

NF

NAPOLETANO FICCO & PARTNERS

AVVOCATI PENALISTI

GENESI ED ESTINZIONE DELLA NORMA PENALE
Riflessioni a margine dell'emergenza epidemiologica del
Coronavirus in Italia

di Prof. Avv. Enrico Napoletano

[31/03/2020]

Questo susseguirsi di norme, dapprima ministeriali poi emergenziali, che hanno incriminato condotte per poi depenalizzarle subito dopo, ancorché dettate dalla concitazione della consapevole incapacità di fronteggiare un nemico spietato quale il Coronavirus, mi ha riportato alla mente una metafora dell'Illustre Maestro, FRANCESCO CARNELUTTI: *“si può affermare che il sistema penale è venuto su negli ultimi decenni come un insieme di piante selvatiche cresciute fuori dal controllo e dal recinto dei giardinieri del diritto penale. Ed il difetto di coltivazione scientifica si è avvertito sia a livello di legislazione sia a livello di applicazione sia nella sua esperienza complessiva”*.

La metafora carneluttiana indica chiaramente lo “stato di salute” attuale – o meglio, lo stato di crisi – che vive ormai da oltre un ventennio il **sistema penale sostanziale**, ad ogni suo livello: innanzitutto, a livello di **genesi della fattispecie penale incriminatrice**, cioè nel momento in cui si dovrebbe, con la maggiore **razionalità** possibile, con la più attenta **ponderazione degli interessi generali** in gioco e con un'accurata **analisi criminologica**, decidere ciò che possiede un disvalore penale da ciò che invece non lo possiede, e calibrare un'adeguata sanzione penale che sia proporzionata e rieducativa e mai punitiva.

La nascita di una nuova norma penale, dunque, non è frutto del caso e giammai può essere dettata da un accadimento emergenziale o da spinte populiste. Essa costituisce l'accadimento più importante in un ordinamento giuridico democratico per il suo oggettivo significato di introduzione nel tessuto sociale di una **nuova regola di comportamento per i consociati alla cui violazione scatta la sanzione penale**.

La genesi di una nuova fattispecie penale incriminatrice, quindi, non è per sua stessa definizione un potere che può essere rimesso nelle mani di pochi governanti. ANSELM FEUERBACH, illustre criminalista tedesco dei primi anni dell'Ottocento, sintetizza il fondamento politico del **principio di legalità** nella nota formula latina *nulla poena sine lege* e la raccorda concettualmente con il problema del fondamento della pena, ravvisato nelle finalità cui la sanzione penale è chiamata ad

esercitare: di **prevenzione generale**, in quanto se la minaccia della sanzione penale deve funzionare da deterrente psicologico nel distogliere la generalità dei consociati dal commettere reati, allora, è necessario che i cittadini conoscano prima quali sono i fatti, la cui realizzazione comporta l'inflizione della sanzione; di **prevenzione speciale**, in quanto la concreta inflizione della pena deve impedire che il singolo autore del reato torni nuovamente a delinquere. La migliore riprova del fondamento politico del principio di legalità è data dall'espresso riconoscimento a norma di rango Costituzionale, laddove l'**art. 25, comma 2** è previsto che *"Nessuno può essere punito se non in forza di una Legge che sia entrata in vigore prima del fatto commesso"*, declinato dall'**art. 1 del codice penale** nella specificazione che *"Nessuno può essere punito per un fatto che non sia espressamente preveduto come reato dalla Legge, né con pene che non siano da essa stabilite"*.

È, dunque, demandato alla Legge e soltanto ad essa il potere di legiferare in materia penale nelle forme e nei modi previsti nella Sezione II della nostra carta costituzionale, rubricata "La formazione delle Leggi". È secondo queste regole costituzionali che va discussa la **rilevanza** pubblicistica di un **nuovo intervento penalistico**, misurato, solitamente, dagli **effetti** che esso **produce** nella **sfera del singolo**: se, poi, il ricorso alla sanzione penale coinvolge il bene fondamentale della **libertà personale**, allora se ne deve dedurre che ci troviamo di fronte alla necessità di **interventi normativi indispensabili** per la **ordinaria e pacifica convivenza sociale**. Sicché, proprio questa esclusiva peculiarità di aggressione del bene della libertà personale rende il processo genetico della norma penale assai delicato perché si tratta di individuare i fattori che legittimano l'uso della potestà punitiva dello Stato. E non v'è dubbio alcuno che la creazione di una fattispecie criminosa non può che perseguire come scopo la realizzazione degli obiettivi di prevenzione propri del diritto penale. Diventa così indispensabile saggiare il processo genetico della fattispecie sul metro della conformità allo scopo di un diritto penale di uno Stato democratico di diritto, così come risulta dalle scelte contenute nella Costituzione.

