

IPSOA

Diritto penale e processo

Mensile di giurisprudenza, legislazione e dottrina

ISSN 1591-5611 - ANNO XXIV - Direzione e redazione Via dei Missaglia, n. 97 - 20142 Milano

5/2018

 edicolaprofessionale.com/DPP

Verso una nuova clemenza collettiva?

Negazionismo e legge europea 2017

**La messa alla prova secondo
la Corte Costituzionale**

Sezioni Unite e responsabilità medica

RIFORMA

LEGGE ORLANDO

- Reati perseguibili a querela
- Ricorso per Cassazione

DIREZIONE SCIENTIFICA

Giorgio Spangher
Paolo Pisa (condirettore)

COMITATO SCIENTIFICO

Roberto Bartoli
Paolo Ferrua
Luigi Kalb
Antonella Marandola
Francesco Palazzo
Marco Pelissero
Sergio Seminarà
Paolo Tonini

TARIFFA R.O.C. - POSTE ITALIANE SPA - SPEDIZIONE IN ABBONAMENTO POSTALE D.L. 353/2003 (CONV. IN L. 27/02/2004 N. 46) ART. 1, COMMA 1, DCB MILANO



Wolters Kluwer

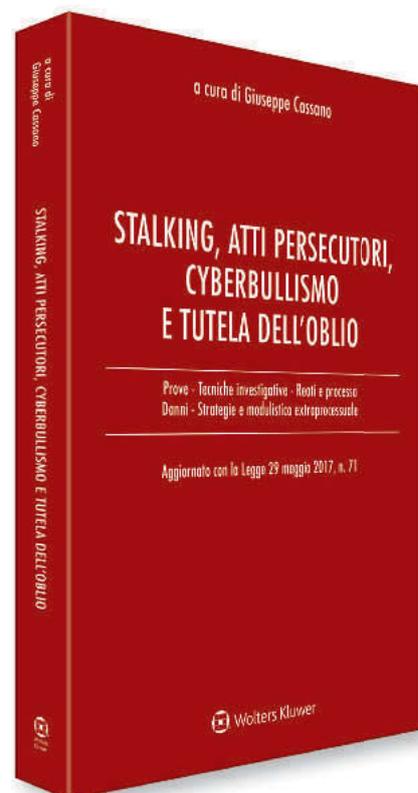
STALKING, ATTI PERSECUTORI, CYBERBULLISMO E TUTELA DELL'OBLIO

A CURA DI GIUSEPPE CASSANO

€ 65

Cod. 00228811

L'obiettivo del volume è fornire all'operatore giuridico tutti gli strumenti su come difendersi dagli attacchi sempre più invasivi alla persona, con particolare riferimento a Internet. Si affrontano compiutamente tutte le problematiche connesse allo **stalking**, agli **atti persecutori**, alla nuova **legge sul cyberbullismo** e, più in generale, alla **tutela della persona in Internet**, con particolare riferimento al **diritto all'oblio**. Le problematiche vengono sviscerate sia dal punto di vista scientifico che dal punto di vista pratico-operativo e si offrono quindi all'operatore tutte le risposte che nascono dal dover adattare le norme al complesso mondo del digitale. Sono infine approfonditi i problemi connessi alle prove, alle tecniche investigative, ai profili processuali, alla richiesta dei danni, alle problematiche extraprocessuali. Completano il testo una serie di schemi, tabelle e moduli di pratico utilizzo.





EDITORIALE

| | | |
|-----------------|--|------------|
| Clemenza | VERSO UNA NUOVA CLEMENZA COLLETTIVA? di <i>Vincenzo Maiello</i> | 573 |
|-----------------|--|------------|

SPECIALE - RIFORMA ORLANDO (IV)

| | | |
|-------------------------------------|--|------------|
| Reati perseguibili a querela | RIFORMA ORLANDO: LA MODIFICA DELLA DISCIPLINA DEL REGIME DI PROCEDIBILITÀ PER TALUNI REATI di <i>Alberto Gargani</i> | 579 |
| Ricorso per Cassazione | LA RIFORMA DEL GIUDIZIO IN CASSAZIONE TRA PRAGMATISMI OPERATIVI ED ACCENTUATA NOMOFILACHIA di <i>Filippo Raffaele Dinacci</i> | 591 |

LEGISLAZIONE

| | | |
|---------------------|--|------------|
| | NOVITÀ NORMATIVE | 602 |
| Negazionismo | AGGRAVANTE DI NEGAZIONISMO E NUOVE CONDOTTE TIPICHE <i>Legge 20 novembre 2017, n. 167</i> di <i>Paolo Caroli</i> | 605 |

