

Lezioni dell'emergenza e politiche del diritto

di Domenico Pulitanò

professore emerito di diritto penale dell'Università di Milano

Sommario: 1. L'esperienza della pandemia. La priorità dell'osservanza – 2. Presupposti epistemici del sistema normativo - 3. Autorità, libertà, autoresponsabilità – 4. Fare i conti con l'inosservanza – 5. Quali prospettive?

1. L'esperienza della pandemia. La priorità dell'osservanza.

Le riflessioni qui presentate¹ partono dall'emergenza storica della pandemia Covid19. La potenza nascosta dell'invisibile virus², che dal 2020 ha distrutto e distrugge vite, è stata fronteggiata anche con restrizioni di libertà, in talune fasi con sospensioni generalizzate e prolungate della normalità sociale. Non siamo ancora ritornati alla normalità (allo *status quo ante*) come mostra la questione del *green pass*, così calda in questo autunno 2021.

Di fronte al primo rigido *lockdown* un noto filosofo si è chiesto come sia «potuto avvenire che un intero paese sia eticamente e politicamente crollato di fronte a una malattia» (a *un rischio che non era possibile precisare*) accettando di «limitare in misura che non era mai avvenuta prima nella storia del paese, nemmeno durante le due guerre mondiali, la nostra libertà di movimento, i nostri rapporti di amicizia e di amore, perché il nostro prossimo era diventato una possibile fonte di contagio»³.

Fra le tante risposte si staglia il *viaggio tra gli obbedienti* descritto da un grande giurista, Natalino Irti: un'esplorazione delle possibili *ragioni dell'obbedienza* in un *orizzonte spirituale* nel quale «gli altri assumono duplice posizione: sono possibili portatori del virus, dai quali bisogna tenersi distanti, e proteggersi con adeguate misure; ma sono anche esseri umani, esposti allo stesso rischio, all'oscura minaccia di cui noi siano veicoli: Li temiamo, gli altri, e insieme li proteggiamo: il contagio li trasfigura in un prossimo, stretto con noi nella medesima sorte, a cui possiamo sentirci vicini nella coscienza di umana fragilità»⁴.

L'obbedienza, come la disobbedienza, è esercizio di libertà. Sul mondo delle norme «incombe il rischio della libertà individuale, che può dare a esse concretezza esecutiva o farle cadere tra le parole inutilmente dette o scritte»⁵. Ci sono situazioni (come mostra la storia) in cui sarebbe il disobbedire la risposta giusta⁶. In ordinamenti *decenti*⁷, in condizioni normali *legum servi sumus ut liberi esse possimus*, come Irti ci ricorda citando Cicerone. Per l'esercizio dei nostri diritti – inviolabili in via di principio, ma fragili – abbiamo bisogno dell'osservanza di doveri reciproci: *rispetto* degli altri, e *doveri inderogabili di solidarietà* (art. 2 Cost).

Nel drammatico primo periodo dell'emergenza Covid, la Presidente della Corte costituzionale, Marta Cartabia, nella relazione sull'attività nel 2019 presentata il 28 aprile 2020, ha osservato che la Costituzione non prevede un diritto speciale dell'emergenza, non la sospensione di diritti fondamentali; è però *non insensibile al variare delle contingenze*, all'eventualità che dirompano

¹ Relazione (rielaborata) nel convegno presso l'Università di Bologna: *Il diritto penale di fronte al freno di emergenza della storia*, 28 settembre 2021.

² «Usque adeo res humanas vis abdita quaedam / obterit, et pulchros fas.is saevasque secures / proculcare ac ludibrio sibi habere videtur» (Lucrezio, *De rerum natura*, V, v. 1233s).

³ G. Agamben, *Una domanda*, in *Quodlibet*, 14 aprile 2020:

⁴ N. Irti, *Viaggio tra gli obbedienti*, Milano 2021, p. 117.

⁵ N. Irti, *op.cit.*, p. 152.

⁶ H. Arendt, *Responsabilità e giudizio*, Torino 2004.

