

Massimo Donini

Punire e non punire. Un pendolo storico divenuto sistema

SOMMARIO: 1. La sostanza (l'essenza) della pena simmetrico-retributiva e i suoi 'accidenti' – 2. L'Ottocento e la crisi dell'idea retributiva come forma di 'giustizia' penale – 3. Il Novecento e il trionfo del rimprovero: cultura scientifico-causale e cultura del capro espiatorio – 4. Una confutazione storica della logica tradizionale del punire – 5. La pena come sviluppo legislativo e non concettuale. La tesi di fondo – 6. I caratteri originari dalla legge Pica in avanti. Le eccezioni e le regole – 7. Dal non punire riservato al sovrano o al Parlamento, al non punire affidato alla magistratura – 8. Tratti caratterizzanti il codice penale fino al 1974 – 9. L'evoluzione dal 1974 in poi: l'ingresso di discipline generali del non punire – 10. La legge del pendolo e il perché delle mancate codificazioni generali – 11. Breve rassegna del punire e non punire, fino a Tangentopoli – 12. La svolta di Tangentopoli e il non punire come forma della giustizia, anziché della (sola) politica: quale 'non punibilità' – 13. Il ritorno di tendenze punitiviste dal 2018 e il loro impatto su inflazione penale, durata dei processi e ruolo della discrezionalità giudiziale – 14. L'accelerazione della riforma Cartabia alla dialettica punire/non punire, tra idea riparativa e nuova discrezionalità di sistema – 15. Società dei diritti e non punire – 16. Conclusione

1. *La sostanza (l'essenza) della pena simmetrico-retributiva e i suoi 'accidenti'*

Sia il diritto penale nazionale o sovranazionale, oppure internazionale, va preso atto di una resistenza mondiale delle concezioni retributive della pena, ammantate di diverse declinazioni contemporanee, soprattutto in termini di prevenzione generale positiva: una riaffermazione dei valori protetti in funzione di tutela dei beni; o di teorie espressive della pena: una riaffermazione dei valori fine a se stessa, sufficiente per giustificare la pena come scopo etico-giuridico, al di là di ogni non misurabile conseguenza. La pena retributiva resta qui al centro, perché tutto il resto è accidente, connotazione.

Infatti, ciò che di bene può derivare – quale conseguenza scientificamente accertabile – dalla pena è solo *eventuale*: siano la rieducazione, la ri-socializzazione, l'emenda, il pentimento, il perdono, la riconciliazione, la riparazione e il risarcimento¹.

Vero questo, *l'essenza della pena*, ciò che appartiene come *necessario al suo*

¹ In termini B. FEIJÓO SÁNCHEZ, *Retribución y prevención general. Un estudio sobre la teoría de la pena y las funciones del Derecho penal*, Montevideo, Buenos Aires, BdeF, 2007, p. 45.

concetto, è dunque la simmetria di un *raddoppio del male*².

Questa è a mio avviso una proposizione di *verità scientifica sul diritto penale* quale è (stato finora)³.

«Essenza» significa qui, per riprendere il lessico aristotelico di sostanza-accidente, la nozione invariante nel contenuto di una realtà, cosa o verità, una sua denotazione, mentre è «accidente» ciò che può connotare, oppure no, in modo variabile e non necessario, quella realtà.

Non ritengo, tuttavia, che si tratti di una verità *meta-fisica*. Il diritto penale è storia e politica. Sono teoricamente e praticamente possibili politiche nuove rispetto al passato. Le riflessioni seguenti ne descrivono uno sviluppo in corso.

2. *L'Ottocento e la crisi dell'idea retributiva come forma di 'giustizia' penale*

La concezione retributiva classica⁴, cioè la pena equivalente come

² Ciò riguarda, si capisce, il piano descrittivo, non quello prescrittivo di un dover essere critico-ideale o costituzionale.

³ *Amplius* M. DONINI, *Riparazione e pena da Anassimandro alla CGUE. La basi di un nuovo programma legislativo per la giustizia penale*, in «*Sistema penale*», 20 dicembre 2022, e in *Riflessioni sulla giustizia penale. Studi in onore di Domenico Pulitanò*, Torino, Giappichelli, 2022, p. 407 ss.

⁴ E. BELING, *Die Vergeltungsidee und ihre Bedeutung für das Strafrecht* (1908), Aalen, Scientia Verlag, 1978; E. NAGLER, *Die Strafe* (1918), Aalen, Scientia Verlag, 1970; B. FREUDENTHAL, *Schuld und Vorwurf*, Tübingen, Mohr, 1922; R. MAURACH, *Deutsches Strafrecht*, AT⁵, Heidelberg, Müller, 1965, p. 49 ss.; P. DEVLIN, *Morals and the Criminal Law*, in ID., *The Enforcement of Morals*, Oxford, Oxford Univ. Press, 1965, p. 5 ss.; G. BETTIOL, *Il problema penale* (1948), in ID., *Scritti giuridici*, vol. II, Padova, Cedam, 1966, p. 687 ss.; ID., *Colpevolezza normativa e pena retributiva* (1943), in *Scritti*, vol. II, Padova, Cedam, 1966, p. 602 ss.; ID., *Diritto penale*, PG¹⁰, Padova, Cedam, 1978, p. 104 s., p. 707 ss.; G.P. FLETCHER, *Rethinking Criminal Law* (1978), reprint, Oxford, Oxford Univ. Press, 2000, p. 401, p. 414 ss., p. 459 ss., p. 532 ss.; ID., *Basic Concepts of the Criminal Law*, Oxford, Oxford University Press, 1998, tr. it., *Grammatica del diritto penale*, Bologna, Il Mulino, 2004, p. 57 ss., p. 66 ss. (diversamente però ID., *The Grammar of Criminal Law, american, comparative and international*, vol. I, *Foundations*, Oxford, Oxford Univ. Press, 2007, pp. 224-265); M. RONCO, *Il problema della pena*, Torino, Giappichelli, 1996, *passim*; A. V. HIRSCH, *Censure and Sanctions*, Oxford, Clarendon Press, (1993), 2003, *passim*; FEIJÓO SÁNCHEZ, *Retribución y prevención general*, cit., p. 44 ss.; M. S. MOORE, *Placing Blame: a General Theory of the Criminal Law*, Oxford, Oxford Univ. Press, 1997; M. Tonry (ed.), *Retributivism has a Past. Has it a Future?*, Oxford, Oxford University Press, 2011; v. in generale la ricostruzione di M. CATTANEO, *Pena, diritto e dignità umana. Saggio sulla filosofia del diritto penale*, Torino, Giappichelli, 1990, e in prospettiva storica, il

espressione dei valori infranti dal delitto, è anche una prassi e non solo un'idea, e si posiziona alla base delle letture tradizionali della retribuzione come idea della pena 'giusta' in quanto simmetrica e proporzionata.

Tali letture devono essere valutate proprio in termini di giustizia e proporzione, e se davvero analizzate sotto questo aspetto, presentano oggi una realtà normativa dispiegata che, anziché essere espressione di una idea di giustizia, ci sembra *immorale*⁵.

Ma ancor più ci sembra socialmente *dannosa*.

Da un lato nessuno sa che cosa sia davvero proporzionato, *in positivo*, a un illecito o a un'offesa: manca l'unità di misura, e le differenziatissime pene a livello comparato, o anche storico-diacronico, attestano l'estrema politicità dell'universo sanzionatorio. Si può al limite dichiarare la sproporzione, *in negativo*, tra le norme esistenti in un determinato ordinamento, e così produrre una giurisprudenza, europea o costituzionale sulle pene sproporzionate in concreto⁶. Ma ciò non compensa il *vulnus* di una mancata proporzione in positivo, l'assenza di un metro fondante: pone semplicemente di fronte a una cura palliativa, anche se in prospettiva potrebbe cambiare il sistema imponendo al legislatore di rivedere tutti i minimi edittali, dove la pena è riempita di prevenzione generale.

Dall'altro lato, la retribuzione, la pena simmetrica, non solo non ripara nulla, ma se ne infischia delle conseguenze dell'illecito, si disinteressa totalmente della persona offesa, della riparazione del danno e dell'offesa, per guardare solo all'autore come capro espiatorio su cui concentrare una violenza collettiva che si limita ad aumentare il tasso di dolore esistente nella società, sublimato in una soddisfazione giustiziera istituzionalizzata, perché neppure risocializzazione e rieducazione sono necessarie, ma solo sperabili

più risalente F. COSTA, *Delitto e pena nella storia del pensiero umano*, Torino, E.lli Bocca, 1928.

⁵ Già G. BOVIO, *Saggio critico del diritto penale e del nuovo fondamento etico* [1872], Napoli, Ernesto Anfossi, 1883, p. 40 ss., p. 58 ss. V. *amplius* M. DONINI, *Per una concezione post-riparatoria della pena. Contro la pena come raddoppio del male*, in «Rivista italiana diritto e procedura penale», 2013, p. 1162 ss. ID., *Il raddoppio del male*, in *Una città*, n. 212/2014, consultabile in <<https://www.unacitta.it/newsite/articolo.asp?id=93>>. Una sintetica illustrazione del pensiero di Bovio, in M. DONINI, *Responsabilità e pena da Kant a Nietzsche. La decostruzione del rimprovero*, in «Rivista italiana diritto e procedura penale», 2020, p. 1716 ss.

⁶ Sulla non sproporzione della pena quale diritto fondamentale del condannato F. VIGANÒ, *La proporzionalità della pena. Profili di diritto penale e costituzionale*, Torino, Giappichelli, 2021, p. 226 ss., p. 305 ss., e l'analisi della giurisprudenza costituzionale alla p. 52 ss. Per una ulteriore rassegna M. DONINI, *Diritto penale*, p. vol. 1, Milano, Giuffrè Francis Lefebvre, 2024, cap. 4, § 17.5.

ed eventuali, mero accidente, in questa logica.

È una prospettiva che, al limite, ammette riparazione e risocializzazione *dopo* la pena espiata, o *accanto* a quest'ultima.

Il magistrato penale viene così pre-selezionato, da tali logiche, in senso retribuzionista: che ritenga o meno di esserlo, non importa; 'funziona' così.

Questa riflessione sulla crisi del pensiero retributivo è stata condotta nell'Ottocento da vari pensatori: da Giovanni Bovio a Jeremy Bentham, a Franz von Liszt⁷. Anche l'eredità di Nietzsche ci consegna la messa in discussione di ogni riflessione sulle categorie del rimprovero quale fondamento del giudizio penale⁸.

Eppure, il Novecento non ha accolto affatto questa eredità critica, esaltando nelle categorie basiche dell'illecito e della colpevolezza (fatto tipico, antigiuridico e colpevole, secondo letture tripartite del reato, alle quali qualcuno ha perfino aggiunto una quarta categoria della punibilità, come se non bastasse) la dimensione extragiuridica, socio-antropologica, del rimprovero.

3. *Il Novecento e il trionfo del rimprovero: cultura scientifico-causale e cultura del capro espiatorio*

Se si osserva l'eredità del Novecento, che dai suoi inizi ha esaltato il giudizio etico-giuridico sul delitto e il delinquente come *Schuld* e *Vorwurf*, come *Blame* e *Culpability*, la pena serve addirittura a neutralizzare un discorso sulle cause e sulle conseguenze dell'intervento penale nella società: poiché tutto si concentra su un autore responsabile, su un 'reo', alla fine il suo castigo sembra risolvere il *problema sociale* dell'illecito. È lui il problema, un *problema personale*. Altro che prevenzione generale, o tutela dei beni!

La personalità della responsabilità penale, mito vivente di un diritto penale non più medievale e arcaico, perché liberato dalla responsabilità oggettiva verso una responsabilità 'colpevole', rischia così di conservarlo nella sua essenza ascientifica: quella che non conosce le cause o non può rimuoverle, e dunque si limita a sanzionare l'unica causa-colpa afferrabile, la persona del responsabile.

Il discorso penalistico della modernità (post-illuministica) era incentrato sul paradigma scientifico-causale dell'orientamento alle cause e alle conse-

⁷ Analisi in DONINI, *Responsabilità e pena da Kant a Nietzsche*, cit., p. 1713 ss.

⁸ *Op. ult. cit.*, p. 1726 ss.

guenze della cultura penalistica: prevenzione generale e speciale. L'Ottocento, pur mettendo in crisi, almeno nelle coscienze critiche più brillanti, la retribuzione come criterio di misura della responsabilità⁹, alla fine non è un secolo conseguente a questa presa d'atto: il paradigma causale regredisce dal penale e viene spostato sulle scienze c.d. 'ausiliarie' (criminologia, sociologia etc.): 'il penale dei penalisti' rimane ascrittivo, è la cultura dell'imputazione e della responsabilità, la cultura del castigo. La pena ristabilisce l'ordine violato. Il 'reo' è persona libera che ha scelto di delinquere.

Se la sua punizione eliminasse il conflitto (se fosse vero ciò), tutta la politica criminale che dovrebbe prevenire il delitto sarebbe finalmente estranea alla politica penale, ai manuali 'tecnici' che infatti non hanno quasi nulla di sociologico o criminologico al loro interno, perché la politica 'penale'-punitiva (non quella criminale orientata alle cause del crimine) ha ormai scelto di fare del reo un capro espiatorio, cioè un soggetto che impedisce di discutere su altre 'cause' o 'conseguenze', concentrando su di sé il discorso pubblico del punire, tutta la sua 'cultura'.

Quando a discutere delle cause dei delitti sono scienziati *separatamente competenti* per discipline non penali, al penalista non rimane che il rimprovero. La storia penalistica del Novecento è la storia del rimprovero. Le sue categorie fondanti sono l'illecito, il fatto antigiuridico e la colpevolezza, appunto, come categorie della retribuzione fondante la responsabilità.

Eppure, al suo interno si affianca al discorso del punire quello del non punire, della non punibilità. È una dialettica, una contraddizione, non è una sintesi teorica, come vedremo. In questa dialettica si specchia la crisi interna al discorso ufficiale della pena-castigo come rappresentazione del capro espiatorio.

4. Una confutazione storica della logica tradizionale del punire

Che cosa contrasta 'storicamente' il dato millenario descritto, l'essenza della simmetria punitiva? Non la sola inconsistenza concettuale della retribu-

⁹ Anche Hegel appartiene a questo novero di pensatori critici della misura della retribuzione sanzionatoria: G.F.W. HEGEL, *Grundlinien der Philosophie des Rechts* (1821), tr. it. *Lineamenti di filosofia del diritto*, Bari, Laterza, (1913), 1979, §§ 98-99, §§ 101-103; ID., *Enzyklopädie der philosophischen Wissenschaften im Grundriß*, dritte Ausgabe, 1830, tr. it. *Enciclopedia delle scienze filosofiche in compendio*, Milano, Bompiani, 2000, p. 831, § 529. Analisi in DONINI, *Riparazione e pena*, cit., p. 1713 ss., e in S. MOCCIA, *Le teorie penali pure nel pensiero tedesco. Tra illuminismo e Idealismo*, Napoli, ESI, 2023, p. 131 ss.

zione, non il dovere di perseguire altri scopi dalla riaffermazione del precetto (rieducazione, prevenzione speciale etc.), ma il *costante orientamento del sistema* al perseguimento di forme di riparazione/pena agita/non punibilità/degradazione sanzionatoria *accanto a, o dopo* la minaccia della pena principale.

Vale a dire: *la pena retributiva non è autonoma, non basta a sé stessa*. Essa si accompagna sempre a strumenti o procedimenti di pene degradate, sostituite, condonate, estinte, trasformate, rinunciare, patteggiate, rimodellate etc., che in qualche misura riequilibrano il sistema e ripropongono in astratto oppure in concreto l'idea 'moderna' del diritto penale come *ultima ratio*.

