

La legalità penale nella morsa dell’emergenza Coronavirus

Carmelo Rizzo*

THE PRINCIPLE OF CRIMINAL LEGALITY IN THE GRIP OF THE CORONAVIRUS EMERGENCY

ABSTRACT: The article analyzes the problematic relationship between “pandemic neo-emergency” and the principle of legality in criminal law. In particular, the article examines some significant violations of the principle of criminal legality and focuses on the risks related to the so-called “online process”, in the hope that the coronavirus will not also ‘infect’ our Constitution.

KEYWORDS: CoViD-19; pandemic emergency; principle of legality; quarantine; online process

SOMMARIO: 1. Premessa – 2. L’emergenza epidemiologica – 3. Il “neoemergenzialismo pandemico” – 4. Alcune notazioni critiche – 5. Conclusioni.

1. Premessa

Discutere di diritto in un periodo drammatico come quello che stiamo vivendo risulta particolarmente difficile. Eppure è necessario. Ed è utile, tanto più ove la discussione si sviluppi all’interno di un contesto dialettico-scientifico articolato e fecondo di spunti quale è il *forum* cui sono destinate le brevi riflessioni di matrice penalistica che saranno qui formulate. Infatti, questa ‘polifonia disciplinare’, per un verso, consente ai partecipanti, diversi per settori scientifici e realtà territoriali di appartenenza, di superare il senso di maggiore solitudine che, in questo momento di necessario isolamento, ne caratterizza inevitabilmente i percorsi di ricerca; e, soprattutto, per altro verso, restituisce una visione integrata e ad ampio spettro delle questioni giuridiche connesse alle sofferenze che stanno attanagliando l’intero corpo sociale¹. Visione integrata che appare (oggi a maggior ragione) indispensabile per comprendere appieno quanto in questa fase sia ancor più delicato l’equilibrio tra istanze contrapposte che chiamano in causa l’eterna dialettica tra “autorità” e “libertà”. Dialettica che il penalista cerca di ricondurre nell’alveo dei principi tramandati dalla “Modernità” e consacrati nella Carta fondamentale in funzione limitativa dell’arbitrio punitivo. Dialettica che, più ampiamente, rimanda alle conquiste di civiltà che stanno alla base dello “Stato costituzionale di diritto” e che ne definiscono l’identità assurgendo a limiti assoluti dello stesso esercizio del potere (costituito) di revisione costituzionale.

* Professore a contratto di Diritto Penale, SSPL – Università degli Studi di Salerno; Dottore di Ricerca in “Sistema Penale Integrato e Processo”, Università degli Studi di Napoli Federico II. Mail: avvcarmelozzo@virgilio.it. Il presente lavoro è aggiornato al 23 aprile 2020.

¹ Nella dottrina penalistica la necessità di un dialogo interdisciplinare è stata sostenuta (già da tempo) da S. CANESTRARI, *Per un modello “aperto e condiviso” di scienza penalistica*, in *ius17@unibo.it*, 1, 2008, 8-9.

2. L'emergenza epidemiologica

Occorre, dunque, far riferimento alla tenuta di un modello assiologico che, nel momento attuale, appare sottoposto a nuove tensioni di carattere emergenziale, peculiari e costitutivamente inedite se confrontate con quelle storicamente manifestatesi nell'esperienza legislativa e giudiziaria repubblicana². E, nel fare ciò, bisogna nondimeno aver cura di non perdere di vista la tragica concretezza dei fatti che si susseguono davanti ai nostri occhi³. In tal senso, la forza dolorosamente evocativa delle immagini può più di qualsiasi premessa⁴.

Due, in particolare, sono le scene che rimangono impresse nella mente, indelebili.

Penso, innanzitutto, alla lenta e inesorabile processione dei mezzi militari che attraversano il centro di Bergamo trasportando i feretri delle vittime del CoViD-19 verso i forni crematori di altre città e regioni. Immagine che ci ha uniti tutti in una straziante commozione collettiva e che ci parla di vite spezzate in maniera improvvisa, inattesa. Vite cessate (spesso) nella solitudine della terapia intensiva, senza il conforto di un abbraccio familiare. Storie di distacchi repentini dagli affetti e dalle radici, nel finir della vita e, perfino, dopo la morte. In questo corteo mesto e silenzioso troviamo la rappresentazione cruda e sconvolgente dei beni attinti dalla propagazione del Coronavirus, la conferma drammatica ed estrema dell'istanza/esigenza di tutela generata dalla diffusività del contagio.

La seconda sequenza è, a rigore narrativo, cronologicamente precedente. È la tarda serata di sabato 7 marzo e la (ancora oggi) inspiegabile divulgazione pomeridiana delle nuove misure di contenimento dell'emergenza epidemiologica previste da un d.p.c.m. non ancora pubblicato⁵ provoca la fuga da Milano (istituenda "zona rossa") di una moltitudine di persone, le quali, spaventate dalle incognite di una inaspettata e forzata 'clausura' lontano da casa, cercano di ritornare nelle regioni d'origine. È una massa che si muove affannata e disperata. I volti sono giovani. Ne possiamo intuire le storie personali. Si tratta, in prevalenza, di ragazzi trasferitisi a Milano per ragioni di studio o di formazione. Terrorizzati dalla prospettiva di rimanervi imprigionati per un tempo indefinito in una condizione di precarietà economica, organizzativa o esistenziale, se ne allontanano. Ma, in tal modo, inconsapevolmente (laddove già ammalati senza saperlo), permettono che la mano invisibile del virus si allunghi ulteriormente e in maniera temibile anche sulle regioni meridionali, fino ad allora toccate solo da singoli casi di contagio da ritorno.