⁷ Anche non liberali, ma rispettosi di diritti elementari delle persone.

situazioni di crisi o di straordinaria necessità e urgenza, per le quali è pensato come strumento il decreto legge. «Necessità, proporzionalità, ragionevolezza, giustiziabilità e temporaneità sono i criteri con cui deve attuarsi la tutela sistemica e non frazionata dei principi e dei diritti fondamentali, ponderando la tutela in base alle specifiche contingenze. È la Costituzione la bussola necessaria a navigar “per l’alto mare aperto” dell’emergenza e del dopo-emergenza che ci attende».

Le *necessità* di contenimento del contagio (tutela della vita e della salute) sono state ritenute idonee a giustificare, nel *bilanciamento* con le libertà, restrizioni di libertà eccezionalmente spinte, ma *ragionevoli* e *proporzionate* rispetto allo scopo di preminente importanza. Il principio di *giustiziabilità* esige la possibilità di un controllo giurisdizionale, in sede di giustizia ordinaria o costituzionale. Il criterio della *temporaneità* ci dice che una compressione emergenziale di diritti dovrebbe essere circoscritta nel tempo e *rivedibile* in ogni momento.

I problemi che hanno a che fare con il diritto e la giustizia penale rientrano in questo quadro. I doveri che costituiscono il nucleo duro del diritto criminale/penale (il decalogo biblico: non uccidere, non rubare, non ingannare) sono il *minimo etico*, condizione minima della con-vivenza e del rispetto reciproco. L’emergenza sanitaria ha comportato esigenze più stringenti, di adempimento di doveri di solidarietà, e di razionalità nei comportamenti.

Non lasciare che la crisi diventi un’occasione sprecata: questo monito di Keynes, apparentemente paradossale, risalente ai tempi più critici del XX secolo, è stato rilanciato nei giorni del *lockdown*⁸.

*Pathei mathos*⁹, apprendere dalla sofferenza? Dipende da noi¹⁰ ragionare su tutto ciò che riguarda il con-vivere¹¹; su ciò che vorremmo e *anche su ciò che non vorremmo ritornasse uguale*¹², nel ritorno a una normalità auspicabilmente migliore.

2. Presupposti epistemici del sistema normativo.

Nella fase iniziale dell’emergenza un filosofo ha scritto che «*in questo preciso momento il mondo – tutto il pianeta – non è governato dalla classe politica né da giunte militari, ma dai medici*»¹³. È una forzatura retorica che sottolinea la rilevanza politica del sapere scientifico e tecnico. La scienza è entrata in scena come impresa conoscitiva ed operativa capace di progredire *per prova ed errore*, consapevole delle sue potenzialità e dei suoi limiti, non infallibile ma affidabile. Dobbiamo alla scienza – e all’industria – la disponibilità di vaccini in tempi brevi.

Ha a che fare con il mondo dei fatti il mondo delle norme e dei poteri normativi. Per i detentori di potere è regola aurea *conoscere per deliberare*¹⁴. La politica del diritto è (per definizione) questione di responsabilità politica, di valutazioni e decisioni normative. La realtà di fatto pone problemi epistemici e normativi, fra loro collegati.

Decisioni incidenti sulla libertà sono state adottate alla luce (anche) di conoscenze scientifiche e fattuali. *Lockdown* nelle fasi più acute, poi il *green pass*, che è tecnicamente un onere, nella sostanza un passaggio obbligato per l’esercizio di libertà.

La giustificazione tecnica di disposizioni e restrizioni normative ha bisogno di fondamenti su un duplice piano: legittimità giuridica e ragionevolezza tecnico-scientifica. Su entrambi i piani si è sviluppata un’inedita opposizione, che rivendica libertà contro restrizioni emergenziali delle normali libertà, e contesta le premesse epistemiche delle restrizioni (il pericolo di contagio, l’utilità o pericolosità dei vaccini). Problemi delicati nascono dall’intreccio fra istanze libertarie di per sé

⁸ M. Ferrera, *I sacrifici da non sprecare*, in *Corriere della sera*, 1° aprile 2020.

⁹ Eschilo, *Agamennone*, v. 177.

