

I LIMITI DELL'AMNISTIA NEL SISTEMA PENALE ITALIANO

1. Considerazioni introduttive - 2. Tipologie di amnistia - 3. Amnistia e scopi della pena - 4. Le differenze rispetto ad altre cause di estinzione della punibilità - 5. I limiti costituzionali al potere di amnistiare - 6. Considerazioni conclusive

1. Considerazioni introduttive

Dell'amnistia si può fornire una definizione tecnico-giuridica, considerandola, secondo la *communis opinio*, come un provvedimento di clemenza generale preso con legge, che incide sulla punibilità, in astratto (amnistia propria - causa di estinzione del reato) o in concreto (amnistia impropria - causa di estinzione della pena)¹. Occorre dire che in dottrina non tutti sono d'accordo in ordine a tale impostazione. V'è chi, in base a considerazioni testuali e sistematiche, ritiene l'amnistia sempre causa estintiva del reato, sia che intervenga precedentemente ad una sentenza passata in giudicato, sia che intervenga successivamente². V'è chi considera l'amnistia propria causa di improcedibilità sopravvenuta³ e l'amnistia impropria causa d'estinzione degli effetti penali⁴.

In ogni caso, se si vuole coglierne meglio la sostanza è opportuno ricorrere ad una definizione meno tecnica ma dotata dei caratteri dell'icasticità: amnistia come *negazione della pena*. Per valutare appieno la portata di tale definizione occorre svolgere, sia pur in maniera rapsodica, un *excursus* storico, dal quale si potrà cogliere anche quello che, ad avviso di chi scrive, costituisce un carattere costante dell'istituto, ossia la strumentalità rispetto ai fini perseguiti dai detentori del potere, un carattere quindi *politico*.

¹ In ordine all'amnistia si considerino, *ex multis*: R. DELL'ANDRO, *Amnistia*, in *Enc. dir.*, vol. II, Milano, 1958, pp. 306 ss.; U. PIOLETTI, *Osservazioni sugli istituti dell'amnistia e dell'indulto*, in *Rivista penale*, 1960, vol. I, pp. 65 ss.; M. SINISCALCO, *L'amnistia "rinunciabile" in relazione al principio di legalità e al diritto di difesa*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 1968, pp. 794 ss.; D. PULITANÒ, *Il significato della clemenza*, in *Quale giustizia*, 1970, pp. 109 ss.; G. CAMERINI, *Amnistia e indulto*, Padova, 1971; G. PANSINI, *Amnistia ed eguaglianza dei cittadini*, Napoli, 1974; G. ZAGREBELSKY, *Amnistia, indulto e grazia. Profili costituzionali*, Milano, 1974; R. E. KOSTORIS, *Amnistia e indulto*, Padova, 1978; M. ROSSETTI, *L'estinzione del reato e della pena*, in F. BRICOLA, V. ZAGREBELSKY, *Giurisprudenza sistematica di diritto penale. Codice penale, Parte generale*, Torino, 1984, pp. 1282 ss.; G. MARINI, *Amnistia e indulto nel diritto penale*, in *Dig. disc. pen.*, vol. I, Torino, 1987, pp. 135 ss.; G. FLORA, *I provvedimenti di clemenza e indulto: la prospettiva strumentale e i condizionamenti politico-criminali*, in *Legisl. pen.*, 1991, pp. 185 ss.; V. MAIELLO, *La clemenza tra dommatica e politica criminale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1992, pp. 1029 ss.; ID., *Clemenza e sistema penale*, Napoli, 2007; P. POMANTI, *I provvedimenti di clemenza. Amnistia, indulto e grazia*, Milano, 2008.

² M. GALLO, *Appunti di diritto penale*, vol. IV, *Dell'estinzione del reato e della pena*, Torino, 2006, pp. 19 ss.

³ A. PAGLIARO, *Principi di diritto penale. Parte generale*, Milano, 1980, p. 706.

⁴ Ivi, p. 711.

2. Tipologie di amnistia

a) In base agli effetti

La *summa divisio* concettuale nell'ambito dell'istituto nel diritto penale italiano è, quella tra amnistia propria ed amnistia impropria. Si tratta di una classificazione dalle radici antiche, risalente alla distinzione tra *abolitio ante sententiam* ed *abolitio post sententiam*. Si tratta di una classificazione basata sugli effetti dei due tipi di amnistia: prima della sentenza definitiva di condanna l'effetto del provvedimento di clemenza è più ampio in quanto estingue il reato⁵ (amnistia propria); dopo il passaggio in giudicato della sentenza di condanna è minore in quanto estingue la pena (amnistia impropria).

Detto in maniera più precisa, l'amnistia propria incide sulla punibilità in astratto, estinguendo il reato e quindi tutti gli effetti penali della condanna; l'amnistia impropria ha effetti più limitati incidendo sulla punibilità in concreto, quindi sulla pena principale e sulle pene accessorie ma non sugli altri effetti penali (ad esempio, in tema di recidiva o di sospensione condizionale della pena).

b) In base agli scopi perseguiti

È sicuramente di maggior interesse ai fini della presente ricerca un'altra classificazione, basata sugli scopi perseguiti dal provvedimento⁶, che evidenzia icasticamente il carattere di *strumento politico* dell'amnistia, idoneo a soddisfare una vasta gamma di esigenze di chi detiene il potere:

α - *amnistia di giustizia*, finalizzata estinguere la responsabilità per fatti che successivamente appaiano carenti di disvalore sociale;

β - *amnistia di transizione* (c.d. strumentale) finalizzata ad agevolare transitoriamente l'applicazione di una nuova legislazione penale⁷;

γ - *amnistia pacificatrice*, volta a superare lotte o tensioni sociali (per l'Italia si pensi alla cosiddetta 'amnistia di Togliatti', dal nome dell'allora Ministro di grazia e giustizia⁸);

⁵ L'espressione ovviamente deve intesa in senso giuridico poiché è evidente che il reato come fatto storico non si può estinguere.

