

Pasquale Troncone

Gli stati di emergenza, lo stato di eccezione.

Il ruolo inedito della legalità penale nell'emergenza sanitaria pandemica

Sommario:

1. Le iniziative dell'ordinamento nell'esperienza dell'emergenza sanitaria da COVID-19. Cenni storici. – 2. La garanzia della cornice costituzionale nella temperie di una legislazione speciale in deroga. – 3. L'emergenza sanitaria come rovesciamento del paradigma emergenziale della tradizione giuridica italiana. – 4. Il diritto penale è una leva della politica nello stato d'emergenza e nello stato d'eccezione. Nell'emergenza sanitaria pandemica la legislazione penale è inutile. – 5. L'assetto democratico alla prova dell'emergenza. Non esiste alcun ripristino delle condizioni ordinarie dopo i rimedi di rigore sanitario. – 6. La paralisi della legislazione penale e la regressione del diritto penale liberale.

1. Le iniziative dell'ordinamento nell'esperienza dell'emergenza sanitaria da COVID-19. Cenni storici

L'emergenza sanitaria da coronavirus del 2020-2022 ha posto per la prima volta all'attenzione dell'ordinamento giuridico italiano l'instaurarsi di un sistema normativo che, oltre a prevedere ampi spazi operativi alla pubblica amministrazione svincolata dai lacci burocratici che nel tempo si sono stratificati conducendola quasi alla paralisi, ha messo in campo una legislazione speciale fortemente limitativa della libertà della persona.

L'obbligo di permanenza in casa, reso implicitamente volontario in una prima fase con lo slogan «io resto a casa», è la punta più alta di una lunga curva di limitazioni della vita associata e personale che il governo, prima ancora del Parlamento, ha imposto indiscriminatamente a tutti: possibili contagiati, portatori sani, immuni e sani dal *COVID-19*. Limitazione della libertà personale che ha assunto anche la portata del distanziamento sociale (non

solo personale) che ancora di più ha marcato e perimetrato lo spazio entro il quale la persona deve agire, evitando luoghi di associazione (assembramento), di incontro, di colloquio, di trasmissione del sapere, di convivenza comunitaria, una bolla d'aria sanitaria chiamata a garantire la sicurezza e l'immunità dall'infezione.

Si tratta di una drastica scelta adottata alla luce di un allarme generalizzato per le gravissime ed improvvise conseguenze del contagio virale, pur nella platea totalitaria dei cittadini italiani sottoposti a severe limitazioni il cui stato clinico di ciascuno non era stato ancora accertato.

Questa indiscriminata soluzione limitativa delle libertà personali pone per la prima volta nel nostro sistema costituzionale, ma in realtà anche su tutto lo sviluppo storico dei fenomeni di emergenza ordinamentali che hanno segnato l'Italia unita, il tema di come si atteggia il diritto penale rispetto alla violazione delle prescrizioni derivanti dalle norme emergenziali e quale sia la produzione del diritto penale in questo periodo.

Senza dubbio occorre promuovere una riflessione per capire se l'uso del diritto penale è funzionale a tutti i fenomeni normativi di emergenza oppure la leva penale è espressione soltanto di talune derive emergenziali, come è accaduto in passato. E poi verificare lo stato della produzione normativa in materia penale, se per caso il legislatore ha rinunciato al suo ruolo di controllo e di prevenzione dei fenomeni devianti che continuano a segnare la vita sociale.

In altri termini, ed è questa l'ipotesi che intendiamo vagliare, la legislazione penale può essere considerata sempre e comunque la matrice della legislazione eccezionale oppure è il fenomeno emergenziale a dettare la scelta dello strumento attuativo più opportuno per assicurare validità formale e sostanziale alla legislazione temporanea speciale e in (apparente) deroga ai principi costituzionali? In questa nuova cornice dinamica quale ruolo svolgono i presidi della produzione normativa in materia penale?

La tradizione repubblicana italiana consegna alla nostra analisi unicamente i fatti di terrorismo che, seppure con una modesta e circoscritta cifra emergenziale, possono vantare il carattere di legislazione speciale, ma non estranea al tessuto legislativo vigente. Ed infatti tutte le leggi, da quella Reale a quelle antiterrorismo degli anni '70 e '80 dello scorso secolo, non hanno mai imposto un regime legislativo temporaneamente alternativo a quello ordinario¹. Si sono mosse, invece, nel quadro dei poteri ordinari che l'ordinamento offre agli organi di governo, anche attraverso provvedimenti d'urgenza, ma mai tali da superare lo steccato della legislazione ordinaria conculcando o riducendo l'ampiezza di talune libertà fondamentali della

¹ G. Insolera, *L'evoluzione della politica criminale tra garantismo ed emergenze. Dagli anni '60 all'emergenza mafiosa*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2014, p. 1165.

persona.

Storicamente la legislazione dell'emergenza si è registrata nel nostro paese all'alba dell'Italia unita con le leggi anti-brigantaggio del 1861 e il conseguente stadio di assedio con la temporanea istituzione dei Tribunali militari speciali; all'inizio del '900 ancora una volta con lo stato d'assedio e i Tribunali militari speciali; durante il ventennio fascista con il Tribunale speciale; mentre mai si sono alterati gli equilibri legislativi e giurisdizionali, anche in presenza di gravissimi fenomeni di terrorismo degli anni '80 del novecento sotto la vigenza della Costituzione del 1948².

Occorre riconoscere che non si è mai registrata una legislazione speciale in materia sanitaria, perfino nella circostanza del contagio della mortale infezione denominata "febbre spagnola". La dorsale normativa che tradizionalmente ha fatto da fonte regolatrice nel periodo del contagio, infatti, è stata sempre affidata al diritto amministrativo ed in particolare al Testo Unico in materia sanitaria.

In Italia la c.d. "febbre spagnola" del 1919, infatti, è stata affrontata dal T.U. in materia sanitaria del 1907, successivamente sostituito dal T.U. del 1934. Ma in realtà anche per i fatti epidemiologici gravissimi che la storia ricorda le fonti normative hanno investito sempre il diritto civile, il diritto amministrativo e mai il diritto comune o *stricto sensu* il diritto penale.

Le cronache del tempo registrano che la peste del 1500 fu affrontata con misure di carattere sanitario regolate dalle singole realtà comunali, ma sempre e soltanto con il ricorso all'uso del diritto amministrativo. Vengono «Nominati eventualmente appositi magistrati ("*magistri sanitatis*") per presiedere alle nuove necessità pubbliche e resi più efficienti e solleciti i consueti servizi di nettezza urbana, si presenta con una nuova urgenza il problema del controllo degli accessi alla città, perché se da un lato la custodia va intensificata, è facile previsione, d'altro canto, che mancheranno i volontari per questo servizio»³.

Non mancano analoghi riferimenti per il caso di pandemia da *cholera morbus* scoppiato nella prima metà XX secolo e particolarmente diffuso nel Regno delle Due Sicilie con esiti mortali nel 1836 che diede luogo a misure

² L. Violante, *La repressione del dissenso politico nell'Italia liberale: stati d'assedio e giustizia militare*, in *Riv. di storia contemp.*, IV, 1976, p. 481; G. Corso, *L'ordine pubblico*, Il Mulino, Bologna, 1979; M. Sbriccoli, *La penalistica civile. Teorie e ideologie del diritto penale nell'Italia unita* (1990), ora in *Storia del diritto penale e della giustizia*, Tomo I, Giuffrè, Milano, 2009, p. 511; M. Sbriccoli, *Caratteri originari e tratti permanenti del sistema penale italiano (1860/1990)*, in L. Violante (a cura di), *Storia d'Italia, "Annali" 14 Legge Diritto Giustizia*, Einaudi, Torino, 1998, p. 487.

³ M. Ascheri, *Rimedi contro le epidemie. I consigli di diritto europeo dei giuristi (Secoli XIV-XVI)*, Aracne, Roma, 2020, p. 52.

di contenimento denominate “contumacia”⁴.

Singolare è il fatto che anche le misure di contenimento sono le stesse di quelle attuali e nascono da una medesima strategia di ordine sanitario. È pur vero che in passato vi era una prima misura di contenimento, contro qualsiasi ragione di solidarietà e umanità, che costituiva un primo passo verso la sanificazione dell’ambiente cittadino che si traduceva nell’allontanamento forzato dalla città dei mendicanti.

Venivano poi adottate misure di distanziamento contro gli assembramenti sociali: «Si chiudano le scuole, e in particolare come si è sempre praticato le Università e i collegi per studenti; si vietino tutte le assemblee, riunioni spettacoli, insomma tutti i concorsi di persone non strettamente necessari»⁵.

2. La garanzia della cornice costituzionale nella temperie di una legislazione speciale in deroga

Una prima considerazione in ordine alla natura giuridica delle norme di emergenza assunte, in due diversi momenti negli anni 2020-2021, in deroga alla legislazione ordinaria investe la materia che il legislatore o meglio il governo (ma in realtà anche le diverse Regioni in ordine sparso) ha messo in campo per regolare normativamente il periodo di emergenza sanitaria⁶.

Prima di tutto l’esercizio del potere di normazione, come viene dichiarato, si svolge all’interno della cornice costituzionale senza esondare dall’alveo dei limiti e dal rispetto dei principi fondamentali della persona, ma agendo unicamente sul bilanciamento degli interessi in campo, facendo leva sul principio di proporzione⁷.

⁴ Si veda per la ricchezza delle informazioni ivi riportate G. Di Fiore, *Pandemia 1836. La guerra dei Borbone contro il colera*, Utet, Torino, 2020, p. 49 ss.

⁵ M. Ascheri, *Rimedi contro le epidemie*, cit., p. 57.

