

Studi in onore di Lucio Monaco

a cura di

Alessandro Bondi, Giovanni Fiandaca, George P. Fletcher,
Gabriele Marra, Alfonso M. Stile, Claus Roxin, Klaus Volk

[u]rbino
[u]niversity
[p]ress

2020

Urbino University Press 2020

Illustrazione di Luciano Bacchiocchi

**Carattere tipografico interni
Noto Sans e Serif, Google Font, 2013
Noto Mono, Google Font, 2019**

ISBN 9788831205054

INDICE

La festa di un Maestro, la festa di una Comunità Alessandro Bondi	p. 11
PARTE PRIMA	p. 13
Spunti comparatistici in relazione al nuovo volto del delitto di corruzione internazionale ex art. 322 Bis co. 2 C.P. Ali Abukar Hayo	p. 15
Il fatto, la legge e le nozioni dell'organizzazione nella teoria della responsabilità Salvatore Aleo	p. 43
L'efficacia delle decisioni della Corte EDU in materia penale dopo la sentenza <i>Contrada</i> Giuseppe Amarelli	p. 59
<i>Alcance y límites de la posición de garante del órgano de control y supervisión de riesgos penales en el ámbito societario</i> Silvina Bacigalupo	p. 77
Violenza sessuale in famiglia e diritto vivente Giuliano Balbi	p. 97
La "galassia afflittiva": sistematica, fondamento, legittimità. Studio per un affresco Roberto Bartoli	p. 111
Postcodificazione. Giudizi e pregiudizi sulla necessità di un Codice penale Alessandro Bondi.....	p. 131
Itinerari convergenti di contenimento della responsabilità penale del sanitario Stefano Canestrari.....	p. 155

For whom the bell tolls (a proposito di autori e lettori)	
Andrea R. Castaldo	p. 175
Alcune osservazioni in tema di 'norme tecniche'	
Mauro Catenacci	p. 187
Verso un diritto penale 'inumano'	
Mario Caterini	p. 199
Prescrizione del reato: principi costituzionali, patologie e recenti riforme	
Antonio Cavaliere.....	p. 221
La storia (e i protagonisti) di una giurisprudenza creativa. Dalla disapplicazione dell'atto amministrativo alla disapplicazione della fattispecie incriminatrice	
Giovanni Cocco.....	p. 241
Punibilità di organizzazione? Possibilità e limiti dell'astensione dalla punizione per l'Ente colpevole	
Federico Consulich	p. 277
Il torpore del 'buon senso' genera incubi. A proposito della prescrizione del reato	
Giovannangelo De Francesco	p. 301
Particolare tenuità del fatto e responsabilità da reato negli enti collettivi	
Giancarlo de Vero	p. 313
Tutela penale della sicurezza sul lavoro, linee guida e 'buone prassi'. Considerazioni per una proposta di modifica degli artt. 589 e 590 C.P. in materia di infortuni sul lavoro	
Alberto De Vita	p. 333
Dalla regola per il caso al caso per la regola. Variazioni brevi e stravaganti sul concetto di «caso» (Case, Kasus)	
Alberto di Martino	p. 357
L'ergastolo ostativo alla resa dei conti? Impossibile ogni compromesso con l'idea dello 'scopo'	
Emilio Dolcini	p. 375

Pena agita e pena subita. Il modello del delitto riparato Massimo Donini	p. 389
Covid-19 ed esigenze di rifondazione della giustizia penale Luciano Eusebi	p. 425
Nodi problematici del diritto penale di 'scopo', tra ieri e oggi Giovanni Fiandaca	p. 471
Prassi e sistema. Una introduzione Stefano Fiore	p. 499
La saga di Oeyuke George P. Fletcher	p. 517
"Non avrai altro creditore all'infuori di me!". Riflessioni sparse sul delitto di omesso versamento IVA Giovanni Flora	p. 525
I mobili confini fra sanzione penale e amministrativa nel contesto della politica criminale europea Luigi Foffani	p. 541
Aspettando i barbari (un piccolo esercizio di <i>Law and Literature</i>) Gabriele Fornasari	p. 553
Illiceità securitaria e criminalizzazione della <i>sine cura</i>: il penale dell'allarme sociale oltre la ragione punitiva Francesco Forzati	p. 569
Il carcere e l'idea dello scopo Gianluca Gentile	p. 591
Abuso del diritto e diritto penale. La strana coppia Fausto Giunta	p. 617
Rechtfertigung und Schuld als Beurteilungsebenen für die Triage im Angesicht der Coronapandemie Christian Jäger	p. 637
Rewriting Human Rights: Lyotard and the Other's Rights Peter Langford	p. 659

Irragionevolezza della sanzione penale e crisi dei modelli economici: l'abuso del diritto penale come antidoto ai problemi sociali	
Elio Lo Monte	p. 687
Pene accessorie e delitti contro la Pubblica Amministrazione	
Carlo Longobardo	p. 707
A proposito del concetto penalistico di libero volere tra neuroscienze e naturalismo filosofico	
Maria Beatrice Magro	p. 723
Legge e interpretazione nel 'sistema' di <i>Dei delitti e delle pene</i>	
Vincenzo Maiello	p. 747
L'oracolo algoritmico e la giustizia penale: al bivio tra tecnologia e tecnocrazia	
Vittorio Manes	p. 777
Esiste un diritto a morire?	
Riflessioni tra Corte costituzionale italiana e Corte costituzionale tedesca: l'influenza delle diverse "concezioni del mondo"	
Adelmo Manna	p. 801
La funzione rieducativa della pena nella giurisprudenza delle Corti europee	
Anna Maria Maugeri	p. 829
Ancora sul 'diritto penale minimo' (nell'epoca del diritto penale 'massimo' e 'totale').	
Nicola Mazzacuva	p. 857
Quel che resta di «Mafia capitale»	
Enrico Mezzetti	p. 871
Le misure di prevenzione: un esempio paradigmatico di truffa delle etichette	
Sergio Moccia	p. 889
Sicurezza del lavoro e diritto penale alla prova del COVID-19	
Vincenzo Mongillo	p. 901

Cattivi pensieri e diritto penale la catarsi dei reati di opinioni discriminatrici di identità individuali socio-definite	
Domenico Notaro	p. 925
La tipicità e l'antigiuridicità nella riprogettazione del Codice Penale	
Francesco Palazzo	p. 949
La riparazione dell'offesa a carico di beni collettivi: spunti dai reati ambientali	
Chiara Perini.....	p. 959
Reato e pena: Giovanni Carmignani critico dell'utilitarismo di Beccaria	
Mauro Ronco.....	p. 971
Zur Abwehr von Schweigegelderpressungen	
Claus Roxin	p. 989
Alle sprechen vom Klimaschutz – nur nicht die Strafrechtswissenschaft!?	
Helmut Satzger	p. 1001
Fondamento e limiti dell'idea di scopo per la scienza integrata del diritto penale	
Francesco Schiaffo	p. 1021
Una «cambiale in bianco alla politica criminale di 'scopo'»? Il finanziamento 'autonomo' del terrorismo 'alla luce dei principi'	
Nicola Selvaggi	p. 1037
La riforma del traffico di influenze illecite	
Pietro Semeraro	p. 1059
Amministratori non esecutivi, sindaci e omesso impedimento del fatto altrui. Problemi irrisolti di teoria generale del reato	
Andrea Sereni	p. 1073
Strutture ed opzioni di valore: il diritto penale 'inedito' tra nomofilachia delle norme ed utopia dinamica.	
Antonino Sessa	p. 1095

La Corte e il carcere. Un <i>podcast</i> sui limiti costituzionali allo <i>ius puniendi</i>	
Francesco Viganò	p. 1115
Corona und das deutsche Strafverfahren	
Klaus Volk	p. 1129
PARTE SECONDA	p. 1135
Il metodo Monaco	
Alessandro Bondi	p. 1137
Lieve o non lieve è questa colpa? La riforma Gelli-Bianco alla lente delle Sezioni Unite.	
Cecilia Ascani	p. 1143
Considerazioni sui reati di pericolo	
Giuseppe Basile	p. 1153
Gli effetti della "euforia preventiva" alla luce della riflessione sull'idea di 'scopo'	
Chiara Bigotti	p. 1165
Confisca allargata e reati tributari nel prisma dell'idea di scopo	
Luca Della Ragione	p. 1191
Ricordo di un'allieva	
Monica Garulli	p. 1209
The UN Protocol against the Illicit Manufacturing of and Trafficking in Firearms, Their Parts and Components and Ammunition - Implementation Challenges and Responses	
Simonetta Grassi	p. 1211
Il peculato nel prisma del principio di offensività: appropriazione su beni di irrilevante valore	
Alessio Infantino	p. 1235
Problemi attuali in tema di qualifiche pubblicistiche nel diritto penale	
Massimiliano Masucci	p. 1245

Il diritto dei magistrati di partecipare alla politica attiva e i suoi limiti

Piergiorgio Morosini p. 1255

Spunti per una riscoperta della colpa per assunzione

Daniele Piva p. 1275

Libera autodeterminazione su fine vita e punibilità del suicidio assistito. Alla ricerca di un delicato equilibrio

Fabio Antonio Siena..... p. 1283

Il 'daspo': una misura costituzionalmente problematica. Osservazioni sul «divieto di accesso agli esercizi pubblici e ai locali di pubblico trattenimento» [(art. 11 co. 1 lett. b) d.l. n. 130/2020].

Mariangela Telesca p. 1295

Die Eröffnung formeller Ermittlungen in der „Situation“ in Afghanistan - Der Internationale Strafgerichtshof im Ringen um Recht und Politisierung

Nicolai von Maltitz p. 1305

GLI AUTORI p. 1319

COVID-19 ED ESIGENZE DI RIFONDAZIONE DELLA GIUSTIZIA PENALE

Luciano Eusebi

1. La prevenzione, questa sconosciuta

Sappiamo organizzare molto bene la repressione – quando un certo fatto appaia riconducibile a una norma penale – sulla base di sistemi ben rodati lungo i secoli, sia per quanto riguarda gli accertamenti processuali, sia per quanto riguarda l'esecuzione dell'eventuale condanna. Non senza il supporto, a quel fine, di innumerevoli giudici, avvocati, cattedre universitarie, volumi, riviste, convegni, e così via.

Ma la prevenzione no. Ed è questo il primo dato che la pandemia Covid-19 rende inesorabilmente palese, non permettendone ulteriori rimozioni. Tale vicenda, infatti, offre motivi di riflessione i quali vanno ben oltre le problematiche, pur molto delicate, concernenti la punibilità di condotte che non abbiano saputo contrastare adeguatamente, in generale o rispetto a singole persone, gli effetti troppo spesso tragici del contagio.

Di luoghi deputati a progettare prevenzione, pur anche con risorse del tutto inferiori rispetto a quelle della macchina da guerra penalistica, non si ha notizia. A meno che essi siano da identificarsi nei comitati tecnico-scientifici riuniti di fretta alla bisogna, quasi che pur ragguardevoli competenze di ordine professionale abilitino a capacità strategiche pluridisciplinari: tanto che simili comitati hanno sempre accuratamente rimandato all'autorità politica, in materia di pandemia, la responsabilità delle scelte da effettuarsi, benché, a sua volta, l'investitura elettorale non garantisca, da sola, decisioni efficaci e lungimiranti.

Ma rispetto a tutto ciò il diritto penale non risulta per nulla estraneo: proprio l'affidamento sull'esistenza di un diritto penale il quale promette di saldare i conti a posteriori con ogni fatto offensivo ingiusto, mediante la classica dinamica compensativa che assolverebbe alla fun-

zione di ristabilire la giustizia, funge da alibi, infatti, per rinunciare ad agire in senso preventivo.

Un diritto penale il quale pretende di assorbire su di sé le esigenze della giustizia, perché si propone come se incarnasse *tout court* la giustizia (secondo questa visione, il diritto penale è la giustizia), non lascia spazio ad altre modalità d'intervento per garantire giustizia, vale a dire per far sì che le ingiustizie – tali sono anche le morti evitabili – possano non accadere.

Così che la prevenzione viene proposta al sentire comune come esito naturale del sapere che *si farà giustizia (chi ha sbagliato dovrà pagare)* e finisce per essere ritenuta di competenza quasi esclusiva degli uffici legislativi e degli organi parlamentari deputati a stabilire l'entità, nei diversi casi, della minaccia penale: risultando perseguita, in tal modo, attraverso l'unico elemento modulabile dal diritto penale tradizionale¹, vale a dire la comminazione delle sanzioni (per cui quel poco di politica criminale che s'è ritenuto di praticare in questi anni lo è stato, in gran parte, entro i confini stessi degli strumenti penali, sostanziosamente, quasi per paradosso, nell'utilizzo in senso promozionale delle ipotesi di non punibilità o di attenuazione della pena).

Né troppo ci si è dato pensiero, per quanto concerne i reati che implicino condotte largamente trasgredite o ad alto rischio di comportare errori, circa i criteri con cui il diritto penale seleziona i condannati, che ben potrebbero non essere, come sappiamo, gli operatori meno affidabili in un dato settore di attività. Seppure ognuno comprenda che l'impedire certi fatti lesivi non dipende dal carattere esemplare di qualche condanna applicata *dopo* l'una o l'altra tragedia, ma dalla capacità di attivare filtri efficaci rispetto all'adozione delle condotte attive od omissive pericolose, o comunque prodromiche al determinarsi di quei fatti: vale a dire da interventi di prevenzione primaria e di prevenzione anticipata.

Un obiettivo, peraltro, non facile da conseguire, perché il suo perseguimento incide sulla praticabilità di simili condotte in modo ben più concreto di quanto accada con riguardo all'alea del vedere effettivamente prodursi, a seguito di esse, un accadimento lesivo, il quale sfugga, poi,

¹ Cfr., sul punto, C.E. PALIERO, *Il sogno di Clitennestra: mitologie della pena. Pensieri scettici su modernità e archeologia del punire*, in «RIDPP» (2018), 477.

alla cifra oscura e venga, infine, punito: vale a dire, perché contrasta in via immediata, e non soltanto in via latamente mediata, gli interessi economici, gli egoismi diffusi o anche la mera sciatteria comportamentale che sono alla base della tenuta di quelle condotte.

Aspetto, quest'ultimo, il quale espone l'agire secondo intenti preventivi – specie nel contesto di una politica poco autorevole, che ricerca adesioni *prima facie* – a resistenze di ogni tipo, inducendo il timore nelle forze politiche di scontentare attraverso una simile strategia, con ritorni elettorali sfavorevoli, non soltanto *lobbies* più o meno influenti, ma anche, in genere, l'opinione pubblica. La quale, in effetti, è sembrata troppo spesso disponibile – in assenza di una rappresentazione meno semplificatoria della politica criminale – verso l'enfasi riposta nella punizione degli eventi di danno: attraverso fattispecie sì, in molti casi, duramente sanzionate, ma dalle maglie alquanto larghe circa la loro attitudine a intercettare l'agire illegale e tali, in ogni caso, da essere pensate come riguardanti una sorta di condizione patologica dell'umano, il far parte dei *criminali*, dalla quale i più si sentono aprioristicamente immuni.

Si dirà, peraltro, che la mancata osservanza delle norme relative alla prevenzione, sia essa primaria o anticipata, necessiterà a sua volta di sanzioni. Ma tali sanzioni, salvo casi eccezionali, non potranno essere detentive, posto che sarebbe a un tempo assurdo e impossibile moltiplicare le casistiche di ricorso al carcere. Anzi, proprio il fatto che la corrispettività detentiva, caratteristica dei sistemi penali classici, sia stata concepita in origine con riguardo a eventi lesivi ha largamente precluso modalità d'intervento preventivo diverse dalla mera punizione di quegli eventi: modalità le quali necessitano, in rapporto a eventuali trasgressioni, di tipologie sanzionatorie – siano esse penali o amministrative – a loro volta diverse.