Ebbene, ritengo che questi "fuorisede" che hanno deciso di tornare nei "luoghi familiari" quando ancora non era stato pubblicato il d.p.c.m. e, dunque, prima della "chiusura ufficiale" della Lombardia fossero comunque tenuti, anche se asintomatici, ad affrontare – in assolvimento dei "doveri di soli-

² Sulle tendenze emergenzialistiche stratificatesi nel sistema penale italiano, cfr. S. MOCCIA, *La perenne emergenza. Tendenze autoritarie nel sistema penale*, seconda edizione riveduta ed ampliata, Napoli, 2000.

³ D'altronde, in generale, la scienza giuridica è sempre chiamata, per suo statuto deontologico, a «parlare [...] dei problemi che il mondo della vita pone ai legislatori», secondo la formula ricostruttiva che, con riferimento alla fondazione e ai compiti della teoria generale del reato, è utilizzata da D. PULITANO, *La scienza penale tra fatti e valori*, in *Criminalia*, 2010, 244.

⁴ Questa scelta espositiva, tra l'altro, mi sembra coerente con quell'istanza di maggior dialogo della riflessione scientifica penalistica con il "discorso pubblico" giustamente formulata da C. SOTIS, *Il diritto penale tra scienza della sofferenza e sofferenze della scienza*, in *Archivio Penale (Rivista Web)*, 1, 2019, (in particolare) 11.

⁵ A. D'ALOIA, *Costituzione ed emergenza. L'esperienza del coronavirus*, in questo fascicolo, evidenzia l'anomalia della «"pubblicazione" di un decreto non ancora ufficialmente pubblicato».

darietà sociale” sanciti dall’art. 2 della Costituzione – ogni passaggio necessario per evitare di diventare, al loro rientro, possibili vettori del contagio nei rispettivi territori d’origine (in primo luogo, perciò, astenendosi dall’aver contatti sociali e autosegnalandosi alle autorità competenti così da poter essere sottoposti alle opportune attività di monitoraggio e di eventuale analisi diagnostica).

Ma, al tempo stesso, trovo inquietanti (in quanto antitetiche rispetto al modello di convivenza civile affidatoci dal Costituente⁶) le “narrazioni pubbliche” che li stigmatizzano al pari degli “untori” di manzoniana memoria⁷ ascrivendo esclusivamente al loro egoismo l’estensione del CoViD-19 al resto del Paese, quasi a voler occultare o sminuire le responsabilità politiche di chi ha creato «paura e disorientamento, con un misto di improvvisazione e di pressapochismo, sul quale, quando tutto sarà finito, bisognerà riflettere»⁸. Infatti, canoni elementari di razionalità dell’agire istituzionale avrebbero imposto di non far filtrare anticipazioni prima della pubblicazione del decreto in gazzetta ufficiale, per poi avviare in un secondo momento, una volta entrato in vigore il d.p.c.m., tutte le procedure necessarie allo scopo di censire, monitorare da un punto di vista sanitario e, in caso di verificata negatività virologica, autorizzare al ritorno nelle rispettive regioni (opportunamente informate e coinvolte) tutti coloro che, non residenti o domiciliati nelle zone interessate dalle nuove disposizioni di “chiusura”, fossero desiderosi di rientrare nei territori di provenienza.

Probabilmente, però, la gestione dell’emergenza risente di un contesto politico-governativo che si presenta come lo stadio ulteriore e paradossale della trasfigurazione personalistica delle dinamiche della rappresentanza politico-istituzionale⁹. Stadio caratterizzato da una inedita *leadership* personalizzata, non sorretta da un sistema partitico forte, ma, nel contempo, priva della forza politica derivante dall’aver partecipato alla competizione elettorale, e, dunque, bisognosa di una legittimazione popolare postuma, costantemente ricercata attraverso la formulazione di “discorsi istituzionali” unilateralmente indirizzati ai “cittadini-spettatori”. Da ciò una nuova e sorprendente declinazione del “marketing politico”: il continuo ricorso alla «allocuzione televisiva»¹⁰ e “social-mediatica” non costituisce più il mezzo di consolidamento di una *leadership* politico-elettorale pregressa (conseguita “sul campo”, in ragione dei consensi ricevuti dagli elettori), ma serve a “creare” l’identità carismatica di una *leadership* politica nuova ed autonoma, affrancata dalle precedenti, limitate funzioni di semplice garanzia esecutiva dei patti di maggioranza¹¹ variamente denominati e “colorati”. Come in un *reality*,

⁶ Sulla necessità di una costante «frequenziazione» collettiva della Costituzione, che «può – e deve – essere postulata come un fattore conformativo permanente per tutti», si sofferma S. STAIANO, *Settant’anni. Storia e sorte della Costituzione*, in *federalismi.it*, 11, 2018, 2.

