



SOCIETÀ E DIRITTI - RIVISTA ELETTRONICA 2020 ANNO V N. 10.

# Fare, osservare o punire. L'importanza della disgiuntiva



2020 ANNO V NUMERO 10

di Carlo Sotis DOI: <https://doi.org/10.13130/2531-6710/14675>



Società e diritti - rivista elettronica anno 2020, V n. 10

## FARE, OSSERVARE O PUNIRE. L'IMPORTANZA DELLA DISGIUNTIVA

di Carlo Sotis

**Title:** *Doing, Observing or Punishing. The Importance of disjunctive "or"*

**Abstract:** The author presents his reflections on the repercussions on the penal system and the consolidated legal concepts in this area, developing the observations proposed during the study day dedicated to the "covid emergency between law and criminal trial" organised by the DiP LaP of the University of Verona.

**Keywords:** Criminal Law; Pandemic Emergency; Individual Rights.

**Riassunto:** L'autore presenta le proprie riflessioni intorno alle ripercussioni sul sistema penale ed i concetti giuridici consolidati in questo ambito, sviluppando le osservazioni proposte in occasione della giornata di studi dedicata al tema "emergenza covid tra diritto e processo penale" organizzato dal DiP LaP dell'Università di Verona.

**Parole chiave:** Diritto penale; Emergenza pandemica; Diritti individuali.

**Autore:** Carlo Sotis, Professore Associato di diritto penale nell'Università degli Studi della Tuscia.

**Articolo** soggetto a revisione tra pari a doppio cieco

**Articolo** ricevuto il 28 luglio 2020 approvato il 04 novembre 2020

1. Quest'anno tenere i corsi di diritto penale e di diritto penale progredito è stato assai più complesso, ma anche più semplice del solito. Più complesso perché, lo sappiamo bene, in video è una pena e si perdono tante cose: evitare l'effetto "imbuti da riempire", per citare la metafora, a suo modo geniale, della Ministra dell'Istruzione, è stato arduo; forse per inesperienza, ma netta è stata la sensazione, soprattutto all'inizio, di dovere lavorare il triplo per rendere un terzo. Però è stato anche più semplice quest'anno fare i corsi. Mai come con il *lockdown* i nostri studenti, come noi tutti, hanno «incontrato il diritto»,

per usare una bella espressione che mi ha suggerito Martina Galli: dalle funzioni della pena alla colpa, passando per la legalità e la causalità, la sensazione che ho avuto è che il senso di certi concetti fosse più afferrabile: vissuti sul proprio corpo sono passati più facilmente nel cuore e nella testa. Questa percezione si accompagna però ad un'altra, piuttosto paradossale: il diritto che si è “incontrato” sulla propria pelle è molto diverso, nelle sue premesse, da quello che si insegna. Se il diritto, segnatamente quello penale, è un universo che ha come sue tradizionali premesse l'individuo, la sua responsabilità personale e i suoi diritti di libertà (a partire dalle libertà negative), le premesse della c.d. “fase uno” sono *ragionevolmente*, ma *radicalmente*, diverse. Il baricentro della soggettività giuridica si sposta dalla dimensione dei diritti individuali a quella dei doveri collettivi; l'assunto della libertà della persona cede il passo a quello della intrinseca pericolosità e fragilità di *tutti* i corpi; la condotta individuale lascia il posto a quella della massa, o meglio a quella dell'individuo per i suoi effetti potenziali su quella della massa, sulla portata – lo dico sia in senso letterale che metaforico – “epidemica” che la condotta individuale potrebbe avere sulla massa. Ecco allora affiorare il nodo che probabilmente tradisce il disorientamento dei giuristi e dei penalisti in particolare.

2. Centralità della massa e dei doveri collettivi, intrinseca pericolosità dei corpi: un diritto con queste premesse non è per nulla inedito e sconosciuto. Anzi più che noto è famigerato, perché queste sono le premesse su cui poggiano gli ordinamenti autoritari, totalitari ed etici (Delmas-Marty, 1992, 166 s.). Il penalista si forma pensando queste premesse come quelle di un diritto costituzionalmente bandito, di un diritto di uno stato totalitario. Anzi, il primo compito del penalista e del suo richiamarsi all'umanesimo giuridico e al personalismo penale è proprio quello di combattere il totalitarismo alla radice, quindi sin dalle sue premesse: mostrandone la loro *falsità* ideologica e materiale. Così quando un penalista vede queste premesse ha un immediato “riflesso pavloviano” di repulsione e di resistenza. Il problema tuttavia è che in questa tragedia collettiva che stiamo vivendo queste premesse sono scientificamente fondate su dati di realtà, sono cioè *vere*; ed il diritto prodotto su di esse è necessario. Da qui la difficoltà della sfida giuridica e culturale di comprendere come approcciarsi e valutare un diritto che poggia su premesse per un verso che siamo abituati a legare indissolubilmente a modelli autoritari, ma per altro verso che in questa eccezionale emergenza si presentano invece come *fondate* e *ragionevoli*, e in cui le misure normative previste per fronteggiarla appaiono come *necessarie*. E questa difficoltà dalle premesse si ripresenta a più riprese.