Peraltro, non è tanto questione di sanzioni. La prevenzione antecedente al verificarsi degli eventi lesivi è soprattutto un fatto di programmazione, di organizzazione, di efficienza amministrativa. Del resto, in non pochi contesti sanzioni finalizzate a presidiare l'osservanza di regole a finalità preventiva, come si sa, esistono, e non si tratta di incrementarle.

Piuttosto, e ciò rappresentata probabilmente la debolezza maggiore del nostro sistema-Paese, risulta inadeguata la capacità, e non di rado la vo-

lontà, di effettuare, in modo credibile, i *controlli* necessari onde garantire il corretto esercizio di attività implicanti il rischio della lesione, per loro tramite, di beni pubblici o privati fondamentali. Al che si aggiungono le difficoltà riscontrabili nel rendere *trasparente* la gestione delle attività economico-finanziarie e amministrative, per non parlare delle difficoltà che ostacolano, in sede internazionale, lo smantellamento dei *paradisi bancari* (ne deriva, fra l'altro, che sarebbe auspicabile dare attuazione quanto prima, in Italia, alla IV direttiva UE antiriciclaggio [n. 2018/843] per quanto concerne l'istituzione del registro dei titolari effettivi delle imprese, facendo sì, inoltre, che le pubbliche amministrazioni possano essere sempre a conoscenza degli interlocutori reali con cui, quale ne sia il fine, intrattengano rapporti).

Ebbene, in altra sede chi scrive aveva affermato, e il concetto è stato ripreso², che la pandemia Covid-19 ha reso manifesta una colpa di organizzazione gigantesca, rispetto alla quale deve riconoscersi che la presenza del diritto penale non ha assunto alcun ruolo significativo dal punto di vista della prevenzione.

Riprendere alcuni aspetti di questa *débâcle* epocale dell'agire in senso preventivo implica citare, come una litania, realtà ampiamente note. Sebbene lo si debba fare in parallelo a un senso commosso di gratitudine verso chi sul piano sanitario ha cercato di porvi rimedio, fino a perdere per questo, secondo numeri impressionanti, la vita stessa, e senza disconoscere – oltre alle incertezze medico scientifiche circa le modalità migliori di contrasto del contagio e di cura dei malati – l'impegno di chi ha cercato di fare il possibile anche sul piano politico-amministrativo per arginare la pandemia, dopo la sua esplosione.

Si considerino, dunque, il mancato aggiornamento, da molti anni, del piano antipandemico nazionale e, in sostanza, l'assenza di un simile piano *tout court*; l'incapacità a riscontrare per settimane (almeno) la circolazione in Italia del virus Sars-Cov-2, nonostante le avvisaglie dalla Cina, il che, fra l'altro, ne ha facilitato le mutazioni; l'esserci ritrovati a

2 Cfr. G. DODARO, *Riflessioni penalistiche su strategie di gestione del rischio pandemico e responsabilità dei governanti*, in «DPU» (2020), 240, con riguardo a L. EUSEBI, *Pandemia e diritti fondamentali*, in *giustiziainsieme.it*, 18 luglio 2020 (interventi su *Il dialogo Habermas-Günther riletto dalla cultura giuridica italiana*): l'indicazione, condivisibile, che ne deriva è quella della «massima cautela nell'intraprendere la strada della giustizia penale per sindacare le responsabilità» in materia.

scoprire l'indisponibilità, a inizio pandemia, degli strumenti basilari di protezione e tracciamento nei rapporti sanitari o intersoggettivi (mascherine, camici, visiere, tamponi), nonché a constatare la totale dipendenza, in materia, dall'importazione (con esiti devastanti in termini di diffusione iniziale del contagio); l'aver precedentemente ridotto ai minimi termini l'efficienza della rete medica sul territorio, nonostante l'alta qualità di molti presidi ospedalieri; l'aver bloccato per quindici anni, riducendoli rispetto a quanto previsto per l'anno 2004, gli investimenti sul sistema sanitario; l'aver conseguentemente contratto la possibilità d'accesso dei giovani medici alle Scuole di specializzazione e, insieme, le assunzioni di personale nel sistema sanitario pubblico (anche con l'esito dell'aver fornito gratuitamente ottime risorse, dato il buon livello di qualità che mantiene, in genere, la nostra formazione universitaria, agli istituti sanitari e di ricerca esteri); l'aver dovuto constatare una disponibilità iniziale di postazioni effettivamente operative di terapia intensiva pari a circa un quinto, per esempio, di quella tedesca; l'aver coperto posizioni direzionali in ambito socio-sanitario o assistenziale secondo criteri di competenza, quantomeno, discutibili (il che può supporre abbia inciso pesantemente, fra l'altro, sul dramma del contagio nelle residenze assistenziali); l'aver accettato per anni, in certe zone del nostro Paese, una gestione addirittura extralegale della sanità, con danno all'erario inaudito e beneficio di realtà criminose; il non aver implementato argini tangibili nei mesi estivi, per esempio sul piano dell'organizzazione sanitaria territoriale o dei trasporti, rispetto alla prevista seconda ondata autunnale della pandemia (essendosi privilegiato, invece, l'intervento mediante sovvenzioni rispetto ai pregressi periodi di *lockdown*, intervento sì necessario, ma che ha assunto, talora, forme suscettibili di favorire anche contesti di illegalità); l'aver conseguentemente registrato di nuovo, in autunno, tassi di contagio elevati tra il personale sanitario e nelle comunità di persone vulnerabili; il non aver saputo garantire in alcune regioni, con bandi di approvvigionamento tempestivi, un'adeguata disponibilità degli stessi vaccini antinfluenzali; e così via.

Certo, anche all'estero le cose *non sono andate bene*. Per quanto i tassi italiani di mortalità per Covid-19 – che andrebbero integrati tenendo conto dei defunti in casa o nelle residenze assistenziali, ma senza accertamento del contagio: come può evincersi dal confronto con i tassi di mortalità degli anni precedenti – siano tra i peggiori sul piano interna-

zionale. Ma tutto questo non fa che confermare l'esistenza di un problema complessivo inerente alla prevenzione dei fatti lesivi.

Senza dubbio, tuttavia, promuovere la prevenzione piuttosto che l'affidamento speranzoso, eppure vano, nel fatto che, in ogni frangente, tutto si svolgerà per il meglio in forza dell'esistenza come gendarme del diritto penale richiede una certa dose di coraggio. Posto che l'effetto della prevenzione, ove essa abbia successo, è invisibile, in quanto consiste in un non-accadimento: per cui sempre si potrà sostenere, in quel caso, che i vincoli imposti della prevenzione sono stati inutili, che il controfattuale era solo un'ipotesi senza riscontri (tanto più in un'epoca nella quale una *fake news* fa più opinione di una legge scientifica) e, che, dunque, quei vincoli hanno prodotto oneri ingiustificati.

E di qui il passo è breve per giungere ad avallare l'idea che la prevenzione è *illiberale*: si lasci fare, si sciolgano lacci e laccioli, tanto meno si rendano operative occhiate verifiche in corso d'opera circa l'esercizio delle libertà e dei poteri. Perché è sufficiente sapere che, se qualche danno si provocherà, interverrà a posteriori il *buon, vecchio, affidabile* diritto penale liberale, provvedendo a ricostruire eventuali catene di responsabilità. Dopotutto, per continuare, *gattopardescamente*, a poter fare (o ad omettere di fare) senza troppi intralci, il rischio di qualche condanna sporadica e simbolica dovrà pur essere messo in conto...

Ora, non si vuole mettere in dubbio che il diritto penale possa avere una propria incidenza sul piano della prevenzione (ma si tratta di comprendere, come diremo, se ciò attenga prioritariamente al *punire* oppure al *fare verità* circa le condotte criminose, intercettandole e contrastandone gli effetti). Ciò che, piuttosto, non funziona è il diritto penale concepito come fulcro o, addirittura, come presidio egemone della prevenzione: il cui ruolo finisce per giustificare la mancata attivazione di una politica criminale ben più complessiva intesa a minimizzare la possibilità del prodursi di eventi offensivi (secondo la consapevolezza per cui sorvegliare sulla legalità dei comportamenti non ha nulla a che vedere con visioni totalitarie del ruolo dello Stato, bensì rappresenta il presupposto irrinunciabile di rapporti sociali ed economici non condizionati da prevaricazioni o inadempienze, vale a dire conformi all'obiettivo costituzionale di «rimuovere gli ostacoli» che limitino la *libertà* dei cittadini).

La vicenda relativa alla pandemia Covid-19 ha dimostrato il fallimento del compito fondamentale dello Stato (non solo il nostro) di preservare adeguatamente l'incolumità dei cittadini rispetto al diffondersi del contagio, nonostante la presenza del diritto penale. E ciò in un modo così esteso da lasciar percepire che sarebbe esposto a disparità inaccettabili auspicare la punizione, *ex post*, di tutte le inadempienze e di tutti gli errori episodicamente emergenti cui possano ricondursi eventi lesivi da Sars-Cov-2: l'attivazione, in altre parole, di quel diritto penale incentrato sul punire che per quella via – si noti – dovrebbe operare in senso (general)preventivo quanto al futuro, dopo aver dimostrato tutta la sua inefficacia quanto al passato³.

Una constatazione che evidenzia inevitabilmente, peraltro, la contraddittorietà dell'applicare pene talora molto pesanti, e non di rado invocate a gran voce, con riguardo (soprattutto) a condotte non intenzionali produttive di singoli eventi dannosi, in ambiti diversi da quello della pandemia tuttora in itinere.

2. Se il precetto comportamentale è reso adespota e sfuggente

Un secondo dato il quale trova plastica conferma in rapporto all'andamento, nel nostro Paese, della pandemia Covid-19 è costituito dall'importanza cardine che riveste a fini preventivi l'autorevolezza delle indicazioni comportamentali poste a salvaguardia dei beni giuridici di maggior rilievo, vale a dire il profilo della prevenzione generale *positiva*, fondata sulla credibilità, la nitidezza e l'attitudine motivazionale dei precetti insiti nelle norme: profilo non surrogabile facendo leva sulla portata intimidativa delle sanzioni comminate verso chi trasgredisca simili regole.

Il che rimanda al ruolo di una comunicazione corretta ed efficace dei rischi correlati a emergenze sanitarie, tema sul quale s'è assistito a un

³ Posto, del resto, «che è proprio il risentimento, la rabbia, l'astio vendicativo ciò da cui ogni comunità sociale deve soprattutto guardarsi», «almeno se non vuole cedere allo smarrimento generato da un ignoto minaccioso e se non vuole che dall'immane catastrofe mondiale del virus si passi repentinamente all'ulteriore catastrofe di selve di dita puntate in segno di condanna»: così G. FORTI, *Introduzione. Un'attesa di luce, dalla carità*, in G. FORTI (Ed.), *Le regole e la vita del buon uso di una crisi, tra letteratura e diritto*, Vita e Pensiero, 2020, 33, che auspica – v. in proposito anche *infra*, § 11 – «la sostituzione del corrosivo linguaggio della guerra, con il benefico lessico della cura» (*ibidem*).

notevole incremento di studi dopo le epidemie di inizio millennio (più contenute, in estensione e persone coinvolte, della pandemia attuale), ai quali ha fatto seguito, nel 2017, la pubblicazione di linee-guida, col medesimo fine, da parte dell'Organizzazione mondiale della sanità⁴.

È accaduto, infatti, che in Italia, dopo il *lockdown* primaverile del 2020, praticato con buon esito anche nelle regioni in quel momento meno colpite, i messaggi ufficiali o semi-ufficiali chiari, con la metà del mese di maggio, siano venuti meno. Cancellato l'appuntamento televisivo quotidiano con il rapporto della Protezione civile sull'evolversi della pandemia, tutto pareva orientarsi, ormai, a rimuovere il senso del pericolo e a *liberalizzare* le condotte personali: ben al di là di quanto richiesto dall'esigenza che i settori portanti dell'economia non venissero compromessi.

Risultava senza dubbio necessaria una ripresa, in genere, delle varie attività (che peraltro in molti settori industriali non s'erano mai interrotte), ma il problema era il *come*: e sulle cautele indispensabili, specie nei comportamenti voluttuari, finì per calare il silenzio. V'era, sul piano politico, chi cercava consenso, lasciando intendere che ormai tutto si dovesse *concedere*, riproponendo all'immaginario collettivo lo schema anacronistico della diatriba tra un potere autoritario e il desiderio di libertà (con un'antologia di perorazioni nel nome della libertà degne, davvero, di ben altre cause). E chi cercava di non perdere consenso, evitando di esporsi a sollecitare o imporre cautele, ritenendole non più gradite. Immemori tutti – potremmo osservare – di qualcuno che, a fronte di una pandemia imminente d'altra natura, prometteva al suo popolo, ottant'anni orsono, *blood, toil, tears and sweat*.

Il fatto è, bisogna ammetterlo, che si avvicinavano – purtroppo – le ele-

4 Cfr. D. C. GLIK, *Risk communication for public health emergencies*, in «Annual Review of Public Health» (2007), 33 ss. (specie in merito a diverse precondizioni della risposta soggettiva a eventi pandemici); B. REYNOLDS - M. W. SEEGER, *Crisis and Emergency Risk Communication as an Integrative Model*, in «Journal of Health Communication» (2005), 43 ss.; R. REINTJES, E. DAS, C. KLEMM, J.H. RICHARDUS, V. KESSLER, A. AHMAD, «Pandemic Public Health Paradox»: *Time Series Analysis of the 2009/10 Influenza A/H1N1 Epidemiology, Media Attention, Risk Perception and Public Reactions in 5 European Countries*, in «PLOS ONE» (2016), e0151258 (sulla dipendenza della percezione dei rischi e dei relativi comportamenti più a seguito di una logica mediatica che di una logica epidemiologica); WORLD HEALTH ORGANIZATION, *Communicating risk in public health emergencies: A WHO guideline for emergency risk communication (ERC) policy and practice* (<https://apps.who.int/>).

zioni amministrative di settembre. Un *purtroppo* molto amaro, perché non dovremmo ridurre la democrazia, il bene più prezioso che siamo riusciti a garantirci sul piano sociale, in condizioni tali da dover temere il *morire* di democrazia.

In sostanza, venne a mancare una comunicazione sociale esplicita e convinta circa le norme prudenziali che si sarebbero dovute ancora osservare, per cui esigenze di carattere solidaristico – non poi, invero, così drammaticamente onerose – relative a un momento esso sì drammatico della vita civile non furono più intese, da molti, come tali, ma come sacrifici non ulteriormente tollerabili.

Ma venne intaccata altresì (e il problema rischia di non essere mai superabile in un contesto politico perennemente conflittuale) la percezione di quella capacità di filtro nei confronti di istanze rispondenti a interessi solo settoriali, necessaria – ai diversi livelli della *governance* – onde salvaguardare dinnanzi alla pandemia la salute di ciascun cittadino senza compromettere la tenuta economico-sociale del Paese: questione che è andata di continuo riproponendosi, per esempio, nell’ambito del rapporto tra Stato e regioni (permanendo, beninteso, un’esigenza solidaristica di non abbandono anche nei confronti di chi, per il bene di tutti, abbia dovuto sospendere attività di rilievo economico o abbia perduto il lavoro).