⁷ Mette in guardia dal pericolo della caccia al capro espiatorio, richiamando, per l’appunto, *I promessi sposi* e *La storia della colonna infame*, G. FORTI, *Coronavirus, la tentazione del capro espiatorio e le lezioni della storia*, ne *Il Sole 24 Ore* (Web), 9 marzo 2020.

⁸ Così, A. D’ALOIA, *op. cit.*

⁹ Per una limpida analisi evolutiva di tale fenomeno, si rinvia a S. STAIANO, *La rappresentanza*, in *Rivistaaic.it*, 3, 2017, (in particolare) 15-21.

¹⁰ Si prende qui in prestito l’efficace espressione utilizzata già in precedenza per rappresentare «il tema “produzione del penale” nella democrazia del leader» da G. INSOLERA, *La produzione del “penale”: tra governo e parlamento maggioritario*, in *penalecontemporaneo.it*, 17 giugno 2016, 9.

¹¹ Al riguardo, per una ricostruzione del ruolo inizialmente svolto dall’attuale Presidente del Consiglio sotto il “contratto per il governo del cambiamento”, risulta utile rileggere quanto scritto da G. FLORA, *Il diritto penale del contratto (di governo)*, in *disCrimen*, 1, 2018, 53.

il “palcoscenico televisivo-mediatico” diventa il luogo, immateriale ed extraelettorale, di costruzione e promozione politica dell’immagine del nuovo *leader*.

E così, decisioni monocratiche e rappresentazioni comunicative autocentrate prevalgono sulla discussione parlamentare dei contenuti.

3. Il “neoemergenzialismo pandemico”

È di tutta evidenza che questo intreccio perverso di solipsistiche statuizioni extraparlamentari, anticipazioni parziali, annunci “via social”, messaggi contraddittori, paure collettive incrociate e incertezze normative, riguardato sotto lo specifico angolo visuale delle sue espressioni penalistiche, si presenta come l’esatto opposto di quel “dialogo democratico-partecipativo” che, secondo il modello costituzionale dello “Stato di diritto” magistralmente scolpito dalla sentenza n. 364/88 della Corte Costituzionale, dovrebbe sempre caratterizzare il rapporto tra Stato e consociati. Ancor di più – viene da dire – in una fase nella quale occorrerebbe la più intensa compenetrazione possibile tra istituzioni e cittadini.

Il richiamo a questa storica pronuncia della Corte costituzionale, vero e proprio manifesto dei principi politico-criminali sanciti dalla Costituzione, consente di focalizzare il problema principale: nell’emergenza Coronavirus stiamo assistendo al formarsi di un (eterogeneo e stratificato) apparato disciplinativo di contrasto, che desta notevoli perplessità in punto di compatibilità con il paradigma costituzionale del *nullum crimen*¹².

E questo, già a partire dalla “riserva di legge”, che, correttamente intesa nella sua autentica essenza politico-criminale, non può essere ridotta a mero accessorio formale, ma riflette, piuttosto, molteplici e complementari istanze di civiltà costituzionale.

Istanze che hanno la loro “matrice genomica” nell’esigenza di sottrarre l’individuo all’arbitrio del potere esecutivo e del potere giudiziario, e che di questa matrice costituiscono le “articolarioni geniche”, ricche di vitali istruzioni sistematico-operative che si configurano come assiologicamente vincolanti e funzionalmente sinergiche.

Quella *garantistica*, concernente la maggiore “accessibilità conoscitiva” delle norme legislative da parte dei consociati, condizione indispensabile, anche se non sufficiente – in quanto bisognosa di essere integrata da una adeguata qualità redazionale delle fattispecie criminose¹³ –, perché gli stessi possano antivedere le conseguenze giuridiche delle loro condotte.

Quella *democratica*, che storicamente si riconnette al pluralismo dialettico del confronto politico garantito dalla conformazione stessa del procedimento legislativo e alla legittimazione popolare piena e diretta della quale è depositario il Parlamento. E qui, invero, giova sottolineare che la pur realistica presa d’atto del patologico svuotamento di tale dialettica a causa di prassi istituzionali deleterie – ba-

¹² Mette in luce la rinnovata attenzione e sensibilità della giurisprudenza costituzionale più recente verso la «legalità legislativa», V. MAIELLO, *La legalità della legge e il diritto dei giudici: scossoni, assestamenti e sviluppi*, in *Sistema penale*, 3, 2020, 136 ss. E questa “riscoperta” della «legalità della legge» – come a breve si dirà – risulta, ai fini del nostro discorso, particolarmente importante e densa di significati.

¹³ Al riguardo, per le necessarie precisazioni concettuali in tema di “determinatezza” e “tassatività”, vedi S. MOCCIA, *La “promessa non mantenuta”. Ruolo e prospettive del principio di determinatezza/tassatività nel sistema penale italiano*, Napoli, 2001, 13 ss.

sti pensare, per esempio, al frequente ricorso allo strumento del “voto di fiducia” – non può indurre ad assecondare tali dinamiche involutive, ma deve, piuttosto, sollecitare prese di posizione costituzionalmente forti, tese a rinvigorire il carattere parlamentare della riserva di legge; così come fanno quelle proposte che prendendo spunto dall'incidenza delle norme penali su diritti di rango costituzionale ne postulano, in prospettiva *de iure condendo*, l'approvazione mediante procedure aggravate, tali da imporne la condivisione deliberativa da parte di maggioranze assembleari numericamente e politicamente più ampie di quelle di governo¹⁴.

