

**CONFRONTO DI IDEE SU: LE DEROGHE ALLA LEGALITÀ
TRA EMERGENZA ATTUALE E STABILIZZAZIONE FUTURIBILE**

PIETRO POMANTI

**La pena nell'emergenza o la pena
dell'indifferenza?**

Ciò che si presenta oggi, nel pieno della emergenza epidemiologica, è l'ennesima occasione riaffermare i principi costituzionali che regolano la *pena*, aprendo così le porte a misure alternative, se del caso *eccezionali*, tese ad evitare che la situazione carceraria giunga al *collasso*.

È, difatti, alla *clemenza* che il legislatore e l'interprete giudiziale possono *orientarsi* nell'affrontare la drammatica condizione penitenziaria, secondo un approccio pragmatico, anche *utilitaristico*, finalizzato comunque a recuperare l'*umanità* della sanzione, perché riequilibrare la pena nelle attuali condizioni emergenziali, attenendosi alla stretta osservanza delle regole *comportamentali* ed a criteri di massima *precauzione*, significa comunque riaffermare la *giustizia*.

The punishment in an emergency or the punishment of indifference?

The current scenario in the midst of an epidemiological emergency gives a chance to reaffirm the constitutional principles governing the penalty, thus opening the doors to alternative corrective measures, if any exceptional, aimed at preventing the prison situation from collapsing.

The legislator and the judicial interpreter could in fact address themselves to the clemency in order to face the dramatic penitentiary condition, according to a pragmatic or even utilitarian approach aimed however at recovering the humaneness of the sanction, because restoring the balance of the punishment during the current emergency conditions, abiding by the strict observance of the behavior standards rules and the maximum precaution criteria, it means reasserting justice anyway.

SOMMARIO: 1. Introduzione 2. La pena nella teoria 3. La pena nella realtà. 4. La crisi della clemenza 5. Il quadro sovranazionale 6. La pena dell'emergenza. 7. La pena nell'emergenza 8. Conclusioni.

1. *Introduzione.* L'attuale emergenza epidemiologica non è solo una *drammatica* occasione per soffermarsi ancora una volta "sul presente, futuro e futuribile"¹ della pena carceraria; è prima ancora un *dovere* posto che non vi è occasione più nitida per notare quale *macigno* gravi sul *cuore*, già compromesso, del sistema penitenziario ovvero quanto distacco (irrecuperabile) vi sia, in materia, tra la *teoria* e la *realtà*.

Ciò che accade in questi giorni è la prova tangibile di come la *pena carceraria*, nell'attuale contesto legislativo-giudiziario, si discosti macroscopicamente dai principi enunciati nell'art. 27 co. 3 Cost., oramai degradata a mero strumento di *neutralizzazione*, tacciata addirittura di *tortura*, quanto a modalità esecutive, in sede convenzionale².

¹ PALAZZO, *Presente, futuro e futuribile della pena carceraria*, in *La pena ancora: tra attualità e tradizione*, in Studio in Onore di E. Dolcini, a cura di Paliero, Viganò, Basile, Gatta, 2018, II, 513 ss.

² Sull'utilizzo quale parametro di riferimento quello indicato dal Comitato europeo per la Prevenzione della Tortura e delle Pene o Trattamenti Inumani o degradanti (CPT), cfr. Corte EDU, 16.7.2009 ,

Difatti, a rimanere così attenti (giustamente) alle possibili *sfumature* delle misure limitative della libertà del cittadino nonché delle astratte conseguenze penalistiche che seguono l'inosservanza delle regole comportamentali dettate per fronteggiare la pandemia (650 c.p. *ante* DPCM 25 marzo 2020, l'art. 260 r.d. n.1260/1934, la violazione della quarantena *ex art. 2, co.1 lett.e*) d.l. 19/2020 a cui si accompagna l'illecito amministrativo punitivo *ex art.4 co.1 d.l. 19/2020*³), nella conformazione di un diritto dell'emergenza da COVID-19⁴, si rischia di lasciare in secondo piano il *detenuto* e, più in generale, la *pena*, una entità "problematica", complessa, "polisemica e polivalente all'interno dello stesso discorso giuridico"⁵.

Eppure la pena, mai come oggi, espiata in un sistema penitenziario già *emergenziale* a regime "ordinario", afflitto *cronicamente* da un radicato sovraffollamento e da una stabile carenza di organico e di strutture (oramai veri e propri *leitmotive* in tema), governato da una legislazione e da una giurisprudenza ispirate alla gestione della (in)sicurezza⁶, a cui si aggiunge una epidemia a livello mondiale - una *emergenza nell'emergenza* - da fronteggiare in ambito intramurario, non solo non è in grado di spiegare alcuna funzione costituzionale, ma pone in grave pericolo la salute del detenuto e di quanti altri gravitano nel sistema penitenziario, aggiungendo un ulteriore *carico* di sofferenza e di angoscia, nella migliore ipotesi per la tensione da contagio, ad una pena detentiva da tempo ai limiti della *umanità*.

Ecco che lo *iato* già esistente tra le *parole* ed *i fatti* in materia di pena diviene ancora più evidente e profondo nella attuale, incredibile, situazione emergenziale; uno scarto ingiustificabile, effetto di quella *crisi* delle funzioni della pena già da tempo sottolineata in dottrina⁷.

Sulejmanovic c.Italia , ric. 22635/03; Corte EDU, 18.1.2013, Torreggiani e altri c. Italia , ric. 43517/09 e altri; VIGANO, *Sentenza pilota della Corte EDU sul sovraffollamento delle carceri italiane: il nostro paese chiamato all'adozione di rimedi strutturali entro il termine di un anno*, in www.penalecontemporaneo.it, 9 gennaio 2013.

³ GATTA, *Un rinnovato assetto del diritto dell'emergenza COVID-19, più aderente ai principi costituzionali, e un nuovo approccio al sistema sanzionatorio: luci ed ombre nel d.l. 25 marzo 2020, n.19*, in www.sistemapenale.it; RUGA RIVA, *La violazione delle ordinanze regionali e sindacali in materia di coronavirus: profili penali*, *ivi*; CUPELLI, *Emergenza Covid-19:dalla punizione degli "irresponsabili" alla tutela degli operatori sanitari*, *ivi*.

⁴ Sul diritto dell'emergenza ai tempi del coronavirus, cfr. sempre GATTA, *Un rinnovato assetto del diritto dell'emergenza COVID-19, più aderente ai principi costituzionali, e un nuovo approccio al sistema sanzionatorio: luci ed ombre nel d.l. 25 marzo 2020, n. 19*, cit.

⁵ FIANDACA, *Prima lezione*, Roma-Bari, 2017, 3.

⁶ FIORIO, *Il "doppio binario" penitenziario*, in *Il "lavoro sporco" del diritto penale*, a cura dell'Osservatorio Corte cost. UCPI, Milano, 2018, 33 ss.

⁷ "Dopo questa dura critica alle teorie della pena, sono rimaste solo rovine. Ma forse si può ancora fare

2. *La pena nella teoria.* Noti sono le direttrici della pena, i *paradigmi punitivi*⁸ che ne caratterizzano la teoria e la relativa conformazione *poliedrica*⁹ tra funzioni (neo)retributive¹⁰ e di prevenzione, generale¹¹ e speciale, con a *base*¹² la rieducazione del condannato e l'umanità della pena *ex art. 27, co. 3, Cost.*¹³ Si tratta di un tema *infinito* e complesso¹⁴, dai confini incerti, contraddistinto da teorie *miste o polifunzionali*, "eclettiche", che tendono a considerare sullo stesso piano le diverse funzioni attingendo a ciascuna di esse in base a contingenti esigenze di carattere politico-sociale¹⁵ ovvero a seconda delle differenti fasi della fenomenologia punitiva¹⁶: prevenzione generale e speciale (positiva) *prevalenti* "nella fase iniziale di minaccia della pena" e nella fase esecutiva; retribuzione *prevalente* nella fase comminatoria della pena¹⁷; ciò nella *teoria*.

qualcosa con quel che rimane", così HASSEMER, *Perché punire è necessario*, trad. SICILIANO Bologna, 2012, 93 ss. (orig. Berlino, 2009); sulla pena carceraria a confronto con l'art. 27 co. 3 Cost. già prima della emergenza epidemiologica, DOLCINI, *Quale futuro per la pena carceraria, sistema penale*, in www.sistemapenale.it, 25 novembre 2019; ID., *Carcere: problemi vecchi e nuovi*, in www.penalecontemporaneo.it, 19 novembre 2018.

⁸ FIANDACA, *Prima lezione*, cit., 9-11.

⁹ Sulla poliedricità della pena carceraria, cfr. PALAZZO-VIGANÒ, *Diritto penale. Una conversazione*, Bologna, 2009, 189.

¹⁰ RONCO, *Il problema della pena. Alcuni profili relativi allo sviluppo della riflessione sulla pena*, Torino, 1996; ID., Il significato retributivo-rieducativo della pena, in *Dir. pen. proc.*, 2005, 137 ss.; BETTIOL, *Diritto penale. Parte generale*, Padova, 1982, 25 ss.; sulla retribuzione, MOCCIA, *Il diritto penale tra essere e valore*, Napoli, 2006, 88.

¹¹ DE FRANCESCO, *La prevenzione generale tra normatività ed empiria*, in Scritti in onore di Alfonso M. Stile, Napoli, 2013, 29 ss.

¹² VASSALLI, *Funzioni ed insufficienze della pena*, in *Riv. it. dir. pen. proc.*, 1961, 296 ss.; FIANDACA, Art. 27, III e IV comma, in BRANCA - PIZZORUSSO (a cura di), *Commentario alla Costituzione*, Bologna-Roma 1991, 319 ss.; DONINI, voce *Teoria del reato*, *Dig. Pen.*, vol. XIV, Torino, 1999, 258 ss.; TRAPANI, *La rieducazione del condannato tra "ideologica correzionalistica" del trattamento e "garanzie" costituzionali di legalità e sicurezza*, in *Riv. it. dir. pen. proc.*, fasc. 3, 1 settembre 2018, 1693.

¹³ FIANDACA, *Commento all'art. 27, comma 3, Cost.*, in *Commentario alla Costituzione*, cit., 342 ss.; sulle funzioni della pena in generale, cfr. MANNA, *Corso di diritto penale, parte generale*, IV ed., Milano, 2017, 617; FERRAJOLI, *Diritto e ragione. Teoria del garantismo penale*, Roma-Bari, 1989.

¹⁴ COCCO, *Teorie sulla pena e applicazioni pratiche*, in, *Trattato breve di diritto penale - parte generale II, Punibilità e pena*, a cura di Cocco, Ambrosetti, Padova, 2018, 42 ss.