La pena tradizionale è una pena subita, una sofferenza, un *pati*, una privazione coatta di diritti o beni. Ma questa logica sanzionatoria classica non si concilia con la pena come rieducazione o risocializzazione: esse suppongono, infatti, un contributo attivo del responsabile al processo di reinserimento sociale o di neutralizzazione delle sue capacità criminali. Non è un corpo afflitto e torturato, e tanto meno un'anima nei tormenti, applicati con intenzione. Non deve essere la 'colonia penale' di Kafka.

Solo una pena agita rieduca¹⁰. La pena, pertanto, sempre più si ridefinisce come pena agita e non subita: la sola compatibile con un processo etico-rieducativo o di risocializzazione e rieducazione.

La pena agita e la non punibilità, intesa quest'ultima come possibilità di degradare, trasformare in astratto o in concreto, l'entità o il tipo di pena, sino anche a prevedere forme di rinuncia alla stessa¹¹, sono oggi categorie costanti dell'*ultima ratio* e della rieducazione nel sistema penale accanto alla prima. Esse sono le due dimensioni più innovative, perché *capaci di mutare l'essenza della pena*: da espressione ultima di una legge meno che perfetta (che sanziona senza annullare le conseguenze dell'illecito) a legge che ripara l'illecito, perfetta dunque nei termini del catalogo della legislazione secondo Ulpiano¹²; sono infine dimensioni capaci di trasformare la pena da raddoppio del male a riduzione del male complessivo.

¹⁰ M. DONINI, *Pena agita e pena subita. Il modello del delitto riparato*, in *Studi in onore di Lucio Monaco*, Urbino, Urbino University Press, 2020, p. 389 ss.; anche in «Questione giustizia», online, 29 ottobre 2020, p. 1 ss.

¹¹ Sulla categoria della non punibilità, v. i richiami *infra*, a nota 42 e il par. 15.

¹² ULPIANO, all'inizio delle *Regulae* (I,1-2) definisce 'perfetta' la legge che vieta che qualcosa sia fatto e, se viene fatto, lo annulla; 'imperfetta' la legge che non applica né una sanzione né un effetto di annullamento per un atto ad essa contrario; 'meno che perfetta' la legge che, vietando qualcosa, sanziona il comportamento che la trasgredisce, ma non annulla gli effetti dell'illecito. Il diritto penale, tradizionalmente, disinteressandosi della riparazione dell'offesa, è stato sempre una legge 'meno che perfetta'.

Dentro a una concezione costituzionale della pena (rieducazione e *ultima ratio*) c'è spazio dunque anche per la non punibilità (il 'non punire'), e per la pena agita: dimensioni che non negano né il carattere afflittivo della pena subita, né il bisogno di una risposta capace di contrastare veramente il male del delitto, ma lo trasformano in una realtà culturale di riconciliazione, speranza, riparazione o anche solo risocializzazione che guarda al responsabile come persona, dal principio alla fine del percorso penale.

Il resto, la prevenzione generale positiva, declinata oggi soprattutto attraverso le *concezioni espressive*, è abbellimento conservatore della tradizione¹³.

Queste evoluzioni culturali, che trasformano l'epistemologia della pena, non verranno qui ripercorse in una revisione *concettuale*, già svolta in altri contributi¹⁴. Se ne tenterà invece una lettura *storica*: l'evoluzione del punire e della sua legge epistemica da *lex minus quam perfecta* a *perfecta* e da raddoppio del male a riduzione del male complessivo attraverso le forme 'costanti' del non punire, vecchie e nuove, presenti nella legislazione.

¹³ Funzione della pena, secondo le *concezioni espressive*, è di comunicare culturalmente alla generalità o ai singoli il disvalore del fatto e il biasimo sociale e giuridico per la sua commissione. Sono eventi sociologici che nessuno parimenti può 'misurare', ma certamente sono percepibili nei *media*, nel rapporto con agenti e funzionari di pubblica sicurezza e polizia giudiziaria, con la magistratura o nel processo. La pena afferma valori e nel contempo censura fatti e persone: è una istituzione del rimprovero e della comunicazione culturale. L'accento non è più spostato sulla prevenzione, vale a dire sul futuro, ma sembra più indicare un atteggiamento rivolto al passato o comunque al fatto commesso. In questo modo di atteggiarsi, il momento pedagogico positivo della pena minacciata dovrebbe operare un rapporto di *comunicazione simbolica e culturale* con i destinatari e con il responsabile. Cfr. sulle teorie espressive B. WRINGE, *An Expressive Theory of Punishment*, London, Macmillan, 2016; J. HAMPTON, *The Retributive Idea*, in J.G. MURPHY, J. HAMPTON, *Forgiveness and Mercy*, Cambridge, Cambridge Univ. Press, 1988, p. 111 ss., p. 157 ss.; P. H. ROBINSON, *Intuitions of Justice and the Utility of Desert*, New York, OUP USA, 2013, p. 141 ss., p. 189 ss., p. 208 ss.; e la ricostruzione di T. HÖRNLE, *Straftheorien*², Tübingen, Mohr Siebeck, 2017, p. 27 ss., p. 31 ss.; ID., *Trends in angloamerikanischen Debatten zu Straftheorien*, in «Golt-dammers Archiv», 2023, p. 1 ss., p. 7 ss.; D. DEMKO, *Hegels Straftheorie im Lichte gegenwärtigen expressiver Straftheorien*, in *Hegel's Erben? Strafrechtliche Hegelianer vom 19. Bis zum 21. Jahrhundert*, Hrsg. Kubiciel, Pawlik, Seelmann, Tübingen, Mohr Siebeck, 2017, p. 277 ss.; nella letteratura tedesca, tra retribuzione e concezioni espressive v. per es. T. WALTER, *Vergeltung als Strafzweck*, in «Zeitschrift für Internationale Strafrechtsdogmatik», 2011, p. 636 ss.; T.R. ANDRISSEK, *Vergeltung als Strafzweck*, Tübingen, Mohr Siebeck, 2017, p. 7 ss., p. 35 ss., p. 237 ss. Nella manualistica una utile rappresentazione comparata e critica in C. ROXIN-L. GRECO, *Strafrecht*, AT, Bd. I⁵, München, Beck, 2021, § 3/36a ss.

¹⁴ V. *supra*, note 3, 5 e 10.

5. *La pena come sviluppo legislativo e non concettuale. La tesi di fondo*

C'è una dialettica 'costitutiva' della storia della pena. Una dialettica forse priva di una vera sintesi, perché perenne. Se è vero che la storia non ha un 'concetto' veramente obiettivo intrinseco, perché la sua comprensione appartiene a chi la pensa per renderla intelligibile in funzione del presente e del futuro, scegliendo tra i 'nudi fatti', che sono miliardi, quelli dotati attualmente di senso, è tuttavia possibile la scoperta di una linea di tendenza, o di una evoluzione almeno in parte più distaccata dagli scopi del ricercatore (*intentio lectoris*). Ciò è ancora più vero quando il riscontro obiettivo sia costituito da testi legislativi. Nella loro linea evolutiva si può cogliere il 'nesso' tra fatti e pensiero.

Il concetto di una pena diversa, basata su riparazione e non punibilità, su punire e non punire, si adatta a questi versanti prendendo atto che i poli della dialettica sono vere 'costanti'.

I poli di questa dialettica sono: afflizione e riduzione del male; criminalizzazione e depenalizzazione. Pena e non punibilità. Punire e non punire come movimento pendolare.

L'illustrazione di questo movimento pendolare verrà compiuta in rapporto all'esperienza nazionale. Un collaudo comparato attende più opportune verifiche¹⁵.

6. *I caratteri originari dalla legge Pica in avanti. Le eccezioni e le regole*

Leggi speciali e amnistie si alternano. Dall'Ottocento in avanti sono una costante. Durante l'Italia zanardelliana, durante l'età fascista e nella prima Repubblica, fino a Tangentopoli. Sono una costante assoluta¹⁶.

¹⁵ Sono disponibili analisi di settore, con profili europei o comparati. Per es. per quanto riguarda le misure premiali in materia di terrorismo, *pendant* di quelle più massicciamente punitive, cfr. D. CASTRONUOVO, *Quale lezione dagli anni di piombo? La legislazione dell'emergenza e sui pentiti in prospettiva storica e comparata*, in «Diritto penale XXI secolo», 2019, n° 1, p. 143 ss.; M. Donini, L. Bin, F. Diamanti (eds), *Preventing International Terrorism. European Models of Rewarding Measures for Judicial Cooperators*, Napoli, Jovene, 2021; F. ROSSI, *Il contrasto al terrorismo internazionale nelle fonti penali multilivello*, Napoli, Jovene, 2022.

¹⁶ A. SANTOSUOSSO, F. COLAO, *Politici e amnistia. Tecniche di rinuncia alla pena per i reati politici dall'unità ad oggi*. Verona, G. Bertani Editore, 1986; F. COLAO, *La ricostruzione dogmatica del reato politico attraverso le amnistie, 1919-1932*, in «Studi Senesi», 1982, p. 63 ss.; V. MAIELLO, *La politica delle amnistie*, in *Storia d'Italia, Annali 12. La criminalità*, a cura di L. Violante, To-

Il Regno d'Italia sperimenta la sua prima legge penale speciale contro il brigantaggio. È la legge Pica, dal nome del deputato proponente Giuseppe Pica (l. 15 agosto 1863, n. 1409). Legge temporanea prorogata fino al 31 dicembre 1865, essa deferiva al Tribunale militare di guerra, che poteva costituirsi anche 'sul campo', una repressione penale sanguinaria del brigantaggio. La legge Pica segnerà il sistema penale con una impronta originaria¹⁷. Essa è rappresentata dalla presenza di leggi eccezionali dentro a logiche liberali o garantiste.

Dopo l'entrata in vigore del Codice 'liberale' del 1889, pur non essendo più attuali leggi penali così sanguinarie, il dissenso politico andava controllato o represso altrimenti.

Il ruolo delle forze di polizia, espressione di una cultura tutt'altro che 'liberale', fa da contraltare alle leggi penali del codice Zanardelli¹⁸. Nel 1889 entra in vigore la nuova legge di pubblica sicurezza¹⁹, legge della 'sinistra' al potere, e che sostituisce la precedente del 1852 più volte riformata. Viene nuovamente regolata la categoria delle 'classi pericolose per la società' (oziosi, vagabondi etc.)²⁰ da controllare mediante misure 'amministrative' di polizia (ammonizione, vigilanza speciale, domicilio coatto).

Nel 1894 tre leggi speciali antianarchiche²¹ allargano le ipotesi di domi-

rino, Einaudi, 1997, p. 938 ss.; ID., *Clemenza e sistema penale, Amnistia e indulto. Dall'indulgentia principis all'idea dello scopo*, Napoli, Esi, 2007, p. 283 ss.

¹⁷ M. SBRICCOLI, *La penalistica civile. Teorie e ideologie del diritto penale nell'Italia unita*, in *Stato e cultura giuridica in Italia dall'Unità alla Repubblica*, Schiavone (a cura di), Roma-Bari, Laterza, 1990, p. 173.

¹⁸ L. MARTONE, a cura di, *Giustizia penale e ordine pubblico in Italia tra Otto e Novecento*, Napoli, Istituto Universitario Orientale, 1996.

¹⁹ R.D. 30 giugno 1889, n. 6144.

²⁰ I. MEREU, *Cenni storici alle misure di prevenzione nell'Italia "liberale" (1852-1894)*, in *Le misure di prevenzione. Atti del convegno di Alghero*, Milano, Giuffrè, 1975, p. 197 ss.; L. VIOLANTE, *La repressione del dissenso politico nell'Italia liberale: stati d'assedio e giustizia militare*, in «Rivista storia contemporanea», 1976, p. 483 ss.; G. CAMPESTI, *Società disciplinare e "classi pericolose" nell'Italia del XIX secolo*, in «ADIR. L'altro diritto», 2009. Più in generale, L. CHEVALIER, *Classes laborieuses et classes dangereuses à Paris pendant la première moitié du XIX^e siècle*, Paris, Plon, 1958; tr. it. *Classi lavoratrici e classi pericolose. Parigi nella Rivoluzione industriale*, Roma-Bari, Laterza, 1976. E la revisione critica di B.M. RATCLIFFE, *Classes laborieuses et classes dangereuses à Paris pendant la première moitié du XIX^e siècle? The Chevalier thesis reexamined*, in «French historical studies», 2, 1991, p. 542 ss.

²¹ L. n. 314, 315 e 316 del 19 luglio 1894, rispettivamente su materie esplodenti, istigazione

cilio coatto per le persone sospette, o pericolose per la sicurezza pubblica.

Quando peraltro non bastavano le misure di polizia, lo Stato provvede se non con leggi eccezionali, comunque con la messa in opera di decreti governativi di sospensione delle garanzie attraverso provvedimenti di stato d'assedio (che sospendeva la giurisdizione ordinaria in materia penale), applicazione di giurisdizioni militari, scioglimenti prefettizi di associazioni, uso dei reati associativi dello stesso codice penale a fini di repressione politica: si veda per es. la equiparazione interpretativa di associazioni anarchiche ad associazioni di malfattori *ex art.* 248 c. Zan., o la contestazione del reato di istigazione o di atti diretti alla guerra civile (art. 252 c. Zan.)²². Ecco affiorare i 'tipi d'autore' e le risposte penali-punitivo-repressive dello Stato liberale nei loro confronti. Alla repressione seguiva poi *ex post*, a pericolo scampato o 'nemico' battuto, la clemenza sovrana delle politiche di amnistia e di grazia²³.

Decenni di politiche di amnistie periodiche hanno accompagnato la legislazione monarchica e poi quella repubblicana *fino al 1990*. L'assenza di discrezionalità dell'azione penale ha dunque contribuito a che la deflazione del sistema, il non punire, venisse affidato soprattutto alle amnistie. Per i reati normali e di minore carico sanzionatorio il sistema ordinario della non punibilità è stato invece affidato all'istituto della *prescrizione del reato*.

Il penale è dunque *politicamente utile anche quando appare in contrasto con i principi di garanzia, soprattutto di extrema ratio*, o di certezza della pena, *perché*, raggiunto un determinato scopo general-preventivo, è *possibile amnistiare o mandare in prescrizione* tanti effetti criminogeni o alcuni 'eccessi' della sua introduzione o applicazione. Questa possibilità costante rende agevole, o favorisce, l'uso eccezionale della legge anche quando ciò è discusso in termini di legittimità. *L'eccezione* (amnistia, condoni, prescrizione) ha rappresentato un secondo binario, ma essendo costante, esso ha obbedito a *una regola parallela*: quella del non punire.

apologia di reati a mezzo stampa, provvedimenti di pubblica sicurezza. Sui presupposti per essere considerati sospetti v. MEREU, *Cenni storici alle misure di prevenzione*, cit., pp. 208-210.

²² V. sempre per lo stato d'assedio proclamato in Lunigiana e in Sicilia durante il governo Crispi, il commento di F. COLAO, *Il principio di legalità nell'Italia di fine Ottocento tra 'giustizia penale eccezionale' e 'repressione necessaria e legale nel senso più retto e saviamente giuridico, il che vuol dire anche nel senso più liberale'*, in «Quaderni fiorentini», 2007, *Principio di legalità e materia penale (Per Mario Sbriccoli)*, vol. I, p. 717 ss. e qui le vicende dei fasci siciliani e dei tumulti di Milano di fine '800.