⁶ Propone questa classificazione T. PADOVANI, *cit.*, p. 371.

⁷ Sul punto v. V. MAIELLO, *La clemenza tra dommatica*, *cit.*, p. 1050.

⁸ La cosiddetta amnistia di Togliatti fu prevista, unitamente al condono, dal decreto presidenziale 22 giugno 1946, n. 4.

δ - *amnistia faziosa* (o di parte), volta a favorire i criminali della fazione vincitrice;

ε - *amnistia celebrativa*, per celebrare ricorrenze (nella forma più antica, volta a ribadire il potere del sovrano per avvenimenti, di solito lieti, riguardanti la sua famiglia);

ζ - *amnistia di sfortimento* della popolazione carceraria e dei carichi pendenti, particolarmente diffusa in Italia anni prima della sopra citata riforma dell'art. 79 Cost.⁹.

c) In base alle degenerazioni

Da questa classificazione emerge evidente il carattere strumentale dell'istituto, finalizzato in ogni caso a soddisfare, giova ribadirlo, esigenze *politiche*, spesso però contrastanti con il senso di giustizia e con la razionalità. Nell'*excursus* storico è già emerso il frequente, quasi ossessivo, ricorso nell'Italia repubblicana a provvedimenti di clemenza fino alla riforma dell'art. 79 Cost.

L'osservazione di tale fenomeno consente di aggiungere a quelle sinora considerate altre categorie, basate sulle disfunzioni e gli abusi di tale strumento.

α - Amnistia arbitraria

Si tratta di provvedimenti frutto di scelte deflative, condivisibilmente definite «quelle [...] fondate su motivazioni apparenti, prive di un qualsivoglia riferimento alla qualità dei reati estinti, ed anzi riguardanti condotte di reato assiologicamente non peculiari e sfornite di connotati di eccezionalità e/o di irripetibilità, che valessero a differenziarle dalla generalità di analoghi fatti commessi prima e dopo il termine di efficacia dell'atto di clemenza»¹⁰.

β - Amnistia depenalizzatrice

Fino alla riforma costituzionale del 1992, la reiterazione in tempi ravvicinati di amnistie concernenti in linea di massima le stesse fattispecie ha prodotto nella pratica una loro sostanziale depenalizzazione, trasfigurando l'istituto in un mezzo di gestione normativa di intere categorie di reati¹¹.

⁹ Sul punto v. G. GEMMA, *Principio costituzionale di eguaglianza e remissione della sanzione*, Milano, 1983, pp. 145 ss.; V. MAIELLO, *La clemenza: tra dommatica, cit.*, pp. 1049 ss.

¹⁰ V. MAIELLO, *La clemenza tra dommatica, cit.*, p. 1050.

¹¹ Ivi, p. 1051.

3. Amnistia e scopi della pena

a) Generalità

Occorre ora chiedersi se i vari tipi di amnistia ora considerati siano o meno armonici rispetto agli scopi che nel relativo plurisecolare dibattito sono stati attribuiti alla pena.

In tale indagine occorre quindi procedere per gradi prendendo in considerazione le varie teorie in merito partendo da una lapalissiana considerazione: data la sua natura, l'amnistia costituisce, come s'è visto, una vera e propria *negazione della pena*. Tale affermazione appare valida qualunque sia la concezione in ordine ai suoi scopi.

Occorre quindi porre, in maniera necessariamente cursoria, l'amnistia in rapporto con le varie teorie sugli scopi della pena per cogliere le antinomie fra questa e quelle¹².

b) Le teorie retributive

Con riferimento alle teorie retributive, l'amnistia costituisce la negazione più netta della pena in quanto non viene inflitta la punizione meritata dal reo.

Si pensi alla cosiddetta retribuzione morale di Kant, illustrata nella sua *Metafisica dei costumi* con l'esempio dell'isola¹³: se gli abitanti di quell'ipotetica isola prima di sciogliere il loro consorzio invece di giustiziare gli ultimi condannati a morte adottassero un provvedimento di amnistia si porrebbero irrimediabilmente contro il draconiano ragionamento del filosofo di Königsberg.

Anche rispetto alla cosiddetta retribuzione giuridica il risultato è il medesimo. Si pensi alla formula dialettica di Hegel in ordine alla funzione della pena, volta a ristabilire l'ordine giuridico violato dal reato (reato negazione di un diritto, pena negazione del reato e quindi pena come *negazione della negazione di un diritto*)¹⁴: l'amnistia escludendo la pena impedisce tale effetto.

A proposito di queste concezioni occorre però porsi un interrogativo di fondo: la retribuzione può essere considerata dal punto di vista logico scopo della pena? La risposta, ad avviso di chi scrive,

¹² Secondo F. C. PALAZZO, cfr. *Corso di diritto penale. Parte generale*, Torino, 2013, p. 622: «Attualmente la clemenza stenta a conciliarsi razionalmente con tutte le finalità della pena».