Quella “razionalistica”, insita nell'opzione costituzionale per il modello deliberativo democratico-parlamentare, posto che solamente questo circuito decisionale consente, attraverso il dibattito tra le forze parlamentari, la necessaria ponderazione delle scelte di tutela penale, presupposto irrinunciabile perché si possa – ancora e nonostante tutto – aspirare ad una coerente traduzione prasseologica della configurazione deontica del diritto penale quale *extrema ratio*¹⁵.

E qui viene, dunque, in rilievo il tema della elaborazione (necessariamente) parlamentare delle scelte di tutela. Scelte che sono complesse. Sempre, ma ancor di più nel momento presente.

Il quadro precedentemente tratteggiato alimenta inquietudini e preoccupazioni, prospetta conflitti (tra beni, tra posizioni soggettive, tra territori) già deflagrati o striscianti.

Siamo al cospetto di un rischio del quale si conosce il *genus* (è un rischio epidemiologico correlato ad una certa “famiglia virale”) ma la cui *species* nosologica costituisce una novità, sicché non sono formulabili giudizi predittivi (ad esempio, in merito alla durata dell'epidemia) dotati di sufficiente affidabilità, vista la indisponibilità, allo stato, di modelli nomologici e matematici validati sulla base di pregresse osservazioni empirico-statistiche.

Insomma, la “gestione normativa” di tale rischio richiederebbe attenti ‘bilanciamenti multifattoriali’¹⁶. E sia la formulazione di tali “bilanciamenti normativi”, sia (di conseguenza) la predisposizione di una articolata, coerente e organica strategia normativa di regolazione e intervento dovrebbero passare attraverso il percorso deliberativo-istituzionale della condivisione politico-parlamentare, declinata almeno nella forma dello scrutinio successivo esercitato dal Parlamento in sede di conversione dei decreti-legge, ove adottati dal Governo in presenza di quei *casus extraordinari di necessità e d'urgenza* che, ex art. 77 Cost., ne rappresentano i presupposti di emanazione.

D'altronde, a ben vedere, in un'ottica di carattere sistematico-penalistico, lo stesso «rilancio» della «legalità legislativa»¹⁷ da parte della Corte costituzionale, da un lato, vale a riequilibrare il travagliato rapporto tra “tipo legale” e “dimensione ermeneutica” restituendo la (costituzionalmente) dovuta priorità (non solo logica, ma) assiologica alla formulazione testuale del precetto¹⁸. Dall'altro, nel valorizzare il testo legislativo quale espressione di un ‘modo democratico-rappresentativo’ di produzione

¹⁴ Per un quadro completo, si rinvia a G. FORNASARI, *Argomenti per una riserva di legge rafforzata in materia penale*, in *penalecontemporaneo.it*, 28 maggio 2018.

¹⁵ In proposito, cfr. V. MAIELLO, *Dommatica e politica criminale nelle interpretazioni in tema di riserva di legge: a proposito di un'ipotesi di depenalizzazione «giurisprudenziale»*, in *Archivio Penale*, 15, 1988, (in particolare) 376-378.

¹⁶ Sul punto, cfr., in generale, A.R. CASTALDO, *La concretizzazione del «rischio giuridicamente rilevante»*, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 1995, 1100-1101.

¹⁷ V. MAIELLO, *La legalità della legge e il diritto dei giudici*, cit., 136.

¹⁸ Vedi *ivi*, 140.

delle norme penali, offre un argomento fondamentale a sostegno della doverosa parlamentarizzazione delle scelte di criminalizzazione e, di converso, esclude che atti giuridici estranei ai percorsi democratico-parlamentari costituzionalmente connotativi dell'esercizio della funzione legislativa possano legittimamente assurgere a fonti giuspenalistiche.

Il che, purtroppo, è meno scontato e pacifico di quanto, *prima facie*, potrebbe sembrare. Le ragioni dello "Stato costituzionale di diritto" richiedono, infatti, di essere sostenute e coltivate in maniera assidua. E, in questa direzione, il supporto argomentativo fornito dalle decisioni del "Giudice delle leggi" risulta illuminante e prezioso. Soprattutto quando il "cammino istituzionale" diventa più tormentato.

E invece, – come anticipato – vediamo oggi delinearsi un vero e proprio "formante emergenziale pandemico", nel quale un ruolo centrale è rivestito dai decreti del Presidente del Consiglio dei ministri – fonti secondarie a carattere monocratico sottratte a qualsiasi controllo, preventivo o successivo, da parte degli altri poteri¹⁹, immancabilmente precedute dalle dichiarazioni alla nazione rese in diretta *facebook* dallo stesso Presidente "decretante"²⁰ –, ai quali si aggiungono le circolari ministeriali e, con geometrie precettive variabili, le ordinanze regionali. Insomma, ci troviamo dinanzi ad una giungla di regole, che si contraddicono e cambiano di continuo, rendendo arduo se non impossibile orientarsi. E questa patologica sovrapposizione disciplinativa non rimane relegata sul terreno del mero appesantimento burocratico, ma ha significativi addentellati penalistici e "punitivi".

