



**UNIVERSITÀ DEGLI STUDI “MEDITERRANEA”
DI REGGIO CALABRIA**

DIPARTIMENTO DI GIURISPRUDENZA, ECONOMIA E SCIENZE UMANE
DOTTORATO DI RICERCA IN “DIRITTO ED ECONOMIA”

XXXIV CICLO

SETTORE SCIENTIFICO - DISCIPLINARE: IUS/17 DIRITTO PENALE

**PROFILI DI RESPONSABILITÀ PENALE
NELLA DIFFUSIONE DEL CONTAGIO DA COVID-19**

Tesi di dottorato del:
Dott. Luigi CAPRIELLO

Relatore:
Chiar.mo Prof. Vincenzo Nico D'ASCOLA

Coordinatore:
Chiar.mo Prof. Attilio GORASSINI

ANNO ACCADEMICO 2020/2021

*I flagelli, invero, sono una cosa comune,
ma si crede difficilmente ai flagelli quando ti piombano sulla testa.
Nel mondo ci sono state, in egual numero, pestilenze e guerre;
e tuttavia pestilenze e guerre colgono gli uomini sempre impreparati.*

Albert Camus, *La peste*, 1947

INDICE

Introduzione..... p. VII

PARTE I

Emergenza e diritto penale

Capitolo I – Il difficile inquadramento giuridico del fenomeno emergenziale: stato d’eccezione e legislazione dell’emergenza

1. Una necessaria premessa metodologica..... p. 1
2. L’alterazione della “regolarità” giuridica e il “paradosso dell’emergenza”.... p. 5
3. Il ricorso allo “stato di eccezione” quale strumento di neutralizzazione del fenomeno emergenziale. Categorie e modelli di relazione tra poteri straordinari e ordinario assetto di competenze..... p. 11
4. Poteri straordinari e tutela dei principi fondamentali. Il rispetto del rapporto di gerarchia tra le fonti quale baluardo contro lo “sconfinamento”..... p. 18
5. Lacuna normativa o consapevole scelta legislativa? La disciplina dello stato di eccezione nell’ordinamento italiano e in alcuni Paesi europei..... p. 22
6. La caratterizzazione penalistica dello stato d’eccezione: l’esperazione della componente simbolica del diritto penale..... p. 31
7. La condizione di frammentarietà del potere sovrano nelle situazioni di emergenza a garanzia della salvaguardia della suddivisione dei poteri e della tutela dei diritti fondamentali..... p. 36
8. La prospettazione di esigenze di tutela dell’ordine pubblico quale fondamento giustificativo della legislazione in deroga..... p. 41

Capitolo II – La convulsa produzione normativa emergenziale e il diritto penale dell’emergenza pandemica

1. La diffusione dell’epidemia da Covid-19..... p. 46
2. La tipologia di emergenza costituita dalla diffusione pandemica del Covid-19..... p. 48

3. L'impossibile individuazione di un nemico e la necessaria trasformazione dello schema normativo tipico della legislazione penale emergenziale..... p. 55
4. La definizione multilivello della disciplina di contrasto dell'emergenza sanitaria tra censure di incostituzionalità ed esigenze di razionalizzazione..... p. 58
 - 4.1. I provvedimenti statali..... p. 61
 - 4.2. I provvedimenti regionali e locali..... p. 65
5. L'evoluzione del fenomeno emergenziale tra la manifestazione di esigenze di natura epidemica e la formazione di un diritto dell'epidemia..... p. 69
 - 5.1. Decreto-legge 23 febbraio 2020, n. 6..... p. 72
 - 5.2. Decreto-legge 25 marzo 2020, n. 19..... p. 75
 - 5.3. Decreto-legge 16 maggio 2020, n. 33..... p. 86
6. Violazione della quarantena obbligatoria: il giudizio di offensività in concreto quale necessario criterio di delimitazione del fatto tipico..... p. 94

PARTE II

Covid-19 e responsabilità penale

Capitolo III – Problematiche ricostruttive del delitto di epidemia tra margini applicativi incerti, esigenze di tutela e crisi della legalità

1. Le ragioni storiche sottese all'introduzione del delitto di epidemia..... p. 103
2. L'individuazione del bene giuridico tutelato nel dibattuto rapporto semantico tra i concetti di salute e malattia..... p. 106
3. La controversa natura giuridica del delitto di epidemia..... p. 112
 - 3.1. Epidemia come reato di danno..... p. 112
 - 3.2. Epidemia come reato di danno e di pericolo presunto..... p. 115
 - 3.3. Epidemia come evento di pericolo comune: la nozione di disastro sanitario..... p. 117
4. Gli ambigui confini del fatto tipico..... p. 121
5. La tendenza all'ampliamento del novero dei soggetti attivi del reato: la sorte del contagiato diffusore di germi patogeni..... p. 125

6. Le modalità esplicative della condotta di diffusione dei germi patogeni: la dibattuta configurabilità della fattispecie in forma omissiva.....	p. 130
7. L'evento epidemia tra dimensione naturalistica e concezione normativa.....	p. 136
8. Il nesso di causalità.....	p. 139
9. L'elemento soggettivo: il dolo.....	p. 141
9.1. L'epidemia colposa.....	p. 143
10. L'estremizzazione interpretativa del fatto tipico quale fattore endogeno della crisi della legalità penale.....	p. 145

Capitolo IV – “Il *vintage* non passa mai di moda”: l’ostinato ricorso a strumenti vecchi (il delitto di epidemia) per la soluzione di problemi nuovi (la situazione emergenziale)

1. Premessa.....	p. 155
2. Le modalità di trasmissione dell’infezione da Covid-19.....	p. 161
3. La (non sempre agevole) individuazione delle regole cautelari emergenziali e i possibili autori delle condotte di diffusione del contagio.....	p. 163
4. La qualificazione, in termini commissivi od omissivi, della condotta del soggetto agente.....	p. 174
5. La definizione del concetto di causa e il meccanismo di accertamento del rapporto di causalità.....	p. 178
6. Il problematico accertamento del nesso causale nella diffusione del contagio da Covid-19: i reati contro la persona.....	p. 180
7. (<i>Segue</i>) I reati contro l’incolumità pubblica: il delitto di epidemia.....	p. 186
8. L’indagine epidemiologica quale “accertamento alternativo della vittima”.....	p. 189
9. L’efficacia del modello epidemiologico nell’accertamento della causalità in ordine alle condotte di diffusione del contagio da Covid-19.....	p. 195
10. Le problematiche applicative relative alla valutazione dell’elemento soggettivo.....	p. 199

11. Emergenza sanitaria: criticità e spazi applicativi dell'epidemia colposa.....	p. 204
---	--------

Capitolo V – Dall'emergenza sanitaria all'emergenza sanzionatoria: vuoto di responsabilità o mera ricerca di un capro espiatorio per placare l'atavica paura del male?

1. Il rischio di un'inversione dei termini del rapporto tra responsabilità e punizione: esigenze di contenimento dell'"epidemia penale".....	p. 208
2. L'esercizio dell'attività sanitaria nell'ambito delle "condizioni tragiche" dell'emergenza.....	p. 213
3. Da eroi a carnefici (?): profili di responsabilità penale degli operatori sanitari impegnati nella gestione della situazione emergenziale.....	p. 220
4. La (già critica) disciplina ordinaria della colpa medica.....	p. 222
5. ...e la relativa inefficacia funzionale nel contesto emergenziale.....	p. 229
6. Esigenze di contenimento della responsabilità tra strumenti normativi esistenti e prospettive di riforma.....	p. 230
7. L'esclusione della punibilità nell'attività di vaccinazione.....	p. 236
7.1. Natura giuridica.....	p. 239
7.2. Ambito applicativo.....	p. 242
7.3. Condizioni di operatività.....	p. 244
8. La definizione di uno statuto emergenziale della colpa medica: la limitazione della responsabilità penale del personale sanitario.....	p. 247
8.1. Natura giuridica.....	p. 248
8.2. Ambito applicativo e condizioni di operatività.....	p. 249
8.3. Il giudizio in ordine al grado della colpa.....	p. 252
8.4. Il rapporto con l'art. 590- <i>sexies</i> cod. pen.....	p. 254
9. La disciplina emergenziale delle attività produttive e i timori della categoria imprenditoriale in ordine al potenziale rischio di aggravamento della responsabilità datoriale per contagio del lavoratore.....	p. 256
10. Autonomia o integrazione? Il rapporto fra la legislazione emergenziale e la normativa di prevenzione e sicurezza sui luoghi di lavoro.....	p. 260

11. La risposta legislativa alle istanze di delimitazione e contenimento della responsabilità penale datoriale.....	p. 264
12. I riflessi della disciplina emergenziale delle attività produttive in ordine ai profili di responsabilità dell'ente <i>ex d.lgs. n. 231/2001</i>	p. 269
Conclusioni	p. 275
Bibliografia	p. 281

Introduzione

La diffusione pandemica del contagio da Covid-19 ha determinato nel nostro ordinamento – come in molti altri – una situazione di emergenza senza precedenti in epoca contemporanea, rendendo necessaria la definizione di una disciplina normativa eccezionale volta all'introduzione di adeguati strumenti di gestione e contenimento del rischio.

L'analisi della materia fornisce l'occasione per indagare in termini più generali l'emergenza come fenomeno giuridico. In questa prospettiva, quindi, delineate preliminarmente le caratteristiche essenziali del metodo di indagine da impiegare nello sviluppo dell'analisi giuridica – sostanzialmente diverso dall'impostazione metodologica della speculazione scientifica (avente per oggetto il mondo fisico, ossia cose esistenti in natura) –, l'emergenza viene in rilievo quale situazione improvvisa e imprevedibile in grado di incidere negativamente, alterandola, sulla "regolarità" giuridica. In altri termini, la dichiarazione di emergenza determina l'instaurazione di uno stato di eccezione (diversamente qualificabile a seconda delle specifiche finalità allo stesso sottese e del rapporto che si instaura tra i poteri straordinari e l'ordinario assetto di competenze), quale strumento di neutralizzazione di un evento imprevisto (che si sostanzia in turbamento in atto o una minaccia imminente), cui non risulta possibile porre idoneo rimedio mediante gli ordinari strumenti giuridici.

Con riferimento all'ordinamento costituzionale italiano, la questione è resa più complessa dalla circostanza che, a differenza di quanto avviene in altri ordinamenti europei, non si rinviene una disciplina espressa dello stato di emergenza, di necessità o di eccezione.

Nel contesto dell'emergenza sanitaria da Covid-19, la necessità di porre un freno alla sempre più rapida diffusione dei contagi ha alimentato un clima di forte stress e di tensione, che ha condotto alla definizione, attraverso molteplici canali, di una disciplina normativa emergenziale disordinata e caotica, al punto da risultare a tratti contraddittoria e di non agevole interpretazione. Si tratta di una serie di misure di contenimento, variamente limitative delle libertà individuali, in particolare di circolazione e di impresa, con riferimento alle quali sono stati da più

parti sollevati dubbi di illegittimità costituzionale, in relazione sia alla fonte di introduzione che alle relative condizioni di operatività.

Il sistema di disciplinamento sociale proprio della crisi sanitaria ha fortemente inciso su molteplici aspetti della vita sociale ed economica, sollevando sensibili problematiche anche con riferimento al panorama giuridico. Particolarmente rilevanti, nella prospettiva di indagine volta ad analizzare i *profili di responsabilità penale nella diffusione del contagio da Covid-19*, sono le criticità manifestatesi nell'ambito del fenomeno normativo che, in ragione della particolare ampiezza dello spazio di operatività riconosciuto nel contesto emergenziale allo *ius terribile*, è stato definito come un vero e proprio “diritto penale ai tempi del coronavirus”. Nella situazione contingente, infatti, si è registrata una sensibile espansione dell'area del penalmente rilevante, realizzata in via sia diretta, mediante la definizione di apposite fattispecie criminose relativamente alle condotte di inosservanza delle misure di contenimento del contagio, che indiretta, nella misura in cui si è valutata la sussumibilità delle condotte di diffusione del contagio da Covid-19 nell'ambito di fattispecie criminose già definite nel nostro sistema penalistico (quali, per esempio, i delitti contro l'incolumità pubblica, nella specie l'epidemia, e quelli contro la persona). In entrambi i casi, dunque, il presupposto operativo della sanzione penale è costituito dalla violazione delle misure di contenimento, che nel secondo caso, però, non assume rilevanza di per sé, ma in quanto fondamento dell'estensione dell'incriminazione.

È appunto nell'ambito della suddetta espansione diretta che si inserisce la tendenza, manifestata dalla dottrina, nonché dalla più recente giurisprudenza di legittimità, a una rilettura – di dubbia compatibilità con il principio di legalità – del fatto tipico del delitto di epidemia, funzionale alla (forzata) individuazione di spazi di operatività della fattispecie anche con riferimento alle condotte di diffusione del contagio da Covid- 19.

Sul versante opposto a quello dell'estensione, indiretta, dell'ambito di operatività del diritto penale, invece, è presto emersa l'esigenza di predisporre adeguati strumenti di contrazione e di contenimento delle ipotesi di responsabilità astrattamente configurabili in capo ai soggetti maggiormente esposti al rischio di «epidemia penale», quali il personale sanitario e gli imprenditori/datori di lavoro.

Le relative categorie professionali, infatti, in considerazione dell'assoluta peculiarità della situazione contingente in cui detti soggetti hanno dovuto operare, hanno evidenziato la necessità di definire una apposita disciplina legislativa volta al contenimento del "contagio da responsabilità", indispensabile tanto quanto la normativa emergenziale finalizzata al contenimento della diffusione del contagio da Covid-19.

Parte I

Emergenza e diritto penale

CAPITOLO I

Il difficile inquadramento giuridico del fenomeno emergenziale: stato d'eccezione e legislazione dell'emergenza

Sommario: 1. Una necessaria premessa metodologica. – 2. L'alterazione della “regolarità” giuridica e il “paradosso dell'emergenza”. – 3. Il ricorso allo “stato di eccezione” quale strumento di neutralizzazione del fenomeno emergenziale. Categorie e modelli di relazione tra poteri straordinari e ordinario assetto di competenze. – 4. Poteri straordinari e tutela dei principi fondamentali. Il rispetto del rapporto di gerarchia tra le fonti quale baluardo contro lo “sconfinamento”. – 5. Lacuna normativa o consapevole scelta legislativa? La disciplina dello stato di eccezione nell'ordinamento italiano e in alcuni Paesi europei. – 6. La caratterizzazione penalistica dello stato d'eccezione: l'exasperazione della componente simbolica del diritto penale. – 7. La condizione di frammentarietà del potere sovrano nelle situazioni di emergenza a garanzia della salvaguardia della suddivisione dei poteri e della tutela dei diritti fondamentali. – 8. La prospettazione di esigenze di tutela dell'ordine pubblico quale fondamento giustificativo della legislazione in deroga.

1. Una necessaria premessa metodologica

Al fine di condurre un'analisi metodologicamente corretta dell'emergenza come fenomeno giuridico e del diritto punitivo previsto e applicato per contrastare la situazione di emergenza (nella specie, la pandemia da coronavirus), risulta necessario definire, preliminarmente, l'esatto perimetro del contesto argomentativo entro il quale l'analisi stessa deve essere condotta. Si tratta, del resto, di un onere funzionale alla compiutezza dello stesso ragionamento, al cui adempimento è tenuto chiunque si cimenti nel tentativo di operare la ricostruzione scientifica di un determinato fenomeno. L'esplicitazione delle categorie e delle metodologie presupposte costituisce, infatti, *condicio sine qua non* di un corretto procedimento di esposizione di una tesi, la quale, in assenza di aporie logiche e fallacie

argomentative, costituisce null'altro che il logico e diligente sviluppo delle stesse ipotesi iniziali¹.

Sul punto, occorre precisare che con riferimento al campo giuridico la questione dell'impostazione metodologica dell'analisi si rivela particolarmente complessa, atteso che, a differenza della speculazione scientifica, la teoresi giuridica interessa in misura soltanto marginale il mondo fisico. In questo ambito, infatti, il principale oggetto di studio è costituito da valori, regole e principi, aventi la funzione di improntare la realtà sociale a un determinato modello politico, economico e culturale. Nella sua attività di indagine, il giurista si confronta quindi essenzialmente con regole aventi carattere prescrittivo, che si distinguono dalle leggi empiriche di natura tipicamente descrittiva. In ossequio alle peculiari caratteristiche della materia, dunque, l'analisi di tipo giuridico non può essere condotta secondo una "semplicitistica" applicazione delle più recenti elaborazioni dell'epistemologia – frutto delle riflessioni di diversi studiosi (a partire da Bacone e Galileo fino a Karl R. Popper) –, che hanno condotto alla definizione del metodo scientifico, ma si rendono necessari corposi e rilevanti adattamenti.

Del resto, l'oggetto di indagine nell'analisi del diritto è sostanzialmente diverso da quello di cui si occupano le scienze naturali: non si tratta di cose esistenti in natura, ma di norme, ossia di elementi convenzionali la cui esistenza discende dall'assunta validità di un determinato sistema giuridico ed è a essa vincolata.

Con riferimento al problema del metodo nel diritto, vengono in rilievo, quindi, una serie di caratteristiche specifiche della materia, che condizionano inevitabilmente la struttura del procedimento di analisi.

La prima questione con cui il giurista è chiamato a confrontarsi concerne la stessa individuazione del diritto. In secondo luogo, l'oggetto di indagine dello studioso non risulta circoscritto nel preciso perimetro di un determinato ordinamento giuridico, ma si estende, in una prospettiva *de iure condendo*, alla valutazione in ordine all'opportunità di effettuare determinate scelte piuttosto che

¹ G. MARAZZITA, *L'emergenza costituzionale. Definizione e modelli*, Giuffrè, Milano, 2003, p. 4 ss. Analoghe osservazioni in ordine alla necessità di una preliminare definizione dei termini entro i quali l'analisi si muove sono formulate da P. TRONCONE, *La legislazione penale dell'emergenza in Italia. Tecniche normative di incriminazione e politica giudiziaria dallo Stato liberale allo Stato democratico di diritto*, Jovene editore, Napoli, 2001, p. 5.

altre, con la conseguente adozione di un punto di vista che, pur permanendo nell'ambito giuridico, si colloca al di fuori del diritto positivo. Infine, l'analisi giuridica assume le caratteristiche di una meta-analisi, in considerazione del fatto che la stessa si sostanzia in una osservazione razionale di entità immateriali, che costituiscono, a loro volta, il risultato ordinato di una volizione umana². Nel nostro ambito, infatti, non è dato rinvenire la componente empirica posta alla base dell'indagine scientifica, la quale costituisce il punto di partenza dell'analisi condotta nel campo delle scienze naturali e consente di effettuare la rigorosa verifica delle diverse teorie offerte³.

È proprio in virtù di queste peculiarità, quindi, che deve essere definito il metodo di indagine da impiegare nello sviluppo dell'analisi giuridica.

Innanzitutto, il giurista deve sicuramente avvalersi del metodo deduttivo, in cui si sostanzia la tipica modalità di ragionamento susseguente alla sussunzione di un'ipotesi concreta nella fattispecie astratta.

Il termine sussunzione esprime nel linguaggio filosofico il processo di riconduzione di un concetto nell'ambito di quello più generale nella cui estensione esso è compreso: consiste in una sussunzione, quindi, l'assunzione della premessa minore nel classico sillogismo aristotelico, secondo cui tutti gli uomini sono mortali (prima proposizione, premessa maggiore); Socrate è un uomo (seconda proposizione, premessa minore); Socrate è mortale (terza proposizione, conclusione).