¹³ I. KANT, *Die Metaphysik der Sitten*, § 49 E1, in *Kant-Studienausgabe der Wissenschaftlichen Buchgesellschaft*, IV, 1956, p. 455.

¹⁴ G. W. HEGEL, *Lineamenti di filosofia del diritto*, § 104, Roma-Bari, 2004, pp. 91 ss.

è negativa¹⁵. Infatti sostenendo che la pena serve a retribuire, ossia a dare al reo quel che si merita, non si fa altro che dire che la pena “serve a punire”. Infatti la retribuzione di un male ha necessariamente carattere punitivo-afflittivo nei confronti di colui che ha commesso il reato. Appare perciò chiaro il carattere tautologico delle opinioni che considerano *tout court* la retribuzione scopo della pena.

Vedere la retribuzione in un'ottica teleologica costituisce quindi un errore di prospettiva. Più fecondo è invece considerarla sotto il profilo ontologico, *non come scopo ma come essenza della pena*¹⁶. A sostegno di tale affermazione occorre richiamare i ragionamenti poc'anzi svolti per escludere che la retribuzione sia scopo della pena: la pena è una punizione, ha perciò inevitabilmente carattere afflittivo poiché non vi può essere sanzione priva di afflittività; la pena deve essere inflitta a chi ha violato la relativa norma penale incriminatrice, il quale si è comportato in maniera tale da meritare la pena; la *pena* inoltre deve essere proporzionata. La *pena* è quindi *retribuzione*¹⁷.

Appare perciò evidente che anche in un'ottica retributiva non teleologica ma ontologica il *vulnus* che viene cagionato dall'amnistia resta notevole poiché quest'ultima impedisce l'inflizione di ciò che il reo si sarebbe meritato di subire.

c) Le teorie generalpreventive

L'amnistia ha un notevole impatto negativo anche con riferimento alle teorie generalpreventive.

Infatti tali teorie invocano a giustificazione della pena la funzione di impedire che i consociati commettano il reato per il quale è punito il reo. Il ragionamento vale sia per la concezione più antica, detta della prevenzione generale *negativa*, sia per quella della prevenzione generale *positiva*.

In base alla prima la pena costituisce un *deterrente* per i membri della società rispetto alla commissione dei reati¹⁸. A tal proposito deve essere riconsiderata la *communis opinio* che ravvisa i

¹⁵ Sul punto sia consentito il rinvio a M. L. FERRANTE, *La pena: struttura ontologica e dimensione teleologica tra ius ecclesiae e diritto penale italiano*, in *Revista critica de Derecho Canónico Pluriconfesional*, 2015, n. 2, pp. 180 ss.

¹⁶ In tal senso, ma in una prospettiva eticizzante G. BETTIOL, *Diritto penale*, Padova, 1982, pp. 723 ss.

¹⁷ Un *modus opinandi* di questo tipo permette di inquadrare la pena in maniera equilibrata e rispettosa della persona umana. Partendo dalla retribuzione come essenza della pena si ottiene infatti l'importante risultato che quest'ultima deve necessariamente essere proporzionata, dovendosi infliggere al reo ciò che si merita, né di più né di meno.

¹⁸ Per una serrata critica alla prevenzione generale *negativa* si considerino le lucide osservazioni di V. MAIELLO, *La clemenza tra dommatica, cit.*, pp. 1073 ss.

primi sostenitori di tale impostazione negli studiosi ascrivibili all'illuminismo giuridico, in particolare in Feuerbach (nella sua critica al pensiero di Hobbes¹⁹): la linea general-preventiva ha radici ben più antiche, ravvisabili addirittura nel Deuteronomio²⁰ e, unitamente a spunti special-preventivi, nel *Protagora* di Platone²¹.

La prevenzione generale 'positiva' è così denominata perché ravvisa nella pena una funzione educativa della società attraverso la quale si ottiene l'astensione dei consociati dalla commissione di reati²². La previsione di una sanzione penale costituirebbe infatti una conferma dei valori offesi dal reato, determinando a livello sociale la rimozione di impulsi volti a commettere il reato. Detto con altre parole, la pena svolgerebbe una funzione di *orientamento culturale* dei consociati.

Appare quindi evidente che l'effetto di dissuasione derivante dall'inflizione della pena nei confronti della generalità dei consociati, propria della general-prevenzione cosiddetta negativa, si indebolisce alla luce dell'ineffettività della minaccia sanzionatoria cagionata dalla amnistia. Analogo effetto si ha nei confronti della funzione di orientamento culturale della pena propria della general-prevenzione positiva.

d) *Le teorie specialpreventive*

Un notevole effetto negativo è cagionato dall'amnistia anche rispetto allo scopo preso in considerazione dalle teorie specialpreventive, che ravvisano l'utilità della pena nell'evitare che il reo delinqua nuovamente.

Anche in questo ambito si registra una significativa divaricazione: da un lato impostazioni volte alla *neutralizzazione* del reo; dall'altra impostazioni volte o alla *rieducazione* o all'*emenda*.

¹⁹ A. FEUERBACH, *Anti-Hobbes ovvero i limiti del potere supremo e il diritto coattivo dei cittadini contro il sovrano*, traduzione italiana a cura di Cattaneo, Milano, 1972.

²⁰ Deut. 17, 12-13: «L'uomo che si comporterà con presunzione e non obbedirà al sacerdote che sta là per servire il Signore tuo Dio o al giudice, quell'uomo dovrà morire; così toglierai il male da Israele; tutto il popolo lo verrà a sapere, ne avrà timore e non agirà più con presunzione».

