

EMERGENZA ED ECCEZIONE
FIGURE NORMATIVE ANTICHE E MODERNE

a cura di
Roberto Scevola

ESTRATTO



JOVENE EDITORE 2025

DIRITTI D'AUTORE RISERVATI

© Copyright 2025

ISBN 9788824329880

JOVENE EDITORE

Via Mezzocannone 109 - 80134 NAPOLI - ITALIA

Tel. (+39) 081 552 10 19 / 12 74 / 347 1

www.jovene.it info@jovene.it

I diritti di riproduzione e di adattamento anche parziale della presente opera (compresi i microfilm, i CD e le fotocopie) sono riservati per tutti i Paesi. Le riproduzioni totali, o parziali che superino il 15% del volume, verranno perseguite in sede civile e in sede penale presso i produttori, i rivenditori, i distributori, nonché presso i singoli acquirenti, ai sensi della L. 18 agosto 2000 n. 248. È consentita la fotocopiatura ad uso personale di non oltre il 15% del volume successivamente al versamento alla SIAE di un compenso pari a quanto previsto dall'art. 68, co. 4, L. 22 aprile 1941 n. 633.

Stampato in Italia *Printed in Italy*

INDICE SOMMARIO

<i>Presentazione</i> di Roberto Scevola	pag. VII
<i>Grußwort</i> di Johannes Platschek	» IX
LUIGI GAROFALO	
<i>Homo sacer e iustitium</i> : onde lunghe dal passato romano	» 1
PIERO MARINO	
<i>Iustitium e homo sacer</i> . Della lotta per il diritto intorno a due istituti giusromanistici	» 27
ALBERTO ZINI	
Tra <i>magister populi</i> e <i>dictator</i> : quando la dittatura divenne straordinaria	» 41
NICOLÒ MEINI	
La responsabilità del <i>dictator</i> tra stato d'eccezione e garanzie fondamentali: idee vecchie e nuove	» 61
SILVIA VIARO	
<i>Matronae annum luxerunt</i> . Lutto ed emergenza in età repubblicana	» 81
ISABELLA ZAMBOTTO	
Pestilenza e misure emergenziali in materia di debiti a partire da Liv. 7.27.3-4	» 103
DAVIDE REDAELLI	
Possibili riflessi della <i>lex Ogulnia</i> e degli altri provvedimenti del 300 a.C. sullo sviluppo della dittatura nel III secolo a.C.	» 121
MATTIA MILANI	
La crisi della dittatura romana e le vicende del biennio 217-216 a.C.	» 137
ANNAROSA GALLO	
Ordinarietà ed eccezionalità nella emergenza dei Baccanali: <i>provocatio ad populum</i> e <i>iustitium</i>	» 153
MARGHERITA FRARE	
La destituzione del tribuno Marco Ottavio: una misura emergenziale in difesa della <i>voluntas populi</i>	» 161

MARTINA BEGGIATO La vicenda di Opimio fra <i>salus rei publicae</i> e <i>provocatio ad populum</i> (121 a.C.)	pag. 177
ANDREA FRIZZERA Gli <i>imperia extraordinaria</i> del giovane Pompeo (82-71 a.C.)	» 199
ROBERTO SCEVOLA Profili costituzionali inerenti al terzo consolato pompeiano fra anomalia e innovazione	» 217
MARIA FEDERICA PETRACCIA Un magistrato ordinario 'fuori dall'ordinario'? Il caso di <i>Quintus Gavius Pedo</i>	» 245
MARCO FALCON L'emergenza come <i>causa</i> nelle promesse unilaterali in diritto romano	» 253
CARLA CAPIZZI La <i>σωτηρία</i> come pretesto per la modifica dell'ordine democratico ateniese dal 413 a.C.	» 267
MARIA FEDERICA MEROTTO Stato di emergenza e dittatura romana: qualche riflessione a partire dal 'contrat social' di J.-J. Rousseau	» 287
FRANCESCO BERTI Difesa sociale e leggi emergenziali nel pensiero di Gaetano Filangieri e Francesco Mario Pagano	» 307
BENEDETTO ZACCARIA Istituzioni e società civile di fronte all'emergenza: l'Italia e le guerre jugoslave	» 319
ENRICO MINNEI L'impatto dell'emergenza Covid-19 sul sistema delle fonti: un'anomalia sull'onda della prassi	» 333
GABRIELE CIVELLO Il diritto penale dell'emergenza: tra garanzie individuali ed esigenze securitarie	» 365
IRENE MARCHIORO L'Unione europea e la risposta alle emergenze: stato dell'arte e prospettive evolutive	» 383

GABRIELE CIVELLO

IL DIRITTO PENALE DELL'EMERGENZA: TRA GARANZIE INDIVIDUALI ED ESIGENZE SECURITARIE

1. *Considerazioni introduttive sulla scelta del tema e del titolo.* – Nel ringraziare per l'invito odierno tutti gli organizzatori del convegno, nonché tutti gli amici romanisti patavini e non patavini qui accorsi, vorrei anzitutto spendere qualche parola in merito al titolo del mio intervento: *Il diritto penale dell'emergenza: tra garanzie individuali ed esigenze securitarie*¹. A tal proposito, credo sia necessaria una piccola precisazione in merito all'apparente – mi permetto di evidenziare, 'apparente' – dualismo che emerge da queste parole introduttive: 'garanzie individuali' *versus* 'esigenze securitarie'.

¹ In merito alle interferenze tra materia penale e legislazione emergenziale, con particolare riferimento alla pandemia da Coronavirus, la letteratura è vastissima. Citiamo qui fra tutti i seguenti studi: A. DELLA BELLA, *Il legislatore penale di fronte all'emergenza sanitaria: principi penalistici alla prova del Covid-19*, Torino, 2023; L. RISICATO, *DPCM e diritto penale: uno stato d'eccezione?*, in *Il diritto penale di fronte all'emergenza sanitaria*, a cura di A. Manna e L. Risicato, Milano, 2022, 265 ss.; *Emergenza covid-19. Fra diritto e processo penale*, a cura di F. Casibba, G. Dodaro e L. Parlato, Milano, 2020, nonché F. DE FRANCESCO, *Emergenza sanitaria e categorie penalistiche: nel segno del 'principio di realtà'*, in *Riv. it. med. leg.*, 2020, II, 983 ss.; D. PULITANÒ, *L'esperienza della pandemia e i problemi del penale*, in *Il dialogo Habermas-Günther riletto dalla cultura giuridica italiana. I penalisti: Vincenzo Militello intervista Massimo Donini, Luciano Eusebi e Domenico Pulitanò*, in *Giustizia insieme*, 18 luglio 2020; D. PULITANÒ, *Lezioni dell'emergenza e riflessioni sul dopo. Su diritto e giustizia penale*, in *Sist. pen.*, 28 aprile 2020; ID., *Problemi dell'emergenza. Legalità e libertà*, in *Legisl. pen.*, 18 maggio 2020; G.L. GATTA, *Il diritto penale di fronte all'emergenza*, in *Valori dell'ordinamento vs. esigenze dell'emergenza in una prospettiva multidisciplinare*, a cura di R. Sacchi, 2022, 150 ss.; M. PELISSERO, *Covid-19 e diritto penale pandemico*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2020, 505 ss.; C. RUGA RIVA, *Presente e futuro del diritto punitivo pandemico. Spunti di riflessione a partire dal d.l. 24.3.2020, n. 24*, in *Legisl. pen.*, 22 giugno 2022; F. TRIPODI, *Norma penale e biosicurezza. Osservazioni sul diritto punitivo emergenziale di ultima generazione*, in *Legisl. pen.*, 27 gennaio 2021; A. GIANNINI, *The use of criminal law to fight Covid-19-related emergencies and the Danish case: placebo or panacea?*, in *Dir. pen. uomo*, 2021, I. Inoltre, si rinvia al classico studio di S. MOCCIA, *La perenne emergenza: tendenze autoritarie nel sistema penale*, con prefazione di Alessandro Baratta, Napoli, 1995.