OSSERVATORIO

| | | |
|--|--|------------|
| | OSSERVATORIO CORTE COSTITUZIONALE a cura di <i>Giuseppe di Chiara</i> | 611 |
| | OSSERVATORIO CORTE DI CASSAZIONE - SEZIONI UNITE a cura di <i>Giulio Garuti</i> | 618 |
| | OSSERVATORIO CORTE DI CASSAZIONE - DIRITTO PENALE a cura di <i>Stefano Corbetta</i> | 623 |
| | OSSERVATORIO CORTE DI CASSAZIONE - PROCESSO PENALE a cura di <i>Antonella Marandola</i> | 629 |
| | OSSERVATORIO CONTRASTI GIURISPRUDENZIALI <i>Irene Scordamaglia</i> | 633 |

GIURISPRUDENZA

| | | |
|--------------------------------------|--|------------|
| Particolare tenuità del fatto | LA PARTICOLARE TENUITÀ DEL FATTO AL VAGLIO DELLA CORTE COSTITUZIONALE: PRIME INDICAZIONI <i>Corte costituzionale 17 luglio 2017, n. 207</i> di <i>Silvia Larizza</i> | 638 |
| Responsabilità medica | RESPONSABILITÀ MEDICA PENALE: LE SEZIONI UNITE APPLICANO LE REGOLE SULLA RESPONSABILITÀ CIVILE DEL PRESTATORE D'OPERA <i>Cassazione Penale, SS.UU., 22 febbraio 2018 (c.c. 21 dicembre 2017), n. 8770</i> di <i>Carlo Brusco</i> | 646 |
| Misure cautelari | I REQUISITI DI ATTUALITÀ E CONCRETEZZA NEL PERICOLO DI COMMISSIONE DEI DELITTI <i>Cassazione Penale, Sez. V, 7 aprile 2017 (c.c. 22 novembre 2016), n. 17822</i> di <i>Chiara Stoppioni</i> | 655 |
| Prova dichiarativa | OBBLIGO DEI RISCONTRI NELLA VALUTAZIONE DELLE DICHIARAZIONI PREDIBATTIMENTALI <i>Cassazione Penale, Sez. V, 20 marzo 2017 (c.c. 18 gennaio 2017), n. 13522</i> di <i>Camilla Toninelli</i> | 661 |

Diritto penale e processo

Sommario

OPINIONI

| | | |
|------------------------------------|---|------------|
| Messa alla prova per adulti | LA MESSA ALLA PROVA TRA LE DUE CORTI: APORIE O NUOVI PARADIGMI? di <i>Carlotta Conti</i> | 666 |
| Termini di prescrizione | RIFORMA ORLANDO E PRESCRIZIONE DEI REATI CONTRO LA P.A.: UN INTERVENTO INCOERENTE E POCO UTILE di <i>Paolo Frosina</i> | 681 |

OSSERVATORIO

| | |
|---|------------|
| OSSERVATORIO CORTE EUROPEA DEI DIRITTI DELL'UOMO a cura di <i>Carlotta Conti</i> | 692 |
|---|------------|

INDICI

| | |
|---|------------|
| INDICE AUTORI, CRONOLOGICO DEI PROVVEDIMENTI, ANALITICO | 696 |
|---|------------|

COMITATO PER LA VALUTAZIONE

Diritto penale: G. Amarelli; A. Bernardi; M. Bertolino; S. Canestrari; A. Ceretti; F. D'Alessandro; G. De Francesco; M. V. Del Tufo; E. Dolcini; M. Donini; G. Fiandaca; A. Fiorella; G. Flora; G. Fornasari; G. Forti; A. Gargani; G.L. Gatta; G. Grasso; R. Guerrini; G. Insolera; S. Larizza; C. de Maglie; V. Maiello; V. Manes; G. Mannozi; F. Mantovani; A. M. Maugeri; E. Mezzetti; V. Militello; A. Pagliaro; C. E. Paliero; M. Papa; L. Picotti; L. Risicato; M. Romano; A. Rossi; A. Vallini; F. Viganò.

Processo penale: E. Amodio; A. Bargi; G. Bellantoni; T. Bene; A. Bernasconi; P. Corso; A. De Caro; D. Curtotti; P. Dell'Anno; O. Dominioni; V. Fanchiotti; M. Ferraioli; L. Filippi; C. Florio; A. Gaito; A. Giarda; P. Gualtieri; S. Lorusso; M.R. Marchetti; E. Marzaduri; M. Menna; P. Moscarini; G. Pansini; V. Patane'; A. Pennisi; G. Pierro; A. Presutti; S. Sau; A. Scaglione; M. Scaparone; A. Scella.