⁶ G. Gatta, *Coronavirus, limitazione di diritti e libertà fondamentali, e diritto penale: un deficit di legalità da rimediare*, in www.sistemapenale.it, 16 marzo 2020. Ancora G. Gatta, *I diritti fondamentali alla prova del coronavirus. Perché è necessaria una legge sulla quarantena*, in www.sistemapenale.it, 2 aprile 2020. C. Ruga Riva, *Il D.L. 25 marzo 2020, n. 19, recante “Misure urgenti per fronteggiare l'emergenza epidemiologica da COVID-19”: verso una “normalizzazione” del diritto penale dell'emergenza?*, in www.lalegislazionepenale.it, 6 aprile 2020.

⁷ Il referente costituzionale è ritenuto da S. Staiano, *Né modello né sistema. La produzione del diritto al cospetto della pandemia*, in www.rivistaaic.it. M. Luciani, *Avvisi ai naviganti nel Mar pandemico*, in *Quest. giust.*, 8 ottobre 2020. Fondamento costituzionale che ha trovato il suo punto di quiete nella decisione della Corte cost. n. 127 del 7 aprile 2022, in www.corte costituzionale.it: «non si può negare che un cordone sanitario volto a proteggere la salute nell’interesse della collettività (art. 32 Cost.) possa stringersi di quanto è necessario, secondo un criterio di proporzionalità e adeguatezza rispetto alle circostanze del caso concreto».

Orbene, la limitazione o il sacrificio dei diritti che ne consegue viene giustificata dall'emergenza sanitaria, in primo luogo, sul presupposto che la legalità dell'azione sarà assicurata dal rispetto delle procedure formali di esercizio del potere di normazione e di regolamentazione delle vicende che attingono la vita associata, la vita commerciale, la vita industriale, la vita delle imprese.

Pertanto, la garanzia della corretta gestione della situazione di emergenza nel rispetto dei diritti fondamentali viene fondata sulle procedure formali messe in atto, azionando le nuove fonti del diritto con carattere di deroga che devono assicurare il rispetto della cornice costituzionale e soprattutto l'esercizio dei diritti individuali e sociali.

Peraltro, la legislazione e tutta la conseguente disciplina normativa di natura regolamentare e dispositiva si pone come obiettivo di risolvere la situazione sanitaria condizionante la vita personale ed associata con la rimozione degli ostacoli all'esercizio dei diritti, rispettando nella fase di compressione delle situazioni giuridiche soggettive sempre e comunque i diritti fondamentali della persona.

Questo obiettivo viene posto alla base dell'azione di tutela sanitaria tenendo conto di due parametri di garanzia: 1) *adottare misure indispensabili e adeguate*; 2) *adottare misure proporzionali*.

Per quanto concerne invece le fonti che devono costituire l'impalcatura normativa su cui radicare e giustificare le misure di tutela, l'intera opera di modulazione dell'esercizio dei diritti nella fase dell'emergenza sanitaria viene affidata al diritto amministrativo al cui vertice viene individuato il d.lgs. 2 gennaio 2018, n. 1 istitutivo della Protezione Civile nel nostro Paese che regola i casi in cui con una successiva Delibera del Consiglio dei Ministri può essere dichiarato lo stato di emergenza sanitaria su di una parte o su tutto il territorio nazionale.

Cosicché, preso atto delle segnalazioni di un rischio concreto ed incombente provenienti dagli uffici della Protezione civile nazionale, su espresso *report* dell'Organizzazione Mondiale della Sanità, interviene la Delibera del Consiglio dei Ministri del 31 gennaio 2020 "*Dichiarazione dello stato di emergenza in conseguenza del rischio sanitario connesso all'insorgenza di patologie derivanti da agenti virali trasmissibili*" che si riporta in premessa agli artt. 7 e 12 del d.lgs. n. 1/2018. Tale dichiarazione ha assunto validità temporanea fino al 31 luglio 2020 per poi essere più volte prorogata.

Intanto, era già intervenuta l'Ordinanza del 30 gennaio 2020 "*Misure profilattiche contro il nuovo Coronavirus (2019-nCoV)*" con la quale si disponeva di verificare lo stato di salute dei viaggiatori che sarebbero entrati in Italia.

Se queste erano le premesse del sistema normativo di emergenza, i provvedimenti che hanno fondato le basi della disciplina regolamentare in deroga, nel corso dei giorni si sono accumulate norme derivanti da vari centri

di competenza, a partire dalle ordinanze dei Presidenti delle Regioni, e della più svariata natura regolamentare, la cui summa è costituita dalla “*Raccolta delle disposizioni in materia di contenimento e gestione dell'emergenza epidemiologica da COVID-19 e Testo coordinato delle ordinanze di protezione civile*”.

Il vero momento di svolta che segna il passaggio da una semplice dichiarazione di rischio biologico con effetti epidemici e pandemici è rappresentato dal d.P.C.M. 4 marzo 2020 “*Ulteriori disposizioni attuative del decreto-legge 23 febbraio 2020, n. 6, recante misure urgenti in materia di contenimento e gestione dell'emergenza epidemiologica da COVID-19*”⁸. Seguito poi dal più incisivo d.P.C.M. 8 marzo 2020 “*Ulteriori disposizioni attuative del decreto-legge 23 febbraio 2020, n. 6, recante misure urgenti in materia di contenimento e gestione dell'emergenza epidemiologica da COVID-19, applicabili sull'intero territorio nazionale*”⁹. Poi il d.P.C.M. 12 ottobre 2020 “*Misure urgenti per fronteggiare l'emergenza epidemiologica da COVID-19*”¹⁰; il d.l. 14 gennaio 2021, n. 2 che proroga lo stato di emergenza fino al 30 aprile 2021¹¹; il d.l. 22 aprile 2021, n. 52 che proroga lo stato di emergenza fino al 31 luglio 2021¹²; segue il d.l. 23 luglio 2021, n. 105¹³; ed infine il d.l. 24 dicembre 2021, n. 221 che proroga lo stato di emergenza fino al 31 marzo 2022¹⁴.

Questi provvedimenti rappresentano gli epigoni della legislazione di emergenza e costituiscono la prima fonte delle misure di contenimento (*lock-down*), di distanziamento sociale, e di confinamento in casa dei cittadini italiani, tutte soluzioni operative fortemente lesive delle prerogative di libertà della persona. A lungo andare, infatti, il distanziamento finisce per spezzare i legami sociali e logorare il principio di solidarietà che permea i rapporti interpersonali e si pone come un dovere di raccordo tra istituzione e persona¹⁵.

Entrambi i decreti recano al loro interno divieti e obblighi di fare che nella loro globalità attuativa si presentano in deroga a tutta la disciplina della legislazione ordinaria e anche di quella costituzionale, anche se l'azione di bilanciamento dei diritti, come si vedrà, li rende compatibili con la cornice

⁸ In *Gazz. Uff.*, Serie Generale, n. 55 del 4 marzo 2020.

⁹ In *Gazz. Uff.*, n. 59 del 8 marzo 2020.

¹⁰ In *Gazz. Uff.*, n. 253 del 13 ottobre 2020.

¹¹ In *Gazz. Uff.*, n. 10 del 14 gennaio 2021.

¹² In *Gazz. Uff.*, n. 96 del 22 aprile 2021.

¹³ In *Gazz. Uff.*, n. 175 del 23 luglio 2021.

¹⁴ In *Gazz. Uff.*, n. 305 del 24 dicembre 2021.

¹⁵ Nella prospettiva solidaristica è svolta una puntuale critica agli interventi normativi da G. De Francesco, *Dimensioni giuridiche ed implicazioni sociali nel quadro della vicenda epidemica*, in www.lalegislazionepenale.eu, 23 aprile 2020, p. 5. Cfr. P. Rescigno, *Solidarietà e diritto. Lezione magistrale*, Jovene, Napoli, 2006, p. 19.

della legalità costituzionale entro la quale si iscrivono le varie iniziative di compressione dei diritti di libertà¹⁶.

Sul terreno delle fonti, ancora, non va trascurato che la riforma del Titolo quinto della Costituzione e la specifica ri-elencazione delle materie attribuite alla diversa competenza contenute nell'art. 117 Cost. tra Stato e Regioni si è registrato un disallineamento tra i provvedimenti, ordinanze dei Presidenti della Regioni, e taluni provvedimenti assunti in sede governativa, proprio sulle materie legate alla sanità pubblica. Il punto di frizione è emerso tra la materia di legislazione concorrente, tutela della salute, e quella di esclusiva pertinenza dello Stato profilassi internazionale. Infatti, alla lett. q) del comma 2 dell'art. 117 Cost. viene conferita alla potestà esclusiva dello Stato la profilassi internazionale, da intendersi come l'insieme delle procedure mediche adottate a livello internazionale per prevenire l'insorgere e la diffusione di malattie.

Dal momento della dichiarazione dello stato di emergenza sanitaria e poi delle misure sociali sempre più restrittive, i Presidenti delle Regioni, al fine di proteggere il proprio territorio di competenza, hanno agito emanando Ordinanze ulteriormente restrittive o variamente applicative delle disposizioni adottate a livello centrale, dal governo e dalla Protezione civile.

Il perimetro normativo entro il quale la normativa di emergenza si è articolata è quella segnata dai confini stabiliti dall'art. 16 Cost., comma 1, come riserva di legge rinforzata: «Ogni cittadino può circolare e soggiornare liberamente in qualsiasi parte del territorio nazionale, salvo le limitazioni che la legge stabilisce in via generale per motivi di sanità o di sicurezza»; dall'art. 14 Cost., comma 3: «Gli accertamenti e le ispezioni per motivi di sanità e di incolumità pubblica o a fini economici e fiscali sono regolati da leggi speciali»; dall'art. 32 Cost., comma 2: «Nessuno può essere obbligato a un determinato trattamento sanitario se non per disposizione di legge».