¹⁰ «*La storia non insegna nulla. Siamo noi che, imparando da essa, insegniamo a noi stessi*»: A. Heller, *Teoria della storia*, Roma 2018, p. 227.

¹¹ *Ex multis*, M. Magatti, *La necessità di riconoscere il legame fra l’io e l’altro*, in *Corriere della sera*, 21 marzo 2020.

¹² P. Giordano, *Il virus, il dopo e quello che non voglio scordare*, in *Corriere della sera*, 21 marzo 2020.

¹³ R. Casati, *Quei dilemmi morali che toccano ai medici*, in *Il Sole 24 ore*, 19 aprile 2020, p. IX.

¹⁴ L. Einaudi, *Conoscere per deliberare*, in *Prediche inutili*, 1955. Forse è ancora attuale l’osservazione (p. 1) che «*nulla repugna più della conoscenza a molti, forse a troppi di coloro che sono chiamati a risolvere problemi*».

meritevoli di considerazione, e atteggiamenti e paure irrazionali che conducono a pretese inaccettabili.

Il rapporto fra sfera politica e verità è *fondativo*¹⁵; di fatto può essere problematico. Responsabilità di governo politico o di alta amministrazione richiedono valutazioni e decisioni da adottare talora (spesso) in condizioni d'incertezza e incompletezza delle conoscenze a disposizione, e conseguenti *insicurezze prognostiche*. Dobbiamo fare i conti con la *fragilità aletica della democrazia*¹⁶: con i limiti delle nostre conoscenze, di ciò che sappiamo progettare, di ciò che riusciamo a tradurre in norme e in concreti comportamenti.

In una società aperta, «ovviamente, non è compito della sfera politica in quanto tale produrre verità di conoscenza. Il compito spetta alla sfera scientifica o in senso lato intellettuale». Di conoscenze affidabili abbiamo bisogno, come governanti, come tecnici, come cittadini: «bisogno di istituzioni che favoriscano e tutelino le conoscenze collettive», anche promuovendo la capacità di giudizio dei consociati¹⁷. È un'esigenza tanto più importante in un mondo attraversato da *fake news* e da manipolazioni della verità.

La democrazia, *forma di governo esigente*, è «*sensibile alla verità*»¹⁸. In condizioni normali, in una società libera viene in primo piano l'esigenza di poter *dire la verità al potere*¹⁹. «Considerata dal punto di vista della politica, la verità ha un carattere dispotico...I fatti sono al di là dell'accordo e del consenso...i fatti sgraditi possiedono un'exasperante ostinatezza che può essere scossa soltanto dalle pure e semplici menzogne... i fatti non hanno alcuna ragione decisiva per essere ciò che sono; essi avrebbero sempre potuto essere altrimenti, e questa fastidiosa contingenza è letteralmente illimitata»²⁰.

Dispotismo delle verità di fatto è la oggettiva durezza dei fatti, che sono quello che sono, piacciono o non piacciono, e fanno resistenza al dispotismo decisionale. Sono un limite del potere, non nel senso che un potere autoritario non sia in grado di manipolare conoscenze e coscienze, ma nel senso che nessun potere può rendere vero ciò che tale non è.

3. Libertà, autorità, autoresponsabilità.

Necessaria per la vita e la sopravvivenza della *polis*, la verità ha bisogno di *cura*, anche con gli strumenti del diritto (cioè del potere). «*Gli ottimi autoritarismi di stato*», è il titolo provocatorio di una riflessione di Giuliano Ferrara²¹ che ha preso spunto da un discorso del Presidente Mattarella sul *dovere morale* di vaccinarsi. In Europa «si dispiega una forma consensuale di sottomissione. Si realizza quanto paventato da filosofi e intellettuali effimeri e bizzarri nella pretesa che su una questione di vita e di morte restassero intatte le libertà individuali, anche quando sono per definizione relazionali (il contagio). Avevano previsto una stretta di disciplinamento, la sanitarizzazione delle masse, e la scongiuravano, secondo me a torto; ma avevano visto giusto».