L'opinione diffusa e maggioritaria fra i penalisti odierni è che i due versanti – quello individuale e quello securitario, per l'appunto – siano tra loro separati o addirittura contrapposti: da un lato, verrebbero le garanzie assegnate a ogni puntuale individuo, preso e considerato *uti singulus*; dall'altro lato, all'individuo si contrapporrebbero le esigenze collettive di sicurezza o di ordine pubblico.

Se posso esprimere il mio pensiero su questo dualismo oggi diffuso, devo dire che personalmente non credo del tutto alla contrapposizione e alla dicotomia rigida tra 'privato' e 'pubblico', tra individui e comunità; anzi, credo che proprio da tale contrapposizione – direi a volte anche ideologica – nascano molte aporie, molte contraddizioni, anche all'interno del diritto penale.

L'individualismo estremo, infatti, dimentica che, in realtà, l'uomo nasce, vive e muore sempre in una comunità di riferimento, formata necessariamente da una pluralità di persone tra loro non meramente giustapposte o casualmente accostate, ma unite, integrate o accomunate da un qualcosa (la famiglia, i cosiddetti 'corpi intermedi', una città, una regione o uno Stato); pertanto, modellare le ragioni e gli strumenti dell'ordinamento giuridico sulle sole figure degli individui *uti singuli* va contro la natura stessa dell'uomo e della comunità politica, rischiando di generare figure normative o interpretative distoniche rispetto alla realtà delle cose e, come tali, inefficaci o persino dannose.

Da par suo, il collettivismo radicale cade nell'eccesso opposto: pretende di costruire un bene pubblico e un bene collettivo come se si trattasse di entità separate, avulse dal tessuto sociale, con il pericolo di sfociare in forme di autoritarismo e persino di totalitarismo (ricordiamo, sul punto, le aporie stalinistiche e gli eccessi di astrattismo in cui cade, ad esempio, la teoria di Arturo Rocco sul bene giuridico protetto nel diritto penale²).

A fronte di questi due approcci estremi e iperbolici, io credo sommessamente in una sorta di 'terza via', che poi è quella classica, direi aristotelico-tomista, ed è anche quella della cd. 'dottrina sociale della Chiesa', per la quale tra privato e pubblico non sembra esserci una cesura ontologica e qualitativa, bensì una reale dialettica e sinergia che rende le due entità intrinsecamente complementari e mai contrapposte.

A tal proposito, vorrei qui spendere qualche parola introduttiva di natura gius-filosofica, riallacciandomi agli insegnamenti che ho ricevuto dal mio primo maestro, Francesco Gentile (1936-2009) – allievo di Enrico Opocher e, come sappiamo, per oltre un quarantennio docente di filosofia del diritto

² Sul punto, da ultimo e in chiave di sintesi, M. RONCO, *Itinerari della modernità penale in Italia. Profili critici (1800-1930)*, Torino, 2025, 247 ss.

nell'Ateneo patavino nonché due volte preside della facoltà di giurisprudenza – nonché dal suo storico sodale accademico, il filosofo del diritto argentino Félix Adolfo Lamas.

Il diritto (*ius*) è, nel suo significato primigenio, *ipsa res iusta*, vale a dire quella cosa (*res*) che realizza in atto il 'suo di ciascuno'; il diritto è dunque, anzitutto, l'oggetto terminativo dell'azione giusta³. Ad esempio, nel diritto penale, il 'giusto' è la pena o, meglio, la sua applicazione all'imputato colpevole, forma massima di concretizzazione della *potestas* punitiva⁴. Essendo una *res*, il diritto è in certo senso 'trascendentale', in quanto si tratta di un *quid* trasversale alle differenti categorie (sostanza giusta, qualità giusta, quantità giusta, relazione giusta, azione giusta, etc.), non suscettibile, come tale, di una definizione unica e univoca.

Questa è la principale accezione del *ius*, dalla quale poi si dipanano le altre forme di 'diritto', che fanno tutte riferimento, *per relationem*, al *ius* inteso come *ipsa res iusta*; saranno allora 'diritto' anche, ad esempio: i) la legge che impone di pagare all'operaio la giusta mercede (cd. 'diritto oggettivo'); ii) la pretesa soggettiva dell'operaio che 'chiede' e si attende il pagamento del compenso (diritto soggettivo); iii) l'obbligazione in capo al datore di lavoro di pagare il dovuto (diritto come obbligazione); iv) nonché la condotta stessa del debitore che paga e riconosce all'operaio il *suum*⁵.

Se *ius* è *ipsa res iusta*, va subito tenuto presente che quell'aggettivo '*iusta*' rinvia a tre grandi forme di *iustitia*:

i) la giustizia 'generale' (legale, totale o del bene comune), che riguarda le relazioni di integrazione tra più soggetti o parti di un 'tutto', e che potrebbe sintetizzarsi con la frase 'si deve realizzare il bene comune con il rispetto della legge ed evitare tutto ciò che lo ostacoli' (principio che non è solo ed esclusivamente giuridico ma anche morale, politico e sociale);

ii) la giustizia distributiva, cui corrispondono le relazioni di subordinazione o di disegualianza, e che impone di trattare in modo proporzionalmente simile situazioni simili e in modo proporzionalmente differente situazioni differenti (si tratta della giustizia che generalmente regge i rapporti di diritto costituzionale, amministrativo, tributario e penale);

iii) infine, la giustizia correttiva (nella terminologia aristotelica) o commutativa (nella terminologia tomista), cui corrispondono le relazioni di cooperazione o coordinazione⁶, e che regola tendenzialmente i rapporti di di-

³ SAN T. D'AQUINO, *Summa Teologica*, II-II, q. 57, a. 1, in particolare *resp.* e *ad* 1; II-II, q. 58, a. 10, *resp.*

⁴ L.A. BOSSINI, *La verdad del derecho. Justicia, orden y bien común*, Buenos Aires, 2020, 227.

⁵ L.A. BOSSINI, *La verdad*, cit., 60 ss.

⁶ F.A. LAMAS, *Dialéctica y concreción del derecho*, Buenos Aires, 2020, 34.

ritto privato (diritto dei contratti, diritto del risarcimento del danno, etc.) ma anche il danno causato dagli illeciti penali: essa disciplina le cause e le conseguenze delle transazioni volontarie (come i contratti, in cui la parte assume diritti e doveri ‘volontariamente’) o involontarie (come i fatti illeciti, che si subiscono ‘involontariamente’).

Il fine o causa finale del diritto è il bene comune politico o bene comune temporale: per chi crede in una realtà trascendente, l’uomo – e ovviamente il diritto è cosa strettamente umana – possiede un fine estrinseco, soprannaturale, cioè il fine ultimo, supremo e divino; ma al contempo – o solamente, per chi non crede nel fondamento trascendente del diritto – egli possiede un fine intrinseco, temporale, subordinato al predetto fine ultimo, cioè la *entelecheia* o perfezione.

Il bene comune temporale, dunque, è il fine ultimo temporale inteso come perfezione della vita dell’uomo, che si dà nel vincolo sociale: il diritto ha, pertanto, il fine di sostenere l’uomo nella vita di comunità, affinché l’uomo stesso possa il più possibile perseguire il proprio fine ultimo temporale.

All’interno di tale ordine, accade che vi siano precetti e obblighi giuridici che, per avere concreta attuazione nella vita sociale, devono essere presidiati dalla minaccia dell’uso della forza⁷ in quanto, senza tale minaccia, essi risulterebbero privi di efficacia e di ‘concretezza’⁸: qui interviene il diritto penale, il quale ovviamente è solo *species* del *genus* ‘diritto’.

