

LEZIONI DELL'EMERGENZA E RIFLESSIONI SUL DOPO. SU DIRITTO E GIUSTIZIA PENALE

di Domenico Pulitanò

SOMMARIO: 1. Fra scienza, politica, diritto. – 2. Problemi nell'emergenza. Legalità e libertà. – 3. Il problema del panpenalismo. – 4. Limiti del penale e rapporto giustizia/politica. – 5. Le sanzioni e il carcere. – 6. Problemi di una difficile ripresa.

1. Fra scienza, politica, diritto.

Non lasciare che la crisi diventi un'occasione sprecata: è un monito di Keynes, apparentemente paradossale, nei tempi più critici del XX secolo, rilanciato¹ nei giorni di sospensione della normalità a causa dell'emergenza sanitaria (*lock down* dell'intero paese). Un'esperienza durissima, una lezione straordinaria. *Pathei mathos*², apprendere dalla sofferenza? Dipende da noi³.

Le emergenze conseguenti alla pandemia sono premonizione di problemi prossimi venturi di una socieurbata e impoverita. C'è bisogno di pensare al dopo, ai possibili percorsi di ritorno alla normalità, e alla futura normalità. È il momento di ragionare su tutto ciò che riguarda il con-vivere⁴; su ciò che vorremmo e *anche su ciò che non vorremmo ritornasse uguale*⁵.

Rientrano in questo quadro i problemi che hanno a che fare con il diritto e la giustizia penale, cui sono dedicate queste mie riflessioni dall'eremo domestico.

Un filosofo ha scritto che *"in questo preciso momento il mondo – tutto il pianeta – non è governato dalla classe politica né da giunte militari, ma dai medici"*⁶. Certo, la gestione dell'emergenza ha avuto bisogno di risorse di scienza e di tecnica. La scienza ha cercato di capire che cosa stava succedendo, e si è impegnata nella costruzione di risposte tecnicamente possibili nell'emergenza. È entrata e sta sulla scena come impresa conoscitiva ed operativa consapevole delle sue potenzialità e dei suoi limiti; non

¹ M. FERRERA, *I sacrifici da non sprecare*, in *Corriere della sera*, 1° aprile 2020.

² ESCHILO, *Agamennone*, v. 177.

³ *"La storia non insegna nulla. Siamo noi che, imparando da essa, insegniamo a noi stessi"*: A. HELLER, *Teoria della storia*, Roma 2018, p. 227.

⁴ *Ex multis*, Mario Magatti, *La necessità di riconoscere il legame fra l'io e l'altro*, in *Corriere della sera*, 21 marzo 2020.

⁵ P. GIORDANO, *Il virus, il dopo e quello che non voglio scordare*, in *Corriere della sera*, 21 marzo 2020.

⁶ R. CASATI, *Quei dilemmi morali che toccano ai medici*, in *Il Sole 24 ore*, 19 aprile 2020, p. IX.

infallibile ma affidabile⁷, in grado di parlare un linguaggio aderente ai fatti, che sa essere chiaro e comprensibile, orientato a valori 'di verità'.

La responsabilità di scelte politiche, anche di politica del diritto, è (per definizione) questione politica⁸. La politica è calata in una realtà di fatto che *fa resistenza* al potere, anche in condizioni normali. Per le valutazioni e scelte di sua competenza – bilanciamenti d'interessi, posizione di norme, decisioni operative – la politica ha responsabilità di adeguata conoscenza della realtà, anche alla luce del sapere scientifico: *conoscere per deliberare*⁹.

La pandemia di questo *annus horribilis* mostra in modo inquietante come la realtà di fatto può mettere in crisi i nostri modi di vita, e porre problemi difficili e dolorosi ai detentori di poteri normativi.

Nella prima fase dell'emergenza, in un contesto che chiedeva (impondeva) cooperazione, il linguaggio della politica italiana si è modificato nei toni, talune punte polemiche sono state ammorbidite. Anche se di breve durata, la moderazione del linguaggio nella fase più critica è segno di qualcosa che non va bene in linguaggi che siamo abituati ad ascoltare, e talora usiamo. La torsione retorica, legittima e comprensibile nella ricerca di consensi, suona stonata là dove è giocoforza fare i conti con una dura realtà che mette in crisi le condizioni materiali del convivere (anzi del vivere).

La dura lezione dell'emergenza sanitaria è una lezione anche sul linguaggio della politica e delle politiche del diritto. Spiaccia i linguaggi di stile propagandistico o pubblicitario, mostra l'esigenza vitale di linguaggi 'di verità'. Non è una lezione ideologicamente irenistica, ma al contrario un bagno di realtà: una realtà che impone scelte difficili e sollecita confronti aperti sui fatti e sui valori in gioco. Differenzia e collega responsabilità diverse.

Stanno nel campo della politica le questioni relative al diritto. *"Il diritto penale è sicuramente una politica"*, ha scritto un autorevole penalista. La scienza penale è *"una piccola parte di questa politica"*. *"Ha compiti ricostruttivi e conoscitivi, non di mera valutazione"*; *"si autodefinisce, sul piano epistemico, garantista"*; in quanto adotta un punto di vista *interno* al sistema giuridico, *come tale condivide il programma polico-costituzionale* (o europeo); esprime un *contropotere critico* *"Attinge da principi superiori alla legge parametri che sono di garanzia"*, la sua metodologia ha *"natura complessa, composta, irriducibile ai modelli di scienza naturale per la presenza di saperi empirici, normativi ed ermeneutici insieme"*¹⁰.