In realtà le norme fondamentali che hanno assunto una dimensione più significativa rispetto alle misure di contenimento cui si è fatto ricorso per contrastare il contagio da *COVID-19* sono quelle dell'art. 41 Cost., comma 1, «L'iniziativa economica privata è libera» e delle libere attività professionali e soprattutto l'art. 13 Cost., comma 2, «Non è ammessa forma alcuna di detenzione, di ispezione o perquisizione personale, né qualsiasi altra restrizione della libertà personale, se non per atto motivato dell'autorità giudiziaria e nei soli casi e modi previsti dalla legge».

Nei primi giorni dell'emergenza sanitaria si è registrato un *vulnus* alla legalità costituzionale in relazione al diritto di libera circolazione dei cittadini,

¹⁶ Opportuna la puntualizzazione che non si tratta di valori tra loro comparabili ma di principi, perché tali diventano i valori giuridicamente positivizzati in M. Luciani, *Avvisi ai naviganti nel Mar pandemico*, cit.

ma in realtà alla libertà personale di autodeterminazione e di movimento, circa le misure ulteriormente restrittive assunte da talune Regioni tra cui la Campania rispetto alla fonte legislativa abilitante¹⁷.

Il caso è sintomatico del disallineamento dei provvedimenti che incidono sulla libertà quando non sia osservata la riserva di legge e, dunque, il necessario coefficiente di legalità costituzionale¹⁸. A tale riguardo occorre sottolineare che i provvedimenti legislativi, e ancor di più regolamentari, seppure adottati per la difesa della salute della collettività, possono essere assunti con un preciso limite: «La legge non può in nessun caso violare i limiti imposti dal rispetto della persona umana».

L'equilibrio che il d.l. 23 febbraio 2020, n. 13 intendeva assicurare con le misure restrittive della libertà con l'art. 1 era tra la libertà di circolazione e la difesa della salute prevedendo addirittura la quarantena coattiva, definita «permanenza domiciliare con isolamento fiduciario», per colui che fosse stato trovato al di fuori della propria abitazione senza giustificato motivo sarebbe stato denunciato per il reato contravvenzionale previsto all'art. 650 c.p.¹⁹.

Occorre aggiungere che con il d.l. 25 marzo 2020, n. 19 “*Misure urgenti per fronteggiare l'emergenza epidemiologica da COVID-19*” il governo ha rimediato al vuoto della base legislativa ordinaria, precisando che per una durata non superiore ai 30 giorni reiterabile e secondo i principi di adeguatezza e proporzionalità del rischio, è possibile assumere a livello locale restrizioni ulteriori, secondo la lett. a) art. 1, come la: «limitazione della circolazione delle persone, anche prevedendo limitazioni alla possibilità di allontanarsi dalla propria residenza, domicilio o dimora se non per spostamenti individuali limitati nel tempo e nello spazio o motivati da esigenze lavorative, da situazioni di necessità o urgenza, da motivi di salute o da altre specifiche ragioni»²⁰.

A tale proposito il provvedimento legislativo ha messo in campo un altro

¹⁷ Ordinanza della Regione Campania n. 15 del 13 marzo 2020, ad esempio, stabilisce che: «1. Con decorrenza immediata e fino al 25 marzo 2020, su tutto il territorio regionale è fatto obbligo a tutti i cittadini di rimanere nelle proprie abitazioni». Un commento a tale provvedimento è di S. Staiano, *De Luca, atti illegittimi. Ma non è un eversore*, in www.info@ilquotidianodelsud.it, 18 marzo 2020. La questione giuridica in ordine al limite del potere di ordinanza dettato dalla riserva di legge è stata risolta dal TAR Campania, Sez. V, in sede cautelare, Reg. Ric. n. 01120/2020, del 24 marzo 2020.

¹⁸ R. Bartoli, *Il diritto penale dell'emergenza “a contrasto del coronavirus”: problematiche e prospettive*, in www.sistemapenale.it, 24 aprile 2020, p. 7.

¹⁹ B. Romano, *Il reato di inosservanza dei provvedimenti dell'Autorità al tempo del Coronavirus*, in www.ilpenalista.it, 16 marzo 2020.

²⁰ G. Gatta, *Un rinnovato assetto del diritto dell'emergenza COVID-19, più aderente ai principi costituzionali, e un nuovo approccio al problema sanzionatorio: luci e ombre nel d.l. 25 marzo 2020, n. 19*, in www.sistemapenale.it, 26 marzo 2020.

presidio penalistico invocato dalle circostanze di origine sanitaria, previsto dal T.U.L.S. n. 1265 del 27 luglio 1934 che all'art. 260 prescrive: «Chiunque non osserva un ordine legalmente dato per impedire l'invasione o la diffusione di una malattia infettiva dell'uomo è punito con l'arresto fino a sei mesi e con l'ammenda da lire 40.000 a lire 800.000. Se il fatto è commesso da persona che esercita una professione o un'arte sanitaria la pena è aumentata»²¹.

Questa fattispecie incriminatrice, seppure aggiornata nel corredo sanzionatorio «con l'arresto da 3 mesi a 18 mesi e con l'ammenda da euro 500 ad euro 5.000» opera in presenza di un nuovo precetto delineato alla lett. e) dello stesso decreto n. 6/2020: «divieto assoluto di allontanarsi dalla propria abitazione o dimora per le persone sottoposte alla misura della quarantena perché risultate positive al virus».

Si tratta di un reato di mera condotta e di pericolo astratto il cui corredo probatorio è notevolmente alleggerito per la mancanza di un concreto riscontro del contagio provocato, in quanto escluso dal precetto per la natura stessa dell'illecito.

3. *L'emergenza sanitaria come rovesciamento del paradigma emergenziale della tradizione giuridica italiana*

Questo quadro così convulso in materia di fonti del diritto adottate nell'arco temporale di poco più di un anno e soprattutto l'ispirazione di fondo giustificata dall'emergenza di natura sanitaria pongono alla riflessione della politica criminale il ruolo che può giocare il diritto penale nel caso l'ordinamento giuridico costituzionale e democratico si trovi a fronteggiare situazioni in cui occorre mettere sul tappeto una disciplina normativa in deroga a quella ordinaria.

Non è più possibile parlare di *emergenza*, a nostro avviso, ma occorre sviluppare l'indagine empirica tenendo conto che esistono diverse forme di *emergenza*, situazioni ben differenziate nelle quali la legislazione penale talvolta giustifica la sua presenza punitiva, altre volte non trova accesso quando la punizione è fuori dagli schemi argomentativi e dalla portata operativa della materia, nonché dell'adeguatezza degli obiettivi da conseguire²².

²¹ In fondo anche il ricorso a queste norme penali desuete, in cui è modesta la risposata sanzionatoria, forma il profilo simbolico dell'intervento nell'emergenza epidemiologica G. Pighi, *La trasgressione delle misure per contrastare il coronavirus: tra problema grave e norma penale simbolica*, in www.lalegislazionepenale.eu, 20 marzo 2020, p. 3.

²² P. Pinna, *L'emergenza nell'ordinamento costituzionale italiano*, Giuffrè, Milano, 1982 e V. Angiolini, *Necessità ed emergenza nel diritto pubblico*, Cedam, Padova, 1986. L. Ferrajoli, *Diritto e ragione. Teoria del garantismo penale*, Laterza, Bari-Roma, 1990, p. 844.

Vi è però un punto di contatto tra le diverse situazioni di emergenza ed è costituito dal sacrificio temporaneo della libertà personale, quel diritto che è posto a fondamento della scelta costitutiva del nostro stato democratico e posta a salvaguardare la validità del patto costituzionale²³.

Il diritto alla libertà personale non è solo un requisito caratterizzante il nostro sistema costituzionale italiano, ma ha acquisito una decisa forza espansiva per effetto del diritto convenzionale continentale, da cui bisogna partire per individuare il limite al sacrificio tollerabile delle libertà fondamentali.

Come del resto appare scontato che i principi fondamentali dell'ordinamento interno risultano rafforzati da una serie di disposizioni della Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo che incrociano, talvolta specificandole, le norme della nostra Costituzione. In particolare, dall'art. 5 CEDU sulla libertà personale; dall'art. 2, Prot. 4 CEDU sulla libertà di circolazione; dall'art. 11 CEDU sulla libertà di riunione, e in fondo di assembramento (si pensi agli incontri di natura religiosi); dall'art. 8 CEDU sul diritto al rispetto della vita familiare e di abitazione. Le misure adottate, dunque, non possono prescindere dallo *standard* minimo calibrato sui criteri di ragionevolezza (l'adeguatezza rispetto all'obiettivo da conseguire), di necessità (quando non è possibile ricorrere a strumenti precettivi diversi), di proporzionalità e di perimetrazione temporale della misura limitativa adottata²⁴.

A mettere in guardia da possibili derive emergenziali e da lesioni dei principi democratici ha provveduto il Parlamento Europeo con la risoluzione del 2020 «Impatto delle misure connesse alla COVID-19 sulla democrazia, sui diritti fondamentali e sullo Stato di diritto» allorché: «considerando che il funzionamento delle democrazie e il sistema di pesi e contrappesi cui sono soggette sono perturbati nel momento in cui un'emergenza sanitaria modifica la ripartizione dei poteri, ad esempio consentendo all'esecutivo di acquisire nuovi poteri volti a limitare i diritti individuali e di esercitare

²³ G. Agamben, *Stato di eccezione. Homo sacer*, II, Quodlibet, Torino, 2003. V. Angiolini, *Necessità ed emergenza nel diritto pubblico*, Cedam, Padova, 1986. F. Schiaffo, *Stato d'eccezione, diritti umani e sistema penale: la politica criminale negli "assiomi oscuri" dell'ordinamento costituzionale*, in S. Moccia (a cura di), *Diritti dell'uomo e sistema penale*, vol. I, Jovene, Napoli, 2000, p. 155. Non va trascurato che talvolta il sistema di governo ha necessità di carattere conservativo e tende a stabilizzare nel sistema penale norme e strategie di tipo emergenziale, come sostenuto da S. Moccia, *La perenne emergenza. Tendenze autoritarie nel sistema penale*, Esi, Napoli, 1995 e in ultimo A. Sessa, *La fisiologica sistematicità dell'emergenza: tendenze autoritarie nel diritto giurisprudenziale penale compulsivo*, in *Politica criminale e cultura giuspenalistica. Scritti in onore di Sergio Moccia*, Esi, Napoli, 2017, p. 309. G. Losappio, *Perenne emergenza, emergenza, emergenza perenne*, in *Giur. pen. trim.*, fasc. 3, 2020, p. 3.