4. Alcune notazioni critiche

In questa sede non è possibile ricostruire in maniera analitica, dettagliata e completa la "panoplia penal-punitiva" prodotta dal "neoemergenzialismo pandemico". Tuttavia, sembra opportuno segnalarne alcuni aspetti critici. Non solo per il loro rilievo odierno, ma anche perché sono sintomatici di una patologia che, se non fermata in tempo, potrebbe cronicizzarsi e incidere in profondità sul tessuto connettivo delle garanzie costituzionali.

Se ripercorriamo velocemente l'accidentato sentiero normativo segnato dall'emergenza, dobbiamo dividerlo in due ideali segmenti.

Il primo ha come punto di partenza il d.l. 23 febbraio 2020, n. 6 (convertito nella legge 5 marzo 2020, n. 13). In un'ottica sistemica (riferendoci, cioè, all'insieme delle fonti giuridiche di contrasto alla diffusione del CoViD-19), questa è la (invero, costituzionalmente fragile) base legale sulla quale, in questa prima fase, è stato costruito l'edificio dei d.p.c.m. volti a contenere l'emergenza epidemiologica. Si tratta di una fonte di rango primario che si riferisce ad un ambito territoriale limitato²¹, così come attestato dalla formulazione dell'art. 1 che circoscrive l'area applicativa delle previsioni contenute nel decreto-legge a «comuni o [...] aree nei quali risulta positiva almeno una persona per la quale non si conosce la fonte di trasmissione o comunque nei quali vi è un caso non riconducibile ad una persona

¹⁹ Vedi C. TRIPODINA, *La Costituzione al tempo del Coronavirus*, in *Costituzionalismo.it*, 1, 2020, 83.

²⁰ Vedi *ivi*, 87, nota 26.

²¹ In tal senso, G.L. GATTA, *Coronavirus, limitazioni di diritti e libertà fondamentali, e diritto penale: un deficit di legalità da rimediare*, in *sistemapenale.it*, 16 marzo 2020.

proveniente da un'area già interessata dal contagio del menzionato virus». In breve, il d.l. n. 6/2020 contiene una disciplina che riguarda quei territori inizialmente individuati come “focolai epidemici”. E questo decreto-legge, all'art. 3, co. 4, presidia penalmente le misure di contenimento in esso variamente richiamate, prevedendo la punizione della inosservanza delle stesse ai sensi dell'art. 650 c.p., fatta salva l'ipotesi di configurabilità di un più grave reato. Il richiamo all'art. 650 c.p., a ben vedere, serve (*rectius*, serviva) ad individuare non il paradigma di tipicità criminosa cui ricondurre le ipotesi di inosservanza delle misure antiepidemiche, bensì la cornice sanzionatoria di una nuova e autonoma fattispecie di reato²², distinguibile dall'*inosservanza dei provvedimenti dell'autorità* di cui all'art. 650 c.p., in quanto incentrata sulla violazione non, per l'appunto, di *provvedimenti* (ossia di comandi individuali e concreti)²³ ma di “misure normative” (ossia di regole generali e astratte). Se combiniamo le due coordinate normative che abbiamo tracciato (area applicativa territorialmente limitata e introduzione di una nuova e autonoma fattispecie contravvenzionale, precettivamente altra rispetto all'art. 650 c.p.) ne ricaviamo che, fino all'entrata in vigore del successivo d.l. 25 marzo 2020, n. 19, il nostro Paese sarebbe stato attraversato da una sorta di “frattura geopenalistica” corrispondente alla linea di separazione epidemiologica tra “zone-focolaio” (quelle richiamate dall'art. 1 del d.l. 23 febbraio 2020, n. 6) e “zone-non focolaio” (quelle non rientranti nel perimetro di tipizzazione marcato dal citato art. 1). Solo nelle prime i fatti di inosservanza delle misure contenitive dell'epidemia da CoViD-19 sarebbero stati qualificabili come tipici alla stregua della nuova figura criminosa coniata dall'art. 3, co. 4, d.l. n. 6/2020. Mentre nelle altre aree della nazione non avrebbe assunto rilevanza penale la violazione di tali “misure normative”, potendo ivi configurarsi come tipica alla stregua (però) dell'art. 650 c.p. soltanto – nei termini poc'anzi chiariti e al ricorrere dei relativi requisiti strutturali – la inosservanza di “provvedimenti” (lo si ripete, individuali e concreti) legalmente dati dall'autorità per le ragioni contemplate da tale norma codicistica.

E questo, a meno di non voler ritenere che, con buona pace del contenuto minimo ed elementare del principio di legalità, la nuova fattispecie di reato (introdotta dal d.l. n. 6/2020) sia stata ampliata “per trascinarsi territoriale”, dai d.p.c.m. che hanno esteso al resto del Paese le “misure di contenimento”. Una simile soluzione sarebbe assurda. Eppure, sembra che sia data per presupposta, sotto il profilo diacronico, dal già citato d.l. 25 marzo 2020, n. 19, che costituisce il punto di passaggio al secondo segmento del nostro “percorso normativo-emergenziale”.

