affrontato, dopo la condanna della CEDU, con provvedimenti tampone e strategie giudiziarie di limitazione della carcerazione preventiva finalizzate a far tornare i conti... per il momento.

Come vedremo, resta il problema dell'arretrato.

In conclusione, a più di vent'anni dalla riforma dell'art. 79 Cost., oggi, la richiesta di provvedimenti di amnistia e indulto non proviene più da quattro gatti radicali, ma anche da istituzioni, dotate, nella loro diversità, di grande significatività. Le forze politiche, i partiti sono tuttavia paralizzati: la fragilità delle maggioranze non consentirebbe comunque di passare la cruna dell'art. 79 e, per altro, il fattore determinante è costituito da una fame di consensi che sembra trovi soddisfazione solo in strategie punitive che escludano idee di clemenza e un approccio razionale alla penalità.

D'altra parte l'invocazione della galera, se non di cappi e altre nefandezze, sembrano parte importante dell'agenda politica di demagoghi che dalle pagine dei giornali, da quelle del *web* e dal palcoscenico dell'avanspettacolo, si sono visti proiettati in quello del Parlamento della Repubblica.

Non posso dimenticare un altro attore, forse il più importante. Il potere giudiziario, certamente il più coinvolto e vicino alle questioni, ma, soprattutto, il più ascoltato, *bon gré, mal gré*, dalla politica e notoriamente capace di farsi sentire attraverso i *media*: sempre disponibili a divulgare prese di posizione di singole *vedette*, del potente sindacato, dell'organo di autogoverno.

Ebbene quello dell'amnistia e dell'indulto resta un tabù, nello spirito del '92, catoneggiante mito fondativo della nascita della nuova Repubblica dalle ceneri della prima. Come vedremo la realtà impone tuttavia di trovare altre, anomale, soluzioni deflative.

3. Ebbene, cosa accade quando, da un parte, permane un'ingestibile inflazione degli affari penali e del numero dei detenuti, dall'altra, la gestione della clemenza non può più essere affidata al Parlamento?

Le politiche deflative devono comunque trovarsi: lo dimostrano centocinquant'anni di storia unitaria, lungo i quali si è fatto ricorso con ininterrotta periodicità ad indulti e amnistie e a tipologie anomale riconducibili, ad esempio, alle coordinate ben descritte dalla Corte costituzionale.

In scacco il legislativo, occorre trovare un altro attore, un altro "gestore" [mi si perdoni la brutta parola].

Se gli istituti di clemenza, tradizionali o "moderni" (è ancora aggettivo usato dalla Corte), costituivano il punto di raccordo e interferenza tra penalità in astratto,

declinata dal legislatore e penalità in concreto agita dalla agenzia giudiziaria, il deficit di effettivi poteri che affetta il primo attore, sposta sul secondo scelte necessarie, quanto intrinsecamente politiche.

Proviamo a esaminare, e a ragionare, su quali siano queste forme “diversamente anomale”.

3.1. Un esempio interessante, al quale, fortunatamente, ha corrisposto una ferma presa di posizione della Corte costituzionale (sent. n. 230/2012), si può cogliere nell’idea di equiparare, attraverso un intervento di quei giudici sull’art. 673 c.p.p., l’*overruling* favorevole all’*abrogatio criminis*.

Ma qui il discorso si farebbe più complesso, intersecandosi con il tema della successione di leggi nel tempo. Argomento oggi ulteriormente complicato a seguito della crisi della intangibilità del giudicato determinata dall’irrompere nello scenario interno non solo della giurisprudenza della Corte EDU, ma anche di decisioni della Corte costituzionale quali la ricordata n. 32/2014.

In questa occasione basti osservare come, in tutti i casi, sono valutazioni in concreto affidate al potere giudiziario, che dialoga con giurisdizioni sovranazionali (o, a proposito dell’intervento chirurgico operato dalla sent. n. 32/2014, con la Corte costituzionale), a dispensare soluzioni che si traducano in una esclusione o in una riduzione della punibilità. Alla stessa tipologia può ricondursi la vicenda che, pochi anni fa, riguardò il contrasto tra disciplina penale interna dell’immigrazione e la cd. direttiva rimpatri.

Prima della decisione della CGUE, si videro alcune Procure procedere ad una disapplicazione dell’incriminazione.

