

Il tempo della pena *di Michele Passione (Avvocato)*

Gli interventi che hanno aperto questo incontro pubblico hanno reso evidente come gli istituti di clemenza, *lato sensu* intesi, partecipino dell'orizzonte finalistico espresso dall'art.27, 3° comma, della Costituzione.

E' con l'azione del tempo e con i dati oggettivi delle varie forme di incapacitazione previste dall'Ordinamento che penso si debba fare i conti, quando si ragiona di clemenza; solo in questo modo è possibile comprendere come questa non costituisca una rottura della legalità (non solo perchè prevista dalla Carta costituzionale) ma, anzi, si ponga quale sua espressione diacronica.

Allo stesso tempo, amnistia e indulto, grazia e commutazione della pena, traggono legittimazione e forza se capaci di volger lo sguardo a ciò che è stato e a ciò che dovrebbe essere; una lettura rivolta a fatti del passato, per preparare un futuro migliore.

Del resto, com'è stato autorevolmente affermato, ¹“*il diritto è ordinamento del sociale, guai se il diritto si lega troppo all'autorità e diventa soltanto voce dell'autorità*”.

Volgendo lo sguardo su altro versante, quello del *tempo della pena*, è di immediata percezione il pregiudizio verso la prescrizione, parimenti contrabbandata come incapacità del sistema a garantire giustizia, piuttosto che strumento atto ad impedire la perenne incombenza dello Stato nella *res judicanda*; eppure, è proprio la natura sostanziale della prescrizione, ex art.25 Cost., che ha consentito al Giudice delle Leggi di risolvere (?) *l'affaire Taricco*, valorizzandone (quale contro limite) l'ostacolo ad applicazioni retroattive *in malam partem*.

Ciò nonostante, evidentemente dimentico del fatto che²... “*il diritto, per sfuggire al rischio di porsi come dinamica autoreferenziale, deve essere giustificato filosoficamente, a partire da opzioni che attengono alla concezione della giustizia*”, il Legislatore ha mutato il volto

1 P. Grossi, L'assolutismo giuridico. I perchè e le prospettive della crisi della Giustizia in Italia, 1999

2 L. Lombardi Vallauri, *Corso di filosofia del diritto*, 2012

costituzionale della pena, intervenendo proprio sull'art.160 del codice penale.

Ancora una volta, la modalità reattiva dell'Ordinamento non ha tenuto conto che³... *“la legislazione è la costruzione di una città, vera ingegneria sociale, che non permette errori, se non a gravissimo prezzo”*; diversamente opinando, la Legge può assumere qualunque contenuto, e diventa pura forma, voce del sovrano.

E' vero...⁴*“il Diritto non è la Giustizia...le esperienze aporetiche sono delle esperienze tanto improbabili quanto necessarie della Giustizia, cioè di momenti in cui la decisione fra il giusto e l'ingiusto non è mai garantita da una regola”*, ma nel caso di specie la voce del sovrano si è fatta ventriloqua voce del popolo, indisponibile a ricomprendere nell'art.25 Cost. non solo il *come* e *quanto*, come ci è stato ricordato, ma anche il *quando* punire; il *tempo della pena*, appunto.

Ed è nel senso della pena, costituzionalmente orientata, che individuiamo spazio per un atto di clemenza per coloro i quali abbiano subito la disapplicazione degli artt.160 e 161 c.p. in forza di obblighi europei (erroneamente ritenuti)imposti dall'art.325 TFUE⁵, prima dell'ordinanza n.24/2017 della Corte Costituzionale, senza obbligare i mal capitati a percorrere l'impervia e lunga via della “revisione convenzionale”.

Il fattore temporale ha dunque a che fare con il ricorso a quanto previsto dagli artt.79 Cost e 174 c.p., non solo per la necessaria individuazione di orizzonti previsti per l'applicazione di questi istituti, ma anche perché forse, com'è stato icasticamente sostenuto,...(anch')⁶*“io penso che il fine della pena sia la fine della pena”*.

3 O. De Bertolis, *Il metodo nel diritto*, 2013

4 J. Derrida, *Forza di legge. Il fondamento mistico dell'autorità*, 1994

5 V. Manes, *Cour Constitutionnelle italienne et obligations de protection pénale*, 2013

6 A. Sofri, *Il cosiddetto senso della pena*, in *Il corpo e lo spazio della pena, Architettura, urbanistica e politiche penitenziarie*, a cura di S. Anastasia, F. Corleone, L.Zevi, 2011