Non possiamo, qui, dar conto delle ragioni che conducono a questo nuovo intervento normativo né della peculiare conformazione del “microsistema penal-punitivo”, che si sviluppa seguendo una direttrice (illecito amministrativo-contravvenzione-delitto) di «scalarità della tutela»²⁴.

Piuttosto, nella prospettiva (necessariamente più ristretta) della nostra analisi, dobbiamo limitarci a segnalare due significative criticità.

La prima: quest'ultimo decreto-legge, con una formulazione molto discutibile, abroga la esaminata fattispecie contravvenzionale di cui all'art. 3, co. 4 del d.l. n. 6/2020 e, con una norma transitoria,

²² In questi termini, tra gli altri, G. PIGHI, *La trasgressione delle misure per contrastare il Coronavirus: tra problema grave e norma penale simbolica*, in *la legislazione penale*, 20 marzo 2020, 5-6.

²³ Per tale nozione, si rinvia a L.D. CERQUA, *sub Art. 650*, in A. CRESPI, G. FORTI, G. ZUCCALÀ, *Commentario breve al codice penale*, quinta edizione, Padova, 2008, 1968-1969.

²⁴ C. CUPPELLI, *Emergenza COVID-19: dalla punizione degli “irresponsabili” alla tutela degli operatori sanitari*, in *sistemapenale.it*, 30 marzo 2020.

contenuta nell'art. 4, co. 8, prevede che le sanzioni amministrative correlate al nuovo illecito punitivo di cui al comma 1 del medesimo art. 4 si applichino anche retroattivamente, cioè ai fatti posti in essere sotto la abrogata fattispecie contravvenzionale, all'uopo richiamando gli artt. 101 e 102 del d.lgs. n. 507/1999. In altri termini, nelle intenzioni del "legislatore governativo", per le pregresse (e depenalizzate) violazioni delle misure di contenimento dovrebbero essere archiviati i tantissimi procedimenti penali già aperti o in via di apertura e, previa trasmissione degli atti all'autorità amministrativa competente, dovrebbero scattare le nuove sanzioni amministrative.

Ora, è senza dubbio comprensibile la preoccupazione sottesa alla prospettazione di un simile meccanismo. Tuttavia, se si aderisce all'impostazione ricostruttiva enucleata in precedenza, l'attivazione di tale "congegno diacronico" non risulterebbe possibile in quelle zone estranee allo spazio applicativo territorialmente delimitato dall'art. 1 del d.l. 23 febbraio 2020, n. 6, poiché in tali aree, nel periodo cui si riferisce la disciplina transitoria dettata dal d.l. n. 19/2020, i fatti di trasgressione (non di "provvedimenti", ma) di "misure normative di contenimento epidemico" non erano inscrivibili nel nuovo schema di tipicità legale introdotto dall'art. 3, co. 4, d.l. n. 6/2020.

Certo, questa è un'ipotesi interpretativa. Appare razionale e plausibile, ma è comunque possibile che venga smentita dalla prassi applicativa. Il punto è, però, un altro: se esaminiamo la questione dal punto di vista dei consociati, già logorati dall'emergenza virale, possiamo davvero ritenere che, in questa fase, l'ordinamento stia garantendo loro (riprendendo la pregnante formula adottata dalla sentenza n. 364/88 della Corte costituzionale) «la sicurezza giuridica delle consentite, libere scelte d'azione»?

Ma, come detto, può essere utile porre l'accento anche su un'altra questione, che risulta particolarmente preoccupante per ogni giurista costituzionalmente sensibile.

Nel d.l. n. 19/2020 ritroviamo un lemma divenuto d'uso comune, ma che, a fronte della indubbia capacità evocativa, designa una condizione di privazione della libertà personale (e non solo) che, a differenza del TSO, è priva di una disciplina legale che ne definisca l'autorità competente ad imporla, le procedure di adozione, la durata, le modalità e gli strumenti di controllo giurisdizionale. E ciò, nonostante la relativa misura debba essere iscritta a pieno titolo nello spazio categoriale deonticamente sottoposto alle garanzie in materia di libertà personale (volendo soffermarci sulla posizione soggettiva di più alto rilievo che ne è attinta) dettate tanto dalla Costituzione (art. 13) quanto dalla CEDU (art. 5). Si tratta – come intuibile – della "quarantena"²⁵.

E il vuoto legislativo non è di poco conto, visto che il suddetto decreto prevede due tipologie di "quarantena", quella *precauzionale* (ex art. 1, comma 2, lett. d) e quella disposta per *persone risultate positive al virus* (ai sensi della successiva lettera e del medesimo comma), la violazione delle quali è punita, rispettivamente, a titolo di illecito amministrativo e di illecito penale, in un vero e proprio crescendo di afflittività.

Ma, sullo sfondo, si staglia, ancor più allarmante, la sagoma di un'altra "quarantena".