¹⁵ "Ma è necessario in proposito distinguere tra un eclettismo generico, di tipo sincretistico-additivo, che cioè in linea di principio mette indifferentemente sullo stesso piano i diversi obiettivi finalisti, così da poter scegliere anche in base a valutazioni di opportunità contingente l'eventuale finalità da privilegiare di volta in volta (tendenza deprecabile, questa, che si è più volte manifestata persino nella giurisprudenza costituzionale)" FIANDACA, *Prima lezione*, cit., 30.

¹⁶ Si tratta di "un eclettismo invece meno indifferenziato, che si preoccupa di fissare ordini di priorità tra i diversi fini della pena secondo modelli *associativo-dialettici*: alcune volte accordando la precedenza al paradigma retributivo come un ruolo secondario della prevenzione, altre volte fissando in senso contrario il rapporto tra il due paradigmi", FIANDACA, *Prima lezione*, cit., 31.

¹⁷ così, FIANDACA-MUSCO, *Diritto penale. Parte generale*, Bologna, 2014, 802 ss.

Si aggiunga l'art. 3 CEDU nell'interpretazione fornita dalla Corte di Strasburgo¹⁸ assai più attenta alla *qualità* della pena ed ai suoi confini *inferiori* con l'*inumanità* della stessa.

Si consideri, infine, l'ulteriore modello di reazione ai fatti criminosi rappresentato dalla *riparazione* dell'offesa¹⁹, nel quadro più generale della *mediazione penale*²⁰ che, nelle sue forme più *impegnative*, “aspira all'obiettivo della conciliazione tra autore e vittima”²¹ ma che, in un discorso sulla pena carceraria nel quadro dell'emergenza sanitaria, potrebbe rilevare solo marginalmente in particolare per gli inevitabili, necessari, tempi di attuazione.

In ogni caso, qualunque paradigma punitivo si preferisca, un dato è certo: ciò che si *esige* in materia di pena è che la stessa sia *flessibile*²² ed *umana* poiché lo impongono non solo la ragionevolezza “in chiave limitativa della punibilità”²³ e la proporzione, ma prima ancora le norme costituzionali *interne*, le disposizioni convenzionali e internazionali.

Peraltro, la *flessibilità* e la *umanità* della pena non si pongono in contraddizione con l'esecuzione della stessa nell'ambito di circuiti penitenziari differenziati²⁴, vincolati in senso *qualitativo* alla tipologia del commesso reato ed alle presunzioni *assolute* (ultime espressioni di una pena *intransigente*) e *relative* di pericolosità sociale nel “girone infernale”²⁵ dell'art. 4 *bis* l.354/75 nonché alle preclusioni dell'art.58 *quater* ord. pen.; esse, difatti, tendono ad una

¹⁸ Tra tutte, Corte Edu, Sez. I, 13 giugno 2019, Viola c.Italia; C. Cost., 23 ottobre 2019, dep. 4 dicembre 2019, n. 253.

¹⁹ PALAZZO, *Sanzione e riparazione all'interno dell'ordinamento giuridico italiano: de lege lata e de lege ferenda*, in Ambrosetti (a cura di), *Studi in onore di Mauro Ronco*, a cura di, Torino, 2017, 420 ss.; EUSEBI, *La pena “in crisi”. Un recente dibattito sulla funzione della pena*, Brescia, 1990, 11 ss.; ID., *La svolta riparativa del paradigma sanzionatorio. Vademecum per una evoluzione necessaria*, in MANNOZZI-LODIGIANI (a cura di), *Giustizia riparativa. Ricostruire legami, ricostruire persone*, Bologna, 2005, 97ss.; sulla *restorative justice*, cfr. MANNOZZI, *La giustizia senza spada. Uno studio comparato su giustizia riparativa e mediazione penale*, Milano, 2003, 5 ss.; COCCO, *Vittima, riparazione, mediazione e diversione*, cit., 129 ss.

²⁰ DONINI, *Per una concezione post-riparatoria della pena. Contro la pena come raddoppio del male*, in *Riv. It. Dir. Proc. Pen.*, 2013, 1162.

²¹ sempre sulla *Restorative Justice*, cfr. PALAZZO, *Sanzione e riparazione all'interno dell'ordinamento giuridico italiano: de lege lata e de lege ferenda*, cit., 422 ss.

²² DOLCINI, *Quale futuro per la pena carceraria, in sistema penale*, cit., 32; PELLISSERO, *Le metamorfosi della pena in fase esecutiva tra finzione rieducativa e legalità della pena. Una lettura sostanziale della crisi del giudicato*, cit., I, 339 ss.

²³ “dalla ragionevolezza in chiave limitativa della punibilità si è passati alla irragionevolezza in chiave estensiva della punibilità medesima”, RAMPIONI, *Dalla parte degli «ingenui». Considerazioni in tema di tipicità, offesa, e c.d. giurisprudenza “creativa”*, Padova, 2007, 24.

²⁴ Circolare DAP 21 aprile 1993 n. 3359 del 5808.

²⁵ FLORA, *La nuova disciplina dei delitti di corruzione. Profili penali e processuali*, MARANDOLA-FLORA (a cura di), Pisa, 2019, 5 ss.

sintesi tra *umanizzazione* sanzionatoria ed una *individualizzazione* trattamentale²⁶ in chiave di *recupero* personale e sociale del detenuto.

Che la pena non possa mai sconfinare in trattamenti *inumani*, nonostante la sua natura *afflittiva*, può dirsi un dato pacifico, quasi *banale*.

Eppure, quando dalla *teoria* si passa alla *realtà*, nulla appare scontato.

D'altra parte è la stessa dottrina a distinguere tra scopi (o fini) *perseguiti* e funzioni *reali* della sanzione penale²⁷ sottolineando come la pena carceraria, nella maggior parte dei casi "lungi dal produrre effetti risocializzanti", venga a cagionare, nella *realtà*, ulteriore *desocializzazione* tra i detenuti²⁸.

Ciò che è fondamentale oggi, però, non è tanto disquisire sugli attuali *limiti* della pena e sulla crisi delle sue *funzioni* (non se ne ha il tempo), quanto piuttosto soffermarsi sui confini della *umanità* della stessa e se questi ultimi "ai tempi del coronavirus" siano stati oltrepassati, considerato anche che nell'attuale condizione sanitaria (non solo carceraria) è proprio l' art. 32 co. 1 Cost., quale diritto fondamentale dell'individuo ed interesse della collettività alla tutela della salute e della integrità fisico-psichica²⁹, ad assumere un ruolo predominante.

Difatti, è pacifico che la salute (e l'integrità fisica³⁰ e psichica), specie nella sua dimensione *dinamica*, deve essere oggetto di tutela non solo *protettiva*, ma anche *accrescitiva*³¹ nella sua *perfettibilità*³².

Peraltro la *sussunzione* della protezione "nel più ampio e dinamico ambito" della tutela costituzionale della salute ha consentito un arricchimento di contenuti del relativo principio "ampliandone potentemente le potenzialità e possibilità di azione"³³, con conseguente estensione della tutela anche alla salubrità ambientale³⁴ posto che la salute di un organismo è "legata al contesto in cui esso vive".

Ebbene, considerato il *contesto* carcerario nell'attuale situazione emergenza-

²⁶ In tema DEL VECCHIO, *Il superamento delle preclusioni alla risocializzazione: un'occasione mancata della riforma penitenziaria*, in *Dir. Pen. Cont.*, 3/2019, 194.

²⁷ "È scontato che tra le finalità potenzialmente assegnabili alle pene sul piano deontologico o del dover essere, e le funzioni concrete da esse svolte (o non svolte) sul piano empirico, si verifichi un divario più o meno ampio", FIANDACA, *Prima lezione*, cit., 7.

²⁸ FIANDACA, *Intorno a "scopi" e "funzioni" nel diritto penale*, cit., 117.

²⁹ Sulla relazione tra salute ed integrità fisica e psichica come *genus* a *species*, cfr. SIMONCINI-LONGO, *art.32, Commentario alla Costituzione*, a cura di Bifulco, Celotto, Olivetti, vol. I, Torino, 2006, 659.

³⁰ GEMMA, *L'integrità fisica*, in *Dig. Pubbl.*, VIII, Torino, 1993, 451.

³¹ SIMONCINI-LONGO, *art.32, Commentario alla Costituzione*, cit., 660.

³² DE CUPIS, *Integrità fisica*, in *Enc. Dir.*, XVII, Roma, 1989, 2 ss.

³³ SIMONCINI-LONGO, *art.32, Commentario alla Costituzione*, cit., 661.

³⁴ MODUGNO, *I "nuovi diritti" nella Giurisprudenza Costituzionale*, Torino, 1994, 52.

le, ben potrebbe risultare sufficiente la sola tutela della salute in chiave *protettiva*; una protezione dal contagio, dalla contaminazione.

Difatti, non si tratta più di *resistere* ad un possibile contagio da virus, di affrontare un rischio epidemiologico ordinario, di adottare minime precauzioni; dopo 165.000 positivi accertati ed oltre 20.000 persone decedute in Italia, si tratta di affrontare un contagio *quasi certo* in assenza dell'adozione delle *basiche* regole cautelari: una vera e propria *guerra* (al virus) nell'*apocalittico* scenario internazionale.

Ben si comprende, allora, come nessuna *guerra* possa affrontarsi *imprigionati*, senza alcuna difesa, senza poter osservare le minime regole comportamentali di fronte alla *pandemia*, come il mantenimento di distanze, la igienizzazione dei locali, l'adozione dell'autoisolamento e la capillare assistenza sanitaria.

I *giustizialisti* se ne devono fare una ragione: una pena in queste condizioni è *inumana* e contraria agli artt. 27, co. 3, Cost e 32, co. 1, Cost.

3. La pena nella realtà. Che la pena debba risultare caratterizzata da afflittività e retributività, non v'è dubbio; si tratta di "condizioni minime, senza le quali la pena cesserebbe di essere tale"³⁵.

Nella *realtà*, però, la pena sembra decisamente orientata alla *neutralizzazione*³⁶ del reo, con un eccessivo sbilanciamento verso ragioni di prevenzione generale o speciale negativa³⁷ ed un trattamento più ancorato alla tipologia astratta del commesso reato, che alla persona.

Ne sono la prova evidente, tangibile - "i fiori all'occhiello" della pena *intransigente* - la classificazione *ex art. 4-bis* ord. penit., il regime di cui all'*art. 41-bis* ord. penit., il c.d. *ergastolo ostativo*³⁸ (ultimo *baluardo* del *fine pena mai*³⁹), il

³⁵ FIANDACA, *Prima lezione*, cit., 5; Corte cost., 2 luglio 1990, n. 313.

³⁶ DEL VECCHIO, *Il superamento delle preclusioni alla risocializzazione: un'occasione mancata della riforma penitenziaria*, cit., 194.