²⁴ Principi limitativi di proporzionalità e ragionevolezza richiamati più volte dalla Corte costituzionale a partire da Corte cost., sent. 20 giugno 1956, n. 8 per finire a Corte cost., sent. 5 aprile 1995, n. 17, in www.cortecostituzionale.it.

competenze solitamente riservate al legislatore e alle autorità locali, limitando nel contempo il ruolo dei parlamenti, della magistratura, della società civile e dei media, nonché le attività e la partecipazione dei cittadini;» ha suggerito di: «garantire che, in caso di trasferimento di poteri legislativi all'esecutivo, gli atti giuridici emessi dall'esecutivo siano soggetti ad una successiva approvazione parlamentare e cessino di produrre effetti se non ottengono tale approvazione entro un determinato lasso di tempo»²⁵.

Si è giunti al punto in cui occorre ribadire che tutto il complesso quadro normativo messo in campo per contrastare il contagio epidemico ha fatto leva su divieti e "obblighi di fare" tutti discendenti da precetti di natura amministrativa, salvo per due ipotesi di reato contravvenzionale, peraltro liquidate e rese retroattivamente inoperanti con un successivo decreto-legge²⁶.

Tuttavia, pur trovandoci in presenza di iniziative normative, non solo legislative, fortemente limitative di diritti fondamentali della persona, quegli stessi le cui prerogative sono riconosciuti nella prima parte della nostra Carta costituzionale e fondative del patto alla base dello stato democratico, la ragione di questo tipo di emergenza attinge ad un concetto e ad un modello epistemologico del tutto diverso dalle situazioni emergenziali verificatesi in Italia nel passato²⁷.

L'emergenza sanitaria è il movente del rovesciamento del paradigma di una complessa struttura normativa sorta non per ledere, ma per preservare l'integrità dei diritti fondamentali della persona²⁸. Anzi, inserendosi nel circuito costituzionale, la cui ispirazione primigenia è la tutela della persona, prima ancora che degli assetti dello stato, la norma di emergenza, non solo

²⁵ In *Risoluzione del Parlamento europeo del 13 novembre 2020 sull'impatto delle misure connesse alla COVID-19 sulla democrazia, sullo Stato di diritto e sui diritti fondamentali (2020/2790(RSP))*.

²⁶ In realtà sterilizzate anche da una giurisprudenza costituzionalmente orientata che ha censurato come violazione della riserva di legge una ipotesi di reato definita da un d.P.C.M., come ritenuto in sede di richiesta di emissione di un decreto penale di condanna per l'art. 483 c.p. il GIP-GUP del Tribunale Reggio Emilia con sentenza 27 gennaio 2021, n. 54, in *www.lacostituzione.info*, 16 marzo 2021.

²⁷ Occorre precisare che in altri ordinamenti, come quello tedesco, esistono codificate situazioni di emergenza diverse, derivanti da vicende esterne allo Stato o interne, ma precisamente elencate e dettagliate: stato di emergenza esterna (*äußerer Notstand*), a sua volta suddivisibile in stato di difesa (*Verteidigungsfall*) e stato di tensione (*Spannungsfall*); stato di emergenza interna (*innerer Notstand*). Queste previsioni conferiscono una base sicura e controllabile delle scelte degli organi di governo, arginando iniziative normative che dovessero esorbitare dai poteri prefissati.

²⁸ In senso fortemente critico G. Agamben, *L'epidemia mostra che lo stato d'eccezione è diventato la regola*, ora in G. Agamben, *A che punto siamo? L'epidemia come politica*, Quodlibet, Macerata, 2020, p. 40: «La falsa logica è sempre la stessa: come di fronte al terrorismo di affermava che bisognava sopprimere la libertà per difenderla, così ora si dice che bisogna sospendere la vita per proteggerla».

intende muoversi sul terreno interno ai limiti della Costituzione, ma si pone come obiettivo la tutela della salute di ogni singolo cittadino. Cosicché, il paradigma rovesciato dimostra che l'emergenza viene dichiarata e controllata attraverso il diritto per proteggere la collettività, la pubblica sanità, mentre l'emergenza politica (quella che nella sua forma estrema si trasforma in stato di eccezione) viene esercitata dal potere normativo per proteggere l'assetto di potere e comunque le prerogative dello stato, talvolta contro i cittadini.

Questa è la ragione per cui il rapporto tra sanità collettiva e libertà individuali sostituisce integralmente il rapporto tra diritto punitivo e libertà individuali, pur trovandoci di fronte alla *stessa misura contenitiva e connotata dalla medesima portata lesiva*, quale la limitazione della libertà personale²⁹. Anche se banalmente, si può affermare che: lo stato di timore indotto generalmente dalle situazioni di emergenza politica (si pensi al terrorismo) si risolve nella paura della norma³⁰; nel caso dell'emergenza sanitaria, invece, nella paura del contagio³¹.

La riflessione deve ora concentrarsi sul comprendere il perché nell'emergenza sanitaria non c'è alcun bisogno del diritto penale (che resta però politico per le decisioni adottate che sono nel senso di facilitare le scelte del decisore al governo) e, invece, nell'emergenza politica è lo stesso diritto penale che diventa strumento politico e si rende indispensabile per i fini perseguiti³².

4. Il diritto penale è una leva della politica nello stato d'emergenza e nello stato d'eccezione. Nell'emergenza sanitaria pandemica la legislazione penale è inutile

Il rovesciamento del paradigma emergenziale tradizionale spinge a valutare la concreta funzione, la eventuale utilità, della legislazione penale come

²⁹ Sul punto il paradosso proposto da L. Eusebi, *L'obbedienza come valore*, in AA.VV., *Gli obbedienti di Natalino Irti: una lettura penalistica*, in *Criminalia*, 2022, p. 10: «Il diritto penale, nel suo rivolgersi ai cittadini onde persuaderli a non delinquere, è chiamato a manifestarsi, dunque, con altra cosa rispetto a una gigantesca violenza privata messa in opera dallo Stato nei loro confronti, costringendoli, secondo quanto prevede l'art. 610 c.p., "con violenza o minaccia" ad omettere qualcosa, nel nostro caso il delinquere».

³⁰ F. Giunta, *Introduzione*, in AA.VV., *Gli obbedienti di Natalino Irti*, cit., p. 3: «l'obbedienza per paura, la più semplice e diffusa, caratterizzata dalla funzione coercitiva della sanzione».

³¹ V. Baldini, *Emergenza sanitaria e Stato di prevenzione*, in www.dirittifondamentali.it, 27 febbraio 2020.

³² Ci sia consentito citare P. Troncone, *La legislazione penale dell'emergenza in Italia. Tecniche normative di incriminazione e politica giudiziaria dallo Stato liberale allo Stato democratico di diritto*, Jovene, Napoli, 2001.

strumento derogatorio ed eccezionale che può svolgere nel momento dell'insorgere e del divenire dell'emergenza³³.

Ma in realtà il nuovo approdo cui occorre giungere è successivo. La presenza della legislazione penale e la ricchezza del suo armamentario punitivo rappresentano la vera spia per comprendere la natura dell'emergenza e verificare se l'intera azione normativa si è limitata all'interno del perimetro costituzionale, stato di emergenza in senso stretto, o lo ha prevaricato mettendo in discussione il patto politico alla sua base, stato d'eccezione³⁴.

In altri termini, la presenza della norma penale è normalmente il dato sintomatico della politicità delle ragioni di una legislazione di emergenza istituzionale, cosicché tutte le prescrizioni in deroga alla disciplina ordinaria sono dettate dalla necessità di irrobustire la risposta punitiva per conservare gli assetti del potere. Qui il diritto penale, come diritto di lotta e di contrapposizione, dà sfogo alla sua intima e autentica natura politica³⁵.

A ben vedere, pur facendo ricorso alle fonti normative e alle regole precettive proprie del diritto amministrativo anche l'emergenza sanitaria sembra, ma si tratta di un dato apparente, si serva dello stesso modello precettivo di intervento³⁶.

Vi è però alla base dell'emergenza sanitaria una coerenza di legittimità dettata dalla legalità della fonte e dal rispetto del principio di riserva di legge. In questa forma di emergenza, infatti, tranne qualche prevedibile sbavatura temporale, vi è sempre la fonte della legislazione ordinaria parlamentare a stabilire i limiti e i confini della normativa attuativa che darà seguito a iniziative, rimedi e attivazione dei necessari presidi operativi. Le matrici di normazione primaria possono essere leggi ordinarie preesistenti, provvedimenti soggetti a successiva ratifica o la decretazione d'urgenza che costituisce la classica forma dei provvedimenti prescrittivi.

³³ P.G. Grasso, *Necessità (stato di)*, in *Enc. dir.*, vol. XXVII, Giuffrè, Milano, 1977, p. 866.