²³ MAIELLO, *La politica delle amnistie*, cit., p. 954 ss.; COLAO, *La ricostruzione dogmatica del reato politico attraverso le amnistie*, cit., p. 63 ss.

7. *Dal non punire riservato al sovrano o al Parlamento, al non punire affidato alla magistratura*

Tradizionalmente il non punire seguiva la repressione secondo una logica di clemenza sovrana, che non coinvolgeva la magistratura, la quale conservava un ruolo esecutivo. La magistratura era però più coinvolta nelle scelte del non punire nella gestione dei reati da prescrivere. E questo binario, questo flusso in uscita non si è mai interrotto, sino a oggi. Il non punire diventerà invece una sorta di logica davvero ‘interna’ al sistema del diritto sostanziale, una componente ordinaria e costitutiva, solo quando la sua declinazione verrà demandata in via ordinaria (quotidiana) alla magistratura, mediante strumenti di depenalizzazione in concreto, e non in astratto.

Ovviamente le amnistie e i condoni non sono, tecnicamente, forme di depenalizzazione, operando solo sul passato. E tuttavia, storicamente, l’amnistia ancora nell’Ottocento era considerata, sulla scorta di nomenclature romanistiche²⁴, come una forma di *abolitio publica generalis*²⁵.

La prima assonanza o analogia con l’abrogazione discende dal fatto che l’amnistia ‘abolisce’, o meglio elimina, le conseguenze giuridiche del reato, a differenza dell’abrogazione che abolisce il reato stesso, e per effetto di ciò anche le sue conseguenze giuridiche.

La distinzione dal fenomeno abrogativo, in ogni modo, si fonda su ricostruzioni ermeneutiche desunte dal sistema. L’esigenza di un’attenzione teorica a quella distinzione, peraltro, se non è recente²⁶, si è accentuata a seguito dell’evoluzione delle tipologie di fenomeni successivi riscontrati dopo Tangentopoli: sapere come si distingue l’amnistia dall’*abolitio criminis* è diventato urgente, dopo la revisione costituzionale dell’art. 79 Cost., nel 1992²⁷, e poi dopo la scoperta e la valorizzazione dell’*abolitio* parziale nella successione di leggi penali, in particolare dopo la riforma dei reati societari

²⁴ Sulla clemenza nel diritto penale romano cfr. Art. ROCCO, *Amnistia, indulto e grazia nel diritto penale romano*, in ID., *Opere giuridiche*, vol. III, Roma, Ed. del Foro italiano, 1933, p. 1 ss.

²⁵ Per es. A. CREMANI, *De Jure criminali*, libri tres, volumen unicum, apud Caictanum Casoni, Florentiae, 1848, p. 204 ss.

²⁶ Cfr. per es. V. MANZINI, *Trattato di diritto penale*, vol. III, Torino, Utet, 1950, 411; L. MAJNO, *Commento al codice penale italiano*, vol. I, Torino, Utet, 1924, p. 303. V. anche M. DONINI, *Discontinuità del tipo di illecito e amnistia. Profili costituzionali*, in «Cassazione penale», 2003, n. 838, p. 310 ss.

²⁷ Cfr. G. GEMMA, *Amnistia e indulto dopo la revisione dell’art. 79 Cost.*, in «Legislazione penale», 1992, p. 349 ss.

del 2002: una ‘non punibilità’ diversamente gestita a livello legislativo e giudiziale (v. *infra*, § 15)²⁸.

Prima di giungere all’esito di depenalizzazioni solo in concreto affidate alla magistratura, che così ‘delegificano’ la materia del non punire (*infra*, §§ 10-11), una lunga serie di altri eventi legislativi paradigmatici costellano la storia del non punire come evento esterno e di eccezione, preparando la sua evoluzione a vicenda interna.

8. *Tratti caratterizzanti il codice penale fino al 1974*

Il codice penale vigente, dopo una lunga preparazione avviata con legge delega 4 dicembre 1925 n. 2260, che coinvolse tutta l’accademia e le magistrature nel corso dei lavori preparatori, fu promulgato con Regio decreto 19 ottobre 1930, n. 1398, ed entrò in vigore il primo luglio 1931. Il codice consta di tre libri, il primo sui reati in generale (art. 1-240-*bis*), il secondo sui delitti (art. 241-649-*bis*), il terzo sulle contravvenzioni (art. 650-734-*bis*)²⁹.

C’è quindi una *parte generale* e una *parte speciale*, che nel 1930 erano concepite come parti dell’intero sistema penale, concentrato sulla materia codicistica.

Il codice mantiene dell’impianto originario la disciplina di una serie di istituti molto importanti di parte generale, anche se la loro applicazione concreta risente oggi di mutamenti di sistema che almeno in parte ne hanno profondamente trasformato il funzionamento. Numerosissime, poi, sono le disposizioni nuove, compresi interi capi di parte speciale, e anche le modifiche introdotte da sentenze costituzionali o europee le quali, pur avendo inciso specificamente solo su singole regole; tuttavia, hanno trasformato il modo di intendere tanti istituti, e di rileggere la materia penale in modo tale che è l’impianto di fondo che ne risulta rinnovato.

Per tali ragioni è oggi possibile dire che, se si effettua veramente una interpretazione conforme sia alla Costituzione e sia ai principi dell’UE e della Cedu, anche *quanto resta del codice penale del 1930 non è più lo stesso* nel

²⁸ DONINI, *Discontinuità del tipo di illecito e amnistia*, cit., p. 310 ss.

²⁹ Oltre alla insuperata voce di G. VASSALLI, *Codice penale*, in *Enciclopedia del diritto*, VII, 1960, p. 261 ss., p. 273 ss., E. DOLCINI, voce *Codice penale*, in *Digesto delle discipline penalistiche*, 1989, II, p. 281 ss.; Il volume su *Il codice Rocco cinquant’anni dopo*, in «La questione criminale», 1981; *Gli ottant’anni del codice Rocco*, a cura di Stortoni-Insolera, Bologna, BUP, 2012; A. CADOPPI, *Il “modello italiano” di codice penale*, in ID., *Introduzione allo studio del diritto penale comparato*², Padova, Cedam, 2004, p. 60 ss.

suo più profondo significato.

I *caratteri originari* del codice penale sono stati spesso commentati, nella sua lunga vita legislativa, come *tratti autoritari* del codice e anche della perfezione *tecnico-giuridica* della sua costruzione. Qui vediamo di ricordare quali istituti lo caratterizzano nella sua *permanente attualità*, nonostante si avvii a diventare centenario.

Il *codice penale* mantiene *il tecnicismo e la sistematica della parte generale di quello originario, e in particolare*: le definizioni di dolo, colpa, causalità, tentativo, l'importanza dell'evento nella costruzione della responsabilità, la disciplina del concorso di persone, il sistema delle circostanze, pur ampiamente rivisitato, la distinzione tra delitti e contravvenzioni, una (fin troppo) apprezzata disciplina delle scriminanti e l'oggettivismo della concezione dell'illecito, una residuale ma non esigua presenza delle misure di sicurezza accanto alle pene, la durezza delle aggravanti per la recidiva, il compromesso tra le varie 'scuole', e una attenzione all'autore (e al 'reo'), anziché al solo reato, in realtà sempre apprezzata nella prassi. Questi sono *caratteri permanenti*.

Accanto ad essi, vanno menzionati *altri aspetti fondanti* di diverso segno che nel corso dell'evoluzione del codice in età repubblicana sono stati *abbandonati*: l'assetto codicistico si è liberato già nel 1944 dal programma di lotta contro il crimine incentrato sulla pena di morte; sono progressivamente scomparsi: un sistema 'carcerocentrico' fortissimo, la rigorosa delimitazione della discrezionalità del giudice (già nel 1944 sono state reintrodotte le attenuanti generiche all'art. 62-*bis* c.p., con il d.l. 288/1944), le principali ipotesi di responsabilità oggettiva (lentamente abbandonate, anche se non completamente, dopo il 1988: C. cost. 364/1988), l'impronta da diritto penale del nemico presente nella disciplina delle misure di sicurezza originarie (presunzioni di pericolosità, ampio uso del manicomio giudiziario, della colonia agricola, della cassa di lavoro) e in quella contenuta nei reati contro lo Stato. Alcuni rigori del sistema sanzionatorio originario sono caduti solo con l'importante novella del 1974, la riforma di cui al d.l. n. 99/1974, conv. dalla l. 7 giugno 1974, n. 220³⁰, che ha ammesso il giudizio di valenza delle circostanze ad effetto speciale (art. 69 c.p.), poi esteso dalla prassi anche ai delitti aggravati dall'evento, ha introdotto il cumulo giuridico delle pene per i reati in concorso formale e in continuazione (art. 81 c.p.), ha reso facoltativa l'aggravante della recidiva, diminuendo gli aumenti per i singoli reati e fissando un limite di ordine generale (art. 99 s. c.p.), ha ampliato le ipotesi di sospensione condizionale della pena (art. 163 c.p.).

³⁰ G. VASSALLI, *La riforma penale del 1974. Lezioni integrative del corso di diritto penale. I. Precedenti e contesto*, Milano, Vallardi, 1975, p. 49 ss.

Nel corso del tempo questi istituti hanno poi conosciuto *ulteriori modifiche, non tutte in senso liberale*. Nel complesso si sono comunque introdotte alcune importanti riforme legislative, nel codice e fuori di esso, che, anche grazie agli interventi della Corte costituzionale e alle evoluzioni interpretative conseguenti, conferiscono al ‘sistema penale’ (un concetto problematico, ma inevitabile e corretto) un volto del tutto diverso da quello originario. Tuttavia, del tratto originario esso conserva l’esistenza di un binario fondamentale di punibilità, rappresentato dal codice, e contestualmente di non punibilità, costituito da interventi per lungo tempo eccezionali o frammentari, spesso extracodicistici, dove si è sviluppata la politica criminale contemporanea, quella più d’occasione e sensibile alle risposte elettorali.

9. *L’evoluzione dal 1974 in poi: l’ingresso di discipline generali del non punire*

Si rammentano qui solo *alcune tappe principali più ‘di sistema’ di questa evoluzione* di storia legislativa e normativa dopo la *novella del 1974* (d.l. n. 99/1974) che rappresentò l’ingresso di *una forte discrezionalità giudiziale nel sistema sanzionatorio*³¹, che dopo Tangentopoli diventerà la nuova base tecnico-ideologica di istituti di non punibilità, affidati a una gestione giudiziaria:

– la *riforma penitenziaria del 1975* (l. 26 luglio 1975, n. 354 e succ., mod.), con il relativo regolamento di esecuzione (dpr. 431/1976 poi sostituito dal dpr 230/2000) una svolta davvero storica per i diritti di detenuti (sottoposti a pena) e internati (sottoposti a misura di sicurezza): salute, vestiario, corrispondenza, colloqui, istruzione, lavoro, attività, culturali, sportive, ricreative, religiose, i permessi-premio, i programmi di trattamento e rieducazione, il regime penitenziario, le misure alternative alla detenzione (art. 47 ss.), la remissione del debito, l’organizzazione penitenziaria etc; essa costituisce oggi, dopo numerosi interventi legislativi e giurisprudenziali sopravvenuti all’interno di quella disciplina, un *corpus* normativo centrale, anche se *extra codicem*, del sistema penale dello Stato. Ovviamente si disciplina in primo luogo il contenuto del punire, ma nello stesso tempo si imposta e regola la degradazione umanistica di una pena non afflittiva, non finalizzata al male o al dolore, ma a una vita comunitaria, socievole, formativa e di lavoro, oltre che a forme progressive di esecuzione extramuraria

³¹ V. per una critica sul punto A.M. STILE, *Discrezionalità e politica giudiziaria*, in «Studi Urbinati», 1977/78, p. 275 ss., p. 300.

e risocializzanti. La promessa generalpreventiva del *male aggiunto* trova qui un contenuto specialpreventivo potenzialmente opposto alla sua inflizione: l'ideologia dell'ordinamento penitenziario, opposta alla realtà pur diversissima di molte carceri, è che non si infligge dolore, ma si coltiva la speranza³²;

– la l. 24 novembre 1981, n. 689 che, insieme a una forte *depenalizzazione*, ha introdotto il sistema delle *pene sostitutive delle sanzioni detentive di breve durata*, e la *disciplina generale dell'illecito amministrativo* depenalizzato; oltre a ciò, tra le nuove regole di parte generale, in materia di pene pecuniarie, accessorie, sospensione della pena, va menzionata l'introduzione dell'art. 162-*bis* c.p., e l'oblazione facoltativa nelle contravvenzioni; la l. 689/1981 ha svecchiato di un colpo il sistema sanzionatorio del codice Rocco, ma non ha eliminato ancora l'orientamento essenzialmente carcerocentrico del diritto penale;

– la l. 10 ottobre 1986, n. 663, c.d. legge *Gozzini*, ha apportato importanti modifiche al sistema penitenziario, in tema di permessi premio, detenzione domiciliare, affidamento in prova al servizio sociale, semilibertà, libertà condizionale, liberazione anticipata. La possibilità di scontare 45 giorni di detenzione ogni sei mesi in caso di buona condotta, applicabile anche ai condannati all'ergastolo (suscettibili di libertà condizionale dopo 26 anni, dai quali si possono ora detrarre 45 gg. ogni sei mesi scontati in buona condotta, in vista e per effetto della liberazione anticipata), costituisce una delle innovazioni più importanti di tutto il sistema carcerario, in chiave di prospettive concrete di motivazione verso programmi di risocializzazione e uscita dal carcere: c'è il punire e il non punire insieme;

– il codice di procedura penale del 1988, oltre ad aver *abbandonato il processo penale inquisitorio* del codice di procedura del 1930, sul piano del diritto sostanziale ha introdotto, fra gli altri, importanti istituti di attenuazione della pena legati a 'premi processuali per il rito', costituiti dal *rito abbreviato* (art. 442 c.p.p.) e dall'applicazione della pena su richiesta delle parti, il *c.d. patteggiamento* (art. 444 c.p.p.), una logica economica e dialogante dentro al tempio autoritario e aristocratico della giustizia penale: la giustizia contrattata di-

³² Il carcere è spesso descritto dalla stampa come luogo di perdizione, di disumanità, di violazione dei diritti umani. Può diventare il Zyklon B del diritto penale. Tuttavia, esso non è istituzione irriformalabile, e la realtà internazionale di varie carceri-modello consente di escludere il discorso qui condotto dal territorio delle ipocrisie giuridiche. Istruttive le esperienze nazionali dei due direttori L. PAGANO, *Il direttore. Quarant'anni di lavoro in carcere*, Milano, Zolfo ed., 2020; G. SICILIANO, *Di cuore e di coraggio. Storia di una vita normale, ma non tanto. Ricordi di un direttore di carcere*, Milano, Rizzoli, 2020. V. pure, specificamente sull'esperienza del carcere milanese di Bollate, L. CASTELLANO, D. STASIO, *Delitti e castighi*, Milano, Il Saggiatore, 2009.

venterà col tempo una prassi e una ideologia opposte alla giustizia sacrale e teocratica della pena inflitta in modo retributivo.