³⁷ sulla limitazione della discrezionalità giudiziale in ottica di prevenzione speciale "negativa" in ragione della sostanziale negazione di chance rieducative all'autore anche di fatti modesti", PISANI N., *La recente politica di inasprimento sanzionatorio tra irragionevolezza e irrazionalità*, in, *La c.d. legge "spazzacorrotti". Croniche innovazioni tra diritto e processo penale*, a cura di Iasevoli, Bari, 2019, 27; sempre in tema di prevenzione speciale *negativa*, FIANDACA, *Prima lezione*, cit., 24 ss.

³⁸ DOLCINI, *L'ergastolo ostativo non tende alla rieducazione del condannato*, in *Riv. It. Dir. Pen. Proc.*, n. 4, 2017, 1500-1504 ss.; MANNA, *Razionalità ed irrazionalità nel sistema penale*, in *questa Rivista*; EUSEBI, *Ostativo del fine pena. Ostativo della prevenzione. Aporie dell'ergastolo senza speranza per il non collaborante*, in *Riv. it. dir. pen. proc.*, 2017, 1515-1517; PUGIOTTO, *Tre telegrammi in tema di ergastolo ostativo*, in *Riv. it. dir. pen. proc.*, 2017, 1518.

³⁹ PISANI M., *La pena dell'ergastolo*, in *Riv. it. dir. pen. proc.*, n. 2, 2016, 575 ss.; nonostante Corte EDU, Sez. I, 13 giugno 2019, Viola c.Italia; Corte cost., n. 253 del 2019 in tema di divieto (non più)

c.d. *ergastolo bianco* (il *fine pena mai* delle misure di sicurezza); ma anche le limitazioni di accesso alla detenzione domiciliare *ordinaria* e le preclusioni di cui all'art. 58-*quater* ord. penit.

A ciò si aggiunga una giurisprudenza particolarmente *rigorosa* in materia di sorveglianza, spesso burocratizzata da protocolli scritti e non scritti.

Insomma, una pena, quella nella *realtà*, caratterizzata da un deciso *giustizialismo populista*⁴⁰ (o *populismo giustizialista*, a seconda dell'angolo di visuale del giurista o del cittadino) che sembra indirizzare il sistema negli ultimi decenni e che denota, come già sottolineato, una crisi delle sue stesse funzioni⁴¹ oscillanti tra concezioni retributive ed utilitaristiche-preventive⁴².

Una concezione di pena, dunque, fortemente ispirata al *paradigma concettuale del diritto penale del nemico*⁴³, assunto addirittura a *categoria dottrinale*, che investe gli interventi legislativi, la politica criminale, anche di matrice giudiziaria, e tende all'*annientamento*, alla "guerra" contro fenomeni e persone *pericolose*⁴⁴ attraendo "in modo pressoché esclusivo la risposta punitiva dello Stato, vanificando il diritto della colpevolezza, della proporzione retributiva, della rieducazione, del reinserimento sociale"⁴⁵.

assoluto di concessione di permessi premio in assenza di collaborazione con la giustizia solo in tema di richiesta di permessi premio.

⁴⁰ PULITANÒ, *Populismi e penale. Sulla attuale situazione spirituale della giustizia penale*, in *Criminalia*, 2013, 123 ss.; MANNA, *Alcuni recenti esempi di legislazione penale compulsiva e di ricorrenti tentazioni circa l'utilizzazione di un diritto penale simbolico*, in *La società punitiva. Populismo, diritto penale e ruolo del penalista*, in www.penalecontemporaneo.it; DONINI, *Populismo e ragione pubblica. Il post-illuminismo penale tra lex e ius*, Modena, 2019, 51-52; INSOLERA, *Declino e caduta del diritto penale liberale*, Pisa, 2019, 159 ss.; MANES, *Diritto penale no-limits. Garanzie e diritti fondamentali come presidio per la giurisdizione*, in *Quest. Giust.*, n.1/2019, 86 ss.

⁴¹ EUSEBI, *Fare Giustizia: ritorsione del male o fedeltà al bene? Introduzione*, in *Una giustizia diversa. Il modello riparativo e la questione penale*, a cura di Eusebi, Milano, 2015, 3 ss.

⁴² VASSALLI, *Il dibattito sulla rieducazione (in margine ad alcuni recenti convegni)*, in *Rass. penit. crimin.*, 1982, 445; DOLCINI, *Rieducazione del condannato e rischi di involuzioni neoretributive: ovvero della lungimiranza del costituente*, in *Rass. penit. crimin.* 2005, 69; ID., *Il principio della rieducazione del condannato: ieri, oggi e domani*, in *Riv. it. dir. pen. proc.*, n. 3, 2018, 1667 ss.; MONGILLO, *La finalità rieducativa della pena nel tempo presente e nelle prospettive future*, in *Crit. Dir.*, 2009, 173 ss.

⁴³ DONINI, *Il diritto penale di fronte al nemico*, in *Cass. pen.* 2006, 772; MANTOVANI, *Il diritto penale del nemico, il diritto penale dell'amico, il nemico del diritto penale e l'amico del diritto penale*, in *Riv. It. Dir. Pen. Proc.*, 2007, 470 ss.; FERRAJOLI, *Il "diritto penale del nemico" e la dissoluzione del diritto penale*, in *Verso un diritto penale del nemico?*, in *Quest. Giust.*, n. 4/2006, 797 ss.; PALAZZO, *Contrasto al terrorismo, diritto penale principi fondamentali*, in *Verso un diritto penale del nemico?*, cit., 667 ss.

⁴⁴ sulla "apparizione dell'individuo pericoloso, ovvero il nemico", JAKOBS, *Diritto penale del nemico*, trad. RESTA (orig. Madrid, 2003), in DONINI-PAPA, *Diritto penale del nemico. Un dibattito internazionale*, Milano, 2007, 5 ss.

⁴⁵ DONINI-PAPA, *Prefazione a Diritto penale del nemico. Un dibattito internazionale*, cit., X.

Si tratta di un pensiero incentrato sul concetto di pericolosità⁴⁶, coniugato ai nostri giorni, appunto, con il c.d. *populismo* penale, figlio del *populismo* politico nonché di quello giudiziario⁴⁷.

Ma non solo; una pena nella *realtà* decisamente ispirata a quel sempre maggiore *bisogno di sicurezza*⁴⁸, dettato dalla *paura*⁴⁹ specie della *criminalità*⁵⁰, che contraddistingue l'attuale contesto sociale ed ispira i più recenti interventi normativi in materia⁵¹, sino a lasciar configurare un "diritto fondamentale alla sicurezza, un *Geisterfahrer*"⁵² in rapporto di profonda contraddizione⁵³ con il tema della sanzione penale: un "diffuso senso di insicurezza" che si accompagna ad una "forte insoddisfazione nei confronti del carcere e l'anelito per il suo superamento".

Ma si è tutti consapevoli che quando la *paura* è eccessiva, la stessa può condurre alla *folli*⁵⁴ sino a determinare "restrizioni delle libertà illegittime" ed a "vagliare in modo estremamente severo le limitazioni che colpiscono solo un gruppo specifico di cittadini", come i detenuti, in ragione "di qualche impossibile bilanciamento degli interessi"⁵⁵.

Peraltro, quella illusoria *sicurezza* ricercata attraverso la previsione del carcere *duro* presenta irrisolvibili criticità⁵⁶ quale l'inevitabile fine pena con conseguente liberazione del reo, ma soprattutto "l'intensa carica criminogena"⁵⁷ che caratterizza il mondo carcerario condizionando inevitabilmente il detenuto; questi, in definitiva, sono i *disinganni* di una giustizia fine a se stessa, le inad-

⁴⁶ MANNA, *Razionalità ed irrazionalità nel sistema penale*, in questa rivista, 2018, 2 ss.

⁴⁷ FIANDACA, *Populismo politico e populismo giudiziario*, in *Criminalia*, 2013, 95 ss.

⁴⁸ RISICATO, *Diritto alla sicurezza e sicurezza dei diritti: un ossimoro invincibile?*, Torino, 2019, 73 ss.; DONINI, *Sicurezza e diritto penale*, in *Cass. Pen.* 2008, 3558.

⁴⁹ SUSTEIN, *Il diritto alla paura. Oltre il principio di precauzione*, trad. IZZO, Bologna, 2010 (orig. Cambridge, 2005).

⁵⁰ In tema, sulla paura della criminalità che giunge a "tradursi nella pressante richiesta, da parte dell'opinione pubblica, di misure di controllo e repressione indiscriminatamente severe", cfr. DOLCINI, *Rieducazione del condannato e rischi di involuzioni neoretributive: ovvero della lungimiranza del costituente*, cit., 74.

⁵¹ In tema PISA, *Le misure restrittive del "pacchetto sicurezza" (I), Le norme penale*, in *Dir. pen. proc.*, 2001, fasc. 8, 939; ID., *"Pacchetto sicurezza" e modifiche al codice penale*, in *Dir. pen. proc.*, 2000, fasc. 5, 533 ss.

⁵² HASSEMER, *Perché punire è necessario*, cit., 77-78.

⁵³ "... una sorta di mistificazione o contraddizione assiologica", così, PALAZZO-VIGANÒ, *Diritto penale. Una conversazione*, Bologna, 2019, 181.

⁵⁴ Sulla paura e follia, SUSTEIN, *Il diritto alla paura. Oltre il principio di precauzione*, cit., 301-303.

⁵⁵ SUSTEIN, *Il diritto alla paura. Oltre il principio di precauzione*, cit., 303.

⁵⁶ DE FRANCESCO, *Sicurezza collettiva, opzione carceraria, modelli alternativi di giustizia*, in *Studi in onore di Mauro Ronco*, Ambrosetti (a cura di), Torino, 2017, 296 ss.

⁵⁷ DE FRANCESCO, *Sicurezza collettiva, opzione carceraria, modelli alternativi di giustizia*, cit., 297.

guatezze dell'attuale assetto punitivo⁵⁸, i limiti ("le miserie"⁵⁹) delle teorie retributive.

Una degradazione *qualitativa* delle funzioni della pena in nome di una *esasperata* considerazione della *sicurezza*, espressione anch'essa di un "declino del diritto penale liberale"⁶⁰.

4. La crisi della clemenza. Certamente ha contribuito allo sviluppo della pena *intransigente*, alla conformazione del "pugno duro" del legislatore e della magistratura, anche la perdurante *crisi* della potestà di clemenza nel sistema *interno*, ritenuta *anacronistica*,⁶¹ un intollerabile retaggio di epoche illiberali, se non addirittura *incompatibile* con i principi dell'ordinamento vigente⁶².