³⁴ Intendiamo seguire la partizione riproposta da G. Zagrebelsky, *Non è l'emergenza che mina la democrazia. Il pericolo è l'eccezione*, in *la Repubblica*, 29 luglio 2020. Sul tema e sull'origine della categoria non può mancare il riferimento a C. Schmitt, *Politische Theologie. Vier Kapitel zur Lehre von der Souveränität*, Duncker & Humblot, München-Leipzig, 1922, ora parzialmente contenuto in G. Miglio, P. Schiera (a cura di), *Le categorie del politico*, Il Mulino, Bologna, 2001, p. 29. G. Marra, "Diritto penale moderno" v. "Diritto penale ultra-liberale". Note su immagini francofortesi nella gius-penalistica spagnola, in *Studi urbinati di Scienze giuridiche, politiche ed economiche*, 2016, p. 317.

³⁵ L'inseparabilità del diritto dalla politica, ove il diritto trova la sua legittimazione nella convergenza perfetta alle istanze della politica, era il cuore del pensiero sviluppato nella temperie del suo tempo da H. Heller, *Rechtsstaat oder Diktatur?*, J.C.B. Mohr, Tübingen, 1930, p. 9.

³⁶ M. Pelissero, *Covid-19 e diritto penale pandemico. Delitti contro la fede pubblica, epidemia e delitti contro la persona alla prova dell'emergenza sanitaria*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2020, p. 504. A. Bernardi, *Il diritto penale alla prova della COVID-19*, in *Dir. pen. proc.*, 2020, p. 441.

La legislazione dell'emergenza politica, viceversa, si affida sempre a fonti costituite da atti di normazione secondaria di promanazione degli organi di governo che taglia fuori, anche in una successiva fase di ratifica, la legalità costituita ovvero la normazione primaria e la legittima azione di produzione del Parlamento e della volontà popolare³⁷.

Un caso particolare che appartiene alla categoria dell'emergenza politica, vero e proprio stato di tensione istituzionale e sociale, è il terrorismo, in cui l'azione è diretta a rovesciare l'ordine consolidato di uno stato democratico³⁸. In questa prospettiva occorre precisare che, pur ricorrendo a fattispecie di reato stabili e lesive di taluni diritti fondamentali e non in linea con l'assetto dei principi della Carta fondamentale, l'azione normativa è stata tenuta in Italia comunque all'interno del circuito dei principi costituzionali³⁹.

Sul piano invece della giustiziabilità dei diritti, la legislazione speciale sanitaria attiva i canali giurisdizionali ordinari, si è visto con l'ordinanza cautelare del TAR, mentre la legislazione penale politica attiva presidi giurisdizionali eccezionali scavalcando il giudice naturale precostituito per legge.

Sebbene l'area di intervento sia quella del trattamento sanitario obbligatorio che appare come una compressione della libera autodeterminazione; nell'emergenza politica invece la gestione della vicenda emergenziale è affidata alla violenza, alla risoluzione di un conflitto, e tutte le norme penali che entrano in vigore in questo periodo sono tutte connotate da condotte tese a vincere la resistenza e l'ostilità degli oppositori⁴⁰.

In definitiva, nella costanza di emergenza sanitaria *il diritto criminale si rivela inutile*, anzi può costituire quell'impedimento o quel sovraccarico operativo che può essere rimediato con l'uso del diritto amministrativo

³⁷ I riferimenti risalenti nel nostro ordinamento si possono attingere da G. Miele, *Le situazioni di necessità dello Stato*, in *Arch. dir. pubbl.*, 1936, p. 377. Per quanto concerne il ricorso sistematico alle fonti secondarie e ai poteri di ordinanza (che oggi potremmo considerare i d.P.C.M.), si rinvia a C. Latini, *Governare l'emergenza*, Giuffrè, Milano, 2005, p. 112 che nel superato ordinamento costituzionale italiano rinviene la sua origine normativa sia nella legge 21 marzo 1915, n. 273 (provvedimenti per la difesa economica e militare dello Stato) sia nella legge 22 maggio 1915, n. 671 che riconosceva in capo al governo del Re poteri straordinari in caso di guerra.

³⁸ M.A. Cattaneo, *Terrorismo e arbitrio. Il problema giuridico del totalitarismo*, Cedam, Padova, 1998.

³⁹ A. Manna, *Erosione delle garanzie individuali in nome dell'efficienza dell'azione di contrasto al terrorismo: la privacy*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2004. J.A.E. Vervaele, *La legislazione anti-terrorismo negli Stati Uniti: inter arma silent leges*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2005. P. Bonetti, *Terrorismo, emergenza e costituzioni democratiche*, Il Mulino, Bologna, 2006, p. 293. A.M. Der-showitz, *Terrorismo*, Carocci, Roma, 2003. Ed infine A. Garapon, *È possibile una lotta democratica contro il terrorismo?*, in *Critica del dir.*, 2005, p. 362.

⁴⁰ Ritorna decisiva la lezione sul paradigma politico del conflitto all'intera area del processo di criminalizzazione di A. Baratta, *Criminologia critica e critica del diritto penale. Introduzione alla sociologia giuridico penale*, Meltemi, Milano, 1982 (ripubbli.) 2019, p. 184.

punitivo⁴¹.

Sul piano politico criminale diventerebbe anche incomprensibile la punizione con norme *ad hoc* per i soggetti che già vivono la compressione dei propri spazi di libertà e, in questo angusto orizzonte, la sanzione penale sarebbe vista come una inutile prevaricazione e quindi vissuta dal cittadino come una risposta immeritata da parte dell'ordinamento. Dunque, evitare che norme punitive apportino un ulteriore *surplus* di afflittività destinata ad incidere sulla tavola dei diritti. Del resto, la stessa finalità dell'intervento eccezionale a favore della salute dei cittadini vale ad escludere che vi possano essere interventi oppositivi alle scelte normative dirette alla protezione di ciascuno e della collettività.

Pertanto, le uniche fonti penali abilitate all'intervento sono quelle del codice e delle leggi speciali del tempo ordinario, diversamente dal diritto penale politico del periodo di emergenza ordinamentale dove occorrono nuove fattispecie incriminatrici temporanee e speciali, accettate e tarate preventivamente sul tipo di intervento per risolvere la violenza del conflitto.

Il diritto penale politico dell'emergenza (e per la sua forma estrema di eccezione) funge, nella sostanza, da leva di coesione di decisioni conservative del governo centrale.

In definitiva, la legislazione penale dell'eccezione politica, sebbene possa essere temporanea, è tutta decisamente incostituzionale, perché in occasione del regime normativo derogatorio intervengono iniziative precettive lesive, eversive, delle prerogative costituzionali e all'ordinamento ordinario si sostituisce l'ordinamento, normativo e giurisdizionale, dell'estrema emergenza *extra ordinem*. Il tratto sintomatico di questa deriva emergenziale si coglie nell'uso strumentale delle fonti con l'adozione di atti aventi tutti forza di legge (pur non essendone muniti), per cui violazione della riserva di legge, e dall'entrata in vigore di norme penali con carichi sanzionatori ispirati alla prevenzione generale negativa, alla pura intimidazione.

In costanza dell'emergenza sanitaria invece non esiste un sistema ordinamentale che si sostituisce ad un altro, ma semplicemente delle norme temporanee governate dal principio di legalità che regola la vicenda eccezionale, mantenendosi nel perimetro della Carta fondamentale.

Resta comunque ben delineato il quadro degli interventi precettivi in risposta all'allarme, dove l'emergenza va esplicitamente dichiarata e vanno immediatamente esposti i fini, i poteri esercitati, determinati e perimetrati nell'ambito dei presidi di valore dell'ordinamento.

⁴¹ Sostanzialmente converge S. Fiore, *Sbagliando si impara? Le lezioni ignorate dell'emergenza e la diabolica perseveranza del legislatore penale*, in AA.VV., *Oltre la pandemia. Società, salute, economia e regole nell'era post COVID-19*, a cura di G. Palmieri, Editoriale Scientifica, Napoli, 2020, p. 1113.

Lo stato d'eccezione, invece, attinge e deve attingere necessariamente alla violenza – non alla forza – e l'esercizio dei poteri è assolutamente indeterminato, condizione necessaria questa per ricorrere senza alcun preventivo o successivo controllo istituzionale a mezzi normativi che sono al di fuori del sistema vigente.

Lo stato di emergenza, in tutte le sue possibili declinazioni, opera all'interno del circuito legislativo e istituzionale ⁴², mentre lo stato d'eccezione gestisce poteri che sono al di fuori del circuito degli assetti esistenti, facendo leva su di una legislazione in deroga, libera nei fini e indeterminabile nella sua vigenza temporale. Il tutto fondato sulla differenza binaria tra forza e violenza.

Lo stato di emergenza non abolisce l'uguaglianza dei cittadini davanti alla legge, perché si muove nel quadro delle garanzie fondamentali per difenderle, anzi è chiamato a rimuovere gli ostacoli che non consentono il loro benessere, mentre nello stato d'eccezione si traduce nella *diseguaglianza* dei cittadini, unico mezzo per imporre una situazione ordinamentale nuova e diversa.

In definitiva, le due vicende trovano un epilogo che allo stesso tempo costituisce il riscontro della natura dello stato di allarme suscitato: lo stato di emergenza trova il suo culmine e il suo compimento nel recupero della sicurezza; lo stato d'eccezione trova il suo compimento in un nuovo e diverso assetto istituzionale.

5. L'assetto democratico alla prova dell'emergenza. Non esiste alcun ripristino delle condizioni ordinarie dopo i rimedi di rigore sanitario

Si è giunti al punto di poter affermare che non esiste uno stato di emergenza in un sistema costituzionale su base democratica, ma esistono diverse situazioni di emergenza che si caratterizzano per una diversa matrice genetica che le origina e che dipanano una produzione normativa specifica.