Non è che il diritto penale abbia un fine proprio e autonomo rispetto al diritto in generale, che meriti cioè una definizione autonoma e indipendente; ovviamente anche il diritto penale, come ogni altra branca del diritto, ha come fine il bene comune temporale. È solo che, secondo il principio di sussidiarietà e di *extrema ratio*, ci sono situazioni, interessi o beni specifici i quali, se non esistesse il diritto penale, non riceverebbero adeguata tutela giuridica. Ad esempio, in presenza di un omicidio volontario, solo il diritto penale appare la sanzione necessaria, adeguata e sufficiente a ristabilire il bene comune compromesso dal crimine; invece, sempre a titolo esemplificativo, a fronte di un semplice inadempimento contrattuale puramente colposo (oppure doloso ma non preordinato), il bene comune può essere adeguatamente tutelato e ristabilito anche tramite sanzioni differenti dalla penale, come quella civile.

⁷ SAN T. D’AQUINO, *Summa contra gentiles*, III, cap. 146: «per conservare la concordia tra gli uomini è necessario che ai cattivi vengano inflitte delle punizioni. Perciò punire i cattivi non è una cosa intrinsecamente cattiva. Il bene comune è superiore al bene particolare di un individuo. Quindi è giusto eliminare un bene particolare per conservare il bene comune».

⁸ F.A. LAMAS, *La experiencia jurídica*, Buenos Aires, 1991, 205.

Come bene evidenziato da Mauro Ronco, anch'egli docente (per oltre vent'anni) del nostro Ateneo patavino, ne *Il problema della pena* (1996), «se l'ontologia del delitto sta, per un verso, nell'impoverimento del patrimonio del bene comune, come complesso dei valori di cui si alimenta la vita sociale e, per un altro verso, nell'intenzionalità di separazione e di rifiuto, liberamente assunta e fatta propria dalla persona che delinque (profili che costituiscono, rispettivamente, i lati oggettivo e soggettivo dell'ingiustizia inerente all'illecito penale), la pena – come riproposizione della legge dell'equivalenza – restaura efficacemente e positivamente il valore spirituale che il reato ha inteso annientare. L'equivalente, negato nel bene finito, rivive nella pena come valore di carattere spirituale»⁹.

Si potrebbe forse obiettare che nelle società contemporanee, visibilmente pluralistiche e multifocali – cioè non più fondate su un unico (o predominante) nucleo di valori condivisi da tutti, ma strutturalmente caratterizzate dalla molteplicità di idee e di punti di vista –, parlare di 'bene comune' sia ormai anacronistico e impraticabile, esistendo in realtà una pluralità – o persino una infinità – di 'beni comuni', tanti quanti sono i progetti di vita e le differenti *Weltanschauungen* correnti nel corpo sociale.

Pur essendo vera la prima parte della proposizione – quella, cioè, relativa all'attuale pluralismo sociale e democratico –, sembra tuttavia che la stessa non renda, di per ciò solo, inutile o impraticabile un discorso giuridico sul bene comune; anzi, sembra valere l'esatto contrario: proprio in una società sempre più caratterizzata dalla molteplicità di principi, di valori, di visioni del mondo tra loro paritetiche, appare quanto mai importante e utile trovare pur sempre alcune 'linee-guida' di indirizzo politico che, pur a fronte di tale 'caleidoscopio' sociale, individuino quasi una 'piattaforma comunitaria', un libero spazio di bene comune, capace di garantire a ciascuna persona le condizioni di una convivenza fruttuosa e armonica¹⁰.

Sul punto, la stessa Corte costituzionale ha avuto recentemente modo di affermare che «è solo attraverso una leale collaborazione orientata al bene co-

⁹ M. RONCO, *Il problema della pena*, Torino, 1996, 186.

¹⁰ Su pluralismo etico e diritto penale, cfr. G. ZACCARIA, *Una 'nuova' legalità penale tra testo e interpretazione*, in *Sist. pen.*, 2022, XII, 11 ss., specialmente 19 ss. Sui rapporti tra pluralismo e bene comune, L. CAMPIGLIO, *Torniamo alle radici del bene comune*, in *Vita & Pensiero*, XLIV.1, 2011, 42 ss. Purtroppo, la contrapposizione ideologica tra 'monisti' e 'pluralisti' porta talvolta a ritenere che il pluralismo sia incompatibile con una qualche visione d'insieme, unitaria e panoramica, sulla società e sulla comunità tutta, come se la diversità delle parti impedisse di scorgere un 'tutto' al di là delle stesse; questi dualismi unilaterali sono tipici di un pensiero a volte riduttivo o semplicistico, che ha perduto in parte la capacità di osservare la realtà in modo dialettico e problematico. 'Unità', infatti, non vuol dire affatto necessariamente uniformità, omologazione e soppressione delle differenze; un significato politicamente e democraticamente praticabile di 'unità' implica lo studio degli aspetti comuni nelle differenze, e degli aspetti differenti nelle apparenti identità.

mune che il modello pluralistico riconosciuto dalla Costituzione può dunque svilupparsi, ‘in una prospettiva generativa’ (sentenza n. 168 del 2021), [nel caso *sub iudice*] verso la migliore tutela del diritto alla salute»¹¹.

In definitiva, per tornare al tema assegnato, il bene dell’individuo ‘passa’ anche attraverso il benessere della comunità: anzi, vi sono proprio esigenze, interessi, necessità dell’uomo che sarebbe difficile – se non impossibile – soddisfare pienamente al di fuori di qualsiasi comunità di riferimento; però, al contempo, non esiste un ‘vero bene’ della comunità e della *res publica* senza, al contempo, la ricerca del benessere per i singoli individui che la compongono.

Tali affermazioni valgono, io credo, per il diritto in generale e, soprattutto, per il diritto penale, ancora più il diritto penale dell’emergenza¹², nel quale le importantissime e ineludibili esigenze di natura securitaria non possono mai giustificare la soppressione o la menomazione di principi fondamentali irrinunciabili del sistema vigente e delle garanzie per gli individui.

Non è che la sanzione penale rappresenti una specie di ‘sacrificio individuale’, una sorta di inconveniente sociale o di male necessario che l’individuo deve ‘patire’ per immolarsi sull’altare di presunti interessi separati o astratti: quando il diritto penale persegue la sicurezza della comunità, lo fa nell’interesse anche dei singoli cittadini e finanche del soggetto sanzionato, anche di chi subisce una sanzione detentiva o pecuniaria, perché la persona sanzionata è pur sempre parte di questa comunità; e questo vale e deve valere, io credo, anche nelle situazioni di emergenza, che non debbono rappresentare il pretesto per esasperare né gli interessi individuali puri, né presunti interessi collettivi avulsi dalla realtà concreta del corpo sociale.

2. *Frammentarietà, ‘extrema ratio’ e sussidiarietà.* – Un altro aspetto preliminare, che ci introduce poi al tema del diritto penale emergenziale, è quello della frammentarietà e della *extrema ratio*.

¹¹ Corte cost., 22 luglio 2022, n. 40.

¹² Cfr. L. RISICATO, *DPCM e diritto penale: uno stato d’eccezione?*, cit., 266: «maliziosamente o incautamente manipolato, il concetto di emergenza ha indotto a pensare ad un’indebita sospensione delle garanzie costituzionali, spesso banalmente liquidate (da voci assai diverse tra loro) in termini di ‘dittatura sanitaria’. Sotto questo punto di vista, è soprattutto la letteratura costituzionalistica a fugare l’equivoco: per fronteggiare l’attuale situazione sanitaria non è in verità necessario sospendere nulla, pena il rischio di evocare l’inquietante spettro schmittiano dello stato d’eccezione. Pare invece sufficiente analizzare a fondo, applicandolo, quanto già previsto dalla Costituzione». V. anche M. ALBISINNI - L. GIANNONE, *L’insegnamento del Covid-19 sullo stato di emergenza: non è mai troppo tardi*, in *Quest. giust.*, 19 giugno 2020; A. BURATTI, *Tra regola ed eccezione. Le ragioni del costituzionalismo di fronte all’emergenza*, in *Emergenza Covid-19 e ordinamento costituzionale*, a cura di F.S. Marini e G. Scaccia, Torino, 2020, 7; T. EPIDENDIO, *Il diritto nello ‘stato di eccezione’ ai tempi dell’epidemia da Coronavirus*,

Come tutti sanno, il diritto penale è ontologicamente frammentario in quanto esso rappresenta l'*extrema ratio* sanzionatoria all'interno dell'ordinamento giuridico vigente: si tratta, a ben vedere, del necessario portato penalistico del ben noto e più ampio principio di sussidiarietà¹³.