² «l'analisi del diritto, che rivela il carattere dinamico di questo sistema normativo e la funzione della norma fondamentale, mette anche in rilievo un'altra peculiarità del diritto: il diritto regola la propria creazione, in quanto una norma giuridica determina il modo in cui viene creata un'altra norma, ed anche, in una certa misura, il contenuto di quest'altra norma» (H. KELSEN, *Teoria generale del diritto e dello Stato*, Etas, Milano, 1994, p. 125 ss.).

³ Sul punto, è doveroso, però, precisare che, sebbene la componente empirica costituisca il presupposto indefettibile dell'indagine scientifica, essa stessa costituisce null'altro che il prodotto dell'interpretazione di elementi soltanto apparentemente oggettivi. In tale prospettiva si è osservato che «un esperimento non solo comporta un'osservazione dettagliata di ciò che si indaga, ma anche un'interpretazione teorica dei risultati numerici» (G. BONIOLO, G. VIDALI, *Filosofia della scienza*, Mondadori, Milano, 1999, p. 339). Ne consegue che la consapevolezza in ordine alla circostanza che «soltanto l'osservazione può fornirci la conoscenza dei fatti» e che «possiamo diventare consapevoli dei fatti soltanto sulla base dell'osservazione» (come affermato da H. HAHN, *Logik, Mathematik und Naturerkennen*, in *Einheitswissenschaft*, II, 1993, p. 19 ss.), consapevolezza non giustifica, né consolida, la «verità» di nessuna asserzione (K.R. POPPER, *Il pensiero essenziale*, Armando editore, Roma, 1998, p. 180).

Conformemente, nel linguaggio giuridico *sussumere* significa ricondurre uno specifico accadimento storico alla fattispecie astratta delineata da una disposizione normativa, ossia l'assunzione della premessa minore nel c.d. «sillogismo giudiziale»⁴. Successivamente all'individuazione del precetto in cui *sussumere* il caso specifico, si giunge – attraverso un ragionamento di tipo deduttivo – alla sua qualificazione e quindi alla definizione dei relativi effetti giuridici in virtù della predeterminata valutazione trasfusa nella stessa disposizione normativa. L'analisi condotta entro i confini di un determinato ordinamento positivo, infatti, impone l'assunzione in termini di imprescindibile condizione di partenza dell'accettazione dei principi e dei valori affermati e riconosciuti dalle norme gerarchicamente sovraordinate.

Il ragionamento di tipo deduttivo, però, si rivela insufficiente in alcuni specifici casi. Così, con riferimento all'analisi di una situazione giuridica non circoscritta nell'ambito di un dato ordinamento positivo, ma estesa alla teoria generale o alla comparazione tra diversi sistemi normativi, al metodo anzidetto bisogna affiancare quello induttivo o quello abducente. In questo caso, infatti, l'oggetto dell'indagine non è costituito unicamente da singole norme di un dato sistema normativo (ossia le premesse minori), ma ricomprende altresì le premesse maggiori, vale a dire i giudizi di valore sottesi alla stessa qualificazione normativa. Detto altrimenti, il panorama esplorativo del ricercatore si estende a ricomprendere e a farne oggetto di discussione lo stesso sistema di valori che trova espressione attraverso le singole norme: varcati i limiti del singolo ordinamento, anche il sistema normativo costituisce oggetto di un procedimento di *sussumptione* in categorie più generali, individuate necessariamente in via induttiva⁵.

In ossequio a tale premessa, quindi, per quanto concerne specificamente la metodologia da seguire nell'analisi dell'emergenza come fenomeno giuridico e del

⁴ La definizione è espressa in questi termini in G. LAZZARO, *Sussumptione*, in *Noviss. Dig.*, XVIII, Torino, 1971, p. 975. Sul punto, si precisa che l'impiego di tale meccanismo in sede giurisprudenziale non si traduce necessariamente nell'adozione di pronunce aventi «il carattere di logicità od obiettività o avalutatività». Ciò, in quanto non può escludersi la possibilità che si verifichi una deformazione del «fatto in giudizio», ipotesi che ricorre nel caso in cui il giudice estenda l'ambito di applicazione della fattispecie oltre i confini tracciati dal tenore letterale della disposizione normativa oppure, pur confrontandosi con un precetto adeguatamente e dettagliatamente definito, nella valutazione degli elementi del fatto concreto pervenga all'individuazione di una fattispecie normativa in luogo di un'altra.

⁵ G. MARAZZITA, *L'emergenza costituzionale*, cit., p. 10.

ricorso al diritto penale come strumento di contrasto, la preliminare definizione del campo dell'indagine impone di soffermarsi preliminarmente sul concetto di emergenza nel linguaggio comune e in quello giuridico. In tale perimetro argomentativo, l'analisi del fenomeno emergenziale deve poi proseguire attraverso l'esame delle caratteristiche delle fonti normative del sistema giuridico e dell'interazione che, all'interno dello stesso, si instaura tra le norme (ossia tra le diverse regole di convivenza sociale cui i consociati sono tenuti a uniformare la propria condotta), aventi differenti carattere, efficacia e natura.

Affinché un ordinamento giuridico possa essere qualificato in termini di sistema o di unità sistematica, infatti, è necessario che tutti gli elementi che lo compongono risultino collegati tra loro da un rapporto di reciproca compatibilità⁶.

2. L'alterazione della “regolarità” giuridica e il “paradosso dell'emergenza”

Con il termine emergenza⁷ – inteso nel suo significato simbolico – si esprime nel linguaggio comune una circostanza imprevista, un accidente, una particolare

⁶ «Orbene, quando ci chiediamo se un ordinamento giuridico costituisca un sistema, ci chiediamo se le norme che lo compongono siano in rapporto di compatibilità tra loro, e a quali condizioni sia possibile questo rapporto», N. BOBBIO, *Teoria generale del diritto*, Giappichelli, Torino, 1993, p. 201; S. PUGLIATTI, *Grammatica e diritto*, Giuffrè, Milano, 1978, p. 177 e ss.

⁷ La componente linguistica riveste, naturalmente, un ruolo fondamentale in qualsivoglia indagine di tipo scientifico condotta secondo parametri rigorosi e coerenti. Ciò, in quanto l'analisi scientifica deve essere espressa in forma verbale sia con riferimento alla definizione del campo e degli strumenti dell'indagine sia in ordine alla sua successiva divulgazione. La particolare rilevanza della componente linguistica risulta ulteriormente accentuata nell'ambito dell'analisi di tipo giuridico, in cui le parole non soltanto costituiscono lo strumento mediante il quale lo studioso formula ed esprime il proprio pensiero, ma si identificano con l'oggetto stesso della sua attività di indagine. A differenza della speculazione scientifica, che verte sul modo fisico e sui diversi aspetti della materia, la teoresi giuridica, infatti, è volta a indagare le peculiari caratteristiche di un sistema immateriale, ossia quello normativo. In quanto prodotto dell'elaborazione culturale, il sistema normativo non si compone di materia, ma di un complesso di unità semantiche, ossia di parole. Ne consegue che la stessa attività di indagine giuridica è qualificabile in termini di meta-teoria, in quanto il suo oggetto di studio, cioè le norme, costituisce già il frutto di una concezione dell'esistenza di tipo razionale (la volontà normativa). La funzione essenziale rivestita dalla componente linguistica nell'ambito della speculazione giuridica, del resto, trova conferma nella circostanza che il principale strumento di indagine di cui si avvale il giurista è costituito dall'esegesi dei testi normativi, consistente nella definizione e nell'attribuzione di significati a determinati simboli, ossia nell'individuazione di una norma in una o più disposizioni. In questo senso, quindi, nell'indagine giuridica il linguaggio costituisce non soltanto il veicolo della conoscenza, ma anche lo strumento della stessa (G. MARAZZITA, *L'emergenza costituzionale*, cit., p. 14).

La dottrina che si è occupata dei rapporti tra diritto e linguaggio ha evidenziato come il giurista non possa confrontarsi con la realtà se non attraverso la mediazione delle parole. Essi possono cioè parlare e ragionare della realtà unicamente mediante un processo di verbalizzazione dell'esperienza,

condizione di cose, un momento critico, che richiede un intervento urgente e immediato⁸. Il sostantivo in parola deriva dal verbo emergere (dal latino *emergĕre*, composto da *ex* e *mergĕre*), che nel suo significato originario esprime l'atto del venire a galla, affiorare, mentre nell'accezione figurata il termine indica l'azione mediante cui una cosa risulta evidente, viene alla luce.

Nella teoria giuridica non si rinviene l'elaborazione di una definizione unitaria della nozione di emergenza, ma il concetto è oggetto di esplicazione unicamente con riferimento ad altre espressioni giuridiche (stato d'emergenza, legislazione d'emergenza, poteri d'emergenza), rispetto alle quali si pone in rapporto di specificazione.

A ben vedere, però, le diverse branche del diritto annoverano diverse situazioni caratterizzate dall'emergenza, le quali, sebbene risultino oggetto di una disciplina frammentaria, identificano un insieme ampio e differenziato di istituti accomunati da caratteristiche omogenee che ne consentirebbero la catalogazione nell'ambito di un'unica categoria. Il riferimento è non soltanto ai più classici istituti disciplinati dal diritto internazionale, costituzionale e amministrativo (stato di guerra, stato d'assedio, decretazione d'urgenza, ordinanze di necessità), ma anche alle disposizioni derogatorie, aventi ad oggetto la disciplina di casi eccezionali di necessità ed urgenza, poste dalla Carta costituzionale con riferimento ai diritti di libertà⁹. Ancora, istituti caratterizzati dalla necessità e l'urgenza si rinvengono: nel

che consente di assumere la realtà, appunto, quale oggetto dell'attività di indagine. All'esito di tale processo, dunque, le parole costituiscono non soltanto uno strumento del discorso, ma anche l'oggetto dello stesso. Del resto, sebbene la realtà sicuramente esista indipendentemente dai soggetti che la pensano, essa diviene oggetto di costante trasposizione in espressioni rappresentative, in «parole della mente» (*verba mentis*), che si tecnicizzano in nozioni mediante l'uso (R. ORESTANO, *Realtà, Parole, valori nella scienza del diritto*, in *Riv. Dir. Civ.*, 1985, p. 461 ss.).

⁸ Nel suo significato letterale, invece, il termine esprime l'atto dell'emergere, ciò che emerge. Così, per esempio, in botanica la parola è impiegata per indicare la «protuberanza della superficie del fusto o delle foglie e organi omologhi (di forma e funzione diverse secondo la specie), che può originarsi non solo dall'epidermide, ma anche dai tessuti sottostanti» (*Dizionario Enciclopedico italiano*, Treccani).

⁹ Si tratta delle disposizioni di cui al Titolo I, parte prima, della Costituzione relative ai rapporti civili, in virtù delle quali in casi «eccezionali di necessità ed urgenza» (artt. 13 e 14 Cost.) o di «assoluta urgenza» (art. 21 Cost.) è consentito derogare, mediante la posticipazione della garanzia giurisdizionale, al procedimento ordinario di limitazione delle libertà.

diritto penale (legittima difesa¹⁰ e stato di necessità¹¹); nel diritto civile (rescissione del contratto concluso in stato di pericolo¹²); nel diritto processuale (provvedimenti cautelari¹³); nella disciplina sulla circolazione stradale (circolazione dei veicoli adibiti a servizi di emergenza¹⁴).

Si tratta di una serie di istituti molto diversi tra loro, accomunati dalla circostanza che le fattispecie oggetto di previsione si caratterizzano per la disciplina di situazioni in cui la “regolarità” giuridica risulta alterata da fattori improvvisi e imprevisti, tali da evidenziare l’inidoneità dell’assetto giuridico vigente e da richiedere una rapida risposta dell’ordinamento alla peculiarità della situazione fattuale attraverso una disciplina temporaneamente derogatoria o meramente sospensiva delle norme ordinarie¹⁵.

Il “paradosso dell’emergenza”, dunque, è quello di esigere dal diritto la disciplina di un fenomeno imprevedibile nell’entità, nella tempistica e nelle modalità di manifestazione, così invertendo i termini del normale rapporto tra norma e fatto.

Infatti, in considerazione della funzione della regola giuridica, consistente nel dettare la disciplina astratta di una serie di ipotesi concrete, dal punto di vista logico¹⁶ il diritto segue al fatto, atteso che la produzione normativa assume quale

¹⁰ «Non è punibile chi ha commesso il fatto per esservi stato costretto dalla necessità di difendere un diritto proprio od altrui contro il pericolo attuale di una offesa ingiusta, sempre che la difesa sia proporzionata all’offesa» (art. 52, comma 1, cod. pen.).

¹¹ «Non è punibile chi ha commesso il fatto per esservi stato costretto dalla necessità di salvare sé od altri dal pericolo attuale di un danno alla persona, pericolo da lui non volontariamente causato, né altrimenti evitabile, sempre che il fatto sia proporzionato al pericolo» (Art. 54, comma 1, cod. pen.).

¹² «Il contratto con cui una parte ha assunto obbligazioni a condizioni inique, per la necessità, nota alla controparte, di salvare sé o altri dal pericolo attuale di un danno grave alla persona, può essere rescisso sulla domanda della parte che si è obbligata» (art. 1447, comma 1, cod. civ.).

¹³ Artt. 272 e ss. cod. proc. pen. e 700 e ss. cod. proc. civ.

¹⁴ I conducenti dei veicoli di polizia, antincendio ed ambulanza «nell’espletamento di servizi urgenti di istituto, qualora usino congiuntamente il dispositivo acustico supplementare di allarme e quello di segnalazione visiva a luce lampeggiante blu, non sono tenuti a osservare gli obblighi, i divieti e le limitazioni relativi alla circolazione, le prescrizioni della segnaletica stradale e le norme di comportamento in genere, ad eccezione delle segnalazioni degli agenti del traffico e nel rispetto comunque delle regole di comune prudenza e diligenza» (art. 177, comma 2, cod. strada).

¹⁵ In questo caso, con l’espressione ordinarie si fa riferimento alla disciplina normativa “ordinariamente” vigente, in contrapposizione alla normazione straordinaria tipica dei periodi emergenziali. In altri casi, l’espressione è impiegata altresì per intendere la normazione di livello ordinario, ossia quella legislativa, contrapposta alle fonti di rango sovraordinato, costituzionali, o subordinato, fonti secondarie.

¹⁶ Naturalmente, tale relazione attiene al momento formativo, ma non a quello applicativo della norma: se la definizione della disciplina normativa deriva inevitabilmente dall’osservazione di fatti

imprescindibile presupposto l'osservazione di determinate regolarità fattuali (azioni, comportamenti ed eventi) che si vogliono conformare. In altri termini, la necessità di imporre una regolarità normativa deriva, e non può che derivare, dall'osservazione della realtà empirica¹⁷.

Al contrario, i fenomeni emergenziali – consistendo in eventi eccezionali – non presentano, di norma, una regolarità osservabile, che ne consenta, quindi, l'inquadramento in una precisa disciplina normativa.

Tuttavia, è proprio nell'emergenza – in cui rischiano di essere compromessi i valori supremi e le regole del vivere civile – che maggiormente si avverte l'esigenza di definire un sistema di regole idoneo a conformare i comportamenti umani a valori solidi e diffusamente approvati¹⁸. Con riferimento a tali fenomeni, quindi, che, più che in ogni altro caso, risulta tangibile la “necessità del diritto”, ossia l'esigenza di razionalizzazione¹⁹, di ripudio della tendenza a considerare legittimo il potere per il sol fatto che esso prevale.

già verificatesi, la sua applicazione non può che riguardare (fatta eccezione per le ipotesi di retroattività), unicamente i casi futuri (art. 11 disp att. cod. civ.). In tale caratteristica, del resto, consiste la natura “ipotetica” della norma giuridica, con riferimento alla quale si è precisato che «l'ipotesicità della norma non deve confondersi con l'esistenza in fatto (e con la psicologica consapevolezza del legislatore della esistenza in fatto) della situazione regolata: tutte le norme sorgono per far fronte a situazioni storicamente reali, od almeno previste come probabili, ed in questo senso tutte sono rivolte a soddisfare esigenze sociali determinate» (V. CRISAFULLI, *Lezioni di diritto costituzionale*, Cedam, Padova, 1984, p. 22).

¹⁷ Sulla distinzione tra regole normative e fattuali, tra gli altri, G. TARELLO, *La nozione di diritto: un approccio prudente*, in AA.VV., *La teoria generale del diritto. Problemi e tendenze attuali*, Edizioni di Comunità, Milano, 1983, p. 342 e ss.

¹⁸ La necessità di garantire la tutela della certezza del diritto nelle situazioni emergenziale è adeguatamente espressa in A. TARANTINO, *Necessità e decreto legge nell'assemblea costituente: Scritti in onore di Giuseppe Codacci-Pisanelli*, Giuffrè, Milano, 1986, p. 27, secondo cui: «La funzione del decreto legge, almeno negli intenti di chi lo ha proposto all'Assemblea Costituente, si concreta nella necessità di adeguare l'ordinamento giuridico alle repentine evoluzioni della situazione sociale. Esso fu proposto, quindi, come un valido strumento tecnico al fine di garantire la certezza preventiva del diritto. I vantaggi propri della certezza preventiva del diritto vengono meno, infatti, ogni qual volta un ordinamento giuridico non possiede gli strumenti operativi necessari a far fronte a nuove ed urgenti situazioni sociali da regolamentare».

¹⁹ In ambito costituzionale, il termine razionalizzazione è generalmente impiegato per indicare e definire i rapporti tra Parlamento e Governo, nonché quelli all'interno di quest'ultimo. In tale prospettiva, con l'espressione «costituzioni razionalizzate» si fa riferimento, a far data dal primo dopoguerra, al modello organizzativo che, nell'ambito della forma di governo parlamentare, mira a garantire la continuità dell'azione di Governo, riducendo le occasioni di crisi dell'esecutivo. Nella categoria delle costituzioni razionalizzate del secondo dopoguerra è ricondotta anche la Costituzione Italiana, nell'ambito della quale i pezzi predisposti per «sottrarre la vita dei Governi a troppo frequenti mutamenti» sono: 1) il riconoscimento in capo al Presidente della Repubblica del potere sia di nomina del Governo, che di accettazione delle dimissioni presentate dallo stesso a seguito del voto di sfiducia (invece di accettare le dimissioni il Capo dello Stato può procedere allo scioglimento delle Camere); 2) l'espressa previsione di determinate modalità di esercizio del voto di sfiducia,

Del resto, lo studio delle discipline emergenziali che, pur nella gestione della situazione straordinaria, tendono alla conservazione del sistema di principi ordinariamente affermato dal diritto oggettivo, consente all'interprete di individuare il fulcro essenziale dei valori sociali espressi da un dato ordinamento²⁰.

Al contrario, l'unica alternativa prospettabile alla definizione di un diritto dell'emergenza è quella dell'assenza totale di diritto, in cui la condotta dell'uomo

funzionali all'impedimento di abusi o manovre avventate; 3) la possibilità per il Governo di restare in carica anche successivamente al rigetto da parte delle Camere di singole sue proposte P. BISCARETTI DI RUFFIA, *Diritto costituzionale*, Jovene Napoli, 1949, p. 213 e ss.; C. MORTATI, *Costituzione della Repubblica italiana*, in *Enc. dir.*, vol. XI, Giuffrè, Milano, 1962, p. 222 ss.).