Quando lo stato di emergenza ha una chiara cifra politica (o meglio marcatamente ideologica) nel suo ambito vanno distinte l'ipotesi in cui si rispetta la cornice costituzionale, si veda il terrorismo, dall'ipotesi in cui l'entrata in vigore di un ordinamento normativo eccezionale si delinea come un'iniziativa eversiva al sistema costituzionale.

Emergenza vuol dire certamente legislazione speciale in deroga per

⁴² Del resto l'inasprimento di particolari ipotesi di reato poteva avvenire all'interno della legislazione esistente, in Corte cost., sent. 19 ottobre 1982, n. 167, in www.cortecostituzionale.it.

governare lo stato di eccezione temporaneo, ma lo stato di eccezione può essere caratterizzato da segno diverso a seconda che sia a favore del sistema di potere per la conservazione degli assetti o a favore della collettività per la tutela della salute pubblica.

Sono due situazioni che si presentano identiche nel ricorso allo strumentario giuridico cui ricorrono i rispettivi assetti prescrittivi, ma fortemente diversificate, come due rette parallele, nei rispettivi fini.

Il diritto penale che origina da una corretta politica criminale, lo strumento punitivo per eccellenza dell'ordinamento giuridico, si presenta necessario, consustanziale, all'emergenza politica, per vincere la violenza e il conflitto; è invece del tutto inutile anzi dannoso, perché colpisce la mera disobbedienza, nel corso di un'emergenza sanitaria.

L'ipotesi teorica è riscontrata dal dato empirico verificato nei tempi della pandemia da *COVID-19* in cui le uniche norme penali che potevano assolvere a compiti punitivi sono state eliminate attraverso un'opera di depenalizzazione retroattiva, non delle fattispecie in quanto tali, ma come operanti nell'ambito della materia normativa emergenziale.

Le disposizioni incriminatrici chiamate in causa sono l'art. 650 c.p. e l'art. 260 T.U.L.S. del 1934.

Paradossalmente le ipotesi punitive adottate come corollario sanzionatorio di tutta la disciplina precettiva della fase di emergenza sono state invece successivamente attinte dal settore punitivo del diritto amministrativo, individuate nelle ipotesi delle infrazioni punite con sanzione pecuniaria.

Si possono a questo punto tirare le fila del discorso all'esito della breve indagine condotta. Occorre rilevare che esistono forme diverse di emergenza per l'ordinamento giuridico di uno stato costituzionale su base democratica.

L'emergenza incostituzionale è quella che mira al rovesciamento o al mutamento del sistema politico vigente, la vera eccezione, per cui la legislazione penale, tipica espressione della strumentalità giuridica del diritto punitivo, ha finalità squisitamente politico-ideologica. Come tale mira alla creazione di un sistema politico e giuridico diverso da quello vigente, come il risultato di una complessa normativa in deroga ai principi fondamentali dell'ordinamento e un sistema delle fonti costituito unicamente da normazione secondaria ovvero da atti di urgenza per conformarsi, seppure solo formalmente, all'assetto della produzione delle leggi.

Questa ipotesi di emergenza viene definito dalla dottrina costituzionalistica come "emergenza evolutiva"⁴³.

La normativa, anche e soprattutto quella non legislativa di provenienza

⁴³ G. Marazzita, *L'emergenza costituzionale. Definizioni e modelli*, Giuffrè, Milano, 2003, p. 143.

parlamentare, si connota di assoluta eccezionalità, dove per eccezionale si deve intendere quel carattere derogatorio e non temporaneo alla legislazione del tempo ordinario e che lede tutti i principi fondamentali, a partire da quelli della sicurezza dello stato per finire a quelli posti a salvaguardia dei diritti fondamentali della persona. Questa emergenza coincide con il rovesciamento del sistema e l'instaurazione di un ordinamento giuridico diverso che si rifonda con un assetto di legislazione primaria derivante da nuovi organi di governo.

Vi è poi una forma intermedia di emergenza che si coglie nella disciplina, soprattutto di normazione primaria – anche se di urgenza – che si muove nel rispetto dei principi fondamentali dell'ordinamento, anche se in realtà finisce per ledere nella sostanza quegli stessi principi⁴⁴. Non vi sono norme in aperto contrasto con la legislazione vigente in cui entra a far parte, ma certamente si presenta eterogenea rispetto ai principi di valore guida della disciplina della legislazione ordinaria. Si pensi al settore penale dove vengono introdotte fattispecie a consumazione anticipata, limiti di pena irragionevoli, attività sotto copertura (personale e informatica) senza previa autorizzazione, misure cautelari adottate oltre lo *standard* normativo, regime penitenziario differenziato già nella fase della cautela, norme processuali di acquisizione della prova in violazione della riservatezza.

La strategia normativa, tuttavia, si appoggia solo alla normazione primaria, allontanando il pretesto di un uso distorto e allarmante della normazione secondaria, tipica espressione della decisione precettiva degli organi di governo centrale.

Il settore legislativo della disciplina legislativa in materia di terrorismo, come si è detto, offre la migliore riprova di questo divenire disciplinare, dove non si troveranno mai norme eccezionali in evidente deroga alle norme e ai principi costituzionali (quindi incostituzionali)⁴⁵. L'alveo della democrazia è capace di assorbire anche iniziative punitive allarmanti in grado però di essere governate, comunque, dalle norme di principio direttive della stessa Carta costituzionale.

Questa legislazione è certamente conforme a Costituzione e certamente compatibile con tutto il quadro dei presidi di controllo del sistema, a partire dalla Corte costituzionale che conserva intatti i suoi poteri di intervento abrogativo. Questa ipotesi va sotto la definizione di "emergenza

⁴⁴ Il tema è trattato da V. Baldini, *Emergenza costituzionale e Costituzione dell'emergenza. Brevi riflessioni (e parziali) di teoria del diritto*, in www.dirittifondamentali.it, 23 marzo 2020.

⁴⁵ R. Bartoli, *Lotta al terrorismo internazionale. Tra diritto penale del nemico jus in bello del criminale e annientamento del nemico assoluto*, Giappichelli, Torino, 2008. V. Masarone, *Politica criminale e diritto penale nel contrasto al terrorismo internazionale. Tra normativa interna, europea ed internazionale*, Esi, Napoli, 2013. F. Viganò, *Terrorismo, guerra e sistema penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2006, p. 648.

conservativa”⁴⁶.

Anche in questo caso il ruolo del diritto penale è indispensabile, anzi la sua capacità regolatrice dei fenomeni terroristici assume via via carattere espansivo fino a comprendere e recepire le direttive assunte su base continentale, pur nel rispetto del diritto convenzionale sovranazionale⁴⁷.

L'emergenza come stato di eccezione di natura politica viene, diversamente, proclamata contro la collettività e le sue libere scelte politiche.

L'emergenza sanitaria che stiamo esaminando invece assume connotazioni di valore e profili strategici del tutto diversi. Prima di tutto è riconosciuto legittimo l'intervento di più centri di potere deliberanti. Lo spazio che ha occupato la normativa regionale nella emergenza da *COVID-19* è paradigmatico di una distribuzione di poteri di determinazione delle prescrizioni limitative.

Questa forma di emergenza è perfettamente in linea con lo spirito costituzionale e del tutto coerente con i principi di orientamento dell'ordinamento giuridico italiano che abilita la normazione secondaria sulla base di scelte determinative e di indirizzo che nascono da leggi ordinarie del Parlamento⁴⁸. È pur vero che si è registrato nel caso della pandemia del 2020-2021 un'area di esercizio normativo del potere scoperto dalla riserva di legge per effetto della reiterata adozione di d.P.C.M., ma è del pari vero che i decreti-legge successivi hanno recuperato il terreno della determinazione parlamentare a titolo di ratifica.

L'emergenza di natura sanitaria è proclamata *a favore* di tutta la collettività contro un pericolo che non rischia di intaccare la solidità istituzionale, ma la vita stessa dei cittadini, per cui si tratta di affidarsi a strumenti giuridici estremi semplicemente per combattere il pericolo di un contagio mortale, l'insicurezza sanitaria.

Bisogna tuttavia riconoscere che anche nelle situazioni di emergenza conformi a Costituzione si instaura un regime giuridico di doppia legalità, dove la perenne emergenza si traduce però in una situazione compatibile, tale da convivere con il regime legislativo ordinario nell'ordinamento giuridico italiano.

L'emergenza politica con finalità incostituzionale è il punto di svolta per

⁴⁶ G. Riccio, *Politica penale dell'emergenza e Costituzione*, Esi, Napoli, 1982. P. Pinna, *L'emergenza nell'ordinamento costituzionale italiano*, Giuffrè, Milano, 1982. V. Angiolini, *Necessità ed emergenza nel diritto pubblico*, Cedam, Padova, 1986. D'altra parte, si sostiene l'opportunità di riportarne i tratti delineativi in Costituzione, in modo da irreggimentare le iniziative legislative nel rispetto della riserva di legge costituzionale, come osserva G. De Minico, *Costituzione ed emergenza*, in www.osservatoriosullefonti.it, fasc. n. 2, 2018, p. 3.

⁴⁷ G. De Minico, *Costituzione. Emergenza e terrorismo*, Jovene, Napoli, 2016.

⁴⁸ P. Bonetti, *Terrorismo, emergenza e costituzioni democratiche*, Il Mulino, Bologna, 2006, p. 217.

un nuovo sistema legislativo che si ispira a principi di governo e a valori non compatibili con quelli costituzionali sostituiti.

Nel primo caso si tratterà di operare un bilanciamento tra libertà personale e sicurezza pubblica, sia pure variamente declinata; nel secondo caso tra libertà personale e diritto alla salute.