È legittimo e ragionevole fare ricorso alla sanzione penale – vale a dire la sanzione più odiosa e invasiva per la sfera personale dei cittadini – solo a condizione che qualsiasi altra sanzione meno afflittiva risulti totalmente inidonea a proteggere un determinato bene giuridico o interesse tutelato; per tale ragione, il diritto penale è ontologicamente frammentario e persino fisiologicamente lacunoso, poiché esso interviene in maniera puntuale, direi quasi 'chirurgica' e capillare, solo in quelle piccole porzioni di vita sociale nelle quali ogni altro rimedio giuridico si riveli in sé inidoneo al perseguimento di un determinato fine di tutela.

Personalmente, ritengo che questi valori di civiltà giuridica dovrebbero sempre rimanere fermi, anche nei casi di emergenza o di urgenza: persino durante un'emergenza nazionale o internazionale – come può essere, ad esempio, un'emergenza sanitaria, ecologica, terroristica, sociale, e così via¹⁴ – il legislatore penale è obbligato, prima di introdurre nuove figure di reato o di inasprire il trattamento sanzionatorio già esistente, a verificare che non

in *Giustizia insieme*, 30 marzo 2020; G. LOSAPPIO, *Perenne emergenza, emergenza ed emergenza perenne*, in *Giur. pen. trim.*, 2020, III; F.S. MARINI, *L'emergenza sanitaria Covid-19 e il suo impatto ordinamentale*, in *Emergenza Covid-19. Fra diritto e processo penale*, cit., XV.

¹³ Cfr. D. PIVA, *Il diritto penale ai tempi del coronavirus: troppo su inosservanza e poco su carcere*, in *Arch. pen.*, 2020, I, 1 ss. (online). V. anche G.P. DEMURO, *Ultima 'ratio': alla ricerca di limiti all'espansione del diritto penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2013, 1654 ss.; C.E. PALIERO, *'Extrema ratio': una favola raccontata a veglia? Pragmatica e paradigmatica della clausola di 'extrema ratio'*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2018, 1147 ss.; M. DONINI, *Sussidiarietà penale e sussidiarietà comunitaria*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2003, I, 2, 141 ss.

¹⁴ La dottrina penalista ha avuto modo di raggruppare le 'emergenze', capaci di incidere sulla realtà del diritto, in tre macro-aree: «anzitutto, v'è l'emergenza derivante da eventi naturali: si pensi ai terremoti, alle alluvioni e alle eruzioni. In queste situazioni di emergenza spesso si pone il problema di contrastare fenomeni criminali che – per così dire – approfittano della situazione di vulnerabilità e caos generata dalla calamità e l'emergenza può imporre la necessità di prevedere fattispecie *ad hoc* per rafforzare la tutela in quel particolare contesto, ma soprattutto impone misure amministrativo-procedurali derogatorie capaci di agevolare la ricostruzione, dentro le quali, poi, purtroppo, si infilano corruzione ed organizzazioni criminali. In secondo luogo, v'è l'emergenza derivante da aggressioni umane – per così dire – dolose e altamente offensive e che producono esse stesse l'emergenza: si pensi agli atti terroristici e a quelli bellici, come anche all'insidia delle organizzazioni criminali. Nel mezzo a queste due tipologie, sta un'emergenza che definirei da rischio, caratterizzata dal fatto che la minaccia proviene – per così dire – dalla natura, ma che poi si intreccia con le problematiche del comportamento umano, ponendo problemi – per così dire – di gestione di detto rischio. Questo tipo di emergenza potrebbe essere definita anche come strutturalmente colposa» (R. BARTOLI, *Il diritto penale dell'emergenza 'a contrasto del coronavirus': problematiche e prospettive*, in *Sist. pen.*, 24 aprile 2020, 3).

esistano strumenti regolativi o sanzionatori altrettanto adeguati e meno stringenti dello *ius terribile*¹⁵.

Ciò non è solo il portato delle più nobili considerazioni di giustizia sociale e di equità nei rapporti tra comunità e persone, ma è persino dettato da più concrete e persino prosaiche esigenze di efficacia e di efficienza dell'attività legislativa.

La stessa criminologia, infatti, indica chiaramente che il vero e primo strumento per fronteggiare le emergenze sociali è rappresentato dalla normativa amministrativa di natura, per così dire, proattiva (pensiamo, ad es., ai cosiddetti incentivi ad agire o a non agire in un certo modo) e anche dai controlli preventivi sull'azione dei cittadini¹⁶; viceversa, la sanzione penale arriva sempre 'troppo tardi', ed esplica una funzione di controllo preventivo scarsissima, spesso sproporzionata rispetto al costo sociale e individuale della sanzione penale stessa.

Sul tale punto, sembra opportuno fugare un possibile equivoco o persino un qualche 'sofisma': potrebbe, infatti, sostenersi che proprio ed esattamente nelle situazioni di emergenza (sanitaria, terroristica, etc.), in ragione dell'urgenza e della necessità di assumere misure efficaci e 'd'impatto', il ricorso alla sanzione penale appaia, a questo punto, quanto mai doveroso, opportuno e giustificato. Tale ragionamento, tuttavia, apparirebbe in sé fallace, in quanto partirebbe dal presupposto – non solo indimostrato ma persino erroneo – per il quale la sussistenza di uno stato di emergenza giustificerebbe, *eo ipso*, il ricorso a misure estreme quali quelle penali. Di contro, anche nelle situazioni di emergenza l'istituzione di nuovi presidi penali deve sempre e comunque rappresentare l'*extrema ratio*, vale a dire l'ultimo ed estremo rimedio da adottarsi solo ed esclusivamente laddove rimedi meno invasivi e meno drastici appaiano totalmente inadeguati allo scopo¹⁷. Per tale ragione, a mio

¹⁵ G.L. GATTA, *Coronavirus, limitazione di diritti e libertà fondamentali, e diritto penale: un deficit di legalità da rimediare*, in *Sist. pen.*, 16 marzo 2020, § 4: «il legislatore ben avrebbe potuto e potrebbe presidiare le misure di contenimento del COVID-19 con illeciti amministrativi punitivi, senza gravare il sistema della giustizia penale, già sovraccarico. Basti pensare, a tale riguardo, che il Ministero dell'Interno ha reso noto che in quattro giorni, tra l'11 e il 14 marzo, sono state denunciate per violazione dell'art. 650 cod. pen. ben 20.000 persone. Affidarsi ad illeciti amministrativi avrebbe potuto e potrebbe inoltre garantire un maggior tasso di effettività delle sanzioni, irrogabili dagli enti locali. Senonché, soprattutto ora, dopo avere veicolato il messaggio che 'trasgredire è reato', tornare indietro sembra irrealistico e controproducente, sul piano della prevenzione. Piaccia o meno, insomma, la via è quella della minaccia della pena, che se non altro è funzionale, nella situazione d'emergenza in cui viviamo, a veicolare un messaggio fortemente suggestivo».

¹⁶ Cfr. C. SOTIS, *Fare osservare o punire. L'importanza della disgiuntiva*, in *Emergenza covid-19. Fra diritto e processo penale*, cit., 15 ss.

¹⁷ Cfr. D. CASTRONUOVO, *I limiti sostanziali del potere punitivo: modelli causali vs modelli ispirati a logiche precauzionali*, in *Emergenza covid-19. Fra diritto e processo penale*, cit., 44.

sommesso avviso, la rigida equazione 'emergenza = presunzione di *extrema ratio*' appare infondata e pernicioso.

Altro principio fondamentale da ribadire in occasione degli 'stati di emergenza' è, ovviamente, quello della legalità penale¹⁸.