Un clima che del resto ha influito drammaticamente, a quanto può evincersi, pure sull’impegno di chi in sede amministrativa avrebbe dovuto sfruttare, come già accennavamo, la bonaccia estiva per riorganizzare al meglio la sanità, i trasporti, la scuola e quant’altro affinché la pandemia non riacquistasse, in autunno, la sua virulenza.

Non senza che il disorientamento sia stato favorito, beninteso, dalla stessa impreparazione dell’opinione pubblica a prendere atto di come la scienza, affrontando scenari nuovi, non sia in grado di spendere taumaturgiche parole di certezza, ma debba misurarsi con i tempi della ricerca e della sperimentazione. Sebbene a quel disorientamento ebbe a contribuire, per esempio, pur chi in ambito medico lasciò intendere, con l’autorevolezza della sua fama ed evocando (nientemeno che) la *evidence-based medicine*, di aver veduto il *virus morto*.

Dovendosi supporre, peraltro, che abbia operato in non pochi, altresì, il

retropensiero secondo cui – altra considerazione amara – certe condotte avventate o, comunque, inadeguate al livello del rischio avrebbero gravato dal punto di vista statistico, in termini di diffusione e gravità degli effetti propriamente patologici, soprattutto su fasce deboli, e per lo più silenti, della popolazione.

Così che in Italia tra novembre e dicembre 2020 si sono avuti giorni, purtroppo, con più di ottocento morti – e più di ventimila morti in un solo mese – affetti dal virus Sars-Cov-2, di cui la maggior parte non transitati attraverso le terapie intensive. E poi, di seguito, molte centinaia di morti al giorno (se ne dà notizia come fosse una *routine*), tanto da avviarci ai centomila decessi (registrati), per la pandemia, a un anno dal suo inizio. Senza che ciò sia stato vissuto con troppo allarme sociale: malgrado gli esiti infausti, assenti co-morbilità, riguardanti anche persone giovani, nonché gli strascichi pesantissimi per molti tra i ‘guariti’. E senza che ciò abbia indotto a uno stile diffuso, quantomeno, di *self-restraint* nell’auspicare allentamenti generalizzati delle limitazioni reintrodotte nel mese di ottobre.

S’è trattato – e si tratta – di esiti letali ben superiori alla somma di quelli dei numerosi terremoti succedutisi in Italia negli ultimi decenni, e che giustamente ricordiamo con sgomento. Eppure, archiviati con minore difficoltà (per non parlare delle notizie sulle persone decedute nel sud del mondo): d’altra parte, il futuro sarà di chi non s’è trovato a dover soccombere, il quale potrà pur sempre affermare che, alla fine, è *andato tutto bene...*

Di certo, comunque, non si sono avuti riscontri del fatto che gli esiti della mancata percezione, nei mesi scorsi, di un messaggio socio-politico condiviso inteso a far valere la persistente gravità dei rischi pandemici siano stati compensati dalle sanzioni amministrative pur previste, e pur anche sporadicamente applicate, circa l’inottemperanza di specifiche regole prudenziali, né, per quanto concerne violazioni di altro tipo, dallo strumentario penalistico in vigore.

Piuttosto, proprio una certa ripresa della capacità d’indirizzo politico orientato al contenimento del contagio – quale s’è constatata, pur tra molte incertezze e notevoli equilibrismi, attraverso l’intento, prima, di automatizzare le regole del distanziamento applicabili a livello regiona-

le⁵ e, poi, attraverso le disposizioni relative alle festività natalizie – pare aver ripristinato, da ultimo, livelli accettabili di adesione sociale (ma non senza plateali eccezioni) all’agire responsabile nei confronti della pandemia: grazie anche alle garanzie di ristoro dei costi economici derivanti, per molti, dalle norme preventive. Del resto, sarebbe stato deleterio, anche in termini di credibilità delle istituzioni, ripetere con riguardo alle ferie invernali quanto era accaduto nel mese di agosto, sussistendo fra l’altro un contesto di partenza, in autunno, ben più pesante di quello che pure s’era riusciti a ottenere nei primi giorni di luglio del 2020.

Se, pertanto, in dati contesti nessuno si accolla la responsabilità di messaggi comportamentali esigenti, caricandoli della propria autorevolezza e di forza ideale, vale a dire investendo sulla capacità motivazionale dei medesimi, gli stessi precetti normativi perdono inevitabilmente di credibilità, quantunque presidiati da norme sanzionatorie. Li si adempirà in un senso solo minimalista. E il poter far conto sulla *cifra oscura*, con riguardo ad azioni trasgressive o ad inerzie colpevoli, finirà per dimostrarsi, molto spesso, decisivo.

Ragioni, queste, per cui il maggior impegno personale nel fare resistenza alla pandemia, anche al di là del giuridicamente dovuto, s’è manifestato, a ben vedere, tra i medici, gli infermieri e gli altri operatori del settore sanitario: probabilmente, proprio perché in tali ambiti professionali è radicata e resta diffusa una forte consapevolezza del valore etico-sociale rivestito dalla funzione cui assolvono.

Come qualcosa di analogo può dirsi circa l’azione svolta sul territorio, in favore delle persone che la pandemia ha reso vulnerabili, dal volontariato sociale.

3. La congiura del silenzio correlata (ma non soltanto) al modello del reato colposo

Errare è umano. Perseverare no. Ma al fine di non ripetere gli errori necessita che questi siano identificati per quello che sono e che, quando ciò accada, non vengano coperti. Necessita, dunque, che, su basi scientifiche

5 Nonostante i forti dubbi emergenti sull’adeguatezza preventiva della ‘zona gialla’ nei casi in cui risultino, comunque, tassi regionali elevati di nuovi positivi, specie in rapporto ai criteri di calcolo circa i posti di terapia intensiva disponibili.

e alla luce dell'esperienza, emerge come errore ciò che non si sapeva essere tale⁶. E necessita che si ammetta, quando pure sarebbe stato possibile non sbagliare, di aver sbagliato senza averlo voluto.

Più difficile, è ovvio, risulta ammettere di aver sbagliato per aver posto in essere *consapevolmente* una condotta rilevante ai fini di un reato di pericolo o ai fini della responsabilità per colpa, confidando, in modo più o meno avventato, che, purtuttavia, nulla in termini di danno ne sarebbe scaturito: quando invece, poi, la realtà impietosamente lo smentisce, così da rendere tangibile l'esigenza – l'urgenza – di un agire corretto (non senza, si auspica, qualche rimorso per il passato).

E ancor più difficile è riconoscere di aver *voluto*, sciaguratamente, un certo evento lesivo: il che contraddistingue l'ambito, a sé stante, dei reati dolosi di danno. Ipotesi rispetto alla quale non si tratta di evitare per il futuro errori (che, in senso proprio, non ci sono stati) o il produrre, comunque, fattori di rischio, bensì di agire affinché l'intento di recare pregiudizio, deliberatamente, a un dato bene (ad opera dell'agente pregresso o di chiunque altro) non abbia a riproporsi.

Lo sbagliare, dunque, si manifesta in modo articolato, secondo confini i quali, tra le situazioni menzionate – a parte il dolo di danno, se si prescinde dalla contaminazione che ne produce la figura del dolo eventuale – non sempre risultano tracciabili in maniera netta.

I fatti lesivi intenzionalmente perpetrati – sebbene abbiano assunto un ruolo paradigmatico ai fini penali e proprio intorno ad essi (intorno all'omicidio volontario e al furto) si sia costruita la teoria del reato – rappresentano, tuttavia, solo una parte, certamente minoritaria, dei casi in cui si verificano eventi lesivi gravi: i quali costituiscono, per lo più, *effetti collaterali* (*collateral damages*) di condotte lucrative pericolose, del perseguimento di finalità egoistiche oppure di errori compiuti in sede valutativa o esecutiva (come tali, non volontari): talora inevitabili e talora dovuti a trascuratezza, impreparazione, disorganizzazione o pigrizia.

6 Dev'essere ben chiaro, come osserva F. PALAZZO, *Pandemia e responsabilità colposa*, in «SP» (26 aprile 2020), che «l'errore non è per ciò solo sempre e necessariamente colpevole» (n. 3), col pericolo, tuttavia, che finisca per operare in sede giudiziaria la «regola del "senno di poi"» (n. 1). Sul tema cfr. C. IAGNEMMA, *Error in deliberando. Scelte e gestioni fallaci della condotta nell'illecito colposo*, ETS, 2020, in part. 125 ss.

Tutti elementi, questi ultimi, che perpetuano il loro proporsi (con gli inevitabili esiti di danno), attraverso il rimanere nell'ombra e, pertanto, attraverso la mancanza di procedure trasparenti, la non individuazione degli anelli deboli negli iter comportamentali complessi, il mancato monitoraggio critico delle procedure decisionali od operative. Il che rende possibile l'incancrenirsi di prassi comportamentali *contra legem* oppure, comunque, inadeguate o lassiste.

Risulta palese, allora, che quanto favorisce di più un simile stato delle cose, e maggiormente necessita di essere contrastato a scopo preventivo, è costituito da tutto ciò che ostacola l'identificazione in concreto delle condotte rilevanti nell'ambito della catena causale sfociata in un dato evento lesivo, o suscettibile di produrlo: identificazione necessaria onde far sì che su quelle condotte possa intervenire nei contesti stessi della loro operatività, così da minimizzare la loro incidenza futura.

Il problema tuttavia – non più eludibile – è che l'ostacolo principale all'emergere di simili condotte risulta costituito, per paradosso, proprio dallo strumento con il quale le s'intende reprimere nel caso in cui rilevano ai fini di un reato, vale a dire dal diritto penale così come oggi lo conosciamo. Non, dunque, dal diritto penale in sé, o come lo si vorrà rinominare nel futuro: cioè dal diritto penale costituente, spesso, l'unico mezzo (e questo è un limite del sistema) con cui viene fatta luce sull'iter che abbia condotto a eventi dolorosi o, comunque, offensivi di beni fondamentali. Piuttosto, dal diritto penale che, *anteponendo il fine di punire a quello del fare verità*, rende indisponibili alla trasparenza tutti i soggetti coinvolti in vicende che abbiano comportato (o avrebbero potuto comportare) esiti di danno, per il timore di essere puniti.

Nessuno, in un tale contesto, ammetterà mai alcunché. La formulazione vaga dell'illecito colposo è sempre in agguato. Anche chi pensa d'aver fatto bene in una delle vicende suddette rimarrà silenzioso, perché la costruzione giudiziaria *ex post* di qualche cautela violata, se è da escludersi *ex libris*, lo sarà ben più difficilmente nella prassi⁷. Del pari, mai si riconoscerà, riesaminando a posteriori una certa attività, che nell'uno o nell'altro passaggio si sarebbe potuto *fare meglio*, perché ciò impliche-

⁷ Del resto, «la responsabilità colposa si presta ad alimentare l'illusione che l'uomo sappia – abbia il potere – di controllare, ridurre o azzerare qualunque rischio, così allontanando da sé il male»: così F. PALAZZO, *Pandemia*, cit., n. 1.

rebbe attirare verso di sé, quantomeno, un'attività d'indagine: sebbene, comunemente, si affermi che imparare dai propri errori costituisce il motore del progresso.

Ed è così che il diritto penale viene a rappresentare, di fatto, l'alleato più prezioso dello *status quo* relativo al perpetuarsi delle carenze di prevenzione, in quanto ne ostacola lo stesso riconoscimento, relegandole a costituire oggetto di analisi – generiche e nella sostanza inoffensive – da parte dei media. Salvo, in un simile panorama, il prezzo di sporadici squarci processuali tardivi, accompagnati dalla condanna di qualcuno probabilmente colpevole, ma di certo utile ad assumere il ruolo del capro espiatorio. Onde permettere all'opinione pubblica di ritenere risolto, senza che nulla cambi, lo sconcerto prodotto dall'una o dall'altra tragedia, perché s'è fatto *quel che si doveva fare*: cioè, per l'appunto, applicare una condanna.

È la presenza del diritto penale nella sua configurazione vigente che bandisce l'autocritica, il dubbio, il mettersi in discussione: quanto, cioè, dovrebbe costituire una sorta di minimo comun denominatore dell'umano e che il sistema punitivo tradizionale rende impossibile, nobilitandone – insidiosamente – le ragioni: posto che, senza dubbio, *nemo tenetur se detegere*. E ciò, per inciso, fa apparire patetici, seppur encomiabili, quei giornalisti d'inchiesta i quali talora (letteralmente) rincorrono per via presunti colpevoli onde ottenerne poco probabili ammissioni, manifestando sgomento, poi, per tanto sgarbate indisponibilità.

Tutto ciò blinda le dinamiche di noncuranza, di compromesso, di prevaricazione delle regole operanti nella società, fino al punto che esse ne divengono un *habitus* in grado di condurre la società stessa a non avvertire le sue contraddizioni e, con ciò, l'esigenza di migliorarsi: ma, proprio per questo, la rendono disposta, in certi casi, a condannare.

Anche su simili limiti del sistema penale la pandemia Covid-19 getta una luce impietosa. Una volta constatato, a fine febbraio 2020, che non s'era riusciti a circoscrivere il contagio e che esso sarebbe perdurato a lungo col suo triste carico di lutti e di malati, si è parlato di tutto, ma di *errori* compiuti, dei quali tener conto, non s'è udito alcunché da parte di chi ha gestito, su piani diversi, l'intera vicenda.

Lo spettro delle condanne penali – nonostante l'intervenuto depoten-

ziamento, nella sua sfera applicativa, del delitto di abuso d'ufficio – ha interdetto qualsiasi possibilità di revisione autocritica trasparente delle scelte aventi per oggetto, a ogni livello, la prevenzione e il contrasto della pandemia: in altre parole, di quanto costituisce il presupposto necessario per evitare il riprodursi degli errori.

Il che ha favorito un atteggiamento di deresponsabilizzazione, sul piano sociale, circa l'intera problematica: e, lo si sa, un contesto civile che si avverte *innocente* sarà ben poco disposto ad accettare dei doveri di solidarietà. Tantomeno, sarà disposto a riflettere sulle contraddizioni di certi indirizzi socio-politici che, attraverso l'enfasi sulla dilatazione dei diritti individuali (spesso coincidente con l'orientamento a ri-privatizzare la gestione dei bisogni primari), hanno sgretolato la sensibilità dell'opinione pubblica circa la salvaguardia dei diritti di natura sociale, come quello alla vita e alla salute.

Né appare agevole, in un tale quadro, sollecitare a interrogarsi – lo si additerà, dai più, come *moralismo* – sul senso stesso del vivere fondato sulla fruizione di beni e di opportunità ludiche. Se il 'pieno sviluppo della persona umana', *ex art. 3 Cost.*, diviene il fare *shopping*, il poter sciare (beninteso, assai gradevole), e il partecipare alla *movida* (altrimenti, *che vita è?*), diverrà difficile non avvertire come deprivazioni esistenziali, accettandole, determinate cautele.

Ma, per questa via, anche il bilanciamento fra esigenze essenziali, quali la tutela della salute e la tenuta del sistema economico, finiranno per essere concepite non come la massima possibile espansione dell'una *insieme* con l'altra (secondo una logica dell'*et-et*), bensì come l'entrata in gioco di ogni interesse *particolare* (dagli interessi materiali, alla ricerca *todo modo* del consenso), con la sua capacità di pressione: di ogni interesse disposto, cioè, a *prevalere* (secondo la logica dell'*aut-aut*) sulla salvaguardia della salute⁸. Così che ben s'è distinta qualche voce dal sen fuggita, ancorché ritrattata (*sed nescit vox missa reverti*), secondo cui la morte di qualcuno per Covid-19 (invero, al momento, sono assai oltre mezzo milione di persone nella sola Europa), specie ove ascrivibile all'area *costosa* dei soggetti deboli (ma la loro, secondo alcuni, *che vita è?*), costituirebbe un *side effect* accettabile. E così che i concetti di *bilan-*

⁸ Chi scrive aveva fatto riferimento a queste distinzioni nel forum *Scelte tragiche e Covid-19*, in *giustiziainsieme.it*, 24 marzo 2020 (terzo quesito).

ciamento e di *proporzionalità* finiscono per trasformarsi in *parole magiche* utili per qualsiasi giustificazione.