– *Nello stesso anno, C. cost. n. 364/1988 è la più importante sentenza della Corte costituzionale in materia penale, sull'art. 5 c.p. (ignoranza della legge penale), che introduce il principio nullum crimen sine culpa nel sistema.* Dopo questa sentenza, tutto il sistema penale ha potuto essere riletto in via ermeneutica alla luce del principio di colpevolezza (espressione di quello di personalità della responsabilità penale), anche se non è stato riformato in modo conseguente, o in tempi accettabili, dal Parlamento, con l'eccezione della l. 7 febbraio 1990, n. 19, che ha eliminato la responsabilità oggettiva dal sistema di imputazione delle circostanze aggravanti (art. 59 c.p.), modificato il regime delle circostanze del concorso di persone (art. 118 c.p.), oltre che esteso la sospensione condizionale della pena alle pene accessorie (art. 166 c.p.), e abolito la destituzione di diritto del pubblico dipendente per effetto di condanna penale etc.: per quanto la colpevolezza rechi con sé la matrice del rimprovero, la concreta attuazione di quel principio aveva una funzione liberale, di riduzione dei precetti penali 'inescusabili', inflessibili, solo autoritari nella dialettica fra cittadino e Stato;

– *la riforma del processo penale minorile del 1988 (dpr. 22 settembre 1988, n. 448, artt. 9, 27 e 28) non ha solo riformato quel processo, ma anche introdotto alcuni istituti sanzionatori molto innovativi, quali la messa alla prova, la non punibilità per irrilevanza penale/ tenuità del fatto, e un impiego di sanzioni non detentive, che hanno costituito terreno di sperimentazione sanzionatoria prima di essere poi introdotti e ampliati, molto più tardi, nel diritto penale comune degli adulti.*

10. *La legge del pendolo e il perché delle mancate codificazioni generali*

Non deve ingannare quanto ora descritto come movimento legislativo più 'liberalizzante' dal 1974 in poi. Non c'è una linea evolutiva retta: c'è invece un andamento pendolare.

La legislazione penale italiana non privilegia la costruzione di un 'sistema penale'. Il penale è quasi una reazione naturale (azione e reazione: come nel famoso detto di Anassimandro), non è un vero ordine: *la mancata riforma del codice penale* ne costituisce l'emblema più eclatante, la legislazione d'emergenza, di lotta, di risposta o di contrasto, un tratto indelebile. Le politiche criminali sono sempre di settore.

Tuttavia, la permanenza del vecchio codice, solo nei decenni trasformato da tanti interventi successivi, è la costanza del punire, più che del non punire, riorganizzata dal diritto penale costituzionale e giurisprudenziale,

oltre che dottrinale. *Leges et iura*.

Infatti, il codice è pensato per la criminalizzazione, ‘illecito e colpevolezza’ quali basi, simbolo della retribuzione: categorie della ‘meritevolezza’ di pena, non del ‘bisogno’ di pena, come le condizioni obiettive di punibilità, o le cause di non punibilità, che la manualistica e la trattatistica tradizionale collocano fuori della teoria del reato: il ‘non punire’ è un corpo estraneo alla teoria generale del reato classica³³. Al punto che i suoi istituti (le cause di non punibilità, quelle estintive etc.) vengono inseriti ‘dentro alla punibilità’, come se questa fosse una categoria autonoma nella quale ci sono istituti, figure, discipline normative che vanno provate nel processo. Essa, invece, è occupata quasi solo da cause di ‘non punibilità’, le uniche che si provano in giudizio.

Non solo. Nel codice manca gran parte della non punibilità ‘moderna’, delle nuove cause che portano a degradare o escludere in concreto la pena maggiore o la pena *sic et simpliciter*, ma mancano anche gli statuti speciali di molti percorsi della politica criminale. C’è la vendetta-retribuzione-compensazione, unica costante, ma poi molta rieducazione parlata, c’è la prevenzione generale – tutto il colposo l’ha idolatrata per decenni, per implementare nei consociati l’osservanza di cautele – ma anche la pericolosità e la capacità criminale: una invenzione *made in Italy* (la categoria, non la realtà che essa esprime, ovviamente) che dura nel tempo.

La legislazione penale italiana, che non ha riformato mai il codice penale sostanziale dalle fondamenta, non privilegia dunque la costruzione di un ‘sistema penale’: non pare che questo sia veramente un obiettivo del legislatore³⁴. Se lo fosse, si sarebbe cercato di realizzare una codificazione repubblicana, invece di tanti interventi frammentari, microsistemi, micro-novelle, leggi speciali, oppure, appunto, ‘decodificazioni’. Il fatto è che un sistema generale nuovo non è politicamente spendibile, e forse non è neppure adatto alle scelte politiche contemporanee, che sono opzioni spesso contingenti, transeunti, occasionate da fatti ed eventi del quotidiano: una politica più generale capace di tenuta nel corso dei lustri o non c’è, ovvero non è adatta a governi che durano in media poco più di un anno e a una democrazia soggetta ad appuntamenti elettorali praticamente seme-

³³ Per una giustificazione di fondo M. DONINI, *Non punibilità e idea negoziale*, in «Indice penale» 2001, p. 1035 ss.; ID., *Le tecniche di degradazione fra sussidiarietà e non punibilità*, *ivi*, 2003, p. 75 ss., p. 89 ss.; ID., *Il volto attuale dell’illecito penale*, Milano, Giuffrè, 2004, p. 259 ss.

³⁴ Illustrazione più ampia delle ragioni del permanere del codice e dell’impossibilità attuale di rifondarlo in M. DONINI, *Codificazione*, in *Studi in onore di Carlo Enrico Paliero*, vol. 3, Milano, Giuffrè Francis Lefebvre, 2023, p. 1273 ss., anche in «Sistema penale», 4 aprile 2023, pp. 1-23.

strali. Da quando la sicurezza di ogni settore dello Stato, e la giustizia penale sono entrate nei programmi elettorali, è la contingenza dei desideri o delle paure dei votanti a dettare l'agenda.

La prima Repubblica, che qui collochiamo dal 1948 al 1994, pur caratterizzata dalla costante presenza di un partito di maggioranza relativa sempre al governo, ha espresso politiche penali costituite in prevalenza, con qualche eccezione, da risposte emergenziali, riforme di carattere soprattutto sanzionatorio, o interventi di parte speciale. Molte politiche, in seguito, sono state costruite a livello europeo, e il legislatore nazionale ha solo margini di intervento sul piano sanzionatorio: ed è appunto quello delle sanzioni, come detto, lo spazio di intervento più costante e generalizzabile.

Dopo aver registrato le principali riforme del periodo, vediamo invece gli interventi più caratteristici del pendolo, diversi dalle amnistie, e proseguiti anche dopo il grande abbandono della clemenza classica, conseguente alla introduzione della maggioranza 'di blocco' dei due terzi introdotta con la riforma costituzionale dell'art. 79.

Il non punire si insinua silenziosamente dentro a questo nuovo movimento, accostando al pendolo originario di amnistie e condoni fino ai primi anni Novanta, una nuova logica di depenalizzazione in concreto, affidata soprattutto alla magistratura. In parallelo, la politica preferisce spendere le proprie promesse elettorali in interventi d'occasione frammentari e intelligibili, per lo più contrassegnati da facili messaggi di populismo penale e giudiziario (una costante dopo Tangentopoli).

Il permanere di alcuni 'cardini' costruiti dal codice Rocco nel 1930 appare a questo punto molto comprensibile, perché affiancati da altre basi costanti delle politiche repubblicane.

11. *Breve rassegna del punire e non punire, fino a Tangentopoli*

Negli anni 1944-1945 furono emanate leggi penali severissime contro il fascismo, leggi che sarebbero oggi incostituzionali. C'erano la pena di morte retroattiva, ma anche tante altre pene e fattispecie contrarie al principio di legalità e al divieto di retroattività³⁵. All'eccesso di criminalizzazione

³⁵ G. VASSALLI, G. SABATINI, *Il collaborazionismo e l'amnistia politica nella giurisprudenza della Corte di Cassazione*, Roma, Ed. La Giustizia penale, 1947; M. DONINI, *La gestione penale del passaggio dal fascismo alla Repubblica in Italia*, in «Materiali per una storia della cultura giuridica», XXXIX, n. 1/2009, pp. 183-216 e P. CAROLI, *Transitional Justice in Italy and the Crimes of Fascism and Nazism*, Abingdon, Oxon, Routledge, 2022.

pone rimedio pendolarmente subito dopo, nel 1946, l'amnistia Togliatti³⁶ e poi la pena di morte diventa incostituzionale con la nuova Costituzione (salvo che per il diritto di guerra).

Nel prosieguo, le amnistie scorrono per decenni accanto alle costanti della criminalizzazione³⁷. Esse però non danno alla magistratura la necessaria flessibilità sanzionatoria per depenalizzare o non punire fatti che non meritano il carcere. Di qui la grande discrezionalità introdotta nel 1974, in particolare il bilanciamento allargato tra circostanze, con il già citato d.l. n. 99, che ha dato l'avvio a una 'riforma generale del non punire' in via giudiziaria.

È con gli anni Settanta che ritorna il bisogno di punizione e della stessa magistratura quale arma istituzionale contro le forme più temibili di criminalità, terroristica, mafiosa e organizzata. Sono soluzioni normative specifiche, anzi speciali, ed è un utilizzo flessibile dei giudici: per punire selettivamente e non punire, con un'accentuata discrezionalità.

Nel 1974 si modifica la disciplina del sequestro di persona a scopo di estorsione (art. 630 c.p.), inserendo un premio consistente nella riduzione del margine edittale (sul 'modello' dell'art. 605 c.p.) a seguito della liberazione della vittima senza riscatto. I 'premi' sono trattati ai commi 4 e 5 dell'articolo 630 c.p., e la dissociazione ne costituisce un *requisito* (solo i dissociati possono essere premiati), ma si richiedono ulteriori condotte riparatorie di collaborazione anche processuale.

Nel 1975 la legge 'Reale', l. 22 maggio 1975, n. 152, introduce un pacchetto di norme fortemente repressive in tema di ordine pubblico (custodia preventiva, fermo preventivo, riforma dell'uso legittimo delle armi di cui all'art. 53 c.p., etc.), ma contemporaneamente e in maniera dissonante entra in vigore la richiamata riforma dell'ordinamento penitenziario (l. 26 luglio 1975, n. 354), poco dopo l'introduzione della maggiore discrezionalità sanzionatoria giudiziale, mai esistita dalla vigenza del codice Rocco di cui al ricordato d.l. n. 99/1974.

Punibilità, ma molta flessibilità nel non punire.

Nel 1978 la l. 22 maggio 1978, n. 194, depenalizza il delitto di aborto, e l'intero titolo X dei 'delitti contro l'integrità e la sanità della stirpe' (art. 545-544 c.p.), sostituendoli (in parte) con una *disciplina speciale* orientata alla

³⁶ P. CAROLI, *Il potere di non punire. Uno studio sull'amnistia Togliatti*, Napoli, ESI, 2020; M. FRANZINELLI, *L'amnistia Togliatti*, Milano, Mondadori, 2006.

³⁷ MAIELLO, *La politica delle amnistie*, cit., p. 966 ss.; una rassegna con attenzione ai reati politici in SANTOSUOSSO, COLAO, *Politici e amnistia*, cit., p. 129 ss., fino all'amnistia del 1986, *ivi*, p. 267 ss.

regolazione di una *scriminante procedurale*, che liberalizza l'aborto se realizzato seguendo un percorso di autorizzazione.

Negli anni 1980 e seguenti numerose leggi hanno toccato la materia dei reati associativi e poi del terrorismo: sono le leggi della perenne emergenza, e riguardano in primo luogo gli artt. 270-*bis* fino al 280-*sexies* c.p., 416-*bis-ter* c.p., e poi gli artt. 280, 289-*bis*, 378, 628, 629, 630, per estendersi ad ampi settori della legislazione speciale oltre che del processo penale³⁸.

Contemporaneamente, questo diritto penale 'di lotta' contro fenomeni criminosi generali, dà ingresso a nuove forme di non punibilità. Sono le misure premiali contrattabili con la criminalità organizzata, a cominciare dal d.l. 15 dicembre 1979 n. 625, conv. nella l. 6 febbraio 1980, n. 15 (c.d. 'legge Cossiga') agli artt. 4 e 5, e poi gli artt. 1, 2, 3 e 5 l. 29 maggio 1982, n. 304, che contemplano varie ipotesi di non punibilità e soprattutto di attenuanti per collaborazioni in tema di reati (aggravati dalla finalità) di terrorismo. Si valorizzano premi per la dissociazione e la collaborazione processuale, che viene sempre richiesta, o in forma autonoma (attenuanti) o in via congiunta rispetto a ravvedimenti già apprezzabili ai sensi dell'art. 56, co. 4, c.p. o di disposizioni comuni del codice penale (per es. quelle sullo scioglimento di banda armata e cospirazioni politiche). Le ipotesi premiali collaborative già introdotte per l'art. 630, co. 5, c.p. vengono estese al corrispondente art. 289-*bis*, co. 4, c.p. in materia terroristica.

Il quadro si completa con la legge n. 34/1987, *Misure a favore di chi si dissocia dal terrorismo*. In un clima di rappacificazione per essere il terrorismo ormai sconfitto, si tratta di una legislazione solo premiale (v. le attenuanti di cui agli artt. 2 e 3 l. 34/1987) per la dissociazione (definita all'art. 1) senza collaborazione, estesa a tutti i reati commessi con finalità di terrorismo, con esclusione di quelli di strage³⁹.

Seguono la legislazione in materia di stupefacenti, e le forme di collaborazione previste dagli artt. 73, co. 7 e 74, co. 7, d.p.r. n. 309/1990 (allar-

³⁸ Da una letteratura molto vasta v. S. MOCCIA, *La perenne emergenza. Tendenze autoritarie nel sistema penale*², Napoli, ESI, 1997, *passim*; M. BOUCHARD, G. CASELLI, voce *Terrorismo*, in *Enciclopedia giuridica Treccani*, XXXI, 1994, p. 1 ss.; V. GREVI, *Sistema penale e leggi dell'emergenza: la risposta legislativa al terrorismo*, in *La prova delle armi*, a cura di G. Pasquino, Bologna, Il Mulino, 1984, p. 17 ss.; L. FERRAJOLI, *Diritto e ragione, Teoria del garantismo penale*, Roma-Bari, Laterza, 1989, p. 867 ss. Per una riflessione più recente nel quadro delle misure premiali, D. PULITANÒ, *L'evoluzione delle politiche penali in Italia negli anni settanta e ottanta*, in *Il diritto penale tra scienza e politica*, a cura di M. Donini e L. Stortoni, Bologna, BUP, 2015, p. 36 ss.; CASTRONUOVO, *Quale lezione dagli anni di piombo?*, cit., spec. p. 150 ss., p. 157 ss.

³⁹ G. CASELLI *et al.*, *La dissociazione dal terrorismo*, Milano, Giuffrè, 1989.

gate dopo l'originaria previsione nel 1990).

Quindi, nel 1991, la disciplina su criminalità organizzata e mafia estenderà ai relativi 'pentiti' quella modellistica: l'art. 8 d.l. 152/1991, conv. dalla l. 12 luglio 1991, n. 203, e poi la l. 13 febbraio 2001, n. 45 sui collaboratori di giustizia e la l. 63/2001, sugli imputati-testimoni⁴⁰.

Avverrà, dopo questa sperimentata legislazione, *la progressiva estensione del 'modello collaborativo-processuale'* ad altre ipotesi nelle quali il momento associativo è implicito, oppure anche alla criminalità comune e non necessariamente organizzata, dai furti alle ricettazioni, ai reati in materia di diritto d'autore, di proprietà industriale e prodotti agroalimentari etc.

Ritornando all'origine di questo filone premiale, sempre nel 1981 la già ricordata l. n. 689/1981 aveva rappresentato una fondamentale legge di depenalizzazione e di modifiche al sistema penale: vero statuto di sistema delle forme di depenalizzazione in concreto attraverso le pene sostitutive e lo sviluppo di un penale-amministrativo capace di meglio assorbire future depenalizzazioni.