Oggi va di moda parlare tra i penalisti quasi solo di bilanciamento di interessi, di ragionevolezza, di proporzionalità: certamente, si tratta di temi attuali, cosiddetti 'postmoderni', che hanno un margine di sviluppo e meritano un opportuno approfondimento, ma dobbiamo essere consapevoli che nell'esperienza giuridica esistono principi intrinsecamente non bilanciabili, e questo per vincolo costituzionale.

Come aveva ben evidenziato il maestro patavino Giuseppe Bettiol nella sua critica alla cd. 'giurisprudenza degli interessi', non tutta l'esperienza giuridica può essere sempre e comunque ridotta a un problema di conflitto fra diritti, o di contemperamento e bilanciamento di interessi¹⁹; vi è, infatti, una infinità di questioni giuridiche fondamentali, la cui risoluzione non transita affatto attraverso un ragionamento di proporzionalità.

Per di più, nel mondo del diritto non tutto è bilanciabile secondo ragionevolezza e proporzionalità: esistono, infatti, anche limiti e principi invalicabili, non suscettibili di alcun 'equo contemperamento': la pena di morte, ad esempio, è sempre vietata per Costituzione; non può esistere un bilanciamento che conduca a ripristinarla. Lo stesso vale per il principio di legalità, con tutti i suoi corollari: tassatività, determinatezza, irretroattività e divieto di analogia.

Anche in caso di pandemia, emergenza terroristica, di stato di guerra o un altro 'stato di eccezione', la legalità penale deve pur sempre rimanere ferma; nemmeno in caso di 'emergenza', il legislatore è legittimato a introdurre nuovi reati, ad esempio, violando la riserva di legge, oppure in modo vago e indeterminato, oppure ancora in via retroattiva; infine, anche in situazioni di emergenza, i giudici penali non possono estendere analogicamente il perimetro di una norma penale²⁰, nonostante certe spinte demago-

¹⁸ Su emergenza e legalità penale, cfr. A. DELLA BELLA, *Il legislatore penale di fronte all'emergenza sanitaria*, cit., 87 ss.; L. RISICATO, *DPCM e diritto penale: uno stato d'eccezione?*, cit., 265 ss.; R. BARTOLI, *Legalità e coronavirus: l'allocazione del potere punitivo e i cortocircuiti della democrazia costituzionale durante l'emergenza*, in *Osservatorio sulle fonti*, fasc. spec., 2020. Cfr. anche M. LUCIANI, *Il sistema delle fonti del diritto alla prova dell'emergenza*, in *Riv. AIC*, 2020, 109 ss.

¹⁹ Sul punto, sia permesso il rinvio a G. CIVELLO, *Giuseppe Bettiol: dalla prolusione cagliarita (1936) alla prolusione patavina (1943). Tra concetti, interessi e valori*, in *Studi economico-giuridici on line*, 2024, II (Rivista del Dipartimento di Giurisprudenza dell'Università degli Studi di Cagliari. Centro dipartimentale di eccellenza in Diritto, innovazione e sviluppo sostenibile - *Law, Innovation and Sustainable Development*, nonché in www.discrimen.it).

²⁰ Cfr. C. CUPELLI, *Gestione dell'emergenza pandemica e rischio penale: una ragionevole solu-*

giche e populistiche inducano talvolta a sdoganare – esplicitamente o implicitamente – patenti deroghe ai principi penali costituzionali, a fronte di contingenze emergenziali.

3. *Il problema della riserva di legge nel diritto penale dell'emergenza.* – Quanto alla riserva di legge²¹, il problema dell'emergenza affiora sotto molteplici punti di vista.

Anzitutto ci si chiede se nella materia penale possano intervenire i decreti-legge oppure altre fonti emergenziali, come ad esempio i decreti del Presidente del Consiglio dei Ministri.

Acuta dottrina, con riferimento all'intricata 'giungla normativa' venutasi a creare in concomitanza con la pandemia, ha parlato di un «convitato di pietra: la democrazia parlamentare»: infatti, «ciò che colpisce nell'emergenza sanitaria da Covid-19 è il silenzio del Parlamento, addirittura drammatico in un contesto storico che non cela il disprezzo – talora 'autarchico' – per un'istituzione parlamentare spesso antiquata, formale, espressione dei partiti e icona di una 'casta' da ridurre numericamente per debellarne i privilegi»²². Sul punto, come denunciano condivisibilmente gli studiosi, il dubbio radicale è se sia stato corretto devolvere ai decreti del Governo la legiferazione emergenziale²³, persino in quella materia penale che è così delicata e a tratti 'scivolosa' rispetto ai principi fondamentali dell'ordinamento e ai diritti inalienabili dell'individuo.

Quanto ai decreti-legge, a ben vedere, la disputa è antica: chi intende la riserva di legge penale in senso formale ed esclude dal novero delle fonti penali gli atti aventi forza di legge, tende ad affermare che, nella materia penale, non possono intervenire i decreti-legge e, secondo alcuni studiosi,

zione di compromesso (d.l. 44/2021), in *Sist. pen.*, 1 giugno 2021; G.L. GATTA, *Coronavirus, limitazione di diritti e libertà fondamentali, e diritto penale*, §§ 1 ss.

²¹ Sulla riserva di legge e la legislazione emergenziale, C. RUGA RIVA, *La violazione delle ordinanze regionali e sindacali in materia di coronavirus: profili penali*, in *Sist. pen.*, 2020, III, 231 ss.; ID., *Fonti del diritto penale e nuove incriminazioni anti-Covid 19: problemi di costituzionalità e questioni interpretative*, in *Emergenza covid-19. Fra diritto e processo penale*, cit., 21 ss.; A. DELLA BELLA, *Il legislatore penale di fronte all'emergenza sanitaria*, cit., 93 ss.; S. MABELLINI, *La problematica tenuta delle riserve di legge nella gestione policentrica dell'emergenza sanitaria*, in *Emergenza Covid-19 e ordinamento costituzionale*, a cura di F.S. Marini e G. Scaccia, 2020, 51 ss. Per gli aspetti processuali, cfr. O. MAZZA, *Distopia del processo a distanza*, in *Emergenza Covid-19 e ordinamento costituzionale*, cit., 111 ss. Sul tema in generale, nella manualistica, cfr. fra tutti F. PALAZZO (con la collaborazione di R. BARTOLI), *Corso di diritto penale. Parte generale*⁷, Torino, 2021, 93 ss.

²² Cfr. L. RISICATO, *DPCM e diritto penale: uno stato d'eccezione?*, cit., 268.

²³ V. F.S. MARINI, *Le deroghe costituzionali da parte dei decreti-legge*, in *Emergenza Covid-19 e ordinamento costituzionale*, cit., 69 ss.

nemmeno i decreti legislativi²⁴. Oggi, per contro, questa tesi è assolutamente minoritaria: ogni anno, infatti, continuano ad essere emanati decreti-legge anche nella materia penale e la Corte Costituzionale ha quasi sempre 'salvato' tali atti normativi non dichiarandoli illegittimi.

In casi estremi, tuttavia, un decreto-legge ben può palesarsi illegittimo all'interno del diritto penale: ciò accade senz'altro quando manchi radicalmente il requisito della 'straordinaria necessità e urgenza' di cui all'art. 77 Cost., oppure qualora, in sede di conversione del decreto-legge, vengano introdotte norme penali che non hanno alcuna attinenza con la materia del decreto.

Ad esempio, nel decreto-legge n. 272 del 2005 (Misure urgenti per garantire la sicurezza ed i finanziamenti per le prossime Olimpiadi invernali), in sede di conversione parlamentare, era stata inserita *ex post* e in via estemporanea una norma penale in tema di stupefacenti, che peraltro aveva aumentato le pene previste dalla legge previgente. Ebbene, con due importanti sentenze, la n. 32/2014 e la n. 94/2016, la Consulta ha dichiarato illegittimo il decreto-legge *de quo*, siccome modificato dalla legge di conversione, poiché è evidente che non vi era alcuna attinenza diretta e immediata, nei termini di cui all'art. 77 Cost., tra l'aggravamento delle pene per i delitti di stupefacenti e la materia delle Olimpiadi invernali.