Quanto alla possibilità di prevedere ulteriori misure volte a garantire maggiormente la stabilità del Governo (come il voto di sfiducia «costruttivo» o l'espressa previsione di una maggioranza qualificata per il voto di sfiducia), a chi ne evidenzia la superfluità in considerazione del fatto che la razionalizzazione è funzionale a garantire la continuità del medesimo indirizzo politico e non la permanenza in carica delle stesse persone (C. MORTATI, *Costituzione della Repubblica italiana*, cit., p. 224) si oppone chi evidenzia che «la razionalizzazione del rapporto fra i poteri è nella nostra Costituzione flebile, se non inesistente» (S. BARTOLE, *La Corte e i poteri*, in *Quad. Cost.*, 1998, p. 17).

Invero, in ambito costituzionale l'espressione «razionalizzazione» assume anche un significato ulteriore, diverso da quello appena delineato, in cui il termine si riferisce, in un'accezione più generale, all'impostazione culturale volta all'elaborazione di modelli di sviluppo della vita sociale e alla predisposizione dei mezzi funzionali alla conformazione della realtà a tali modelli. Si tratta, in altri termini, della dell'obiettivo costituente di garantire alla società il raggiungimento di un determinato sistema di valori, su cui trova fondamento il principio di uguaglianza sostanziale. Questa impostazione di principio è propria del costituzionalismo moderno, nell'ambito del quale la costituzione è concepita come il prodotto di una volontà libera, consapevole e razionale della collettività, i quali stabiliscono di definire una precisa organizzazione del potere sovrano. La costituzione frutto dell'impostazione «razionale», dunque, supera il modello tipico di stampo liberale, limitato alla disciplina dell'ordine esistente mediante l'impiego ottimale delle risorse, prevedendo la necessità di un intervento diretto nella disciplina dei rapporti sociali e del mercato, tale da assicurare la definizione di un ordine più giusto e razionale di quello esistente. In tale prospettiva, si sviluppa una pretesa qualificatoria dell'ordinamento giuridico, vale a dire la recessione del fatto rispetto alla norma, in forza della quale esso assume una posizione di rilievo nella regolamentazione di aspetti sempre più ampi della vita sociale. In questa sede, risulta opportuno soprattutto evidenziare come parallelamente al passaggio graduale dal modello liberale a quello del c.d. *welfare state* sembri svilupparsi una tendenza alla razionalizzazione anche degli istituti emergenziali. Se nel primo modello, l'emergenza costituiva l'occasione per il sovrano di avocare a sé la totalità delle decisioni (la *plenitudo potestatis*), così disponendo di un potere illimitato e incontenibile, quindi arbitrario, nei moderni sistemi costituzionali la situazione di emergenza non consente di alterare in maniera irrazionale all'ordinario sistema dei poteri e al tradizionale assetto di principi. Al contrario, lo Stato costituzionale impone che la normazione emergenziale, analogamente a quella di carattere ordinario, sia definita nell'ambito della tradizionale struttura organizzativa dei poteri e nel rispetto dei principi e dei valori generalmente condivisi. In altri termini, nell'impostazione delle moderne costituzioni non vi è spazio per l'esercizio dei poteri emergenziali secondo modalità che non siano dalle stesse direttamente definite e che non trovino la loro stessa ragion d'essere nell'effettiva necessità di fronteggiare una particolare situazione contingente.

²⁰ Sul punto, parte della dottrina (quella decisionista) ha affermato che «l'eccezione è più interessante del caso normale», in quanto «quest'ultimo non prova nulla, l'eccezione prova tutto; non «solo essa conferma la regola: la regola stessa vive solo nell'eccezione» (C. SCHMITT, *Teologia politica. Quattro capitoli sulla dottrina della sovranità*, in G. MIGLIO, P. SCHIERA (a cura di), *Le categorie del politico*, Il Mulino, Bologna, 1972, p. 41).

e l'esercizio dei poteri pubblici risultano totalmente svincolati dal rispetto di qualsivoglia regola predeterminata e democraticamente condivisa.

Risulta evidente, quindi, come, in assenza di una apposita disciplina, l'emergenza potrebbe determinare la produzione di effetti devianti, quali la conduzione della lotta politica in spregio di qualsivoglia regola sociale o l'introduzione surrettizia, vale a dire a discapito dei procedimenti legali appositamente previsti, di modifiche ordinamentali permanenti²¹. In questa prospettiva, l'emergenza reca in sé il pericolo che le relative misure di contenimento tendano, anziché ad assicurare la tutela di valori e interessi primari anche nella situazione di crisi, all'introduzione fraudolenta di nuovi valori o alla negazione di quelli riconosciuti e garantiti nella situazione ordinaria.

La fonte di tale pericolo deve essere ravvisata nella circostanza che la gestione dell'emergenza richiede l'impiego di poteri legali che, in considerazione della loro efficacia derogatoria e sospensiva dell'ordinaria struttura di competenze, più di tutti si avvicinano al potere costituente, tradizionalmente illimitato e giuridicamente incontenibile²². Il rischio, insito nelle "politiche" di gestione dell'emergenza, è quindi quello di determinare una crisi del concetto stesso diritto, quale insieme ordinato e razionale di previsioni predeterminate. A tale nefasto esito potrebbero condurre sia le pressioni del corpo sociale, che evidenziano l'esigenza di fornire una risposta rapida ed efficace alla situazione di emergenza, sia la stessa natura sospensivo-derogatoria della risposta giuridica straordinaria.

L'analisi dell'emergenza come fenomeno giuridico pone, quindi, il problema di delineare un marcato confine tra potere straordinario e mera volontà di potenza²³,

²¹ Con riferimento a tale profilo, la dottrina ha evidenziato come sia stato proprio nella piena consapevolezza di tale esigenza, ossia quella di impedire che le situazioni di emergenza si traducano nell'occasione di esercizio di un potere arbitrario e di assicurare il rispetto di talune garanzie formali dello stato di diritto anche in occasioni del genere (attenuando il distacco tra costituzione formale e costituzione materiale) a condurre all'introduzione «nelle costituzioni contemporanee una qualche disciplina delle sospensioni stesse per quanto riguarda sia l'organo competente a dichiarare la sussistenza degli eventi straordinari e ad assumere i poteri dai medesimi richiesti, sia le modalità di emissione e le specie delle misure destinate a fronteggiarli, sia i controlli sulle medesime» (C. MORTATI, *Costituzione della Repubblica italiana*, cit., p. 194).

²² La dottrina si è diffusamente soffermata sulla distinzione tra potere costituente (potere di mero fatto) e funzioni sovrane (poteri giuridici), evidenziando come non sia in alcun modo sostenibile la tesi secondo cui, analogamente a questi ultimi, il potere costituente possa essere istituzionalmente attribuito da una costituzione a chiunque (A. PACE, *Instaurazione di una nuova Costituzione. Profili di teoria costituzionale*, in *Quad. cost.*, 1997, p. 17 ss.).

²³ G. MARAZZITA, *op. cit.*, p. 42.

dovendo rifuggire dall'insidia di considerare la disciplina emergenziale – in quanto definita sulla base della straordinaria situazione fattuale – come priva di qualunque limite. Contrariamente, infatti, si finirebbe per affermare il paradosso secondo cui al tempo dell'emergenza la compressione dell'ordinario sistema di valori e di tutele può estendersi fino a quanto necessario per garantire la tutela della sicurezza e dell'ordine pubblico. È in questa prospettiva, quindi, che l'emergenza impone una riflessione, innanzitutto, in ordine alla possibilità di individuare dei “limiti del diritto”, ossia della volontà umana trasfusa nelle regole giuridiche, nonché con riferimento ai temi della modificabilità dell'ordinamento giuridico e, conseguentemente, della determinazione dei confini entro cui tale modifica può espletarsi.

3. Il ricorso allo “stato di eccezione” quale strumento di neutralizzazione del fenomeno emergenziale. Categorie e modelli di relazione tra poteri straordinari e ordinario assetto di competenze

La dichiarazione di emergenza determina l'instaurazione di uno stato di eccezione²⁴, avente la funzione di contrastare un evento imprevisto (che si sostanzia in un turbamento in atto o una minaccia imminente), cui non risulta possibile porre idoneo rimedio mediante gli ordinari strumenti giuridici.

A seconda delle specifiche caratteristiche che presenta, lo stato di eccezione può essere ricondotto in diverse categorie generali²⁵.

In considerazione del rapporto che si instaura tra i poteri straordinari e l'ordinario assetto di competenze, una prima importante bipartizione è quella tra il modello monistico e il modello dualistico.

²⁴ In ordine a tale profilo, si è evidenziata la necessità di tenere distinte le situazioni di emergenza dagli stati di eccezione «nell'accezione ristretta e propria affermata dopo la poderosa riflessione teorica schmittiana», A. RUGGERI, *Il coronavirus, la sofferza tenuta dell'assetto istituzionale e la crisi palese, ormai endemica, del sistema delle fonti*, in *Consulta OnLine*, 2020, p. 203.

²⁵ «Lo stato d'eccezione non è il paradigma fondativo delle nostre comunità politiche, non è la regola, non può neppure essere legittimato come strumento di governo, deve invece nei limiti del possibile essere circoscritto» (G. AZZARITI, *Il diritto costituzionale d'eccezione*, in *Costituzionalismo.it*, 2020).

Quest'ultimo determina un'interruzione nella vita giuridica di un ordinamento, in quanto si caratterizza per la circostanza che la risposta alla situazione di emergenza viene individuata al di fuori dell'ordinario sistema di competenze, il quale viene, di conseguenza, sospeso. L'applicazione del diritto ordinario viene ripristinata soltanto quando le condizioni di emergenza che ne impedivano l'esercizio vengono eliminate attraverso l'impiego dei poteri straordinari, privi di limitazioni giuridiche. Nello stato d'eccezione riconducibile al modello dualistico, quindi, l'emergenza costituisce un fenomeno che, sebbene non risulti totalmente estraneo alla realtà giuridica, si colloca all'esterno della stessa. Ne consegue la possibilità di individuare, con riferimento a tale modello, un ordinamento giuridico vigente in situazioni ordinarie e un sistema di poteri, distinto dal primo, per la situazione di crisi. In questo caso, quindi, il rapporto normalità-emergenza si configura nei termini di una contrapposizione tra legalità e illegalità, norma e decisione.

Al contrario, nel modello monistico i poteri di gestione dell'emergenza sono disciplinati dallo stesso ordinamento vigente, nel quale sono previste una serie di norme che dispongono l'attribuzione di competenze straordinarie, aventi efficacia parzialmente sospensiva/derogatoria dell'ordinario sistema di poteri. In questo caso, quindi, l'assetto di poteri dello stato di eccezione non si colloca all'esterno dell'ordinario sistema normativo, ma ne costituisce un sottosistema ed è da esso predefinito. Diversamente da quanto avviene nel modello dualistico, nel modello in esame il rapporto tra ordinario e straordinario si configura, perciò, quale alternativa tra diritto ordinario e diritto dell'emergenza, tra regola ed eccezione provvisoria. Soltanto con riferimento a tale modello, quindi, si configura un'emergenza in senso stretto, in quanto lo stato d'eccezione produce un effetto meramente derogatorio nella misura strettamente necessaria dell'ordinamento giuridico ordinario e della struttura organizzativa dallo stesso definita, che quindi conservano la loro vigenza.

Invero, la distinzione appena delineata non costituisce una elencazione tassativa di tutte le possibili forme di articolazione dello stato di eccezione. Una terza possibile forma, infatti, è costituita dal modello misto, in cui si riscontra la presenza di caratteristiche proprie del modello monistico e di elementi tipici di quello dualistico.

Giova, infine, precisare che non è dato individuare, tra quelli esaminati, un modello in astratto preferibile rispetto agli altri, in quanto l'efficacia di un determinato modello deve essere necessariamente valutata nella sua fase attuativa, ossia con riferimento allo specifico fenomeno emergenziale che lo stesso stato di eccezione è finalizzato a eliminare.

Una seconda possibile distinzione può essere effettuata in considerazione delle finalità sottese allo stesso stato d'eccezione. Infatti, sebbene il ricorso ai poteri straordinari debba essere in astratto animato dallo scopo di far fronte a una situazione di emergenza, gli strumenti dello stato d'eccezione possono, in concreto, tendere al raggiungimento di finalità discordanti, conservative o evolutive²⁶, che nei modelli misti possono risultare addirittura coesistenti.

Nelle condizioni ordinarie, l'ordinamento giuridico appresta strumenti idonei e adeguati a garantire la tutela degli interessi e dei valori diffusamente condivisi. Tuttavia, l'efficacia del diritto ordinario risulta incisa dall'instaurarsi della situazione di emergenza, nel corso della quale una parte degli interessi e dei valori anzidetti, pur continuando a essere riconosciuti sul piano normativo, non sono più garantiti sul piano applicativo. L'inidoneità del diritto ordinario a garantire la

²⁶ Ad eccezione di qualche isolata opinione (P. PINNA, *L'emergenza nell'ordinamento costituzionale italiano*, Milano, 1988, p. 79), la dottrina maggioritaria ha precisato che la distinzione in parola non è concettualmente sovrapponibile a quella tra le categorie schmittiane di «dittatura commissaria» e «dittatura sovrana», sebbene presenti innegabili analogie rispetto a essa. Quest'ultima, infatti, definisce due diverse configurazioni del fenomeno della sovranità in termini che nel complesso prescindono dalla questione propria dell'emergenza: nella dittatura sovrana si identificano una sovranità in atto ed un potere sostanzialmente costituente, in quella commissariata una sovranità costituita e un potere costituito (F. VALENTINI, *Introduzione a La dittatura. Dalle origini dell'idea moderna di sovranità alla lotta di classe proletaria*, Laterza, Bari, 1975, p. XIII). In entrambe le possibili configurazioni l'azione dittatoriale non è riconducibile entro precisi schemi giuridici, in quanto «l'elemento essenziale va ravvisato nella produzione di un determinato stato di cose», il cui «contenuto specifico è dato dall'idea di un avversario concreto, la cui eliminazione diventa lo scopo specifico dell'azione». In entrambe le forme si verifica la «soppressione in concreto dei limiti e dei freni legali che, nella circostanza, costituiscono un impedimento di fatto al conseguimento dello scopo»: mentre la dittatura commissaria «sospende in concreto la costituzione per difenderne l'esistenza», la dittatura sovrana «vede in tutto l'ordinamento esistente uno stato di cose da rimuovere completamente con la propria azione. Essa non sospende una costituzione vigente facendo leva su di un diritto in essa contemplato, e perciò stesso costituzionale, bensì mira a creare uno stato di cose nel quale sia possibile imporre una costituzione ritenuta come quella autentica» (C. SCHMITT, *La dittatura. Dalle origini dell'idea moderna di sovranità alla lotta di classe proletaria*, Laterza, Roma-Bari, 1975, p. 146 ss.). E proprio in virtù di queste peculiari caratteristiche, del resto, che lo stesso Jean Bodin, primo teorico della moderna sovranità, identificava la sola forma di dittatura commissaria, in quanto le sue elaborazioni concernono l'assetto di principi dello stato di diritto (J. BODIN, *Six livres de la République*, 1576, *I sei libri dello Stato*, trad. it. M. ISNARDI PARENTE (a cura di), Libro I, Utet, Torino, 1964, p. 345 ss.).

continuità di tutela anche nella situazione di crisi pone l'esigenza di definire dei poteri straordinari.

Il modello conservativo si caratterizza per la circostanza che lo stato d'eccezione risulta animato dall'esclusiva finalità di costituire un adeguato rimedio alla situazione di emergenza, ossia di assicurare e garantire la tutela degli interessi e dei valori – riconosciuti dal diritto ordinario in situazioni di normalità – anche in tempo di crisi. In altri termini, lo stato d'eccezione intende sopperire all'inefficacia che l'ordinario sistema giuridico manifesta, circa la salvaguardia degli interessi e dei valori anzidetti, di fronte alla situazione di crisi. L'essenza dello stato d'eccezione, dunque, deve essere ravvisata, in questo caso, nella finalità di porre fine alla condizione emergenziale e quindi di rendere lo stesso potere straordinario non più necessario.

In virtù di queste sue peculiari caratteristiche, il ricorso allo stato d'eccezione di tipo conservativo determina l'immediato effetto di produrre una redistribuzione delle risorse giuridiche alterate dalla crisi. In tal modo, si impone il sacrificio temporaneo di alcuni diritti non incisi dall'emergenza al fine di garantire la tutela degli interessi invece compromessi. Il meccanismo che governa il funzionamento dello stato d'eccezione di tipo conservativo è, quindi, adeguatamente espresso dal modello del gioco a somma zero della teoria dei giochi²⁷, in cui si determina una situazione di conflitto tra interessi giuridici tutelati e interessi giuridici da tutelare, per cui l'espansione di questi ultimi deve necessariamente comportare una compressione dei primi.

²⁷ Già affermata da Leibniz nel 1710, la teoria dei giochi è stata successivamente formulata da Johann Von Neumann, il quale l'ha poi sviluppata con Oskar Morgenstern nella Teoria dei giochi e comportamento economico del 1944. Un'indagine dettagliata della teoria dei giochi è stata poi condotta, tra il 1950 e il 1953, dal matematico John Nash, il quale ha analizzato le teorie dello «Zero Sum game» (in cui un giocatore vince e uno perde e a ogni incremento corrisponde un uguale decremento) e dello «Not Zero Sum game» (in cui entrambi i giocatori possono vincere o perdere). Nel corso dell'indagine si è dimostrato che nei casi in cui i giocatori hanno adottato una strategia di cooperazione si è raggiunto un punto di equilibrio che ha condotto a un esito stabile, al contrario, ogni differente strategia da quella cooperativa ha condotto a esiti negativi per entrambi i giocatori (sul punto L.C. THURLOW, *La società somma zero*, Il Mulino, Bologna, 1981, p. 29 ss.). Il modello del gioco a somma zero è stato diffusamente impiegato in ambito economico per razionalizzare e semplificare «questioni distributive» nelle quali si verifica un conflitto ed una competizione fra valori interdipendenti (per il suo contributo allo sviluppo della teoria dei giochi, nel 1994 Nash ha ricevuto il premio Nobel per l'economia insieme a John Harsanyi e Reinhard Selten).

Il superamento della fase emergenziale, eliminando la situazione di conflitto, consente al diritto ordinario di riespandersi e di riacquistare la capacità di garantire la tutela di tutti gli interessi giuridicamente rilevanti. Il ripristino della situazione ordinaria consente (nuovamente) l'adozione del modello del gioco a somma maggiore di zero, in quanto tutti gli interessi, sia quelli incisi dalla situazione di pericolo sia quelli compresi dallo stato d'eccezione, ricevono una piena tutela.

In sostanza, nel modello conservativo lo stato d'eccezione opera una redistribuzione delle risorse giuridiche, divenute insufficienti per il sopraggiungere del fatto emergenziale, funzionale al ripristino della situazione di partenza, in cui i valori e gli interessi giuridicamente rilevanti si trovano in una situazione di equilibrio e ricevono adeguata tutela dal diritto ordinario.

Al contrario, nel modello evolutivo i poteri straordinari non sono finalizzati ad assicurare la tutela degli interessi e dei valori ordinariamente assicurati dal diritto per il tempo necessario all'eliminazione della situazione emergenziale e al conseguente ripristino delle condizioni ordinarie, bensì all'affermazione di interessi e valori nuovi. L'effetto pratico di tale modello consiste nel fatto che il diritto ordinario viene definitivamente modificato e non soltanto provvisoriamente derogato²⁸, per cui l'esercizio dei poteri straordinari – anche se non esplicitamente dichiarato – integra gli estremi di un vero e proprio processo costituente²⁹.