Sbaglia chi vede un complotto planetario, ma sarebbe sbagliato, ammonisce Ferrara, non rilevare la novità del fenomeno e non riflettere sul suo significato: dobbiamo essere «consapevoli che sull'altare dell'emergenza...all'integrità e assolutezza delle nostre libertà abbiamo decisamente rinunciato». È un invito a prendere atto di una situazione dura e rischiosa; una presa di coscienza necessaria per «preservare il nucleo vivo della cultura e dell'esperienza di libertà civile dell'occidente democratico».

¹⁵ F. D'Agostini e M. Ferrera, *La verità al potere*, Torino 2019, p. 74.

¹⁶ *Op. ult. cit.*, p. 82

¹⁷ *Op. ult. cit.*, p. 77, 47.

¹⁸ J. Habermas, *Fra scienza e fede*, Roma-Bari, 2006, p. 47; P. Habermas, *Diritto e verità*, Torino, 2000.

¹⁹ M. Lynch, *La verità e i suoi nemici*, Milano, 2004, p. 228.

²⁰ H. Arendt, *Verità e politica*, Torino, 2003, p. 47.

²¹ In *Il foglio*, 7 settembre 2021.

Conoscenze sufficienti, *ethos atletico*, rispetto reciproco sono tra i presupposti sui quali lo Stato liberale poggia, senza poterli garantire²². La custodia della nostra cultura e dei nostri valori dipende (anche, non soltanto) dalla nostra capacità di pensare e di agire.

Fare i conti con la realtà del mondo può comportare, in situazioni difficili, l'accettazione di restrizioni *extra ordinem*. Anche di questo ci ammonisce l'esperienza della pandemia e del *lockdown*, mostrando l'esigenza di misure (di *compromessi*) emergenziali. E anche la necessità di una vigile attenzione contro rischi di 'normalizzazione' di compressioni di diritti.

Quanto alle possibili restrizioni di libertà, nell'alternativa fra l'obbligo formale di vaccinarsi ed il *green pass*, la strada meno obbligatoria – il *green pass* – è la più coerente con i principi di libertà. È una discriminazione? Sì, ma non illegittima, se e in quanto ragionevole²³, nell'ambito segnato dai principi di *proporzionalità e temporaneità*²⁴, e sorretta da paziente capacità discorsiva, di informazione e di dialogo con tutti. È una scelta emergenziale che tratta il *no-vax* (controfattualmente?) come un soggetto che dovrebbe essere razionale, e ne rispetta l'autoresponsabilità.

4. Fare i conti con l'inosservanza.

I problemi specifici del *law enforcement* penalistico hanno a che fare con condotte inosservanti, rotture gravi della legalità. «Nelle leggi ci sono nominate le bricconerie chiare, proprio come succedono; e per ciascheduna, il suo buon castigo». Sono parole che Manzoni, nel suo grande romanzo²⁵, mette in bocca a Renzo oratore improvvisato, vittima di un sopruso d'un prepotente. L'uomo del popolo che ha vissuto sulla sua pelle il fallimento della promessa di tutela, la finalità primaria della legge, si attende giustizia (riconoscimento del suo diritto; anche vendetta?) dal *buon castigo* dell'offensore.

L'applicazione della pena legalmente prevista è coerente con la logica dell'ordinamento; non è il fine del diritto *criminale*. «Contrariamente a quel che per lo più si ritiene, il senso delle norme è in prima istanza cognitivo e orientativo ... Certo, senza la sanzione non esiste legge, ma il fine della legge non è affatto la sanzione e i sistemi normativi altro non sono che dispositivi di relazione». Sono parole di un saggio filosofo²⁶, riportate in un recentissimo libro di un filosofo del diritto, intitolato alla *legge della fiducia*²⁷.

Non è un'impostazione nuova. Mi limito a citare un altro filosofo del diritto, da una riflessione negli anni di piombo: «il diritto non ha il fine generale di punire bensì quello di tradurre nel concreto della vita l'esigenza umana di ordine e di garantita libertà d'azione; e di fatto, in via principale esso regola e organizza la coesistenza, strutturando atti e rapporti umani nei modi della misura»²⁸.