Si tratta di una profonda *ostilità*⁶³ e *diffidenza*⁶⁴ nei confronti degli istituti di clemenza in generale, un *pregiudizio* sicuramente rinforzato dall'evidente abuso e degenerazione del relativo potere negli anni precedenti al D.P.R. 22 dicembre 1990 n.394 (l'indulto di cui alla legge n. 241/2006 è solo un caso isolato), tanto da lasciar *degradare* la clemenza stessa, da mezzo di correzione-ricomposizione *sociale*, da rimedio a situazioni eccezionali, inedite, atipiche⁶⁵, a mero *strumento* di carattere *pratico-utilitaristico* teso all'alleggerimento del carico carcerario, sopperendo alle carenze strutturali del sistema penitenziario.

In realtà è forse proprio attraverso il recupero della *natura* e del significato della *clemenza*, in grado di *lenire* la pena, sino a recuperare fratture anche profonde tra il reo ed il contesto sociale-statuale di riferimento, e comunque di riaffermare il *senso* della giustizia in casi eccezionali, che potrebbe trovarsi un valido e pratico rimedio alla presente situazione emergenziale in grado, peraltro, di bilanciare le diverse funzioni della pena nell'attuale contesto storico.

⁵⁸ DE FRANCESCO, *Sicurezza collettiva, opzione carceraria, modelli alternativi di giustizia*, cit., 301.

⁵⁹ HASSEMER, *Perché punire è necessario*, cit., 73 ss.

⁶⁰ DONINI, *La pena ai tempi del diritto penale liberale*, in *www.penalecontemporaneo.it*, 22 maggio 2019; INSOLERA, *Declino e caduta del diritto penale liberale*, cit., 11 ss.

⁶¹ cfr. MAIELLO, *Clemenza e sistema penale. Amnistia e indulto dall'indulgentia principis all'idea di scopo*, Napoli, 2007, 83 ss.; GEMMA, *Principio costituzionale di uguaglianza e remissione della sanzione*, Milano, 1983, 145; PULITANÒ, *Il significato della clemenza*, in *Quale Giustizia*, 1970, 110 ss.

⁶² In tema ZAGREBELSKY, *Amnistia, indulto e grazia: profili costituzionali*, Milano, 1974, 11.

⁶³ SUMMERER, *Riflessioni sugli istituti di clemenza collettiva alla luce dell'esperienza tedesca ed austriaca*, in *Dir. Pen. Cont.*, n. 3/2019, 286 ss.

⁶⁴ MAIELLO, *Clemenza e sistema penale. Amnistia e indulto dall'indulgentia principis all'idea di scopo*, cit., 574.

⁶⁵ SUMMERER, *Riflessioni sugli istituti di clemenza collettiva alla luce dell'esperienza tedesca ed austriaca*, cit., 310.

Occorre, dunque, orientarsi verso una clemenza non solo *pacificatrice*, tesa alla ricomposizione sociale tra lo Stato ed il detenuto in circostanze eccezionali, ma anche *di giustizia*⁶⁶ intesa come strumento di riequilibrio del disvalore astratto o concreto del fatto da punire e, nella sua forma più *dinamica*, di “perdono” finalizzato a rimediare a situazioni straordinarie quali i rapporti di diritto intertemporale, interpretazioni difformi giurisprudenziali ed anche, appunto, condizioni carcerarie emergenziali⁶⁷.

D'altra parte rinunciare alla clemenza, intesa come “valvola di sicurezza”⁶⁸ in grado di fronteggiare gli eccessi del sistema penale e sanzionatorio, appare impensabile: dove v'è castigo, non può non esservi perdono (anche in una visione *laica*⁶⁹ del diritto penale) nonostante si avverta “una profonda estraneità” dello stesso “rispetto alle riflessioni della scienza penale contemporanea”, alla *razionalità* del sistema punitivo.

Si interrogava la dottrina, in tempi non sospetti, “se, nell'attuale contesto politico-sociale”, vi fossero “situazioni eccezionali inedite, atipiche” che potessero “legittimare il ricorso alla clemenza collettiva alla luce dei principi costituzionali e, in particolare, delle finalità della pena”⁷⁰.

Ebbene, si può affermare, senza margine di incertezza, che la attuale *pandemia* rappresenti il *caso emergenziale* per eccellenza: una situazione eccezionale, irripetibile, che legittimerebbe “a mani basse” il ricorso alla *clemenza* per rimediare alla disastrosa condizione carceraria che connota la pena ai tempi della *pandemia*, riaffermando questa volta nella *realtà* un approccio se non *mite*⁷¹, quanto meno *umano* al tema della sanzione penale.

E', dunque alla clemenza⁷² che occorre *rivolgersi* in tale situazione emergen-

⁶⁶ Sulla distinzione tra clemenza pacificatrice e di giustizia, sia consentito il riferimento a POMANTI, *I provvedimenti di clemenza. Amnistia, indulto e grazia*. Milano, 2008, 44.

⁶⁷ MAIELLO, *Clemenza e sistema penale, Amnistia e indulto dall'indulgentia principis all'idea di scopo*, cit., 426-439.

⁶⁸ SUMMERER, *Riflessioni sugli istituti di clemenza collettiva alla luce dell'esperienza tedesca ed austriaca*, in cit., 310.

⁶⁹ RISICATO, *Laicità, legislazione e giurisdizione penale negli ultimi trent'anni*, in *www.discrimen.it*, 1 ss.

⁷⁰ SUMMERER, *Riflessioni sugli istituti di clemenza collettiva alla luce dell'esperienza tedesca ed austriaca*, cit., 310.

⁷¹ Sul diritto penale “mite” che giunge a prospettare “larghi settori della legislazione penale irragionevolmente rammolliti”, cfr. DOLCINI, *Rieducazione del condannato e rischi di involuzioni neoretributive: ovvero della lungimiranza del costituente*, cit., 69.; sulla “fuga dalla sanzione”, MARINUCCI, *Il sistema sanzionatorio tra collasso e prospettive di riforma*, in *Riv. it. dir. pen. proc.*, 2000, 164; PISA, *Un diritto penale mite*, in *La competenza penale del giudice di pace*, Milano, 2000, 5 ss.

⁷² MAIELLO, *La funzione terapeutico-costituzionale di una clemenza generale nella quarantena dello Stato di diritto*, in *Il riformista*, 26.3.2020.

ziale, o quanto meno ad una rivisitazione⁷³ degli istituti a contenuto di clemenza⁷⁴, per agevolare, anche attraverso una rinuncia *parziale* alla pretesa punitiva, quella progressività trattamentale più volte invocata dalla Corte Costituzionale⁷⁵.

5. *Il quadro sovranazionale.* L'attuale condizione carceraria, peraltro, stride anche con quel modello di pena convenzionale e sovranazionale fortemente ispirato alla *umanità* della stessa.

Pur nell'*anamorfosi*⁷⁶ delle fonti *sovranazionali*, sempre nel tentativo di assicurare una *convivenza armonica* tra norme *eterogenee* (in particolare il diritto UE, la Carta di Nizza e la Convenzione Edu⁷⁷), si delinea, nel panorama internazionale, una nozione *unitaria* di pena modellata all'art. 3 Cedu.

Un principio, quello convenzionale del divieto di trattamenti inumani, già presente nel sistema *interno* e *rafforzato* per il tramite dell'art. 117, co. 1, Cost. che ne *impone* un immediato *adeguamento* ed una interpretazione *conforme* in senso normativo e giudiziario.

Né il principio ricavabile dall'art. 3 Cedu, per la sua semplicità ed evidente correttezza, pur nell'attuale "stagione del monopolio della Corte sull'interpretazione conforme"⁷⁸, sembra poter riguardare, anche solo marginalmente, il tema dei *controlimiti*⁷⁹ posto che il rispetto dell'uomo nella esecuzione della pena è di tutta evidenza un principio già *interno*, un diritto fondamentale irrinunciabile.

Un *modello* di pena, tuttavia, che rimane ancora in piena *evoluzione* o meglio in continua *definizione* attraverso le diverse pronunzie sovranazionali in

⁷³ PEPINO, *Amnistia e indulto: una rivisitazione necessaria*, in www.magistraturaindipendente.it.

⁷⁴ Sugli istituti "a contenuto" di clemenza, sia consentito il riferimento a cfr., POMANTI, *I provvedimenti di clemenza*, cit., 43 ss.

⁷⁵ Corte cost., n. 149 del 2018; PELLISSERO, *La crisi del sistema sanzionatorio e la dignità negata: il silenzio della politica, i compiti della dottrina*, in *Dir. Pen. Proc.*, 2013, 261-263.

⁷⁶ Così, MANES, *Metodo e limiti dell'interpretazione conforme alle fonti sovranazionali in materia penale*, in www.penalecontemporaneo.it, 9 luglio 2012, 1 ss.

⁷⁷ GAETA, *Dell'interpretazione conforme alla C.E.D.U.: ovvero, la ricombinazione genetica del processo penale*, in *Arch. pen.* 2012, n.1, 3.

⁷⁸ NAPOLEONI, *L'onere di interpretazione conforme*, cit., 62 ss.

⁷⁹ C. Cost., 10 aprile 2018, dep. 31 maggio 2018, n. 115; Corte cost., n. 269 del 2017; Id. ord., n. 24 del 2017; MANES, *L'evoluzione del rapporto tra Corte e giudici comuni nell'attuazione del "volto costituzionale" dell'illecito penale*, in MANES-NAPOLEONI, *La legge penale illegittima. Metodo, itinerari e limiti della questione di incostituzionalità in materia penale*, cit., 11; LUPO, *Una novità assoluta: l'operatività dei "controlimiti" nei confronti di una sentenza (della Corte internazionale di giustizia)*, in *Quaderni giustizia*, 1/2015.

tema, in un sistema normativo “liquido, flou, disordinato”⁸⁰, un “reticolo normativo”⁸¹ che, a tratti, appare come un *labirinto*⁸².

Un *dialogo* tra le Corti⁸³ non sempre semplice, talvolta *conflittuale*⁸⁴ anche in tema di *pena*, con figli maggiori e *minori*⁸⁵ (tra tutti, quelli di Scoppola⁸⁶, di Viola⁸⁷).

E così, nel tempo, attraverso l’apporto delle sentenze convenzionali⁸⁸, quel termine “*tortura*” ha iniziato a prendere una connotazione meno *forte* sino a mostrare una nozione più *evoluta* del principio ex art. 3 Cedu finalizzato alla *protezione*⁸⁹ dell’integrità fisica e psichica del detenuto, con obblighi *positivi* di garanzia anche rispetto alle sofferenze mentali arrecate⁹⁰; una pena, dunque, dal *volto* più *sensibile*.

Secondo il modello convenzionale, infatti, occorre assicurare una protezione *effettiva* della dignità e dell’integrità fisica ad evitare la lesione, ma anche solo la messa in pericolo dei beni tutelati: una responsabilità internazionale dello Stato, nei confronti della Convenzione, per le condotte tenute dai privati e dagli apparati pubblici.

