

**Intervento tenuto in occasione del seminario di studio italo argentino su
Istituti di clemenza e Bene Comune**

Padova, 13 gennaio 2017

L'AMNISTIA NEL PRISMA DELL'OFFENSIVITÀ DEL TORTO PENALE

L'amnistia, sul piano giuridico-positivo, è disciplinata tanto nella nostra Carta Fondamentale del 1948 – il cui art. 79 Cost. (modificata dalla L. Cost. 6 marzo 1992, n. 1) prevede che sia concessa con legge ordinaria, ma con maggioranza qualificata dei 2/3 in ogni suo articolo e con votazione finale; prima era viceversa atto del Presidente della Repubblica, su legge di Delegazione del Parlamento) -; quanto nel codice penale, il cui art. 151 ne caratterizza il tenore 'clemenziale' di tipo 'generalista sotto un duplice profilo, in certo senso diacronico e personale: in primo luogo, diversamente dall'indulto – che incide come causa di estinzione della pena (art. 174 c.p.) -, essa è disciplinata anche come causa di estinzione del reato, oltre che della pena, posto che, qualora l'atto di clemenza sia approvato prima del giudizio e della condanna penale definitiva, esso, '*estingue il reato*', limitandosi inevitabilmente a estinguere la sola pena, anche in fase di esecuzione, laddove sia già stata pronunciata una sentenza definitiva di condanna; in secondo luogo, diversamente dalla grazia, ulteriore atto di clemenza, è un atto di natura particolare, che rientra tra le prerogative del Presidente della Repubblica, e che, allo stesso modo dell'indulto, richiede quale presupposto indispensabile l'esistenza di una sentenza di condanna irrevocabile (cfr. art. 174 c.p.).

L'ultima amnistia risale al 1990, concessa con D.P.R. n. 75, del 12 aprile 1990 (G.U. n. 86 del 12 aprile 1990), ha rappresentato il 36° provvedimento di clemenza (tra amnistia e indulto) dal 1944 ad oggi. Insomma, un numero non esiguo che occorre considerare al fine di svolgere alcune considerazioni critiche in ordine all'eterogeneità dei fini, quasi una 'deviazione funzionale', che ha contrassegnato, nel corso degli anni, l'intima *ratio* dell'amnistia, fino a renderla molto spesso servente alle esigenze concrete dell'amministrazione dei processi (l'ultima del 1990 corrispondeva all'esigenza di dare l'abbrivio, di consentire un avvio senza intoppi all'entrata in vigore e vigenza effettiva al nuovo rito processuale del c.d. Codice Vassalli) o del governo dell'esecuzione penitenziaria, del sovraffollamento carcerario, del rispetto di alcune condanne che la CEDU ha pronunciato nei confronti del nostro Stato a proposito delle condizioni di degrado e inumane alle quali è costretta la popolazione carceraria del Paese.

Credo che, al di là delle singole configurazioni tecnico-penalistiche nel corso del tempo e dai diversi Autori offerti dell'amnistia (due sono gli orientamenti di fondo: secondo il primo, l'amnistia sarebbe un atto normativo inteso a *modificare il valore astratto della singola norma penale compresa nel provvedimento, incidendo dunque sulla fonte stessa del fatto di reato; essa avrebbe quindi valore abrogativo della norma penale, sia pure temporaneo e solo per il passato* (sembrerebbe, per dirla Croce, un 'filosofico irrocervo'); questa è la posizione del Manzini, il quale, da antifilosofico tecnicista-giuridico, non considerava tuttavia, che la norma penale, prima di essere penale, deve essere norma, criterio orientativo del comportamento, caratterizzandosi – deonticamente - per il dover essere del 'permesso', 'vietato e 'consentito', dover essere il quale necessariamente richiede, sul piano logico prima che

deontologico, il futuro, deve assurgere a criterio di orientamento dell'atto, della condotta della persona iscritto nella scelta e proiettato nel futuro; insomma, abrogare i precetti – anche penali - comportamentali solo in relazione ai fatti che li abbiano già violati, ai reati già commessi, oltre a suonare beffardo, si rivela surreale, poco meno di un nonsenso); non troppo diverse sono le impostazioni secondo cui l'amnistia 'sospenderebbe temporaneamente' l'efficacia della legge penale (PUGLIATTI, *Abrogazione*, in *Enc. Dir.*: ma come, si sospende qualcosa del passato? Il passato è passato, non può sospendersi; anche qui, si 'sospende l'efficacia della norma nel passato', poco meno di un nonsenso dadaista: si gli effetti sospensivi rilevano solo se raccordati agli effetti di un atto giuridico, non a un dover essere del passato, la sospensione richiede strutturalmente, logicamente e ontologicamente la contemporaneità, il presente, la presentificazione); per un secondo orientamento, oggi prevalente, il provvedimento di amnistia non potrebbe considerarsi nella sostanza un atto normativo, non essendo caratterizzato dalla **generalità ed astrattezza**, poiché non è caratterizzato dal duplice requisito della generalità e astrattezza. Infatti, pur essendo un provvedimento generale, posto che a differenza della grazia si rivolge a intere categorie di soggetti, manca invece di astrattezza essendo rivolto necessariamente a reati già commessi e dunque a un numero di soggetti in teoria determinabili (*Comm. ROMANO, GRASSO, PADOVANI, PG, III, sub art. 151, 25*). Conseguentemente, **l'amnistia non influirebbe nemmeno in modo parziale o temporaneo sul disvalore astratto delle norme penali contenute nel provvedimento ma invero, si limita in concreto a porre nel nulla alcuni degli effetti di reati già commessi** (*Comm. ROMANO, GRASSO, PADOVANI, PG, III, 25*). In tal senso, è significativa la sistematica del codice penale che colloca l'amnistia tra le **cause estintive del reato**, sul presupposto che esse si riferiscono ad un mero fatto di reato e precisamente al mancato prodursi dei

suoi effetti, mentre altri fenomeni - come l'abrogazione, la novazione, la depenalizzazione o la dichiarazione di incostituzionalità - hanno per oggetto la legge e quindi la fonte stessa di qualificazione del fatto di reato in questione (*Comm. ROMANO, GRASSO, PADOVANI, PG, III, pre art. 150, 9; Fiandaca, Musco, PG, 786*).