Giurisprudenza italiana n. 2/2018:

Diritto penale:

- P. Sanfilippo, *Riciclaggio e profitto confiscabile: la "solidarietà nella pena" nel concorso di persone* (Cassazione penale, Sez. II, 25 ottobre 2017 (ud. 13 ottobre 2017), n. 49003); 447.
- F. Basile, *Quale futuro per le misure di prevenzione dopo le sentenze De Tommaso e Paternò?* (Cassazione penale, Sez. un., 5 settembre 2017 (ud. 27 aprile 2017), n. 40076); 452.

Diritto Processuale Penale:

- S. Michelagnoli, *Offesa alla memoria del defunto e procedimento archiviativo avanti al giudice di pace* (Cassazione penale, Sez. V, 3 maggio 2017 (17 marzo 2017), n. 21209); 462.
- L. Saponaro, *Il dubbio ragionevole alla ricerca di una definizione* (Cassazione penale, Sez. VI, 17 gennaio 2017 (ud. 6 dicembre 2016), n. 1986); 468.

Giurisprudenza italiana n. 3/2018:

Diritto penale:

- A. Martufi, *La sentenza Taricco-bis: la qualità della legge penale come limite all'effetto diretto?* (Corte di giustizia dell'Unione Europea, 5 dicembre 2017, C-42/17); 718.
- A. Menghini, *La Cassazione sulla portata applicativa del c.d. reclamo giurisdizionalizzato* (Cassazione penale, Sez. I, 30 novembre 2017 (c.c. 14 giugno 2017), n. 54117); 724.
- A. Galante, *L'overruling delle Sezioni unite in tema di accesso abusivo ad un sistema informatico* (Cassazione penale, Sez. un., 8 settembre 2017 (ud. 18 maggio 2017), n. 41210); 734.

Diritto Processuale Penale:

- J. Della Torre, *Patteggiamento e ricorribilità per violazione dell'art. 129 c.p.p. dopo la riforma Orlando* (Cassazione penale, Sez. II, 1° febbraio 2018 (c.c. 11 gennaio 2018), n. 4727, ord.); 741.
- C. Morselli, *Annullamento senza rinvio della Cassazione (quale "Corte Suprema"): contenimento dei costi ed effetti deflattivi* (Cassazione penale, Sez. un., 24 gennaio 2018 (30 novembre 2017), n. 3464); 748.

Clemenza

Verso una nuova clemenza collettiva?

di Vincenzo Maiello

L'Autore, dopo avere evidenziato che negli ultimi anni una serie di iniziative ha posto al centro di un rinnovato interesse i temi del potere di clemenza, si occupa della proposta di revisione costituzionale della disciplina dell'amnistia e dell'indulto avanzata nel corso di un importante convegno svolto a Roma all'inizio di quest'anno. Egli condivide l'esigenza di abbassare i quorum di approvazione delle leggi di clemenza generale e propone sia di introdurre il controllo preventivo di costituzionalità, sia di includere nella disciplina costituzionale anche gli atti di clemenza atipica.

The Author, after pointing out that in recent years a series of initiatives has placed the themes of the clemency's power at the center of a renewed interest, deals with the amnesty and indult discipline's proposal of constitutional revision advanced during an important conference held in Rome earlier this year. He agrees with the need to lower the quorums for the approval of general clemency's laws and proposes both to introduce the preventive control of constitutionality, and to include in the constitutional discipline the acts of atypical clemency too.

Il ritorno di interesse per l'impunità retroattiva

Negli ultimi anni iniziative istituzionali, disegni di revisione costituzionale, convegni celebrativi e giornate di studio hanno veicolato una sorprendente attenzione sui temi della clemenza collettiva.

Ricostruendo diacronicamente queste vicende, ricordiamo:

a) il messaggio alle Camere sulla questione carceraria dell'8 marzo 2013, nel quale il Presidente della Repubblica - dopo aver auspicato rimedi, strutturali e sistemici, per fronteggiare la condizione di sovraffollamento penitenziario stigmatizzata dalla Corte Edu in *Torreggiani* - raccomandava l'immediata emanazione di un congruo provvedimento di amnistia e indulto (1);

b) il convegno bolognese del 22 maggio 2014 promosso dalla locale Camera Penale che, nel ventennale dalla scomparsa, volle celebrare Franco Bricola aprendo una riflessione sulla "difficile clemenza" (2);