Si badi si tratta di fenomeni eterogenei, il tratto che li accomuna, e che ci interessa in questa occasione, è costituito dallo spostamento dal legislativo alla magistratura ordinaria di scelte riguardanti la ritrazione della punibilità.

3.2. Il principale, vero protagonista della nostra questione è il tempo.

Il tempo è l’elemento nel quale si fronteggiano due fattori determinanti in tema di clemenza.

Da una parte il volume di affari penali non gestibile dalle risorse della agenzia giudiziaria [alla stessa maniera una popolazione detenuta da parte di quella penitenziaria]; dall’altra, l’impatto negativo che il ricorso alla clemenza produce sulla effettività e credibilità del sistema di giustizia, i suoi costi sul piano della prevenzione generale e, in particolar modo oggi, diremo sulle aspettative di giustizia delle vittime.

Sul primo dei contendenti influisce un complicato intrico di ragioni: il consueto riferimento alla simbolica bulimia penalistica del legislatore, altro non è che il risultato finale. Ad essa affiancherei infatti considerazioni che vanno da dati di costume – il nostro causidico sellare la mula – a rigidità di carattere dogmatico un po’ astratte e intrise di assiologia costituzionale, che hanno visto ridimensionare l’istituto del patteggiamento, mentre altri tentativi, dall’istituzione del Giudice di pace, a modesti ampliamenti della procedibilità a querela, a tentativi nella direzione di procedure monitorie o prescrizionali, non sembrano aver prodotto risultati significativi sulla

macroeconomia giudiziaria. Vedremo gli esiti del progetto in punto irrilevanza del fatto in fase di elaborazione governativa.

Se ci soffermiamo sul contraltare di ogni ipotesi di clemenza, cogliamo meglio il significato del mio riferimento, come protagonista, al tempo.

Ineffettività del sistema, denegata giustizia alle vittime, perdita di deterrenza e capacità di orientamento dei consociati: sono indubbiamente questi i costi della clemenza, lo sono sempre stati³.

Gli stessi effetti indesiderati li produce però un altro farmaco non composto da assunzioni di responsabilità legislative, ma dal decorso del tempo.

E' una strana vicenda quella della prescrizione e delle sue riforme passate e oggi auspiccate: anche al momento di queste note occupa il fervore innovativo del governo Renzi, come irrinunciabile tassello della riforma della giustizia. Da anni impegna il pensiero dei penalisti e dei consulenti giuridici della politica, dei *media* e, ovviamente, della magistratura associata.

Ma non è questo tema, quello del modello da adottare, di cui voglio qui occuparmi.

Mi interessano piuttosto due aspetti che riguardano la prescrizione per come oggi è disciplinata e funziona: il primo si riferisce alle ragioni del maturare della causa estintiva [il tempo], il secondo, e anticipo le conclusioni, il suo scoperto operare come principale istituto di clemenza anomala. Come vedremo, con una connotazione speciale: essa corrisponde a decisioni non più affidate al legislativo, ma governate dal potere giudiziario e alle sue strategie politico criminali.

3.2.1. La vulgata, a volte il piagnisteo, che i *media* prediligono, attribuisce all'avvocatura e al suo abuso del diritto di difesa il protrarsi immotivato dei tempi processuali, per raggiungere il risultato della prescrizione. In questo sono sostenuti da autorevoli esponenti della magistratura, da molti politici e anche da qualche penalista. E' un rumore di fondo che si coglie non appena si tocchi l'argomento.

Si potrebbero dire molte cose in proposito, ma mi limito a una osservazione. Sulla anomala, irragionevole durata dei processi penali influisce in modo prepotente un altro fattore oggetto solo raramente di attenzioni distratte.

Mi riferisco ancora una volta al tempo, alla durata delle indagini preliminari che il codice del 1989 volle disciplinare, anzitutto a tutela del cittadino sottoposto alle "attenzioni" del potere punitivo.

E' questa una parte della procedura che, in via interpretativa o per prassi, è stata di fatto abrogata. Sindacabilità della tardiva iscrizione nel registro degli indagati, sanzioni endoprocessuali (inutilizzabilità) per l'inosservanza dei termini, intervento della Procura generale in caso di inerzia del Pm, effettivo controllo del Gip sulle richieste di proroga, operatività fisiologica dell'art. 414 c.p.p.: regole incise nella sabbia,

³ Su amnistia e indulti confida apertamente e continuamente "Chinotto" (Peppino De Filippo), maestro e socio in truffe di Vittorio Gassman, nel film *Il Mattatore* (Dino Risi, 1960), che confermò il talento comico del grande attore drammatico.

spazzate via dal vento. Ma questo stato di cose ha prodotto il risultato di collocare nelle fase delle indagini preliminari – e, quindi, nelle mani del Pm – quote temporali potenzialmente illimitate, che possono consegnare al giudice affari già prossimi alla estinzione del reato.