Rispetto al fine primario del diritto criminale/penale (l'osservanza dei precetti, la prevenzione dei delitti) la punizione dei colpevoli appare un *meccanismo di ripiego*, successivo a una *defaillance* della deterrenza legale, inidoneo a *ripristinare il passato*²⁹. È un *farmakon*, medicina o veleno secondo i casi, le dosi e i modi di somministrazione.

Le teorie della pena sono modelli giustificativi di diverse politiche del diritto, non descrizioni della realtà. Fanno parte dell'apparato concettuale con il quale discutiamo i problemi di costruzione di un

²² È il c.d. teorema di E-W Böckenförde, *La nascita lo stato come processo di secolarizzazione*, traduzione in italiano in *Diritto e secolarizzazione*, Roma- Bari 2007, p. 53.

²³ Un esame di questi problemi in G. Corbellini e A. Mingardi, *La società chiusa in casa. La libertà dei moderni dopo la pandemia*, Venezia 2021.

²⁴ Con le parole di uno studioso che ha seguito passo per passo la vicenda: dovrebbe essere indicata una «soglia di rischio che siamo disposti a correre, raggiunta la quale dovrebbero essere gradualmente eliminate tutte le restrizioni e ripristinate le normali procedure di funzionamento di un paese democratico, anche con eventuali adattamenti quali una maggiore sorveglianza epidemiologica»: E. Bucci, in *Il foglio*, 16 ottobre 2021.

²⁵ *I promessi sposi*, cap. XIV.

²⁶ S. Natoli, *Il rischio di fidarsi*, Bologna 2016, p. 107.

²⁷ T. Greco, *La legge della fiducia. Alle radici del diritto*, Roma-Bari, ottobre 2021.

²⁸ S. Cotta, *Perché la violenza? Un'interpretazione filosofica*, Brescia, 1977, p. 125, cfr anche p. 173s. M. Nussbaum, *Rabbia e perdono*, Bologna 2017, p. 262-64.

diritto penale che vorrebbe essere giusto (retribuzione) e razionale rispetto a scopi di sicurezza o giustizia (prevenzione generale o speciale). La minaccia legale di sanzioni penali è una tecnica normativa finalizzata allo scopo primario: *ne peccetur*. Il castigo consegue all'inosservanza, *quia peccatum est*.

L'ideologia giuridica e il senso comune pensano al penale come a un'*impresa di giustizia*. Si tratta di una *tecnologia di potere*, una tecnologia normativa e operativa che fa parte delle risposte al *problema hobbesiano* della costruzione di una convivenza ordinata e sicura.

Gli effetti delle minacce legali di pena e delle pene eseguite in un dato tempo e luogo sono questioni di fatto; hanno a che fare con situazioni mutevoli, i criteri di valutazione sono incerti. La storia mostra quanto i poteri statuali siano stati e siano strumento di giustizia e/o di ingiustizie. La qualità di giustizia di un qualsivoglia ordinamento positivo non è affatto scontata: è un problema aperto sul piano del dover essere, e perciò è preferibile non assumerla nella definizione del diritto penale.

Il sistema penale, con i suoi precetti, concorre a definire equilibri fra autorità e libertà, e condizioni di funzionamento della società civile. Le moderne democrazie liberali - le società che storicamente hanno avuto successo e che riteniamo le migliori - si sono sviluppate in condizioni di equilibrio fra la società civile e lo Stato. Una società civile forte ha bisogno di un Leviatano *forte ma incatenato* da solide garanzie³⁰, capace di salvaguardare condizioni di fiducia reciproca.

5. Quali prospettive?

Quali lezioni possiamo trarre dall'esperienza della pandemia, per le politiche del diritto penale?

5.1. Di fronte all'emergenza sanitaria, nel contesto penalistico sono venute in discussione, da un lato richieste d'intervento relative a responsabilità di gestione, dall'altro lato richieste di *scudo*, cioè di protezione di fronte all'attivarsi della macchina del *law enforcement* su presupposti problematici in fatto e/o in diritto. Sono state date alcune risposte normative (discutibili e discusse), i problemi di fondo restano aperti.