Se ogni valutazione sulla correttezza del già fatto e del da farsi è affidato al ventilabro futuro ed eventuale dei giudizi penali e alla *roulette* delle condanne, ne deriva che fino al momento in cui ciò non accada tutto quanto si fa soggiace a una presunzione di virtuosità o di adeguatezza sociale⁹ che, nella sostanza, promuove omertà, dissuade dal porre in discussione le proprie condotte, inibisce il senso della corresponsabilità: esiti, questi, totalmente disfunzionali rispetto alle esigenze della prevenzione.

Nasce, conseguentemente, il dubbio se (anche) il diritto penale non debba operare per *favorire*, piuttosto che per disincentivare, la trasparenza delle condotte umane suscettibili di rilevanza causale rispetto agli eventi lesivi e, dunque, l'emergere rispetto ad esse della verità, cioè degli errori e delle trasgressioni che le abbiano accompagnate. Non senza che ciò possa trovare spazio pure rispetto alle inadempienze consapevoli e perfino rispetto a fatti lesivi intenzionalmente cagionati (anche non precludendo l'offerta riparativa, sussistendone le condizioni, nei confronti dello stesso soggetto eventualmente chiamato in correità): dato che la respiscenza o, se si vuole, il rimorso, sono caratteristiche dell'umano che non è bene scoraggiare, se non altro perché l'interesse al silenzio e a non far emergere discontinuità comportamentali favorisce, comunque, il perseverare nell'agire antigiuridico.

Un tema, questo, che forse per la prima volta – dinnanzi alla complessità del caso rappresentato dalla pandemia – appare non scontrarsi a priori con il sentire sociale: se è vero che l'emergere, talora inestricabile, di inadeguatezze e di abnegazione nei diversi settori coinvolti a fini di contrasto del contagio sembra non aver destato, finora, richieste di trasformazione automatica dell'esigenza *di sapere* nella richiesta di condanne (o, quantomeno, di condanne esemplari nel solco della corrispettività ritorsiva).

Ne costituisce riscontro la dichiarazione ripetuta, da parte di chi tutela legalmente i denunciati rispetto ai fatti relativi alla tragedia del marzo

⁹ Ben altra cosa rispetto all'assunto della non colpevolezza, quando un processo venga attivato.

2020 nelle valli bergamasche, di un interesse delle vittime e dei loro familiari – insopprimibile – a fare verità, piuttosto che a punire.

Si tratta di un mutamento possibile del paradigma punitivo circa il quale vale la pena discutere.

4. Eppure nulla di nuovo: punirne uno per educarne cento

Il meccanismo giustificativo del *modus puniendi* inveterato risulta sottile. È proprio perché non si riescono a individuare le responsabilità a monte di tutti gli eventi lesivi, è proprio perché è impossibile intercettare tutte le condotte pericolose, è proprio perché non tutti i consociati si lasciano persuadere *con le buone* a rispettare i precetti penali, che occorre far leva sull'intimidazione: cioè sulla sofferenza insita nelle pene detentive minacciate ed eseguite.

Questo, nella sostanza, il messaggio: l'inefficienza preventiva sarà compensata dal timore del *male* che, una volta posto in essere un reato, ne potrebbe purtuttavia derivare – talora – nei confronti dell'autore. Ovvero: si sa che se violi le norme, quelle penali e quelle cautelari, potresti farla franca, ma vedi di non farvi troppo conto, perché se il destino volesse che a seguito di ciò, invece, tu fossi punito, te la passeresti male.

E, per quanto Beccaria pensasse che quel male dovesse risultare solo di un poco più consistente rispetto al beneficio atteso dalla condotta illecita, onde dissuadere il buon ragioniere che aspirasse a delinquere, tutti i legislatori hanno ritenuto, piuttosto, che quel male dovesse essere ben evidente e sostanzioso, per configurarsi *esemplare* rispetto agli altri consociati: al fine di produrre, in tal modo, deterrenza (con rinforzo periodico dei dosaggi in rapporto al fluttuare degli intenti demagogici, come offre esempio, da anni, il nostro parlamento).

Dai più, nondimeno, simile modello di contrasto della criminalità è ritenuto inconfutabile. Ma – a parte l'obiezione kantiana sull'utilizzo palesemente strumentale del condannato che ne deriva – si deve considerare che proprio l'aver fatto leva sull'intimidazione ha impedito di coltivare in modo adeguato, e sovente anche solo di prendere in esame, strumenti diversi del fare prevenzione, in quanto giudicati a priori inefficienti solo perché non in grado di garantire automaticità (o definitività) dei risulta-

ti. Immaginando che una simile certezza potesse essere offerta proprio dall'ingranaggio – illusoriamente meccanicistico – dell'intimidazione. E non avvedendosi che, viceversa, l'efficienza preventiva dell'intimidazione è assai minore rispetto a quella dei fattori, ritenuti inefficienti, che attraverso di essa sono stati estromessi.

Non è vero, infatti, che i suddetti fattori – quelli, già menzionati, concernenti la prevenzione primaria, l'autorevolezza delle indicazioni comportamentali, l'emergere della verità in merito alle condotte antigiusuridiche, e così via – siano stati oggetto, comunque, di un impegno serio, quanto alla loro valorizzazione, da parte dell'ordinamento giuridico.

Mentre, per converso, i difetti dell'intimidazione, seppure il più delle volte rimossi, sono ben noti alla dottrina penalistica, così che può bastare riprenderli in modo sommario.

Preliminarmente, va preso atto della circostanza che le scelte criminose, anche quelle di carattere economico-lucrativo, non rispondono a mere ponderazioni di rischi e possibili benefici, ma si inseriscono in contesti sia psicologici, sia culturali ben più complessi¹⁰: in quanto tali difficilmente sussumibili entro l'ambito di costanti dell'agire riferite a una sola variabile, costituita dall'entità sanzionatoria (del resto, le stesse massime di esperienza rappresentano, per definizione, regolarità statistiche, in quanto scontano il carattere di autonomia delle decisioni umane).

Ciò premesso, il far leva sulla deterrenza resta caratteristica tipica dello Stato debole, che non sapendo, o non volendo, approntare strategie filtro sufficientemente credibili dell'illegalità (in grado di ostacolare, *ex ante*, o far emergere, *ex post*, la commissione delle condotte illecite), necessita di far valere, sporadicamente, la sua presenza attraverso qualche condanna esemplare, applicata per lo più nei confronti di soggetti poco integrati oppure, ormai, socialmente compromessi.

Soprattutto, però, è proprio il sussistere, comunque ineliminabile, del

¹⁰ Valgano i riferimenti classici a D. KAHEMANN, *Pensieri lenti e veloci* (2011), trad. it. di L. Serra, Feltrinelli, 2012 e H. SIMON, *Models of bounded rationality. Behavioral economics and business organization*, The MIT Press, 1982. Cfr. altresì M. OGAKI - S. C. TANAKA, *Behavioral Economics. Toward a New Economics by Integration with Traditional Economics*, Springer, 2017; M. REUTER - C. MONTAG (Edd.), *Neuroeconomics*, Springer, 2016; E. A. WILHELMS - V. F. REYNA (Edd.), *Neuroeconomics, Judgment and Decision Making*, Psychology Press, 2015.

possibile sfruttamento senza conseguenze sanzionatorie di opportunità favorevoli alla commissione dei reati che rende palese l'inadeguatezza di una strategia preventiva la quale, fondandosi sull'intimidazione (cioè, in termini penalistici, sulla *coazione*), estromette il rilievo cardine dell'elemento *motivazionale* (cioè dell'elemento orientato a favorire, anche attraverso le disposizioni penali o cautelari, scelte di adesione *personale* ai precetti normativi).

Se, infatti, non si realizza un'interiorizzazione del rispetto delle norme secondo ragioni indipendenti dal timore di subire una pena, gli spazi percorribili onde agire *contra legem* sussistendo *chance* non marginali di evitare condanne verranno comunque, in molti casi, sfruttati¹¹.

Considerato, inoltre, che la dinamica intimidativa implica il concepire la pena come un danno – come un male che dev'essere temuto – e, pertanto, secondo contenuti opposti rispetto a quelli propri dei beni che, attraverso di essa, si vorrebbero tutelare, è la stessa logica della deterrenza che si frappone alla percezione sociale dell'intangibilità di quei beni, producendo, piuttosto, il decadere del loro rilievo nella coscienza civile e una maggiore disponibilità a offenderli. Come ebbe a evidenziare, attraverso parole mai sufficientemente richiamate, Cesare Beccaria con riguardo allo strumento intimidativo estremo e paradigmatico costituito dalla pena di morte: «parmi un assurdo che le leggi, che sono l'espressione della pubblica volontà, che detestano e puniscono l'omicidio, ne commettano uno esso medesime, e, per allontanare i cittadini dall'assassinio, ordinino un pubblico assassino»¹².

Tutto questo segnala che la logica intimidativa, cui continua a ispirarsi per larga parte la legislazione penale, si rivela controproducente rispetto all'intento di conseguire un'indisponibilità diffusa, non condizionata e stabile nel tempo, a trasgredire le norme penali: posto che simile esito è legato essenzialmente alla capacità dell'ordinamento giuridico di ottenere – anche attraverso la conformazione delle norme penali, cioè delle modalità prospettate di risposta ai reati – livelli elevati di *consenso* (vale

11 D'altra parte, se la prevenzione si identificasse con la capacità di intimidire bisognerebbe riconoscere che il terrorista suicida mette in scacco qualsiasi intento preventivo delle norme penali, avendo già accettato per sé stesso il massimo dell'intimidazione praticabile, cioè la minaccia della morte.

12 C. BECCARIA, *Dei delitti e delle pene* [1764], § XXVII, in *Edizione nazionale delle opere di Cesare Beccaria* diretta da L. Firpo, vol. I, Mediobanca, 1984, 92 s.

a dire di adesione per scelta, e non per timore) al rispetto dei precetti comportamentali desumibili da tali norme: secondo ciò che caratterizza, come già richiamavamo, una modalità *positiva* della prevenzione generale (ferma, sempre, l'esigenza di una prevenzione primaria organicamente strutturata e di un contrasto efficiente dei profitti illecitamente conseguiti).

Ne deriva il ruolo cardine dell'orientamento motivazionale che, ai sensi dell'art. 27, co. 3, Cost., dovrebbe caratterizzare nel loro contenuto le sanzioni penali. Nulla, infatti, rafforza la permanente validità di una norma trasgredita più della circostanza che proprio il trasgressore accrediti tale validità attraverso una propria responsabilizzazione, anche in senso riparativo, nei confronti del reato commesso, nonché attraverso la reimpostazione secondo legalità della propria vita. D'altra parte, mentre politiche di mera coazione neutralizzativa si sono sempre scontrate col limite di non riuscire a evitare il riprodursi delle compagini criminali e, dunque, a diminuire i tassi di criminalità, l'agente di reato che abbia fatto propria, talvolta non senza rischio, una scelta di reintegrazione sociale funge nel contesto di provenienza da elemento disfunzionale rispetto all'attrattività dell'agire criminoso e, in tal senso, contribuisce a *chiudere* potenziali percorsi di approdo alla criminalità (o, se si vuole, a *chiudere posti di lavoro criminale*). Come ben sa la criminalità organizzata che, non a caso, teme soprattutto l'eventualità delle defezioni, in quanto minano la capacità di seduzione del modello di vita criminale, ma anche l'immagine di una forza granitica del gruppo associato, nell'ambiente in cui agisce.

Per cui gli obiettivi della prevenzione generale e di quella speciale non dovrebbero essere ritenuti fra loro autonomi. L'orientamento voluto dai Costituenti verso il *recupero* del condannato rappresenta, piuttosto, un aspetto *coessenziale* della finalità generalpreventiva: tanto da potersi parlare, come altrove proponevamo¹³, di una prevenzione generale (e speciale) *reintegratrice*.

Peraltro si è ritenuto per secoli che quel tanto di prevenzione che è dato conseguire dipenda da dinamiche deterministiche di esemplarità

13 Cfr. L. EUSEBI, 'Gestire' il fatto di reato. Prospettive incerte di affrancamento dalla pena 'ritorsione', in C.E. PALIERO - F. VIGANÒ - F. BASILE - G.L. GATTA (Edd.), *La pena, ancora fra attualità e tradizione. Studi in onore di Emilio Dolcini*, Giuffrè, 235.

punitiva. Ma ciò non ha fatto sì che la criminalità fosse eliminata. Quest'ultima, anzi, sembra assumere oggi forme così integrate di rapporto con l'organizzazione istituzionale ed economica della società moderna da far apparire del tutto obsoleto quel modello così semplicistico: la cui presunta efficacia finisce per fornire il pretesto onde non intraprendere forme di contrasto ben più sostanziali dell'illegalità anche grave.

La prevenzione non risponde a logiche di mera coazione psicologica. Ad esse, forse, va attribuito un ambito realistico di efficacia solo con riguardo alla possibilità di far valere conseguenze svantaggiose attendibili della condotta criminosa le quali investano lo stesso elemento del lucro che ne costituisca il movente. Ove, tuttavia, un simile caso non sussista, appare assai poco credibile che l'eventualità remota dell'incidenza di una condanna penale su un bene diverso – sia pure esso la libertà personale – da quello che motiva l'autore di reato a delinquere possa sortire effetti dissuasivi.

La prevenzione, in realtà, costituisce una scommessa, dinamica e diuturna, attraverso la quale l'ordinamento giuridico è chiamato ad adoperarsi per ridurre le opportunità percorribili (sul piano sociale, economico, politico-amministrativo) a fini criminosi; per favorire l'emergere – anche attraverso controlli efficienti – delle condotte illecite pericolose e, in genere, delle condotte rilevanti ai fini penali; per *migliorare* costantemente, facendo verità sui comportamenti inadeguati pregressi, gli standard cautelari e la loro implementazione; per far sì che le attività criminose non sortiscano vantaggi sul piano economico; per conseguire, anche attraverso il contenuto delle sanzioni normativamente previste, un'adesione personale ai precetti legislativi da parte dei consociati e degli stessi autori di reato (intesi tutti, diversamente da quanto riteneva la Scuola positiva, come interlocutori dotati di autonomia); per mantenere aperta, anche nel caso di un'inevitabile restrizione protratta nel tempo della libertà personale (onde scongiurare probabili recidive gravi dell'autore di un delitto o recidere legami altrimenti inscindibili con la criminalità organizzata), l'impegno orientato a conseguire la finalità ri-socializzativa.

È tempo, dunque, di voltare pagina nel progettare la prevenzione. Così che ci si avvii a redigere, piuttosto che un nuovo – e pur sempre vecchio – codice penale, un codice della *politica criminale*.

5. Qualche istruzione dovrà pur trarsi dalla vicenda relativa all'abuso d'ufficio

E che tutto questo sia necessario emerge, altresì, traendo spunto, ancora, dalle vicende della pandemia Covid-19: in particolare, dalla già menzionata riformulazione dell'art. 323 c.p. in materia di abuso d'ufficio.