⁸⁰ MANES, *Dalla “fattispecie” al “precedente”: appunti di “deontologia ermeneutica”*, in www.penalecontemporaneo.it; SOTIS, *Il diritto senza codice. Uno studio sul sistema penale europeo vigente*, Milano, 2007, 69.

⁸¹ MANES, *Il giudice nel labirinto. Profili delle intersezioni tra diritto penale e fonti sovranazionali*, Roma, 2012, 8 ss.

⁸² MANES, *Il giudice nel labirinto. Profili delle intersezioni tra diritto penale e fonti sovranazionali*, cit., 43 ss.

⁸³ MANES, *Il diritto penale nel prisma del “dialogo tra le corti” in La crisi della legalità. Il “sistema vivente” delle fonti penali*, Napoli, 2016, 189 ss.

⁸⁴ DI GIOVINE, *Antiformalismo interpretativo: il pollo di Russell e la stabilizzazione del precedente giurisprudenziale*, in www.penalecontemporaneo.it, 12 giugno 2015, 20.

⁸⁵ VIGANÒ, *Figli di un dio minore? Sulla sorte dei condannati all’ergastolo in casi analoghi a quello deciso dalla Corte EDU in Scoppola c. Italia*, in www.penalecontemporaneo.it.

⁸⁶ Corte EDU, 17 settembre 2009, ric. 10249/03, Scoppola c. Italia; Corte cost., n. 210 del 2013.

⁸⁷ Corte EDU, Sez. I, sent. 13 giugno 2019, Viola c. Italia in tema di compatibilità del c.d. ergastolo ostativo e della prima fascia dell’art.4 bis O.P. con il sistema convenzionale; decisione confermata dalla Corte EDU, Grande camera, 8 ottobre 2019.

⁸⁸ Sul tema del trattamento inumano e degradante nel corso del rapporto penitenziario, tra tutte, Corte EDU, Sez. II, 16 luglio 2009, Sulejmanovic c. Italia, in *Quest. Giust.*, 2009, 113 ss.; Corte EDU, 8 gennaio 2013 Torreggiani ed altri c. Italia in www.giustizia.it; Corte EDU 28.9.2015 Grande Camera, Bouyid c. Belgio; Corte EDU, Bartesaghi Gallo e altri c. Italia, 22 giugno 2017, nn. 12131/13 e 43390/13; Corte EDU, Gafgen c. Germania, Grande camera, n.22978/05; Corte EDU Cirino e Renne c. Italia, 26.10.2017 ricorso n. 2539/13 4705/13; Corte EDU, Provenzano c. Italia, Sez. I, ricorso 55080/13 25 ottobre 2018.

⁸⁹ ESPOSITO, *Le pene vietate nella giurisprudenza della Corte europea*, in *Rass. Pen. Crimin.*, n. 3, 2012, 160.

⁹⁰ Tra tutte, Corte EDU, 8 dicembre 2015, Sagayeva e altri c. Russia; Corte EDU, 8 dicembre 2015, Dudayeva c. Russia; nel sistema interno, Corte cost., n. 99 del 2019.

Alla *fissità* del criterio letterale si sono, così, aggiunte diverse pronunzie orientate alla *sostanza* del principio, superando in questo senso la stretta “semantica” della norma⁹¹.

Una evoluzione giurisprudenziale, comunque, quella in tema di *pena* convenzionale, che è sempre rimasta sul piano della legalità-prevedibilità⁹².

Anche in tema di *sanzione* penale, difatti, occorre assicurarsi che “lo Stato non cambi le regole in corsa”⁹³, “non cambi le carte in tavola”⁹⁴ a sorpresa, a discapito del destinatario della *norma*; principio ancora più valido in materia di *pena* dove si tratta di diritti inviolabili dell’uomo.

Tuttavia, negli ultimi decenni, mentre le norme penali in generale sono risultate contraddistinte da “un’inusitata dinamicità e instabilità delle prescrizioni e delle discipline”⁹⁵, una realtà in cui appaiono “sfumati i confini stessi tra lecito ed illecito, tra sacro e profano”⁹⁶, la nozione di *pena* in ambito sovranazionale, pur *evolvendosi*, è sempre rimasta nei suoi originari *confini*.

Così da un modello di *pena* apparentemente orientato, in via esclusiva, alle modalità esecutive (la sentenza Torreggiani è oramai un simbolo⁹⁷), alla sola *qualità* del trattamento penitenziario, con successive pronunzie comunitarie e convenzionali anche in materia di estradizione passiva⁹⁸, si è giunti ad una *nuova* conformazione di pena sovranazionale interessata anche al recupero

⁹¹ Sulla semantica dei principi e delle sentenze, DI GIOVINE, *Antiformalismo interpretativo: il pollo di Russell e la stabilizzazione del precedente giurisprudenziale*, cit., 21.

⁹² PALAZZO, *Principio di legalità e giustizia penale*, Cass. Pen., 7-8/2016, 2695 ss.; MANES, *Il giudice nel labirinto. Profili delle intersezioni tra diritto penale e fonte di sovranazionali*, cit., 43 ss.

⁹³ SOTIS, “Ragionevoli prevedibilità” e giurisprudenza della Corte Edu, in *Quest. Giust.*, n. 4/2018, 76.

⁹⁴ MANES, *La Corte nuove e, in tre mosse, dà scacco a “Taricco”*, in *Dir. Pen. Cont.*, 13 febbraio 2017, 7.

⁹⁵ BAUMAN, *Modernità liquida*, trad. Minucci, Roma-Bari, 2011, 5 ss.; BAUMAN, *Paura liquida*, trad. Cupellaro, Roma-Bari, 2006, 9 ss.

⁹⁶ ALAGNA, *Tipicità e riformulazione del reato*, Bologna, 2007, 4.

⁹⁷ Corte EDU, 8 gennaio 2013, Torreggiani ed altri c. Italia, in www.giustizia.it; DE FRANCESCO, *Sicurezza collettiva, opzione carceraria, modelli alternativi di giustizia*, in *Studi in onore di Mauro Ronco*, a cura di Ambrosetti, Torino, 2017, 297.

⁹⁸ Corte EDU, 14 dicembre 2000, Nivette c. France, ric. n. 44190/98; Corte EDU, 16 ottobre 2001, Einhorn c. France, ric. n. 71555/01; Vinter e altri c. Regno Unito, 9.7.2013 ric. n. 66069/09; per una panoramica giurisprudenziale si rimanda a ESPOSITO, *Le pene vietate nella giurisprudenza della Corte europea*, in *Rassegna penale e criminologica*, n. 3/2012, 169; occorre in definitiva la “necessaria possibilità (speranza) di poter beneficiare di misure volte a ridare, seppure temporalmente, la libertà al detenuto rende sopportabile ciò che diversamente costituirebbe una limitazione della libertà lesiva della dignità umana”; in tema di estradizione per l’estero, la possibilità che venga irrogata una pena detentiva a vita irrogata non costituisce circostanza ostativa all’emissione di una sentenza favorevole salvo che l’estradando non alleggi l’esistenza del rischio concreto di irrogazione di una pena a vita senza possibilità di una sua commutazione o di concessione della liberazione condizionale, cfr. Cass., Sez. VI, 9 novembre 2018, n. 58239; Id., Sez. VI, 26 febbraio 2018, n. 14941.

ed alla risocializzazione del reo⁹⁹.

A maggior ragione, dunque, ai tempi della *pandemia*, la *pena* merita considerazione e approfondimento poiché una sanzione espiata nelle attuali condizioni *strutturali e sanitarie* si pone, con tutta evidenza, in tensione non solo con l'art. 3 Cedu, ma anche con il principio di proporzione di matrice europea ex art. 49 co. 3 Carta dei diritti fondamentali dell'UE.

6. La pena dell'emergenza. A dispetto della giurisprudenza sovranazionale, la giurisprudenza *interna* in materia di pena carceraria sembra muoversi in senso opposto, *immobile* da troppo tempo rispetto ad istituti superati (l'ergastolo *ostativo*, tra tutti) tanto da subire censure in sede convenzionale e costituzionale.

Questa giurisprudenza eccessivamente rigorosa, *statica*, peraltro, si pone in linea con l'attuale tendenza *espansiva* del legislatore nel diritto penale, giunto addirittura a *mascherare* le etichette su istituti centrali (tra tutti, le misure di prevenzione¹⁰⁰) seguendo quella spinta punitiva oramai radicata da tempo, anche a livello sociologico: una "passione punitiva"¹⁰¹ che sembra non avere più limiti, non solo in ambito nazionale.

Non a caso, la stessa Corte Edu si è trovata costretta ad elaborare i criteri di Engel¹⁰², recepiti dalla stessa CGUE¹⁰³, al fine di delimitare "ciò che è penale", sottolineando a più riprese come la *matière pénale* non dipenda dall'etichetta, dalla qualificazione formale data ad un illecito, sanzione o procedimento¹⁰⁴, bensì dalla effettiva portata sanzionatoria.

Nonostante isolati interventi legislativi (legge Gozzini¹⁰⁵, legge Simeone¹⁰⁶, riforma Orlando¹⁰⁷) e disorganici innesti normativi¹⁰⁸ dagli effetti pratici *incerti*

⁹⁹ Sempre in tema Corte EDU, I sez., sent. 13 giugno 2019, Viola c. Italia; decisione confermata dalla Corte EDU, Grande camera, 8 ottobre 2019.

¹⁰⁰ Sulla natura sanzionatoria penale delle misure di prevenzione, MANNA, *Misure di prevenzione e diritto penale: una relazione difficile*, Pisa, 2019, 5 ss.

¹⁰¹ FASSIN, *Punire, Una passione contemporanea*, trad. Alunni Milano, 2018, 147 ss.

¹⁰² Secondo i quali sarebbero rilevanti la qualificazione giuridica dell'illecito nel diritto nazionale, la natura dell'illecito ed il grado di severità della sanzione in cui l'interessato rischia di incorrere; cfr. Corte EDU, 8 giugno 1976, Engel ed altri c. Paesi bassi, in www.hudoc.echr.coe.int.

¹⁰³ CGUE, GS, 20 marzo 2018, Menci (C-524/15), in www.penalecontemporaneo.it, 21 marzo 2018.

¹⁰⁴ PALAZZO-VIGANÒ, *Diritto penale. Una conversazione*, cit., 63.

¹⁰⁵ Legge 10 ottobre 1986, n. 663.

¹⁰⁶ Legge 27 maggio 1998, n. 165.

¹⁰⁷ DOLCINI, *La riforma penitenziaria Orlando: cautamente, nella giusta direzione*, in www.penalecontemporaneo.it.