Infine, va osservato che nel corso della storia l'emergenza politica e gli eccessi del ricorso al diritto punitivo penale ha sempre imposto una legislazione successiva di tipo compensativo degli eccessi prodotti dalla legislazione eccezionale. L'intervento dei provvedimenti di ampia amnistia o di ipotesi estintive dei reati che erano stati introdotti in via temporanea ha ristabilito un equilibrio di giustizia sostanziale violato.

Nel caso dell'emergenza sanitaria, per tutti coloro che si sono macchiati di responsabilità dei reati contravvenzionali dell'art. 650 c.p. e dell'art. 260 T.U.L.S. non vi sarà alcuna misura compensativa, perché nella logica di questa forma di emergenza non sono stati introdotti atti normativi eversivi, ma si è fatto ricorso all'applicazione di norme del tempo ordinario.

Questa è la ragione per cui non si è mai giunti all'affermazione della penale responsabilità per quei fatti, ma con un successivo d.P.C.M. è stata limitata l'area di intervento di quelle norme penali nella fase di vigenza della legislazione di emergenza sanitaria, una zona temporale di immunità.

6. La paralisi della legislazione penale e la regressione del diritto penale liberale

Il nuovo fronte da affidare alla riflessione giuridica offerto dall'emergenza sanitaria è costituito dalla paralisi della produzione del diritto penale ordinario e dall'appesantimento del sistema, sostanziale e processuale, che non ritrova una univoca e coerente direzione progettuale.

Il legislatore ha dimostrato di rinunciare del tutto al suo ruolo di promozione di interessi rilevanti nella materia punitiva, non solo abbandonando un possibile programma di contrasto a fatti lesivi che la modernità e il divenire delle cose si presentano alla comunità del tempo, ma addirittura omettendo di intervenire con leggi di adeguamento a fatti e vicende che impongono da lunghi anni l'intervento legislativo ⁴⁹.

⁴⁹ Sul tema, facendo sintesi delle altre posizioni del medesimo segno, è chiaro A. Fiorella, *Le strutture del diritto penale. Questioni fondamentali di parte generale*, Giappichelli, Torino, 2018, p. XXIII: «un diritto penale visto non quale semplice complesso di "prescrizioni" cui seguano immancabili sanzioni, né quale "comando" dinanzi al quale non resti al destinatario che di chinare il capo e obbedire, ma quale 'orientamento' verso un complesso di precetti e valori da rispettare, ai quali il diritto richiama soggetti responsabili perché in condizione di rispettarli». Relazione immancabile con la funzione di controllo che a sua volta consolida o corregge

I casi più eclatanti di paralisi legislativa, tra i tanti che si potrebbero citare, sono: il mancato intervento del Parlamento sul fine vita; la riforma del delitto di diffamazione commesso col mezzo della stampa; il regime penitenziario differenziato; il sistema delle misure alternative alla detenzione; in ultimo, l'ergastolo ostativo.

Si tratta di veri e propri "obblighi" di normazione dettati o da leggi delegate non adempite con decreti legislativi oppure da decisioni della Corte costituzionale in "materie socialmente sensibili", il primo con la sentenza 25 settembre 2019, n. 242, il secondo con l'ordinanza 26 giugno 2020, n. 132 e, infine, il terzo con l'ordinanza del 15 aprile 2021⁵⁰.

Sotto questo profilo lo stato di emergenza sanitaria ha portato ad un congelamento della legislazione ordinaria, anche perché il Parlamento è stato chiamato a condurre i propri lavori solo in via di ratifica, privandolo del suo ruolo di promozione della vita associata.

Nell'assoluto stato di immobilismo della produzione parlamentare del diritto penale si registra di contro un particolare attivismo da parte della Corte costituzionale proprio in quei mesi che, pur ribadendo la retribuita affermazione che non è fonte del diritto, assume decisioni di taglio interpretativo ricostruttivo tali da mostrare tutti i caratteri di una fonte di produzione in materia penale secondo il modello di manipolazione costituzionalmente orientata⁵¹.

Gli esempi negli ultimi anni sono tanti e ancora di più negli ultimi mesi quando al suo scrutinio sono passate questioni di costituzionalità che

l'orientamento della norma, in S. Moccia, *L'odierna funzione di "controllo" e "orientamento" della dottrina*, in *Criminalia*, 2013, p. 412 ss.: «Ponendo la risposta penalistica come prima ratio della politica sociale, per male intese esigenze efficientiste, si trascurava abitualmente l'analisi, preliminare nel contesto di una seria e razionale politica di controllo sociale, sulla capacità di reale efficacia che presenta l'attivazione dello strumentario penale»; e dove non può mancare il profilo strategico per conseguire l'obiettivo: «Si tratta di progettare strategie complesse di controllo sociale, ma anche di effettuare verifiche critiche della legislazione vigente in ordine alla realizzazione di un intervento penale minimo, sussidiario, in grado di conciliare il rispetto delle garanzie costituzionali con l'apertura a strategie, extrapenali ed extragiuridiche, efficienti di controllo sociale». Sulla più ampia tematica del contenuto di orientamento del diritto penale ai valori della Costituzione, si veda A. Moro, *Lezioni di istituzioni di diritto e procedura penale tenute alla Facoltà di Scienze politiche dell'Università degli studi di Roma - A.A. 1975-1976*, raccolte e curate da Francesco Tritto, presentazione di Giuliano Vassalli, Cacucci, Bari, 2005, p. 220.

⁵⁰ In quest'ultima ordinanza, di cui non è ancora noto il testo, la Corte costituzionale precisa: «La Corte ha perciò stabilito di rinviare la trattazione delle questioni a maggio 2022, per consentire al legislatore gli interventi che tengano conto sia della peculiare natura dei reati connessi alla criminalità organizzata di stampo mafioso ...».

⁵¹ Non si può non convenire con M. Picchi, «*Leale e dialettica collaborazione*» fra Corte costituzionale e Parlamento: a proposito della recente ordinanza n. 207/2018 di monito al legislatore e contestuale rinvio della trattazione delle questioni di legittimità costituzionale, in www.osservatoriosullefonti.it.

concernevano il rispetto di diritti fondamentali della persona in materia di esecuzione della pena.

Talvolta si tratta di porre riparo a imponenti soluzioni irrazionali in cui è incorso il legislatore, come nel caso dell'applicazione retroattiva del regime ostativo dell'art. 4-*bis* O.P. ai delitti di corruzione la cui sentenza era già divenuta irrevocabile all'entrata in vigore della c.d. "spazzacorrotti"⁵²; altre volte alla correzione di istituti deflattivi non sempre coerenti con il quadro dei principi fondamentali, come nell'ipotesi della "sospensione del procedimento con messa alla prova" per i maggiorenni e i minorenni⁵³. Questi due esempi forniscono la prova che il sistema si muove su coordinate antitetiche, da un lato il legislatore recupera il senso general-preventivo negativo e retributivo della pena con l'affollare di ipotesi ostantive l'art. 4-*bis* O.P., vero sfogo dell'idea carcerocentrica; dall'altro, condividendo una spinta deflattiva di fonte europea, mette in campo ipotesi che sfuggono al dovere di controllo della responsabilità penale dell'imputato. Entrambi finiscono per aggirare la finalità costituzionale della pena nella sua più ampia accezione di rieducazione del condannato senza fornire una chiave di lettura che tenga conto e spieghi scelte antitetiche.

In questo solco di confusione strategica si pone la vicenda della prescrizione del reato e della pena, posta in un vicolo cieco dal legislatore, il quale non ha mai avuto idee chiare su come intervenire, affidando volta per volta la scelta sulla rideterminazione dei limiti temporali della causa estintiva del reato con isolati interventi relativi a singole fattispecie senza rivedere la norma generale⁵⁴.

La Corte costituzionale, dunque, sta portando avanti un deciso programma di riforma e di riassetto della legislazione dell'Ordinamento Penitenziario sulla concreta esecuzione della pena, proprio quella parte che il legislatore non è mai stato in grado di revisionare e che invece costituisce il settore del diritto punitivo che ha trasformato le misure alternative in vere e proprie pene scontate in forma diversa. La pronuncia sull'applicazione provvisoria della detenzione domiciliare, prevista all'art. 47-*quinquies* O.P.

⁵² Si tratta della materia del cc.dd. delitti ostantivi che non consentono accesso all'ordinario trattamento penitenziario, cfr. Corte cost., sent. 15 gennaio 2020, n. 18, in www.cortecostituzionale.it.

⁵³ Si pensi all'ultima decisione in materia in cui la Corte ha escluso la perfetta simmetria della speciale causa di estinzione del reato della sospensione del procedimento con messa alla prova dei maggiorenni con quello dei minorenni, respingendo la sospetta incostituzionalità dell'impossibilità di richiedere la messa alla prova nel corso delle indagini preliminari nel procedimento a carico dei minorenni, in Corte cost., sent. 10 giugno 2020, n. 139, in www.cortecostituzionale.it.

⁵⁴ Da ultimo le osservazioni di G. De Francesco, *Il torpore del "buon senso" genera incubi. A proposito della prescrizione del reato*, in www.lalegislazionepenale.eu, 21 agosto 2020.

del 2020, in tempo di sovraffollamento carcerario e poi di contagio da coronavirus, è il compimento di un percorso avviato con pronunce precedenti che progressivamente hanno trasformato la pena intramuraria domiciliare conferendone carattere e finalità completamente diverse dalla versione originaria⁵⁵.

Si è affermato, di contro, nel periodo di emergenza sanitaria in tutta la sua portata lesiva un panpenalismo⁵⁶ autoritario che ha irrigidito in fase applicativa la risposta di tutti i settori normativi e dell'agire delle stesse istituzioni penali, senza fare alcun ricorso a nuove norme temporanee e repressive, ma affidandosi unicamente al repertorio legislativo esistente ampliandone la cornice culturale⁵⁷.