Anche io sono particolarmente scettico in merito alla possibilità che nella materia penale intervengano i decreti-legge; quantomeno, se si ammette tale eventualità, è indispensabile accertare con particolare rigore i requisiti di straordinaria necessità e urgenza, ancor più di quanto avvenga nelle materie diverse da quella penale.

Quanto ai decreti del Presidente del Consiglio dei Ministri, trattandosi di atti che non hanno forza di legge, è evidente che gli stessi non possono direttamente introdurre nuove fattispecie di reato oppure incidere sulle pene edittali.

Tuttavia, durante il periodo della 'emergenza Covid', si era verificata una interferenza fra tali decreti presidenziali e la normativa penale vigente: qui riemerge il problema relativo alla 'catena delle fonti', nel senso che il d.l. 23 febbraio 2020, n. 6, della cui legittimità costituzionale si dubitò immediatamente, aveva 'rinviato' una parte della disciplina emergenziale a successivi decreti del Presidente del Consiglio dei Ministri e, pertanto, si poneva un problema di rapporti tra decreto avente forza di legge (il decreto-legge, per l'appunto) e i successivi decreti presidenziali²⁵.

²⁴ Più in generale, sulla 'legalità delegata', cfr. C. CUPELLI, *La legalità delegata. Crisi e attualità della riserva di legge nel diritto penale*, Napoli, 2012; ID., *Il problema della legalità penale. Segnali di controtendenza sulla crisi della riserva di legge*, in *Giur. cost.*, 2015, I, 181 ss.

²⁵ Cfr. C. RUGA RIVA, *La violazione delle ordinanze regionali*, cit., 231 ss.; v. anche L. RISCATO, *DPCM e diritto penale: uno stato d'eccezione?*, cit., 268: «non risulta pacifica la legittimità».

A complicare il panorama normativo si poneva l'art. 650 cod. pen.²⁶: si tratta, come noto, di un reato contravvenzionale previsto dal Codice Rocco fin dal 1930, quindi da quasi cento anni, che punisce «chiunque non osserva un provvedimento legalmente dato dall'Autorità per ragione di giustizia o di sicurezza pubblica, o d'ordine pubblico o d'igiene» (cfr. art. 3, comma 4, d.l. 23 febbraio 2020, n. 6)²⁷. Oggi non potrò soffermarmi su questa fattispecie incriminatrice così problematica, nata in un contesto politico-istituzionale evidentemente ben diverso da quello attuale e oggetto di numerose critiche tecnico-giuridiche fin dagli anni '50 del secolo scorso.

Durante l'emergenza pandemica, ci si è chiesti se sia conforme all'attuale principio di legalità che il codice penale preveda un reato 'in bianco', ossia una norma sanzionatoria in cui il codice, atto avente forza di legge, preveda solamente la 'sanzione', mentre l'individuazione del 'precetto' sia devoluta al decreto-legge o persino a un decreto del Presidente del Consiglio.

In particolare, con il già citato d.l. 23 febbraio 2020, n. 6²⁸, il legislatore dell'emergenza aveva delegato gran parte della legislazione prescrizionale alle autorità amministrative²⁹, «allo scopo di evitare il diffondersi del Covid-19, nei comuni o nelle aree nei quali risulta positiva almeno una persona per la quale non si conosce la fonte di trasmissione o comunque nei quali vi è un caso non riconducibile ad una persona proveniente da un'area già interessata dal contagio del menzionato virus» (art. 1); tra queste misure vi erano il divieto di allontanamento dal comune o dall'area interessata da parte di tutti gli individui comunque presenti nel comune o nell'area; la sospensione di manifestazioni o iniziative di qualsiasi natura, di eventi e di ogni forma di riunione in luogo pubblico o privato, anche se svolti in luoghi chiusi aperti al pubblico; la sospensione dei servizi educativi dell'infanzia e delle scuole di ogni ordine e grado, nonché della frequenza delle attività scolastiche e di formazione superiore; la sospensione delle procedure concorsuali per l'assunzione di personale; l'applicazione della misura della quarantena con sorveglianza attiva agli individui che abbiano avuto contatti stretti con soggetti positivi, e così via.

Ai sensi dell'art. 3, d.l. n. 6/2020, le predette misure si sarebbero dovute adottare con uno o più decreti del Presidente del Consiglio dei ministri, su

mità di una delimitazione della libertà personale imposta con DPCM, in assenza di una specifica ratifica da parte del potere legislativo: si pensi al DPCM del 4 maggio 2020, che autorizzava le visite ai soli 'congiunti' ... La riflessione è tanto più importante quanto più si consideri la perdurante attualità della pandemia da Coronavirus e il rischio di nuovi provvedimenti restrittivi, seppure settoriali e mirati, delle libertà di circolazione e di iniziativa economica».

²⁶ Cfr. L. RISICATO, *DPCM e diritto penale: uno stato d'eccezione?*, cit., 278 ss.

²⁷ Sul punto, cfr. D. PIVA, *Il diritto penale ai tempi del coronavirus*, cit., 4 ss.

²⁸ Cfr. A. DELLA BELLA, *Il legislatore penale di fronte all'emergenza sanitaria*, cit., 103.

²⁹ Sul punto, cfr. L. RISICATO, *DPCM e diritto penale: uno stato d'eccezione?*, cit., 272 ss., 276 ss.

proposta del Ministro della salute, sentito il Ministro dell'interno, il Ministro della difesa, il Ministro dell'economia e delle finanze e gli altri Ministri competenti per materia, nonché i Presidenti delle regioni competenti.

Il comma quarto di tale disposizione stabiliva che, «salvo che il fatto non costituisca più grave reato, il mancato rispetto delle misure di contenimento di cui al presente decreto è punito ai sensi dell'articolo 650 del codice penale».

Ovviamente, trattandosi di un rinvio della legge penale a provvedimenti di natura amministrativa, residuava comunque il potere del giudice penale di sindacare la legittimità di questi ultimi, alla luce dei principi generali in tema di rapporti tra legislazione sovra-primaria, primaria e secondaria³⁰.

Tale legislazione emergenziale destò la pronta reazione della dottrina anche penalistica; in particolare, il citato decreto legge «poneva senz'altro problemi di legittimità proprio perché non soltanto indeterminato, ma anche perché attribuiva al DPCM il potere di individuare il comportamento incriminato. Non è un caso che si sia parlato di decreto legge 'fuori dal diritto'. Andando ancora più a fondo», continuava l'attenta dottrina «si può osservare come nella sostanza il rapporto tra le fonti si fosse ridotto a due, a una questione cioè tra il fatto tipico che rinviava interamente al DPCM, con la conseguenza che si è trattato di una ipotesi in cui il diritto penale è stato addirittura direttamente previsto da una fonte secondaria»³¹.

Successivamente, anche alla luce delle critiche tecnico-giuridiche da più parti sollevate, il legislatore emergenziale si trovò ad abrogare il d.l. n. 6/2020, introducendo il nuovo d.l. 19/2020, che sostanzialmente trasformava da penale ad amministrativa la responsabilità in caso di violazione delle prescrizioni pandemiche vigenti; si ricorreva, poi, alla sanzione penale contravvenzionale per la sola violazione della quarantena da parte di chi fosse risultato positivo al virus³².

³⁰ Cfr. C. RUGA RIVA, *La violazione delle ordinanze regionali*, cit., 231 ss.; G.L. GATTA, *Coronavirus, limitazione di diritti e libertà fondamentali, e diritto penale*, cit., § 3: «il giudice penale ben potrebbe dubitare della legittimità dei provvedimenti adottati con DPCM, al di fuori delle originarie zone-rosse (istituite all'epoca del d.l. n. 6/2020) e comunque (come nel caso del DPCM dell'11 marzo) sulla base della clausola in bianco di cui all'art. 2 dello stesso decreto-legge. Il giudice penale potrebbe allora ritenere illegittimo il provvedimento la cui inosservanza si contesta all'imputato e, di conseguenza, disapplicarlo e pronunciare un'assoluzione. Oppure potrebbe sollevare questione di legittimità costituzionale, per violazione, quanto alla libertà di circolazione, dell'art. 16 Cost. o, quanto alla libertà d'impresa, dell'art. 41 Cost. La questione di illegittimità costituzionale potrebbe d'altra parte essere verosimilmente sollevata anche con riferimento all'art. 25, comma 2, Cost., sotto il profilo della violazione della riserva di legge in materia penale (pur se intesa in senso sostanziale) e del *vulnus* al principio di precisione (o determinatezza)».