Come *contropotere critico*, la cultura giuridica può muoversi sia sul piano dello studio di ordinamenti vigenti *hic et nunc*, sia sul piano della politica. Le modalità del discorso saranno diverse, sui due piani della scienza e della politica. Da qui il senso e

⁷ Anche nella pubblica percezione. Paiono spariti, o silenti, i *no vax* e altri tipi di rifiuto della razionalità scientifica.

⁸ A. PANEBIANCO, *Ma politica non può abdicare*, in *Corriere della sera* 4 aprile 2020.

⁹ L. EINAUDI, *Conoscere per deliberare*, in *Prediche inutili*, 1955. Forse è ancora attuale l'osservazione (p. 1) che *"nulla repugna più della conoscenza a molti, forse a troppi di coloro che sono chiamati a risolvere problemi"*.

¹⁰ M. DONINI, *Garantismo penale oggi*, in *DisCrimen*, 16 dicembre 2019, p. 30, 4, 7, 17.

l'importanza del paradigma weberiano della *Wertfreiheit* della scienza, e della c.d. legge di Hume (impossibilità di dedurre conclusioni di valore da premesse di puro fatto: c.d. fallacia naturalistica), quali premesse di un razionale e controllabile *far dialogare i saperi empirici, normativi ed ermeneutici*.

2. Problemi nell'emergenza. Legalità e libertà.

2.1. Per la gestione dell'emergenza pandemia sono state disposte (con decreti legge e atti normativi non aventi valore di legge: DPCM e altro) restrizioni di libertà particolarmente spinte, finalizzate al contenimento del contagio. Abbiamo accettato la sospensione dell'esercizio di diritti fondamentali di libertà, dei quali vive una società libera. Ci siamo adattati a vivere chiusi in casa, per settimane.

Primum vivere. La tutela della vita e della salute ha fondamento nella Costituzione. Anche un diritto dell'emergenza sanitaria trova legittimazione *di principio* non in necessità al di fuori della Costituzione, ma nella tutela della salute e della vita, diritto inviolabile che costituisce il presupposto di tutto il resto. L'articolazione del sistema compete alla legge, che può attribuire ambiti d'intervento a fonti subordinate, come ha spiegato un autorevole costituzionalista¹¹. Testo normativo di riferimento è il codice della protezione civile, d. lg. n. 1/2018.

Vita e salute sono gli oggetti di tutela che stanno al centro del sistema penale, per i quali il nostro ordinamento giuridico mette in campo tutte le tecniche di cui il diritto penale può legittimamente avvalersi: configurazione di delitti di danno e di pericolo, d'azione e d'omissione, dolosi e colposi; previsione di illeciti minori (contravvenzioni o illeciti amministrativi) a chiusura di discipline speciali di sicurezza. Hanno spazio e legittimità tecniche di tutela anche assai anticipata.

I problemi dell'emergenza toccano sia la legalità quale forma dell'esercizio del potere normativo, sia la libertà quale limite o garanzia di fronte al potere. Per il diritto penale, la riserva di legge è principio di struttura (art. 25 Cost.: *nullum crimen, nulla poena sine praevia lege*). Quanto ai contenuti e limiti del penale, vengono ovviamente in rilievo *tutti* i principi costituzionali: diritti e libertà che per il diritto penale sono sia limiti, sia possibili oggetti di tutela. Vengono ovviamente in rilievo sia i principi relativi alla pena (art. 27) e il principio d'eguaglianza nel senso più largo (principio di ragionevolezza e proporzione).

Le normative introdotte nell'emergenza covid19 incidono pesantemente su diritti di libertà in senso forte: non solo la libertà di circolazione, direttamente bloccata dal *lock down*, ma anche diritti e libertà che il blocco impedisce di esercitare. È uno scenario non paragonabile a quelli di emergenze localizzate, come terremoti o alluvioni, e di normative ed operazioni di protezione relative a luoghi particolari e calibrate su esigenze specifiche. A fronte di un problema (pandemia) che tocca in atto e in potenza

¹¹ M. LUCIANI, *Il sistema delle fonti del diritto alla prova dell'emergenza*, in *Rivista AIC*, n. 2/2020.

l'intero territorio, è stata disposta una sospensione generalizzata e prolungata della legalità liberale.

La normativa dell'emergenza non è qui oggetto d'analisi. Nei commenti sono stati rilevati profili discutibili sul piano costituzionale¹². Sul piano formale, una fuoriuscita da riserve di legge previste dalla Costituzione. Restrizioni di libertà come la quarantena e obblighi di non allontanarsi da casa abbisognano di un fondamento legale, in una legge che stabilisca presupposti e contenuti delle restrizioni. A fonti subordinate può essere affidata la precisazione di elementi di dettaglio, non la sostanza della restrizione¹³.

È stato sollevato anche il problema del controllo giurisdizionale (riserva di giurisdizione ex art. 13 Cost.) con riguardo ai provvedimenti che dispongono la quarantena. In assenza di coercizione fisica, pare eccessivo evocare discipline del tipo introdotto dalla legge 180/1978 per parlare i trattamenti sanitario obbligatori. Nelle normative dell'emergenza è in gioco non la libertà da coercizione in concreto, ma la libertà da restrizioni normativamente previste in via generale¹⁴.

Ulteriore campo di problemi, quello dei limiti contenutistici: fino a che punto può essere legittimata, in ragione di un'emergenza che mette in gioco le nostre vite, la compressione di libertà fondamentali della generalità dei consociati, su tutto il territorio dello Stato e per un periodo non brevissimo?