c) il disegno di revisione dell'art. 79 Cost. presentato alla Camera dei Deputati il 28 giugno 2016, n. 2454 (Manconi ed altri), che contemplava la sostituzione degli attuali *quorum* di approvazione delle leggi di amnistia e indulto con la maggioranza assoluta dei componenti di ciascuna camera;

d) l'incontro di studio svolto a Trento il 27 e 28 ottobre 2017, su iniziativa dell'Università di quella città e della rivista *Diritto penale - XXI secolo*, dedicato ad un approfondimento della clemenza generale nella complessità degli aspetti storici, comparati, costituzionali ed applicativi, nonché alle sue prospettive di riforma (3);

e) ultimo, ma non per importanza, il seminario - organizzato dalla "Società della Ragione" - tenutosi a Roma il 12 gennaio scorso su "Costituzione e clemenza collettiva. Per un rinnovato statuto dei provvedimenti di amnistia e indulto" (4).

Non è peregrino, allora, affermare che l'impunità retrospettiva - considerata dal pensiero penalistico *mainstream* reperto di un'archeologia giuridica refrat-

(1) Su cui, Pulitanò, *Il messaggio del Presidente Napolitano e le politiche penali*, in www.penalecontemporaneo.it, 23 ottobre 2013.

(2) Gli atti sono stati pubblicati in A. Valenti (a cura di), *La difficile clemenza*, numero monografico di ius17@unibo.it, luglio-dicembre 2014.

(3) I lavori delle due giornate di studio si possono seguire su Radio Radicale.

(4) Anche questo convegno è oggi consultabile in audio su Radio Radicale.

taria alle relazioni di civiltà secolarizzata dello Stato costituzionale - abbia acquisito un 'diritto di palco' nel teatro del dibattito pubblico.

Anzi, vien fatto di dire che, forse, il tema non ha mai goduto di uno spazio simile di discussione, tanto che l'odierno interesse a riproporlo nell'orizzonte dell'impegno riformatore sembra dare origine ad un ineffabile paradosso, così riassumibile: mentre la *bulimia clemenziale* dei decenni passati aveva alimentato l'auspicio di un drastico ridimensionamento di quegli atti - quando non addirittura della loro stessa soppressione; la situazione di pratica inagibilità di quel potere, determinata dalla riforma costituzionale del 1992 (5), sta suscitando l'esigenza di una sua riabilitazione operativa.

La proposta Pugiotto di riforma dell'art. 79 Cost.

Per comprendere come stanno le cose, conviene muovere dal seminario dello scorso gennaio e dagli intenti riformatori che l'hanno ispirato.

L'obiettivo dell'incontro - approfondito nella relazione di apertura di Andrea Pugiotto - è stato individuato nel bisogno di "restituire agibilità, costituzionale e politica, agli istituti di clemenza collettiva (amnistia ed indulto) e individuale (grazia e commutazione della pena)", non senza precisare che "non si tratta di reiterare (...) la richiesta di una legge di amnistia e indulto o di un ricorso alla clemenza individuale che non sia con il contagocce. Ciò che serve è, semmai, arrivare a definire lo statuto giuridico di tali strumenti attraverso una loro più coerente disciplina - rispettivamente - costituzionale o legislativa" (6).

Circoscrivendo la riflessione alla clemenza generale, si è, dunque, identificato il fattore da modificare nell'attuale disciplina costituzionale.

Il "mostruoso procedimento rafforzato" congegnato dalla revisione dell'art. 79 ed i suoi inediti *quorum* vengono additati, non senza fondamento, quali cause dei "paralizzanti veti incrociati" responsabili della quiescenza in cui è scivolato il potere di amnistia e indulto; segnatamente, capaci "di impedire provvedimenti di clemenza (anche quando necessari) o di condizionarne il contenuto (oltre il necessario): basta che un partito si sfilii o solo minacci di sfilarsi dalla elevata maggioranza richiesta, e il ricatto avrà sicuro successo".

Viene, in particolare, osservato come la ricerca di una così vasta maggioranza faccia correre il rischio della perdita di identità e coerenza politico-criminale della legge, costretta ad assecondare le istanze delle forze parlamentari necessarie a comporre i *quorum* di approvazione.

Il rilievo riecheggia l'analoga considerazione dei firmatari del disegno di revisione costituzionale n. 2454/2016 i quali, nella nota illustrativa, avevano paventato la preoccupazione che i *quorum* vigenti potessero favorire pratiche consociative, dando adito a ciascuna parte di approvare una legge *pro domo sua*.

Sul punto, la relazione Pugiotto si astiene, sagacemente, da letture superficiali e semplificatrici, ammettendo che la fuoriuscita della clemenza dall'agibilità parlamentare e dalla riflessione politico-criminale affonda le radici nella diffidenza culturale che circonda quel potere.