²⁸ Con riferimento a tale modello, si è osservato come, sebbene sia sostenuta dalla pressoché unanime dottrina, la tesi secondo cui la funzione dello stato di eccezione è quella di garantire la conservazione dell'ordine esistente è soltanto parzialmente fondata, in quanto lo stato d'eccezione «può anche avere una funzione evolutrice». In questo caso, la situazione giuridica eccezionale determina una fase di transizione da un ordine costituzionale a un altro, «le cui regole fondamentali nella fase transitoria vivono come eccezionali». Questa peculiare caratteristica dello stato di eccezione si riverbera sia sul piano strutturale, che, naturalmente, su quello funzionale. Sulla base di tale bipartizione si è pervenuti alla distinzione tra emergenza e crisi costituzionale (P. PINNA, *L'emergenza nell'ordinamento costituzionale italiano*, cit., p. 77 ss.).

²⁹ Con riferimento al potere costituente si è stato osservato che esso non soggiace a limiti giuridici «nemmeno nei precedenti fatti del c.d. processo costituente», anche a voler ritenere che tali fatti abbiano forza normativa (A. PACE, *Instaurazione di una nuova Costituzione. Profili di teoria costituzionale*, cit., p. 18 ss.). In altri termini, «il potere costituente si muove al di là della sfera del giuridico e, quindi, l'attività che lo caratterizza non può essere qualificata come “funzione dello Stato”». In termini opposti, in ordine alla natura funzionale del potere costituente, P. BARILE, *Potere costituente*, in *Noviss. dig.*, XIII, Torino, 1966, p. 444.

In questo senso, secondo la maggioranza degli studiosi, anche di quelli non di orientamento giuspositivista, «mentre la sovranità (giuridica) si sostanzia – e si risolve – in funzioni e, comunque, in poteri che sono giuridici, il potere costituente consiste in un potere di mero fatto. Pertanto esso avrà quei soli limiti procedimentali e sostanziali che il detentore di tale potere riterrà, per motivi politici, di considerare vincolanti» (In questi termini, A. PACE, *Instaurazione di una nuova Costituzione. Profili di teoria costituzionale*, cit., p. 18 ss.; dello stesso tenore, R. CARRE DE

Rispetto al modello conservativo, quindi, lo stato d'eccezione di tipo evolutivo produce un risultato finale sostanzialmente diverso, in quanto lo schema del gioco a somma zero governa non soltanto la fase emergenziale, ma altresì quella ordinaria, ripristinata a seguito dell'eliminazione dell'emergenza: la redistribuzione delle risorse giuridiche, necessaria a fronteggiare la situazione di crisi, permane anche al cessare dell'emergenza, determinandosi una trasformazione permanente dell'ordinario sistema di interessi e valori riconosciuti e garantiti dall'ordinamento.

Anche con riferimento a tale bipartizione non è possibile formulare astrattamente un giudizio di preferibilità di un modello rispetto all'altro, atteso che l'efficacia dell'uno o dell'altro deve essere necessariamente valutata in relazione allo specifico contesto emergenziale di riferimento. Piuttosto, tale ripartizione consente di operare una distinzione all'interno della categoria generale di emergenza tra emergenza "pura" ed emergenza "ibrida", intendendosi con quest'ultima espressione il fenomeno emergenziale in cui si ravvisano contestualmente caratteristiche proprie dei procedimenti costituenti, atteso che lo stato di eccezione di tipo evolutivo riproduce lo schema di poteri che ha condotto all'originaria definizione dell'ordinamento³⁰.

Naturalmente, dall'opinabilità della distinzione tra modello conservativo e modello evolutivo non può farsi discendere l'irrilevanza dell'adozione dell'uno piuttosto che dell'altro. Infatti, mentre nel primo caso il fenomeno giuridico in corso a null'altro volge se non al ripristino della situazione ordinaria alterata dall'emergenza, nella seconda ipotesi il ricorso all'esercizio dei poteri straordinari

MALBERG, *Contribution à la théorie générale de l'Etat*, Parigi, 1920, p. 66; G. JELLINEK, *La dottrina generale dello stato*, Milano, 1921, p. 302 ss.; P. BARILE, *Potere costituente*, cit., p. 445; F. MODUGNO, *Il problema dei limiti alla revisione costituzionale (In occasione di un commento al messaggio alla Camera del Presidente della Repubblica del 26 giugno 1991)*, in *Giur. cost.*, 1992, p. 1661; C. MORTATI, *La Costituente*, in *Raccolta di scritti*, I, Giuffrè, Milano, 1972, p. 11).

³⁰ Vi sono, in particolare, situazioni emergenziali (come, per esempio, quelle belliche) in cui, più che in altre, il confine tra esercizio di poteri eccezionali e attività costituente risulta tanto labile da diventare impercettibile. In questi casi, al termine della fase emergenziale prende avvio il processo formalmente costituente di un nuovo ordine. Potere eccezionale di tipo evolutivo e potere costituente condividono, del resto, la stessa natura: entrambi difettano di una legittimazione giuridica, in quanto non sussumibili in una ipotesi astratta trascendente l'ordinamento giuridico. Ne consegue l'attribuzione in capo al soggetto che concretamente esercita la sovranità della responsabilità di compiere una scelta che per definizione è arbitraria, *legibus soluta* e irripetibile nell'ambito di un determinato ordinamento in vigore. Infine, il modello evolutivo dello stato di eccezione, «costringendo il sovrano a "derogare" al diritto vigente senza limitazioni di sorta, ripropone la natura positiva e convenzionale del diritto come sistema di regole valide solo rispetto al contesto sociale di riferimento» (G. MARAZZITA, *L'emergenza costituzionale*, cit., p.147).

conduce a una revisione occulta della costituzione, se non addirittura a una vera e propria crisi del sistema costituzionale, da cui discende la definizione di un nuovo ordinamento.

Nello schema evolutivo, quindi, la “finalità occulta” dello stato d’eccezione pone seri problemi di legittimazione e di responsabilità, atteso che la «decisione politica fondamentale»³¹ viene effettuata, non già da un’assemblea costituente a ciò legittimata, bensì da un sistema di poteri – la cui funzione è limitata al contrasto dell’emergenza – definito dallo stesso ordinamento che ne risulta, poi, sostanzialmente modificato³².

Nel modello evolutivo, dunque, l’esito a cui conduce l’esercizio dei poteri straordinari ha un presupposto meramente illusorio, che però permette al titolare degli stessi di ricoprire una posizione sopraelevata a quella degli altri politici. In questa prospettiva, si è adeguatamente evidenziato come «il problema di chi decide di questo potere, e cioè del caso non regolato dal diritto, diventa il problema della sovranità»³³.

³¹ Mediante l’impiego di tale espressione, Schmitt ha delineato la distinzione tra le singole leggi costituzionali e «la costituzione come decisione», che non è espressa in una legge o in una norma e nella quale è racchiusa l’essenza stessa della costituzione. Si tratta, cioè, della decisione politica fondamentale cui è chiamato il titolare del potere costituente (il popolo, in una democrazia, o il monarca, in una monarchia pura), prima di ogni normazione (C. SCHMITT, *Dottrina della costituzione*, Giuffrè, Milano, 1984, p. 41 ss.).

³² Naturalmente, affermato il nuovo ordinamento costituzionale, non assume rilevanza alcuna la circostanza che a tale esito si sia pervenuti in via di fatto o in applicazione delle previgenti disposizioni normative. Ciò, in quanto la legittimazione del relativo procedimento di formazione trova il suo fondamento nello stesso nuovo ordinamento (in questi termini, S. ROMANO, *L’instaurazione di fatto di un ordinamento e la sua legittimazione*, in *Scritti minori*, Milano, 1950, p. 156; sul punto anche, P. PINNA, *L’emergenza nell’ordinamento costituzionale italiano*, cit., p. 70 ss.).

³³ A tale affermazione, il giurista tedesco è pervenuto all’esito di un’indagine condotta sulla restaurata monarchia francese, nell’ambito della quale ha evidenziato la circostanza che il fondamento giuridico dei poteri straordinari è stato individuato in una particolare interpretazione dell’art. 14 della costituzione del 1814. La disposizione, intitolata «Formes du gouvernement du roi» (forme del governo del re), disponeva l’attribuzione al Capo dello Stato di una serie di poteri, quali il supremo comando militare, la dichiarazione dello stato di guerra e l’adozione di tutte le misure funzionali a garantire la sicurezza statale. In altri termini, la sovranità disciplinata dalla norma in era intesa alla stregua di un «potere statale illimitato per principio che si autolimita con la legislazione soltanto per quel tempo che esso considera come condizione normale» (C. SCHMITT, *La dittatura*, cit., p. 203 ss.).

4. Poteri straordinari e tutela dei principi fondamentali. Il rispetto del rapporto di gerarchia tra le fonti quale baluardo contro lo “sconfinamento”

Con riferimento all’esigenza di salvaguardare l’ordinaria struttura dei poteri e di impedire una indebita compressione dei valori generalmente riconosciuti, viene in rilievo la tematica delle fonti legislative. Si rende necessario garantire la preservazione del rapporto di gerarchia (vale a dire la relazione di subordinazione che lega la fonte di legge subordinata a quella sovraordinata), il quale costituisce il più efficace baluardo contro lo “sconfinamento” dei poteri straordinari, a garanzia della protezione dell’ordinario sistema giuridico e della tutela dei suoi principi fondamentali. Tuttavia è fisiologico che all’interno di un sistema legislativo si verifichino delle situazioni di contrasto tra diverse disposizioni normative.

L’ordinamento giuridico si compone di una disciplina ordinaria o comune alla cui formazione concorre quell’insieme di norme che rivestono una funzione di regolarità nel sistema. Con l’espressione regolarità si fa riferimento ai requisiti essenziali di concordanza e di congruenza delle disposizioni normative sia alle norme di eguale grado o di fonte sovraordinata, che ai valori e ai principi fondamentali che definiscono un dato ordinamento giuridico in un determinato periodo storico. Oltre che dal riguardo al criterio di conformità, la veste di disciplina normativa ordinaria o comune deriva anche dall’ossequio alle procedure di produzione normativa, il cui rispetto è garantito dalla preventiva attribuzione delle relative competenze a determinati organi dello Stato, da un lato, e dall’attività di controllo – preventiva o successiva – in ordine alla conformità al sistema, di competenza di organi analogamente precostituiti.

Il sistema normativo costituito dalle norme regolari può prevedere una norma a cui è affidata la disciplina di un’ipotesi specifica tra quelle sussumibili nella disposizione di carattere generale. Una disposizione di questo genere è definita “norma in deroga”, la quale non incide però sulla vigenza e sull’efficacia della disposizione generale, limitandosi a sottrarre alla disciplina di quest’ultima l’ipotesi specifica espressamente regolata³⁴. Il contrasto tra le due disposizioni, infatti, è

³⁴ Sul punto, G.U. RESCIGNO, *Deroga (in materia legislativa)*, in *Enc. dir.*, vol. XII, Giuffrè, Milano, 1964, p. 303; F. MODUGNO, *Norma (teoria generale)*, in *Enc. dir.*, vol. XXVIII, Giuffrè, Milano, 1978, p. 385.

soltanto apparente, e trova soluzione nell'applicazione della disciplina dettata dalla norma in deroga per una delle ipotesi precedentemente ricadenti sotto la previsione della disposizione generale. Ne consegue che la norma in deroga di cui si tratta non produce né l'abrogazione della disposizione generale preesistente, né la sospensione dell'efficacia della stessa³⁵.

In virtù delle sue peculiari caratteristiche, e quindi della natura meramente apparente del conflitto, la disposizione in parola non produce un contrasto nell'ambito del sistema giuridico ordinario, né genera questioni di compatibilità in seno alla gerarchia delle fonti normative, in quanto l'effetto pratico prodotto dalla sua introduzione nel sistema normativo consiste nella previsione di una disciplina speciale per la specifica ipotesi contemplata dalla stessa norma, la generalità delle quali continua a soggiacere alla disciplina dettata dalla norma generale. Ne consegue che la norma in deroga assume carattere di regolarità nel sistema normativo ordinario, nell'ambito del quale si caratterizza in virtù della disciplina specifica dettata, da cui deriva una corrispondente restrizione del campo di applicazione della disposizione generale³⁶. Tale è il fenomeno che si riscontra con riferimento all'ambito delle leggi speciali, espressione con la quale si fa riferimento agli interventi normativi, con cui si definisce una disciplina specifica o di settore, realizzatisi successivamente all'emanazione del codice penale del 1930. Si tratta di disposizioni normative che si pongono a integrazione di una disciplina preesistente e generale.

Diversa da quella appena descritta è l'ipotesi della norma in deroga in senso stretto, espressione con la quale si fa riferimento alla norma che nel sistema normativo assume natura e carattere eccezionali. La norma anzidetta, infatti, non costituisce una vera e propria deroga in quanto assume un carattere di regolarità nel sistema normativo, rispetto al quale si pone in rapporto di conformità e adeguatezza.

³⁵ «La deroga in quanto effetto giuridico è individuata dai seguenti elementi: sopravvenienza di una norma di specie rispetto a norma di genere preesistente, contemporanea vigenza di ambedue le norme secondo il rapporto *lex generalis lex specialis* che si istituisce fra di esse. Si spiega in tal modo perché la deroga in quanto effetto (e non la deroga in quanto mera relazione fra norme) porti con sé a volta a volta fenomeni di retroattività, di applicazione differita (o, il che è lo stesso, di ultrattività della norma derogata) o infine di applicazione immediata (e in questo, ma solo in questo, la deroga si apparenta con l'abrogazione).

La deroga si distingue nettamente sia dalla sospensione di efficacia di una norma sia dall'abrogazione» (G.U. RESCIGNO, *Deroga (in materia legislativa)*, cit., p. 303).

³⁶ S. PUGLIATTI, *Abrogazione*, in *Enc. dir.*, vol. I, Giuffrè, Milano, 1958, p. 145.

Al contrario, una deroga in senso letterale si configura nel caso in cui la norma si ponga in contrasto non la disposizione di carattere generale, con la conseguenza che la relazione che si instaura tra le due norme non è più del tipo “norma generale-norma speciale”, bensì “norma regolare-norma eccezionale”³⁷.

Nell’analisi del rapporto di conflittualità esistente tra una norma regolare e una norma eccezionale non si rinvengono immutabili parametri di riferimento, in quanto tale relazione dipende dalle peculiari caratteristiche dell’ordinamento giuridico di riferimento, in particolare dal complesso di valori e di principi condivisi in un dato periodo storico³⁸.

In considerazione della peculiare rilevanza del tema, specie per le sue forti connotazioni politiche, il legislatore ordinario (art. 14 delle Disposizioni sulla legge in generale o preleggi al codice civile, R.D. 16 marzo 1942 n. 262) ha espressamente individuato dei limiti di operatività della norma eccezionale, escludendone l’applicabilità per via analogica³⁹. In altri termini, esigenze politico-legislative hanno indotto il legislatore a circoscrivere il campo di applicazione della norma eccezionale alla sola ipotesi espressamente regolata dalla norma. Dalla circostanza poi che il divieto di applicazione analogica sia stato esteso anche alla norma penale può indubbiamente farsi discendere la natura derogatoria di questa norma rispetto al sistema normativo regolare e ordinario.

La previsione normativa contenuta nella disposizione eccezionale, dunque, si pone in conflitto con la disciplina di carattere generale, dando origine a un contrasto interno rispetto non solo al sistema legislativo, ma altresì ai valori e ai principi dell’ordinamento (*contra rationem iuris*)⁴⁰. Dall’introduzione della norma

³⁷ Sul punto si è precisato che: «la norma di “diritto speciale” è caratterizzata dalla sua diversità rispetto alla norma di “diritto comune”, mentre la norma eccezionale è caratterizzata dalla sua contrarietà rispetto a quella di “diritto comune”» (F. MODUGNO, *Norma (teoria generale)*, cit., p. 514 ss.).

³⁸ P. PERLINGIERI, *Profili istituzionali del diritto civile*, Edizioni Scientifiche, Napoli, 1979, p. 125.

³⁹ Ai sensi dell’art. 14 delle Disposizioni sulla legge in generale, preliminari al codice civile: «Le leggi penali e quelle che fanno eccezione a regole generali o ad altre leggi non si applicano oltre i casi e i tempi in esse considerati».

⁴⁰ «Si intende per “norma eccezionale” una norma caratterizzata nella sua essenza, da una condizione di contrasto o di deroga, rispetto ai fondamentali principi che un ordinamento esprime, di tal ché la regolamentazione intervenuta si appalesa inidonea - proprio per tale anomalia - ad essere estesa a fattispecie in essa non espressamente considerate» (Cons. Stato, Sez. VI, n. 971 del 21 novembre 1990).

eccezionale potrebbe derivare, quindi, anche una vera e propria “rottura della Costituzione”⁴¹, ossia una situazione di conflitto con norme di rango costituzionale.

Per quanto concerne le peculiari caratteristiche della norma eccezionale, occorre preliminarmente evidenziare che la stessa dispone di una efficacia temporalmente limitata. Tale disposizione, infatti, viene introdotta per fronteggiare una determinata esigenza concreta, al venir meno della quale la stessa norma eccezionale non ha più ragione di esistere⁴².

Le norme eccezionali, inoltre, in quanto animate dalla finalità di garantire un esercizio delle funzioni decisionali celere, efficace e adeguato a far fronte alla peculiare situazione fattuale determinatasi, sono corredate dall’attribuzione dei poteri, per la durata strettamente necessaria al raggiungimento della finalità della norma, a soggetti estranei agli ordinari centri di potere. In sostanza, le norme eccezionali producono un’estrema deroga al sistema normativo ordinario, per cui la loro introduzione deve trovare necessario fondamento nella necessità e nell’urgenza dell’intervento derogatorio.

Sono proprio gli effetti giuridici conflittuali che determinano la vigenza e il carattere temporaneo della norma eccezionale. Diversamente, infatti, la legislazione eccezionale determinerebbe, almeno in parte, l’abrogazione del sistema legislativo previgente e la sua sostituzione con un diverso assetto normativo. In questa ipotesi estrema, la norma eccezionale assume i caratteri di una vera e propria norma rivoluzionaria, la cui operatività non è limitata alla disciplina di una peculiare situazione contingente, ma si estende alla trasformazione dello stesso ordinamento giuridico mediante la definizione di un nuovo complesso di principi e di valori.

Sul punto, occorre comunque precisare che la norma eccezionale non determina in ogni caso un contrasto con il sistema costituzionale, giungendosi a tale

⁴¹ C. MORTATI, *Costituzione della Repubblica italiana*, cit., p. 191 ss.

⁴² È nel carattere della provvisorietà, quindi, che risiede l’aspetto discreto tra i provvedimenti di necessità necessari a fronteggiare una situazione di emergenza e il sovvertimento del sistema conseguente a un colpo di Stato: «in quanto che presuppongono che venute meno certe condizioni straordinarie, anche l’ordinario regime venga in tutto ripristinato. Non d’instaurazione di un nuovo ordinamento costituzionale è quindi in tal caso a parlarsi, ma della momentanea sospensione di quello già esistente. Avuto riguardo a questi estremi abbastanza caratteristici, sembra affatto infondato il paragonare, come qualche volta si fa più o meno intenzionalmente, la figura del colpo di Stato a quella di provvedimenti di necessità» (S. ROMANO, *L’instaurazione di fatto di un ordinamento costituzionale e la sua legittimazione*, in *Lo Stato moderno e la sua crisi*, Giuffrè, Milano, 1969, p. 53).

effetto nel solo caso in cui la finalità sottesa all'introduzione della norma sia quella di sovvertire l'ordinamento. Diversa è l'ipotesi della norma in deroga in senso stretto introdotta, in presenza dei requisiti della necessità e dell'urgenza, al solo fine di fronteggiare situazioni emergenziali che determinano una crisi temporanea dell'ordinario sistema normativo. In questo caso, infatti, alla norma eccezionale deve essere riconosciuta la sola funzione di garantire la salvaguardia e la tutela dei principi e dei valori affermati dall'ordinamento.