²¹ PLATONE, *Protagora*, 324: «Chi cerca di punire secondo ragione, non punisce a motivo del delitto trascorso – infatti non potrebbe certo ottenere che ciò che è stato fatto non sia avvenuto – ma in considerazione del futuro, affinché non commetta ingiustizia né quello stesso che viene punito né altri che veda costui punito». Sul punto v. G. FIANDACA, E. MUSCO, *Diritto penale. Parte generale*, Bologna, 2010, p. 711; D. PULITANÒ, *Diritto penale*, Torino, 2011, pp. 17 ss.

²² Sulla interpretazione "costituzionalmente orientata" della general-prevenzione "positiva" si consideri: V. MAIELLO, *La clemenza tra dommatica, cit.*, pp. 1075 ss.

Le prime ritengono la pena uno strumento per neutralizzare la pericolosità del reo e quindi la probabilità che questo commetta nuovi reati; le seconde si fondano su un approccio incentrato sulla prevenzione di nuovi reati da parte del reo in base alla sua volontà di non ricadere nell'errore.

In quest'ultimo novero si distinguono due teorie special-preventive: quella della rieducazione, che, come è noto, ha trovato riconoscimento nel comma 3 dell'art. 27 della Costituzione italiana, e quella dell'emenda, che ha trovato altrettanto significativo riconoscimento nel *codex iuris canonicus*²³.

Da quanto qui esposto appare evidente il contrasto dell'amnistia anche rispetto alle teorie special-preventive: "neutralizza la neutralizzazione" del reo che deriva dall'inflizione della pena detentiva; inficia la possibilità di rieducazione (la quale non pare facilmente conseguibile nel momento in cui lo stato dimostra incoerenza rinunciando a punire le offese a beni giuridici da lui ritenute meritevoli di sanzione penale).

e) Le teorie polifunzionali

Attualmente nel diritto penale italiano prevale l'idea della polifunzionalità della pena.

Si tratta di un'idea risalente nel tempo²⁴.

Il legislatore del 1930, pur riorganizzando il sistema sanzionatorio attorno ai poli della prevenzione generale, con riferimento alla pena, e della prevenzione speciale con riferimento alle misure di sicurezza²⁵, non disdegnò in ordine alla prima un approccio polifunzionale. Indicativo di tale approccio è un brano della relazione al re sul codice penale dell'allora guardasigilli, nella quale

²³ I concetti di rieducazione e di emenda, pur avendo punti di contatto nella finalità di concreto miglioramento della personalità dell'autore del reato, appaiono distinti in quanto la rieducazione punta alla risocializzazione del condannato, al suo riadattamento sociale, mentre l'emenda ha una funzione penitenziale ed è quindi volta ad una interna rigenerazione morale del reo. Sul punto v. F. C. PALAZZO, *Corso*, cit., pp. 34 ss. Distingue in maniera ancor più netta le due finalità, tanto da escludere che l'emenda abbia carattere special-preventivo: G. BETTIOL, cit., p. 754.

²⁴ Emblematica sul punto è la posizione di uno dei più grandi studiosi italiani di diritto penale dell'Ottocento, Francesco Carrara. Pur partendo dall'opinione, ascrivibile al filone della retribuzione giuridica, che il fine primario della pena fosse il ristabilimento dell'ordine esterno nella società (F. CARRARA, cit., § 615, p. 88.) l'illustre autore prese in considerazione anche le teorie general-preventive e quella della rieducazione di taglio special-preventivo. Nel suo *Programma* affermò infatti: «Il concetto di riparazione, col quale esprimiamo il male della pena, ha implicite in sé le tre risultanti di correzione del colpevole, incoraggiamento dei buoni, ammonizione dei male inclinati» (F. CARRARA, cit., § 619, p. 89).

²⁵ Sul punto v. G. FIANDACA, E. MUSCO, cit., p. 697.

si affermava che, pur essendo in primo piano le finalità afflittive, la pena era considerata anche strumento di rieducazione e di emenda²⁶.

Successivamente, come è noto, la funzione rieducativa della pena è stata esplicitamente considerata nel secondo comma dell'art. 27 della Costituzione: «Le pene [...] devono tendere alla rieducazione del condannato».

Tale scelta ha suscitato aspre polemiche in ordine alla sua portata, sminuita dai sostenitori delle teorie retributive²⁷ ed esaltata da coloro che assegnano alla pena il compito precipuo di risocializzazione²⁸. Il dibattito che ne è scaturito ha prodotto in dottrina, pur nella diversità delle posizioni, frutti fecondi²⁹. Dopo il venir meno dei sinceri entusiasmi in ordine alla funzione rieducativa della pena³⁰, attualmente sembrano prevalere orientamenti “polifunzionali”, sia in

²⁶ Sul punto si veda la relazione dell'allora guardasigilli al re in *Lavori preparatori del Codice penale e del codice di procedura penale*, vol. V, Roma, 1929, p. 192.

²⁷ In tal senso: C. F. GROSSO, *Responsabilità penale*, in *Noviss. dig. it.*, XV, Torino, 1976, p. 719; G. BETTIOL, *cit.*, p. 725 ss.

²⁸ Sul punto v. F. MANTOVANI, *Diritto penale. Parte generale*, Padova, 1979, p. 676.