In un'emergenza *eccezionalmente* grave per la salute pubblica il governo politico ha responsabilità di tutela che possono legittimare anche misure *eccezionalmente* spinte. È la responsabilità di valutazione e decisione che è propria della politica, in via normale, e che non viene meno in situazioni non normali. Tali possono essere definite anche le *normali emergenze* da calamità naturali, per le quali sono previste e sono entrate in funzione discipline speciali. Ciò che *fa problema*, nel nostro caso, è la *dimensione* dell'emergenza fattuale (la pandemia) e normativa (il *lock down* totale o molto spinto, l'allontanamento dalla normalità liberale).

2.2. Nel periodo di sospensione della normalità, per la tenuta sociale è stata decisiva l'osservanza delle norme, non il punire. È stata accettata (è parsa transitoriamente accettabile) anche la durezza di precetti necessari nella situazione data: *Gebote hart, doch hoffnungserweckend*¹⁵ (comandi duri, ma che danno speranza). Il tasso di osservanza è stato (con qualche smagliatura) elevato¹⁶.

¹² M.G. CIVININI, G. SCARSELLI, *Emergenza sanitaria: Dubbi di costituzionalità di un giudice e di un avvocato*, in *Questione giustizia*, 7 aprile 2020; A. D'ANDREA, *L'emergenza sanitaria e il ruolo del Governo: qualche preoccupazione senza disfattismo*, in *Questione giustizia*, 20 aprile 2020.

¹³ G.L. GATTA, [I diritti fondamentali alla prova del coronavirus. Perché è necessaria una legge sulla quarantena](#), in questa *Rivista*, 2 aprile 2020.

¹⁴ M. BIGNAMI, *Chiacchiericcio sulle libertà costituzionali al tempo del coronavirus*, in *Questione giustizia*, 7 aprile 2020.

¹⁵ A. SCHOENBERG, *Moses und Aron*. atto II, scena 5°.

¹⁶ L'editoriale de *Il foglio*, 20 aprile 2020, riporta alcuni dati relativi al periodo dall'11 marzo al 17 aprile: su più di 8 milioni di persone controllate, quelle denunciate per false attestazioni sono state 4.463, quelle denunciate per altre infrazioni minori sono state 316277.

Un giudizio drasticamente negativo, di crollo morale, è stato espresso da un noto filosofo: “Com’è potuto avvenire che un intero paese sia senza accorgersene eticamente e politicamente crollato di fronte a una malattia? Abbiamo accettato senza farci troppi problemi, soltanto in nome di un rischio che non era possibile precisare, di limitare in misura che non era mai avvenuta prima nella storia del paese, nemmeno durante le due guerre mondiali, la nostra libertà di movimento ...i nostri rapporti di amicizia e di amore, perché il nostro prossimo era diventato una possibile fonte di contagio”¹⁷.

Nel suo scritto più noto, Agamben aveva esaminato situazioni limite, “lo spazio che si apre quando lo stato di eccezione comincia a diventare la regola”¹⁸. La sua valutazione radicalmente negativa sull’oggi – ancorché collegata a *farneticazioni*¹⁹ sulla *invenzione dell’epidemia* e sulla *tendenza crescente a usare lo stato di eccezione come paradigma normale di governo*²⁰ – invita a riflettere sul senso morale e politico dell’osservanza che ci è stata chiesta e che abbiamo accettato, la sospensione di libertà fondamentali e della normalità sociale²¹.

“Gli italiani hanno mostrato una responsabilità, un carattere, un senso di comunità sorprendente”, è la valutazione che si può ragionevolmente opporre alla censura di collasso morale. La moralità di un sacrificio molto pesante e molto doloroso, nell’interesse di tutti. Per paura dell’altro o per rispetto dell’altro²²? Forse per l’una e l’altra ragione. È ragionevole supporre che il timore delle sanzioni, che pure sono state spesso richiamate e talora enfatizzate nel discorso pubblico, abbia giocato un ruolo secondario.

Nella duplice emergenza della pandemia e del *lock down* è emerso evidente che la tenuta della società (della convivenza) è legata alla dimensione dei doveri e all’osservanza di doveri: la dimensione della *solidarietà*, nel linguaggio della Costituzione, art. 2²³. Per l’esercizio dei nostri diritti – *inviolabili* in via di principio, ma *fragili* di fronte a virus di varia natura – abbiamo bisogno dell’*adempimento di doveri inderogabili di solidarietà politica, economica e sociale*; e siamo tenuti all’adempimento, leopordianamente *confederati*²⁴ di fronte a una natura che non si cura di noi²⁵.

Vengono in rilievo doveri generali di rispetto dei diritti, il rispetto reciproco dovuto da ciascuno a ciascun altro. E doveri di adempimento di funzioni e di compiti di varia natura, da posizioni di garanzia di livello elevato (dirigenti ed operatori

¹⁷ G. AGAMBEN, *Una domanda*, in *Quodlibet*, 14 aprile 2020. Si inserisce in una serie di interventi anteriori e successivi, di critica radicale.

¹⁸ G. AGAMBEN, *Homo sacer. Il potere sovrano e la nuda vita*, Milano 1995. Citazione da p. 188.

¹⁹ Traggo questa parola da una replica di M. Barberis.

²⁰ G. AGAMBEN, *L’invenzione di un’epidemia*, in *Quodlibet*, 26 febbraio.