L'avvocatura è da sempre indicata come causa delle inefficienze repressive, come ausiliatrice dei malviventi (gli avvocati *chicaneur*). Ci siamo abituati: ma a proposito dei tempi del processo e delle prescrizioni occorrerebbe guardare anzitutto negli uffici di Procura⁴.

Ed entra subito in gioco un altro argomento.

L'*idolum* costituzionale dell'obbligatorietà dell'azione penale: non occorre spendere molte parole. A tutti è chiaro che, nei fatti, è stato infranto. Se una differenza può cogliersi, in termini di onestà intellettuale, essa riguarda chi, da tempo, denuncia come il sistema sia discrezionale con scelte di priorità affidate al potere giudiziario e chi, con gran strepito, di quel principio fa usbergo, per escludere qualsiasi soluzione che cerchi di corrispondere alla realtà delle cose.

3.2.2. Un'azione penale che, nei fatti, è esercitata discrezionalmente dal potere giudiziario, deve necessariamente giocare proprio sulla prescrizione⁵.

Si manifesta così con chiarezza il paradosso: l'amnistia, come la prescrizione, è una causa di estinzione del reato, se pure vi sono tradizionali distinzioni quanto al loro fondamento [condiviso però quello deflattivo], hanno in comune ineliminabili effetti negativi sul piano della ricercata effettività e deterrenza del sistema punitivo. Oggi, entrambe sono oggetto di *damnatio*. Come detto, l'amnistia [e l'indulto e le forme "anomale" di clemenza] sono di fatto precluse al legislativo; la riforma in senso restrittivo della prescrizione è invocata come irrinunciabile.

Il paradosso è evidente: è proprio la prescrizione, così come disciplinata, che supplisce alla paralisi della clemenza, indispensabile a fronte dell'accumularsi insostenibile del carico giudiziario (e, in particolare per l'indulto, al sovraffollamento carcerario).

Di questo paradosso e della "logica" che lo anima sono coerente espressione i decreti adottati dai capi di alcuni Tribunali e Corti d'Appello [ho potuto consultare quelle di Bologna].

Ne riporto sinteticamente gli aspetti principali.

Si dispone la trattazione prioritaria di una serie di reati che si affiancano a quelli previsti dall'art. 132 *bis* disp. att. c.p.p.⁶

⁴ Ultimamente sembra essersene accorto anche L. FERRARELLA, *Giustizia: un po' di buon senso in un fiume di parole vane*, in *Corriere della sera*, 30 agosto 2014, p. 19.

⁵ Strategie deflative possono intervenire già nell'operato delle agenzie di polizia, con assunzione di responsabilità da parte dell'esecutivo: l'esperienza mostra come si possa affermare una riduzione della microcriminalità evitando la qualificazione dei fatti come reati (ad es. smarrimenti invece che borseggi).

⁶ Il decreto del Presidente del Tribunale n. 121 del 12 dicembre 2013 assegna precedenza ai procedimenti ove vi è stata costituzione di parte civile, a quelli per violenza sessuale, per maltrattamenti in famiglia, per stalking, per bancarotta con danno patrimoniale di rilevante gravità, per i delitti in materia di risparmio e

La scelta presenta alcune formule a dir poco vaghe [rapina ed estorsione a danno di soggetti deboli; imputato pubblico ufficiale (n.b. non si fa riferimento a reati contro la P.A.)]; in altri casi sembrano dettate da una interpretazione molto soggettiva, forse alimentate dai *media*, delle istanze di difesa sociale ritenute prioritarie [colpa medica, infortuni sul lavoro, violenza sessuale, stalking, maltrattamenti in famiglia].

Su questo aspetto si può osservare come questa scelta, se ha il pregio di indicare a priori le scelte [in qualche caso ribadendo quelle dell'art. 132 *bis* disp. att. c.p.p.], non supera l'obiezione che le vorrebbe attribuite a chi dovrebbe governare la politica criminale.