Si pensi, per richiamare un primo campo di osservazione, ai rapporti tra morale e diritto. Gli intrecci e le separazioni tra diritto e morale avvengono presupponendo comunque che la morale si sedimenti in regole sociali plasmate dal tempo e dall'esperienza. Qui invece nell'arco di pochi giorni urgeva fissare come doveroso un comportamento tradizionalmente considerato bizzarro (stare chiusi in casa, non avvicinarsi) e come deviante un comportamento normale e molto sedimentato (stringersi la mano, stare assieme, condividere spazi). Il diritto, quindi, più che comprendere come rapportarsi alla morale ha costituito uno dei reagenti con cui produrre una nuova *moralità necessaria*. Si pensi ad un gesto semplice ed antico come darsi la mano: nello spazio di pochissimo tempo una regola sociale sedimentata è stata sostituita da nuove regole sociali. Si è dovuto procedere ad una gigantesca opera di traghettamento sociale: fare avvertire come normale e civile ciò che era considerato deviante e incivile e al contempo segnare come deviante e incivile ciò che era considerato normale e civile. Un doppio traghettamento sociale, si badi, avvertito come urgente, ragionevole e necessario praticamente da chiunque.

3. Però questa forgiatura di regole sociali avviene anche battendo con il martello del diritto sanzionatorio, ed è qui che quel nodo si fa particolarmente delicato. Il diritto punitivo è infatti doverosamente afflitto dalla domanda sul "perché punire" ed è anzitutto nella risposta a questa domanda che trova la sua legittimazione. Una risposta che trova le sue coordinate, e con esse quindi la meritevolezza di un'opzione punitiva, come sappiamo bene, nell'importanza degli interessi in gioco e nel grado di offesa. Nel "diritto del lockdown", come abbiamo visto tutti, la scala di meritevolezza sembra invece ragionare in modo parzialmente diverso, perché, come dicevo, sono diverse le premesse. Facciamo un esempio. Il castello di regole della "fase uno" aveva come scopo essenziale quello di garantire l'osservanza: di fare capire ai moltissimi che osservano le regole di essere nel giusto. Perché lo scopo primario era appunto di fabbricare una nuova moralità necessaria, che è l'impasto essenziale che possa sorreggere l'osservanza. E se questo è lo scopo, il diritto punitivo chiamato a realizzarlo cambia pelle perché in questa prospettiva la sanzione ad una violazione non sarà meritevole solo in proporzione della intrinseca rischiosità di questa rispetto alla trasmissione del virus, ma in proporzione della sua capacità di destabilizzare le aspettative di chi invece le regole le rispetta. Si comprende allora perché l'indignazione collettiva era paradigmatica nei confronti di chi faceva *jogging* o andava in spiaggia a prendere il sole, magari da solo; una condotta di

per sé dal rischio virale estremamente basso, ma al contempo una condotta particolarmente visibile e destabilizzante della percezione di essere nel giusto da parte di chi invece restava chiuso in casa. Si comprende (forse) in questa logica perché l'illecito amministrativo introdotto dagli artt. 1 e 4 del d.l. 19 del 2020 mette assieme, sotto una unica cornice sanzionatoria da 400 a 3000 euro (poi ulteriormente assottigliata da 400 a 1000 euro dalla l. di conversione n. 35 del 22 maggio 2020), violazioni completamente diverse dal punto di vista del rischio virale (dall'organizzare un *rave party* a passeggiare da soli un poco troppo lontano da casa), ma evidentemente accostabili proprio in punto di destabilizzazione delle aspettative di chi osservava le regole. Un modello insomma di prevenzione generale positiva integratrice (Paliero, 1992, 854 s.) che è un modello, prima del Covid, tipico del diritto punitivo di uno Stato etico. Ma qui quelle premesse sono fondate e quindi non si può più automaticamente sostenere che questo modello dell'osservanza di per sé ci porti verso uno Stato etico.

4. I dubbi su come approcciarsi a questo sono molti. Una cosa però, a mio avviso, è certa: un modello dell'osservanza che edifica un castello di regole che hanno come obiettivo primario di confermare a chi rispetta le norme di essere nel giusto è costituzionalmente sopportabile a condizione che *non assuma tratti repressivi*. In altre parole, se la sua componente afflittiva, *de iure* e *de facto*, resta del tutto marginale. Paradigma dell'osservanza e repressione penale si pongono quindi – *sempre* – anche in una eccezionale emergenza, *in relazione inversa*. Se assumiamo anche questa come premessa la prospettiva (almeno in parte) cambia. Pensiamo in particolare a due norme, tra le più criticate e derise dalla stampa e anche da parte di molti giuristi, ma che, a mio del tutto personale avviso, si giustificano se vengono lette al netto di una sintassi repressiva. Mi riferisco alla Circolare Ministero degli Interni 31 marzo 2020 “Misure urgenti in materia di contenimento e gestione dell'emergenza epidemiologica da COVID-19, applicabili sull'intero territorio nazionale. Divieto di assembramento e spostamenti di persone fisiche. Chiarimenti” in cui si afferma che è possibile per un solo genitore alla volta passeggiare con i propri figli «in prossimità della propria *abitazione*» e alla locuzione “*congiunti*” dell'art. 1 lett. a) del DPCM del 26 aprile 2020 con cui si allargava anche a questi lo spettro di persone che poteva considerarsi necessario, e quindi giustificato, andare a fare visita (sempre ovviamente nel rispetto delle norme di distanziamento e portando le mascherine). Sono disposizioni assolutamente indeterminate se le leggiamo con gli occhiali della responsabilità punitiva, se le