Sono nate nel mondo di ieri, che la pandemia ha sconvolto, le politiche del *più penale*, di vario colore, che hanno segnato (in parte) la XVII legislatura, e vistosamente la prima fase di questa XVIII legislatura. L'esperienza della pandemia ha mostrato la necessità di voltare pagina.

Per la qualità della convivenza interessa il riconoscimento e la tutela dei diritti. Per la politica della giustizia – e dei diritti dei consociati – la giustizia punitiva fa parte di un quadro assai più ampio. *Società giusta* è una società che riconosce e assicura diritti, e doveri reciproci di uguale rispetto. È l'osservanza dei precetti, non la punizione degli inosservanti, l'obiettivo prioritario. La giustizia del convivere non è (non può essere) centrata sul punire.

I diritti che chiedono tutela non nascono dalla legge penale. Precedono e fondano l'esigenza di tutela, anche (eventualmente) penale. La costruzione di diritti passa attraverso altri strumenti giuridici, l'effettività dei diritti ha bisogno di radici nella concreta realtà sociale e culturale. I problemi dell'*enforcement penalistico* vengono dopo, là dove l'obiettivo primario non sia stato raggiunto.

5.2. L'alternativa al populismo del più penale può essere ricercata in un mutamento di paradigma, anche culturale: *spiazzare il penale dalla posizione di centralità nel discorso mediatico e politico*.

È una strada politicamente difficile. Delitti e vicende giudiziarie mettono in gioco sentimenti forti e risentimenti diffusi; nei *mass media* hanno uno spazio grandissimo, spesso preminente. Per la *politique politicienne* mostrare severità (crescente severità) è una politica idonea a coagulare consensi: un obiettivo legittimo e necessario nell'arena politica di democrazie liberali.

Per la politica alta si pone il problema di come costruire e presentare alternative alla centralità del penale, nel quadro di una ragionevole costruzione e difesa della legalità, senza compromettere la capacità di consenso politico.

³⁰ D. Acemoglu e A. Robinson, *The narrow corridor* - in traduzione italiana *La strettoia*, Milano 2020. Lo stretto corridoio in cui è possibile la fioritura della società è caratterizzato dall'equilibrio fra la società e lo Stato.

Sull'ambito e i confini del diritto criminale/penale – l'area coperta dai precetti, l'entità delle sanzioni – vi è spazio per politiche diverse, nel rispetto dei principi costituzionali. Nel cantiere di riforme che dovrebbero rispondere a problemi di funzionalità, interessano entrambi gli aspetti, precettivo e sanzionatorio.

Modelli ragionevoli e liberali portano in primo piano l'esigenza di un ragionevole sistema di precetti, e le condizioni dell'osservanza dei precetti. L'emergenza pandemia ha reso evidente che la sicurezza dal crimine è uno, non l'unico problema di sicurezza. Le vittime della pandemia sono molto più numerose delle vittime della criminalità. La sicurezza delle nostre vite ha bisogno di molte altre cose, prima e più che del *law enforcement penalistico*.

Certo, anche il profilo punitivo è un aspetto importante, sia per la politica alta sia per la necessaria ricerca di consenso politico. La diffusione e i successi del populismo penale (sul piano della *politique politicienne*) pongono problemi politici e operativi complessi. Il garantismo liberale fa parte delle risposte, della ricerca di una *giusta misura*.

Secondo la nota formulazione dantesca, il diritto è «*realis et personalis hominis ad hominem proportio, quae servata servat societatem, et corrupta corrumpit*»³¹. Non è una definizione (regola d'uso) del concetto di diritto, ma centra il problema fondamentale, la ricerca di una proporzione (relazione, misura) che *servata servat societatem*, in contrapposizione ad ordinamenti corrotti e corruttori. È (in linguaggio moderno) la tensione fra diritto positivo e giustizia: un problema che riguarda sia l'ordinamento normativo sia la sua attuazione.

La cultura giuridica ha la responsabilità di contribuire alla ricerca di soluzioni accettabili, anche con discorsi scomodi, di analisi e di proposta.

³¹ Dante, *Monarchia*, II, V.