Si tratta di una contrarietà di principio risalente, forgiata dal razionalismo illuministico e corroborata dagli abusi della prassi (7), che è venuta rafforzandosi nell'intreccio col *linguaggio* e lo *spirito* del populismo penale del nostro tempo e col corto circuito che ne è scaturito nel circuito perverso dei rapporti tra decisione politico/parlamentare e consenso sociale. "Essere contrari ad atti di clemenza - si sostiene - (...) è molto popolare, assicura facile plauso e garantisce dividendi elettorali". Lo attesterebbe la gestione *post-Torreggiani* del sovraffollamento carcerario: all'adozione di un provvedimento di remissione sanzionatoria che avrebbe fatto cessare immediatamente la violazione convenzionale in atto, essa ha preferito una complessa strategia di misure legislative ed amministrative che ha differito nel tempo l'esito di adeguamento della situazione interna ai moniti del giudice europeo.

Di qui, un'articolata proposta di modifica dell'art. 79 finalizzata ad incidere sia sulla dimensione procedurale della produzione di clemenza generale, sia sui profili della sua legittimazione sostanziale.

Sul primo versante, l'idea riformatrice prefigura due interventi: la sostituzione dei complicati *quorum* oggi previsti con la "maggioranza assoluta dei componenti di ciascuna camera nella sola votazione finale"; e l'inclusione delle leggi di amnistia e indulto tra quelle per le quali l'art. 72, comma 4, Cost. prescrive la

(5) Su cui cfr. Roselli, *Legge costituzionale 6 marzo 1992, n. 1*, in *Commentario della Costituzione*, fondato da G. Branca e continuato da A. Pizzorusso, Bologna-Roma, 1995, 620 ss.

(6) Pugiotto, *Per un rinnovato statuto costituzionale della clemenza collettiva*, di prossima pubblicazione in *Riv. it. dir. proc. pen.*

(7) Su questi aspetti, sia consentito il rinvio al nostro *Clemenza e sistema penale*, Napoli, 2007, 87 ss., 225 ss.

“procedura normale di esame e di approvazione diretta da parte della Camera”, in tal modo introducendo nella materia una “riserva d’Assemblea”.

È, tuttavia, sul secondo dei piani segnalati che la proposta veicola contenuti ‘rivoluzionari’.

L’obiettivo perseguito assegna alla normativa costituzionale il compito di sottoporre l’esercizio del potere di clemenza a ‘presupposti materiali’ e ‘regole d’uso’, che vengono indicati in “situazioni straordinarie” e/o in “ragioni eccezionali” da illustrare nei rispettivi profili di rilevanza nell’ambito di un preambolo alla legge.

La conseguenza, come ben si coglie, è una trasformazione funzionale della disciplina, non proiettata esclusivamente su fonti e procedimento (cioè, sulla “grammatica delle forme”), ma estesa alla configurazione delle ‘linee interne’ di gestione del potere (vale a dire, sulla “sintassi delle valutazioni sostanziali”).

L’interesse del penalista e la condivisione delle ragioni di fondo della riforma

La riscrittura del volto costituzionale della clemenza generale appartiene, *pleno iure*, agli ‘interessi di conoscenza’ del penalista, ponendo questioni che interpellano il suo ‘punto di vista’: la ‘sospensione temporanea e retroattiva della legge penale’ interferisce con i compiti normativi e le funzioni reali del sistema penale, costituendo la proiezione rovesciata dei suoi presupposti di legittimazione.

Su queste premesse, riteniamo di dover condividere l’obiettivo di fondo perseguito dal movimento di riforma, consistente nel sottrarre la clemenza generale dall’odierna situazione di stasi operativa.

Con tutta evidenza, la paralisi della capacità del sistema di produrre leggi di amnistia e indulto è inaccettabile: per ragioni di principio - in quanto la formale vigenza di un potere che, nei fatti, risulta di arduo esercizio, dà luogo ad una forma mascherata di antinomia; ma anche sul piano delle esigenze di giustizia, poiché restano prive di tutela quelle situazioni di ‘crisi del diritto’ e di sofferenza dei diritti fondamentali alle quali potrebbero porre rimedio le cause di non punibilità (o di attenuata punibilità) retroattiva.

Il nostro sostegno si estende, comunque, anche a talune delle proposte di modifica dell’art. 79 Cost. Tra esse, in primo luogo, la previsione del *quorum* qualificato “nella sola votazione finale”.