Del resto, a conferma che l'introduzione di norme di carattere derogatorio possa considerarsi compatibile con il sistema ordinamentale ordinario soccorre l'insieme di disposizioni e di poteri speciali che la Carta costituzionale riserva ai casi di emergenza⁴³. Con riferimento a tali peculiari ipotesi, infatti, la norma eccezionale viene individuata come unico strumento che consenta di garantire la tutela dell'ordinamento contro eventuali azioni eversive o sovversive.

In sostanza, quanto al suo contenuto, la norma di eccezione o in deroga costituisce la legittimazione, in ragione della situazione contingente da fronteggiare, a una violazione di legge consapevole e controllata, funzionale alla conservazione dell'ordinario assetto ordinamentale. L'aspetto critico in ordine alla solidità di un sistema costituzionale, dunque, non è rappresentato dalle norme eccezionali espresse di tal tipo, bensì dalle c.d. deroghe implicite, ossia da quelle disposizioni di legge che, sebbene non si pongano in aperto contrasto con fonti di rango superiore, determinano una violazione di valori e principi fondamentali.

5. Lacuna normativa o consapevole scelta legislativa? La disciplina dello stato di eccezione nell'ordinamento italiano e in alcuni Paesi europei

A differenza di quanto avviene in altri ordinamenti europei⁴⁴, nell'ordinamento costituzionale italiano non si rinviene una clausola generale sullo stato di

⁴³ Con riferimento alle situazioni di emergenza, la nostra Carta costituzionale disciplina i casi estremi in cui si pone la necessità di difendere il sistema: lo stato di guerra e lo stato di pericolo pubblico. Sullo stato di eccezione nell'ordinamento italiano, vedi *infra*, par. 5.

⁴⁴ Le costituzioni di diversi Stati europei contengono disciplinano in maniera esplicita e dettagliata il diritto di eccezione. Per una rassegna in ordine alla disciplina dei poteri emergenziali nei diversi ordinamenti europei: C.E. RAFFIOTTA, *Le ordinanze emergenziali nel diritto comparato*, in *Rivista AIC*, 2017, p. 30 ss.

emergenza, di necessità⁴⁵ o di eccezione⁴⁶. Soltanto in alcune delle Carte costituzionali moderne, infatti, il concetto di eccezione risulta espressamente trasposto in talune specifiche disposizioni. Tra queste è annoverabile la Costituzione spagnola⁴⁷, nella quale sono disciplinate tre differenti ipotesi di situazioni straordinarie (l'allarme, l'eccezione e l'assedio), con riferimento alle quali vengono definite differenti procedure di azione dei vari organi costituzionali (art. 116 Cost.)⁴⁸.

Anche la Carta fondamentale francese definisce uno strutturato modello di emergenza⁴⁹, nell'ambito del quale sono contemplate due differenti situazioni di crisi⁵⁰:

⁴⁵ S. ROMANO, *Saggio di una teoria sulle leggi di approvazione*, in *Filangeri*, 1898, ora G. ZANOBINI (a cura di), *Scritti minori*, I, Giuffrè, Milano, 1950, p. 83 ss., secondo il quale nelle situazioni di emergenza la necessità diventa fonte di produzione del diritto.

⁴⁶ Secondo Carl Schmitt, le misure adottate in stato di eccezione sono svincolate dal diritto, in quanto tale regime rappresenta la forma legale di ciò che non può avere forma legale: «sovrano è chi decide sullo stato di eccezione» (C. SCHMITT, *Teologia politica. Quattro capitoli sulla dottrina della sovranità*, cit., p. 33). «Lo stato di eccezione schmittiano – di questi tempi spesso evocato – presuppone invece uno spazio vuoto, deregolato e riempito dalla volontà del sovrano, inteso come potere pubblico liberato da ogni vincolo giuridico e capace di trasformare istantaneamente la propria forza in diritto» (G. SILVESTRI, *Covid-19 e Costituzione*, in *unicost.eu*, 2020). Lo stato di eccezione è dettagliatamente analizzato anche da G. AGAMBEN, *Stato di eccezione*, Bollati Boringhieri, Torino, 2003.

Con specifico riferimento all'emergenza sanitaria da Covid-19, si vedano: R. RAVI PINTO, *Brevi considerazioni su Stato di emergenza e Stato costituzionale*, in *BioLaw Journal*, 2020; C. ZUCHELLI, *Lo "stato di eccezione" e i pericoli per la Costituzione che finisce violata*, in *Il Dubbio*, 2020; A. VENANZONI, *L'innominabile attuale. L'emergenza Covid-19 tra diritti fondamentali e stato di eccezione*, in *Forum di Quaderni costituzionali*, 2020; L. BUSCEMA, *Emergenza sanitaria ed ordinamento democratico: questioni di metodo e di valore*, in *BioLaw Journal*, 2020 («l'ordinamento giuridico è sospeso e continuamente infranto»).

⁴⁷ Con riferimento all'esperienza spagnola: G. LECUMBERRI BEASCOA, *Il diritto di eccezione, una prospettiva di diritto comparato. Spagna: stato di allarme*, in *EPRS - Servizio di Ricerca del Parlamento europeo*, 2020.

⁴⁸ Con riferimento alla gestione normativa dell'emergenza sanitaria in Spagna, Francia e Germania: R. DI CESARE, M. MERCURI (a cura di), *Emergenza da COVID-19 e attività parlamentare: i casi di Francia, Germania e Spagna*, in *Dossier servizio studi Senato*, 2020. Il caso tedesco, invece, è analizzato da: G. TACCOGNA, *L'ordinamento giuridico tedesco di fronte al virus Sars-CoV-2*, in *I diritti costituzionali di fronte all'emergenza Covid-19 (federalismi.it)*, 2020.

⁴⁹ Il modello è così definito in applicazione della legislazione attuativa, recentemente modificata in seguito agli attacchi terroristici di Parigi, che disciplina le modalità di dichiarazione dello stato di emergenza.

⁵⁰ Invero, l'ordinamento francese annovera un ulteriore istituto ricollegabile alla disciplina dell'emergenza. Si tratta dello stato d'urgenza, che, sebbene sia disciplinato da una legge entrata in vigore anteriormente alla vigente Costituzione (del 1958) è stato sostanzialmente «ri-legittimato dal legislatore e dal *Conseil Constitutionnel*», (P. BONETTI, *Terrorismo, emergenza e costituzioni democratiche*, Il Mulino, Bologna, 2006, p. 166). Si tratta, in realtà, dello strumento che, soprattutto in ragione della genericità dei relativi presupposti, è stato maggiormente impiegato nella gestione delle situazioni di emergenza: tra le più recenti dichiarazioni dello stato d'urgenza vi è quella relativa agli attacchi terroristici di matrice islamica del 2015.

- minaccia grave e immediata alle istituzioni della Repubblica, all'indipendenza della nazione, all'integrità del territorio o all'esecuzione degli impegni internazionali e interruzione del regolare funzionamento dei poteri pubblici costituzionali, nel qual caso è prevista l'attribuzione di poteri straordinari al Presidente della Repubblica (art. 16 Cost.);
- la dichiarazione dello stato di assedio, da parte del Consiglio dei Ministri, per una durata non superiore a dodici giorni, salvo proroghe deliberate dal Parlamento (art. 36 Cost.).

Con riferimento all'ordinamento italiano, invece, l'assenza di una espressa previsione di uno stato di emergenza e della definizione delle relative procedure di gestione della situazione di crisi deve essere ricondotta ai timori derivanti dall'esperienza fascista e dagli abusi autoritari cui si sarebbe potuta prestare una disciplina di tal genere⁵¹. Nella decisione dei padri costituenti, infatti, ha sicuramente inciso il ricordo della vicenda tedesca, in cui l'affermazione del regime nazista fu indubbiamente agevolata dalla previsione normativa di cui all'art. 48, comma 2, Cost., relativo alla disciplina dello stato d'eccezione e della relativa sospensione dei diritti fondamentali⁵².

A ben vedere, però, l'analisi della nostra Carta costituzionale consente comunque di individuare, in via interpretativa, una «ambigua, debole e frammentata»⁵³ disciplina dell'emergenza. Si tratta di una serie di disposizioni che individuano una serie di specifiche ipotesi in cui, la necessità di garantire la gestione di situazioni straordinarie (ovvero «minacce sempre più terribili con mezzi e

⁵¹ L'idea di una previsione espressa nel testo costituzionale dello stato d'allarme – tale da sospendere i diritti fondamentali riconosciuti dalla Costituzione, sullo schema dell'art. 19 della Costituzione francese – fu respinta con decisione, in Assemblea costituente, dalla Prima sottocommissione. Alla luce dell'esperienza della Costituzione di Weimar, l'on. Vincenzo La Rocca, tra gli altri, si oppose all'ipotesi di disciplinare un'ipotesi di stato d'assedio, che attribuisse pieni poteri del Governo. Con riferimento al dibattito sullo stato di eccezione: in Assemblea costituente, B. CHERCHI, *Stato d'assedio e sospensione delle libertà nei lavori dell'Assemblea costituente*, in *Riv. Trim. Dir. Pubblico*, 1981, p. 1108 ss.; F. COLONNA, *Stato di pericolo pubblico e sospensione dei diritti di libertà dei cittadini*, in *Dem. e Dir.*, 1967, p. 263 ss. In ordine all'ipotesi dello stato d'assedio nell'esperienza statutaria, G. BASCHERINI, *Lo stato d'assedio nell'esperienza statutaria italiana*, in *Giur. cost.*, 1994, p. 4268.

⁵² G. SILVESTRI, *Covid-19 e Costituzione*, cit.

⁵³ In questi termini: F. CLEMENTI, *Il lascito della gestione normativa dell'emergenza: tre riforme ormai ineludibili*, in *Rivista AIC*, 2020.

strategie straordinari»⁵⁴), rende necessaria l'attribuzione della titolarità del potere decisionale ad organi diversi da quello legislativo⁵⁵.

Si tratta però di uno schema organizzativo che non risulta esclusivo della Costituzione italiana, in quanto un modello di emergenza di tal genere è condiviso da tutte le Costituzioni che dispongono l'attribuzione ordinaria del potere legislativo all'organo rappresentativo della volontà popolare, al fine di «sopperire alle lentezze parlamentari e politiche che possono determinarsi nella sede parlamentare e che possono risultare insostenibili di fronte a situazioni di emergenza»⁵⁶.

Naturalmente, con riferimento al concetto di emergenza, giova precisare che sulla definizione del contenuto di tale espressione, e conseguentemente sull'individuazione in concreto delle situazioni che richiedono l'attuazione di uno stato d'eccezione, incide la discrezionalità decisionale dei soggetti che, volta per volta, sono tenuti a valutare le specifiche situazioni emergenziali e ad assumersi la responsabilità in ordine alla definizione delle misure necessarie per fronteggiarle.

È proprio la valutazione della condizione emergenziale, infatti, in cui si riscontrano le più consistenti difficoltà interpretative, a costituire il principale tema di indagine, preliminare rispetto all'esame dei riflessi in ordine al sistema delle fonti del diritto⁵⁷.

Si è, comunque, già avuto modo di precisare come indiscutibile caratteristica dell'emergenza sia la transitorietà, che si traduce nell'efficacia temporanea delle relative misure di contrasto. Detto altrimenti, «l'emergenza è, per propria natura, destinata a cessare, anche in ragione delle determinazioni apprestate dallo Stato per fronteggiarla; tali determinazioni, per propria natura, sono dunque provvisorie,

⁵⁴ G. AGAMBEN, *Stato di eccezione*, cit., p. 10.

⁵⁵ «Il modello costituzionale italiano conosce solo un'emergenza cd. "ordinaria" (i "casi straordinari di necessità e urgenza" ex art. 77 Cost.) mentre quella "straordinaria" è circoscritta alla fattispecie di cui all'art. 78 Cost.. Nel primo assetto, riesce esaltata soprattutto la capacità e responsabilità politica autonoma del Governo nella gestione dei casi straordinari di necessità e urgenza (cui segue il controllo del Parlamento nella fase della possibile conversione del d.l.). Il secondo figurino ricalca da vicino il modello della delega legislativa "atipica", essendo l'azione del Governo preceduta e indirizzata dalla previa decisione delle Camere, di dichiarare lo stato di guerra e, successivamente, del provvedimento con cui le stesse conferiscono all'Esecutivo i "poteri necessari"» (V. BALDINI, *Emergenza costituzionale e Costituzione dell'emergenza. Brevi riflessioni (e parziali) di teoria del diritto*, in *dirittifondamentali.it*, 2020, p. 894).

⁵⁶ G. ZAGREBELSKY, *Manuale di diritto costituzionale*, Giappichelli, Torino, 1993, p. 174 ss.

⁵⁷ M. LUCIANI, *Il sistema delle fonti del diritto alla prova dell'emergenza*, in *Rivista AIC*, 2020.

imposte dall'emergenza e destinate a cessare con essa»⁵⁸. Ne consegue che la predisposizione, da parte di un ordinamento democratico, di un sistema di gestione dell'emergenza che pretenda di porsi in una situazione di equilibrio rispetto alla struttura costituzionale, deve necessariamente rispettare, innanzitutto, il requisito della provvisorietà.

Quanto all'ordinamento italiano, l'assenza nel testo costituzionale di una espressa previsione e regolamentazione dell'emergenza costituisce la logica espressione dell'indirizzo politico assunto dal Costituente⁵⁹, volto alla definizione di una disciplina positiva dell'urgenza, piuttosto che dell'emergenza. In tale prospettiva, l'esigenza avvertita è stata quella di definire, all'interno del sistema di rapporti fiduciari Parlamento-Governo e dei relativi meccanismi di controllo, un sistema, comunque circoscritto, di procedure legislative eccezionali, in quanto derogatorie di quella prevista per le situazioni di "normalità"⁶⁰.

Il riferimento è ovviamente alla previsione espressa di atti aventi forza di legge (i decreti-legge), ai quali è affidata la disciplina legislativa di «casi straordinari di necessità e urgenza» (art. 77 Cost.). L'adozione di tali provvedimenti, aventi natura provvisoria e valore di legge ordinaria⁶¹, è rimessa alla competenza del Governo, in capo al quale viene, dunque, trasferita la titolarità del potere legislativo – nonché la relativa responsabilità politica⁶² –, in virtù della quale il potere Esecutivo esercita, in via straordinaria, «potestà legislative normalmente di spettanza parlamentare»⁶³.

Invero, oltre a questa peculiare ipotesi di trasferimento della potestà legislativa in capo al Governo per ragioni di necessità e urgenza, un ulteriore istituto che, in

⁵⁸ S. STAIANO, *Brevi note su un ossimoro: l'emergenza stabilizzata*, in S. STAIANO (a cura di), *Giurisprudenza costituzionale e principi fondamentali. Alla ricerca del nucleo duro delle Costituzioni, Atti del Convegno annuale del Gruppo di Pisa*, Giappichelli, Torino, 2006, p. 650.

⁵⁹ In ordine al dibattito in Assemblea costituente, G. DE MINICO, *Costituzione emergenza e terrorismo*, Jovene, Napoli, 2016, p. 34 ss.

⁶⁰ Art. 72, comma 4, Cost.:

«La procedura normale di esame e di approvazione diretta da parte della Camera è sempre adottata per i disegni di legge in materia costituzionale ed elettorale e per quelli di delegazione legislativa, di autorizzazione a ratificare trattati internazionali, di approvazione di bilanci e consuntivi»

⁶¹ C. ESPOSITO, *Decreto-legge*, in *Enc. dir.*, XI, Giuffrè, Milano, 1962, p. 831 ss.; F.S. MARINI, *Le deroghe costituzionali da parte dei decreti-legge*, in *federalismi.it*, 2020.

⁶² Sebbene non contenga una disciplina espressa dello stato de emergenza, «La Costituzione, nondimeno, non ha dimenticato il principio di necessità» (F. CINTIOLI, *Sul regime del lockdown in Italia (note sul decreto legge n. 19 del 25 marzo 2020)*, in *federalismi.it*, 2020).

⁶³ P. PINNA, *L'emergenza nell'ordinamento costituzionale italiano*, cit., p. 33.

misura anche maggiore attiene al tema dell'emergenza, è costituito dalla deliberazione dello Stato di guerra⁶⁴ (art. 78 Cost.)⁶⁵. La disposizione in parola stabilisce che, con la deliberazione dello stato di Guerra, le Camere riconoscono in capo al Governo non pieni poteri, bensì quelli strettamente necessari alla gestione della peculiare situazione emergenziale, ciò in ossequio al «principio di proporzionalità, che vale non soltanto per la restrizione dei diritti fondamentali, ma anche per le alterazioni del normale equilibrio costituzionale»⁶⁶. A ulteriore garanzia contro possibili derive autoritarie, la costituzione attribuisce poi una particolare attività di controllo al Presidente della Repubblica, al quale, in qualità di garante dell'unità nazionale, spetta la dichiarazione dello stato di guerra deliberato dalle Camere (art. 87, comma 9, Cost.)⁶⁷. Ciò, all'evidente fine di impedire che le valutazioni in ordine allo stato di guerra siano rimesse in via esclusiva ai detentori ordinari del potere di decisione politica.

In virtù di una lettura combinata delle disposizioni di cui agli artt. 77, 78 e 87 Cost., la dottrina ha cercato, quindi, di definire uno schema di disciplina delle competenze e dei poteri attribuiti ai vari organi costituzionali nelle situazioni di guerra e di necessità: il Parlamento (cui è rimessa la conversione dei decreti-legge adottati dall'Esecutivo e la deliberazione dello stato di guerra); il Governo, cui sono attribuiti la competenza in ordine all'adozione degli atti aventi forza di legge e i poteri necessari alla gestione dello stato di guerra); il Presidente della Repubblica,

⁶⁴ In ordine alla possibilità di utilizzare il modello relativo allo stato di guerra anche per la gestione di emergenza come quella determinata dalla diffusione pandemica del Covid-19, A. D'ALOIA, *Costituzione ed emergenza: l'esperienza del coronavirus*, in *Biolaw Journal*, 2020 («Dall'art. 78 Cost. It., secondo me, si può e si deve prendere il modello [...] il Governo in prima linea, con i suoi apparati, i suoi strumenti normativi [...] il Parlamento a decidere preventivamente (per quanto possibile) i confini dei 'poteri necessari' e delle conseguenti limitazioni delle libertà fondamentali»). Sull'interpretazione in chiave evolutiva dello stato di guerra, F. TORRE, *La Costituzione sotto stress*, in *Biolaw Journal*, 2020. In ordine alla non assimilabilità dello stato di guerra allo stato di emergenza, di M. ALBISINNI, L. GIANNONE, *L'insegnamento del Covid-19 sullo stato di emergenza: non è mai troppo tardi*, in *Quest. giust.*, 2020.

⁶⁵ A. VEDASCHI, *Art. 78*, in F. CLEMENTI, L. CUOCOLO, F. ROSA, G.E. VIGEVANI (a cura di), *La Costituzione italiana. Commento articolo per articolo*, Il Mulino, Bologna, 2018, p. 135.