Mentre le categorie nazionali richiamano, comunque, evidenti esigenze sanitarie di prevenzione del contagio, posto che sono agganciate a oggettive situazioni di rischio epidemiologico, potenziale (si veda, ad esempio, l'ipotesi in cui un soggetto sia stato a stretto contatto con una persona contagiata)

²⁵ Vedi G.L. GATTA, *I diritti fondamentali alla prova del coronavirus. Perché è necessaria una legge sulla quarantena*, in *sistemapenale.it*, 2 aprile 2020.



o attuale (ove sussista una condizione di positività al virus), l'ordinanza del Presidente della Regione Campania, n. 15 del 13 marzo 2020²⁶ prevede, all'art. 5, in caso di violazione delle misure regionali di contenimento (si pensi ad uno spostamento che venga ritenuto non riconducibile al novero delle situazioni facoltizzanti menzionate dagli artt. 1, 2 e 3 dell'ordinanza stessa), «l'obbligo immediato per il trasgressore [...] di osservare la permanenza domiciliare con isolamento fiduciario, mantenendo lo stato di isolamento per 14 giorni, con divieto di contatti sociali e [l'obbligo] di rimanere raggiungibile per ogni eventuale attività di sorveglianza».

Insomma, la "quarantena regionale campana" si distingue per la sua connotazione spiccatamente repressiva. Chi si è spostato in maniera considerata non necessaria – e, come intuibile, molteplici possono essere le situazioni concrete di dubbia decifrabilità, tanto più alla luce di talune differenze disciplinative intercorrenti tra previsioni regionali e nazionali – viene sottoposto a "quarantena" anche se è perfettamente sano e non è stato a contatto con persone infette. Le ragioni della prevenzione epidemiologica cedono il passo ad un'istanza chiaramente punitiva, che si esplica indiscriminatamente nei confronti di tutti coloro che tengano un comportamento di trasgressione delle misure regionali. La "quarantena campana" si configura, cioè, come la reazione afflittiva pubblica alla condotta inosservante tenuta dal privato. Ma allora, se così è, siamo di fronte ad una sanzione di natura sostanzialmente penalistica, rientrante in una materia che non è di competenza regionale²⁷.

5. Conclusioni

In questo caos normativo, diventa perciò indispensabile un ritorno immediato alla centralità del decisore politico parlamentare²⁸.

Naturalmente, nessuno teme che la democrazia sia in pericolo a causa di ipotetiche e, invero, inesistenti aspirazioni cesaristiche. Quel che, però, preoccupa di questa nuova tendenza emergenzialistica è il fatto che non involga solo – come è stato in passato – i contenuti normativi inerenti alla "lotta" ad un certo fenomeno (secondo una prassi, ormai endemica, foriera di irrazionalità e simbolismo), ma investa, addirittura, lo stesso modo di produzione del diritto penale. E non è, francamente, ammissibile che, sotto il segno dell'emergenza, il campo penale e "punitivo" divenga terreno di scorribande extralegislative. Oggi si invoca la necessità di contenere l'emergenza epidemiologica; domani si potrebbe invocare, quale presupposto legittimativo di una elusione/sospensione del *nullum crimen*, la necessità di prevenire nuove possibili emergenze epidemiche, e poi, via via, (in maniera sempre più rarefatta) genericamente sanitarie, istituzionali e sociali.

E, in nome di un efficientismo miope e solo apparente, potrebbe legittimarsi la regressione verso forme ancor più rozze e premoderne di creazione della penalità. Forse declinate secondo i moduli ammalianti (e falsamente propizi) del progresso tecnologico.

²⁶ Per una prima lettura costituzionalistica dell'ordinanza *de qua*, si rinvia all'intervista rilasciata da S. STAIANO al *Quotidiano del Sud*, 18 marzo 2020, 8.

²⁷ In tal senso, C. RUGA RIVA, *La violazione delle ordinanze regionali e sindacali in materia di Coronavirus: profili penali*, in *Sistema penale*, 3, 2020, 242.

²⁸ Cfr., nell'ambito di una riflessione dedicata alla drammatica condizione vissuta dai detenuti in questa fase di emergenza epidemica, V. MAIELLO, *La funzione terapeutico-costituzionale di una clemenza generale nella quarantena dello Stato di diritto*, in *discrimen.it*, 26 marzo 2020.

Non a caso, proprio i distopici scenari processualpenalistici proiettati dal “neoemergenzialismo pandemico” hanno sollecitato preoccupate riflessioni scientifiche in merito ai rischi legati all’instaurarsi di un vero e proprio “processo penale virtuale”²⁹ carente di quel *contraddittorio tra le parti* (costituzionalmente deputato alla *formazione della prova*) che presenta insopprimibili caratteri di contestualità, immediatezza e “vitalità” dialettica, oggettivamente incompatibili con le paratie telematiche del “processo a distanza”.

È, perciò, evidente che la dematerializzazione del processo penale si pone in contrasto con il modello costituzionale del “giusto processo”, visto che con la “partecipazione da remoto” viene a mancare «quel *clima d’aula* che integra la pre-condizione delle potenzialità performative della contesa dialettica»³⁰. Ma non è tutto.

A ben vedere, – collocandoci nell’orizzonte prospettico offertoci dall’adozione di un *approccio penalistico integrato*, ossia fondato sulla messa a fuoco dei nessi di complementarietà assiologica (e non solo logica) intercorrenti tra “diritto penale” e “processo”³¹ – la “virtualizzazione” del contraddittorio si rivela insidiosa anche per lo stesso *nullum crimen*. Difatti, una volta intaccato questo «modello di accertamento connotato in senso dilemmatico e disputatorio»³², che rappresenta l’essenza del processo accusatorio e che è garanzia di maggiore solidità e affidabilità del “sapere probatorio”, si apre la strada ad un soggettivismo giurisdizionale privo dei “contrappesi epistemologici” fisiologicamente garantiti dal contraddittorio tra le parti. Ed è chiaro che una ricostruzione del fatto storico poco rigorosa o, addirittura, arbitraria rappresenta la comoda porta d’ingresso di pratiche giurisdizionali surrettivamente corrosive della “legalità penale”.