Sul terreno della prassi e seppure in maniera surrettizia è stato del tutto oscurato il principio costituzionale del giusto processo dell'art. 111 Cost. – e non solo in materia penale – mortificando il ruolo della difesa in tutte le fasi in cui si sviluppa il processo penale, si pensi alle udienze da remoto, dalle indagini fino alla fase dell'esecuzione della pena⁵⁸.

Nell'assoluto immobilismo del legislatore parlamentare e della sua rinuncia a produrre diritto penale, nuovo o semplicemente correttivo e adattativo, emerge prepotente la figura del giudice, la "produzione sociale del diritto", e si afferma quella *law in action* che la *law in the books* non è più in grado di arginare perché completamente paralizzata nella sua capacità cinetica di produrre le leggi⁵⁹. La pandemia ha in sintesi aggravato e radicalizzato quei difetti operativi che negli ultimi anni la fase della produzione legislativa aveva

⁵⁵ In questo caso il punto controverso era la concessione della speciale detenzione domiciliare a madri con figli affetti da grave disabilità, cfr. Corte cost., sent. 15 gennaio 2020, n. 18, in www.cortecostituzionale.it. Particolarmente incisivo sul tema l'intervento di S. Moccia, *Riflessioni di un penalista ai tempi del coronavirus*, in www.penaedp.it, n. 1, 2020, p. 5.

⁵⁶ Fenomeno già registrato come una deriva costante del nostro sistema penale, come mettono in luce le illuminanti parole di F. Sgubbi, *Il diritto penale totale. Punire senza legge, senza verità, senza colpa. Venti tesi*, Il Mulino, Bologna, 2019, p. 23: «Totale, soprattutto, perché è invalsa nella collettività e nell'ambiente politico la convinzione che nel diritto penale si possa trovare il rimedio giuridico a ogni ingiustizia e a ogni male sociale». G. Marinucci, *Giuseppe Bettiol e la crisi del diritto penale negli anni trenta*, in *Quaderni fiorentini. Per la storia del pensiero giuridico moderno*, Giuffrè, Milano, 2008, p. 331.

⁵⁷ D. Pulitanò, *Lezioni dell'emergenza e riflessioni sul dopo. Su diritto e giustizia penale*, in www.sistemapenale.it, 28 aprile 2020, p. 9.

⁵⁸ Per un'accurata rassegna degli interventi sul processo si rinvia a A. De Caro, *I (vistosi) limiti dell'azione legislativa nell'emergenza Covid-19: la tutela della libertà personale dell'imputato e il diritto alla salute*, in AA.VV., *Oltre la pandemia*, cit., p. 1127; L. Marafioti, *Il processo penale di fronte all'emergenza pandemica*, in www.discrimen.it, 26 aprile 2021.

⁵⁹ Si tratta probabilmente di quell'inedito scenario di produzione del diritto che spinge oltre la legalità penale di radice costituzionale, preconizzata da P. Grossi, *Oltre la legalità*, Laterza, Bari-Roma, 2020, p. 16: «È, dunque, la società che qui produce diritto, mentre è allo Stato di produrre le sue leggi».

segnalato.

Pur prendendo atto che i nuovi centri di produzione del diritto non per questo rendono eversivo il sistema, resta fermo il fatto che il diritto penale liberale ha smarrito completamente il suo ruolo di promozione sociale degli interessi rilevanti in un determinato momento storico e per converso non ha garantito l'innalzamento delle barriere di tutela e di protezione di quegli stessi beni⁶⁰.

Si sono create, in maniera del tutto inaspettata, delle sacche di tutela per la sicurezza collettiva affidate però alla leva normativa di natura amministrativa, di diretta emanazione governativa, che prima erano di appannaggio esclusivo del diritto penale⁶¹. Con la differenza che il diritto penale interviene secondo le esigenze di frammentarietà e di *extrema ratio* fornendo una tutela forte ad interessi importanti che invece, spingendo le vicende normative sul terreno di discipline regolamentari, sono sottoposte a ripensamenti e mutamenti di fronte a secondo della convenienza politica.

La vicenda della malattia pandemica in atto deve interrogarci sulla solidità delle fondamenta del diritto penale liberale che intendeva essere aspirazione del sistema costituzionale in materia punitiva⁶². Ove per liberalismo penale si intenda: «un modello di diritto penale esente da abusi o eccessi repressivi, come tale ispirato alla preoccupazione di non comprimere troppo la libertà personale», vale a dire necessità della pena per fatti concretamente

⁶⁰ Idea risalente, come si rintraccia in G.B. Impallomeni, *Funzione sociale del diritto punitivo*, Audisio, Roma, 1905.

⁶¹ Sul concetto proteiforme di sicurezza utilizzato in chiave demagogica e le successive implicazioni normativo-repressive, si rinvia a A. Cavaliere, *Le disposizioni penali nei recenti decreti sicurezza: considerazioni de lege ferenda*, in www.lalegislazionepenale.eu, 21 luglio 2020, p. 18. In ultimo F. Forzati, *La sicurezza fra diritto penale e potere punitivo*, Esi, Napoli, 2020 che rielabora in chiave di diritto penale securitario gli interventi di criminalizzazione degli ultimi anni. Il vero collante di tutta l'iniziativa legislativa è e resta l'emergenza come movente politico-legislativo di fondo in cui il decisore politico che regola la *ratio decidendi* in nome della sicurezza disegna scenari normativi sempre nuovi seppure informati all'unica finalità perseguita ossia la conservazione del sistema e non la tutela dei diritti.

⁶² In realtà il dialogo sul diritto penale liberale incrocia il tema del garantismo dove talvolta sembra ritrovare gli stessi contenuti, altre volte sembra che il secondo faccia da inevitabile supporto al primo, come espresso dal "*Manifesto del diritto penale liberale dell'Unione delle Camere Penali Italiane*", in www.discrimen.it, ampiamente anticipato da G. Insolera, *Perché non possiamo non dirci liberali*, in *Ind. pen.*, 2017. Il garantismo tuttavia diventa un argine se si parte dalla premessa che il diritto penale è per sua natura illiberale, poiché è chiamato a limitare la libertà delle persone con la previsione di divieti, come con accenti critici sostiene M. Donini, *Perché il garantismo non rende liberali la pena e il "diritto" penale, ma solo legittimi. Riflessioni a margine del Manifesto del diritto penale liberale dell'Unione delle Camere Penali Italiane*, in www.discrimen.it, 24 maggio 2019. Alla ricerca delle radici, seppure declinato in forma e con orientamenti culturali diversi, del diritto penale liberale si rinvia a M. Sbriccoli, *Il diritto penale liberale. La "Rivista penale" di Luigi Lucchini 1874-1900*, in *Quaderni fiorentini*, 1987, p. 105.

offensivi e proporzionalità della risposta sanzionatoria nel complesso della vicenda sanzionatoria⁶³. Se il liberalismo penale affonda le sue radici nella lezione illuministica e si è poi affinato nelle atmosfere dei sistemi costituzionali continentali dello scorso secolo, va detto che la pianificazione di un diritto penale che ne deve promanare deve spingere verso l'attuazione del progetto costituzionale, la tutela e la promozione dei beni giuridici di rilevanza assoluta e, soprattutto, verso la mitigazione e l'umanizzazione delle pene orientate in chiave preventiva. Entrambi i piani di intervento servono a difendere il diritto penale da iniziative tese a ritrovare altri riferimenti di valore sorti dal contingente ma fuori dall'orbita costituzionale, secondo una prospettiva meramente arbitraria⁶⁴.

L'emergenza sanitaria, nell'immobilismo del sistema ordinario di selezione delle condotte punibili, tende invece a favorire l'incriminazione di condotte di mera disobbedienza prive di concreta offensività piuttosto che orientarsi su interessi giuridicamente rilevanti e categorie assiologiche⁶⁵.

La spinta propulsiva di questo disegno in realtà si è interrotto con il decennio degli anni '80 dello scorso secolo, epoca in cui si elaboravano nuovi orizzonti di incriminazione e nuove strategie punitive, sia nella fase della comminatoria sia in quella esecutiva della pena.

Il lento declino dell'incedere parlamentare ha lasciato lo spazio all'opera di edificazione del diritto della Corte costituzionale, della giurisprudenza convenzionale e dei giudici ordinari che, seppure su versanti operativi diversi, coltivando diversi campi di valore, stanno tracciando un nuovo quadro della legislazione penale, consolidando l'esistente e proponendo inediti sviluppi, talvolta nuovi, a norme e fattispecie vigenti⁶⁶.

Il tema di questo nuovo volto del liberalismo penale contemporaneo è prima di tutto una rivisitazione del principio di legalità, sul versante della produzione delle fonti, segue poi una presa d'atto inevitabile: ancora di più la materia penale conferma la sua alta connotazione politica, svolta dalle diverse istituzioni dello stato e non più dalla sede della rappresentanza del popolo.

Naturalmente tutto questo si risolve nella regressione del diritto penale liberale classico che il nostro ordinamento ha conosciuto e l'apertura a un "nuovo mondo" costituito da poteri vincolati che a un certo punto acquistano una indipendenza operativa e strategica del tutto nuova.

⁶³ G. Fiandaca, *Intorno al diritto penale liberale*, in www.discrimen.it, p. 1.

⁶⁴ S. Tramma, *Legalità e illegalità. Il confine pedagogico*, Laterza, Roma-Bari, 2012.

⁶⁵ L. Ferrajoli, *Il paradigma garantista. Filosofia e critica del diritto penale*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2016, p. 109.

⁶⁶ V. Maiello, *La legalità della legge e il diritto dei giudici: scossoni, assestamenti e sviluppi*, in www.sistemapenale.it, 5 marzo 2020.