⁶⁶ G. SILVESTRI, *Covid-19 e Costituzione*, cit. In ordine all'estensione e ai limiti dei poteri riconosciuti al governo in questa peculiare situazione contingente, G. DE VERGOTTINI, *Guerra e Costituzione*, Il Mulino, Bologna, 2004, p. 210 ss.; P. PINNA, *Guerra (stato di)*, in *Digesto disc. Pubbl.*, vol. VIII, Giappichelli, Torino, 1993.

⁶⁷ B. CARAVITA, *L'Italia ai tempi del coronavirus: rileggendo la Costituzione italiana*, in *federalismi.it*, 2020.

al quale spetta la promulgazione delle leggi di conversione e la dichiarazione dello stato di guerra deliberato dalle Camere⁶⁸.

Infine, il Testo costituzionale disciplina un'ulteriore ipotesi di trasferimento di poteri, ossia quella relativa all'esercizio del potere sostitutivo degli enti (art. 120, comma 2, Cost.)⁶⁹, in virtù del quale, in caso di pericolo grave per l'incolumità e la sicurezza pubblica, le competenze legislative proprie delle Regioni e degli enti locali possono essere esercitate dal Governo nell'ambito di un modello che assicuri il rispetto dei principi di sussidiarietà e di leale collaborazione.

In conclusione, la scarsa disciplina dell'emergenza delineata dalla nostra Costituzione non è incentrata sulla previsione del *dictator*⁷⁰ o di altre forme commissariali diverse⁷¹, bensì sulla definizione di alcune peculiari ipotesi di trasferimento di poteri, tra cui quella del decreto-legge, che costituisce lo strumento predisposto dall'ordinamento per assicurare la continuità dell'esercizio della funzione legislativa nelle ipotesi fisiologiche di necessità e di urgenza. Ciò nonostante, l'insieme delle disposizioni e delle ipotesi contemplate dal Testo costituzionale consente di individuare ulteriori elementi costitutivi di un sistema maggiormente articolato, di rango subcostituzionale, di gestione dell'emergenza.

⁶⁸ F. CINTIOLI, *Sul regime del lockdown in Italia (note sul decreto legge n. 19 del 25 marzo 2020)*, cit., p. 7 ss.

⁶⁹ C. BERTOLINI, *Stato e Regioni tra potere sostitutivo, chiamata in sussidiarietà e clausola di supremazia*, in *federalismi.it*, 2016; G. VERONESI, *Il regime dei poteri sostitutivi alla luce del nuovo art. 120, comma 2, della Costituzione*, in *Le Istituzioni del federalismo*, 2002, p. 737 ss.; E. GIANFRANCESCO, *Il potere sostitutivo*, in T. GROPPI, M. OLIVETTI (a cura di), *La Repubblica delle autonomie. Regioni ed enti locali nel nuovo titolo V*, Giappichelli, Torino, 2001, p. 185. Con riferimento specifico all'emergenza sanitaria da Covid-19, L. TRUCCO, *Responsabilità nazionale e collaborazione tra Stato e Regioni*, in *unige.life*, 2020; C. PINELLI, *Il precario assetto delle fonti impiegate nell'emergenza sanitaria e gli squilibrati rapporti fra Stato e Regioni*, in *Astrid*, 2020, p. 2, il quale ricorda che «Una competenza esclusiva dello Stato a legiferare sulla "profilassi internazionale" è poi esplicitamente prevista dalla Costituzione (art. 117, secondo comma, lett. q)), così come il potere del governo di sostituirsi a organi regionali o di enti locali in caso di "pericolo grave per l'incolumità e la sicurezza pubblica" (art. 120, secondo comma)».

⁷⁰ M. OLIVETTI, *Così le norme contro il virus possono rievocare il «dictator»*, in *Avvenire*, 2020.

⁷¹ B. CARAVITA, *L'Italia ai tempi del coronavirus: rileggendo la Costituzione italiana*, cit., p. vi. In altri termini, nel nostro ordinamento «Alla contrazione autocratica del potere, nell'ipotesi di emergenza, si è preferita la puntuale previsione di specifici modi di applicazione di principi e regole costituzionali, quando alcuni beni collettivi (salute, sicurezza, pacifica convivenza) fossero gravemente minacciati. Del resto, come potrebbe la Costituzione, che trova la sua legittimazione nella tutela dei diritti fondamentali prevedere essa stessa il loro accantonamento, anche se temporaneo?» (G. SILVESTRI, *Covid-19 e Costituzione*, cit.).

In questi termini, nella Costituzione è possibile rintracciare la legittimazione espressa (anche se implicita) della legislazione *extra ordinem* (in cui atti di secondo grado producono effetti derogatori di norme primarie), la cui operatività è rimessa all'azione di una fonte di rango primario, nella stretta misura dell'autorizzazione di fonti di secondo grado. In dettaglio, la fonte di tale legittimazione sarebbe costituita, innanzitutto, dai «tradizionali principi del *primum vivere* e della *salus rei publicae*»⁷², nella misura in cui gli stessi sono riconosciuti e affermati dalla Costituzione. In quest'ambito si collocano, quindi, i principi di indivisibilità (art. 5) e unità (art. 87) della Repubblica e di inviolabilità dei principi supremi, i quali costituiscono un espresso limite anche con riferimento «alla negoziazione pattizia, alla revisione costituzionale, al diritto sovranazionale e al diritto internazionale (artt. 7, 10, 11 e 139)»⁷³. Infine, ulteriore fondamento della legittimazione della legislazione *extra ordinem* è da individuarsi nella tutela del diritto alla vita, il quale costituisce non solo un predicato ineliminabile di qualsivoglia diritto⁷⁴, ma altresì, con riferimento alla specifica declinazione del diritto alla salute, «fondamentale diritto dell'individuo e interesse della collettività» (art. 32)⁷⁵.

Invero, lo stato di emergenza – sebbene non espressamente previsto dalla Costituzione – è ampiamente disciplinato dalla legge ordinaria. L'originaria disciplina dello stato d'emergenza, definita dalla legge 24 febbraio 1992, n. 225 (istitutiva del Servizio nazionale della protezione civile), è stata da ultimo riformata a opera del d.lgs. 2 gennaio 2018, n. 1 (recante il Codice della protezione civile)⁷⁶.

In virtù di tale disciplina, al verificarsi di un evento emergenziale il primo atto di gestione della situazione contingente è costituito dalla deliberazione dello stato di emergenza.

⁷² Il diritto alla salute viene qualificato come diritto fondamentale dell'individuo e interesse della collettività, rinvenendo la sua fonte primaria nelle disposizioni di cui agli art. 2, 3, 13, 32 Cost. (C. DI COSTANZO, V. ZAGREBELSKY, *L'accesso alle cure intensive fra emergenza virale e legittimità delle decisioni allocative*, in *BioLaw Journal*, 2020, p. 3).

⁷³ M. LUCIANI, *Il sistema delle fonti del diritto alla prova dell'emergenza*, cit., p. 113.

⁷⁴ G. LATTANZI, *Intervista al Forum La pandemia aggredisce anche il diritto?*, in *Giustizia insieme*, 2020.

⁷⁵ U. ALLEGRETTI, *Il trattamento dell'epidemia di "coronavirus" come problema costituzionale e amministrativo*, in *Forum di Quaderni costituzionali*, 2020.

⁷⁶ U. ALLEGRETTI, *Il Codice della Protezione Civile (d.lg. 2 gennaio 2018, n. 1)*, in *Aedon, Rivista di arti e diritto on line*, 2018.

Ai sensi dell'art. 24, comma 1, d.lgs. n. 1/2018, il Consiglio dei ministri delibera lo stato d'emergenza di rilievo nazionale⁷⁷, autorizzando l'esercizio del potere di ordinanza della protezione civile (art. 25) «in deroga ad ogni disposizione vigente»⁷⁸.

Sul punto, giova rilevare come nella struttura complessiva del sistema di gestione delle situazioni di emergenza assuma notevole rilevanza la previsione della deliberazione collegiale dello stato di emergenza. La sua natura costitutiva, e non meramente dichiarativa, infatti, si pone a fondamento dell'assunzione, in capo all'Esecutivo, della responsabilità politica in ordine alla qualificazione in termini di straordinarietà della situazione contingente, ossia come evento non adeguatamente fronteggiabile nel rispetto dell'ordinario diritto legislativo, da cui deriva «la necessità di attivare il potere governativo di necessità e urgenza, che, per l'appunto, costituisce la conseguenza giuridica tipica della deliberazione in questione»⁷⁹.

La stessa disposizione di cui all'art. 24 definisce in maniera analitica presupposti e i limiti della gestione emergenziale: lo stato di emergenza è deliberato al ricorrere di eventi emergenziali caratterizzati dai requisiti previsti dall'art. 7⁸⁰

⁷⁷ È in applicazione di tale disposizione che, con riferimento all'emergenza sanitaria da Covid-19 (ricompresa nella categoria di cui alla lett. c) dell'art. 7), che in data 31 gennaio 2020 il Consiglio dei Ministri ha dichiarato lo «stato di emergenza in conseguenza del rischio sanitario connesso all'insorgenza di patologie derivanti da agenti virali trasmissibili».

⁷⁸ D.lgs. 2 gennaio 2018, n. 1, art. 25 («Ordinanze di protezione civile»):

«Per il coordinamento dell'attuazione degli interventi da effettuare durante lo stato di emergenza di rilievo nazionale si provvede mediante ordinanze di protezione civile, da adottarsi in deroga ad ogni disposizione vigente, nei limiti e con le modalità indicati nella deliberazione dello stato di emergenza e nel rispetto dei principi generali dell'ordinamento giuridico e delle norme dell'Unione europea. Le ordinanze sono emanate acquisita l'intesa delle Regioni e Province autonome territorialmente interessate e, ove rechino deroghe alle leggi vigenti, devono contenere l'indicazione delle principali norme a cui si intende derogare e devono essere specificamente motivate».

⁷⁹ A. CARDONE, *Il baratro della necessità e la chimera della costituzionalizzazione: una lettura della crisi delle fonti del sistema di protezione civile contro le battaglie di retroguardia*, in *osservatoriosullefonti.it*, 2020, p. 316.

⁸⁰ D.lgs. 2 gennaio 2018, n. 1, art. 7 («Tipologia degli eventi emergenziali di protezione civile»):

«[...] gli eventi emergenziali di protezione civile si distinguono in:

a) emergenze connesse con eventi calamitosi di origine naturale o derivanti dall'attività dell'uomo che possono essere fronteggiati mediante interventi attuabili, dai singoli enti e amministrazioni competenti in via ordinaria;

b) emergenze connesse con eventi calamitosi di origine naturale o derivanti dall'attività dell'uomo che per loro natura o estensione comportano l'intervento coordinato di più enti o amministrazioni, e debbono essere fronteggiati con mezzi e poteri straordinari da impiegare durante limitati e predefiniti periodi di tempo, disciplinati dalle Regioni e dalle Province autonome di Trento e di Bolzano nell'esercizio della rispettiva potestà legislativa;

dello stesso decreto, fissandone la durata e determinandone l'estensione territoriale con riferimento alla natura e alla qualità degli eventi.

In particolare, al fine di impedire l'eventuale protrarsi *sine die* dello stato di emergenza, il comma 3 dell'art. 24 dispone che la sua durata massima è di 12 mesi, prorogabile per non più di altri 12 mesi⁸¹.

6. La condizione di frammentarietà del potere sovrano nelle situazioni di emergenza a garanzia della salvaguardia della suddivisione dei poteri e della tutela dei diritti fondamentali

Si già è avuto modo di precisare come lo stato d'eccezione identifichi solitamente una situazione di emergenza, una condizione patologica in cui l'ordinario sistema di poteri diviene insufficiente a garantire un'adeguata tutela dei diritti e dei valori fondanti dell'ordinamento in quel determinato momento storico (insurrezione; guerra civile; etc.). Tuttavia, la storia ha evidenziato che a far data dal XX secolo si è progressivamente affermata la tendenza all'impiego di strumenti normativi emergenziali, con la conseguente compressione di principi costituzionali, al solo fine della tutela di interessi di matrice politica.

La manifestazione emblematica di tale tendenza è sicuramente costituita dalle esperienze nazista e fascista, in cui si è verificato un fenomeno di "guerra civile legale"⁸², in quanto l'incremento dei poteri del Governo ha condotto alla realizzazione, sia pure nel formale rispetto delle strutture e delle procedure ordinamentali, di una sorta di "normalizzazione" dell'eccezione attraverso

c) emergenze di rilievo nazionale connesse con eventi calamitosi di origine naturale o derivanti dall'attività dell'uomo che in ragione della loro intensità o estensione debbono, con immediatezza d'intervento, essere fronteggiate con mezzi e poteri straordinari da impiegare durante limitati e predefiniti periodi di tempo ai sensi dell'articolo 24».

⁸¹ Invero, in deroga espressa a tale disposizione, l'art. 15 del d.l. 30 dicembre 2019, n. 162, quanto allo stato di emergenza correlato al crollo del Ponte Morandi di Genova, ha disposto una proroga fino a tre anni per la relativa gestione. Con riferimento specifico all'emergenza da Covid-19, invece, l'art. 14, co. 4, d.l. 19 maggio 2020, n. 34, ha disposto la proroga degli stati di emergenza, «diversi da quello dichiarato con delibera del Consiglio dei Ministri del 31 gennaio 2020», in scadenza al 31 luglio 2020 e non più prorogabili ai sensi del Codice della Protezione Civile.

⁸² R. SCHNUR, *Rivoluzione e guerra civile*, Giuffrè, Milano, 1986, p. 15 ss. Sul punto, anche G. AGAMBEN, *Stato di eccezione*, cit., p. 10.

l'introduzione di atti normativi di carattere temporaneo, ma che di fatto non hanno mai perso efficacia.

Anche se con connotati di minore estrema, tale tendenza si è gradualmente radicata negli Stati contemporanei, compresi quelli di consolidata tradizione democratica, assumendo i caratteri di una vera e propria tecnica politica. In tale prospettiva, si è evidenziato che come lo stato d'eccezione costituisca lo schema di governo predominante nella contemporanea società civile⁸³.

Sebbene non tutte le Costituzioni degli Stati occidentali – come sopra osservato – dettino una disciplina espressa dello stato d'eccezione, quest'ultimo costituisce indubbiamente una contingenza prospettabile con riferimento a tutti gli ordinamenti. La realizzazione di una tale evenienza, infatti, si rivela, specie nella società contemporanea, altamente probabile soprattutto in materia di giustizia penale, specie nell'ambito di quegli ordinamenti in cui le politiche criminali si strutturano sullo schema della decretazione d'urgenza, attuata mediante l'istituto del decreto-legge.

In tale prospettiva, assume particolare rilievo la caratterizzazione penalistica dello stato d'eccezione nel nostro ordinamento, atteso che la legislazione d'emergenza in materia penale è attuata quasi esclusivamente mediante l'impiego dell'istituto del decreto-legge, il quale sostanzialmente inverte i termini del rapporto tra Governo e Parlamento, subordinando il secondo al primo⁸⁴.

Sul punto, occorre evidenziare che a partire dagli anni Settanta del secolo scorso, definiti “anni di piombo” per il dilagare di fenomeni di stampo terroristico e mafioso, ha preso avvio un vero e proprio cambiamento di rotta delle politiche punitive verso la definizione di interventi normativi di carattere populista, che ha condotto alla progressiva affermazione di una prerogativa del Governo in ordine

⁸³ G. AGAMBEN, *Stato di eccezione*, cit., p. 11.

⁸⁴ «È noto che la prassi della legislazione governamentale attraverso decreti-legge è da allora diventata in Italia la regola. Non soltanto si è ricorso alla decretazione di urgenza nei momenti di crisi politica eludendo così il principio costituzionale secondo cui i diritti dei cittadini possono essere limitati solo per legge (...) ma i decreti-legge costituiscono a tal punto la forma normale di legislazione che essi hanno potuto essere definiti come disegni di legge rafforzati a urgenza garantita» (G. AGAMBEN, *Stato di eccezione*, cit., p. 28). Sul punto, anche C. FRESA, *Provvisorietà con forza di legge e gestione degli stati di crisi*, Cedam, Padova, 1981, p. 152 (da cui deriva l'espressione «disegni di legge rafforzati a urgenza garantita»); G. RICCIO, *Politica penale dell'emergenza e Costituzione*, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 1982, p. 52; C. CUPELLI, *La legalità delegata. Crisi e attualità della riserva di legge nel diritto penale*, Edizioni Scientifiche Italiane Napoli, 2012.

alla definizione delle relative discipline legislative, anche se, a ben vedere, non è agevole riscontrare la sussistenza delle condizioni richieste dalla Costituzione per l'esercizio di tale potere. Si è già evidenziato, infatti, come ai sensi dell'art. 77 Cost., l'esercizio del potere legislativo da parte del Governo sia limitato alle situazioni in cui si ravvisino condizioni di "necessità ed urgenza", dovute alla straordinarietà della situazione fattuale del momento⁸⁵.

In sostanza, la circostanza che lo schema del decreto-legge, pur non costituendo la positivizzazione di un modello di eccezione, risulti ampiamente adoperato nella prassi legislativa penalistica, è sicuramente sintomatica di una generale deriva autoritaria verso cui si è diretto e si dirige il diritto penale, impiegato a contrasto di una "perenne emergenza"⁸⁶.

Emblematica di tale distorsione è l'atteggiamento assunto nei confronti del fenomeno della criminalità organizzata di matrice mafiosa.

La risposta statale alle stragi mafiose degli anni Ottanta è consistita in una spasmodica proliferazione della normativa antimafia, dettata da ragioni di natura meramente emotive e contingenti e realizzata mediante la continua emanazione di provvedimenti di carattere emergenziale. Ne è derivata una normativa estremamente frammentaria, nonché caratterizzata da tutte le possibili criticità della legislazione penale d'emergenza: eccessivo rigore sanzionatorio; carenza di tipicità delle fattispecie; indebita compressione di garanzie, specie di carattere processuale; molteplici previsioni di carcere duro; etc.⁸⁷. Si tratta di un insieme di aspetti che unitamente dimostrano come in materia di contrasto alla criminalità organizzata si sia assistito a uno dei peggiori tra i possibili usi distorti del diritto penale, ossia quello simbolico⁸⁸.

⁸⁵ G. RICCIO, *Politica penale dell'emergenza e Costituzione*, cit., p. 60.

⁸⁶ S. MOCCIA, *La perenne emergenza. Tendenze autoritarie nel sistema penale*, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 1997.

⁸⁷ Le caratteristiche e soprattutto le criticità della legislazione emergenziale sono analizzate da S. MOCCIA, *La perenne emergenza. Tendenze autoritarie nel sistema penale*, cit., p. 53 s. Sulla normativa antimafia, anche G. INSOLERA, T. GUERINI, *Diritto penale e criminalità organizzata*, Giappichelli, Torino, 2022; A. APOLLONIO, *Critica dell'Antimafia. L'avanzare della paura, l'arretramento delle garanzie, l'imperfezione del diritto*, Pellegrini, Cosenza, 2013, p. 26 ss.

⁸⁸ «Per "simbolica in senso stretto" o "simbolica" tout court intendo quel tipo di legislazione penale prodotta – per varie ragioni ed in vari settori – a scopo meramente placativo, per dare "messaggi rassicuranti" sull'effettività della tutela, nella consapevolezza della sua ineffettività». (C.E. PALIERO, *Consenso sociale e diritto penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1992, p. 891); sul punto, anche S. MOCCIA, *La perenne emergenza. Tendenze autoritarie nel sistema penale*, cit., p. 54 ss.:

In questa prospettiva, quindi, l'emergenza ha inciso sulla essenza stessa del diritto penale, estendendo la sua funzione oltre il settore di appartenenza e impiegandolo quale strumento di contrasto per mero ordine pubblico. In termini sostanzialmente invariati, dunque, è corretto sostenere che l'incidenza dell'emergenza sul diritto penale si è prodotta nel senso di una esasperazione della sua componente simbolica, al punto da farne un "diritto penale dell'ordine pubblico"⁸⁹.