¹⁰⁸ Legge 10/2014 di conversione del d.l. n. 146/2013 liberazione anticipata speciale, innalzamento a quattro anni dell'affidamento in prova ai servizi sociali, esecuzione presso il domicilio delle pene non

(tra tutti, il c.d. indultino¹⁰⁹), l'intera legislazione penitenziaria è sempre rimasta in bilico tra oggettive esigenze di riforma, spinte *giustizialiste* verso il carcere *duro* e previsioni *utilitaristiche* tese ad alleggerire il carico giudiziario e sopperire alle carenze di sistema.

Talmente esasperata è la condizione *ordinaria* del sistema penitenziario, che la nozione attuale di pena può definirsi *emergenziale* a prescindere dal Covid-19, non solo sotto un profilo *organico-strutturale*, ma anche dal punto di vista *normativo*, con un approccio decisamente conflittuale, orientato verso quel diritto penale dell'emergenza¹¹⁰ che caratterizza da tempo il sistema, sbilanciandolo verso esigenze di difesa sociale¹¹¹.

In tale contesto, anche la attuale pena *emergenziale* sembra collocarsi in quel "lato oscuro del diritto penale"¹¹² contraddistinto da una attenuata osservanza dei principi di uno Stato sociale del diritto, decisamente influenzato da forze simboliche-espressive e repressive.

Un sistema penitenziario, dunque, fortemente connotato dall'*emergenza*.

Non a caso, la riforma attuata dalla legge n. 356 del 1992 seguiva gravi fatti di terrorismo e l'introduzione dell'art. 4-*bis* ord. penit., al pari del regime dell'art. 41 *bis* ord. penit., avveniva nel *pieno* della lotta alla mafia.

Anche la legge n. 279 del 2002 veniva emanata sull'*onda emotiva* di taluni delitti politici; una *spinta* emergenziale, poi, incrementata dal *nuovo* terrorismo internazionale.

Sempre *emergenziali* possono considerarsi gli innesti normativi che hanno implementato il catalogo dei reati dell'art. 4-*bis* ord. penit., *inasprito* le pene¹¹³ per talune tipologie di delitti (in particolare nei reati contro il patrimonio e nel *microsistema* dei reati contro la pubblica amministrazione¹¹⁴), *esasperato*

superiori a diciotto mesi; l. n. 117/2014 di conversione del d.l. n. 92/2014 rimedi risarcitori in favore dei detenuti sottoposti a trattamenti inumani ed introduzione del reclamo ai sensi dell'art. 35-*ter* ord. penit.; cfr. sul punto, DEL VECCHIO, *Il superamento delle preclusioni alla risocializzazione: un'occasione mancata della riforma penitenziaria*, cit., 198 ss.

¹⁰⁹ La sospensione condizionata della esecuzione della pena introdotta con la legge n. 207 del 1° agosto 2003.

¹¹⁰ Sulle differenze tra il diritto penale del nemico e diritto penale dell'emergenza, cfr. MANNA, *Il lato oscuro del diritto penale*, Pisa, 2017, 114 ss.; MOCCIA, *La perenne emergenza. Tendenze autoritarie nel sistema penale*, Napoli, 1995, 5 ss.

¹¹¹ "e di far emergere, nell'ambito del c.d. lato oscuro del nostro sistema, le tanto criticate prospettive relative al c.d. populismo penale", in MANNA, *Il lato oscuro del diritto penale*, cit., 116.

¹¹² Sempre MANNA, *Il lato oscuro del diritto penale*, cit., 117 ss.

¹¹³ PISANI N., *La recente politica di inasprimento sanzionatorio tra irragionevolezza e irrazionalità*, in *La c.d. legge "spazzacorrotti". Croniche innovazioni tra diritto e processo penale*, cit., 25 ss.

¹¹⁴ FLORA, *La nuova disciplina dei delitti di corruzione. Profili penali e processuali*, cit., 5 ss.

le implicazioni negative della recidiva¹¹⁵ e configurato isolati *blocchi* di reati “carichi” di pena (i delitti di violenza sessuale, il c.d. codice rosso ecc..) sino a lasciare in secondo piano, talvolta, sempre sulla spinta giustizialista¹¹⁶, principi fondamentali come la legalità¹¹⁷, la proporzione e la ragionevolezza.

Del periodo storico *emergenziale*, contraddistinto da terrorismo e mafia, è rimasta la *paura* e l’errata convinzione che solo una pena *dura e rigorosa* possa svolgere la sua funzione punitiva e contenere il crimine¹¹⁸, mentre in realtà è solo la *flessibilità* della sanzione, accompagnata da una effettiva progressività trattamentale, a poter dare attuazione al canone costituzionale della rieducazione¹¹⁹.

Una *passione* quella del punire che “caratterizza oggi la politica del diritto penale, o piuttosto l’uso politico del diritto penale, in Italia e altrove”¹²⁰; una *passione contemporanea*¹²¹; della serie “ in galera e buttiamo la chiave”¹²².

Sino è così giunti ad un diritto penale *totale*¹²³, un “penale-spazza”¹²⁴, *onnivoro*, che tutto prende e tutto sanziona, con evidenti effetti sull’operato del politico-legislatore e dell’interprete giudiziale anche in materia di *pena*.

Una situazione inaccettabile che impone una decisa presa di distanza dalla

¹¹⁵ Sull’incidenza con il trattamento sanzionatorio, AMBROSETTI, *Recidiva e recidivismo*, Padova, 1997, 136 ss.

¹¹⁶ BELFIORE, *I tempi della giustizia al tempo del giustizialismo*, in *questa rivista web*, n.1, 2020.

¹¹⁷ ad esempio, nell’inseguire le pene più elevate dell’art. 319 c.p. in tema di vendita delle funzioni; FUSCO, *La sfuggente nozione di atto contrario ai doveri di ufficio nei delitti di corruzione*, in *www.questionegiustizia.it*.

¹¹⁸ Sulla circostanza che il crimine possa svolgere solo una “limitata funzione neutralizzatrice del criminale, essendo necessariamente temporanea” e “sul fatto che è del tutto irrazionale, al termine della pena, rimettere in circolazione questi soggetti dopo averne (involontariamente ma consapevolmente) potenziato le inclinazioni criminose”, PALAZZO-VIGANÒ, *Diritto penale. Una conversazione*, cit., 181.

¹¹⁹ C. Cost. 21 giugno 2018, n.149; PELLISSERO, *La crisi del sistema sanzionatorio e la dignità negata: il silenzio della politica, i compiti della dottrina*, cit., 263.

¹²⁰ DOLCINI, *La pena ai tempi del diritto penale illiberale*, in *www.penalecontemporaneo.it*, 22 maggio 2019, 3; PULITANÒ, *Tempeste sul penale. Spazzacorrotti e altro*, in *www.penalecontemporaneo.it*, 26 marzo 2019, fasc. n. 3/2019, 235; RISICATO, *Verso un diritto penale illiberale? La crisi di senso dell’intervento penale tra derive securitarie e paternalistiche*, in *Studi in onore di Mario Romano*, I Napoli, 2011, 525 ss.

¹²¹ sulla necessità di “ripensare il castigo”, FASSIN, *Punire, Una passione contemporanea*, cit., 147 ss.

¹²² DOLCINI, *Il sistema sanzionatorio penale tra minacce di involuzione e l’antidoto offerto dalla Carta costituzionale*, in *Riv. it. dir. pen. proc.*, fasc. n. 1, 1 marzo 2019, 501.

¹²³ “Totale perché ogni spazio della vita individuale e sociale è penetrato dall’intervento punitivo che vi si insinua. Totale perché anche il *tempo* della vita individuale e sociale è occupato dall’intervento punitivo (...). Totale, soprattutto, perché è invasa nella collettività e nell’ambiente politico la convinzione che nel diritto penale si possa trovare il rimedio giuridico a ogni ingiustizia e a ogni male sociale”, SGUBBI, *Il diritto penale totale*, Bologna, 2019, 23.

¹²⁴ PULITANÒ, *Tempeste sul penale. Spazzacorrotti e altro*, cit., 235.

attuale visione “carcerocentrica”¹²⁵ del sistema¹²⁶.

7. *La pena nell'emergenza.* Il problema è che, ai tempi della *pandemia*, ad una pena già connotata dall'emergenza, si aggiunge un ulteriore fattore *emergenziale*, questa volta estraneo alle *patologiche* carenze strutturali del sistema, quale è l'attuale epidemia da Covid-19; con il risultato che la pena dell'emergenza *organico-strutturale e normativa*, nella (ulteriore) emergenza *sanitaria*, diviene insostenibile ed incompatibile con il quadro costituzionale di riferimento¹²⁷.

L'emergenza sanitaria, infatti, in tale contesto, si presenta come un *moltiplicatore* intollerabile di valore afflittivo.

D'altra parte, le strutture penitenziarie, nell'attuale situazione, si presentano come veri e propri “ambienti patogeni”, privi degli “strumenti tipici della medicina d'urgenza” e della “terapia intensiva”, una sorta di “moltiplicatore di diffusione”, una “bomba epidemiologica”¹²⁸.

Né una pena sofferta, in assenza di una effettiva tutela della salute, può considerarsi *umana* anche poiché è talmente elevata la soglia di diffusività del virus ed il grado di incidenza del medesimo che, specie in ambito carcerario, deve *anticiparsi* la soglia del pericolo del contagio e della massiccia diffusione del Covid-19.

Nella struttura penitenziaria, una volta che si verifica il contagio, “il dado è tratto”, potendo la patologia diffondersi a velocità inesorabile¹²⁹: occorre, dunque, proteggere il detenuto ad ogni costo.

Anche ad affrontare il tema, dall'ottica del bilanciamento dei valori (protezione dell'ordine pubblico e tutela della salute del detenuto), la soluzione non sembra variare: l'interesse ad evitare la diffusione del virus tra un numero indefinito di persone, detenute e non detenute, si mostra di certo superiore rispetto alla tutela della sicurezza della collettività qualora i detenuti dovessero rimanere in stretto regime domiciliare.

Peraltro, è bene ribadire come proteggere i detenuti dal contagio significhi

¹²⁵ Così, relazione dell'Associazione Italiana dei Professori di Diritto penale (AIPDP) in www.sistemapenale.it.

¹²⁶ GIOSTRA, *La riforma penitenziaria: il lungo e tormentato cammino verso la Costituzione*, in www.penalecontemporaneo.it, 9 aprile 2018, fasc. n. 4, 2018, 123.

¹²⁷ DOLCINI, *Quale futuro per la pena carceraria*, cit., 40.

¹²⁸ Così, relazione dell'Associazione Italiana dei Professori di Diritto penale (AIPDP), in www.sistemapenale.it; GATTA, *Carcere e coronavirus: che fare?*, in www.sistemapenale.it, 12 marzo 2020; PUGIOTTO, *La bomba carceraria e i suoi artificieri*, in *Il manifesto*, 1 aprile 2020; sul decesso per coronavirus del primo detenuto in Italia, *Il Fatto quotidiano*, 2.4.2020.