Ma è questo una vecchia questione. Un pasticciaccio che evoca altri tormentosi argomenti: ancora una volta l'obbligatorietà, che nei fatti non è tale, l'inflazione penalistica, l'impermeabilità legislativa ad una politica penale razionale, non dominata da risposte d'emergenze e, stavo dimenticandomene, contro decisioni di priorità dettate dal Parlamento, la sdegnata rivendicazione dell'indipendenza della magistratura.

E, con l'indipendenza tocchiamo l'aspetto realmente innovativo delle circolari.

Esse dispongono infatti, nel caso di reati non selezionati, che i giudicanti rinviino i processi ad una data successiva al maturare della prescrizione, quando esso si collochi entro un determinato termine⁷.

Mi sembra anzitutto che questi provvedimenti mettano in discussione quel concetto di indipendenza interna costituente da tempo un altro tabù: e, si noti, ciò non avviene in relazione all'attività requirente, ma sconfina nel campo disciplinato dall'art. 101 Cost.

Ma soprattutto il collegamento – tra priorità nella trattazione e “rottamazione” (chiedo perdono per l'uso di un termine orribile, quanto ormai presente nel gergo politico) di tutti gli altri processi divenuti ingestibili – formalizza in modo conclamato il passaggio del potere di clemenza dal Parlamento alla frammentata geografia di singoli uffici. Una gestione “democratica” della clemenza?

Ci troviamo in presenza di tante nuove “clemenze anomale”.

Esse suppliscono alla aborrita amnistia, ma utilizzano, per il raggiungimento degli stessi scopi, l'altrettanto aborrita prescrizione.

Si potrebbe obiettare ancora in nome dell'emergenza e della crisi della politica che, come i famosi castori di Gramsci, si tagliò i testicoli nel '92.

A mio parere la soluzione non è comunque accettabile, per i costi, ancora una volta, in punto credibilità e tenuta del sistema.

Sui criteri di selezione si è detto.

di credito sanzionati con almeno quattro anni di reclusione, per estorsione o rapina in danno di soggetti deboli, ai procedimenti in cui l'imputato sia un pubblico ufficiale, per i reati derivanti da colpa medica, per i reati derivanti da infortunio sul lavoro.

⁷ In Tribunale due anni e sei mesi dall'udienza di smistamento oppure quindici mesi dalla presumibile assunzione della decisione; in Corte d'Appello “i processi per i quali la scadenza del termine massimo di prescrizione dei reati che ne formano oggetto segua la pronuncia della sentenza di primo grado in misura non almeno pari a 15 mesi” (decreto n. 9128 del 29 ottobre 2013).

Da chi ancora crede nel valore del garantismo, il congegno deve essere rifiutato: a differenza della clemenza non anomala, tiene in scacco l'imputato per anni, in un limbo. Ancora il valore del tempo nei rapporti tra cittadino e coercizione.

Il sistema, con la selezione dei reati destinati ad una decisione, richiama le esclusioni oggettive previste per amnistia e indulto, ma non ne contempla di soggettive. Probabilmente si è giocato su uno degli effetti più perversi della aborrita *ex Cirielli*: l'intreccio tra recidiva e prescrizione.

Si dirà: ciò non riguarda però le garanzie della vittima. La costituzione di parte civile consente infatti l'ingresso del reato nella *top ten* delle priorità.

A ben vedere anche questa scelta, coerente con la dominante sensibilità vittimistica, può produrre effetti indesiderati e un circolo vizioso.

I criteri di selezione alimentano potentemente la sfiducia nella giustizia da parte degli esclusi e, questo, nonostante l'eccettuazione dei processi con parte civile costituita.

Si tratta infatti di una eventualità che interessa solo raramente le vittime della criminalità di strada, dei reati predatori, delle frodi perpetrate nei confronti dei soggetti più vulnerabili.

Ed ecco il circolo vizioso: è proprio questo il terreno di cultura di un diffuso sentimento *law and order*, che impone alle forze politiche, affamate di consensi elettorali e incalzate dai portavoce di un feroce populismo penale, di continuare ad escludere gli unici provvedimenti legittimati dall'ancora vigente nostro sistema costituzionale.

E quella per l'amnistia e l'indulto è una battaglia che nobilita il ruolo dell'avvocatura. Ne mette in luce le sue radici e ragioni liberali: la sua indipendenza dalla ricerca di consensi e l'estraneità dall'esercizio del potere.