

CONFRONTO DI IDEE

DAVID BRUNELLI

Limitatori della penalità: dall'abuso d'ufficio alla gestione datoriale del rischio covid-19

1. Al “mercato della penalità”, magistralmente descritto da Carlo Enrico Paliero, un settore specifico e un po' in controtendenza è quello dedicato ai “limitatori” della penalità. Li vengono forgiati congegni legislativi chiamati a funzionare da argine ai ben più diffusi ed evoluti “propulsori”, come si sa alimentati da fattori di mercato non sempre controllabili, spesso agevolati da formulazioni imperfette delle norme, sprigionati da clausole generali di incriminazioni, in grado di soddisfare e contemporaneamente ingigantire la domanda di pena.

Nell'immaginario popolare, che rappresenta l'interlocutore privilegiato del decisore politico, il limitatore della penalità non avrebbe soltanto il compito di mettere un freno alla pena nei casi indesiderati, ma prima ancora di scongiurare il processo; bonificare il terreno di coltura della pretesa punitiva e porre una volta per tutte al riparo i malcapitati, altrimenti esposti alle devastanti dinamiche comunicative delle indagini in corso, talvolta riconducibili a iniziative giudiziarie basate sulla retorica dell'“atto dovuto”.

Naturalmente un siffatto prodotto appartiene solo al mondo dell'immaginario, poiché - come è emerso in tema di legittima difesa domiciliare - l'immunità dal processo è un privilegio nei fatti irrealizzabile e in linea di principio neppure auspicabile in uno Stato di diritto. Si tratterebbe, perciò, non tanto di pensare ad una immunizzazione dal processo, quanto piuttosto di apprestare una neutralizzazione dei suoi effetti collaterali (quasi sempre però principali), oltre che l'improcrastinabile potatura dei suoi tempi e delle sue elefantache cadenze.

Per esempio, a nulla vale scrivere nella norma che la pena è «sempre» esclusa nei casi elencati (cfr. art. 52, comma 2, c.p.), enfatizzando così il comando legislativo, perché qualcuno dovrà pur sempre stabilire se appunto nella specie ricorre uno di questi casi e l'incaricato non può essere altri che un giudice all'interno di un processo.

A dispetto delle aspettative del popolo, ci si deve dunque accontentare di limitatori della (sola) pena, efficaci, prima ancora che sulla vicenda in concreto, sulla pena minacciata in astratto.

Il mercato italiano, ai tempi grami della pandemia, ne ha sfornato improvvisamente un esemplare, chiamato ad operare in un territorio ad alta sensibilità

politica come “di rinforzo” rispetto a un risalente prodotto dimostratosi però nel tempo palesemente poco efficace. L’operazione è consistita non già nella creazione di uno “scudo penale” o altre simili diavolerie, ma nel riscrivere la norma penale incriminatrice in un senso esemplarmente restrittivo, con una gemmazione dalla vecchia fattispecie di una nuova “sotto-fattispecie”, apparentemente molto più limitata. Si tratta della sforbiciata che nella primavera del 2020 il legislatore ha inferto alla “abusata” figura dell’abuso d’ufficio (art. 323 c.p.), con il chiaro intento di imporre un “limitatore” alla frenesia esibita soprattutto dai pubblici ministeri, nella materia rovente del controllo giudiziale dell’azione e dei comportamenti politico-amministrativi; di tracciare un argine al dilagare di inchieste giudiziarie in grado di distruggere sin dai loro primi passi esperienze anche consolidate ed apprezzate di amministratori pubblici, quando poi le risposte definitive – più che altro assolutorie – arrivano dopo anni, fuori tempo massimo per chi vi avrebbe interesse.

L’intervento legislativo è già stato ampiamente commentato in dottrina, secondo vari approcci e differenziate cadenze argomentative, anche con toni apocalittici e facile sarcasmo. La giurisprudenza della Cassazione, dopo il primo momento di sconcerto, ha già dettato la linea: “il diavolo fa le pentole ma non i coperchi!”, sicché quasi nulla è cambiato anche se poteva sembrare il contrario. Nessuna apocalisse, basta aguzzare l’ingegno.