Nella sostanza, come ben si sa, s'è inteso sottrarre con tale riforma all'ambito di una possibile responsabilità penale la valutazione circa i criteri di utilizzo della discrezionalità amministrativa attribuita al pubblico ufficiale o all'incaricato di pubblico servizio da una norma di legge o avente forza di legge (essendosi inoltre escluso, comunque, il rilievo della violazione di norme regolamentari): così che permane rilevante ex art. 323 c.p. soltanto la violazione di leggi, da parte di soggetti menzionati, che attribuiscano loro obblighi da adempiere senza margini di valutazione discrezionale, oltre che la condotta di omessa astensione.

Ma s'è altresì inteso contrastare, per tale via, l'atteggiamento difensivo *amministrativistico*, in forza del quale il funzionario pubblico è tentato di *non decidere*, anche quando ciò sarebbe necessario e urgente: posto «che l'incombere minaccioso di un eccessivo rischio penale, e di un controllo giudiziario non di rado arbitrariamente invasivo, non giovano all'efficacia e alla rapidità delle decisioni politiche»¹⁴.

La riforma, in sostanza, ha voluto precludere *ab imis* – tuttavia con dubbi di carattere interpretativo e circa i limiti della sua incidenza pratica¹⁵ – l'attivazione di procedimenti penali relativi a supposte scelte di-

14 Così G. FIANDACA, *Appunti per una giustizia nuova, svuotata della demagogia punitiva. Serve un nuovo orientamento culturale per ripensare un ruolo meno invasivo del penale nella sfera pubblica*, in «Il foglio» (22 dicembre 2020).

15 Non senza, tuttavia, problematiche interpretative: cfr. N. PISANI, *La riforma dell'abuso d'ufficio nell'era della semplificazione*, in «DPC» (2021), 9 ss.; V. VALENTINI, *La difesa dall'abuso d'ufficio. Ancora un ritaglio selettivo ex lege 120/2020*, in «disCrimen» (2 gennaio 2021); A. NISCO, *La riforma dell'abuso d'ufficio: un dilemma legislativo insoluto ma non insolubile*, in «SP» (20 novembre 2020); M. GAMBARDILLA, *Simul stabunt vel simul cadent. Discrezionalità amministrativa e sindacato del giudice penale: un binomio indissolubile per la sopravvivenza dell'abuso d'ufficio*, in «SP» (29 luglio 2020); G.L. GATTA, *Da 'spazza-corrotti' a 'basta paura': il decreto-semplificazioni e la riforma con parziale abolizione dell'abuso d'ufficio, approvata dal Governo 'salvo intese' (e la riserva di legge?)*, in «SP» (17 luglio 2020); M. NADDEO, *I tormenti dell'abuso d'ufficio tra teoria e prassi. Discrezionalità amministrativa e infedeltà nel nuovo art. 323 c.p.*, in «Penale. Diritto e Procedura» (16 luglio 2020).

screzionali sbagliate, sul piano nazionale o locale, aventi per oggetto la prevenzione e la gestione della pandemia stessa. Per cui l'eventuale contenzioso in materia sembra, oggi, riconducibile essenzialmente, salva l'applicabilità di altri delitti contro la pubblica amministrazione, a incriminazioni per epidemia colposa ex art. 452 c.p. oppure per lesioni od omicidio colposi: richiedendosi peraltro, in quest'ultimo caso, l'accertamento del nesso di causalità tra specifici eventi lesivi e taluna delle scelte summenzionate (ma non senza tutta l'apprensione che deriva dal fatto per cui nello schema di ragionamento relativo alla colpa si è soliti partire «dalla diligenza necessaria a evitare l'evento, [e] non dal comportamento pretendibile dall'agente concreto»¹⁶).

S'è dunque ritenuto che la prova del dolo di vantaggio patrimoniale o di danno ingiusto, sebbene richiesto come dolo intenzionale, non fosse in grado di garantire, rispetto alla descrizione pregressa della condotta, una sufficiente selezione circa l'ambito del punibile (profilo il quale, per inciso, evidenzia che la determinatezza di una fattispecie penale dovrebbe essere ancorata *in primis* alla descrizione del fatto tipico oggettivo, e non recuperata esclusivamente sul piano dell'elemento soggettivo).

Dovendosi porre in evidenza, tuttavia, come un'esigenza di questo tipo sia stata presa in esame solo nel momento in cui l'incriminazione per abuso d'ufficio avrebbe potuto concernere, presumibilmente, un numero elevato di pubblici amministratori: esigenza, invero, comprensibile, rispetto a una vicenda come quella della pandemia, circa la quale, lo si evidenziava più sopra, sono emerse disfunzioni generalizzate che sarebbe per lo più ingiusto ricondurre, in modo univoco, a singole persone, ma pur sempre tale da non permettere di trascurare che le problematiche applicative dell'art. 323 c.p. sussistevano anche in precedenza e rispetto a casistiche meno eclatanti.

Né potendosi disconoscere, del resto, che una problematica analoga riguarda anche gli ulteriori delitti appena richiamati tuttora applicabili: non essendo essa eludibile per la sola circostanza che simili delitti coinvolgono beni, l'incolumità pubblica e quella personale, rispetto ai

16 Così che le capacità di quest'ultimo finiscono, nella migliore delle ipotesi, per fungere da mero «correttivo di un giudizio di responsabilità fondato sulla condotta salvifica»: in tal senso F. GIUNTA, *Le condizioni di doverosità della regola cautelare e il loro riconoscimento*, in «disCrimen» (2 gennaio 2021), § 1.

quali la cittadinanza risulta maggiormente sensibile (tanto che lo stesso Comitato Nazionale per la Bioetica ha richiesto, in un documento dell'8 aprile 2020, che venga «presa in considerazione l'idea di limitare eventuali profili di responsabilità professionale degli operatori sanitari in relazione alle attività svolte per fronteggiare l'emergenza Covid-19»)¹⁷.

Ciò, peraltro, non può implicare – ed è l'aspetto di interesse ai nostri fini – che un arretramento in materia del diritto penale vigente, sia per l'inadeguatezza preventiva che ha dimostrato, sia per le incoerenze cui darebbe luogo l'applicazione delle pene dal medesimo previste, si trasformi in un'indifferenza verso forme di gestione censurabile della summenzionata discrezionalità o verso altre violazioni rilevanti: dunque, nei confronti del loro emergere e della loro prevenzione per il futuro.

In altre parole, riconoscere i limiti del ricorso al diritto penale così come oggi si realizza non può significare deflettere dall'impegno perché l'illegalità sia contrastata: se prendere commiato dalle forme correnti del ricorso al diritto penale volesse significare questo, ciò si trasformerebbe, fatalmente, in un fattore di avallo del neo-conservatorismo penale e dello *status quo*.

Non si tratta certo di sottostimare l'incidenza destabilizzante dell'illegalità diffusa nel nostro Paese, bensì, al contrario, di impedire che essa possa continuare a celarsi e perpetuarsi sfruttando proprio le caratteristiche del modello punitivo tradizionale.

6. La madre di tutte le *formule magiche*: prevenzione mediante retribuzione

Il fatto è che il modello politico-criminale fondato sul contrasto della criminalità comminando ritorsioni (e, per tal via, sofferenza) ha trovato un ottimo rimedio al manifestarsi dei suoi limiti attraverso il suo celarsi nell'ambito di una visione della risposta ai reati, quella retributiva, che s'è accreditata lungo i secoli come immagine della giustizia.

In particolare, s'è rivelato, a un tempo, paradossale e portentoso l'effetto legittimante prodotto circa il modello suddetto dal pensiero di Kant: il

¹⁷ COMITATO NAZIONALE PER LA BIOETICA, *Covid-19: salute pubblica, libertà individuale, solidarietà sociale*, 28 maggio 2020, <http://bioetica.governo.it/italiano/documenti/pare-ri-e-risposte/>.

che ha condizionato, poi, in misura quasi egemone il pensiero comune sul punire.

Censurando vigorosamente il ricorso al punire di tipo utilitaristico, in quanto motivato dall'asserito interesse pubblico alla deterrenza e alla difesa sociale, Kant propone l'antidoto, come tutti sappiamo, dell'applicare la pena che sia da ritenersi *giusta in sé*, cioè indipendente da qualsiasi obiettivo finalistico. E su questa base, onde risolvere il problema inerente alle caratteristiche della punizione *giusta*, fa ricorso al criterio formale inveterato dell'eguale per l'eguale, condotto alle estreme conseguenze (è palese che Kant pensi ai delitti dolosi classici di evento) attraverso il modello del taglione. Così che la pena sarebbe chiamata ad assumere, in concreto, lo stesso contenuto del reato: *negativo per negativo*. Salva, poi, l'evoluzione di tale contenuto in un negativo riconducibile *per analogia* (oggi, essenzialmente, attraverso la durata della detenzione) al negativo insito nel reato: ma pur sempre in modo tale che la pena mantenga il carattere di corrispettivo, in termini di danno, rispetto al danno in cui si sostanzia il reato.

Con ciò Kant, quindi, suffraga l'idea di una pena che per sua stessa natura, al fine d'essere *giusta*, dovrebbe consistere nel subire da parte del suo destinatario un male – al netto di chi vorrebbe sublimarlo in un bene, attribuendogli ineffabili proprietà espiatorie – conforme al male perpetrato. Ma poiché un male, dal punto di vista della sua attitudine a motivare, lo si può soltanto temere, e poiché gli Stati mai hanno condannato nell'ottica di una teoria assoluta del punire (*quia peccatum est*), bensì sempre in forza di uno scopo da raggiungere con riguardo ai destinatari delle sanzioni, Kant ha finito per attribuire l'aureola della giustizia alle pene intimidative – consistenti, per l'appunto, nella ritorsione di un male rispetto al male – applicate di fatto dagli Stati. E in tal modo ha legittimato ciò che voleva confutare.

Né si potrà ulteriormente occultare questa realtà sostenendo, com'è consuetudine, che la retribuzione, essendo *giusta*, porrebbe un argine all'utilitarismo preventivo. Posto infatti, come ben si sa, che la pena giusta *non esiste* di per sé e che qualsiasi contenuto del punire rappresenta l'esito di una scelta *tutta umana*, le pene comminate ed eseguite sono state, sempre, facilmente intese come modalità di prevenzione secondo giustizia: a parte soltanto valutazioni di sproporzione rispetto a quanto

preveduto nei confronti di situazioni paragonabili per gravità (conformemente alla natura *relativa*, come c'insegna la matematica, del concetto di proporzionalità).

Del resto, lo stesso rimando, circa il contenuto della pena *giusta*, al sentire sociale – in quanto unico elemento, a tal proposito, empiricamente constatabile (almeno in senso statistico) – non promette certo esiti garantistici: ove solo si rammenti, con Hegel, che la «qualità o gravità» attribuita al delitto «è variabile secondo la *situazione* della società civile», e che in ciò, dunque, «risiede la legittimità sia di punire con la morte un furto di pochi soldi o di una rapa, sia di infliggere una pena mite a un furto che implica valori cento e più volte maggiori di quello»¹⁸.

Ed è proprio il contesto fin qui descritto che ha consentito il disquisire, nella manualistica, circa la funzione del punire e l'abbandono delle concezioni *assolute*, dando tuttavia per scontato, se si punisce, lo schema sanzionatorio retributivo chiamato a caratterizzare il contenuto del punire (la pena, affermava Antolisei, «indica il dolore, la sofferenza che viene inflitta a colui che ha violato un comando»¹⁹): così da lasciar intendere di una disputa avente carattere sostanziale, che quel carattere, invece, non ha mai avuto.

In sintesi, *prevenzione mediante retribuzione*. La *formula magica* più equivoca e immobilizzante del sistema penale.

Con essa si è precisato, in modo rassicuratorio, che la prevenzione verrà perseguita attraverso la pena *giusta*. E, reciprocamente, che la pena *giusta* è quella retributiva, cioè la pena che fa corrispondere danno a danno, la quale implica, però, un modello preventivo fondato sull'intimidazione. Per cui la prevenzione dei reati, che necessita di essere *giusta*, non potrà che sostanzarsi in dinamiche intimidative. *Causa finita*. Si fa prevenzione e giustizia – in tal guisa – nel medesimo tempo. E chi lo revoca in dubbio è, a seconda che si voglia dar voce alla grancassa securitaria oppure a quella perbenista, o un nemico della prevenzione o un nemico della giustizia.

18 Si veda G.W.F. HEGEL, *Lineamenti di filosofia del diritto*, ed. it. a cura di V. Cicero, Rusconi, 1996, § 218, 379 (corsivo nell'originale).

19 Cit. ripresa dalla settima edizione, a cura di L. Conti, del *Manuale di diritto penale. Parte generale*, Giuffrè, 2003, 675.

7. La risposta al reato come *progetto*: malgrado tutto, un'idea che si fa strada

In fondo, l'alternativa, nella sua radicalità, è banale. Si tratta di prendere commiato dall'idea del punire inteso come corrispettivo, in forza della quale la pena, nel momento in cui viene inflitta, mutua dal reato un contenuto analogo di negatività, a discapito di chi subisca la condanna (per cui essa, citando di nuovo Antolisei, «consiste nella privazione o diminuzione di un bene individuale»²⁰). Addivenendo, piuttosto, all'idea del provvedimento penale inteso come *progetto*, vale a dire come (proposta di) attivazione del suo destinatario in senso conforme al bene giuridico che sia stato leso: il che, è ovvio, implica pur sempre un impegno dal punto di vista umano – e, in questo senso, un *onere* – per l'agente di reato, ma non nella prospettiva di una ritorsione del male. Se si vuole: non più *negativo per negativo*, ma *positivo per negativo*.

Anche a tal proposito, d'altra parte, la pandemia Covid-19 funge, tristemente, da fattore d'impulso, posto che il tema investe *a fortiori* l'abbandono della centralità, non solo di principio, che mantiene in ambito penale l'esecuzione della pena in carcere, e posto che la possibilità drammatica del contagio da Sars-Cov-2 in carcere ha fatto emergere motivi ulteriori per affrontare la questione del sovraffollamento, nonché, in genere, delle condizioni di vita, nei luoghi di reclusione²¹.

Viene, dunque, in considerazione una risposta al reato che non faccia conto sul (presunto) effetto preventivo futuro derivante dall'intimidazione e non dilazioni nella fase esecutiva della pena il perseguimento in concreto di finalità risocializzative: bensì rappresenti *essa stessa*, per quanto possibile, attraverso il suo contenuto, un *fatto* avente rilievo preventivo, generale e speciale.

Una risposta al reato, in particolare, che, secondo la terminologia utilizzata da Massimo Donini, risulti (tendenzialmente) *agita*, anziché *subita*²².

20 F. ANTOLISEI, *Manuale*, cit., 676.

21 Significativamente G. FIANDACA, *Appunti*, cit., rammentando il rinnovato appello del dicembre 2020, da parte di oltre duecento professori della nostra materia, ad adottare provvedimenti deflattivi, osserva come «in carcere finisc[a]no più persone del necessario, per lo più socialmente deprivate, e per tipi di reato che richiederebbero interventi di altra natura».

22 Cfr. M. DONINI, *Pena agita e pena subita. Il modello del delitto riparato*, in *questio-negiustizia.it* (29 ottobre 2020), contributo destinato *Studi in onore di Lucio Monaco*.