Si tratta di una misura che alleggerisce il procedimento legislativo e ne accorcia i tempi, ridimensionando il rischio di effetti criminogeni collegati ad aspettative di impunità che immancabilmente si accompagnano ad iniziative di clemenza *in itinere*.

Riguardo, poi, alla base di calcolo del *quorum*, avevamo in altra sede suggerito di adottare il parametro dei votanti, preferendolo a quello dei componenti di ciascuna camera (8).

Restiamo persuasi della congruità della soluzione in ragione della sua capacità di caratterizzare la matrice parlamentare della decisione legislativa e di ridurre il rischio di intese ipotecate dalla tirannia del principio maggioritario.

Quel che va in ogni caso mantenuto nella revisione costituzionale della materia è la connotazione delle leggi di amnistia e indulto quali fonti “rinforzate nel procedimento”, o, se si preferisce, quali leggi ‘atipiche’ o, ancora, ‘nuovo tipo’ di leggi.

Siamo dell’opinione che si tratti di un requisito identitario dell’*impunità retroattiva*, senza del quale tale vicenda rischia di scivolare nell’alveo della “rottura costituzionale”.

L’aggravamento procedurale che qualifica la produzione della clemenza collettiva (richiesto da entrambe le formulazioni diacroniche dell’art. 79) conferma, infatti, che il potere di “sospendere retroattivamente e temporaneamente la legge penale” - con effetti sui procedimenti penali in corso e sull’autorità dei giudicati di condanna - non ricade tra le ordinarie prerogative del legislatore. In particolare, non estrinseca il fisiologico ‘ciclo funzionale’ in cui si concretizzano le attribuzioni del ‘legislativo’, ma realizza un’indebita invasione nelle competenze della *giurisdizione* - segnatamente in rapporto ai due istituti che ne qualificano il tipico esercizio, vale a dire *a)* l’azione e *b)* la sentenza - con conseguente erosione del modello orizzontale di divisione dei poteri (9).

La “codificazione” dei presupposti delle leggi di clemenza. La necessità di introdurre il sindacato preventivo di costituzionalità

La proposta di “codificare” i presupposti delle leggi di amnistia e indulto scandisce un passaggio cruciale del cammino politico/costituzionale del potere di clemenza.

(8) Maiello, *Clemenza e sistema penale*, Napoli, 2007, 509.

(9) Diffusamente, Maiello, *op. cit.*, 483 ss.; in precedenza, Pugiotto, *La legge interpretativa e i suoi giudici*, Milano, 2003, 422.

L'espressa affermazione della sua natura vincolata spazza via ogni residuo e strumentale fraintendimento della sua perdurante appartenenza al registro delle attribuzioni puramente discrezionali, decretandone il formale ingresso nell'etica 'dei fini e dei mezzi' costitutiva di una politica del diritto conforme a principi sovralegislativi. In altri termini, segna la fine della paradossale ambiguità che ha segnato i rapporti tra la clemenza e lo Stato di diritto, facendo della prima uno spazio solo formalmente 'dentro' al secondo, ma nella sostanza 'fuori' dal suo *nomos* (10). L'indicazione riformista recepisce, in parte significativa, gli esiti degli itinerari di razionalizzazione percorsi dal discorso teorico ed elaborati in importanti studi degli ultimi decenni.

Lo conferma, in special modo, il rinvio alle "situazioni straordinarie": si tratta, infatti, della categoria dei "fatti chiusi nel tempo" prospettata da Gustavo Zagrebelsky (11) – quale referente di delimitazione razionalizzatrice della materia – ripresa da Gladio Gemma (12) e da noi ribadita - pur entro un quadro di marcata funzionalizzazione allo statuto teleologico di un diritto penale ad orientamento costituzionale (13).

Qualche riserva può ingenerare, invece, l'indicazione delle "ragioni eccezionali" tra i presupposti di giustificazione della remissione sanzionatoria. Potrebbero derivarne rischi di usi impropri della discrezionalità e di pratiche di esercizio corrivo del potere, sempre in agguato in un ambito tradizionalmente esposto a *suggestioni paternalistiche* ed a *pulsioni indulgenziali*.

All'accoglimento di quella categoria dovrebbe, allora, accompagnarsi un potenziamento dei controlli di costituzionalità.

In questa prospettiva, una prima risorsa potrebbe esser data dal previsto obbligo di motivare la legge.

Si tratta di uno 'spazio discorsivo' aperto alla giustificazione teleologica e politico-criminale della decisione di clemenza. Non a caso, infatti, il proponente ne ha concepito il ruolo *a latere* della fondazione della materia in chiave di *razionalità strumentale* rispetto agli scopi della pena ed ai compiti del diritto penale, secondo quanto aveva argomentato la sentenza costituzionale n. 369/88 (ben definibile come il rovescio

speculare della pronuncia in tema di *error iuris*, di appena qualche giorno precedente).