Nel decennio successivo ci saranno le amnistie del 1990 e del 1992 (d.p.r. 12 aprile 1990, n. 75, art. 1, amnistia generale e art. 2 per reati tributari minori, la legge 30 dicembre 1991, n. 413, e la collegata amnistia di cui al d.p.r. 20 gennaio 1992, n. 23).

Dal 1988, con i riti alternativi promossi dal nuovo codice di procedura penale, si origina uno sviluppo epocale di una giustizia negoziata, laica, non teocratica⁴¹, capace di fondare, unitamente allo sviluppo di ulteriori normative esimenti collegate a condotte sopravvenute in senso lato riparatorie, quello che si è definito a suo tempo un vero *statuto di non punibilità*⁴² accanto

⁴⁰ In merito a tutta questa evoluzione v., sul piano del diritto sostanziale, l'ampia e organica trattazione di C. RUGA RIVA, *Il premio per la collaborazione processuale*, Milano, Giuffrè, 2002, p. 31 ss., p. 84 ss., con ampia indagine anche comparatistica. V. pure l'affresco di R. MINNA, *Crimini associati, norme penali e politica del diritto*, Milano, Giuffrè, 2007, p. 88 ss., p. 96 ss.

⁴¹ M. CAPUTO, *Il diritto penale e il problema del patteggiamento*, Napoli, Jovene, 2009, p. 279 ss., p. 402 ss. e *passim*.

⁴² DONINI, *Non punibilità e idea negoziale*, cit., p. 1035 ss. La categoria, nel frattempo, ha avuto uno sviluppo anche dottrinale, al posto di quella della punibilità, di un certo rilievo, spesso insieme a quella della riparazione: F. PALAZZO, *La non-punibilità: una buona carta da giocare oculatamente*, in «Sistema penale», 19 dicembre 2019; G.A. DE FRANCESCO, *La premialità e la non punibilità tra dogmi e pragmatismo*, in «Legislazione penale» (web), 2 settembre 2019, p. 1 ss.; ID., *Relazione al Convegno di Messina, Incontro di studi per Giancarlo de Vero. Ragionando sulla parte generale del diritto penale*, 7-8 ottobre 2022, a sostegno della profonda novità della risposta riparativa e della non punibilità rispetto al discorso tradizionale della

a una teoria, ma potremmo anche dire a una ideologia del reato di impronta marcatamente colpevolizzante e simmetrica nella risposta punitiva al delitto.

Si tratta, come vedremo, di una non punibilità diversa dalla clemenza politica o dalla clemenza della tradizione. È venuto il tempo di ripensare il non punire come un momento intrinseco, e non eccezionale o estrinseco, rispetto alla fisiologia del penale simmetrico.

12. *La svolta di Tangentopoli e il non punire come forma della giustizia, anziché della (sola) politica: quale 'non punibilità'*

Tangentopoli segna una frattura profonda per vari aspetti della questione giustizia⁴³. Con la fine della Prima Repubblica 'per mano giudiziaria' la divisione dei poteri conosce una svolta. Nasce il populismo giudiziario

penalità. V. altresì G. COCCO, *La punibilità. Quarto elemento del reato*, Padova, Cedam, 2018; M. DOVA, *Pena prescrittiva e condotta reintegratoria*, Torino, Giappichelli, 2017, p. 253 ss., p. 278 ss.; P. CAROLI, *Non punibilità e indirizzo politico-criminale*, in «Sistema penale», 29 settembre 2019; R. BARTOLI, *Dal paradigma punitivo-reattivo al paradigma reattivo-premiale*, in «Sistema penale», 29 marzo 2021, p. 1 ss. Sul tema v. ora l'ampia sintesi ricostruttiva nella recente monografia di L. FERLA, *Prospettive della non punibilità. Modelli normativi e funzioni politico-criminali*, Napoli, Jovene, 2022, p. 27 ss. e *passim*. V. anche, sempre con attenzione ai rapporti con risarcimento e altre forme di riparazione, o al possibile superamento della pena-vendetta, G. DEMURO, *L'estinzione del reato mediante riparazione: tra aporie concettuali e applicative*, in «Rivista italiana diritto e procedura penale», 2019, p. 437 ss.; ID., *L'incerta parabola della riparazione del danno nel sistema penale*, in *Studi in onore di Emilio Dolcini*, II, Milano, Giuffrè, 2018, spec. p. 703 ss.; L. EUSEBI, «Gestire» il fatto di reato. *Prospettive incerte di affrancamento dalla pena "ri-torsione"*, in *Studi in onore di Emilio Dolcini*, I, Milano, Giuffrè, 2018, spec. p. 223 ss., p. 235 ss.; D. PULITANÒ, *Minacciare e punire*, in *Studi Dolcini*, I, cit., pp. 20-24; G. MANCA, *La riparazione del danno tra diritto penale e diritto punitivo*, Padova, Wolters Kluwer, Cedam, 2020, p. 31 ss.; R. BARTOLI, *Il diritto penale tra vendetta e riparazione*, in «Rivista italiana diritto e procedura penale», 2016, p. 96 ss.; ID., *Una breve introduzione alla giustizia riparativa nell'ambito della giustizia punitiva*, in «Sistema penale», 29 novembre 2022, p. 1 ss., p. 9 ss.; G. FIANDACA, *Note su punizione, riparazione e scienza penalistica*, in «Sistema penale», 28 novembre 2020; G.A. DE FRANCESCO, *Il silenzio e il dialogo. Dalla pena alla riparazione dell'illecito*, in «Legislazione penale» (web), 1° giugno 2021; O. DI GIOVINE, *Delitto senza castigo? Il bisogno di pena tra motivazioni razionali ed istinti emotivi*, in «Rivista italiana diritto e procedura penale», 2021, p. 855 ss.

⁴³ Cfr. diversi interventi in *Processo e legge penale nella seconda Repubblica*, a cura di A. Apollonio, Roma, Carocci, 2015.

quale fonte di ispirazione dello stesso populismo giuridico e di quello punitivo in generale. La magistratura è da allora referente decisivo, insieme a un movimento giustizialista diffuso, per le riforme penali. Sottratta di fatto e quasi di diritto la clemenza al Parlamento, dopo la revisione dell'art. 79 Cost., dovrà affidarsi la sua gestione alla magistratura, ma sotto premesse di verifica giuridica di presupposti di istituti di giustizia punitiva. Istituti che conoscono, peraltro, il bilanciamento di interessi e valori anche esterni a quelli delle incriminazioni.

È una svolta epocale per la legittimazione vicaria della giurisprudenza in funzione di quel ruolo di non punibilità periodico e pendolare sottratto al legislatore. La dimensione pervasiva delle politiche giudiziarie si manifesta pertanto non solo sul versante della punibilità, delle scelte di criminalizzazione, per l'influenza costante della magistratura associata sulle politiche punitive di competenza parlamentare, e per la presenza totalizzante di magistrati negli uffici ministeriali, ma anche sul versante del non punire. Tale ruolo crescerà grazie a un supporto forte da parte di alcune riforme legislative, da un lato, e per una sorta di delega permanente di fatto da parte della politica, dall'altro.

In queste premesse storico-politiche e legislative c'è la ragion d'essere della trasformazione delle logiche del non punire da tendenze legislative della clemenza a dimensione interna al fare giustizia: se il non punire è a gestione giudiziaria, esso deve trovare una spiegazione in termini di teoria della giustizia, e non della politica⁴⁴.

Negli anni Settanta e Ottanta i costituzionalisti riflettono sui limiti che la Carta fondamentale pone all'uso politico delle ipotesi di remissione della sanzione, cioè quelle eminentemente clemenziali e politicamente orientate⁴⁵. Si profila così il tema della costituzionalizzazione del non punire, come se solo il punire fosse costituzionalmente conforme. Si pongono problemi di eguaglianza, di conflitto con l'obbligatorietà dell'esercizio dell'azione penale. La non punibilità stessa, che è istituto assai più ampio dove si collocano figure giuridiche tradizionali come la sospensione della pena, la morte

⁴⁴ V. sul tema MAIELLO, *Clemenza e sistema penale*, cit., p. 419 ss., p. 427 ss.

⁴⁵ G. ZAGREBELSKY, *Amnistia, indulto e grazia. Profili costituzionali*, Milano, Giuffrè, 1974, p. 19 ss., p. 23 ss.; G. GEMMA, *Principio costituzionale di eguaglianza e remissione della sanzione*, Milano, Giuffrè, 1983, p. 16 ss. V. in seguito ID., *Clemenza (profili costituzionali)*, in *Digesto discipline penalistiche*, Aggiornamento*, 2000, p. 51 ss.; V. MAIELLO, *Clemenza e sistema penale*, p. 355 ss., p. 397 ss.; C. RUGA RIVA, *Sanatorie, condoni, "indultino": forme e limiti costituzionali dell'impunità retroattiva*, in «*Rivista italiana diritto e procedura penale*», 2004, p. 191 ss., p. 220 ss., p. 209 ss.

del reo, l'oblazione, la remissione della querela etc.,⁴⁶ conosce forme nuove: i 'moderni condoni'⁴⁷ *tributari, previdenziali, urbanistici*, le cui 'logiche contrattuali' (forme di non-pene patteggiate) hanno realizzato di *una non punibilità a tratti 'clemenziiale'*. Ovviamente sono sottoposte a controlli di costituzionalità⁴⁸, collocandosi tra la struttura normativa del condono vero e proprio quale forma moderna di non punibilità e quella dell'*amnistia* o dell'*indulto condizionati* dissimulati sotto diverse forme⁴⁹, ma oggi sottratti (dopo la revisione dell'art. 79 Cost.) a una maggioranza parlamentare ordinaria.

Nel presente studio, come emerge dalle illustrazioni prospettate⁵⁰, non si contesta, ma neppure si segue, la *nomenclatura accademica tradizionale* che limita la *non punibilità* alle cause di non punibilità in senso stretto come figure di diritto sostanziale escludenti del tutto la pena (cause originarie o

⁴⁶ V. G.D. PISAPIA, *Fondamento e limiti delle cause di esclusione della pena*, in «*Riv. it. dir. proc. pen.*», 1952, pp. 3 ss. e 27-29, la classica voce di G. VASSALLI, *Cause di non punibilità*, in *Enciclopedia del diritto*, VI, 1960, p. 609 ss., nonché M. ROMANO, *Cause di giustificazione, cause scusanti, cause di non punibilità*, in «*Rivista italiana diritto e procedura penale*», 1990, p. 55 ss.; A. DI MARTINO, *La sequenza infranta*, Milano, Giuffrè, 1998, p. 107 ss.; P. VENEZIANI, *La punibilità. Le conseguenze giuridiche del reato*, in *Trattato di diritto penale*, a cura di C.F. Grosso, T. Padovani, A. Pagliaro, tomo II, Milano, Giuffrè, 2019, p. 291 ss.; COCCO, *La punibilità*, cit., p. 253.

⁴⁷ Cfr. G. INSOLERA, *I «moderni condoni» tra prassi legislative e codificazioni*, in «*Rivista italiana diritto e procedura penale*», 1994, p. 1304 ss.; MAIELLO, *Clemenza e sistema penale*, cit., p. 283 ss.; RUGA RIVA, *Sanatorie, condoni, "indultino"*, cit., p. 209 ss.

⁴⁸ F. BRICOLA, *Legalità e crisi: l'art. 25, commi 2° e 3° della Costituzione rivisitato alla fine degli anni '70*, in «*La questione criminale*», 1980, p. 229 ss.; ID., *Funzione promozionale, tecnica premiale e diritto penale*, in *Diritto premiale e sistema penale*, Milano, Giuffrè, 1983, p. 135 ss.; ID., *Rapporti tra dommatica e politica criminale*, in «*Rivista italiana diritto e procedura penale*», 1988, p. 24; L. STORTONI, *Premesse ad uno studio sulla punibilità*, *ibidem*, 1985, p. 406 ss.; T. PADOVANI, *Il traffico delle indulgenze. "Premio" e "corrispettivo" nella dinamica della punibilità*, *ibidem*, 1986, p. 399 ss.; D. PULITANÒ, voce *Politica criminale*, in *Enciclopedia diritto*, XXXIV, 1985, p. 73 ss. V. altresì INSOLERA, *I «moderni condoni»*, cit., p. 1304 ss.; MAIELLO, *Clemenza e sistema penale*, cit., p. 355 ss., p. 397 ss.; F. CONSULICH, *La difficile appartenenza dogmatica del c.d. "indultino"*, in «*Diritto penale e processo*», 2004, p. 731 ss.

⁴⁹ V. C. cost. 6 settembre 1995, n. 427, in «*Giurisprudenza costituzionale*», 1995, p. 3320 ss., con nota di G. GEMMA, *Condono edilizio e Costituzione: una compatibilità tutta da dimostrare*; C. cost. 28 giugno 2004, n. 196, in «*Rivista italiana diritto e procedura penale*», 2004, p. 1219 ss., con nota di V. MAIELLO, *Condono edilizio e limiti costituzionali della remissione sanzionatoria*, *ivi*, p. 1234 ss.

⁵⁰ Ma già nei precedenti studi cit. *supra*, a nota 33.

sopravvenute e che suppongono un fatto tipico e colpevole, non scriminato, né scusato). Il *non punire*, qui declinato ampiamente in un quadro sostanziale e processuale insieme, è legato al *significato penologico, non 'dogmatico'*, della risposta, e va ben oltre quella nomenclatura tecnico-giuridica codicistica e dottrinale. Ne fanno parte le cause estintive (che il codice distingue da quelle di non punibilità, con opzione oggi invero obsoleta anche in termini tecnico-giuridici), ma pure le tecniche normative che portano a degradare la risposta sanzionatoria: tutti gli istituti, sostanziali, sanzionatori, processuali, che conducono a esiti di non punire o punire meno gravemente il fatto e l'autore, sono coinvolti in un discorso di non punibilità che intacca la logica retributiva fondante (l'illecito e la colpevolezza), quanto più sono connessi a logiche o valutazioni anche esterne all'offesa e alla colpevolezza (la meritevolezza e il possibile rimprovero per il passato), perché dipendono da ragioni extrapenali, da bilanciamenti con condotte sopravvenute, da prestazioni riparatorie o risarcitorie, o da considerazioni di opportunità economica, organizzativa, processuale etc.

Dopo queste premesse, il non punire è destinato ad assumere un volto nuovo. Il legislatore ha continuato ad aumentare costantemente le pene edittali, anche i minimi. Preoccupazioni o finalità di malintesa prevenzione generale e conseguenze processuali su competenza, misure cautelari, intercettazioni, prescrizione etc. si rivelano decisive. La magistratura può solo reagire come sempre ha fatto: applicando le sanzioni al minimo, partendo dal minimo edittale, e sfruttando al meglio il compasso delle scale sanzionatorie offerte dalle attenuanti e dal giudizio di bilanciamento (art. 69 c.p.), quando non sia escluso (come via via si registra da qualche lustro per alcune aggravanti 'privilegiate' che bloccano la discrezionalità). Si realizza, così, una non punibilità in concreto.

Purtroppo, i minimi alti non consentono di sviluppare una vera cultura della discrezionalità, che il legislatore spesso osteggia. Tuttavia, crescono le figure del non punire di matrice legislativa, per lo più *extra codicem*.