Ciò non significa, tuttavia, che tale risposta debba essere *spontanea*: in quanto i provvedimenti penali (perfino le mediazioni pre-processuali) sono pur sempre occasionati, salvo rare eccezioni, dal fatto che l'ordinamento penale si è mosso, o si potrebbe muovere, in rapporto al reato, e posto altresì, come si diceva, che essi rappresentano pur sempre un onere per il loro destinatario. Significa, piuttosto, che simili provvedimenti dovrebbero costituire, *in primis*, un appello verso quest'ultimo ad attivarsi nei confronti dei beni offesi, e non in una sottrazione di diritti. Un onere, e insieme una *chance*²³.

Ma non nel senso per cui ciò che sia stato compiuto permetta un'esclusione, o a una diminuzione, della pena che resti commisurata come pena detentiva (o pecuniaria), secondo le modalità tradizionali. Bensì ravvisando nelle forme d'impegno *positivo* summenzionate la risposta *in senso proprio* al reato, da rendersi legislativamente percepibile in tale sua caratteristica alla stessa generalità dei consociati. E configurando, invece, come *eccezione* il fatto di dover ricorrere, in tutto o in parte, a modalità tipiche della pena subita nel caso in cui simili forme d'impegno non siano state accolte, oppure sussistano profili di pericolosità grave dell'agente di reato: fermo tuttavia, anche in tali ipotesi, l'orientamento risocializzativo della condanna. Così che proprio in questo, riterremo, è reperibile l'apporto principale, al di là delle modalità applicative (sulle quali torneremo), dell'impostazione di Donini²⁴.

Tutto questo preservando, ovviamente, i requisiti garantistici propri del diritto penale liberale. Posto che non si vede per quale ragione dovrebbe reputarsi garantistico fissare sul piano legislativo limiti edittali della detenzione in modo, nella sostanza, arbitrario, e non, invece, fissare limiti dei provvedimenti (*lato sensu*) riparativi attraverso il riferimento a una modalità reintegratrice del fare prevenzione. Come pure non si vede perché dovrebbe reputarsi garantistico riferire alla *colpevolezza del fatto*, secondo imperscrutabili criteri giudiziari di adeguatezza retributiva, la durata massima della detenzione da espiarsi in concreto, ma non, invece, riferire pur sempre alla *colpevolezza del fatto* l'entità o l'estendersi temporale degli atti di natura riparativa esigibili nel medesimo quadro di una prevenzione *reintegratrice*.

23 Cfr., in proposito, G. FIANDACA, *Note su punizione, riparazione e scienza penalistica*, in «SP» (28 novembre 2020), 13 s.

24 Cfr. M. DONINI, *Pena agita*, cit., 2 ss.

Ciò che rappresenta, infatti, una garanzia per l'agente di reato non è il far conto su un livello della pena retributiva (quale?) che faccia da argine al perseguimento di finalità intimidative o neutralizzative, bensì la circostanza che i provvedimenti penali siano pensati, non solo nominalmente, come funzionali a un modo *diverso* d'intendere la prevenzione, cioè come idonei a perseguire – in base all'indirizzo tracciato dai Costituenti – obiettivi, per l'appunto, di reintegrazione sociale²⁵.

A meno di ritenere, e qualche orientamento in tal senso non è mancato, che solo il parlare di una pena suscettibile di non essere pensata come un *male* nasconda propositi illiberali. Quasi che – nel nome di un'astrazione solipsistica dell'autonomia soggettiva – l'ordinamento giuridico possa intimidire e neutralizzare, o possa financo togliere la vita, rimanendo liberale, ma non possa rivolgere alcun appello o comunque offrire opportunità – diversamente configurandosi come autoritario – affinché chi abbia delinquito torni a far sue, in modo libero, le esigenze democraticamente sancite della convivenza civile che abbia disatteso.

In sintesi, si tratta di recepire, ai fini di modalità sanzionatorie ricostruite come *progetto*, gli orientamenti ben noti della *restorative justice*, nozione che abbraccia, peraltro, strumenti diversi e che andrebbe concepita, al di là del termine invalso di giustizia *riparativa*, come volta, soprattutto, a finalità *restaurative*: onde affrancarla da una non corretta identificazione con gli obblighi civilistici di carattere restitutorio o risarcitorio e segnalarne l'orientamento a costruire *qualcosa di nuovo* rispetto alla realtà sempre, di per sé, irrevocabile del reato commesso.

Tuttavia, proprio perché il superamento della visione retributiva – vale a dire, lo spirito della giustizia riparativa, e non ritorsiva – deve permeare l'intero ambito sanzionatorio penale (anche l'ambito, mirante alla risocializzazione, in cui resti necessario applicare pene tradizionali)²⁶,

25 Chi scrive lo affermava già molti anni orsono: «Bisogna considerare, anche se spesso lo si trascura, che la tutela reale del cittadino rispetto alla potestà punitiva è riconducibile, soprattutto, alla definizione di un quadro dei fini della pena che non metta in conto la desocializzazione del condannato e sappia imporre scelte consequenziali anche nella commisurazione legislativa. Non si tratta di immaginare continui contrappesi rispetto alle finalità preventive più estreme, ma individuare una strategia preventiva che sia come tale espressione di esigenze compresse» (*La pena in 'crisi'. Il recente dibattito sulla funzione della pena*, Morcelliana, 1990, 153).

26 «Definendo "agita" soltanto la pena riparativa, si rischia di mettere (anche involontariamente) in ombra già sul piano dell'impostazione teorica, ma con possibili ef-

proprio perché gli strumenti riparativi lo possono essere in senso stretto (il che significa pensare, soprattutto, alla mediazione penale), in senso lato o anche, come appena s'è detto, in senso *molto lato*, proprio perché anche gli strumenti riparativi intesi nel senso più tipico rappresentano un onere, e proprio perché, infine, tali strumenti dovrebbero essere caratterizzati da un impegno di carattere personale da non identificarsi, di regola, soltanto con l'assunzione delle conseguenze civilistiche del reato (anche per evitare calcoli opportunistici *ex ante*), non riterrei così fondamentale la discussione se i medesimi debbano o meno considerarsi *pene*²⁷. Forse il termine dovrebbe essere superato per tutti i provvedimenti *penali*, perché, in effetti, *suona male* denominare come *poena*, parola intrisa di retribuzionismo, sanzioni a vocazione riparativa (o anche solo risocializzativa). L'importante, riterrei, è far emergere l'unitarietà dei principi chiamati a reggere *tutte* le forme di risposta al reato.

Non trascurando, in proposito, due aspetti ulteriori – particolarmente significativi – dell'apertura penalistica al paradigma riparativo.

È solo in un contesto di quel tipo, anzitutto, che il diritto penale può offrire qualcosa di tangibile alle parti offese, affrancandosi dalla tradizionale applicazione vicaria, in loro vece, di un mero contrappasso (susceptibile, invero, di vittimizzare ulteriormente chi già ha sofferto per aver subito un crimine, in quanto lo riduce a persona da compiacere attraverso il male altrui). Qualcosa che risponda, pertanto, al bisogno delle vittime di vedere disvelata, e possibilmente riconosciuta dai loro stessi autori, l'ingiustizia di determinate condotte, come pure di vedere chiamati tali autori a operare in senso (estesamente) riparativo nei confronti di quei medesimi beni giuridici che ebbero a ledere o mettere in pericolo.

Con la necessità di un chiarimento. Deve rimaner fermo che il valorizzare in sede penalistica forme di responsabilizzazione dell'autore di reato nei confronti della vittima assume pur sempre un rilievo di carattere pubblico, in quanto fattore significativo ai fini della prevenzione dei re-

fetti negativi sul piano pragmatico, l'esigenza che non risulti subita e passiva neppure una pena [tradizionale] orientata in senso rieducativo»: così FIANDACA, *Note su punizione*, cit., 14.

²⁷ In senso contrario a quella che indica come «la pretesa teorica di unificare, assimilare o comunque ibridare pena e riparazione» G. FIANDACA, *Note su punizione*, cit., 15.

ati: il che esclude qualsiasi attribuzione, diretta o indiretta, alle persone offese di scelte afferenti alla tipologia, o alla durata, delle sanzioni penali applicabili²⁸.

Del pari, è solo, altresì, entro il contesto *relazionale* della giustizia riparativa – coinvolgente l'autore del fatto criminoso, gli organi giudiziari e del servizio sociale, nonché la persona offesa – che per la prima volta può trovare spazio, già attraverso la definizione delle conseguenze sanzionatorie, il *dovere* dell'ordinamento giuridico di restituire, mediante specifiche disposizioni, a chi pure abbia delinquito opportunità sociali di cui sia rimasto ingiustamente privo.

8. Sanzioni diverse, ma concepite in modo unitario

Nel solco della risposta al reato intesa come progetto appare evidente la necessità di prendere in esame sul piano legislativo, in primo luogo, l'essersi eventualmente realizzati ad opera dell'imputato – prima del processo o di una certa sua fase – fatti significativi in grado di attestarne l'avvenuta responsabilizzazione rispetto all'illecito del quale si discuta (anche attraverso impegni riparativi concreti o, comunque, promozionali nei confronti dei beni giuridici offesi), che rendano non necessario pervenire a un provvedimento sanzionatorio.

Si tratta dell'ambito tipico del c.d. delitto *riparato*²⁹: ambito che, peraltro, appare suscettibile di ricomprendere anche le potenzialità, tutte da valorizzare, relative a ipotizzabili procedure di *mediazione* – attraverso uffici riconosciuti dagli organi giudiziari – poste in essere previamente alla possibile attivazione di un procedimento penale: il che parrebbe in grado di costituire una risorsa particolarmente significativa con riguardo alla gestione, in genere, degli eventi illeciti colposi³⁰.

28 Si consenta il rinvio, sul tema, a L. EUSEBI, *La risposta al reato e il ruolo della vittima*, in «DPC» (2013), in part. 529 s.

29 Concetto sul quale negli ultimi anni, com'è noto, ha alquanto insistito Massimo Donini: cfr. p. es., oltre a M. DONINI, *Pena agita*, cit.; ID., M. DONINI, *Il delitto riparato. Una disegualità che può trasformare il sistema sanzionatorio*, in «DPC Riv. trim.» (2015), 235 ss.; ID., *Le logiche del pentimento e del perdono nel sistema penale vigente*, in AA. VV., *Studi in onore di Franco Coppi*, vol. II, Giappichelli, 2011, 889 ss.

30 Valga il richiamo al progetto di una mediazione pre-giudiziaria regolata per legge, a fini di contrasto della medicina difensiva, illustrato in G. FORTI - M. CATINO - F. D'ALESSANDRO - C. MAZZUCATO - G. VARRASO (Edd.), *Il problema della medicina difensiva. Una proposta di riforma in materia di responsabilità penale nell'ambito dell'attività sanitaria*

Non senza doversi osservare che gli strumenti predetti potrebbero avere un'applicazione privilegiata con riguardo al maggior interesse che dovesse assumere nel futuro (rispetto alla penalizzazione in forma esemplare dei delitti colposi di evento) il contrasto delle condotte pericolose. Ma anche rappresentare una *chance* spendibile con riguardo a una porzione rilevante degli illeciti amministrativi.

In secondo luogo, la risposta al reato come progetto, e dunque il carattere riparativo, o restaurativo, della medesima (quale può esprimersi anche attraverso le già citate procedure di mediazione), può e deve trovare sviluppo, come già s'è detto, con riguardo al contesto dei provvedimenti di natura, comunque, tipicamente penale.

Sia per quanto concerne la messa alla prova (già prevista, secondo limiti e criteri diversi, dal 1988 per i minorenni e dal 2014 per gli adulti) e la procedura riparatoria (ai sensi degli artt. 372-*ter* c.p. e 35 d.lgs. n. 274/2000), in quanto strumenti di definizione anticipata del processo che rendono possibile l'estinzione del reato³¹.

Sia, finalmente, attraverso la rottura del tabù costituito dalla condanna a pena solo detentiva (o, marginalmente, pecuniaria) e soprattutto, pertanto, attraverso l'introduzione – oltre ad altri strumenti – di una pena principale di natura *prescrittiva*, avente contenuti non dissimili da quelli del programma sul quale si fonda, ai sensi dell'art. 47 ord. penit., l'affidamento in prova al servizio sociale (ma riferibile anche a obblighi di natura conformativa): come già proposto, con alcune differenze, dal progetto della commissione Pisapia di riforma del codice penale, del 2008, e dal progetto redatto nel 2013 dalla commissione ministeriale Palazzo per la riforma del sistema sanzionatorio penale³².

Così da superare la stessa incongruenza per cui nel sistema giuridico odierno è possibile una risposta al reato di carattere totalmente programmatico-progettuale *dopo* la condanna, attraverso la richiamata mi-

e gestione del contenzioso legato al rischio clinico, ETS, 2010.

31 Strumenti, si noti, a contenuto sostanziale, che dunque si distinguono dal c.d. patteggiamento, non avendo per presupposto la mera rinuncia a diritti processuali, come accade anche per il giudizio abbreviato, bensì il compimento di un percorso significativo rispetto all'illecito addebitato, sebbene non implicanti l'ammissione della colpevolezza.

32 Cfr., sul tema, F. PALAZZO, *Quale futuro per le "pene alternative"?*, in «RIDPP» (2019), in part. 549 ss.

sura alternativa dell'affidamento in prova (ove applicabile fin dall'inizio della fase esecutiva), oppure *prima* della condanna, attraverso la messa alla prova, ma non *al momento* della condanna: con la conseguenza, fra l'altro, che l'imputato il quale ritenga di poter essere assolto si trova dinanzi al dilemma, quando potrebbe esse ammesso alla prova, tra l'effettuare la medesima e l'esporsi a una condanna di carattere, comunque, detentivo (a parte i rari casi dell'applicabilità di una pena soltanto pecuniaria).

Un'evoluzione, quella in parola, che condurrebbe a superare – secondo un mutamento di prospettiva fondamentale in termini culturali – il ruolo nella sostanza solo ragionieristico (quale tipica eredità retributiva) assolto con riguardo alla pena dal giudice penale della cognizione: esigendosi nell'ottica delineata un coinvolgimento responsabilizzante del medesimo rispetto al percorso futuro che dovrà svolgere chi viene condannato.

Profilo, quest'ultimo, il quale peraltro sembra esigere, almeno nel caso in cui risultino applicabili pene prescrittive, di separare in senso bifasico il giudizio processuale sui fatti e sulle responsabilità da quello sulla pena: anche prevedendo l'eventuale partecipazione alla seconda fase del magistrato di sorveglianza, in quanto portatore di una specifica preparazione circa i contenuti dei programmi orientati in senso risocializzativo. Così da rendere possibile, per un verso, una riflessione seria in sede processuale circa la personalità dell'imputato, riflessione ordinariamente elusa anche dalla difesa al fine di non condizionare *in malam partem* il giudizio sulla colpevolezza, e, per l'altro, la possibilità stessa, ove l'imputato lo accetti, di accertamenti peritali rivolti al medesimo fine, oggi non consentiti dall'art. 220, co. 2, c.p.p.

Da ultimo, l'adozione ad opera del soggetto agente di condotte *lato sensu* riparative dovrebbe poter incidere anche sulle modalità o sulla durata di condanne che, nei termini subordinati di cui s'è detto, rimangano nel solco della pena *subita*, vale a dire in quello della mera privazione di diritti: sia con riguardo alla pena detentiva, sia con riguardo a pene interdittive, pecuniarie (per entità assoluta e per tassi) o di natura ablativa. E ciò pure in rapporto ai provvedimenti favorevoli adottabili nella fase di esecuzione.