E tuttavia, il rimedio in grado di accrescere il coefficiente di effettività della verifica di legittimità di amnistia e indulto andrebbe individuato, a nostro avviso, nel sindacato preventivo di costituzionalità. È questo un punto su cui la nostra posizione marca una netta distanza dalla proposta Pugiotto.

Riteniamo che uno scrutinio sull'*an* della clemenza, collocato a cavallo tra l'approvazione della legge e la sua promulgazione (14), sottrarrebbe la Corte dall'imbarazzo di pronunciarsi sull'annullamento della legge quando la sua attuazione ha prodotto effetti irreversibili, propiziando condizioni di contesto favorevole ad un apprezzamento più neutro della conformità a Costituzione del provvedimento.

Da altra angolatura, reputiamo che la disciplina espressa del controllo costituzionale relativo all'*an* della remissione sanzionatoria avrebbe l'ulteriore – e niente affatto marginale – merito di sancirne l'espressa sindacabilità, facendo, così, cessare l'intollerabile paradosso per il quale la Consulta reputa non censurabile la 'concessione' di clemenza, bensì la sua estensione.

L'esigenza di attrarre nella disciplina da riformare gli atti innominati di clemenza

Nell'ambito di una riforma dell'art. 79 Cost. dovrebbe essere prevista l'espressa disciplina delle forme di produzione degli atti anomali – definiti anche atipici o innominati - di clemenza (quali condoni, sanatorie, regolarizzazioni).

A ben vedere, infatti, non esiste soluzione di continuità tra tutte le varie manifestazioni di impunità retroattiva.

Esse sono indistintamente caratterizzate dall'assenza di contenuti propriamente normativi integrando decisioni *ex post facto* che, prive dei requisiti di *generalità* ed *astrattezza*, appaiono connotati da una portata meramente *provvedimentale*.

Le decisioni di clemenza atipica vanno, quindi, accomunate ad amnistia e indulto nella specifica destinazione ad incidere su *res iudicanda* e *res iudicata*, in sostanza sulle 'pietre angolari' che reggono i predicati di autonomia e indipendenza della funzione giurisdizionale penale.

(10) In questo senso, la clemenza sembra intrecciare la problematica doppia anima del concetto di sovranità; sul punto, Agamben, *Homo sacer*, Torino, 1995.

(11) G. Zagrebelsky, *Amnistia, indulto e grazia*, Milano, 1974, 93 "se la situazione non è eccezionale e non è presumibilmente irripetibile non c'è spazio per l'emanazione di atti di clemenza".

(12) G. Gemma, *Principio costituzionale di uguaglianza e remissione della sanzione*, Milano, 1983, 251 ss.

(13) Maiello, *op. cit.*, 397 ss.

(14) Nella nostra prospettiva, il sindacato di costituzionalità successivo all'entrata in vigore della legge continuerebbe a restare in vita riguardo alle questioni relative al *quantum* dell'atto di clemenza.

La loro emarginazione dal campo di applicazione dell'art. 79 Cost. si risolve, allora, in una forma surrettizia di aggiramento della portata *costituente* di tale disposizione, in quanto unica fonte sovralegislativa deputata a gestire il *superamento del passato* attraverso la non punibilità retroattiva.

Prevedendo un procedimento rinforzato - o comunque atipico - per l'emanazione degli atti di clemenza, essa intende rimarcare che l'impunità *post delictum* non può essere stabilita con legge ordinaria.

Appare, pertanto, auspicabile che una revisione costituzionale della materia riporti ad unità di disciplina le molteplici espressioni del medesimo potere, ricomponendo quella frattura provocata dalla prassi legislativa ed avallata dalla Corte costituzionale (15).

Gli spazi della "clemenza di giustizia"

Resta fuori discussione che all'auspicata nuova agibilità del potere di clemenza non possa essere affidata alcuna prospettiva di replicare le scriteriate applicazioni del passato.

Occorre ribadire con fermezza che l'esercizio a cadenza ciclica e secondo moduli potestativi del potere di cancellare in via retroattiva reati e pene distrugge la credibilità dello Stato di diritto, mina la fiducia istituzionale nella giustizia penale e perpetua il diritto penale bulimico, ipertrofico e dismisurato, del quale rappresenta l'altra faccia e, dunque, la rappresentazione complementare della relativa insostenibilità.