²¹ Sulle difficoltà del *lock down* per i più svantaggiati, cfr. A. VERCELLONE, *La faccia nascosta dell’epidemia*, in *Diritto Penale e Uomo*, 15 aprile 2020.

²² Riprendo questo interrogativo da P. RUMIZ, *Come ci risveglieremo dopo il virus?*, in *la Repubblica Robinson*, 25 aprile.

²³ Sottolinea questo aspetto G. DE FRANCESCO, *Dimensione giuridica ed implicazioni sociali nel quadro della vicenda epidemia*, in *Legislazione penale*, 23 aprile 2020.

²⁴ G. LEOPARDI, *La ginestra*, v. 130

²⁵ Ancora G. LEOPARDI, *Dialogo della natura e di un islandese*, in *Operette morali*.

amministrativi, medici, infermieri) fino a compiti umili ma necessari. Nell'emergenza acuta, anche doveri che prevalgono su normali diritti di libertà.

La questione dei doveri e dell'osservanza di doveri è la prima e principale ragione d'essere del settore dell'ordinamento che definiamo diritto criminale guardando ai precetti, e penale guardando alle sanzioni. La situazione d'emergenza ha mostrato la preminente importanza della dimensione precettiva e dell'osservanza. Il livello d'osservanza è stato elevato, pur di fronte a precetti fuoriuscenti che in situazioni non emergenziali rifiuteremmo come liberticidi.

Il tema – oggi di inquietante attualità – della accettazione di norme rigide e illiberali a fronte di minacce come i patogeni, è oggetto di uno studio del 2018 della psicologa interculturale Michele Gelfand²⁶, che *“parla dei pericoli e delle promesse di culture rigide e lasse, mettendo in guardia dagli estremi di entrambe e suggerendo la ricerca di un giusto equilibrio per un funzionamento ottimale di società, organizzazioni, famiglie e individui”*²⁷.

*Fino a che punto misure illiberali possono essere giustificate, in uno stato d'emergenza sanitaria in cui è in gioco la salus rei publicae? Per quanto tempo potranno durare ed essere ragionevolmente accettati scenari emergenziali di restrizioni di libertà? Quale normalità potremo ricostruire? “Un punto ci inquieta per il futuro. L'ideologia del controllo totale. L'allegria facilità nel rinunciare ad importanti libertà come prezzo da pagare al nuovo feticismo della sicurezza”*²⁸. È la questione su cui interrogarci oggi: riguarda l'insieme dei diritti fondamentali, vita, libertà, dignità²⁹.

3. Il problema del panpenalismo.

Anche con riguardo alle istituzioni penali, il confronto sulle politiche del diritto post emergenza deve fare i conti con la lezione dell'emergenza pandemia, e con previsioni su scenari prossimi venturi. Non sarebbe all'altezza dei problemi del ritorno alla normalità ripartire con un *heri dicebamus*.

Un autorevole politologo (Angelo Panebianco) in un editoriale del Corriere della sera³⁰, ha indicato fra i nemici della ripresa *“il panpenalismo, la debordante e soffocante presenza del diritto penale in tutti gli ambiti della vita sociale ed economica, a sua volta riflesso della peculiare posizione di forza assunta dalla magistratura inquirente in Italia”*.

“Case di riposo, offensiva dei pm”, è il titolo d'apertura del Corriere della sera di quello stesso giorno. Si riferisce a indagini avviate dalla Procura di Milano.

Troviamo qui accostate, nel più importante quotidiano italiano, l'indicazione politica contro il panpenalismo e l'enfasi mediatica su un avvio di indagini presentato

²⁶ M. GELFAND, *Rule makers, rule breaker: how tight and loose cultures wire our world*, New York 2008.

²⁷ Così la presentazione di G. CORBELLINI, *Se la regola è catastrofica*, nel supplemento culturale de *Il sole 24 ore*, 19 aprile 2020.

²⁸ P. BORGNA, *25 aprile e stato d'eccezione*, in *Questione giustizia*, 24 aprile 2020.

²⁹ D'interesse su questi temi l'intervista Presidente del Bundestag, Wolfgang Schauble, di cui dà notizia il Corriere della sera, 27 aprile 2020.

³⁰ *La ripresa e i suoi avversari*, 15 aprile 2020

(con una parola fortemente espressiva) come *offensiva dei pm*. Sono due approcci contrapposti che attraversano la storia italiana recente, almeno dal tempo di Mani pulite (primi anni '90 del secolo scorso). Il diritto penale e il suo *enforcement* pongono problemi connaturati al doppio taglio dello strumento penale (tutela coercitiva e limite garantista) e anche problemi del rapporto fra diritto penale e politica.

Per la riflessione sulle culture concernenti il penale è d'interesse una vicenda di cui ha dato notizia (senza esprimere valutazioni) il *Corriere della sera* nell'inserito Milano del 18 aprile, sotto il titolo "*Partecipò all'agguato a Ramelli, via dal comitato scientifico*". Il prof. X "*aveva fatto parte del commando di Avanguardia Operaia che colpì a morte il giovanissimo militante missino nella primavera del 1975*", era poi divenuto un medico del lavoro assai apprezzato, tanto da essere inserito nella ristretta lista di esperti chiamati dalla Regione a fronteggiare l'emergenza sanitaria. Ma, spiegano dagli uffici della Regione, "*si è trattato di una svista, nessuno aveva ricollegato il prof. X alla tragica vicenda Ramelli*". Esponenti di F.d'I hanno ringraziato il Presidente della Regione per averlo *depennato*, così sanando una ferita che sarebbe stata inaccettabile.