In uno Stato democratico di diritto, laico e secolarizzato il diritto penale può tutelare esclusivamente i comportamenti dannosi socialmente e non anche quelli eticamente rimproverabili.

La creazione di una fattispecie penale presupporne, allora, l'individuazione di un **bene giuridico da proteggere**, appartenente ai singoli o alla collettività, tale da attivare la **funzione propria del diritto penale** quale **mezzo di mantenimento di una pacifica convivenza della comunità statale**.

Una legislazione penale che possa dirsi davvero **razionale** e **orientata** allo **scopo** deve quindi valutare, innanzitutto, l'effettiva **dannosità sociale** dei **comportamenti** che si intendono criminalizzare: occorre, quindi, pesare il disvalore penale di questi comportamenti ricorrendo a valutazioni empiriche che tengano conto degli interessi sottostanti, valutando i rapporti di forza tra diverse istanze sociali, l'impatto sulle strutture economiche e sui meccanismi di produzione, tenendo conto dei punti di vista dell'opinione pubblica e valutando la scelta anche in termini di costo-beneficio. A valle di questa **valutazione politico-criminale**, le forze politiche dovranno legiferare rispettando i canoni essenziali a fondamento del ricorso alla **sanzione penale**, e precisamente:

- a) il ricorso allo strumento penale, in considerazione del carattere afflittivo delle sue sanzioni, dovrà costituire l'*extrema ratio* e avvenire soltanto quando le altre tecniche di tutela previste dall'ordinamento giuridico, siano esse di natura civile, amministrativa ecc., risultino insufficienti o inefficaci a tutelare il bene aggredito dal comportamento sociale esaminato (**principio della sussidiarietà**);
- b) l'intervento penale dovrà essere limitato soltanto ai casi di lesione di quei beni e quegli interessi meritevole di protezione, in quanto necessari per la convivenza sociale, e da particolari modalità di aggressione al bene tutelato (**principio di frammentarietà**);

- c) la sanzione penale dovrà essere proporzionata alla gravità del fatto: sul piano della prevenzione generale, la minaccia di una pena eccessivamente severa, o comunque sproporzionata, potrebbe suscitare sentimenti di insofferenza nel potenziale trasgressore e alterare nei consociati la percezione di quella corretta scala di valori che dovrebbe riflettersi nel rapporto tra i singoli reati e le sanzioni corrispondenti; sul piano della prevenzione speciale, ispirata al modello della rieducazione, sarà necessario che un trattamento rieducativo correttamente inteso presupponga che il destinatario si renda consapevole del torto commesso ed avverta come giusta e proporzionata la sanzione che gli viene inflitta. In ciò si esplica la proporzionalità tra fatto e sanzione (**principio di proporzionalità**);
- d) in ultimo, la sanzione penale dovrà scattare non in presenza di qualsivoglia attacco ma solo nei casi in cui l'aggressione al bene giuridico degno di protezione raggiunga un tale livello di gravità da risultare intollerabile (**principio della meritevolezza di pena**).

Ne consegue che, per effetto di queste valutazioni, il **diritto penale di uno Stato di diritto** dovrebbe essere **razionale, minimo ed effettivo**: in altre e più precise parole, *l'extrema ratio dell'intervento statale sui diritti di libertà del singolo cittadino, garantiti dalla nostra carta costituzionale.*

Le cose, però, non sono andate secondo le aspettative.

La prassi della legislazione ha imboccato altri percorsi e seguito altri metodi, sollecitata non solo da bisogni contingenti ma anche da differenti ideologie che stanno portando al ribaltamento della finalità propria del diritto penale. Basti pensare alla tecnica di legiferazione da ultimo adottata dal Governo, ancorché giustificata dalla dichiarazione dello stato d'emergenza: dapprima, con Decreto della Presidenza del Consiglio dei Ministri – una fonte del diritto di rango subordinato alla Legge – per individuare una serie di comportamenti ritenuti socialmente pericolosi per la “salute pubblica” alla cui violazione

è stata prevista la sanzione penale della fattispecie contravvenzionale di cui all'art. 650 del codice penale; poi, con un Decreto Legge – fonte del diritto di rango primario – per depenalizzare quei comportamenti e trasformarli tutti in illeciti amministrativi (ai sensi della Legge 24 novembre 1981, n. 689 – vieppiù con efficacia retroattiva.

Quali siano le ragioni di questa “nuova moda” di legiferazione penalistica non è dato sapere. Ad ogni modo, non è soltanto l'assenza di scelte razionali fondate da un punto di vista costituzionale e politico-criminale a costituire fattore di inquietudine; quanto rappresentato costituisce un chiaro esempio di disgregazione della legalità costituzionale che va ad aggravare pesantemente la prassi legislativa in materia già esistente di ricorrere al Decreto delegato governativo. Una tecnica, questa, che oltre a violare i canoni di legiferazione in materia penale, viola il principio di legalità sancito all'art. 25 della Costituzione italiana, declinato a livello penale nell'art. 1 del codice e, a livello amministrativo, all'art. 1 della richiamata Legge n. 689/1981.