²⁹ Su tale dibattito si considerino, *ex multis*: F. BRICOLA, *Teoria generale del reato*, in *Noviss. dig. it.*, vol. XIX, Torino, 1973, pp. 7 ss.; F. MANTOVANI, *Pene e misure alternative*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1977, pp. 77 ss.; E. DOLCINI, *La commisurazione della pena*, Padova, 1979; F. CAVALLA, *La pena come problema*, Milano, 1980; M. ROMANO, F. STELLA (a cura di), *Teoria e prassi della prevenzione generale dei reati*, Bologna, 1980; T. PADOVANI, *L'utopia punitiva*, Padova, 1981; P. NUVOLONE, *Pena*, in *Enc. dir.*, vol. XXXII, Milano, 1982, pp. 787 ss.; V. MILITELLO, *Prevenzione generale e commisurazione della pena*, Milano, 1982; L. MONACO, *Prospettive dell'idea dello scopo nella teoria della pena*, Napoli, 1984; E. DOLCINI, C. E. PALIERO, *Il carcere ha alternative?*, Milano, 1989; L. EUSEBI, *La pena in crisi*, Brescia, 1989; ID., (a cura di), *La funzione della pena: il commiato da Kant e da Hegel*, Milano, 1989; S. MOCCIA, *Il diritto penale tra essere e valore. Funzione della pena e sistematica teleologica*, Napoli, 1992; F. PALAZZO, *La recente legislazione penale*, Padova, 1992; C. E. PALIERO, *Metodologie de lege ferenda: per una riforma non improbabile del sistema sanzionatorio*; in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1992, pp. 510 ss.; G. MANNOZZI, *Razionalità e “giustizia” nella commisurazione della pena: il just desert model e la riforma del sentencing nordamericano*, Padova, 1996; M. PAVARINI, *Lo scambio penitenziario. Manifesto e latente nella flessibilità della pena in fase esecutiva*, Bologna, 1996; ID., (a cura di), *Silente poenologi in munere alieno! Teoria della pena e scienza penalistica oggi*, Bologna, 2006; M. CASTALDO, *La rieducazione tra realtà penitenziaria e misure alternative alla detenzione*, Napoli, 2001; G. DE VERO, *Prevenzione generale e condanna dell'innocente*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2005, pp. 990 ss.; G. FIANDACA, *Scopi della pena tra comminazione edittale e commisurazione giudiziale*, in G. VASSALLI (a cura di), *Diritto penale e giustizia costituzionale*, Napoli, 2006, pp. 131 ss.; A. NAPPI, *La crisi del sistema delle sanzioni penali*, Napoli, 2010.

³⁰ Analizza bene il fenomeno T. PADOVANI, *cit.*, pp. 317 ss.

dottrina³¹, sia nella giurisprudenza della Corte costituzionale³², anche se non mancano voci critiche nei loro confronti³³.

Ciò premesso, occorre interrogarsi in ordine alla compatibilità di questa impostazione, che ad avviso di chi scrive è preferibile³⁴, con l'istituto dell'ammnistia. A tal proposito il contrasto appare ancor più evidente rispetto a quelli sinora riscontrati in quanto nella visione in questione si sommano vari scopi della pena che già individualmente, come s'è visto, appaiono in contrasto con questa forma di clemenza. Detto con altre parole, l'incompatibilità dell'ammnistia viene moltiplicata per il numero di scopi che nella visione polifunzionale connotano la pena.

4. Le differenze rispetto ad altre cause di estinzione della punibilità

Nessuna altra causa di non punibilità prevista dal codice penale italiano si pone in maniera così netta contro i sopra considerati scopi della pena.

Si confronti l'ammnistia con la *prescrizione del reato* (causa d'estinzione della punibilità in astratto prevista dagli artt. 157-161 cod. pen.) e con la *prescrizione della pena* (causa d'estinzione della punibilità in concreto prevista dagli artt. 172 e 173 cod. pen.). Il venir meno della punibilità (astratta o concreta) trova fondamento nell'esigenza di non punire il reo qualora sia trascorso un

³¹ Aderiscono a posizioni polifunzionali o pluridimensionali, dir si voglia: G. VASSALLI, *Funzioni ed insufficienze della pena*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1961, pp. 296 ss.; F. BRICOLA, *cit.*, p. 82; F. ANTOLISEI, *Manuale di diritto penale. Parte generale*, Milano, 1975, pp. 564 ss.; F. MANTOVANI, *Diritto penale, cit.*, pp. 676 ss.; A. PAGLIARO, *Principi di diritto penale. Parte generale*, Milano, 1980, pp. 660 ss.; D. PULITANÒ, *Diritto penale, cit.*, pp. 29 ss.; F. C. PALAZZO, *Corso, cit.*, pp. 36 ss. La polifunzionalità viene da vari autori colta nelle diverse fasi della dinamica della pena: G. DE SIMONE, S. CANESTRARI, L. CORNACCHIA, *Manuale di diritto penale. Parte generale*, Bologna, 2007, pp. 75 ss.; G. MARINUCCI, E. DOLCINI, *Manuale di diritto penale. Parte generale*, Milano, 2012, pp. 9 ss.; T. PADOVANI, *cit.*, pp. 319 ss.; C. F. GROSSO, M. PELISSERO, D. PETRINI, P. PISA, *Manuale di diritto penale. Parte generale*, Milano, 2013, pp. 594 ss.