9. L'apoteosi del processo non è la condanna: si tratta di fare verità, per migliorare

Come si evince, fra l'altro, dalla vicenda della pandemia Covid-19, ciò che assume, tuttavia, rilievo prioritario a fini di prevenzione dei reati è rappresentato dalla trasparenza delle procedure che potrebbero condurre a esiti lesivi e dall'emergere della verità circa i comportamenti illeciti che si siano verificati. In quanto solo conoscendo ciò che non ha funzionato si potrà *agire meglio* per il futuro, anche interrompendo la catena delle reiterazioni di comportamenti criminosi.

Un dato, questo, che dovrebbe essere tenuto nella massima considerazione, pertanto, anche in sede di riforma dell'apparato sanzionatorio penale. Onde far sì che il medesimo possa non già ostacolare, bensì, al contrario, valorizzare, il *fare verità*.

Che dunque fino a oggi, come s'è detto, sia largamente avvenuto il contrario rappresenta una contraddizione: di fatto profondamente radicata nell'assunto corrente, ma erroneo, in base al quale compito precipuo dei sistemi penali sarebbe quello di poter *condannare*, salvo soltanto il dovere di mandare assolto l'innocente. Così che ha finito per essere subordinata a tale scopo qualsiasi altra esigenza, comprese le esigenze stesse della prevenzione.

Bisogna tener presente, invece, che la ragion d'essere delle procedure rilevanti in sede penale (di quelle pre-processuali, ma anche di quelle processuali) va reperita nella prevenzione dei reati, per cui la condanna stessa deve ritenersi accessoria a questo fine. Di conseguenza, prevedere la condanna, o un certo tipo di condanna, si giustifica solo in quanto ciò risulti conforme alle esigenze della prevenzione e, in tale quadro, all'esigenza, fondamentale, del *fare verità* sui fatti dei quali si discuta (o, quantomeno, solo in base a un ragionevole bilanciamento con l'intento del *fare verità*).

Ciò anche in considerazione del fatto che quanto dobbiamo maggiormente al nostro sistema processuale penale è proprio l'aver saputo portare alla luce, nonostante ogni limite, aspetti importanti di pagine buie nella vita del nostro Paese, come quelli relativi all'intreccio fra il potere criminale e altri tipi di potere: vale a dire, proprio quanto attiene al *fare verità*.

Non è un caso, del resto, che il noto monito di Gustav Radbruch secondo cui «lo scopo insopprimibile del progresso penalistico rimane il codice penale senza pene» e, pertanto non «il miglioramento del diritto penale, ma il suo superamento con qualcosa di meglio del diritto penale», preveda pur sempre, con queste ultime parole, che un sistema della prevenzione dei reati vi sia, ma affrancato – così pare di poter leggere – dai criteri attuali del punire. Un sistema, per l'appunto, che si sostanzia, non in un apparato della punizione, ma in un «diritto di *miglioramento* e di tutela»³³.

In particolare, proprio l'enfaticizzazione del diritto penale che condanna, in quanto eredità di una giustizia pensata in senso retributivo, ha portato a privilegiare l'evento lesivo come fattore paradigmatico cui riferire la pena, pur ove fosse non voluto. Posto che l'evento ben si presta a costituire il fulcro cui ancorare una pena concepita, essenzialmente, come reazione a fatti che abbiano prodotto sconcerto emotivo nella società e intesa, pertanto, come corrispettivo di quei fatti, secondo modalità implicanti un danno commisurato, in termini di sofferenza, alla loro gravità.

Così che, essendosi costruite in tal modo le sanzioni caratterizzanti il diritto penale, esse si sono applicate anche ai reati di pura condotta, via via che sono andati assumendo un ruolo sempre più rilevante rispetto a quello loro attribuito nell'ambito del diritto penale classico.

In realtà, tuttavia, ciò che resta *sempre* nel controllo delle persone, e quindi deve costituire oggetto delle strategie di prevenzione, sono proprio le condotte: la cui rilevanza penale, beninteso, dipende dalla loro possibilità d'essere ricollegate a un evento lesivo, vuoi in quanto ne perseguano il realizzarsi intenzionalmente, vuoi in quanto creino il pericolo del suo prodursi.

Con il che, fra l'altro, si supera l'equivoco, a lungo riscontrabile nella dottrina penalistica, per cui il solo parlare di condotte avrebbe avuto il significato d'incentrare le fattispecie criminose su atteggiamenti interiori (la *Gesinnung*), come tali autonomi rispetto al ruolo garantisco assoluto, nella teoria del reato, dall'evento.

33 Cfr. G. RADBRUCH, *Der Erziehungsgedanke im Strafwesen*, in *Der Mensch im Recht*, herausgegeben von F. von Hippel, Vandenhoeck and Ruprecht, 1957, 57 (corsivo nostro).

Essendo in ogni caso ben chiaro – come si evince dagli stessi reati di pura condotta – che le condotte medesime costituiscono esse pure realtà accertabili empiricamente: e in tal senso *fatti*, non meri stati d'animo

In senso proprio, esse s'identificano con azioni od omissioni finalizzate a conseguire un certo risultato, consistente in un arricchimento morale (quello che deriva, per esempio, dall'ascoltare musica o dal leggere) oppure in una modifica del mondo esterno, sia essa lecita o illecita: rimanendo possibile che producano, tuttavia, anche risultati non voluti. Di modo che a certe condizioni, nel caso in cui cagionino – intenzionalmente o meno – eventi offensivi, o ne creino il pericolo, possono assumere rilievo penale.

Mentre in alcune fattispecie incriminatrici esse descrivono, semplicemente, una certa condizione personale, che il soggetto attivo ha creato rispetto a sé medesimo (per esempio, il possedere illegalmente un'arma).

Dal che si deduce, peraltro, la conseguenza della non accettabilità di un sistema il quale fa dipendere dal caso, a parità del disvalore insito nella condotta, l'alternativa tra conseguenze nulle (o modeste) e conseguenze detentive talora, invece, assai gravose laddove a seguito del rischio connesso alla condotta (di regola *ex ante* modesto, specie nelle ipotesi di colpa cosciente³⁴) si sia prodotto un evento lesivo non voluto: vale a dire quando la condotta non sia stata affatto pianificata in vista del suo realizzarsi (si tratta del ben noto *Zufallproblem*).

Un esito che appare del tutto incompatibile con una lettura non formalisticamente riduttiva del principio di colpevolezza, e la cui ancor flebile denuncia in dottrina, anche per questo, non manca di sorprendere³⁵.

34 Della cui discutibile rilevanza aggravante propone, significativamente, una lettura restrittiva D. BRUNELLI, *Riflessioni sulla colpa con previsione*, in «RIDPP» (2020), 1312 ss., anche in riferimento a R. PALAVERA, *Il dolo. Promuovere, discernere, recuperare volizioni nel sistema penale*, ETS, 2020, 265 ss.

35 Cfr., in proposito, D. CASTRONUOVO, *La colpa penale*, Giuffrè, 2009, 108. Evidenza di recente il problema, p. es., D. PULITANO, *Il penale tra teoria e pratica*, in «SP» (9 novembre 2020), 18 e 20.

10. Il reato è irrevocabile, ma la frattura aperta del reato non si sana sui piatti di una bilancia

Il reato, ove sia stato commesso e la prevenzione, rispetto al medesimo, non abbia funzionato, rappresenta pur sempre una frattura nei rapporti solidaristici ritenuti basilari sul piano sociale e tra singoli esseri umani. Una frattura che può avere a monte elementi significativi di corresponsabilità sociale e perfino ingiustizie subite, a sua volta, dall'autore, ma pur sempre una frattura: tanto più ove ne sia seguito un evento lesivo, specie se grave. E, purtroppo, non fa parte delle risorse umane quella di poter revocare quanto accaduto: lo si può, talora, risarcire o anche riparare, ma revocare no. Per cui assegnare al diritto penale un compito simbolico consimile rappresenterebbe una mistificazione del suo ruolo.

Su una frattura, in effetti, si può solo ricostruire: cercando, rispetto ad essa, di *fare verità* quale presupposto necessario per tornare a rendere giuste, nel futuro, relazioni che non lo sono state³⁶, per ribadire la validità delle norme trasgredite, per *gettare un ponte*, senza celarle o sminuirne, sulle lacerazioni che siano state prodotte.

Ed è significativo, a tal proposito, constatare come Hegel – proprio nel momento in cui ritiene, invece, che quel revocare l'accaduto sia possibile³⁷, ove solo si trasponga la *vendetta* dal piano contingente a quello della riaffermazione di una volontà 'universale', secondo quanto avverrebbe attraverso la prassi giudiziaria retributiva (giacché, per Hegel, «ciò che è razionale è reale, e ciò che reale è razionale»³⁸) – ravvisi la restaurazione del diritto³⁹ in un elemento di riconciliazione (*Versöhnung*), che riferisce alla legge contraddetta dal reato, e in un elemento di pacificazione (*Befriedigung*), che riferisce all'autore del reato in quanto reinserito nel contesto della legge⁴⁰.

Ma simili risultati – che altrettanto significativamente, nel pensiero di Hegel, sembrano tenere ai margini la vittima – non possono ritenersi conseguiti, come dire, *per decreto*, mediante una ricostruzione *tutta teo-*

36 Il can. 1341 CIC parla, in proposito, di *ristabilire la giustizia*.

37 Cfr. in proposito, p. es., G.W.F. HEGEL, *Lo spirito del cristianesimo*, in *Scritti teologici giovanili*, trad. it. (N. Vaccaro - E. Mirri), Guida, 1972, 391.

38 Vd. G.W.F. HEGEL, *Lineamenti di filosofia del diritto. Prefazione*, cit., 59.

39 Così H. MAYER, *Kant, Hegel und das Strafrecht*, in AA. VV., *Festschrift für Karl Engisch*, Klostermann, 1969, 77.

40 Cfr. G.W.F. HEGEL, *Lineamenti di filosofia del diritto*, cit., § 220, 381.

rica (idealistica) del punire retributivo, in forza della quale viene attribuita alla pena la proprietà di costituire «negazione della negazione» insita nel delitto: cioè dell'essere, quest'ultimo, «un che di negativo»⁴¹, avendo rappresentato, a sua volta, la negazione della legge⁴².

Si tratta, piuttosto, di domandarsi quali possano essere le caratteristiche della risposta a un fatto criminoso suscettibili, *in concreto*, di produrre riconciliazione e pacificazione. Così da superare, almeno in parte, la realtà per cui – nonostante Hegel – il punire si configura, piuttosto, come *formalizzazione* della frattura correlata al reato. Il diritto penale odierno rimane ampiamente, infatti, una realtà divisiva: salvo casi limite, la denuncia rivolta ad attivarne gli strumenti non viene proposta, né viene vissuta da chi la riceve (col rischio, talora, di reazioni violente), come un appello riconciliativo.

Gestire in termini costruttivi la frattura prodotta dal reato sul piano relazionale umano, prima ancora che con riguardo alla legge intesa in senso impersonale, rappresenta senza dubbio uno degli aspetti più problematici dell'intervento penale. E questo lascia comprendere l'interesse che hanno suscitato negli ultimi tre decenni le esperienze e gli studi relativi alla mediazione penale, in quanto strumento che si fa carico a tutto campo, e senza infingimenti, del problema.

Ma lo stesso orientamento complessivo, cui più sopra ci si è riferiti, verso una risposta al reato intesa come *progetto* e mirante a ricreare uno spazio non relegato alla sola fase esecutiva per la dimensione *dialogica* nel sistema penale, si muove nella medesima direzione.

Semmai, appare necessario che anche il capitolo del sostegno pubblico *post-delictum*, non soltanto economico, in favore delle vittime di reati gravi – capitolo pressoché totalmente rimosso nel nome della soddisfazione ritorsiva che verrebbe resa alle medesime attraverso la condanna – venga preso finalmente in seria considerazione.

41 Cfr. G.W.F. HEGEL, *Lineamenti di filosofia del diritto. Diritto naturale e scienza dello Stato in compendio* (1821), con le *Aggiunte di Eduard Gans*, a cura di G. Marini, Laterza, 2009, aggiunta al § 97, 311 s.

42 Cfr. G.W.F. HEGEL, *Le maniere di trattare scientificamente il diritto naturale*, in *Id., Scritti di filosofia del diritto (1802-1803)*, a cura di A. Negri, 2a ed., Laterza, 1971, 91. Per ulteriori riferimenti ai testi hegeliani sulla pena si consenta il rinvio a L. EUSEBI, *Dibattiti sulle teorie della pena e 'mediazione'*, in «RIDPP» (1997), 811 ss.

Come, del resto, sarebbe proficuo prevedere che il responsabile di un reato d'evento non voluto, invece d'essere raggiunto da una pena detentiva di entità fortemente simbolica e, come s'è detto, dipendente per gran parte dal caso, venga reso destinatario di congrui obblighi personali riparativi nei confronti delle parti offese.

In modo da contribuire, nel senso che s'è indicato, a scardinare l'idea stessa alquanto radicata secondo cui il riconoscimento della sofferenza patita dalla vittima, e della stessa gravità del fatto offensivo realizzatosi, sia da intendersi come direttamente proporzionale alla durezza della pena inflitta nei confronti del soggetto che di quel fatto venga ritenuto colpevole.

La visione hegeliana della pena, tuttavia, ha avuto e continua ad avere un'incidenza culturale fortissima: se Kant ha finito per individuare la pena giusta in quella ritorsiva e, quindi, intimidativa, Hegel ha lasciato intendere che la pena pensata come corrispettivo avrebbe anche la forza taumaturgica di redimere lo *skándalon* rappresentato – rispetto alla legge e insieme, al di là di quanto Hegel ritenga, rispetto alle vittime – dal fatto criminoso⁴³. Come si evince dalla richiesta, insistente e continua nel contesto sociale, del *fare giustizia* proprio per quella via: secondo un convincimento recepito anche dai molti che non hanno mai calcato le asperità della filosofia idealista.

Una blindatura più forte dell'ottica retributiva non si potrebbe pensare. Secondo l'impostazione predetta, infatti, il criterio retributivo del punire è in grado di fare prevenzione generale e di rimediare, inoltre, al tormento prodotto dal reato. Anche nel nome delle vittime, purtroppo, ormai mute: che finalmente, si suole dire, potranno almeno *riposare in pace*.

E invece si tratta di effetti millantati. Per cui, se la stessa vicenda della pandemia Covid-19 ci aiuta a constatare che proprio di questo si tratta, emerge come necessario por mano a ripensare – a *rifondare* – il modello di fondo del punire cui rimaniamo fedeli da millenni. Posto che della prevenzione c'è necessità, e anzi urgenza. Perché l'illegalità non è

43 Richiamata l'espressione *parole magiche* utilizzata da chi scrive anche in *Pandemia e diritti fondamentali*, cit., D. PULITANO, *Il penale*, cit., 11, definisce significativamente come tale «la formula hegeliana della pena come *Aufheben*, rimozione del delitto».

un fenomeno marginale, sebbene i reati utili per fornir legna al fuoco del diritto penale classico dinnanzi all'opinione pubblica siano in diminuzione. Troppo sfugge a quel diritto penale, e fa parte di ciò che può minare più profondamente le basi della democrazia e, con essa, della convivenza civile.

11. Sulle modalità intese a determinare in concreto sanzioni penali non più ritorsive

Le poche righe di questo paragrafo quasi conclusivo sono inversamente proporzionali all'importanza del tema, il quale rimanda a uno sforzo di pensiero che necessiterà d'essere corale.