Infatti, la portata garantistica del *nullum crimen* può essere vulnerata dal giudice sia “in punto di qualificazione giuridica” dei fatti scrutinati, vale a dire con operazioni di destrutturazione interpretativa del “tipo legale tassativo” realizzate mediante (ri)costruzioni semantiche disancorate dal testo legislativo (pur retoricamente ossequiato); sia (ancor prima) “per via storico-probatoria”, cioè mediante l’attribuzione del crisma della tipicità a fatti che, in realtà, tipici non sono ma che vengono morfologicamente configurati come tali a causa di ricostruzioni storico-processuali prive del dovuto rigore epistemico. Ebbene, l’antidoto alla manipolazione processuale della realtà (e, dunque, all’applicazione “illegale” delle norme penali a casi che, per come realmente conformati, non sono ad esse riconducibili) è, innanzitutto, la preservazione (della effettività) del contraddittorio. Altrimenti il rischio è che (prima ancora della legge, ma con risultati egualmente deleteri) sia lo stesso fatto storico a divenire «molle cera nelle mani dei giudici»³³, da ciò potendo derivare una “creatività giurisdizionale” ancor più accentuata, grave e pericolosa di quella a noi già nota³⁴.

²⁹ In tema, vedi O. MAZZA, *Distopia del processo a distanza*, in *Archivio Penale (Rivista Web)*, 1, 2020, 9.

³⁰ Così, incisivamente, V. MAIELLO, *Smaterializzazione del processo penale e distopia che diventa realtà*, in *discrimen.it*, 18 aprile 2020, 2.

³¹ Le coordinate scientifiche di questo orientamento vengono tracciate, con riferimento al legame tra “principio di legalità” e “principio del giusto processo”, da V. MAIELLO, *Il contraddittorio nella Costituzione: una riforma tra politica, diritto penale e processo*, in *Critica del Diritto*, 1999, 204-209.

³² *Ivi*, 207.

³³ La suggestiva metafora è proposta, con riferimento alle pratiche giudiziarie di manipolazione del testo legislativo e alla formazione culturale e professionale che le ispira, da G. INSOLERA, *Qualche riflessione e una domanda sulla legalità penale nell’“epoca dei giudici”*, in *Criminalia*, 2012, 291.

³⁴ In argomento, cfr. L. FERRAJOLI, *Contro la giurisprudenza creativa*, in *Questione di giustizia*, 4, 2016, 13 ss.

Insomma, anche la smaterializzazione processuale potrebbe contribuire alla riproposizione in chiave contemporanea di dinamiche autoritarie di stampo neoinquisitorio.

Riassumendo: fonti giuspenalistiche di rango sublegislativo; convulse sovrapposizioni normative (di ordine cronologico, gerarchico e territoriale) che comportano parossistiche incertezze giuridico-cognitive riguardanti finanche aspetti minimi ed essenziali del vivere quotidiano considerato nella sua dimensione biologico-sussistenziale; applicazione di misure privative della libertà personale sprovviste della dovuta copertura legale e giurisdizionale; depauperamento dialettico del contraddittorio cui si accompagna, sul piano effettuale, una rimodulazione verticistica delle geometrie processuali con l'innalzamento autocratico di una sempre più lontana e "inafferrabile" signoria ermeneutica del giudice.

Sono tutte manifestazioni incostituzionali di una "premoderna contemporaneità penalistica", che potrebbero essere ciclicamente o, addirittura, stabilmente legittimate dal "discorso istituzionale" mediante l'invocazione o la prospettazione di attuali, incombenti oppure solo possibili, nuove (e non predeterminabili) situazioni di emergenza, strumentalmente associate (per gravità presente o futura, in ottica ricognitiva o prognostica) all'odierno archetipo pandemico-emergenziale del Coronavirus, così da rimarcarne e giustificarne la necessità di contenimento o di prevenzione mediante il ricorso a "misure eccezionali".

Ma questo è un rischio involutivo che non possiamo correre. Metterebbe a repentaglio la nostra stessa civiltà costituzionale. Piuttosto, sarebbe necessario ripartire proprio dalla Costituzione, poiché vi si trovano indicazioni preziose in grado di illuminare la vita della comunità e delle istituzioni anche nel buio della paura e della sofferenza. Rispettarne i principi non è di ostacolo al contenimento dell'epidemia. Al contrario, entro la cornice costituzionale dello "Stato sociale di diritto" possono e devono andare di pari passo istanze di tutela e garanzie, solidarietà sociale e certezza legale. Una rinnovata attenzione politica al rispetto dei principi costituzionali consentirebbe, quindi, di affrontare più efficacemente l'emergenza epidemica senza, però, rimanerne costituzionalmente contagiati, evitando cioè che l'ordinamento conservi "memoria storica" di nuovi e perniciosi precedenti.