Ha senso questa valutazione di *inaccettabile ferita*, dopo 45 anni dall'agguato a Ramelli, con riguardo all'inserimento di un apprezzato professionista in un comitato tecnico-scientifico? Sia chiaro: non sono in discussione l'aspetto umano e il significato politico di una vicenda terribile degli anni '70; si tratta di riflettere sull'oggi, su come oggi rapportarsi con un anziano professionista in ragione di un suo peccato giovanile per il quale ha da molto tempo pagato il conto con la giustizia penale.

Tutti quelli del commando erano studenti in medicina; nel processo (1986-91) erano confessi e pentiti. Altri, non X, avevano colpito alla testa; sono stati condannati per omicidio commesso con dolo *eventuale*. Gli altri del commando, fra cui X, sono stati ritenuti concorrenti in omicidio doloso ex art. 116 c.p., cioè in assenza di un loro dolo d'omicidio. Hanno espiato gli anni di carcere cui sono stati condannati. Hanno subito uno stigma (concorso in omicidio doloso, in assenza del dolo d'omicidio) sproporzionato alla soggettiva colpevolezza, derivante da una norma più che discutibile alla luce del principio di colpevolezza e del principio d'eguaglianza.

Ben intenzionati movimenti – tipo *me-too* – danno importanza alla denuncia di responsabilità risalenti anche a un passato molto lontano, e arrivano a pretendere la messa al bando di opere del denunciato³¹. È la cultura che rende possibile oggi l'uso politico della vicenda del prof. X: pretese di stigmatizzazione che vanno oltre l'orizzonte della giustizia penale, per un tempo indefinito. Proporrei la definizione di *panpenalismo culturale*.

Ci dice qualcosa sul penale e sul panpenalismo, la lezione dell'emergenza sanitaria? Propongo qualche riflessione (domande, più che risposte) su alcuni nodi problematici.

³¹ Anche di un denunciato che non è stato ritenuto colpevole, mostra la nota vicenda di Woody Allen.

4. Limiti del penale e rapporto giustizia/politica.

4.1. Condizioni emergenziali, che esigono prestazioni estremamente impegnative, pongono problemi di responsabilità, a tutti i livelli, e di limiti di responsabilità. Vengono in forte rilievo entrambi i poli del problema penale, quello 'autoritario'³² e quello liberale delle garanzie.

Di fronte alle morti di persone ricoverate, è venuto in rilievo il problema dei *limiti* della responsabilità giuridica, in nome di esigenze di tutela di operatori chiamati ad agire in situazioni particolarmente esposte. A un certo punto c'è stato un mutamento di prospettiva, di fronte alle tante, troppe morti in residenze per anziani. Sono state avviate indagini che nei media vengono presentate con grande enfasi.

Sul piano del diritto sostanziale, viene in rilievo il problema della colpa, un istituto particolarmente problematico a fronte del principio di legalità. I problemi specifici della colpa medica sono ben noti e discussi, e oggetto di recenti interventi legislativi, risposte (buone o meno buone) ad esigenze che possiamo definire di *scudo*, nel senso di protezione da dilatazioni della responsabilità penale. C'è bisogno, per il lavoro svolto in condizioni di emergenza, di scudi ulteriori, in deroga alle regole generali? Sono state proposte formulazioni che appaiono tentativi di specificazione, più o meno felici, di criteri di ragionevole delimitazione *di principio* della responsabilità, avendo riguardo a condizioni di fatto che restringono il campo di ciò che è esigibile. Sull'opportunità di specificazioni legislative si può discutere; una ragionevole ermeneutica dei contesti di fatto dovrebbe poter condurre comunque a delimitazioni ragionevoli delle responsabilità.

La discussione si è aperta anche su eventuali responsabilità a livello politico, relative all'organizzazione dei servizi. Sul piano politico, qualsiasi esercizio di potere può essere messo in discussione, alla luce di valutazioni e criteri liberamente argomentabili. Sul piano penalistico, i problemi di eventuale responsabilità sono agganciati a regole cautelari, la cui individuazione e delimitazione pone delicati problemi.

"*Governare è una responsabilità difficile che non può essere delegata né ai giudici né agli scienziati*", leggiamo in un'intervista di un autorevole uomo politico e giurista³³. Se vi è una responsabilità 'di governo' (anche a livello di alta amministrazione) che passa per decisioni da adottare in condizioni d'incertezza, implicanti valutazioni discrezionali e bilanciamenti d'interessi, la sfera di autonomia e responsabilità politica va salvaguardata. Vi è uno spazio della politica che non può essere sottoposto a scrutinio diverso da quello politico, della sfera pubblica politica.

Dove si collochi il confine, può essere un problema difficile. Ma un confine è necessario, altrimenti si apre la strada a un *panpenalismo di principio*. Anche sotto questo profilo, problema cruciale è ricondurre l'istituto della colpa al principio di legalità, ad una legalità riconoscibile *ex ante* e verificabile *ex post* nelle indagini su fatti specifici³⁴.

³² Uso questo termine in senso descrittivo, senza connotazioni valutative.

³³ L. VIOLANTE, *Il foglio*, 17 aprile 2020.