In virtù delle caratteristiche attualmente assunte, il diritto penale, quantomeno con riferimento ad alcuni suoi peculiari aspetti (la continua situazione di emergenza; il suo impiego simbolico; i sacrifici delle relative garanzie e la violazione dei diritti fondamentali), si inserisce pienamente nello spazio di sospensione costituzionale definito da Schmitt. Si tratta di una zona franca dal diritto, nella quale la politica domina incontrollata⁹⁰, che nel pensiero Schmittiano rappresenta la conclusione della riflessione in ordine allo stato d'eccezione,

presentando l'intervento punitivo come il solo risolutivo, ogni possibile intervento alternativo di carattere extra-penale viene puntualmente negato, anche se maggiormente a fronteggiare il peculiare fenomeno socio-criminale contingente.

⁸⁹ La distinzione preliminare è quella tra "politica penale" e "politica criminale". Nella prima, che «può prescindere dai mezzi di carattere penale ed è un aspetto della politica sociale», il ruolo svolto dal diritto penale è unicamente quello di *extrema ratio*. Al contrario, la politica penale «si snoda attraverso i canali istituzionali e si avvale esclusivamente dei mezzi di diritto penale». Dentro la politica penale, che «è globalmente diretta alla tutela penale di tutti gli interessi più significativi di un determinato contesto sociale» è da ricomprendersi la "politica penale dell'ordine pubblico". Si tratta, cioè, di «un'area più circoscritta che coincide con la tutela dei gangli essenziali del potere della classe borghese, spesso in Italia camuffati sotto la formula dell'"ordine pubblico costituzionale", [...] ovvero coincide con la tutela del c.d. ordre dans la rue». La politica penale dell'ordine pubblico, che fa leva sulle componenti emotive e irrazionali, è tipica della gestione di situazioni eccezionali e si caratterizza per un eccessivo sacrificio dei diritti individuali (F. BRICOLA, *Politica criminale e politica penale dell'ordine pubblico (a proposito della legge 22 maggio 1975, n. 152)*, in *La questione criminale*, 1975, p. 223 ss). Del resto, la legittimazione del diritto penale dell'ordine pubblico trova terreno fertile nelle situazioni emergenziali: «il rapporto tra giustificazione e legittimazione del diritto penale a tutela dell'ordine pubblico (nelle varie accezioni, ordine pubblico tout court, democratico, internazionale) e legislazione delle emergenze diviene strettissimo, fino ad una sostanziale coincidenza dei due concetti»: G. INSOLERA, *Ordine pubblico e ordine democratico: le stagioni dell'emergenza*, in *Critica del diritto*, 2003, p. 21.

⁹⁰ Questo «spazio libero dal diritto» lascia francamente insoddisfatti, perché perpetua un dominio giuridicamente incontrollato della politica sul diritto, oltre i limiti di accettabilità, delegittimando ingiustamente, fra l'altro, soluzioni giuridicamente doverose rispetto ad alcuni fenomeni eccezionali (M. DONINI, *Il diritto penale di fronte al "nemico"*, in *Cass. pen.*, 2006, p. 768). L'autore, riprendendo quanto già sostenuto da Ferrajoli (L. FERRAJOLI, *Diritto e ragione. Teoria del garantismo penale*, Laterza, Bari, 2011, p. 850 ss.) ravvisa la sussistenza di una vera e propria incompatibilità tra stato di diritto e diritto penale d'eccezione, perché quest'ultimo è espressione della ragion di Stato (subordinazione di mezzi non predefiniti ai fini stabiliti dal sovrano), anziché del principio di subordinazione dei fini politici all'impiego di mezzi giuridicamente prestabiliti.

pervenendosi all'affermazione circa la necessaria subordinazione del diritto alla politica. Ne consegue che il rapporto che si instaura tra la legittimazione dell'emergenza e lo stato d'eccezione è in termini di complementarità, nel senso che se, da un lato, nell'eccezione è da individuarsi la fonte della diversità rispetto al sistema ordinario, dall'altro, nell'emergenza risiede la ragione politica del mutamento dei principi che regolano l'esercizio della funzione penale⁹¹.

A fronte delle criticità appena evidenziate, si è prospettata l'opportunità di individuare una soluzione, che – specie con riferimento alla punibilità dei reati associativi di stampo mafioso o terroristico (per eccellenza il campo elettivo del diritto penale emergenziale) – consenta al diritto penale di riappropriarsi della sua matrice costituzionale. A tale risultato potrebbe condurre la preventiva definizione di uno schema normativo di carattere costituzionale delle eccezioni prospettabili, cui affidare la regolamentazione dell'emergenza nei termini di una espressa individuazione dei limiti funzionali e temporali di talune disposizioni derogatorie⁹². Si tratterebbe, in sostanza di definire una normativa costituzionale “accessoria”, volta principalmente alla disciplina del diritto penale emergenziale (nel quale si riscontra, forse più che in ogni altra branca del diritto, un elevato tasso di disposizioni derogatorie) mediante l'espressa limitazione del campo di operatività delle norme speciali eccezionali entro precisi confini temporali, strutturali e ordinamentali e la predisposizione di eventuali controlli di costituzionalità⁹³.

Tuttavia, è proprio percorrendo questa strada che si addiverrebbe ad accettare le conclusioni di Schmitt, secondo cui la decisione circa la definizione di determinate ipotesi generali e astratte di eccezione è di tipo meramente politico. In tal modo, l'emergenza genera l'eccezione solo nei casi in cui difetti una disciplina astratta della stessa, con la conseguenza che, all'esito di una valutazione di carattere

⁹¹ L. FERRAJOLI, *Diritto e ragione*, cit., p. 844 ss.

⁹² «La previsione espressa di cui parlo rispetto agli stati di eccezione in generale non riguarda pertanto – ciò che è ovvio – le “eccezioni” alle regole in senso stretto (perché allora tutto sarebbe possibile, se lo vota una maggioranza parlamentare), ma la regola legislativa previa, costituzionale o di attuazione della Costituzione, delle eccezioni “possibili”: cioè la disciplina specifica dei limiti e soprattutto della temporaneità di alcune norme derogatorie, che in quanto tali sono fin troppe e non ancora riformate, perché si sono sedimentate come normali le originarie leggi d'eccezione, così “normalizzando l'emergenza” (M. DONINI, *Il diritto penale di fronte al “nemico”*, cit., p. 774).

⁹³ M. DONINI, *Il diritto penale di fronte al “nemico”*, cit., p. 774.

esclusivamente politico, l'ordinario ossetto di poteri risulterebbe inidoneo a fronteggiare la situazione di crisi.

7. Controllo di legalità e rispetto delle garanzie individuali

Dalla circostanza che lo stato d'eccezione determina una dislocazione di potere e una modifica nel procedimento di formazione della legge, consegue che nelle situazioni di emergenza il potere sovrano si caratterizza per una condizione di frammentarietà. In dettaglio: il Parlamento delibera la sospensione dell'ordinario assetto di competenza, dismettendo contestualmente una porzione delle proprie attribuzioni; il Governo assume i poteri straordinari necessari a fronteggiare la situazione di crisi; le Corti supreme sono investite, di conseguenza, del ruolo fondamentale di garantire, nella peculiarità della situazione fattuale, la tutela dei diritti e dei valori fondamentali.

In questa fase si instaura, dunque, il c.d. «costituzionalismo legalista»⁹⁴, nell'ambito del quale i diritti umani – la cui tutela costituisce il limite invalicabile all'estensione della legislazione di emergenza e all'efficacia dei singoli provvedimenti di contenimento della crisi – costituiscono l'unico argine contro le possibili derive autoritarie dello stato d'eccezione. Essi, infatti, identificano il contenuto sostanziale dello Stato democratico, individuando l'area sottratta alla discrezionalità della decisione politica⁹⁵ e all'azione della maggioranza.

Ciò posto, occorre però evidenziare come non tutti quelli affermati in un dato ordinamento rivestano la natura di diritti fondamentali, con la conseguenza che non tutti i diritti risultano idonei a limitare l'azione politica volta a fronteggiare la situazione di emergenza. Al contrario, nella categoria dei diritti fondamentali possono essere ricondotti solo quelli che presentano determinate caratteristiche, ossia quelli che: sono riconosciuti e attribuiti a tutte le persone in quanto tali; sono inalienabili; costituiscono condizione ineliminabile per il mantenimento della pace. Il riferimento è, quindi, evidentemente a quei diritti – quali il diritto alla vita;

⁹⁴ R. BARTOLI, *Regola ed eccezione nel contrasto al terrorismo internazionale*, in *Dir. pubbl.*, 2010, p. 357; R. BARTOLI, *Chiaro ed oscuro dei diritti umani alla luce del processo di giurisdizionalizzazione del diritto*, in *Riv. it. dir e proc. pen.*, 2012, p. 794 ss.

⁹⁵ L. FERRAJOLI, *Per una teoria dei diritti fondamentali*, in *Dir. pubbl.*, 2010, p. 157.

all'integrità fisica; alle molteplici forme in cui si estrinseca la libertà dell'individuo – la cui mancanza di tutela potrebbe condurre all'oppressione del più forte e, conseguentemente, alla rivolta del più debole.

Tale, del resto, è l'impostazione di fondo su cui si reggono le Convenzioni internazionali a tutela dei diritti umani, quali i Patti internazionali per i diritti civili e politici (PIDCP), la Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali (CEDU) e la Convenzione americana dei diritti dell'uomo (CADU), le quali riconoscono la possibilità di sospendere – in situazioni di necessità e urgenza – talune libertà fondamentali entro gli stretti limiti consentiti dalla tutela dei diritti inderogabili, la cui violazione non è in alcun caso tollerata. Sul punto, però non può farsi a meno di evocare le riflessioni di quella parte della dottrina secondo la quale, a ben vedere, la disciplina dettata dall'ordinamento internazionale è qualificabile in termini di, poco più che, “promesse non mantenute”⁹⁶, atteso che nella maggioranza dei casi difetta la previsione di adeguati strumenti di tutela, riducendosi quindi a mere affermazioni di principio o aspettative di non lesione⁹⁷.

Per quanto riguarda, in particolare, l'ordinamento nazionale, va precisato che la decisione circa la dichiarazione dell'emergenza o la proroga dell'emergenza già dichiarata riveste natura meramente politica, per cui deve essere rimessa esclusivamente alla valutazione dell'organo rappresentativo della volontà popolare, dovendosi escludere qualsivoglia coinvolgimento della magistratura. Diversamente, potrebbe verificarsi un processo di giurisdizionalizzazione del sistema emergenziale e una conseguente snaturalizzazione della funzione tipica del potere giudiziario, con l'assunzione da parte della magistratura del ruolo di controllato, anziché di controllore⁹⁸.

⁹⁶ «L'ordinamento internazionale altro non è che un ordinamento dotato di carte costituzionali e poco più. In breve, è un insieme di promesse non mantenute» (L. FERRAJOLI, *Per una teoria dei diritti fondamentali*, cit. p. 174).

⁹⁷ Così, per esempio, con riferimento al controllo in ordine agli obblighi assunti dagli Stati firmatari, i Patti internazionali per i diritti civili e politici che prevedono impongono agli stessi di predisporre dei report esplicativi della situazione nazionale (art. 40), con riferimento ai quali è prevista l'attività di vigilanza del Comitato per i diritti umani. A quest'ultimo, tuttavia, è attribuito unicamente il compito di formulare raccomandazioni non vincolanti e non coercibili.

⁹⁸ «Il Leviatano è ancora molto forte e decide dello stato di eccezione. Se non fosse tutto politica, si teme, esisterebbe comunque una politica superiore, a base costituzionale, gestita dalla magistratura, da un supercontrollo della Corte Costituzionale o persino dalle manipolazioni ermeneutiche della magistratura ordinaria, delegata senza controlli a un'interpretazione conforme

In tale prospettiva, una forma lata di intervento giudiziario potrebbe essere prevista al solo fine di impedire che la situazione di emergenza venga impiegata per l'esercizio surrettizio di poteri costituenti, funzionale alla sostituzione dell'assetto ordinamentale vigente con quello risultante dall'esercizio degli stessi poteri straordinari, nonché di ostacolare l'eventuale definizione di strumenti legislativi di rango subcostituzionale che consentano l'attivazione di poteri emergenziali al di fuori dei casi di temporanee situazioni di eccezione⁹⁹.

Invero, la necessità di evitare gli effetti "distorti" cui potrebbe condurre il ricorso al sistema emergenziale potrebbe risultare adeguatamente soddisfatta dalla definizione di un modello articolato in tre diverse fasi.

Innanzitutto, sarebbe essenziale prevedere la necessità che tra l'evento eccezionale e la deliberazione dello stato di emergenza sia configurabile un nesso funzionale, in modo da definire un preciso spazio di efficacia dei poteri straordinari.

In secondo luogo, le decisioni in ordine alla proroga dello stato di emergenza dovrebbero essere via via assunte mediante l'impiego di maggioranze progressivamente più qualificate. In questo modo è possibile estendere la responsabilità politica in ordine ai provvedimenti emessi all'intero organo legislativo.

Infine, all'esecutivo, la cui azione può comunque espletarsi entro l'ambito definito dal Parlamento, dovrebbe richiedersi di fornire la motivazione in ordine alle ragioni dell'adozione di ogni strumento straordinario, in modo da illustrarne la

da diritto libero, non solo in bonam partem» (M. DONINI, *Il principio di offensività. Dalla penalistica italiana ai programmi europei*, in *Riv. trim. dir. pen. cont.*, 2013, p. 21).

⁹⁹ B. ACKERMAN, *Prima del prossimo attacco: preservare le libertà civili in un'era di terrorismo globale*, Aseri, Milano, 2008, p. 146 ss.

La necessità di impedire una sorta di sedimentazione dell'emergenza è stata avvertita anche nel nostro ordinamento. Con riferimento al rischio che mediante l'esercizio dei poteri di ordinanza si introduca nel nostro sistema giuridico una normativa di rango primario a tempo indeterminato, la Corte costituzionale ha evidenziato che «nel nostro ordinamento costituzionale non sono individuabili clausole che autorizzino in via generale modifiche, o anche soltanto deroghe, alla normativa primaria con disposizioni relative tanto a casi singoli quanto ad una generalità di soggetti o a una serie di casi (possibili) per motivi di necessità e/o urgenza (diverse, come è ovvio, sono le ipotesi di cui agli artt. 78 e 77 Cost.). Per l'esercizio da parte di autorità amministrative di siffatti poteri, con effetto di deroga - ma non anche di abrogazione o di modifica - della normativa primaria, occorre, come questa Corte ha già più volte chiarito (cfr. sentt. nn. 4 del 1977, 26 del 1961 e 8 del 1956) una specifica autorizzazione legislativa che, anche senza disciplinare il contenuto dell'atto (questo in tal senso può considerarsi libero), indichi il presupposto, la materia, le finalità dell'intervento e l'autorità legittimata» (Corte Cost., 28 maggio 1987, n. 201).

necessità e la proporzionalità rispetto alla finalità perseguita, nonché il livello di incidenza sui diritti umani.

Solo un sistema di questo genere, pur consentendo alle Corti Supreme di svolgere un'attività di controllo in ordine al corretto esercizio da parte dell'esecutivo della discrezionalità attribuitagli nella situazione di emergenza, risulterebbe tale da garantire la salvaguardia della suddivisione dei poteri e da sottrarre alla magistratura decisioni di natura politica estranee alle sue competenze¹⁰⁰. La funzione giudiziaria, quindi, deve estrinsecarsi in una attività di controllo, da esercitarsi secondo gli ordinari parametri di riferimento (ossia la ragionevolezza e la proporzionalità), in ordine al livello di invasività degli interventi straordinari e alla tipologia di diritto fondamentale dagli stessi incisi.

In tale contesto, il compito essenziale attribuito alla magistratura è, poi, quello di contribuire alla "stabilizzazione" dell'emergenza, svolto mediante l'eliminazione dall'ordinamento degli strumenti sproporzionati o comunque non necessari. In particolare, con riferimento a eventuali fattispecie penali di nuova definizione, la funzione essenziale dei giudici consiste nel fornire all'interprete indicazioni in ordine all'individuazione della norma rilevante, epurata da eventuali eccessi di indeterminatezza o estreme anticipazioni di tutela, tali da condurre alla punizione di fatti tipici ma concretamente inoffensivi.

In sostanza, uno dei principali momenti di analisi dell'efficacia del sistema emergenziale è costituito dalla materia della criminalità, in quanto le strategie di contrasto alla stessa non possono e non devono tradursi in un deficit di tutela dei

¹⁰⁰ Un controllo di tal genere è stato esercitato dalla Corte costituzionale italiana, in relazione all'emergenza terrorismo, con riferimento al prolungamento dei termini della carcerazione preventiva, che in alcuni casi poteva protrarsi fino a quasi undici anni. La Consulta ha affermato che «di fronte ad una situazione d'emergenza, quale risulta quella in argomento, [...] Parlamento e Governo hanno non solo il diritto e potere, ma anche il preciso ed indeclinabile dovere di provvedere, adottando una apposita legislazione d'emergenza». La valutazione in ordine alla questione «se il prolungamento dei suddetti termini sia il mezzo più appropriato per sradicare o, almeno, per fronteggiare con successo terrorismo ed eversione [...] è preclusa al giudice, sia pure il giudice delle leggi, perché si risolverebbe in un sindacato su una scelta operata in tema di politica criminale dal potere su cui istituzionalmente grava la responsabilità di tutelare la libertà e, prima ancora, la vita dei singoli e dell'ordinamento democratico». Tuttavia, tale scelta politica, in quanto dettata da uno «stato di emergenza», non può protrarsi indebitamente nel tempo, atteso che «l'emergenza, nella sua accezione più propria, è una condizione certamente anomala e grave, ma anche essenzialmente temporanea. Ne consegue che essa legittima, sì, misure insolite, ma che queste perdono legittimità, se ingiustificatamente protratte nel tempo» (Corte cost., 1 febbraio 1982, n. 15, con nota di L. CARLASSARE, *Una possibile lettura in positivo della sent. n. 15?*, in *Giur. cost.*, 1982, p. 82 ss. e di A. PACE, *Ragionevolezza abnorme o stato di emergenza?*, in *Giur. cost.*, 1982, p. 108 ss.).

diritti e delle libertà fondamentali dell'individuo. Al contrario, il controllo di legalità deve strutturarsi sulla base non solo della definizione di strumenti di carattere repressivo, ma altresì della predisposizione di azioni di prevenzione generale.

Del resto, come si è già avuto modo di osservare, la storia ha efficacemente dimostrato come, nei casi in cui il controllo di legalità anzidetto si sostanzia, invece, nella disposizione di una reazione mirata ed efficace, si determini inevitabilmente una compressione delle garanzie individuali, che tende ad assumere carattere generalizzato e permanente.