³² Su tali orientamenti v. F. C. PALAZZO, *Corso, cit.*, pp. 40 ss.

³³ Critici nei confronti della teoria polifunzionale della pena: G. FIANDACA, *Art. 27, III e IV comma*, in G. BRANCA, A. PIZZORUSSO (a cura di), *Commentario della Costituzione*, Bologna-Roma, 1991, pp. 319 ss.; A. MANNA, *Corso di diritto penale. Parte generale*, vol. II, Padova, 2008, p. 164.

³⁴ Una visione polifunzionale appare preferibile. A ben vedere le teorie utilitaristiche hanno infatti, ognuna in base alle proprie diverse caratteristiche, punti di forza. È innegabile che la pena abbia una funzione intimidatrice, nell'ottica della prevenzione generale negativa. È altresì innegabile che mediante il ricorso alla pena o all'inasprimento della stessa si possa esercitare un'autorevole funzione di orientamento culturale, nell'ottica della prevenzione generale positiva. Non si può nemmeno negare il fatto che la pena possa servire a neutralizzare il reo, il quale privato della libertà personale difficilmente può delinquere. Risulta anche difficile negare che la pena mirando a far riconsiderare criticamente il reato da parte del suo autore possa far sì che questo si astenga in futuro dal delinquere nuovamente (questa sembra anzi essere la forma più nobile di neutralizzazione...).

congruo periodo dal *tempus commissi delicti*. Tale esigenza appare armonica rispetto al carattere deterrente caratteristico delle teorie general-preventive classiche poiché il decorso del tempo indebolisce l'effetto di contropinta; del pari appare armonica rispetto agli scopi di rieducazione caratteristici della forma più nobile di special-prevenzione poiché passando il tempo possono essere venute meno le esigenze rieducative e in ogni caso rieducare dopo molti anni può risultare molto difficile in quanto l'espiazione della pena in condizioni del genere può essere ritenuta ingiusta da chi la subisce. La prescrizione appare invece inconciliabile rispetto a concezioni retributive come quella di Kant ma non rispetto a teorie retributive meno rigide che possono ammettere che la meritevolezza della pena si affievolisca con il decorso del tempo.

Si confronti anche l'amnistia con l'*oblazione*, prevista dagli artt. 162 e 162-*bis* cod. pen. Quest'ultima causa d'estinzione del reato mantiene un carattere afflittivo per via del pagamento della somma di denaro che estingue, oltretutto, un reato di minore gravità, ossia una contravvenzione.

Si confronti infine l'amnistia con il *perdono giudiziale* per i minorenni, previsto dall'art. 169 cod. pen. L'estinzione del reato in questo caso è sottoposta a rigide condizioni e non svincola in maniera eccessiva la funzione general-preventiva, vista la benevolenza di cui normalmente gode il minorenne; pare in linea con la funzione rieducativa in quanto l'espiazione di una pena detentiva può creare un trauma ed una ribellione nel minore tali da avere effetti diseducativi; non contrasta in maniera irrefragabile con il carattere retributivo della pena, attesa la minor rimproverabilità che connota le condotte dei minori imputabili.

In definitiva, comunque si intenda la funzione della pena, l'amnistia costituisce la forma più grave di negazione della pena, dei suoi scopi e quindi costituisce una sorta di *negazione della giustizia*, anche nei casi nei quali sia stata adottata per temperare le asperità della giustizia (*supplementum iustitiae*) in presenza di particolari situazioni politiche, economiche o sociali³⁵.

5. I limiti al potere di amnistiare

a) Generalità

³⁵ Considerano l'amnistia una misura equitativa volta a temperare il rigore della giustizia in particolari circostanze politiche, economiche e sociali: G. MAGGIORE, *Diritto penale*, vol. I, Bologna, 1949, p. 621; G. BETTIOL, *cit.*, p. 824.

Le conclusioni sopra tratte potrebbero portare a negare la compatibilità dell'amnistia con il sistema penale italiano.

Si tratterebbe ovviamente di un vistoso errore alla luce dell'esplicita previsione dell'amnistia nell'art. 79 Cost.³⁶. Ciò non significa però che non esistano limiti al potere di amnistiare.

b) I limiti di natura temporale

Già lo stesso articolo da ultimo citato contiene, come s'è visto, una serie di limiti.

Il comma 2 impone al legislatore l'obbligo di indicare nella legge di amnistia e di indulto il termine per la loro applicazione.

Il comma 3 pone come termine assolutamente invalicabile per l'applicazione della legge di clemenza il giorno della presentazione del relativo disegno, termine, come s'è visto, sicuramente più rigoroso di quello indicato nel comma 3 dell'art. 151 cod. pen.

La *ratio* di questo limite è volta a non creare un *vulnus* ancor più grave al carattere deterrente della pena, quale sarebbe quello derivante dalla possibilità di fruire dell'impunità per fatti commessi dopo la presentazione del disegno di legge. È infatti del tutto evidente che lo scopo di prevenzione generale "negativa" verrebbe del tutto vanificato qualora fosse possibile approfittare dell'annuncio della proposta di un provvedimento di clemenza per commettere reati coperti successivamente da amnistia.

c) Il limite della maggioranza qualificata

La riforma costituzionale del 1992, al fine di ovviare al fenomeno del ricorso costante ed indiscriminato a provvedimenti di clemenza, ha, come s'è visto *supra*, previsto la necessità per l'approvazione della legge di amnistia e di indulto di una maggioranza qualificata dei due terzi dei componenti di ciascuna Camera.