L'estensione del patteggiamento ai reati puniti in concreto fino a 5 anni di reclusione (l. 12 giugno 2003, n. 134) costituisce un salto di qualità: lo 'sconto' tocca proprio anticipatamente l'esecuzione, ci si accorda sul *quantum* di pena *eseguita* e non teorica. Il contratto così si estende a reati anche molto gravi in astratto (a parte quelli esclusi *ex lege*). L'evoluzione si accompagna alla massima estensione del patteggiamento sul rito, cioè al *rito abbreviato*, che per effetto della riforma di cui alla l. 16 dicembre 1999, n. 479 (c.d. legge Carotti) vedeva reintrodotta la decisione con tale rito anche per i *reati puniti con l'ergastolo*, in precedenza dichiarata illegittima dalla Consulta per difetto di delega, poi caducata definitivamente dalla l. 33/2019 all'art. 438, nuovo

co. 1 bis c.p.p.: è questo un pendolo legislativo di singolare interesse, con intermittente ingresso della decisione della Corte Edu nel caso Scoppola.

Nell'ambito del diritto penale comune, dei minori e degli adulti, oltre che nell'esecuzione, si introducono progressivamente istituti di giustizia negoziata, contrattata e riparativa, i quali fanno pensare sempre più a una pena agita e non semplicemente subita. È un rovesciamento del paradigma classico dal quale siamo partiti (*supra*, §§ 1-4).

Nel diritto minorile dal 1988 esiste l'istituto della messa alla prova connesso a condotte riparatorie (art. 9, 27, 28 dpr 22 settembre 1988, n. 448), mentre in quello degli adulti, nel 2000, per i reati di competenza del giudice di pace, oltre a forme di conciliazione, è stato introdotto, come noto, l'analogo istituto sulle condotte riparatorie come causa estintiva del reato (art. 2, 29, 34, 35 d. lgs. 28 agosto 2000, n. 274), anche riguardo a incriminazioni più modeste.

L'idea della *compliance* più specificamente riparativa, insieme alla logica negoziale, si era peraltro già innestata nel diritto penale d'impresa nel settore della sicurezza del lavoro (v. il d. lgs. 19 dicembre 1994, n. 758, e poi l'art. 301 TU sicurezza del lavoro, d. lgs. n. 81/2008), e solo più di recente è stata estesa all'ambiente (art. 318-*bis* ss. d. lgs. n. 152/2006 introdotti dalla l. n. 68/2015) e infine ai reati alimentari (dalla c.d. riforma Cartabia), dove le oblazioni contrattate, con prescrizioni e messe in mora, sono finalizzate alla non applicazione della pena. Obiettivo delle norme penali contravvenzionali di settore non è di reprimere gli illeciti, ma di prevenirli. È il non punire. La repressione *ex post* è in realtà una sconfitta della logica preventiva. Essendo reati di pericolo permanente, quando sono commessi rimane il pericolo, che va comunque neutralizzato. E l'obiettivo di eliminarlo o di ridurlo al minimo rimane lo scopo principale di quelle stesse incriminazioni.

La categoria della *compliance* è infine diventata, come noto, il paradigma generale dei rapporti tra responsabilità degli enti e responsabilità individuale dal 2001 in poi con il d. lgs. 231 del 2001 (art. 17, 49, 65 d. lgs. 231), dove si sperimenta la forma più rilevante, per quanto di settore, di apertura a una logica riparativa esimente per le persone giuridiche: il d. lgs. 231 ha infatti introdotto ipotesi premiali di non punibilità, sia pur con riferimento ad alcune rilevanti sanzioni: l'eliminazione delle conseguenze dannose o pericolose del reato e (congiuntamente) il risarcimento integrale dei danni da parte della persona giuridica (anche da parte di terzi)⁵¹ comportano l'esclusione delle sanzioni interdittive (art. 17 d. lgs. 231/2001). A ciò si aggiunge una

⁵¹ Cfr. S.R. PALUMBIERI, *Art. 17, in Enti e responsabilità da reato*, a cura di A. Cadoppi, G. Garuti, P. Veneziani, Torino, Utet, 2010, p. 237 ss.

forte riduzione di quelle pecuniarie (art. 12, co. 2 e 3, d. lgs. cit.).

Il messaggio culturale e politico è molto innovativo: per i reati comuni, ma certamente per quelli economici dove sia coinvolta un'impresa, è concesso all'ente di evitare le pene interdittive (che neutralizzano l'attività di impresa) e di dimezzare quelle pecuniarie (le pene principali), adottando congiuntamente condotte efficaci di neutralizzazione dell'offesa e di risarcimento del danno per il fatto del dipendente o soggetto apicale autore del reato. In caso poi di adozione congiunta, *ex post*, del modello organizzativo, la riduzione scende fino a due terzi (art. 12, co. 3, d. lgs. cit.). È evidente quanto sia forte qui, come alternativa alla cultura penale classica, la logica del non punire connessa a prestazioni riparative⁵².

Nel 2006 si inaugura tutto un sistema orientato al ripristino degli illeciti ambientali e alla bonifica dei siti⁵³ che, nel 2015, verrà ulteriormente regolato (art. 318-*bis* e ss. d. lgs. 3 aprile 2006, n. 152 modif. dalla l. 22 maggio 2015, n. 68) e si estenderà come ravvedimento operoso (art. 452-*decies* c.p.) anche a tutti i delitti maggiori nel frattempo introdotti nel codice penale.

Seguendo l'alternarsi dei Governi e delle legislature, si può riscontrare dal 2010 al 2017 una ripresa di leggi e discipline di stampo liberale.

La l. 26 novembre 2010, n. 199, poi ulteriormente modificata fino al d.l. 146/2013, ha introdotto *nuove ipotesi di detenzione domiciliare* (già rivista dalla legge Gozzini, l. n. 663/1986, che riformava l'ordinamento penitenziario), e di *affidamento in prova al servizio sociale*. Nel 2013, il d.l. 146/2013 ha previsto in forma temporanea (per detenzioni effettive trascorse tra il 1.1.2010 e il 31.12.2015) ipotesi di *liberazione anticipata speciale*. Nel 2011 il d.l. 211/2011 conv. dalla l. 17 febbraio 2012, n. 9, ha disposto la *chiusura degli ospedali psichiatrici giudiziari* (che avevano sostituito il manicomio giudiziario quale misura di sicurezza per i non imputabili) a far data dal 31 marzo 2015 (termine poi prorogato) *sostituendoli con le REMS* (Residenze per l'esecuzione delle misure di sicurezza): *un evento storico* la cui portata può essere compresa solo ripercorrendo il dibattito tra le 'scuole' tra fine Ottocento e

⁵² Ampiamente M. DONINI, *Compliance, negozialità e riparazione dell'offesa nei reati economici. Il delitto riparato oltre la restorative justice*, in *La pena, ancora: fra attualità e tradizione. Studi in onore di Emilio Dolcini*, vol. II, cit., p. 579 ss.; Fed. MAZZACUVA, *L'ente premiato. Il diritto punitivo nell'era delle negoziazioni: l'esperienza angloamericana e le prospettive di riforma*, Torino, Giappichelli, 2020; M. COLACURCI, *L'illecito "riparato" dell'ente. Uno studio sulle funzioni della compliance penalistiche nel d. lgs. n. 231/2001*, Torino, Giappichelli, 2023.

⁵³ A.R. DI LANDRO, *La funzione ripristinatoria nel diritto penale ambientale. La bonifica e il ripristino ambientale. Uno studio de iure condito e de iure condendo*, Torino, Giappichelli, 2020, p. 55 ss.; C. RUGA RIVA, *Diritto penale dell'ambiente^t*, Torino, Giappichelli, 2021, 61 ss., 303 ss.

prima metà del Novecento, considerando il numero degli internati nel corso del Novecento, e la rilevanza culturale, simbolica e disumanizzante dei manicomi giudiziari.

La spinta normante della sentenza Torreggiani c. Italia della Corte Edu, con la quale si è censurato lo stato gravissimo di sovraffollamento carcerario italiano, ha indotto cambiamenti sistemici⁵⁴. Il successivo d.l. 52/2014, conv. dalla l. 30 maggio 2014, n. 81 ha previsto un *termine massimo per la durata delle misure di sicurezza detentive*, parametrato sulla *misura massima della pena minacciata* dalla legge per il reato commesso: un'altra innovazione storica nella disciplina delle misure di sicurezza in Italia; la l. 28 aprile 2014, n. 67 ha innestato nel codice penale *due riforme di grande rilevanza, la sospensione del processo con messa alla prova*, all'esito positivo della quale si giunge all'estinzione del reato poi implementata da logiche di giustizia riparativa nel 2022 (art. 168-bis,-ter,-quater c.p.); e l'altra relativa alla *particolare tenuità del fatto* il cui riconoscimento conduce alla *non punibilità* del reato (art. 131-bis c.p.); sempre nello stesso segno di deflazione punitiva connessa a condotte attive riparatorie è stata introdotta nel 2017 una causa generale di *estinzione del reato per condotte riparatorie* relativa ai reati perseguibili a querela di parte: l'art. 162-ter c.p. costituisce un'aggiunta della *c.d. legge Orlando* (l. 23 giugno 2017, n. 103, legge-delega poi attuata con d. lgs. 1 marzo 2018, n. 21).

Nella legislazione speciale le discipline riparatorie sono tra le più rilevanti, anche se le parti generali del diritto penale trascurano ampiamente di ricondurle a sistema, forse pensando che un sistema non può esistere fuori dall'impianto originario del codice⁵⁵. Fra quelle risalenti a questo periodo legislativo, vanno menzionate la normativa del 2015 dei reati ambientali, già ricordata, e quella, sempre del 2015, sul pagamento del debito tributario (art. 13 d. lgs. 74/2000 riformato dal d. lgs. 158 del 20 settembre 2015), che si aggiunge alla riparazione dell'offesa di cui all'art. 14 del d. lgs. 74/2000⁵⁶.

⁵⁴ C. eur. dir. uomo, 8 gennaio 2013, Torreggiani e altri c. Italia. Cfr. M. DOVA, *Torreggiani c. Italia: un barlume di speranza nella cronaca del collasso annunciato del sistema sanzionatorio*, in «Rivista italiana diritto e procedura penale», 2013, p. 948 ss.

⁵⁵ Per una rassegna quasi completa alla data del 2011, ma nel frattempo da arricchire di molte nuove normative, v. il nostro *Le logiche del pentimento e del perdono nel sistema penale vigente*, in *Scritti in onore di Franco Coppi*, vol. II, Napoli, Jovene, 2011, p. 871 ss.

⁵⁶ Cfr. A. INGRASSIA, *Circostanze e cause di non punibilità. La vountary disclosure*, in *I reati tributari*, a cura di R. Bricchetti, P. Veneziani, Torino, Giappichelli, 2017, p. 527 ss.

13. *Il ritorno di tendenze punitiviste dal 2018 e il loro impatto su inflazione penale, durata dei processi e ruolo della discrezionalità giudiziale*

Negli anni '70 si era evidenziato che la riforma del 1974, soprattutto con l'allargarsi del giudizio di valenza delle circostanze a ogni loro tipologia, faceva esplodere la discrezionalità giudiziale senza vincolarla a una pre-determinazione dei fini della pena, ora necessariamente riempita anche di prevenzione generale, dato che le circostanze sono espressione di esigenze generalpreventive⁵⁷. Infatti, le circostanze, come aveva evidenziato Alfonso Stile, non erano e non sono individualizzanti⁵⁸, dunque hanno finalità di prevenzione generale, in quanto incidono sulla prescrizione (ma anche sulla perseguibilità a querela, sulla competenza etc.), e il bilanciamento a tal fine (art. 69 c.p.) coinvolge il giudice in quel progetto: le circostanze modificano la cornice edittale, non la sola pena-base in concreto.

In realtà, la resistenza alla prevenzione generale si risolve per oltre trent'anni (1944-1974) in una prassi giudiziale dovuta alla lotta per una pena più giusta di fronte ai minimi edittali alti e ai divieti di giudizio di equivalenza rispetto a circostanze ad effetto speciale. Tendenza nata sotto il codice Rocco non riformato dopo la caduta del fascismo, sino al 1974. Di fronte a questi dilemmi si sviluppò una politica giudiziaria di resistenza costituzionale a un sistema generalpreventivo e intimidatorio⁵⁹.

Tuttavia, queste vicende legislative hanno intensificato il ruolo della prevenzione generale non tanto nella commisurazione in senso stretto, *ex* art. 133 c.p., quanto in quella che riguarda le cornici (circostanziali) da scegliere in vista della successiva individualizzazione⁶⁰.

Tralascio ora una analisi della riforma dell'anno 2005, dovuta alla legge c.d. *ex* Cirielli, la l. 5 dicembre 2005, n. 251, che ha operato, fra l'altro, sull'art. 69 c.p., oltre che sulla recidiva (art. 99 c.p.) e sulla prescrizione (art. 157 ss. c.p.), al fine di recuperare momenti di vincolo legislativo nel bilanciamento e nella prescrizione, oltre che nella recidiva. Essa si è inserita in

⁵⁷ A.M. STILE, *Discrezionalità e politica penale giudiziaria*, in «Il Tommaso Natale», 1979, p. 1471 ss., p. 1475 (anche in «Studi urbinati», 1976-77, p. 275 ss.).

⁵⁸ A.M. STILE, *Il giudizio di prevalenza o di equivalenza*, Napoli, Jovene, 1971, p. 80.

⁵⁹ STILE, *Discrezionalità e politica penale giudiziaria*, cit., p. 1476 s.

⁶⁰ V. ora l'analisi di I. MERENDA, *Le circostanze del reato tra prevenzione generale e speciale*, Torino, Giappichelli, 2022, p. 101 ss. Per una rilevante valorizzazione del momento individualizzante (e non generalpreventivo) delle circostanze nella disciplina del concorso di persone, v. A. ALBERICO, *Le circostanze nel concorso di persone*, Roma, Dike, 2022, p. 276 ss. (cap. V).

una cultura della prevenzione generale alimentata da un legislatore ossessionato dai minimi edittali alti, dal loro uso in funzione processuale, da vincoli sempre maggiori all'art. 69, e da un recupero di logiche d'autore nella risposta sanzionatoria.

È stato un momento pendolare, questo, orientato al punire. Le vicende ulteriori della prescrizione, ad opera della riforma Bonafede, e infine Cartabia, sono molto note e possono qui essere appena menzionate. Esse riguardano la nostra dialettica oscillante⁶¹.

Nel marzo 2018 si è chiusa la XVII legislatura, e quella che l'ha seguita, come un pendolo storico ricorrente, ha registrato la rinascita di spinte populiste, giustizialiste e punitiviste forti, che hanno introdotto nell'ordinamento regole (e un clima sociale) più conformi a un diritto penale di lotta o del nemico, anche se molte promesse riforme del 'contratto di governo' (c.d. 'giallo-verde') del 2018⁶² non hanno visto la luce anche per l'avvicinarsi delle compagini governative (prima 5Stelle-Lega, poi 5Stelle-Partito democratico).

Tra queste vicende legislative vanno ricordate una *ulteriore riforma della legittima difesa domiciliare* (art. 52 c.p., rivisto dalla l. 26 aprile 2019, n. 36)⁶³, e un pacchetto anticorruzione, la *c.d. legge 'spazzacorrotti'* (l. 9 gennaio 2019, n. 3)⁶⁴ che si segnala al di là del fatto di riguardare regole di parte speciale, perché in realtà ha proseguito l'innesto nell'ordinamento di *profili marcati di un diritto penale del nemico* attraverso l'estensione al diritto penale comune

⁶¹ Sulla prescrizione e l'improcedibilità nella riforma Cartabia, anche per gli opportuni richiami, V. MONGILLO, *Il doppio volto della prescrizione penale*, in *Riforma Cartabia. La nuova giustizia penale*, a cura di D. Castronuovo, M. Donini, E.M. Mancuso, G. Varraso, Wolters Kluwer, Cedam, 2023, p. 303 ss. e gli AA. cit. a nota 51, p. 320.