³¹ R. BARTOLI, *Il diritto penale dell'emergenza 'a contrasto del coronavirus'*, cit., 7.

³² Per un *excursus* in merito alle plurime disposizioni normative in tema di violazione della quarantena, cfr. A. DELLA BELLA, *Quarantena obbligatoria, libertà personale e libertà di circola-*

Tale intervento correttivo raccoglieva il plauso della dottrina più equilibrata³³, per la quale «bene [avrebbe] fatto il Governo a ‘correggere il tiro’ attraverso il d.l. n. 19/2020, e la correzione fondamentale, a nostro avviso, non è stata fornita tanto dal fatto che si è andati a rendere più determinata la fonte legislativa che sta al di sopra della fonte secondaria, specificando le condotte da cui il potere secondario può scegliere a seconda delle esigenze che si pongono di volta in volta, ma soprattutto, si è andati a mutare la natura della responsabilità da penale ad amministrativa ... E bene ha fatto il Governo a prevedere nel secondo decreto legge n. 19/2020 l’applicazione retroattiva della legge favorevole, che ha consentito – per così dire – di sanare *in toto* gli errori, essendo il tutto legittimo trattandosi di successione di leggi nello stesso arco temporale emergenziale e quindi non trovando applicazione l’art. 2, comma 5, cod. pen. che invece si riferisce alle ipotesi in cui la successione riguarda non solo le fonti, ma prima ancora le tipologie di periodo a cui le fonti si riferiscono: normalità che succede all’emergenza o viceversa»³⁴.

In definitiva, la stessa scelta del legislatore dell’emergenza di ‘derubricare’ le violazioni della normativa anti-Covid da illeciti penali a meri illeciti amministrativi sembra dimostrare che le preoccupazioni formulate dagli studiosi, in merito alla compatibilità tra le precedenti disposizioni incriminatrici – in tutto o in parte ‘in bianco’ – e il principio di riserva di legge, risultavano dotate di un apprezzabile fondamento: delegare *in toto* al Governo o agli enti locali la potestà di individuare le condotte, la cui perpetrazione

zione. Riflessioni a margine di Corte cost., in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2022, 772 ss., nonché ID., *Il legislatore penale di fronte all’emergenza sanitaria*, cit., 122 ss. Cfr. anche G.L. GATTA, *I diritti fondamentali alla prova del coronavirus. Perché è necessaria una legge sulla quarantena*, in *Sist. pen.*, 2 aprile 2020.

³³ Sul punto, cfr. L. RISICATO, *DPCM e diritto penale: uno stato d’eccezione?*, cit., 269: «merita di essere approfondito il grave deficit di legalità legato, per un verso, ai modi e ai tempi di limitazione di diritti e libertà fondamentali del cittadino in sostanziale contrasto con la riserva di legge e, per l’altro, all’irrogazione di sanzioni penali tramite DPCM: presidiare le misure di contenimento da Covid-19 con sanzioni penali e non con illeciti amministrativi punitivi può forse rivendicare in astratto maggiore efficacia deterrente, ma crea ineluttabilmente un grave (e inutile) sovraccarico della giustizia penale, intaccando altresì l’ambito di applicazione logico e ontologico delle fattispecie incriminatrici che vengono in considerazione». Cfr. anche G.L. GATTA, *Un rinnovato assetto del diritto dell’emergenza COVID-19, più aderente ai principi costituzionali, e un nuovo approccio al problema sanzionatorio: luci ed ombre nel d.l. 25 marzo 2020, n. 19*, in *Sist. pen.*, 26 marzo 2020.

³⁴ R. BARTOLI, *Il diritto penale dell’emergenza ‘a contrasto del coronavirus’*, cit., 7. Sul d.l. n. 19/2020, fra tutti, G.L. GATTA, *Un rinnovato assetto del diritto dell’emergenza COVID-19, più aderente ai principi costituzionali, e un nuovo approccio al problema sanzionatorio: luci ed ombre nel d.l. 25 marzo 2020, n. 19*, in *Sist. pen.*, 2 aprile 2020, 1 ss. In merito al ‘passaggio’ dal d.l. n. 6/2020 al d.l. n. 19/2020, cfr. anche A. DELLA BELLA, *Il legislatore penale di fronte all’emergenza sanitaria*, cit., 103 ss. Sul successivo d.l. n. 33/2020, cfr. G.L. GATTA, *Emergenza Covid-19 e fase 2: misure limitative e sanzioni nel d.l. 16.5.2020, n. 33 (nuova disciplina della quarantena)*, in *Sist. pen.*, 18 maggio 2020.

avrebbe poi determinato l'insorgere di nuove forme di responsabilità penale è stato così ritenuto – e non a torto – contrario al principio di legalità di rango costituzionale.

4. *Emergenza penale, tassatività, determinatezza e irretroattività.* – Passando dalla riserva di legge agli altri corollari del principio di legalità, accenniamo ora conclusivamente a tassatività-determinatezza e irretroattività.

Come si atteggiano questi due corollari in caso di emergenza, ad esempio, sanitaria? Ovviamente, anche in caso di emergenza, la legge penale non potrà mai essere formulata in modo vago e indeterminato, e non potrà certo retroagire.

Quanto al principio di determinatezza e tassatività³⁵ in relazione ai fatti illeciti commessi in violazione della normativa emergenziale, come osservato in dottrina, «rispetto a queste violazioni si pone un consistente problema di determinatezza, soprattutto là dove si utilizzano espressioni come 'in prossimità della propria abitazione', 'necessità', che nella sostanza rimettono nelle mani dell'autorità amministrativa un vero e proprio sindacato sulla libertà dei soggetti. D'altra parte, anche questa indeterminatezza finisce per essere un corollario inevitabile del modello di normazione che si è deciso di adottare, volto a dare flessibilità e quindi ingresso al buon senso, dovendosi tuttavia riconoscere come là dove manchi il buon senso, la disciplina finisca per operare in termini prevaricatori e vessatori. Insomma, proprio perché l'intimidazione si ispira alla precauzione, o il modello è autenticamente rigido, determinandosi tuttavia il rischio di limitazioni eccessive se non addirittura illegittime, oppure ha in sé margini di flessibilità da gestire per l'appunto con il buon senso, anche perché si tratta di misure lontane dal rischio reale che si deve fronteggiare»³⁶.

Quanto al problema della retroattività o irretroattività³⁷, la Corte Costituzionale, nel caso della pandemia da 'Covid 19', ha affrontato un tema così delicato pronunciando, per la verità, due sentenze che potrebbero, almeno in parte e *prima facie*, apparire in contrasto fra loro.

In particolare, era stata all'epoca varata una norma emergenziale, cioè l'art. 83, comma 9, del decreto-legge n. 18 del 2020, la quale aveva disposto

³⁵ Cfr. D. PIVA, *Il diritto penale ai tempi del coronavirus*, cit., 4 ss.; A. DELLA BELLA, *Il legislatore penale di fronte all'emergenza sanitaria*, cit., 115 ss. e 125 ss., anche con ampia parte casistica ed esemplificativa (ad es. con riferimento ad espressioni normative come «spostamenti limitati nel tempo o nello spazio» o «situazioni di necessità o di urgenza»).

³⁶ R. BARTOLI, *Il diritto penale dell'emergenza 'a contrasto del coronavirus'*, cit., 10.

³⁷ C. RUGA RIVA, *Fonti del diritto penale e nuove incriminazioni*, cit., 28 ss.; A. DELLA BELLA, *Il legislatore penale di fronte all'emergenza sanitaria*, cit., 129 ss.

la sospensione della prescrizione dei reati, nei casi in cui il presidente di un singolo Tribunale avesse ordinato il rinvio ‘in blocco’ delle udienze penali, a causa della emergenza pandemica.