Lucio Monaco, cui il presente scritto è dedicato⁴⁴, rimarcava in proposito, nel suo fondamentale volume sulle *Prospettive dell'idea dello 'scopo' nella teoria della pena*, la scarsa attenzione prestata, in genere, ai criteri della determinazione giudiziaria di quest'ultima. Segno dell'adattamento a un modello punitivo che si tende a dare per scontato: «La *routine* – osservava richiamando Hassemer e Luhmann – mette a disposizione schemi semplificati di comportamento, modelli di azione sperimentati: soprattutto, la *routine* garantisce all'operatore la sicurezza indispensabile per lo svolgimento del suo lavoro». Per cui invitava, proseguendo, al coraggio di un mutamento d'indirizzo, attraverso considerazioni che anche nelle pagine precedenti del nostro contributo, a distanza di molti anni, è parso necessario ribadire: «Cambiare le regole della commisurazione significa rompere una *routine*, e il faticoso equilibrio che essa sottende. Ma cambiarle nella prospettiva del modello bifasico significa anche di più. Significa certo maggiori aperture rispetto all'autore, più spazio e più tempo per la sua 'conoscenza'; ma significa anche una partecipazione *personale* di quest'ultimo quantitativamente e qualitativamente diversa, una partecipazione in cui possa esprimersi la "competenza" del soggetto nella sua stessa vicenda processuale», il che dà luogo

44 E tal proposito non posso dimenticare come nell'*incipit* della mia tesi di laurea vi sia una parola di gratitudine a lui rivolta, che mi è caro ripetere, per la cordialità con cui era stato disposto, allora, a dialogare con me, sul tema (*chi lo immaginerebbe...*) dell'affrancamento dalle visioni retributive della giustizia. Era il 1980, e certo il diritto penale ha resistito. Ma il nostro compito rimane dare forza al cammino verso quell'*etwas Besseres* di cui già s'è detto, e che vorremmo sperare un po' meno lontano di allora.

a «un sostanzioso innalzamento del livello di ‘comunicazione’ interna del processo penale»⁴⁵.

Onde dunque far sì che il processo – così anche l’auspicio di Lucio Monaco – superi la logica di uno scontro senza comunicazione.

Ma perché questo si realizzi compiutamente appare necessario, riterremo, estendere la riflessione ai criteri di determinazione *legislativa* delle modalità di risposta al reato a al loro rapporto con i criteri della loro applicazione in sede giudiziaria: come del resto si rivela indispensabile nel momento in cui vengano introdotte sanzioni nuove, specie quelle di carattere prescrittivo.

Già si diceva che, a tal proposito, le disposizioni legislative penali dovranno salvaguardare i requisiti garantistici classici in merito alle relative tipologie e alle relative entità massime, per quanto concerne sia il loro contenuto, sia la loro durata. Non si tratta in alcun modo, pertanto, di dare adito a modalità sanzionatorie giudiziarie *fai da te*: sebbene le pene non determinabili aritmeticamente implicino, entro i confini fissati dalla legge, profili di concretizzazione progettuale diversi da quello meramente dosimetrico.

Piuttosto, l’abbandono del paradigma retributivo esige che si riconsideri, rispetto all’approccio tradizionale, il significato della nozione di *proporzionalità*, sul piano legislativo come su quello giudiziario⁴⁶.

Non più, per quanto riguarda il primo aspetto, come paradigma inteso a identificare l’ambito edittale della pena che possa ritenersi speculare (secondo criteri non meglio esplicitati) all’intera gamma delle forme di manifestazione di un certo reato; e non più, per quanto riguarda il secondo aspetto, come paradigma – il solo espressivo della nozione logica di proporzionalità – inteso a collocare il *peso* che si ritenga di attribuire a un certo fatto colpevole nella scala di gravità dei reati del tipo di quello cui sia riconducibile e, per converso, nella scala parallela delle entità di pena per esso previste: in modo da poter *commisurare* la pena applicata

45 Vd. L. MONACO, *Prospettive dell’idea dello ‘scopo’ nella teoria della pena*, Jovene, 1984, 205 ss.

46 Cfr. in proposito C. IAGNEMMA, *Discrezionalità giudiziaria e legislazione penale. Un rapporto da rivisitare nella teoria del reato e nel sistema sanzionatorio*, in «RIDPP» (2019), 1464 ss., che illustra una nozione di *congruità* della pena alternativa a quella di una proporzionalità intesa in senso aritmetico.

in concreto (salvi tutti i noti aggiustamenti escogitati, in dottrina e nella prassi, per mitigare gli esiti di una simile operazione formale, dando almeno una parvenza di rilievo alla finalità rieducativa).

Bensì – sul piano legislativo – definendo per ciascun tipo di reato le tipologie delle pene applicabili e i limiti della loro entità in rapporto al modello della prevenzione (che abbiamo definito *reintegratrice*) cui fa riferimento la Costituzione e indicando al giudice i criteri che lo debbono guidare sia nella scelta tra diverse sanzioni eventualmente applicabili, in modo disgiunto o congiunto, sia nella considerazione delle caratteristiche personali dell'autore di reato. Così che – sul piano giudiziario – la determinazione (e non più *commisurazione*) della pena torni a costituire un'operazione razionale e verificabile, intesa a dare concretezza, per quanto riguarda ciascun reato e ciascun autore, alle scelte legislative: conformemente a ciò in cui si sostanzia l'esercizio della discrezionalità, da ripensare in ambito penalistico come una risorsa e non come una zavorra, nel diritto pubblico⁴⁷.

Il che dovrebbe valere non soltanto, come appare più evidente, per le pene principali di nuovo conio (e, *mutatis mutandis*, circa gli strumenti di definizione anticipata del processo aventi natura sostanziale), ma anche per le casistiche in cui rimarranno applicabili pene detentive (o pecuniarie).

Ciò anche al fine di evitare che queste ultime continuino a essere intese – sia in sede legislativa, sia in sede giudiziaria – come tributarie dell'impostazione retributiva classica e come perno, comunque, dell'intero sistema sanzionatorio: nei cui confronti in tal caso l'applicabilità di altre tipologie sanzionatorie, o eventualmente di riduzioni della pena dovute a condotte riparative, finirebbe per rimanere concepita come una *deroga* – problematica da motivare dinnanzi all'opinione pubblica – rispetto al modello ordinario del fare giustizia e del fare prevenzione.

Pare dunque a chi scrive che, nel senso descritto, possa non risultare utile sia il conservare per ciascuna fattispecie criminosa una determinazione della pena in sede editale secondo le modalità tradizionali,

⁴⁷ Cfr., ancora, C. IAGNEMMA, *op. ult. cit.*, in part. 1445 ss., anche per un'interessante ipotesi normativa inerente ai criteri di determinazione della pena nell'ambito di un sistema sanzionatorio comprensivo di sanzioni principali non detentive (1457 s. e 1468 s.).

dalla quale poi desumere, in un'ulteriore, parallela fattispecie edittale (quella del delitto «riparato») diminuzioni o esclusioni della medesima ove risulti accolta la (prioritaria) offerta riparativa, come propone, se ben comprendiamo, Massimo Donini⁴⁸, sia l'orientamento di Giovanni Fiandaca il quale, nell'ambito di un'apertura simpatetica alla giustizia riparativa, preferirebbe, tuttavia, tenere distinti gli ambiti della pena e degli istituti di carattere riparatorio, da inquadrarsi «secondo una logica più di parte speciale che di parte generale»⁴⁹.

Forse sarebbe più lineare, e più radicalmente innovativo, che il legislatore prevedesse sul piano edittale per ciascun reato (o eventualmente per categorie di reati) *tutti* gli strumenti sanzionatori che ritenga rispetto al medesimo spendibili, siano essi innovativi o tradizionali, indicando parallelamente al giudice – secondo criteri generali, o linee-guida, di determinazione della pena da ripensare *ex novo* rispetto all'attuale art. 133 c.p. – come scegliere tra i più strumenti eventualmente disponibili, come determinarne, se necessario, i contenuti concreti e quale rilievo favorevole attribuire, ove la pena applicata in concreto non sia di natura *stricto sensu* riparativa, a condotte riparative poste in essere dall'imputato (o dal condannato).

12. È urgente superare, nel mondo, le dinamiche conflittuali: un ruolo culturale da raccogliere, e una campana che suona, anche per il penalista

La visione hegeliana secondo cui fare giustizia in rapporto a chi giudichiamo aver agito negativamente implica agire verso di lui in un modo altrettanto negativo (secondo quanto si ritenga a ciò adeguato in una data situazione storica), perché in tal guisa il male che gli si addebita verrebbe a scomparire, non ha inciso solo sui sistemi penali.

Hegel, del resto, ha eretto simile visione a paradigma generale. Sebbene, infatti, nel suo pensiero la dialettica tra tesi e antitesi, cioè tra reciproci negativi che si contrappongono, dia luogo a una sintesi comprensiva, come ben si sa, di profili che provengono da quegli stessi fattori, tale dialettica comporta pur sempre il darsi di un conflitto inevitabile tra opposti che conduce al prevalere di una posizione (o di suoi specifici aspetti)

48 Cfr. M. DONINI, *Pena agita*, cit., 20.

49 Cfr. G. FIANDACA, *Note su punizione*, cit., 16.

rispetto all'altra. Il che, tuttavia, non rappresenta per Hegel qualcosa di patologico, bensì caratteristica propria delle vicende umane: per cui la guerra, emblematicamente, costituirebbe (a differenza di quanto pensa Kant) una condizione necessaria e insuperabile della storia.

Il diritto penale, semmai, rappresenta di un simile approccio l'estrinsecazione più evidente, perché lo teorizza in maniera esplicita. Esso, però, non costituisce altro che la punta di un iceberg ben più massicciamente esteso: nell'ambito delle relazioni interpersonali, sociali, internazionali.

Eppure risulta evidente che se il criterio dell'agire è quello descritto, vi sarà sempre una ragione, o un pretesto, per ravvisare qualcosa di negativo nell'altro, e per cercare, circa quest'ultimo, di sconfiggerlo, di danneggiarlo o di annientarlo⁵⁰. Lo insegnano secoli di teorizzazione della *guerra giusta*. Sebbene ciò che risulta in grado di arginare il male non sia il suo raddoppio⁵¹, ma la capacità – talora il coraggio – di rimanere fedeli al bene nonostante l'incontro con il male: come hanno dimostrato non pochi, nel nostro Paese, dinnanzi ai rischi di certe intimidazioni criminali.

Ma il fatto è che non ci possiamo più permettere – per ragioni non soltanto di principio o umanitarie – il modello di una (sedicente) giustizia fondata sul conflitto. Dal 1945 abbiamo le armi della distruzione totale, e il rischio che questa, prima o poi, *accada* non può dirsi solo teorico. Del resto, la stessa pandemia Covid-19, dalla quale abbiamo preso

50 Il parallelo tra questa considerazione più generale e quanto scrive F. PALAZZO, *Nemico-nemici-nemico: una sequenza inquietante per il futuro del diritto penale*, in «RIDPP» (2020), 709 s., con riguardo alla logica del diritto penale del nemico appare evidente: «La relazione nemicale che ispira molte recenti norme penali, se sul piano della fattispecie si manifesta in un forte impoverimento del contenuto offensivo del fatto, sul piano della risposta sanzionatoria comporta non solo un'esorbitante sproporzione sanzionatoria ma anche un radicale rovesciamento del finalismo della pena, che dalla inclusione e rieducazione si converte nella esclusione ed eliminazione civile. Alla base vi è una diversa concezione di fondo della criminalità: da male sociale ineluttabilmente coesistente con la vita della società, così come bene e male fatalmente s'intrecciano nell'essere umano, la criminalità diventa un'abnormità che si ritiene possibile estirpare così come si ritiene possibile coltivare un violento manicheismo che separi gli uomini buoni da quelli malvagi, ipostatizzando in tal modo una relazione quasi antropologicamente nemicale».

51 M. DONINI, *Per una concezione post-riparatoria della pena. Contro la pena come raddoppio del male*, in «RIDPP» (2013), 1162 ss.

le mosse, lascia drammaticamente emergere che con tutta probabilità, in un contesto diverso da quello del conflitto e della diffidenza fra gli Stati, il contagio si sarebbe arginato in modo assai più tempestivo ed efficace. La logica della competizione e del conflitto ci porta a constatare il rischio, altresì, che sfuggano di mano condizioni essenziali per il futuro *globale* del pianeta, come la salvaguardia dell'ambiente. Inoltre, non dovremmo permettere che le democrazie si disintegrino (con sommo gaudio di chi non ama né la libertà di pensiero, né la giustizia sociale) perché irretite nel contesto di uno scontro competitivo perenne, ai cui fini qualsiasi demagogia è praticabile, pur di conseguire il consenso.

È tempo, allora, che si faccia strada un trend di superamento delle dinamiche fondate sul conflitto⁵², al di là dei confini nazionali: un trend il quale, per esempio, sappia dire ai governanti che non siamo più interessati a prevalere gli uni sugli altri, che non ci sono più le persone da mandare in guerra, che i nostri danari vanno spesi per ben altri scopi...

Il penalista, forse, ha una chiave di lettura privilegiata – che gli deriva dalla sua amara competenza inerente al rapporto coi fatti negativi – per dire che c'è bisogno di un modello della giustizia (non soltanto penale) *diverso* da quello che abbiamo celebrato per secoli attraverso l'immagine aulica ed equivoca della dea che regge la bilancia.

È troppo affermare che il penalista è chiamato, oggi, ad assumere anche un compito di carattere culturale⁵³, oltre i confini stessi della sua

52 Perché – sia consentito riprendere un'espressione di quella straordinaria persona che fu Ezio Bosso, compositore e direttore d'orchestra – *non si suona meglio per distruggere il nostro vicino, ma perché lui suoni meglio.*

53 Emerge, ancora, come la riflessione che muove dal dramma della pandemia in atto possa assumere un rilievo di carattere generale: «Anche l'attuale emergenza da Covid-19 ci dimostra infatti che solo la collaborazione di tutti (esperti di *diverse* discipline, pubblici amministratori, governi, organizzazioni sovranazionali, cittadini) anche nella spiegazione razionale degli eventuali errori commessi, e l'aiuto per porvi rimedio ed evitare che si ripetano, consentono di inquadrare entro i suoi *giusti* contorni l'oscura minaccia che stringe le nostre comunità. È questo uno dei molti significati, forse il più ricco e fecondo, che si può attribuire alla parola 'cultura': da intendersi anche quale capacità di umanizzare le nostre paure, trasformandole in gesti, parole e azioni non di condanna, ma di aiuto e ascolto, per la costruzione di storie ed esperienze condivise»: così G. FORTI, *Introduzione*, cit., 36.

disciplina⁵⁴? Chi lo ritenesse un'ingenuità, non me ne voglia.

54 In tal modo sarà più facile che tale compito sia esplicito anche nei confronti del diritto penale, perché, come osserva G. FIANDACA, *Note su punizione*, cit., 20, l'apertura alla giustizia *lato sensu* riparativa richiede «un generale contesto politico-culturale di riferimento orientato in senso assai meno punitivista rispetto al contesto attuale». Così che «in ogni caso, per tentare di concorrere a promuovere – nel ruolo auspicabile di penalisti teorici disposti anche a fare opera per così dire di pedagogia collettiva fuori dai recinti accademici – i presupposti di una propensione futura a dischiudere ampi spazi alla logica della riparazione, non si potrebbe pretendere di mettere in campo soprattutto ragioni *scientifiche*, anche da scienza più 'debole' che forte; verosimilmente, pesano di più le convinzioni etico-politiche, le preferenze valoriali e i cambiamenti di sensibilità collettiva e individuale. Insomma, concluderei che è una questione – al tempo stesso – molto più e molto meno che scientifica».