⁶² E. AMODIO, *A furor di popolo. La giustizia vendicativa gialloverde*, Roma, Donzelli, 2019; M. DONINI, *Populismo penale e ruolo del giurista*, in «Sistema penale», 7 settembre 2020.

⁶³ F. DIAMANTI, *Appunti sulla legittima difesa. Una questione politica*, Torino, Giappichelli, 2020. V. pure D. NOTARO, *La legittima difesa domiciliare. Dalla giustificazione alla scusa fra modelli presuntivi e tensioni soggettive*, Torino, Giappichelli, 2020, p. 183 ss., p. 304 ss.; AMODIO, *A furor di popolo*, cit., cap. II.

⁶⁴ C. IASEVOLI (a cura di), *La cd. Legge 'spazzacorrotti'. Croniche innovazioni tra diritto e processo penale*, Bari, Cacucci, 2019; tra i numerosi contributi critici, T. PADOVANI, *La spazzacorrotti. Riforma delle illusioni e illusioni della riforma*, in «Archivio penale» (web), 2018, p. 1 ss.; D. PULITANÒ, *Tempeste sul penale. Spazzacorrotti e altro*, in «Diritto penale contemporaneo», n. 3, 2019, p. 235 ss.; V. MANES, *L'estensione dell'art. 4-bis ord. pen. ai delitti contro la P.A.: profili di illegittimità costituzionale*, *ibidem*, n. 2, 2019, p. 105 ss.

(reati contro la p.a., sessuali, di immigrazione etc.) di regole di eccezione penitenziarie (l'art. 4-bis ordin. pen.) riguardanti la criminalità mafiosa, organizzata e terroristica⁶⁵. A questa stessa legge (art. 1, lett. e) si deve anche una radicale riforma della prescrizione del reato, che ha introdotto una sospensione senza limiti della prescrizione dopo la sentenza di primo grado, così bloccando di fatto la possibilità di prescrizione dei reati, senza peraltro preoccuparsi di diminuire i tempi di celebrazione dei processi. Riforma che abrogava quella da poco introdotta dalla l. Orlando del 2018, e peraltro applicabile ai reati commessi dal 1° gennaio 2020.

Il pendolo della punibilità/non punibilità è sotto gli occhi di tutti. Eppure, era poco tempo che la Corte costituzionale, nella famosa vicenda Taricco, aveva dichiarato (sentenza n. 115/2018), la natura sostanziale della prescrizione addirittura per vincolo costituzionale. Un esito forse eccessivo (il divieto costituzionale di una prescrizione processuale, che oggi in Europa è invece diffusa)⁶⁶, ma sicuramente condizionato dal bisogno di neutralizzare le iniziative anomale della CGUE, la quale (nel caso Taricco) chiedeva ai giudici italiani di applicare alla associazione in materia di contrabbando, analogicamente e retroattivamente, la più severa disciplina della prescrizione prevista per altri reati associativi. Nondimeno, la decisione della Consulta salvava la connotazione della prescrizione come diritto dell'imputato e limite al potere punitivo. Infatti, restando nel tema del non punire, la prescrizione, nel nostro ordinamento costituzionale, deve essere concepita come diritto sostanziale, diritto dell'imputato all'oblio, a un termine della potestà punitiva, al di là del diritto a una ragionevole durata del processo. Si tratta di una affermazione forte dell'inerenza della prescrizione alla non punibilità, ai limiti del potere di punire⁶⁷.

La riforma Bonafede avrebbe condotto all'implosione del sistema processuale, mancando totalmente la dimensione del non punire da affiancare al blocco della prescrizione, che già di per sé era una scelta che non affrontava le cause del problema nazionale della durata dei processi, del tutto indipendente dalla disciplina della prescrizione. Nello stesso tempo, la 're-

⁶⁵ V. gli atti del Convegno di Siracusa del 25-26 ottobre 2019 organizzato dall'AIPDP su 'Il diritto penale dei nemici. Verso un nuovo diritto penale dell'autore?', in «*Rivista italiana diritto e procedura penale*», 2020, p. 701 ss.

⁶⁶ V. sul tema il nostro commento *Lettura critica di Corte cost. n. 115/2018. La determinatezza ante applicationem e la prescrizione sostanziale come controlimiti alla regola Taricco*, in «*Diritto penale contemporaneo. Rivista trimestrale*», n. 2, 2018, p. 225 ss.

⁶⁷ Sulla prescrizione del reato come 'diritto fondamentale dell'individuo' v. ora la ricostruzione di L. SIRACUSA, *Oblio e memoria del reato nel sistema penale*, Torino, Giappichelli, 2022, p. 111 ss.

sistenza culturale' nazionale a recepire una categoria come quella del diritto penale del nemico in funzione delegittimante gli avversari o solo neutralizzante i devianti, già risalta nel dato storico per cui è stata sempre 'normalizzata' e ridotta a sistema: o con grazia, condoni e amnistie, o con regimi di collaborazione differenziata, o con forme varie del non punire.

Il governo di salute pubblica guidato da Mario Draghi e, per la Giustizia, rappresentato da Marta Cartabia, ha offerto uno specchio molto illustrativo delle debolezze della politica, dalle quali è nato, e non solo di quelle della magistratura che sono esplose durante il suo mandato, producendo, ad un tempo, una legislazione 'di sistema' tra le più rilevanti di apertura a logiche ispirate alla soluzione della dialettica punire/non punire. Vediamone le origini.

Ultime, ma non ultime, dalla nostra rassegna sono emerse le realtà invasive di un'*inflazione penale e processuale* mai risolta attraverso riforme di sistema, e dunque gestite in forma frammentaria anche mediante logiche differenziate del non punire. Si tratta di una inflazione numerica di reati in astratto e di arretrato giudiziario tali da poter sopravvivere solo mediante tre istituti: in passato, l'amnistia periodica, e qualche depenalizzazione, e da sempre la prescrizione. Le prime erano di competenza legislativa, la seconda giudiziaria.

Cessando la praticabilità legislativa delle amnistie, dato il *quorum* normalmente irraggiungibile dei due terzi dei componenti di ciascuna camera (l. 6 marzo 1992, n. 1, di revisione dell'art. 79 Cost.), e smarrendosi nel tempo la fede nelle potenzialità deflative della depenalizzazione legislativa ('in astratto') tutto diventa di competenza giudiziale, anche la depenalizzazione ('in concreto').

Non solo. Aumenta la consapevolezza del ruolo che la stessa prescrizione, a questo punto assume, quale fattore di gestione discrezionale di fatto dell'azione penale. Un'azione penale 'veggente', e per nulla ciecamente obbligatoria, perché *la prescrizione sostituisce la discrezionalità dell'azione penale*.

Certamente le molteplici esigenze del non punire non possono limitarsi a questioni deflative: già il fatto di ereditare funzioni anomale rispetto ai 'cardini del penale', vale a dire alle logiche retributive classiche di illecito e colpevolezza, le espunge dalla teoria del reato. Molti penalisti concepiscono al suo interno solo la 'punibilità', non la non punibilità. Il fatto che non si riformi mai il codice penale nel suo complesso e che vari istituti del non punire siano disciplinati altrove produce la conservazione di questa vecchia cultura, mentre le nuove politiche criminali sono abbandonate a logiche contingenti, sì che (quasi) nessuno si accorge che al loro interno c'è un *concetto* che avanza e che mette in crisi il diritto penale classico.

Esso è costituito da uno sviluppo sempre più largo di una *discrezionalità*

di sistema, ben superiore a quella interna a singoli istituti, come poteva essere (e ancora è) per es. la gestione facoltativa delle circostanze e del loro bilanciamento, oppure della recidiva, o la discrezionalità della commisurazione della pena in senso stretto, quella della applicazione di discipline come la sospensione condizionale, o del perdono giudiziale, oppure la scelta di dare la priorità ad alcuni processi, sacrificandone altri alla prescrizione.

C'è qualcosa di nuovo che consente di inquadrare questi istituti sparsi in un disegno unitario.

14. *L'accelerazione della riforma Cartabia alla dialettica punire/non punire, tra idea riparativa e nuova discrezionalità di sistema*

La riforma Cartabia (la legge delega 27 settembre 2021, n. 134 e il d.lgs. 10 ottobre 2022, n. 150)⁶⁸ pubblicizzata col fine di ridurre il carico processuale, diminuendo di un quarto le pendenze e dunque la durata dei processi, ha operato (per ora, sulla carta) su due binari principali: a) una strategia differenziata di intervento, di tipo sostanziale e processuale insieme, con obiettivi misti, di tipo sia umanistico e decarcerizzante, e sia funzionale alla diminuzione delle pendenze; b) l'ingresso massiccio di istituti di giustizia riparativa, capaci di dare un diverso orizzonte di senso a forme di non punibilità in senso lato.

È una vera macchina della dialettica punire/non punire che è stata messa in moto con questa riforma: nel significato pragmatico e nobile non della rinuncia alla pena, o dell'impunità, ma di una soluzione bilanciata tra le ragioni del punire e del non punire che qui si stanno illustrando attraverso 150 anni di storia. Ovviamente questa è una interpretazione. Vediamone il perché.

Sono state riformate le *pene sostitutive* (ora definite così, nelle specie di semilibertà sostitutiva, detenzione domiciliare sostitutiva, lavoro di pubblica utilità sostitutivo e pena pecuniaria sostitutiva), *che entrano nella parte generale del codice* (art. 20-*bis* c.p.) e sono applicabili solo a richiesta, col consenso (v. l'art. 545-*bis* c.p.p.). La più ampia di queste, la semilibertà sostitutiva, ma anche la detenzione domiciliare sostitutiva, si applicano per condanne fino a quattro anni di pena detentiva.

L'applicazione delle nuove sanzioni sostitutive con *una udienza* ad hoc

⁶⁸ *Riforma Cartabia. La nuova giustizia penale*, cit.; M. GIALUZ, J. DELLA TORRE, *Giustizia per nessuno. L'inefficienza del sistema penale italiano tra crisi cronica e riforma Cartabia*, Torino, Giappichelli, 2022; *Forme, riforme e valori per la giustizia penale futura*, a cura di D. Castronuovo, D. Negri, Napoli, Jovene, 2023.

dopo l'accertamento del fatto (v. l'art. 545-*bis* c.p.p.) prefigura una sorta di processo bifasico, ed esige ovviamente maggiori impegni istruttori e decisori; in questa fase si sono consumate senza esito varie altre alternative della non punibilità: quella della prescrizione dovuta all'applicazione di criteri di priorità e alla estinzione dei reati in istruttoria (sono circa il 60% entro il primo grado), dell'archiviazione per irrilevanza penale del fatto, del non luogo a procedere per insostenibilità in giudizio dell'accusa, delle querele mai presentate o rimesse, delle forme riparatorie che possono condurre al non punire, della pena sospesa, della messa alla prova.

Si allarga moltissimo la *sospensione del processo con messa alla prova*, forse l'istituto più emblematico del non punire a gestione giudiziale, con possibile estinzione di reati punibili fino a sei anni di pena detentiva (v. l'area di quelli ammessi fino a tale soglia secondo l'art. 550, comma 2, c.p.p. in relazione agli artt. 168-*bis* e -*ter* c.p.). La non punibilità per irrilevanza del fatto viene ora valutata «anche in considerazione della condotta susseguente al reato» (art. 131-*bis*, c.p. nuovo testo). In materia contravvenzionale il d.lgs. 10 ottobre 2022, n. 150, art. 70 estende l'oblazione discrezionale del modello giuslavoristico alle contravvenzioni in materia alimentare. Soprattutto, si prefigura in contemporanea il collegamento forte tra questi istituti di ampia discrezionalità con riforme processuali deflative.

Viene annunciato un programma di ridefinizione dei *criteri di priorità per flessibilizzare l'esercizio dell'azione penale*: «Art. 3-*bis* (Priorità nella trattazione delle notizie di reato e nell'esercizio dell'azione penale). 1. Nella trattazione delle notizie di reato e nell'esercizio dell'azione penale il pubblico ministero si conforma ai criteri di priorità contenuti nel progetto organizzativo dell'ufficio». Come precisa la *Relazione* al d.lgs. n. 150/2022, «i criteri di priorità non hanno valenza puramente organizzativa, ma sono destinati a incidere sulle scelte procedurali del pubblico ministero, sin dall'attività successiva all'iscrizione della notizia di reato». Si attende ancora la legge di attuazione di questa disciplina, affinché siano parlamentari le scelte di fondo.

Viene quindi introdotto un concetto fondamentale per il rinvio a giudizio: il non luogo a procedere per insostenibilità in giudizio dell'accusa. In attuazione della legge delega della riforma (art. 1, co. 9, lett. a) e lett. m) l. 134/2021), il nuovo art. 425, co. 3, c.p.p., per come introdotto dall'art. 23, comma 1, lett. l), del D.L.vo. SATZGER, *International and European* 10 ottobre 2022, n.150, prevede: «Il giudice pronuncia sentenza di non luogo a procedere anche quando gli elementi acquisiti non consentono di formulare una ragionevole previsione di condanna». Parimenti, a monte, la disciplina della richiesta di archiviazione: «125. (1) Richiesta di archiviazione. 1. Il pubblico ministero presenta al giudice la richiesta di archiviazione (408 c.p.p.) quando

ritiene l'infondatezza della notizia di reato perché gli elementi acquisiti nelle indagini preliminari non sono idonei a sostenere l'accusa in giudizio».

La concreta gestione processuale del dubbio sull'esito del dibattimento si rivelerà decisiva per un'applicazione davvero capace di 'fare filtro', tra le notizie di reato, sostitutiva della prassi attuale di rinviare comunque a giudizio, anche in caso di dubbio, tranne i casi di evidente e facilmente motivabile impossibilità di giungere a un risultato utile per l'accusa (assenza evidente di elementi costitutivi, morte dell'imputato, reato prescritto, *abolitio criminis*, fatto non previsto dalla legge come reato, remissione di querela etc.).

Nel caso di una lettura più selettiva delle notizie di reato, invece, è evidente il contributo importante della riforma a una 'non punibilità' di sistema: non attraverso ipotesi di diritto penale sostanziale, riguardanti fatti tipici, illeciti e colpevoli, ma resi non punibili dall'intervento di situazioni di diritto sostanziale sopravvenute od originarie, quanto attraverso una non punibilità prognostica e processuale, comunque interagente con le cause sostanziali in un quadro deflativo di sistema.

Le strategie e le alternative sono ormai così tante che una valutazione *ex ante* dell'esito sanzionatorio appare incerta. Si è così introdotta una discrezionalità di sistema alla quale partecipano tutte le parti del processo, coinvolgendo il giudicante. Non si deve fare attenzione solo al fatto che alcune regole, per es. sanzionatorie, suppongono una scelta basata su accertamenti del caso concreto che condizionano facoltativamente l'opzione tra una sanzione e un'altra, o la misura e l'entità della tipologia sanzionatoria; ma piuttosto è tutto il meccanismo del procedimento, e poi delle indagini preliminari fino al giudizio di primo grado, che valorizza una diversificazione individualizzata di strategie che impegna sia l'accusa, sia la difesa e che si riflette sul ruolo del giudice.

Diritto penale e processo definiscono insieme il non punire.