Tale salutare scelta ha creato una evidente asimmetria tra la maggioranza semplice richiesta per l'approvazione di qualsiasi legge che introduca norme penali incriminatrici e quella qualificata ora richiamata.

³⁶ Sul punto v. V. MAIELLO, *La clemenza tra dommatica, cit.*, p. 1081.

Si tratta di una asimmetria che trova un valido fondamento nel fatto che l'istituto dell'amnistia, oltre a porsi contro gli scopi della pena, si pone in contrasto con alcuni principi costituzionali.

Innanzitutto il principio di eguaglianza sancito dall'art. 3 Cost.³⁷. È infatti di tutta evidenza la disparità di trattamento fra soggetti che hanno commesso la stessa fattispecie astratta in tempi diversi, potendo alcuni fruire del provvedimento di clemenza ed altri no. A tal proposito, come si vedrà meglio in seguito, è stata evidenziata la necessità che l'amnistia riguardi situazioni *eccezionali* per non creare un contrasto con il principio in questione.

La scelta di richiedere la predetta maggioranza qualificata pare andare in questa direzione perché è probabile che un così ampio consenso parlamentare possa determinarsi solo a fronte di situazioni emergenziali dotate dei crismi dell'eccezionalità.

A ciò si aggiunga che l'amnistia collide anche con il comma 3 dell'art. 27 Cost. poiché, come s'è visto nel paragrafo che precede, la funzione rieducativa della pena viene ostacolata dai "colpi di spugna", essendo solo astrattamente ipotizzabili situazioni nelle quali la rinuncia a punire possa portare a risultati rieducativi. Tali non possono essere ritenuti apparenti reinserimenti sociali legati al mero fatto di non scontare una pena detentiva, atteso che l'"insegnamento" derivante da una situazione di tale tipo potrebbe essere quello di una impunità derivante dalla mancanza di serietà di uno stato che prima minaccia sanzioni e dopo non le applica.

d) I limiti derivanti dal principio di eguaglianza

Come s'è anticipato poc'anzi, l'amnistia appare in contrasto con il principio di uguaglianza. Con riferimento a tale contrasto la Corte costituzionale, in una pronuncia risalente al 1971³⁸, ritenne compatibile l'amnistia con l'art. 3 Cost. solo qualora i fatti oggetto del provvedimento di clemenza fossero stati commessi in situazioni "non aperte nel tempo"³⁹. In tale occasione fu indicato, in buona sostanza, come limite al ricorso al provvedimento clemenziale l'eccezionalità delle situazioni nelle quali impiegare l'amnistia⁴⁰. Occorre però precisare che la Corte, nonostante

³⁷ Sul principio di uguaglianza riferito all'amnistia si consideri: G. DODARO, *Uguaglianza e diritto penale. Uno studio sulla giurisprudenza costituzionale*, Milano, 2012, pp. 379 ss.

³⁸ Corte cost., sent. n. 175 del 1971.

³⁹ Sul punto v. V. MAIELLO, *La clemenza tra dommatica, cit.*, p. 1060.

⁴⁰ Ivi.

queste affermazioni, non si è mai pronunciata in senso restrittivo con declaratorie di incostituzionalità di provvedimenti di amnistia, riconoscendo sempre al legislatore un notevole potere discrezionale⁴¹.

Anche in dottrina da tempo è stata individuata la linea di discriminazione tra uso lecito ed uso illecito del potere di amnistia nell'esistenza di una situazione *eccezionale e presumibilmente irripetibile*⁴².

Si tratta di una tesi condivisibile, che, come s'è poc'anzi detto, si è avverata con l'introduzione di una maggioranza qualificata per l'approvazione della relativa legge costituzionale, che dalla riforma del 1992 ad oggi ha impedito la promulgazione di provvedimenti di amnistia.

Oltre a tale limite ne esiste un altro, anch'esso derivante dall'art. 3 Cost., inerente al novero delle fattispecie da sottoporre ad amnistia. Infatti sarebbe lesivo del principio di uguaglianza escludere dall'ambito applicativo della legge di clemenza fattispecie di disvalore identico o analogo rispetto ad altre invece oggetto di amnistia poiché il legislatore tratterebbe in maniera diversa situazioni denotate dalla stessa portata offensiva. In tal senso s'è pronunciato il Giudice delle leggi nel 1974 dichiarando incostituzionale un provvedimento di amnistia per irragionevole mancata estensione al peculato militare, prendendo come termine di paragone la fattispecie di peculato per distrazione commessa «per finalità non estranee a quelle della pubblica amministrazione»⁴³.

Infine, nelle ipotesi più disdicevoli, il principio di uguaglianza potrebbe essere irrimediabilmente leso qualora la clemenza venisse impiegata per creare privilegi o zone di impunità a favore di alcune categorie di soggetti⁴⁴.

e) I limiti derivanti dai diritti inviolabili

⁴¹ Sulle ragioni di tale fenomeno v. G. DODARO, *cit.*, pp. 380 ss.