³⁴ Sui temi evocati in questo paragrafo, cfr. F. PALAZZO, [Pandemia e responsabilità colposa](#), in questa *Rivista*, 26

4.2. La preoccupazione per il panpenalismo riguarda soprattutto la dimensione processuale, il rischio – o la realtà – di un *debordante* attivismo della magistratura inquirente. Ha senso trasferire in blocco sul terreno giudiziario i problemi complessivi delle morti in residenze per anziani? Sulle indagini avviate riterrei scorretto entrare nel merito; provo disagio di fronte a messe in scena mediatiche e alla partigianeria di tanta cronaca giudiziaria. Sarebbe invece opportuno tenere aperta la discussione sul tema dell'azione penale: non necessariamente sul principio di obbligatorietà, ma sui suoi presupposti e sulla possibilità di controllo.

L'obbligatorietà dell'azione penale non è un via libera per iniziative *ad explorandum*. Di fatto, è un obbligo i cui presupposti sono di fatto affidati alla valutazione del PM (alla *posizione di forza* delle Procure) in assenza di controlli sulla sussistenza di una notizia di reato che fondi in concreto l'obbligo di verifica.

È una notizia di reato il numero di morti in una residenza per anziani? in tutte le residenze per anziani, in Italia e altrove? Certamente può essere il nucleo di notizie meritevoli di approfondimento; non una notizia che fondi l'obbligo di procedere, in assenza di notizie più specifiche tali da rendere concreto il problema di eventuali responsabilità.

Indipendentemente dal merito delle singole iniziative, il trasferimento in sede giudiziaria di problemi di portata generale comporta il rischio di espansioni panpenalistiche, sul terreno delle responsabilità politiche, o semplicemente su quello delle libertà delle persone coinvolte. Nel contesto difficile della ripresa post emergenza, un problema serio.

La messa in moto della macchina giudiziaria, in condizioni d'incertezza, comporta costi e rischi certi; l'esito di giustizia è incerto.

4.3. Centrare i problemi di giustizia e di tutela in un'ottica più sostanziale di quella penalistica – cioè centrata sul punire – è l'indicazione che può essere letta nell'esperienza della crisi. Le risposte ai problemi di tutela passano attraverso l'*adempimento* di *doveri di solidarietà politica, economica e sociale*. C'è da ricostruire una passabile con-vivenza in una situazione più difficile. E la giustizia della con-vivenza da ricostruire non può essere affidata al più penale.

Non può nemmeno essere identificata *tout court* con le parole d'ordine del garantismo liberale, che pure colgono un aspetto essenziale, e restano più che mai valide e importanti. La tremenda lezione dell'emergenza sanitaria ha portato in primo piano l'importanza dei precetti, sia quelli della normalità sia quelli dell'emergenza, e della effettiva osservanza. Ha mostrato l'importanza decisiva di doveri da adempiere: doveri di solidarietà, doveri di razionalità nello svolgimento del proprio compito. L'obiettivo primario del diritto criminale/penale è l'osservanza di una legalità ragionevole.

aprile 2020; R. BARTOLI, [Il diritto penale dell'emergenza 'a contrasto del coronavirus': problematiche e prospettive](#), *ivi*, 26 aprile 2020.

L'osservanza dei divieti che costituiscono il nucleo duro del diritto criminale (articolarioni del decalogo biblico: non uccidere, non rubare, non ingannare) sono il *minimo etico*, condizione minima della con-vivenza. Restano aperti anche problemi di assetto e di osservanza di precetti, penali e non penali, pertinenti oggi anche all'emergenza sanitaria e al percorso di superamento dell'emergenza.

La custodia dei principi liberali, cui ci siamo impegnati contro politiche centrate sul più penale, richiede la massima attenzione contro rischi di 'normalizzazione' di soluzioni emergenziali di compressione di diritti. Anche di questo ci ammonisce l'esperienza della pandemia e del *lock down*.

Quanto al sistema sanzionatorio, la battaglia culturale e politica contro un penale più invasivo e severo può trovare argomenti nuovi e forti proprio nell'esperienza che stiamo vivendo, quella della centralità dei doveri e dell'osservanza, responsabilità relative alla qualità della con-vivenza. Problemi di sanzioni vengono dopo, possiamo definirli *secondari*, anche nel senso che sono meno importanti.

5. Le sanzioni e il carcere.

5.1. Nell'emergenza acuta della pandemia e del *lock down* totale, il profilo sanzionatorio, ben presente nei discorsi, è rimasto sullo sfondo: sanzioni minacciate. Nelle normative concernenti il *lock down* vi sono state opzioni per sanzioni amministrative severe. Ci si può domandare se e quanto la minaccia di sanzioni abbia contribuito all'osservanza. È andata bene: un'inosservanza massiccia avrebbe messo in pericolo gli obiettivi del *lock down*, e l'applicazione di sanzioni ai tanti trasgressori sarebbe stata parziale e comunque tardiva.

Nella normativa d'emergenza, l'opzione per sanzioni amministrative (pecuniarie, anche costose, non gravanti sull'apparato giudiziario) è stata una scelta razionale sul piano del rapporto costi/benefici. Ovviamente, il diritto penale resta sullo sfondo, nella sua valenza precettiva (supportata da minacce di pena).

Nell'ultimo periodo ante emergenza aveva tenuto la scena la questione del blocco della prescrizione dopo la sentenza di primo grado, una riforma (introdotta, vale la pena ricordare, dalla legge c.d. Spazzacorrotti) che esprime un'idea di centralità del problema sanzionatorio, senza limitazioni temporali, indipendentemente dalla gravità del reato per cui si proceda. Guardato con il senno di oggi, nei giorni dell'emergenza sanitaria e della normalità sospesa, il blocco della prescrizione si rivela del tutto estraneo ai problemi che contano per la tenuta della convivenza, quelli dell'osservanza dei precetti. Interessa l'osservanza oggi, non la sentenza che dovesse chiudere un processo in un futuro non vicino.