Nel momento in cui attraverso le arterie e le vene del sistema penale sono passate le esigenze contingenti emergenziali delle necessità sociali, sono state contestualmente spazzate via le valutazioni di fondo – in termini di *extrema ratio*, sussidiarietà, meritevolezza della pena, proporzionalità, rieducazione ecc. – che connotano il volto di un diritto penale Costituzionalmente orientato secondo beni giuridici meritevoli di protezione. A nulla valgono le giustificazioni dello stato di emergenza epidemiologica perché l'**art. 16 della Costituzione** statuisce che *“Ogni cittadino può circolare e soggiornare liberamente in qualsiasi parte del territorio nazionale, salvo le limitazioni che la Legge stabilisce in via generale per motivi di sanità o di sicurezza”*; la Legge, dunque, ha questo potere limitativo delle libertà personali di ciascun cittadino e non Decreti della Presidenza del Consiglio dei Ministri.

L'effetto cui assistiamo è **la violazione del principio fondamentale, tipico di uno Stato di diritto, della competenza**

esclusiva del potere legislativo nella configurazione dei fatti di reato.

Una rottura della legalità costituzionale che dal punto di vista istituzionale non solo non può essere condivisa, ma neppure può, in qualche maniera, essere giustificata. L'assolutezza della riserva di legge è il perfetto pendant dell'assolutezza del bene della libertà personale minacciato dalla sanzione penale: nessuna deroga è ammessa.

Non a caso, qualche anno addietro, VINCENZO CAIANELLO, Presidente emerito della Corte Costituzionale, commentando il progetto di riforma del codice penale, elaborato dalla Commissione Grosso, osservava che *“nel nostro attuale sistema politico un nuovo codice penale, il codice che incide sulle libertà, se proprio si riteneva di farlo, può scriverlo soltanto il Parlamento, perché in regime democratico, la scelta delle incriminazioni e della misura delle pene deve avvenire nel confronto di tutti”*. Nella stessa circostanza, l'illustre Maestro del diritto penale, ENZO MUSCO, precisava che *“un codice penale non può che essere preparato dall'insieme di tutte le forze culturali presenti nel Paese, molte delle quali assenti, per scelta politica, nella commissione governativa. Un codice penale deve rappresentare una sintesi delle varie culture presenti nel Paese e rappresentare la più alta delle mediazioni politiche, data la sua assoluta centralità per l'intera vita democratica di una società organizzata a Stato”*.

Gli illustri Maestri, nelle loro dichiarazioni, indicavano la strada da battere per costruire norme penali condivise e dotate di **credibilità razionale**, rifacendosi al metodo di legiferare per determinare l'**estinzione di una norma penale**.

L'**art. 79** della Costituzione italiana stabilisce che l'**amnistia** e l'**indulto** sono concessi *“con Legge deliberata a maggioranza dei due terzi dei componenti di ciascuna Camera, in ogni suo articolo e nella votazione finale”*, diversamente dall'approvazione di una qualunque altra Legge dello stato per la genesi di una nuova norma penale.

Dunque, da un lato, l'art. 79 riconduce al Parlamento l'indicazione dei reati da estinguere e, dall'altro lato, introduce un significativo vincolo deliberativo (la maggioranza qualificata) per l'approvazione sia della Legge nel suo complesso sia dei singoli articoli che la compone.

Un *quorum* deliberativo così elevato impone necessariamente un confronto parlamentare alto e un consenso altrettanto elevato, non dominato dai rapporti numerici di forza politica ma dalla sola razionalità e dalla forza delle proprie argomentazioni. Se esiste, allora, un filo conduttore tra **genesi ed estinzione della norma penale, perché allora non richiedere, anche per la fase genetica di una nuova fattispecie penale incriminatrice le stesse garanzie deliberative previste costituzionalmente per i fatti estintivi di un reato?**

In fin dei conti, dietro quel vincolo così rigoroso altro non c'è se non l'esigenza esplicita di voler sottrarre al potere della maggioranza parlamentare scelte di valore che coinvolgono l'intero assetto sociale.

Non a caso, i grandi pensatori illuministi dell'Ottocento solevano definire **il codice penale come "lo specchio della civiltà di un popolo"**, ma è evidente che oggi siamo ben lontani dal poterci fregiare – ancora – di questo paragone.

Enrico Napoletano

Avvocato penalista del Foro di Roma
Professore a contratto di Diritto Penale
All'Università degli Studi di Roma "Tor Vergata"