Tutto converge verso possibili degradazioni sanzionatorie fino anche a esiti estintivi o di esenzione dalla pena: una richiesta di archiviazione per irrilevanza del fatto, la prospettiva di una deflazione processuale attraverso priorità e corsie preferenziali per il dibattimento o per la prescrizione, la presa d'atto che le prove per una condanna appaiono immeritevoli di una soluzione dibattimentale, o ancora l'opposta decisione per un giudizio dove, esclusa la pena sospesa (che è un esito possibile e più classico del non punire), ci potrà essere una soluzione estintiva analoga, ma per effetto della messa alla prova; oppure, sulla base del consenso dell'imputato, si potranno applicare le pene sostitutive pecuniarie o del lavoro di pubblica utilità, della semilibertà o della detenzione domiciliare sostitutive. Sono tutte alternative predibattimentali o dibatti-

mentali che cancellano la staticità del discorso classico sulla pena semplicemente ‘meritata’ e ‘inflitta’, la retribuzione-proporzione fotografata nel passato immutabile della ‘colpevolezza per il fatto’.

In tutta questa dimensione discrezionale di sistema si inserisce infine il tema centrale della *riparazione dell’offesa e della giustizia riparativa: due diverse anime dell’idea riparativa “postfattuale”* che convergono nella soluzione della dialettica tra punire e non punire.

Un articolo molto discusso, il nuovo art. 129-*bis* c.p.p., dispone: «Art. 129-*bis* (Accesso ai programmi di giustizia riparativa). – 1. In ogni stato e grado del procedimento l’autorità giudiziaria può disporre, anche d’ufficio, l’invio dell’imputato e della vittima del reato di cui all’articolo 42, comma 1, lettera b), del decreto legislativo attuativo della legge 27 settembre 2021, n. 134, al Centro per la giustizia riparativa di riferimento, per l’avvio di un programma di giustizia riparativa». Tale norma, per non essere incostituzionale, dovrà conoscere una lettura costituzionalmente conforme: non è neanche immaginabile un giudice che compulsa le parti a riconciliarsi e l’imputato a riparare, quando la sua difesa è costruita sulla non colpevolezza. Ma se risulta compatibile con le strategie difensive, il raggio dell’idea della giustizia riparativa di tipo mediativo è amplissimo: l’accesso ai programmi di giustizia riparativa è possibile sempre e per ogni reato. Il termine giustizia riparativa compare 167 volte nel d.lgs. 10 ottobre 2022, n. 150 ed è tutto incentrato sulla mediazione: *una categoria martellante che vuole occupare il processo, ma non il giudizio*, perché la ‘vittima’ continua a non essere presente come persona offesa nel dibattimento, ma solo come parte civile, e cioè come danneggiato. Non vige dunque un paradigma vittimario, ma riparatore, orientato a umanizzare il processo, la pena e la discussione pubblica sulle conseguenze del reato.

Non è ora possibile illustrare la dimensione di una riparazione fondata sulla soluzione interpersonale del rapporto con la vittima, là dove una vittima c’è⁶⁹. Certo non si tratta di una *riparazione prestazionale* come quella

⁶⁹ *Ex plurimis* G. MANNOZZI, G. A. LODIGIANI, *La giustizia riparativa. Formanti, parole e metodi*, Torino, Giappichelli, 2017; *Giustizia riparativa*, a cura di G. MANNOZZI, G. A. LODIGIANI, Bologna, Il Mulino, 2015; G. MANNOZZI, voce *Giustizia riparativa*, in *Enciclopedia diritto*, Annali X, 2017, p. 465 ss.; C. MAZZUCATO, *Ostacoli e “pietre d’inciampo” nel cammino attuale della giustizia riparativa in Italia*, in *Giustizia riparativa. Ricostruire legami, ricostruire persone*, a cura di MANNOZZI, LODIGIANI, cit., p. 119 ss.; M. COLAMUSSI, A. MESTITZ, voce *Giustizia riparativa (restorative justice)*, in *Digesto discipline penalistiche*, Aggiornamento, 2010, p. 423 ss.; L. EUSEBI, *Fare giustizia: ritorsione del male o fedeltà al bene?*, in Id. (a cura di), *Una giustizia diversa. Il modello riparativo e la questione penale*, Milano, Vita e Pensiero, 2015, pp. 3-20; E.

classica di tanti istituti che richiedono la riparazione dell'offesa o il risarcimento del danno in senso obiettivo, di neutralizzazione del danno o dell'offesa. Sono due tipi di riparazione oggi presenti nel sistema: la *restorative justice* fondata sulla mediazione extraprocessuale e la presenza di un mediatore tra autore e vittima; e la riparazione dell'offesa che vede invece presente difensore e parti del processo e l'obiettivizzarsi di un risultato misurabile ed esterno alle persone coinvolte⁷⁰. In ogni caso, anche la mediazione penale, per poter essere fonte di qualche vantaggio processuale, deve risolversi in un risultato obiettivo, ai sensi del rinnovato art. 62 n. 6, c.p.

Ma ciò che importa qui evidenziare è che siamo nel contesto di plurimi richiami a tante ipotesi riparative, attraverso istituti diversi dalla mediazione penale, convergenti verso un distacco culturale dal castigo concentrato solo sull'offesa del passato. Infatti, il non punire, e il non punire il *fatto* soltanto (l'offesa 'colpevole'), affianca il punire che viene così diminuito o neutralizzato dal *post-fatto* (le condotte successive).

Tutto spinge poi verso *una nuova cultura della discrezionalità*, che potrà al meglio fondarsi su minimi edittali assai più bassi di quelli consueti alla nostra legislazione, perché la discrezionalità di sistema suppone una diversa valutazione di tutti gli indici, esige prognosi, attenzione al post-fatto (le forme di riparazione), collaborazioni tra le parti ignote all'immagine sacrale e autoritaria del giudice come distributore di un male aggiunto, possibilmente proporzionato, ma troppo spesso condizionato dai minimi alti dettati da esigenze processuali (per es. intercettazioni, misure cautelari, prescrizione) e da preoccupazioni generalpreventive. Anche la più recente giurisprudenza della Corte costituzionale, tutta protesa verso un sindacato

MATTEVI, *Una giustizia più riparativa*, Napoli, Editoriale scientifica, 2017, ID., *La giustizia riparativa: disciplina organica e nuove intersezioni con il sistema penale*, in *Riforma Cartabia. La nuova giustizia penale*, cit., p. 233; M. CARTABIA, A. CERETTI, *Un'altra storia inizia qui. La giustizia come ricomposizione*, Milano, Bompiani, 2020; M. BOUCHARD, F. FIORENTIN, *Sulla giustizia riparativa*, in «Questione giustizia», on line-23 novembre 2021. Per una visione del problema allargata alle diverse dimensioni della riparazione, in prospettiva più processuale, cfr. P. MAGGIO, *Giustizia riparativa e sistema penale nel decreto legislativo 10 ottobre 2022, n. 150*, Parte II. *Disciplina organica e aspetti di diritto processuale* e F. PARISI, *Giustizia riparativa e sistema penale nel decreto legislativo 10 ottobre 2022, n. 150*, Parte I. *Disciplina organica e aspetti di diritto sostanziale*, in «Sistema penale», 27 febbraio 2023.

⁷⁰ M. DONINI, *Il delitto riparato. Una disequazione che può trasformare il sistema sanzionatorio*, in «Diritto penale contemporaneo. Rivista trimestrale», n. 2, 2015, p. 236 ss.; ID., *Le due anime della riparazione come alternativa alla pena-castigo: riparazione prestazionale vs. riparazione interpersonale*, in «Cassazione penale», 2022, p. 2027 ss.

pregnante sui minimi edittali sproporzionati⁷¹, muove verso (sollecita implicitamente) una differente riscrittura legislativa dei minimi delle pene, capace di favorire una discrezionalità umanistica differente dal passato.

15. *Società dei diritti e non punire*

L'analisi potrebbe continuare. Si sono scelti alcuni momenti topici della legislazione per illustrare sia il pendolo costante tra punire e non punire, sia le evoluzioni di questo movimento verso una diversa sistematica: non più interventi paralleli ed esterni alla cultura e alla prassi quotidiana del penalista castigatore, mediante figure eccezionali anche se periodiche (le amnistie, le depenalizzazioni, singole cause estintive del reato) di competenza legislativa, ma il loro trasferimento nella prassi quotidiana del diritto giudiziale, dei processi, dalla prescrizione, all'esercizio concreto dell'azione, discrezionale nella sua gestione processuale.

Altri istituti di gestione giurisprudenziale sono oggi dispiegati: dalla *abolitio criminis* parziale per la cancellazione da tutto il passato di porzioni di incriminazioni diventate non più punibili per il ritaglio selettivo di nuove fattispecie più selettive (una 'non punibilità' a gestione tutta giurisprudenziale, solo asseritamente applicata secondo criteri logico-strutturali) al sindacato che Corte costituzionale e potere giudiziario possono compiere oggi sui limiti edittali delle pene che appaiano sproporzionati, e dunque anche in questo caso nella direzione del non punire.

Nel quadro del più importante reato contro l'economia, la bancarotta fraudolenta, la possibilità, di origine giurisprudenziale, di riparare il danno patrimoniale prima della dichiarazione giudiziale d'insolvenza (oggi sentenza di liquidazione), cioè la figura esimente della bancarotta riparata⁷², ha offerto all'attenzione delle riforme una base rilevante per riscrivere il delitto di bancarotta e introdurre nuove ipotesi riparatorie di grande momento, anche con attenuazioni importanti per condotte riparatorie tardive, integrali oppure no, purché attuate prima del giudizio, che sono allo stato in fase di avanzata progettazione⁷³.

⁷¹ *Supra*, nota 6.

⁷² Ad es. Cass., Sez. V, 21 settembre 2007, n. 39043, Bertorello e a.; Cass., Sez. V, 26 gennaio 2006, n. 7212, Arcari; Cass., Sez. V, 3 febbraio 2011, n. 8402, Cannavale, e già Cass., Sez. V, 26 giugno 1990, n. 15850, Bordoni.

⁷³ Cfr. gli artt. 324-*bis*, -*ter*, -*quater* del Progetto pubblicato sul sito del Ministero della Giustizia

Un ultimo cenno meritano le scriminanti che esprimono la società dei diritti, alla quale fu dedicato un intero convegno qualche lustro addietro⁷⁴, ma sempre attuale, per il fenomeno descritto. È la non punibilità che promette dalla società civile, dei diritti espressione e manifestazione del pensiero, politici, di famiglia, de lavoro, dei lavoratori, di associazione, di sciopero, di libertà di religione, sessuale, sul corpo, su vita e fine vita etc. Ricordo qui il fenomeno con le parole di un grande filosofo della società moderna e contemporanea, Jürgen Habermas: «accanto all'abolizione della schiavitù, la fine del dominio coloniale (anche se in una forma di decolonizzazione le cui conseguenze non sono molto migliori dello stesso dominio coloniale), la condanna della tortura, di pene crudeli e della pena di morte; inoltre la garanzia della tolleranza religiosa, della libertà di opinione o della pari opportunità tra i sessi, e sempre più spesso anche la garanzia della libertà sessuale; oltre a ciò vanno ricordati i sistemi statali di assicurazione in caso di malattia, incidenti, disoccupazione e vecchiaia e poi, soprattutto, la sovranità popolare e lo Stato di diritto, come pure i controlli internazionali degli armamenti e una giurisdizione penale globale per crimini contro l'umanità; e infine la protezione della natura e del clima e i diritti degli animali. Anche una tutela globale della pace e un equo regime economico globale sono oggi riconosciuti come obiettivi politici moralmente giustificati»⁷⁵.

Probabilmente il *punire* non avrà mai fine, ma il *non punire*, oggi divenuto consapevole e dispiegato, fa parte del *ius*, e non si potrà più relegare fuori della teoria del reato, come si è sempre fatto per le 'cause di non punibilità', magari studiandole dentro alla punibilità quale categoria di elementi che non si accertano in giudizio⁷⁶, né fuori della dimensione ideale e quotidiana

ed elaborato dalla prima Commissione Bricchetti su mandato della Ministra Marta Cartabia (d.m. 13 ottobre 2021), poi confermata e integrata per incarico del Ministro Carlo Nordio (d.m. 5 maggio 2023), e che ha parzialmente rivisto quel testo, ora consegnato al Ministero.

⁷⁴ *Il penale nella società dei diritti*. Atti del Convegno di Lecce dell'Associazione Franco Briccola: 'Il penale nella società dei diritti. Cause di giustificazione e mutamenti sociali', 7-8 marzo 2008, a cura di M. Donini e R. Orlandi, Bologna, Bononia University Press, 2010.

⁷⁵ J. HABERMAS, *Auch eine Geschichte der Philosophie*, Bd. 2, Berlin, Suhrkamp, 2019, p. 791, cit. dalla *Introduzione* di L. CORCHIA e W. PRIVITERA, a J. HABERMAS, *Una storia della filosofia*, Milano, Feltrinelli, 2022, XXII (parte prima dell'ed. orig. tedesca *Auch eine Geschichte der Philosophie*).

⁷⁶ L'osservazione è critica: infatti non si accerta mai la punibilità, salvo il caso statisticamente marginale delle condizioni obiettive di punibilità. Si accertano solo, nel processo,

della giustizia, e delle sue politiche, a dimostrazione dell'insufficienza costituzionale originaria, basica, dell'idea retributiva-simmetrica e della crisi immanente dell'idea punitiva al suo interno, nella storia come nella filosofia, nella legislazione come nel tecnicismo dei giuristi.

16. *Conclusioni*

L'oscillare della legislazione tra un dominante e lungo movimento punitivo e quello non punitivo, o meno afflittivo, non è regolare. Col tempo, tuttavia, si sono depositati nell'ordinamento, anche se non in una sistemazione codicistica razionale, gli effetti permanenti di questo pendolo. Il non punire non è riducibile al momento attenuante della risposta sanzionatoria, o a singole ipotesi esimenti. Sono sempre esistite circostanze attenuanti, ma nessuno si è sognato di inquadrarle in una logica generale e sistematica del non punire, quanto piuttosto in quella di un'equa commisurazione della pena. Il non punire, la non punibilità quale momento 'politico-criminale' e 'sistematico' nasce perché esiste una valanga, un profluvio di istituti e di figure capaci non di compensare non la colpa (questa è la retribuzione), ma di degradare la risposta sanzionatoria principale in direzioni del tutto diverse dalla semplice meritevolezza collegata a una colpa passatista, a un corrispettivo per il passato: la compensazione, la riduzione e la trasformazione della pena 'meritata' per aver commesso colpevolmente l'illecito sono oggi una realtà che consolida una oscillazione pendolare riscontrata in oltre 150 anni di legislazione e approdata alla fine a una gestione non puramente legislativa, né clemenziale, ma giustiziale, dello stesso fenomeno del non punire affidato alla magistratura giudicante o dell'esecuzione. È la prova della insufficienza a se stessa della logica corrispettiva della proporzione retributiva, in chiave di *ultima ratio*. Pene sospese, messe alla prova, pene alternative, sostitutive, pene agite, pene trasformate da condotte riparatorie o risarcitorie, bonifiche, oblazioni, collaborazioni, ravvedimenti, nuove discrezionalità deflative, selettive ed estintive, decarcerizzazione, ingresso di diritti, scriminanti, procedure. È chiaro, dunque, che la pena legale e giudiziale non intende continuare ad essere un raddoppio del male, e che a tal fine non può limitarsi a inglobare nei suoi procedimenti 'attenuanti', amnistie o mere 'finalità' preventive. Essa deve offrire risposte che si distribuiscono in strategie differenziate in tutto il processo, dai vetusti modelli

le cause, variamente definite, che escludono, estinguono, modificano il rapporto punitivo e la risposta sanzionatoria e di cui abbiamo trattato nel presente studio.

codicistici alle realtà delle politiche sanzionatorie non più speciali né ‘complementari’ al codice, ma capaci oggi di riscriverne lo spartito generale.