Un secondo ‘limitatore’, di cui ancora si attende l’impatto concreto, è rappresentato dalla regola ex art. 29-bis d.l. 23/2020, riguardante la gestione del rischio-trasmissione SARS-CoV-2 da parte del datore di lavoro; qui, all’evidenza, l’intento – altrettanto e forse più ambizioso – starebbe nell’atrofizzare l’operatività della clausola ex art. 2087 c.c. nel campo della responsabilità punitivo-penale da contagio: circoscrivendo la colpa penale alla violazione di regole preconfezionate, e chiudendo ogni spazio alla colpa generica, che, come purtroppo noto, s’appoggia da sempre sulla *Generalklausel* civilistica.

Si tratta di programma – stavolta – senz’altro onorevole e costituzionalmente doveroso, specie considerando le inedite peculiarità del nuovo patogeno; ma chissà se, e fino a quale segno, la magistratura sarà disposta ad invertire una – criticabile e criticata – tendenza pluridecennale, riconducendo la pretesa normativa a misura delle reali possibilità di intervento di singoli ed enti.

Certo è, comunque, che chi sin d’ora liquida la norma alla stregua di un mero *caveat* pedagogico, come tale privo di reale portata disciplinare, non rende un buon servizio alla causa.

2. Il confronto di idee che apriamo non riguarda tanto la puntualizzazione delle varie opinioni espresse sulla portata delle riforme, se davvero si tratti di un azzeramento della penalità o se, al contrario, tutto rimane come prima. Naturalmente è anche utile ragionare su questo registro, catalogando opinioni e casistica; ma gli *affaires* dell'abuso d'ufficio e della responsabilità datoriale da contagio vogliono essere qui presi a paradigma di un tema più generale che riguarda le performance e la "legittimazione" della legge come fattore esclusivo del diritto positivo nella materia penale, anche nel delicato campo dei limitatori della penalità, soprattutto in una contingenza storica in cui il rapporto "istituzionale" tra il legislatore e il giudice è in forte tensione, e in cui, annoverato come fisiologico un ruolo "legislativo" del giudice, la dimensione "operativa" sperimenta ora casi in cui è invece il legislatore a pretendere di vestire i panni del giudice.

Nelle vicende paradigmatiche qui selezionate, a fronte di una ravvisata e diffusa portata espansiva del bisogno di pena e di intervento penale, la politica penale - per una volta! - manifesta indisponibilità e "ritrae" dal mercato la sua offerta, ricalibrandone i confini, quasi instaurando una sorta di polemica con il giudice, reo di essersi spinto ben oltre quelli precedentemente tracciati. In un caso del genere quali margini di "tenuta" possiamo ancora attribuire alla legge e alla pretesa che essa veicola?

E d'altro lato, può il giudice prendersi gioco del legislatore al punto da liquidare con un'alzata di spalle la portata del congegnato limitatore, dimostrando che il vuoto di tutela e di pena che si determinerebbe a seguire alla lettera il comando legale si porrebbe contro la storia e la geografia del diritto penale, contro la logica, contro il buon senso, magari tacciando il legislatore di aver agito in "conflitto d'interessi", perché coinvolto dal funzionamento del limitatore?

Il giudice non riesce a farsi bocca di una legge che non gli piace, sulla quale ritiene non vi sia consenso sociale perché la sua applicazione genera mostri di impunità; e allora evoca scenari giusnaturalistici di ribellione, pescando nell'imperscrutabile magazzino delle risorse interpretative brandelli di argomentazione a cui ancorare la zattera di una soluzione "giusta ed equa".

Non si tratta di discutere se l'operazione sia ammissibile, ma di capire la causa di una simile frattura e di riflettere sulle sue conseguenze. Fatta la diagnosi, ci sarebbe poi da predisporre la terapia, ma qui la prospettiva appare chimerica e forse la miglior cosa rimane una sana dose di realismo.