Rispetto alle discussioni ante emergenza, gli scenari di crisi hanno messo in luce un profilo che definirei di irrealtà, percepibile (credo) indipendentemente da valutazioni di giustizia relative al problema prescrizione: l'assoluta irrilevanza del blocco della prescrizione rispetto ai problemi della *salus rei publicae*.

5.2. L'emergenza sanitaria ha acuitizzato i problemi della situazione carceraria, il contingente prodotto di ciò che definiamo *giustizia penale*. Una situazione che per giudizio unanime è gravemente insoddisfacente, non solo per il sovraffollamento. Le prime riflessioni e i primi interventi, a livello normativo e giurisprudenziale, hanno riguardato i possibili rimedi emergenziali.

Guardando oltre l'emergenza sanitaria, si profilano questioni di *giustizia* che non nascono dall'emergenza covid19, ma nell'emergenza sanitaria sono apparse più gravi e più evidenti.

Sul piano politico è attribuito un peso molto forte all'idea che l'incarcerazione dei condannati sia una risposta ad esigenze di sicurezza. Nel contesto dell'emergenza pandemia l'approccio securitario è leggibile nel rilievo attribuito al problema del braccialetto elettronico, ai fini della concessione d'una misura alternativa al carcere. Esigenze di controllo di persone *solo presuntivamente* pericolose sono valutate prevalenti rispetto alle esigenze di sicurezza dal rischio sanitario che ha messo in crisi le libertà di tutti.

Gridate reazioni da settori del mondo politico e mediatico sono state rivolte contro provvedimenti giudiziari (differimento di residui di pena) che hanno messo in libertà dei condannati in regime di art. 41-bis³⁵. Condannati per delitti di mafia, che hanno già scontato gran parte della pena. I magistrati hanno ritenuto prevalenti le esigenze di tutela della salute di persone anziane e malate³⁶.

Ha un significato apprezzabile, sul piano della giustizia e/o della sicurezza, l'anticipazione del ritorno in libertà, per fine pena, di pochi mesi dopo molti anni, di uomini anziani e malati? Al di là del merito di singoli casi, interessano le interpretazioni dei principi giuridici e di civiltà, le concezioni 'di giustizia' e di umanità leggibili nelle contrapposte posizioni.

La condanna a pena detentiva *non* presuppone un giudizio di attuale pericolosità del condannato, ma solo l'accertamento di responsabilità e una commisurazione secondo criteri legalmente predefiniti. Se un singolo condannato sia o non sia persona pericolosa, quando entra in carcere o dopo anni di carcere, è questione di fatto. La neutralizzazione di una persona pericolosa *non* è la ragione che fonda la pena detentiva come risposta *di giustizia* a un commesso reato³⁷.

L'idea della rieducazione (cioè di una pena che possa avere un significato anche per il condannato) ha aperto l'ordinamento a percorsi alternativi al carcere (con l'esclusione, discussa e discutibile, dei casi di c.d. ergastolo ostativo). Vedere in *qualsiasi* condannato a pena detentiva, sol perché tale, una persona pericolosa, non è realistico né coerente con i principi (di rilevanza costituzionale) sui quali il diritto penale è costruito.

³⁵ M. TRAVAGLIO, *Cupolavirus*, in *Il fatto quotidiano*, 24 aprile.

³⁶ Fra le riflessioni in materia, G. REILLO, *Giudizio cautelare al tempo del coronavirus*, in *Giudice donna*, n. 1/2020; C. MUSUMECI, *La caccia alle streghe aiuta un certo tipo di antimafia*, in *presenza.com* (l'autore è un ergastolano ora in regime di semilibertà).

³⁷ Nel caso di condanna per delitti gravissimi, accettiamo o esigiamo come giusta un'esecuzione anche a grande distanza temporale dal commesso delitto, indipendentemente dall'ipotesi di una pericolosità attuale, indebolita nel tempo (caso Battisti, estradato dopo 40 anni dagli omicidi per i quali è stato condannato).

Le politiche penali del recente periodo ante pandemia hanno assunto la severità punitiva come programma: minaccia di pene più severe e da scontare in concreto in carcere. Misure alternative sono state guardate come cedimenti rispetto alla certezza della pena. Le politiche del più penale come più carcere guardano al consenso, e hanno consenso. È questo il nodo più difficile per politiche penali di segno liberale. Proprio per questo, dovrebbe essere un fronte prioritario d'impegno.

I problemi dell'emergenza sanitaria in carcere hanno evidenziato lo scarto fra la realtà del carcere e standard accettabili di rispetto della dignità personale, prima ancora che della salute. La presa d'atto del degrado e dei pericoli delle condizioni del carcere rafforza gli interrogativi sul senso stesso della pena carceraria, e può diventare un argomento forte a sostegno di una necessità di svolta: minore ricorso a minacce di pena detentiva, moderazione della severità, esecuzione della pena come percorso aperto a modifiche. È la linea chiaramente additata dalla giurisprudenza costituzionale in materia di misure alternative alla detenzione³⁸.

Non è in discussione il riconoscimento di principio della legittimità della pena detentiva come minaccia edittale, insostituibile per delitti gravi, nell'ottica sia della deterrenza sia della possibile giustizia. L'idea guida del *meno penale* segnala l'apertura politica del problema pena, a diverse possibili soluzioni.