osserviamo però con le lenti della responsabilità sociale io credo invece non siano così imprecise. Anzi, ci trasmettono a mio avviso un messaggio chiaro: sapete voi chi vi è congiunto, ciò che è importante è che cercate di ridurre al minimo necessario i vostri contatti sociali; tracciate voi il perimetro delle vostre passeggiate, ma non andate in giro per ore per la città, perché se iniziamo a farlo tutti ci si rende conto degli effetti sulla trasmissione del virus (varie assonanze in Tripodi 2020). E sono regole, si badi, che hanno funzionato, perché il tasso di osservanza (il loro scopo) è stato altissimo. È evidente che, tranne in caso violazione macroscopica, sono norme non accertabili nella loro violazione, e quindi *non* sanzionabili (Greco 2020). Ma non sono illiberali per il fatto di essere non accertabili, lo sono se si pretende di garantirne l'osservanza mediante pena, cioè con il linguaggio della repressione. Possono esserci norme giuridiche non accertabili, l'importante è che sia chiaro che, almeno *de facto*, non sono sanzionabili ma restano giuridiche e che facciano leva sulla responsabilità sociale e sull'assunto che i destinatari siano persone adulte e ragionevoli. Ciò che è davvero inconciliabile con il paradigma dell'osservanza è quindi il paternalismo: questo sì, porterebbe dritto nello stato etico in cui diritto e morale finiscono per confondersi totalmente.

5. Queste sensazioni, come dicevo, mi lasciano con tanti interrogativi, anche su quali siano le domande giuste da porsi. Mi consegnano però una solida certezza: queste premesse, così lontane da quelle che disegnano il volto costituzionale del diritto penale sono fondate, ragionevoli e necessarie a fronte di questa eccezionale emergenza, ma restano comunque premesse non conciliabili con il diritto punitivo. Divenendo centrale la dimensione dell'osservanza, quella del punire deve restare ai margini (Pulitanò 2020). Di più: è stato sotto gli occhi di tutti come il diritto penale ha mostrato di essere più problema da gestire che strumento di gestione. Si pensi alla questione delle rivolte nelle carceri (Gatta 2020 a) e alla introduzione con il d.l. n. 6 del 2020 e immediata abrogazione con il d.l. 19 del 2020 della contravvenzione equiparata *quoad poenam* all'art. 650 del codice penale (Gatta 2020 b). E questo si badi vale anche per "il dopo" cioè per la gestione della gestione del *lockdown*. Non è forse un caso allora, per riprendere quanto accennavo all'inizio, che i due concetti che più di tutti ho avuto quest'anno facilità a spiegare agli studenti dei miei corsi sono quelli della perniciosità della regola del senno di poi nella costruzione dell'imputazione colposa e del nostro bisogno collettivo di trovare un capro espiatorio su cui scaricare il nostro senso di impotenza e di angoscia (Palazzo 2020). In questa eccezionale emergenza è stato

ragionevole e necessario fare appello ai doveri collettivi, presumere la pericolosità dei corpi e non la libertà, soggettivizzare la massa, adottare misure temporanee; doveroso e necessario diviene però maneggiare con ancor più estrema cautela il diritto penale. Fare osservare o punire. La disgiuntiva ci vuole.

### Riferimenti Bibliografici

Delmas-Marty M. (1992), *Les grands systèmes de politique criminelle*, Puf. Paris.

[Gatta G. \(2020 a\), Carcere e coronavirus: che fare? in Sistema penale.](#)

[Gatta G \(2020 b\), 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 Sistema Penale.](#)

[Greco T. \(2020\), La responsabilità dentro il diritto, Questione Giustizia.](#)

[PALAZZO F. \(2020\), Pandemia e responsabilità colposa in Sistema penale.](#)

Paliero C.E. (1992), *Consenso Sociale e diritto penale* in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 1992, 849 s. [Pulitanò](#)

[D. \(2020\), Lezioni dell'emergenza e riflessioni sul dopo. Su diritto e giustizia penale in Sistema Penale.](#)

Tripodi A. F. (2020), *Il controllo del contagio nella prospettiva penalistica ovvero il diritto penale emergenziale in assenza di un nemico visibile - 14 maggio Unimc (webinar)* in Calzolaio E., Meccarelli M. (cur.), *Il diritto al tempo della pandemia*, EUM 2020 ebook in corso di pubblicazione.