⁴² In tal senso V. ZAGREBELSKY, *Indulto* (dir. cost.), in *Enc. dir.*, vol. XXI, Milano, 1971, pp. 247 ss.; ID., *Amnistia cit.*, p. 93. Riconosce "diritto di cittadinanza" agli istituti di clemenza come l'amnistia solo in presenza di situazioni eccezionali anche F. C. PALAZZO (*Corso, cit.*, p. 622). Dal canto suo V. MAIELLO (*La clemenza tra dommatica, cit.*, p. 1063) sviluppa l'argomento in un'ottica di sistema: «i provvedimenti di clemenza, in ragione del loro carattere "eccezionale", data la tipica efficacia derogatoria della disciplina derogatoria "generale", si saldano con una versione ideologicamente aggiornata del canone di uguaglianza a patto che perseguano i medesimi scopi della normativa generale, vale a dire se convergono nella comune prospettiva del finalismo penale».

⁴³ Corte cost., sent. n. 4 del 1974.

⁴⁴ In tal senso, con riferimento ad un quadro più ampio, che comprende anche l'amnistia: F. C. PALAZZO, *Corso, cit.*, pp. 614 ss.

Ulteriori limiti alla concessione dell'amnistia derivano dalla tutela dei diritti inviolabili della persona riconosciuti dall'art. 2 Cost.

Poiché in base a questo articolo la Repubblica li garantisce, non sarebbe costituzionalmente legittima una legge di amnistia che riguardasse reati offensivi dei beni giuridici oggetto di questi diritti. Si pensi alla vita; si pensi alla libertà personale, dichiarata inviolabile dall'art. 13 Cost.⁴⁵. A ciò si aggiunga il fatto che anche la Convenzione per la salvaguardia dei diritti dell'uomo (CEDU) prevede la protezione di tali diritti. Si pensi all'art. 2, con riferimento al diritto alla vita; si pensi all'art. 5, con riferimento al diritto alla libertà.

Ne consegue che provvedimenti clemenziali riguardanti fattispecie offensive dei beni oggetto di tali diritti *anche se legati a situazioni eccezionali* dovrebbero essere ritenuti incostituzionali ed inoltre esporrebbero l'Italia a censure da parte della Corte EDU.

6. Considerazioni conclusive

Alla luce di quanto sinora considerato, si può sostenere che l'amnistia costituisca uno strumento da impiegare con estrema cautela, in situazioni *eccezionali* per non minare i fondamenti della pena ed i principi costituzionali sopra considerati.

Nei Paesi dove si manifestano esigenze di pacificazione è in ogni caso pericoloso amnistiare fattispecie criminose particolarmente gravi in quanto la relativa ingiustizia subita dalle vittime o dai parenti delle stesse potrebbe generare vendette e sfiducia nella giustizia. Occorre inoltre tener conto dei divieti di concessione scaturiti da convenzioni internazionali e sanciti da Corti sovranazionali, come la Corte interamericana per i diritti umani⁴⁶, divieti che sono ispirati a chiare esigenze di giustizia sostanziale.

In Paesi come l'Italia, dove nei decenni precedenti le numerose amnistie hanno avuto scopo prevalentemente deflattivo ed hanno riguardato reati di non eccessiva gravità, il ricorso a tale

⁴⁵ Sull'art. 13 Cost. sia consentito il rinvio a M. L. FERRANTE, *Principio di libertà personale e sistema penale italiano*, Napoli, 2014.

⁴⁶ Sui limiti all'amnistia sanciti nella sentenza "Barrios altos" della Corte interamericana per i diritti umani, datata 14 marzo 2001, riguardante crimini commessi in Perù, si veda G. FORNASARI, *Giustizia di transizione (Diritto penale)*, in *Enc. dir., Annali VIII*, Milano, 2015, pp. 560 ss.

strumento aveva ingenerato nell'opinione pubblica l'idea di una sostanziale ineffettività della sanzione penale.

È stato quindi opportuno l'innalzamento a due terzi della maggioranza necessaria per l'approvazione della legge di amnistia operato con la citata riforma dell'art. 79 Cost. in quanto da allora non è stato adottato alcun provvedimento del genere.

Del pari opportuna è stata la sottrazione, realizzata con la medesima riforma, al Capo dello Stato del potere, sia pure *sub delega*, di amnistiare, al fine affermare senza alcuna ombra di dubbio la sovranità popolare.

In definitiva, il giudizio complessivo su tale istituto non può essere positivo.

Tale giudizio appare ancor più netto nella condivisibile ottica di un diritto penale minimo, nel quale non vengano sanzionate fattispecie bagatellari. Qualora si affermasse tale auspicabile tipo di diritto penale non avrebbe alcun senso il ricorso all'amnistia in quanto finirebbe per sancire la non punibilità di soggetti che hanno commesso fatti di un certo rilievo. A ciò si aggiunga che in tale ipotesi non sarebbero così impellenti le esigenze di deflazione sia dei processi che delle presenze carcerarie. A tal proposito si consideri che fino alla riforma costituzionale del 1992 in Italia è stato fatto l'uso frequente dell'istituto sopra denunciato con riferimento a reati di scarsa gravità, alcuni dei quali divenuti oggetto di una recentissima, sia pur timida, depenalizzazione.

In conclusione, l'amnistia è sempre ascrivibile alle categorie dell'utilità e della politica e quasi mai alla categoria della giustizia.

MASSIMO LUIGI FERRANTE
Università degli Studi di Cassino
e del Lazio Meridionale

Abstract

Issues regarding the main characteristics of amnesty in the Italian legal system are analysed with specific reference to the relationship between amnesty and the purposes of punishment. The Author illustrates the constitutional principles of amnesty (art. 79 of the Constitution) and its restriction only in exceptional circumstances, in order to avoid mistrust in criminal justice. Finally, the Author underlines the constraints to grant amnesty.