¹²⁹ GIOSTRA, *Disimmescare in modo sano la bomba-virus nelle carceri*, in www.sistemapenale.it.

estendere tale protezione sia ai loro familiari, che agli agenti di polizia penitenziaria ed a quanti altri entrino in contatto con le strutture penitenziarie (per rifornimenti, manutenzione, interventi sanitari ecc..).

In tale contesto, le misure adottate dal d.l. 17 marzo 2020 n.18 appaiono assolutamente insufficienti¹³⁰ rispetto alla *questione* della pena.

E quando si legge che lo stesso Procuratore Generale della Cassazione¹³¹, l'avvocatura¹³² una parte della magistratura¹³³, taluno componente del C.S.M.¹³⁴, l'A.N.M.¹³⁵, i Professori di diritto penale¹³⁶, il Garante nazionale dei detenuti¹³⁷, tutti invocano una immediata riduzione della presenza carceraria durante la *pandemia*, ben si comprende la gravità della situazione odierna¹³⁸.

Peraltro, numerosi sono gli strumenti normativi già in vigore che potrebbero *alleviare* la drammatica situazione carceraria, specie se interpretati con la massima *elasticità* possibile; d'altra parte ciascuna norma possiede una propria *estensione* semantica¹³⁹ e, nel caso di specie, si tratterebbe di un approccio ermeneutico in *bonam partem* utilizzabile sin da subito, senza dover attendere eccezionali innesti normativi.

E così, partendo da un "differimento ragionato" degli ordini di esecuzione delle pene detentive *nuove*¹⁴⁰ superiori ai 4 anni di reclusione (o inferiori per i reati ostativi) e da una sospensione - già prevista dal co.2 dell'art.83 d.l. 18/2020 - dei termini dei 30 giorni ex art. 656 co. 5 c.p.p., si potrebbe recuperare una interpretazione più *dinamica* del rinvio della esecuzione con ap-

¹³⁰ PIVA, *Il diritto penale ai tempi del coronavirus: troppo su inosservanza e poco su carcere*, in *questa rivista web*, n.1, 2020, 1 ss.

¹³¹ Nota del Procuratore Generale della Corte di Cassazione, Dott. Salvi, 1° aprile 2020, *Pubblico Ministero e riduzione della presenza carceraria durante l'emergenza coronavirus*, pubblicata in www.giurisprudenzapenale.it.

¹³² Unione delle Camere penali, documento Giunta UCPI, 20.3.2020, *Emergenza carcere: basta mistificazioni*

¹³³ *Magistratura indipendente, Virus e coronavirus. Non aspettare*, in www.magistraturademocratica.it; DE VITO, *Il vecchio carcere ai tempi del nuovo colera*, in www.questionegiustizia.it, 11.3.2020; ZILLETTI, *L'immoralità pericolosa, il carcere nell'epoca del coronavirus*, in www.discrimen.it.

¹³⁴ CASCINI G., *La Repubblica*, 3 aprile 2020 in articolo di L. MILELLA.

¹³⁵ L'A.N.M. sulla situazione delle carceri, comunicato stampa della Giunta esecutiva centrale, 24 marzo 2020;

¹³⁶ relazione dell'Associazione Italiana dei Professori di Diritto penale, cit.

¹³⁷ In *La Repubblica*, articolo di L. MILELLA, 24 marzo 2020.

¹³⁸ Alla data di redazione della presente nota, diversi sono i contagiati nelle strutture penitenziarie, con almeno due decessi dichiarati nelle fonti aperte.

¹³⁹ In tema DI GIOVINE, *L'interpretazione nel diritto penale. Tra creatività e vincolo alla legge*, Milano, 2006, 16 ss.

¹⁴⁰ Così, Nota del Procuratore Generale della Corte di Cassazione, Dott. Salvi, 1 aprile 2020, *Pubblico Ministero e riduzione della presenza carceraria durante l'emergenza coronavirus*, cit.

plicazione della detenzione domiciliare per motivi di salute *ex art. 147 co. 1 n. 2 c.p.*¹⁴¹ in relazione all'art. 47-*ter* co. 1-*ter* ord. penit. (applicabile anche in via provvisoria dal magistrato di sorveglianza e pure per i reati *ex art.4 bis* ord.pen.), della detenzione domiciliare per motivi di salute *ex art.47 ter* c.1 lett.c) ord. penit. e dell'affidamento ordinario *ex art. 47* ord. penit., applicabili anch'essi in via provvisoria.

La detenzione domiciliare per motivi di salute *ex art.47 ter* c.1 lett.c) ord.pen., peraltro, potrebbe essere concessa sol considerando come le condizioni di salute del detenuto, messe in grave pericolo dalla epidemia *circolante*, non potrebbero comunque consentire una piena finalità rieducativa¹⁴².

Né può dubitarsi che l'attuale situazione epidemiologica imponga un costante contatto con i presidi sanitari posto che il virus è già nell'aria e comunque deve essere affrontato, anche solo evitandolo.

Medesime considerazioni per l'ipotesi del rinvio facoltativo della esecuzione della pena, potendo l'interprete far rientrare, forzando, con la massima *estensione* ermeneutica, il concetto di "grave rischio da contagio" nella più generica condizione "di grave infermità fisica" prevista dall'art.147 n.2 c.p. ; si tratterebbe, peraltro, di una detenzione domiciliare *transitoria* concedibile anche in via di urgenza dal magistrato di sorveglianza, sino al termine della *pandemia* o della relativa fase *acuta*, con buona pace dei *giustizialisti* e del legislatore *inerte*.

D'altra parte, allorquando si utilizza l'ermeneutica per "aggiornare" (in realtà, trasfigurare) talune fattispecie seguendo l'assunto che la *norma* si forma all'esito della interpretazione¹⁴³, non si comprende poi la ragione del perché la magistratura, in sede esecutiva o di sorveglianza, debba attenersi a criteri interpretativi assolutamente rigidi, *formali*, proprio allorquando sono in gioco la salute del detenuto e la umanità della pena .

Sul piano normativo, invero, si potrebbe giungere ad un ampliamento della detenzione domiciliare speciale, "di emergenza" introdotta dalla d.l 18 del 2020 in deroga all'art.1 L. n.199 del 2010, ad evidente contenuto di premiali-

¹⁴¹ Trib. Sorv. Milano, ord. 31 marzo 2020 n.2206/2020 sia pure in relazione condizioni personali critiche per età e pluri-patologie del singolo detenuto.

¹⁴² In questo senso, non in relazione alla epidemia, Cass., Sez. I, 9 luglio 2015, n. 13211 sulla necessità che le condizioni di salute non consentano al detenuto "di partecipare consapevolmente a un processo rieducativo, che si attua attraverso i previsti interventi obbligatori del servizio sociale",

¹⁴³ in tema, DI GIOVINE, *L'interpretazione nel diritto penale. Tra creatività e vincolo alla legge*, cit., 16 ss.; ID., *Antiformalismo interpretativo: il pollo di Russel e la stabilizzazione del precedente giurisprudenziale*, cit., 1 ss.

tà¹⁴⁴, concedendola a tutti i condannati con una pena in concreto da espiare non superiore ai tre anni di reclusione (comunque superiore rispetto ai 18 mesi ora previsti), in linea peraltro con i passati provvedimenti di clemenza generale, anche senza braccialetto elettronico e preclusioni di legge.

Si tratterebbe, anche quest'ultima ipotesi, di una sorta di "recupero" con estensione, di quella detenzione domiciliare *speciale* già introdotta dall'art.1 della L. 199/2010 e resa definitiva dall'art. 5 del d.l. n. 146/2013, caratterizzata da un *automatismo* applicativo *relativo* (in questo senso definita anche "pena senza funzione"¹⁴⁵), operante come "*chance sostitutiva*" o "scivolo"¹⁴⁶, che però, in assenza di una eliminazione delle preclusioni applicative, verrebbe ad incidere solo marginalmente sulla situazione carceraria.

Si potrebbe, infine, prevedere una liberazione anticipata speciale (detrazione di 75 giorni per ogni semestre di pena espiata) da conteggiare anche retroattivamente per consentire il raggiungimento dei limiti di ammissibilità degli istituti indicati.

E che misure operative di taglio pratico siano suggerite, in particolare, dalla dottrina penalistica¹⁴⁷ rende perfettamente l'idea di quanto la situazione sia seria e di quanto si siano superati i limiti (costituzionali) della *pena*.

Mai lo studioso del diritto penale sembra esser stato così vicino al detenuto¹⁴⁸, alla questione carceraria¹⁴⁹.

8. Conclusioni. Ciò che si presenta oggi, nel pieno della emergenza epidemiologica, è l'ennesima occasione per riaffermare i principi costituzionali che regolano la *pena*, aprendo così le porte a misure alternative *proporzionate*, se del caso anche *eccezionali*, ad evitare che la situazione carceraria giunga al *collasso*, che alla pena si aggiunga altra *afflizione*, quella del contagio (o anche solo del *pericolo* del contagio).

¹⁴⁴ GALLUZZO, *Il carcere ai tempi del coronavirus*, in www.penedp.it.

¹⁴⁵ PISANI N., *Spunti sulla metamorfosi della detenzione domiciliare tra automatismo e discrezionalità*, in *Emergenza carceri, Atti del convegno Teramo 6 marzo 2014*, a cura di Del Coco, Marafioti, Pisani Torino, 2014, 75 ss.

¹⁴⁶ PISANI N., *Spunti sulla metamorfosi della detenzione domiciliare tra automatismo e discrezionalità*, cit., 77.

¹⁴⁷ relazione dell'Associazione Italiana dei Professori di Diritto penale, cit.

¹⁴⁸ "Sebbene la *questione* carceraria abbia accompagnato il carcere fin dalla sua nascita, non sempre il cultore del diritto penale, e in specie lo studioso hanno mostrato sensibilità per questa «realtà» del nostro universo", in PALAZZO-VIGANÒ, *Diritto penale. Una conversazione*, cit., 179.

¹⁴⁹ DOLCINI, *La "questione penitenziaria" nella prospettiva del penalista: un provvisorio bilancio*, in *Riv. It. Dir. Pen. Proc.*, 2015, 1662 ss.