Siamo, tuttavia, convinti che - al di fuori di questi contesti, ove il potere di amnistia ha rappresentato una sorta di "ultimo asilo dove si è trincerato il potere arbitrario" - si aprano spazi entro cui collocare con laica ragionevolezza gli strumenti dell'impunità retrospettiva.

Tralasciando il campo per molti versi distinto della clemenza pacificatrice ed i complessi problemi che intreccia con la giustizia di transizione, ci riferiamo all'area della "clemenza di giustizia", a sua volta articolata nelle due tipologie, rispettivamente, della clemenza come "adattamento del diritto" e "correzione del diritto".

Il comune denominatore di queste declinazioni funzionali del potere di amnistia è la vocazione ad operare quale *mezzo di chiusura del sistema e di salvaguardia della sua coerenza complessiva*.

In pratica, il loro compito politico-criminale consiste nel rimuovere i fattori di anomala compromissione delle *condizioni di efficacia del sistema di giustizia penale ispirata all'idea dello scopo "nel senso della Costituzione"*.

L'implementazione di una clemenza di questo tipo esige una svolta culturale che va assecondata anche attraverso rinnovate tecniche di redazione delle sue formulazioni legislative.

Ad esempio, il criterio di selezione dei reati fondato sul rinvio alle cornici edittali andrebbe sostituito col riferimento ai *nomina iuris*, ovvero a loro sotto-fattispecie ritagliate sulla base delle rispettive connotazioni empirico-fattuali ritenute rilevanti ai fini della valutazione di "non punibilità retroattiva".

In questo orizzonte di legittimazione, si profilano inediti scenari di impiego della clemenza: da strumenti concepiti e plasmati entro visioni paternalistiche e maiestatiche del diritto e della democrazia, si trasformano in risorse al servizio della funzionalità di un sistema penale liberale.

Si tratta di prospettive che ben possono coesistere con l'espansione della tutela giudiziaria dei diritti fondamentali che, soprattutto dietro le spinte del sistema multilivello, ha determinato la frantumazione del giudicato.

Anche questa realtà, infatti, lascia priva di tutela esigenze di isonomia e di pari trattamento, generando, per molti aspetti, violazioni di secondo grado dei diritti fondamentali.

Due esempi, tra i molti: le vicende dei fratelli minori di Contrada (i condannati per concorso esterno per fatti commessi prima del 1994 che non sono ricorsi a Strasburgo) e dei fratelli di Taricco (i condannati per condotte di evasione IVA infracomunitaria con sentenze passate in giudicato nel periodo intercorrente tra la prima pronuncia della CGUE ad oggi).

Una postilla

La laicizzazione della materia dovrebbe passare anche attraverso una de-eticizzazione semantica del lessico. Il termine *clemenza* è pregno di significati maiestatici che attualizzano con forte potenza evocativa il legame con l'origine teologica e paternalistica del potere, riproponendone l'aura meramente indulgenziale.

Sarebbe allora auspicabile che nella comunicazione scientifica si procedesse ad una progressiva sostituzione del lemma col sintagma *impunità retroattiva* (o retrospettiva), così come nel linguaggio della disciplina costituzionale si sostituisse la formula "l'amnistia e l'indulto sono concessi" con la seguente "l'amnistia e l'indulto sono deliberati (...) con legge approvata".

(15) Corte cost. 30 marzo 1988, n. 369.

COMMENTARIO AL NUOVO CODICE DELLA STRADA

di PASQUALE CIALDINI, POTITO IASCONI

Il Commentario al Nuovo Codice della strada

propone approfonditi commenti, oltre che al testo degli articoli del Codice e del Regolamento, anche alle principali leggi speciali.

Tra le novità più significative, si segnalano le disposizioni in tema di patenti di guida, la classificazione dei veicoli per usi particolari, le modalità di applicazione e di procedura delle sanzioni, il reato di omicidio stradale (legge 23 marzo 2016, n. 41).

L'Opera approfondisce sia gli **aspetti giuridici**, sia gli **aspetti tecnici**, affrontando, nel commento degli articoli:

- la costruzione, manutenzione e gestione delle strade
- le caratteristiche dei veicoli e dei loro equipaggiamenti
- le regole tecniche di circolazione e di sicurezza stradale, alla luce delle numerose Direttive europee emanate in materia.

Completa ed arricchisce l'Opera un'appendice all'interno del servizio on line "La mia biblioteca" che comprende la **segnaletica a colori** e la rassegna di tutta la **documentazione attuativa** e del codice della strada citata nel Commentario.

€ 130

Cod. 00150528



UTET, GIURIDICA, è un marchio registrato e concesso in licenza da De Agostini Editore S.p.A. a Wolters Kluwer Italia S.r.l.