6. Problemi di una difficile ripresa.

Quali prospettive per il diritto e la giustizia penale del prossimo futuro, nella ripresa della normalità? Prevedibilmente sarà ancora un terreno di confronto (e scontro) fra linee di politica del diritto diverse e contrapposte, che si sono confrontate e scontrate anche nell'emergenza. Da un lato la linea politica del recente passato: la traduzione del principio di legalità nell'idea della certezza della pena come canone costituzionale³⁹, la retorica del penale-spazza, il blocco della prescrizione, il penale come assicurazione securitaria e luogo centrale della giustizia⁴⁰. Dall'altro lato, l'impegno per un diritto penale liberale, ma anche più consapevole della dimensione sociale della solidarietà, del rispetto reciproco, di doveri da adempiere.

Sono nate nel mondo di ieri, che la pandemia ha sconvolto, le politiche del *più penale* dell'inizio di questa XVIII legislatura. Le necessità e le esperienze dell'emergenza ne hanno mostrato la non rispondenza ai problemi davvero importanti. L'emergenza della pandemia ci ha messo davanti a problemi di vita e di morte, rispetto ai quali i problemi dell'ordinaria sicurezza – quelli del penale normale – appaiono

³⁸ D'interesse anche Corte cost., n. 32/2020 che, innovando rispetto al diritto vivente, ha ricondotto al principio penalistico di legalità/irretroattività le misure alternative alla detenzione. Sistema sanzionatorio e istituti sostanziali dell'ordinamento penitenziario fanno parte di un sistema unitario, retto dai medesimi principi costituzionali.

³⁹ Così il Ministro della giustizia, nella sintesi della Relazione sull'amministrazione della giustizia dell'anno 2019.

⁴⁰ Mie osservazioni critiche in D. PULITANÒ, [La giustizia penale e il tempo](#), in questa *Rivista*, 2 dicembre 2019; [Il dibattito sulla prescrizione](#), *ivi*, 26 febbraio 2020.

comparativamente più piccoli. Ovviamente dovremo continuare a prenderli sul serio, come problemi di tutela e di giustizia; ma con maggiore consapevolezza della loro collocazione nell'ambito dei problemi del convivere. Il penale è stato per così dire spiazzato dalla posizione centrale che gli è attribuita dalle politiche populiste.

L'emergenza sanitaria ha aperto una crisi economica gravissima, già ci troviamo in un mondo segnato da problemi economici e sociali molto gravi, più povero di quello in cui abbiamo vissuto negli ultimi decenni. Uno scenario particolarmente difficile anche sotto l'aspetto sociale, che possiamo ipotizzare turbolento, ed esposto a rischi di varia natura, anche per la tenuta della democrazia liberale, quale vorremmo sia e resti salda la normalità del dopo emergenza. La tenuta morale e civile del nostro paese – già messa alla prova – andrà incontro ancora a dure prove, che potrebbero alimentare politiche populiste, ma anche rendere necessarie risposte dure.

Pensando a possibili emergenze future (ritorni emergenziali di natura sanitaria, o turbolenze sociali non imprevedibili in situazioni di povertà diffusa) è prudente prefigurarsi scenari non tranquillizzanti, e progettare modi di farvi fronte senza cedimenti della legalità liberaldemocratica. Potremo (dovremo) fare tesoro delle lezioni dell'emergenza, anche con riguardo a ciò che il penale può o non può fare (il 'può' si riferisce sia alla possibilità fattuale sia al potere; il 'non può' comprende anche il 'non deve').

Nello scenario difficile sotto l'aspetto economico, riguarda anche il penale il problema di un uso delle risorse disponibili che sia razionale anche dal punto di vista economico, in un quadro di politiche che prevedibilmente saranno di austerità.

La razionalità economica riguarda il rapporto costi/benefici. *Ridurre i costi del penale*, di qualsiasi natura, in un attento bilanciamento con i benefici attesi. Tagliare i rami che incentivano attività superflue, che appesantiscono il funzionamento della macchina, e spesso non hanno significati di giustizia.

Con riguardo alla risorsa penale, la prospettiva economica d'un uso parsimonioso converge con la prospettiva politica liberale del meno penale possibile, la più rispondente anche alle esigenze economiche di un periodo di faticosa e costosa ricostruzione dell'economia, nel ritorno ad una passabile normalità in un contesto prevedibilmente più difficile. Resta l'incognita sui fatti futuri che incideranno sulla misura del possibile e necessario.

Queste riflessioni sui problemi della ripresa – partite dalla duplice emergenza della pandemia e della sospensione della normalità – additano campi di un possibile impegno della cultura giuridica penale oggi. Anche per i nuovi problemi della crisi economica, oltre che per le ragioni che l'emergenza sanitaria e la sospensione della normalità hanno evidenziato, dovremo impegnarci a *non lasciare che la crisi diventi un'occasione sprecata*.

Il nostro *Beruf* (professione e vocazione) è non solo *humanarum rerum notitia*, scienza valutativa, ma anche *riflessione su valori*, guidata da *interessi di valore*. Studio di problemi, prima che delle contingenti risposte degli ordinamenti e delle istituzioni giuridiche. Anche per le riflessioni su diritto e giustizia penale, la crisi ci ha imposto e

ancora ci impone problemi di fondo di un diritto che intenda essere *hominis ad hominem* *proportio, quae servata servat societatem, et corrupta corrumpit*⁴¹.

⁴¹ Dante, *Monarchia*, II, 5°.