E', in definitiva, alla clemenza in generale¹⁵⁰ ovvero ad istituti a *contenuto* di clemenza¹⁵¹ che il legislatore e l'interprete giudiziale possono *orientarsi* nell'affrontare la drammatica situazione penitenziaria, secondo un approccio pragmatico¹⁵², anche *utilitaristico*, finalizzato comunque a recuperare l'*umanità* della sanzione, perché riequilibrare la pena nelle attuali condizioni emergenziali, attenendosi al massimo rigore nell'osservanza delle regole *comportamentali*¹⁵³ ed a criteri di massima *precauzione* ("punto di partenza obbligato per ragionare sulla salute, sulla sicurezza e sull'ambiente",¹⁵⁴ anche carcerario) nell'affrontare la *pandemia*¹⁵⁵, significa comunque riaffermare la *giustizia*. Ecco, superata la prudenza, è tempo di "passare all'audacia"¹⁵⁶, di abbandonare l'*indifferenza* sia attraverso il ricorso ad istituti eccezionali di alleggerimento della popolazione carceraria, sia attraverso dichiarati o anche solo *mascherati* (se non si ha il coraggio o il tempo¹⁵⁷ di provvedere altrimenti) provvedimenti di remissione sanzionatoria perché di questi tempi, nel pieno di una *pandemia*, invocare la *clemenza* significa esclusivamente (ri)affermare le finalità proprie della pena, nel quadro dei principi costituzionali che la informano. E per gli indagati e gli imputati *reclusi* si attende un effettivo *impegno*, da parte dell'interprete giudiziario, a *valorizzare*, nel *mezzo* della pandemia, i criteri della proporzione e della adeguatezza delle misure custodiali, racchiusi anche negli artt. 275 co. 3, 275 co. 4-*bis*, 275 *bis*, 299 co. 2 c.p.p., se necessario attraverso una *lettura* meno severa, provvedendo, ove possibile, alla sostitu-

¹⁵⁰ SUMMERER, *Riflessioni sugli istituti di clemenza collettiva alla luce dell'esperienza tedesca ed austriaca*, cit., 310.

¹⁵¹ Sulla clemenza quale strumento di prevenzione-integrazione, cfr. MAIELLO, *Clemenza e sistema penale. Amnistia e indulto dall'indulgentia principis all'idea di scopo*, cit., 421.

¹⁵² SUMMERER, *Riflessioni sugli istituti di clemenza collettiva alla luce dell'esperienza tedesca ed austriaca*, in cit., 310.

¹⁵³ le regole comportamentali fissate dal d.l. 23 febbraio 2020 n.6, dal d.l. 25 marzo 2020 n.19 e dai diversi decreti del Presidente del Consiglio dei Ministri a partire dal 23 febbraio 2020.

¹⁵⁴ Sul rapporto tra precauzione e razionalità, SUNSTEIN, *Il diritto della paura. Oltre il principio della precauzione*, cit., 14.

¹⁵⁵ Sul principio di precauzione e le critiche all'idea "semplice per gestire il rischio: in caso di dubbio, segui il principio di precauzione", SUNSTEIN, *Il diritto della paura. Oltre il principio della precauzione*, cit., 25 ss.

¹⁵⁶ BARICCO, *La Repubblica*, pag.1, 26 marzo 2020, "Contro il virus. Questo è il momento dell'audacia" ove si legge: "Possiamo passare all'audacia. Dobbiamo passare all'audacia. Se sei un medico, non so cosa possa voler dire essere audaci in questo momento, quindi non mi permetto di dare suggerimenti. Però so esattamente cosa significhi essere audaci, in questo momento, per gli intellettuali: mettere la parte la tristezza, e pensare"; DOLCINI-GATTA, *Carcere, coronavirus, decreto "cura Italia": a mali estremi, timidi rimedi*, in *www.sistemapenale.it*.

¹⁵⁷ Sulla mancanza di tempi e dei presupposti politici per un indulto, GIOSTRA, *Disinnescare in modo sano la bomba-virus nelle carceri*, cit.

zione anche d'ufficio delle misure intramurarie con gli arresti domiciliari stretti, con o senza braccialetto elettronico, senza attendere alcuna modifica normativa in sede di conversione del d.l. 18/2020 (ove mai dovesse accadere).

Invocare la *clemenza* oggi, per l'*ostracismo culturale*¹⁵⁸ che la accompagna nel sentire comune, significa invocare il *coraggio*, ribadire ancora una volta che “un sistema penale imperniato sull'idea rieducativa” e sulla umanità della pena (“fondamentale termine di riferimento per i futuri sviluppi della nostra legislazione penale”¹⁵⁹), non significa affatto abbandonarsi a sanzioni prive di afflittività, ma solo ad opporsi “alla spettacolarizzazione della giustizia penale e ad ogni forma di terrorismo sanzionatorio”¹⁶⁰.

Non si tratta di “abolire il carcere”¹⁶¹ o trovare altre “magiche” soluzioni, ma solo di superare l'*indifferenza* verso il tema, il detenuto e la comunità carceraria in questa particolare condizione *emergenziale*, riavvicinandosi a quella pena del *cittadino*¹⁶² dal volto *umano*¹⁶³ (certamente opposta a quella del *nemico*¹⁶⁴), che mira prima a salvare le vite *umane*, che ad *eliminare il pericolo*¹⁶⁵.

Ecco l'occasione da non perdere ai tempi della *pandemia*: abbandonare la “esaltazione del carcere, nella sua dimensione meramente afflittivo-deterrente”, nel *triste* contorno della “vergognosa situazione che caratterizza la maggior parte delle nostre istituzioni carcerarie”¹⁶⁶.

L'esaltazione repressiva, d'altra parte, “tanto irrazionale sul piano degli effetti” non può che mostrarsi “deleteria sul piano dei diritti”¹⁶⁷.

Mai come oggi, nel trattare il tema della sanzione carceraria e dei tentativi,

¹⁵⁸ PUGIOTTO, *Per un rinnovato statuto costituzionale della clemenza collettiva*, in *Riv. It. Dir. Pen. Proc.*, n.1, 2018, 111; sempre in tema INSOLERA, *Le clemenze “anomale”*, in www.penalecontemporaneo.it.

¹⁵⁹ DOLCINI, *Rieducazione del condannato e rischi di involuzioni neoretributive: ovvero della lungimiranza del costituente*, cit., 81.

¹⁶⁰ DOLCINI, *Rieducazione del condannato e rischi di involuzioni neoretributive: ovvero della lungimiranza del costituente*, cit., 79.

¹⁶¹ In tema, MANCONI-ANASTASIA-CALDERONE-RESTA (a cura di), *Abolire il carcere: una ragionevole proposta per la sicurezza dei cittadini*, Milano, 2005.

¹⁶² sui concetti del diritto penale del cittadino e diritto penale del nemico come due poli di un unico sistema, due tendenze opposte all'interno di un unico contesto giuridico-penale unitario, JAKOBS, *Diritto penale del nemico*, cit., 7.

¹⁶³ DONINI, *Il volto attuale dell'illecito penale. La democrazia penale fra differenziazione e sussidiarietà*, Milano, 2004, 53.

¹⁶⁴ Sempre in tema, PALAZZO-VIGANÒ, *Diritto penale. Una conversazione*, cit., 224-225.

¹⁶⁵ JAKOBS, *Diritto penale del nemico*, cit., 27.

¹⁶⁶ MOCCIA, *Per una riforma del sistema sanzionatorio. Qualche considerazione*, in *Studi in onore di Mauro Ronco*, a cura di Ambrosetti, Torino, 2017, 414.

¹⁶⁷ MOCCIA, *Per una riforma del sistema sanzionatorio. Qualche considerazione*, cit., 415.

più o meno utopistici, del loro superamento”¹⁶⁸, occorre rimanere saldamente ancorati ad una *effettiva* considerazione della pena come *ultima ratio*¹⁶⁹ ed ai connessi principi di ragionevolezza¹⁷⁰ e della proporzione, inteso quest’ultimo quale autonomo parametro di legittimità e criterio *graduale* teso ad assicurare l’*equilibrio* sanzionatorio non solo nel rapporto tra disvalore del fatto incriminato e la sanzione¹⁷¹, ma anche nella *selezione* delle misure da applicare¹⁷², in un *perenne* confronto con il finalismo rieducativo della pena¹⁷³ ed il “sovrordinato principio di umanità e di dignità della persona”¹⁷⁴.

D’altra parte, anche a seguire le teorie più severe, la stessa prospettiva di retribuzione comporta necessariamente “un’opzione di prevenzione” orientata al rispetto del principio di proporzione¹⁷⁵.

E’ tempo di *azione*, di *reazione* alla epidemia, di adottare una immediata *strategia* verso *soluzioni differenziate*¹⁷⁶ ad evitare “la trappola di una sanzione che arrivi a ritorcersi, in ultima istanza, contro sé medesima”¹⁷⁷.

D’altra parte la pena, al pari della giustizia penale, “è un male necessario”¹⁷⁸ ma se essa supera i limiti della umanità e proporzione, rimane “soltanto il male”.

¹⁶⁸ PALAZZO-VIGANÒ, *Diritto penale. Una conversazione*, cit., 183.

¹⁶⁹ PALAZZO, *Sanzione e riparazione all’interno dell’ordinamento giuridico italiano: de lege lata e de lege ferenda*, cit., 421; MOCCIA, *Il diritto penale tra essere e valore*, cit., 113.

¹⁷⁰ Sulla irragionevolezza dell’inasprimento delle pene e sulla “carcerizzazione ad ogni costo”, PISANI N., *La recente politica di inasprimento sanzionatorio tra irragionevolezza e irrazionalità*, cit., 25 ss.

¹⁷¹ Così, MANES, *La proposizione della questione di legittimità costituzionale in materia penale e le sue insidie*, in *La legge penale illegittima, Metodo, itinerari e limiti della questione di costituzionalità in materia penale*, cit., 369.

¹⁷² Sulla “proporzione come criterio ermeneutico alla cui stregua profilare letture selettive e “tipizzanti” della fattispecie (oggettiva e soggettiva) in ragione della gravità della pena e/o della compostità degli interessi da questa sacrificati”, MANES, *La proposizione della questione di legittimità costituzionale in materia penale e le sue insidie*, cit., 371.

¹⁷³ Sul principio di proporzione come corollario del finalismo rieducativo della pena, CANESTRARI, CORNACCHIA, DE SIMONE, *Manuale di diritto penale, parte generale*, Bologna, 2007, 73.

¹⁷⁴ PALAZZO-VIGANÒ, *Diritto penale. Una conversazione*, cit., 193.

¹⁷⁵ MOCCIA, *Il diritto penale tra essere e valore*, cit., 96; sulla rieducazione come “una delle qualità essenziali e generali che caratterizzano la pena nel suo contenuto ontologico”, cit., 96-103.

¹⁷⁶ MOCCIA, *Per una riforma del sistema sanzionatorio. Qualche considerazione*, cit., 419.

¹⁷⁷ DE FRANCESCO, *Sicurezza collettiva, opzione carceraria, modelli alternativi di giustizia*, cit., 296.

¹⁷⁸ “la giustizia penale è un male necessario, se essa supera i limiti della necessità resta soltanto il male”, MOCCIA, *Il diritto penale tra essere e valore*, cit., 113.