Trattandosi di una norma sfavorevole per l'imputato, era stata sollevata alla Consulta la relativa questione di costituzionalità, sostenendo che non fosse possibile far dipendere un istituto penale sostanziale – vale a dire, la sospensione della prescrizione del reato – da un singolo provvedimento giurisdizionale o persino para-amministrativo come una nota interna o ‘circolare’, con la quale il presidente del Tribunale disponga il rinvio in blocco delle udienze.

A fronte di tale questione, la nostra Corte Costituzionale, con la sentenza n. 140/2021, ha preso posizione indirizzando un messaggio giuridico e direi anche ‘culturale’ chiaro: potrà anche verificarsi malauguratamente una emergenza sanitaria nazionale, ma il principio di legalità non si tocca!

Non è possibile pensare che la sospensione della prescrizione penale, con i suoi dirompenti effetti in termini di punibilità o non punibilità dei cittadini, possa derivare da un provvedimento sostanzialmente amministrativo, peraltro dai presupposti vaghi e indeterminati, con il quale il presidente di un singolo tribunale decida di rinviare *de plano* le udienze penali, a causa dell'emergenza sanitaria.

Per tale motivo, la Consulta ha dichiarato illegittima questa ipotesi eccezionale di sospensione della prescrizione, introdotta dalla normativa emergenziale.

Vi è, però, stata un'altra sentenza della Corte Costituzionale, la n. 278/2020³⁸, che ha invece ‘salvato’ una parallela disposizione emergenziale

³⁸ Cfr. G.L. GATTA, *Emergenza Covid e sospensione della prescrizione del reato: la Consulta fa leva sull'art. 159 c.p. per escludere la violazione del principio di irretroattività ribadendo al contempo la natura sostanziale della prescrizione, coperta dalla garanzia dell'art. 25, co. 2 Cost., in Sist. pen.*, 26 dicembre 2020; ID., *Il corso della giustizia e il corso della prescrizione del reato durante l'emergenza Covid-19*, in *Sist. pen.*, 2 novembre 2020; ID., *“Lockdown” della giustizia penale, sospensione della prescrizione del reato e principio di irretroattività: un cortocircuito*, in *Sist. pen.*, 4 maggio 2020; ID., *“Tolleranza tra principi” e “principi intolleranti”. L'emergenza sanitaria da Covid-19 non legittima deroghe al principio di irretroattività in malam partem: note critiche a una sentenza della Cassazione sulla sospensione della prescrizione del reato ex art. 83, co. 4 d.l. n. 18/2020*, in *Sist. pen.*, 22 luglio 2020; R. BARTOLI, *Con una finta la Consulta aggira il problema della irretroattività/retroattività della sospensione della prescrizione connessa al Covid*, in *Sist. pen.*, 8 febbraio 2021; G.M. FLICK, *Emergenza e sospensione della prescrizione: una scelta problematica della Corte costituzionale*, in *Cass. pen.*, 2021, 44 ss.; A. DELLA BELLA, *Il legislatore penale di fronte all'emergenza sanitaria*, cit., 135 ss.; V. MANES, *Diritto dell'emergenza, sospensione della prescrizione e garanzie fondamentali: davvero ‘bilanciabile’ il principio di irretroattività*, in *Giur. pen. trim.*, 2020, II; N. MADIA, *La Corte costituzionale salva la disciplina in materia di sospensione della prescrizione prevista dalla legislazione anti Covid-19*, in *Giur. pen. web*, 2020, XII. Sul punto v. anche O. MAZZA, *La Corte, la prescrizione e la fallacia del risultato utile*, in *Arch. pen.*, 2020, III (online).

connessa alla pandemia: infatti, l'art. 83, comma 4, del decreto-legge n. 18 del 2020, aveva ordinato *ex lege* la sospensione di tutti i procedimenti penali dal 9 marzo 2020 al 15 aprile 2020; ovviamente questo valeva anche per i reati commessi prima dell'emanazione del decreto-legge e, dunque, in modo dichiaratamente retroattivo.

Ebbene: durante la pandemia, il legislatore ben poteva sospendere i nuovi procedimenti penali in allora avviati; su tale aspetto *nulla quaestio*. Il punto era un altro, e cioè se da tale sospensione del processo potesse derivare anche la sospensione della prescrizione in modo retroattivo, cioè per i reati commessi prima dell'entrata in vigore della norma stessa.

A tal riguardo, contrariamente a quanto è avvenuto con la sentenza n. 140/2021, la Consulta è andata di diverso avviso, ammettendo tale forma di retroattività in quanto l'art. 159 del codice penale già stabilisce, con norma generale *per relationem*, che «[i]l corso della prescrizione rimane sospeso in ogni caso in cui la sospensione del procedimento o del processo penale ... è imposta da una particolare disposizione di legge».

Non potrò soffermarmi su questa seconda sentenza costituzionale e non potrò analizzare a fondo gli argomenti a favore e contro; tuttavia, come si può notare, a fronte di una emergenza sanitaria, la Corte Costituzionale ha emesso due sentenze che, pur non essendo in immediato e diretto contrasto l'una con l'altra – poiché le norme oggetto di giudizio e i parametri erano in parte differenti –, dimostrano bene come, in situazioni di emergenza, gli stessi principi penali possano essere oggetto di discussione e di decisioni giudiziarie spesso problematiche o persino discutibili.

5. *Una breve conclusione interlocutoria.* – Il messaggio interlocutorio e finale che vorrei rassegnare, riallacciandomi alle premesse del mio breve intervento, è che, in situazioni di emergenza, quando si tratta di 'impugnare' la potente e invasiva arma del diritto penale, non si dovrebbe mai cadere negli eccessi opposti.

Se si guardasse solo alle pretese e agli interessi individuali, la sanzione penale dovrebbe sempre fare un 'passo indietro' anche davanti a esigenze di sicurezza e di benessere sociali: si tratta del cd. 'abolizionismo', per il quale, in fin dei conti, del diritto penale lo Stato potrebbe alla lunga rinunciare, senza costi e senza danni; l'iper-individualismo quasi anarchico, per l'appunto.

Se, tuttavia, si badasse solo ad esigenze securitarie astratte e 'collettivistiche', il pericolo per il bene comune e lo stesso bene delle persone sarebbe altrettanto grave: si espanderebbe irrazionalmente l'area di ciò che è penalmente rilevante, sull'onda dell'emergenza e del populismo, ignorando o persino schiacciando i diritti dei singoli cittadini, come si è in alcuni casi visto in occasione della recente pandemia.

Come segnalato da autorevole dottrina, «ogni emergenza, qualsiasi emergenza, è sempre un momento delicatissimo perché offende o minaccia di offendere in modo diffuso beni primari ponendo la necessità di misure particolarmente efficaci rispetto alle quali non devono esserci troppi impedimenti. Ma la delicatezza deriva anche dal fatto che se il diritto penale tende all'abuso e alla strumentalizzazione, nel periodo dell'emergenza questa tendenza può farsi e si fa acutissima: elevandosi la forza del potere politico, il diritto e il controllo di legittimità sulla politica che contraddistingue il moderno costituzionalismo tendono inevitabilmente a recedere»³⁹.

Le emergenze, fortunatamente, sono per definizione momentanee e transitorie: tutto sta, per noi giuristi, nel fare tesoro dei problemi e delle criticità che di volta in volta affiorano nell'esperienza giuridica dello 'stato di eccezione', in modo da avere poi gli strumenti, nella prossima malaugurata emergenza di qualsiasi natura (sanitaria, terroristica, criminale, ecologica, bellica, e così via), per tutelare gli interessi comuni senza, tuttavia, calpestare mai i principi generali di civiltà della nostra materia.

³⁹ R. BARTOLI, *Il diritto penale dell'emergenza 'a contrasto del coronavirus'*, cit., 2.