Ciò detto molto sinteticamente sul piano tecnico-giuridico, sul piano filosofico-politico sono state offerte nel corso del tempo diverse spiegazioni di *ratio* e fondamento dell'amnistia, troppo spesso in una logica strumentale e funzionale: l'amnistia 'serve' a qualcosa, l'amnistia 'funziona' al fine di realizzare qualche scopo: dall'eliminazione del sovraffollamento carcerario all'instaurazione rapida e fluida di un nuovo rito processuale, abbiamo l'amnistia-rimedio.

Tuttavia, non credo possa comprendersi a fondo il senso clemenziale dell'amnistia al di fuori di un'adeguata considerazione dei limiti del potere punitivo statale e del principio di sovranità a esso connesso, e che sia invece necessario riprendere il tema della Giustizia e del concetto stesso di Bene Comune, il quale, nell'ambito del diritto penale, coinvolge direttamente i profili del principio di **offensività** come ci diceva poc'anzi il Prof. Ronco.

In sé e per sé, infatti, credo che l'amnistia si ponga comunque come deroga al principio di eguaglianza di tutti i cittadini di fronte alla legge: chi ha delinquito prima è fatto salvo, chi dopo non più. La questione è, però, che il principio di uguaglianza non esaurisce la Giustizia, non assicura sempre il Bene Comune, concetti i quali, talvolta, per essere perseguiti, necessitano dell'abdicazione dello Stato al diritto-potere di punire.

Due suggestioni per concludere, l'una posta sul piano penalistico, l'altra filosofico politico.

La prima è costituita da un passaggio della sentenza della Corte costituzionale n. 4 del 1974, in cui si affermava: “il ricorso a provvedimenti di clemenza può considerarsi validamente consentito solo nel caso della sopravvenienza di circostanze siffatte da **condurre a considerare i reati precedentemente commessi, in quanto legati a un momento storico ormai superato, non più offensivi della coscienza sociale**”. **La mancanza di offensività, di mancanza sopravvenuta di offensività, quindi una questione di Giustizia e Bene Comune, può giustificare l'amnistia.**

La seconda da un passaggio meraviglioso di Francesco Gentile, il quale, a proposito dell'edificazione dello Stato dopo una guerra civile, e parafrasando alcune caratteristiche dell'azione partigiana secondo Karl Schmitt, ricordava: “coloro che conducono un'azione terroristica sono costretti ad annientare gli avversari, cioè le loro vittime, anche da un punto di vista morale. “Devono bollare i nemici come dei criminali disumani - scrive sempre Schmitt - come se fossero del tutto privi di valore, poiché altrimenti i veri criminali, i mostri, sarebbero loro, i partigiani” [...] così elementi sufficienti per definire il partigiano come soggetto politico, caratterizzato da una volontà particolare, di parte, sciolta da regole universali, che pretende tuttavia d'essere discriminante fra il bene e il male. Se tutto ciò è vero, si delinea in modo più netto il problema politico che lo Stato moderno incontra nel far fronte all'azione terroristica del partigiano. E si possono verificare le difficoltà che ne disturbano e talvolta ne paralizzano la reazione militare. Difatti, “nel cerchio infernale del terrore e delle misure anti-terroristiche, sovente la caccia al partigiano diviene

l'immagine speculare della lotta partigiana", di modo che lo **Stato si trova progressivamente trascinato dal partigiano sul suo terreno**". [...] **Costretto per ragioni operative ad assumerne il modello, lo Stato moderno si vede ridotto alla misura del partigiano, obbligato a dividerne l'irregolarità, la trasgressione di ogni regola e l'inclinazione a criminalizzare l'avversario.**

E in tale contesto l'alternativa non può non risultare gratuita dato che la sola differenza percepibile dipende dal lato in cui ci si pone".

Qui il passaggio raggiunge lo *zenith*: "**L'esitazione, lo scrupolo, l'imbarazzo con i quali lo Stato moderno fa fronte all'azione terroristica del partigiano, sarebbero dunque imputabili, secondo la scienza politica, alla condizione contraddittoria nella quale lo Stato moderno si viene a trovare quando deve collocarsi, per ragioni operative, sullo stesso piano del partigiano, in una condizione, cioè, d'irregolarità e d'inimicizia assoluti**".

Ecco la ragione dell'amnistia misurata sui principi di Giustizia e Bene Comune: quell'esitazione, quello scrupolo, quell'imbarazzo dello Stato e del potere punitivo, affinché l'Intelligenza Politica prevalga sulla Ragion di Stato, impone l'amnistia, che così assume paradossalmente - beninteso sul piano filosofico-politico, non tecnico-penalistico - una proiezione ambivalente: è amnistia a beneficio dei rei per i fatti-reato formalmente tipici; ma è amnistia politica dello Stato anche nei confronti di se stesso, quasi al modo di un 'lavacro' emendativo della propria origine partigiana.

Grazie.