Ne consegue che il controllo in parola, che si traduce sostanzialmente nel controllo penale, dovrebbe essere svolto nel pieno rispetto delle garanzie sostanziali e processuali riconosciute dall'ordinamento¹⁰¹. Con riferimento a tale circostanza, si è evidenziato come il diritto penale, pur rivestendo il ruolo di *extrema ratio* della politica sociale, diviene spesso il solo strumento di tutela dell'ordinamento¹⁰², con tutte le relative conseguenze negative che ne derivano per la stessa politica sociale. In tal modo, ossia mediante l'impiego del diritto penale oltre i limiti di un ricorso ad esso solo in casi estremi, si realizza un caso di apparente efficienza del sistema, atteso che «la giusta esigenza di giustizia rapida, efficace si trasforma nell'ingiusta esigenza di giustizia sommaria»¹⁰³. In altri termini, l'attribuzione di un rilievo preminente all'intervento di carattere repressivo si traduce nell'impiego del diritto penale in spregio dei criteri di sussidiarietà e di *extrema ratio*, con la conseguente formazione di una degenerazione nota come "efficientismo penale". Si tratta di una peculiare conformazione del diritto penale emergenziale, tipica del diritto penale moderno¹⁰⁴. Tale degenerazione può, naturalmente, riflettersi negativamente sul sistema delle fonti normative nel momento in cui, attraverso l'inosservanza e la

¹⁰¹ S. MOCCIA, *La perenne emergenza. Tendenze autoritarie nel sistema penale*, cit., p. 153.

¹⁰² S. MOCCIA, *La perenne emergenza. Tendenze autoritarie nel sistema penale*, cit., p. 153.

¹⁰³ S. MOCCIA, *La perenne emergenza. Tendenze autoritarie nel sistema penale*, cit., p. 155.

¹⁰⁴ «I termini "efficientismo" e "funzionalismo" designano forme di perversione oggi diffuse in Europa e in America, cioè in Paesi le cui costituzioni contengono i principi dello Stato sociale di diritto e del diritto penale liberale» (A. BARATTA, *La politica criminale e il diritto penale della Costituzione. Nuove riflessioni sul modello integrato delle scienze penali*, in S. CANESTRARI (a cura di), *Il diritto penale alla svolta di fine millennio. Atti del Convegno in ricordo di Franco Bricola (Bologna, 18-20 maggio 1995)*, Giappichelli, Torino, 1998, p. 24 ss.).

violazione dei limiti del sistema, produce una deroga implicita ai principi o ai valori ordinamentali.

8. La prospettazione di esigenze di tutela dell'ordine pubblico quale fondamento giustificativo della legislazione in deroga

L'analisi fin qui svolta consente di individuare la vera natura della norma penale emergenziale, indipendentemente dagli elementi contenutistici che la definiscono con riferimento al sistema delle fonti. Sul punto, occorre preliminarmente rilevare che la legislazione di emergenza si caratterizza per una radicale trasformazione della fonte di legittimazione¹⁰⁵, la quale non è da rinvenirsi nell'ordinario assetto di limiti e garanzie, bensì sul piano esclusivamente politico¹⁰⁶. In altri termini, la legislazione emergenziale costituisce il frutto di decisioni di carattere politico assunte non in ossequio agli ordinari schemi del diritto, strutturati sulla base dei principi generali e dei valori diffusamente condivisi in uno Stato democratico di diritto, ma di una moderna ragion di Stato. Ne consegue che, per le sue stesse caratteristiche, la norma di emergenza confligge con i principi dello Stato di diritto, nel quale, invece, ogni decisione deve essere subordinata alla legge, per cui il perseguimento di finalità politiche non è possibile se non attraverso applicazione ordinaria dei dettami del diritto. L'attuazione degli scopi politici attraverso strade diverse da quella consistente in una rigorosa applicazione del diritto si traduce, quindi, in un utilizzo improprio degli strumenti predisposti dall'ordinamento giuridico e dunque in una sua alterazione. In tal modo, si determina una vera e propria trasformazione della fonte di legittimazione, con la conseguente compromissione del sistema di valori fondamentali su cui si struttura l'ordinamento giuridico.

A ben vedere, però, le ragioni giustificatrici dell'intervento politico risultano, quanto meno in astratto, pienamente meritevoli, consistendo nella necessità di

¹⁰⁵ L. FERRAJOLI, *Diritto e ragione*, cit., p. 844.

¹⁰⁶ Sul punto, si è affermato che la legislazione penale dell'emergenza: «equivale a un principio normativo di legittimazione dell'intervento punitivo: non più giuridico ma immediatamente politico; non più subordinato alla legge quale sistema di vincoli e garanzie, ma ad essa sopraordinato» (L. FERRAJOLI, *Diritto e ragione*, cit., p. 845).

garantire la salvaguardia dello Stato di diritto, che potrebbe risultare compromesso dalla situazione di contingenza, con la conseguente alterazione degli ordinari equilibri di convivenza sociale¹⁰⁷. In questa prospettiva, il substrato politico-ideologico dell'attività dello Stato si identifica nella legislazione dell'ordine pubblico¹⁰⁸, costituita da interventi di incriminazione che, sebbene talvolta risultino animati da precise scelte di lotta politica¹⁰⁹, hanno l'obiettivo di assicurare la conservazione del sistema ordinamentale. Emblematici in tal senso sono i reati contro l'ordine pubblico, la cui caratteristica saliente è senz'altro costituita da un'incisiva anticipazione della soglia di tutela, cui si accompagna, però, il pericolo che possa essere oggetto di incriminazione il mero dissenso politico¹¹⁰.

Del resto, ancora con riferimento a tale categoria di reati, l'alterazione del sistema giuridico a cui conduce l'intervento penale di emergenza è dimostrato dalla circostanza che il bene giuridico alla cui tutela questi reati sono preposti non sembra trovare riscontro nell'insieme dei beni giuridici tutelati dall'ordinamento e quindi riconosciuti dalla Costituzione. In tale prospettiva, si è osservato come la nostra Costituzione non contenga una previsione espressa in tal senso, per cui la stessa incriminazione di fatti contro l'ordine pubblico si presterebbe a possibili strumentalizzazioni per il perseguimento di finalità di carattere meramente politico.

Queste argomentazioni consentono di affermare che la fonte di legittimazione giuridica della legislazione di emergenza non si rinviene certo nella Costituzione, atteso che la sua funzione non è quella di custodire i valori fondamentali, bensì di

¹⁰⁷ «La struttura dello Stato è e resta di tipo liberale. Le libertà fondamentali sono assicurate – pur nei limiti ben noti – dalla sua impronta originaria e dalla stessa struttura costituzionale che esso si è dato. Malgrado ciò, le esigenze di difesa dell'ordine sociale e dei corollari politici ed economici, conducono la classe politica ad un tipo di gestione del potere che poco si concilia con i presupposti di uno Stato di diritto: leggi eccezionali, attacchi alla libertà di stampa e di opinione, discriminazioni processuali, abusi di polizia, sospensione delle garanzie statutarie (basti pensare al frequente ricorso agli “stati d'assedio”) sono strumenti di normale pratica politica» (M. SBRICCOLI, *Dissenso politico e diritto penale in Italia tra otto e novecento*, in *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, 1973, p. 611).

¹⁰⁸ Sul conetto di ordine pubblico, C. FIORE, *Ordine pubblico* (dir. pen.), in *Enc. dir.*, vol. XXX, Giuffrè, Milano, 1981, p. 1085 ss.

¹⁰⁹ «I cambiamenti dell'ordine giudiziario ebbero luogo all'interno di contesti politici specifici. È impossibile scindere le procedure legali da quelle politiche, poiché il sistema legale diventa sempre un meccanismo cruciale per consolidare e diffondere l'ideologia del potere politico dominante. E, soprattutto, l'ideologia del sistema politico europeo veniva spesso difesa con il ricorso diretto al sistema di giustizia penale» (C. FIORE, *Ordine pubblico*, cit., p. 27).

¹¹⁰ S. MOCCIA, *Ordine pubblico (disposizioni a tutela dell)*, in *Enc. giur. Treccani*, vol. XXII, Roma, 1990, p. 2.

garantire la conservazione del sistema, i cui obiettivi politici dipendono strettamente dai vigenti assetti di potere¹¹¹.

Ciò nonostante, non può certo negarsi che le norme emergenziali sono viste, quanto meno inizialmente, con favore dalla comunità sociale cui le stesse sono rivolte. In tal senso, l'introduzione – dovuta a scelte di carattere emotivo – di misure di emergenza a contrasto di fenomeni di criminalità produce anche l'effetto di rafforzare, sia pure in misura soltanto temporanea, il consenso nei confronti del potere. Le criticità si presentano, però, in un momento successivo, ossia con riferimento alle distorsioni prodotte dalla “normalizzazione” delle misure emergenziali introdotte nel sistema sull'intero sistema normativo e sulla tutela delle garanzie individuali¹¹².

¹¹¹ Gli estî delle elaborazioni dottrinali in ordine alla ricostruzione sistematica e teleologica della categoria dei reati contro l'ordine pubblico risultano sostanzialmente concordi nel ravvisare l'originaria categoria di riferimento in quella dei reati politici, la cui tutela giuridica «rischia sempre di risolversi, prima o poi, nella tutela dell'ideologia e degli interessi dei gruppi che detengono il potere» (C. FIORE, *Ordine pubblico*, cit., p. 1097).

In tale prospettiva di indagine, assume particolare rilevanza l'analisi di carattere costituzionale volta a identificare il collegamento teleologico idoneo a legittimare la previsione nel sistema legislativo delle disposizioni che disciplinano i reati contro l'ordine pubblico. In tale ambito, la distinzione tra ordine pubblico ideale e ordine pubblico materiale consente di verificare in quale delle due accezioni il legislatore costituzionale lo ha assunto nelle istanze di tutela (S. MOCCIA, *Ordine pubblico*, cit., p. 3 ss.). Con l'espressione “ordine pubblico materiale” si fa riferimento alla pubblica tranquillità, alla quiete e alla sicurezza collettive. In questo senso, il concetto sembra sovrapponibile a quello già recepito dalle codificazioni penali pre-unitarie, le quali sancivano la punibilità di tutte le condotte idonee a turbarne il corso o l'equilibrio. Al contrario, l'ordine pubblico ideale identifica, secondo una tradizionale definizione di natura normativa, il sistema dei principi fondamentali dell'ordinamento.

Ne consegue, quindi, che nell'appartato costituzionale, pur non essendo individuabile un solido referente dell'ordine pubblico, è sicuramente ravvisabile il dovere di rispettare l'ordinamento e di tutelarlo rispetto ad azioni che potrebbero comprometterne la stabilità. In questi termini, l'ordine pubblico, più che il referente teleologico, costituisce la *ratio* delle disposizioni normative, ossia la ragione posta a fondamento dell'incriminazione dei fatti lesivi. In considerazione di tale peculiarità, si è osservato che nella legislazione dell'ordine pubblico esso «perde la sua connotazione di bene giuridico per assurgere a «scopo» dell'intero ordinamento e contemporaneamente, a «presupposto» della vita dello Stato» (G. RICCIO, *Politica penale dell'emergenza e Costituzione*, cit., p. 69).

Infine, sul tema si è osservato che il referente normativo costituzionale dell'ordine pubblico sia da rintracciarsi nell'art. 54 Cost., secondo cui «Tutti i cittadini hanno il dovere di essere fedeli alla Repubblica e di osservarne la Costituzione e le leggi» (S. MOCCIA, *Ordine pubblico*, cit., p. 3 ss.).

¹¹² Emblematici in tal senso sono gli effetti negativi prodotti dalla riforma della legge sull'usura 7 marzo 1996, n. 108 con riferimento all'intero circuito del sistema economico italiano. In questo caso, il dilagare del fenomeno usurario, tipico canale di arricchimento delle organizzazioni criminali, poneva l'esigenza esclusivamente emotiva di predisporre adeguati strumenti di contrasto. Invero, nella definizione di un'idonea strategia di contenimento si è trascurato di considerare che la vera radice del problema, tutt'ora rimasta sostanzialmente priva di soluzioni, è costituita dalla difficoltà di accesso, da parte sia di singoli che di imprenditori, al mercato del credito. In questa impostazione, quindi, la legge di riforma non solo non ha rimosso gli ostacoli finanziari, ma ha ulteriormente aggravato i problemi della categoria.

Del resto, i rischi insiti nelle scelte legislative operate in vista di finalità di carattere prettamente politiche erano già state illustrate da Carrara: «E ricordisi che io riconosco l'origine del giure penale non nella necessità della difesa sociale, ma nella necessità della difesa del diritto. E si avverta, come sopra notai, che le due formule sono essenzialmente difformi. Poiché la difesa della società potrebbe in certi casi portarsi a legittimare anche la violazione del diritto individuale, allargando il pericoloso dettato *salus publica suprema lex esto*»¹¹³.

¹¹³ F. CARRARA, *Programma del corso di diritto criminale. Parte speciale*, Tipografia Canovetti, Lucca, 1863, p. 375. Qualche anno dopo, esponendo le ragioni della decisione di escludere la classe dei delitti politici dal programma del suo corso di studi, affermava: «Ingenuo, un tempo io credetti che la politica dei liberi reggimenti non fosse la politica dei despoti: ma le novelle esperienze mi hanno purtroppo mostrato che sempre e dovunque quando la politica entra dalla porta del tempio, la giustizia fugge impaurita dalla finestra per tornarsene al cielo», (F. CARRARA, *Programma del corso di diritto criminale. Parte speciale*, vol. VII, Tipografia Giusti, Lucca, 1874, p. 663).

CAPITOLO II

La convulsa produzione normativa emergenziale e il diritto penale dell'emergenza pandemica

Sommario: 1. La diffusione dell'epidemia da Covid-19. – 2. La tipologia di emergenza costituita dalla diffusione pandemica del Covid-19. – 3. L'impossibile individuazione di un nemico e la necessaria trasformazione dello schema normativo tipico della legislazione penale emergenziale. – 4. La definizione multilivello della disciplina di contrasto dell'emergenza sanitaria tra censure di incostituzionalità ed esigenze di razionalizzazione. – 4.1. I provvedimenti statali. – 4.2. I provvedimenti regionali e locali. – 5. L'evoluzione del fenomeno emergenziale tra la manifestazione di esigenze di natura epidemica e la formazione di un diritto dell'epidemia. – 5.1. Decreto-legge 23 febbraio 2020, n. 6. – 5.2. Decreto-legge 25 marzo 2020, n. 19. – 5.3. Decreto-legge 16 maggio 2020, n. 33. – 6. Violazione della quarantena obbligatoria: il giudizio di offensività in concreto quale necessario criterio di delimitazione del fatto tipico.

1. La diffusione dell'epidemia da Covid-19

I sintomi tipici di una polmonite a eziologia sconosciuta sono stati riscontrati per la prima volta nel dicembre del 2019 in alcuni cittadini di Wuhan, capoluogo della provincia cinese dell'Hubei. Il 31 dicembre dello stesso anno, la Commissione Sanitaria Municipale di Wuhan ha segnalato all'Organizzazione Mondiale della Sanità (OMS) un cluster di casi, la maggior parte dei quali, risultavano epidemiologicamente collegati con il mercato all'ingrosso di frutti di mare e animali vivi di Huanan Seafood, nel sud della Cina.

Pochi giorni successivi all'annuncio della Commissione Sanitaria Municipale di Wuhan, l'analisi della sequenza dell'RNA virale ha consentito l'identificazione

del nuovo tipo di virus¹, denominato “Severe acute respiratory syndrome coronavirus 2”² (da cui l’acronimo “SARS-CoV-2”).

Il virus, che si trasmette da uomo a uomo, determina l’insorgere di una grave malattia respiratoria acuta, identificata con il nome Covid-19 (Coronavirus Disease 19), che interessa principalmente il tratto respiratorio inferiore. I sintomi più comuni del Covid-19 – di tipo simil-influenzale e che insorgono generalmente in forma lieve e graduale – sono febbre, stanchezza e tosse secca. In alcuni soggetti possono presentarsi anche indolenzimento e dolori muscolari, stanchezza, congestione nasale, mal di gola e disturbi gastrointestinali. Nei casi più gravi, infine, l’infezione può causare polmonite, sindrome respiratoria acuta grave, insufficienza renale, sepsi e shock settico, che possono condurre al decesso del soggetto contagiato.

Nell’arco di un ristretto intervallo di tempo il nuovo coronavirus ha manifestato un’elevata capacità diffusiva: il primo caso, seguito da decesso, fuori dai confini nazionali cinesi si è verificato in Thailandia. Successivamente, il virus si è rapidamente diffuso in altri Paesi, tra cui, oltre la Thailandia, Corea del Sud, Giappone e Australia. Il 21 gennaio 2020 anche le autorità sanitarie statunitensi hanno comunicato il primo caso di covid-19 negli USA.

I primi casi in Europa (in Francia, a Bordeaux e Parigi) sono stati accertati il 24 gennaio 2020.

Per quanto riguarda in particolare il nostro Paese, il nuovo coronavirus è stato diagnosticato per la prima volta il 30 gennaio 2020 a due turisti provenienti dall’area di origine del virus. Conseguentemente, in data 31 gennaio 2021, il Consiglio dei Ministri ha decretato lo stato d’emergenza per il rischio sanitario legato alla diffusione del coronavirus.

Tra il 21 e il 22 febbraio l’emergenza sanitaria ha ufficialmente investito anche il nostro Paese: sono stati accertati anche in Italia i primi significativi contagi e sono stati individuati due focolai, in Lombardia (nel lodigiano) e in Veneto (in provincia di Padova).

¹ Si tratta, precisamente, di un coronavirus, la stessa famiglia di cui fanno parte, tra gli altri, l’influenza, la Sars e la Mers.

² "Sindrome respiratoria acuta grave coronavirus 2". A indicare il nome è stato un gruppo di esperti appositamente incaricati di studiare il nuovo ceppo di coronavirus.

A partire da questo momento, l'infezione si è sempre più rapidamente diffusa in maniera esponenziale, sia sul territorio nazionale che sul piano globale. Le azioni di contrasto alla diffusione dell'epidemia si sono rivelate in gran parte inefficaci, al punto che in data 11 marzo 2020 l'Organizzazione Mondiale della Sanità ha dichiarato lo stato di pandemia³.

2. La tipologia di emergenza costituita dalla diffusione pandemica del Covid-19

Preliminare rispetto all'analisi della strategia di contrasto all'emergenza sanitaria adottata nel nostro Paese – oltre che prodromica alla stessa – risulta l'indagine in ordine alla tipologia di emergenza costituita dalla diffusione del Covid-19⁴.

In questa prospettiva, giova innanzitutto evidenziare come qualsiasi tipologia di emergenza identifichi sempre un momento di particolare delicatezza, almeno per un duplice ordine di ragioni.

In primo luogo, perché la situazione di emergenza reca in sé il rischio di una lesione attuale o potenziale a beni e valori essenziali, con la conseguente necessità di definire, secondo procedure celeri e semplificate, adeguate misure di contrasto.

In secondo luogo, perché nel periodo dell'emergenza la tendenza – tipica della società contemporanea – all'abuso e alla strumentalizzazione del rimedio penalistico tende a diventare intensissima⁵: il decisionismo politico tende ad

³ «Nelle ultime due settimane il numero di casi di COVID-19 al di fuori della Cina è aumentato di 13 volte e il numero di paesi colpiti è triplicato, ci sono più di 118.000 casi in 114 paesi e 4.291 persone hanno perso la vita. Altre migliaia stanno lottando per la propria vita negli ospedali. Nei giorni e nelle settimane a venire, prevediamo che il numero di casi, il numero di decessi e il numero di paesi colpiti aumenteranno ancora di più. L'OMS ha valutato questo focolaio 24 ore su 24 e siamo profondamente preoccupati sia dai livelli allarmanti di diffusione e gravità, sia dai livelli allarmanti di inazione. Abbiamo quindi valutato che COVID-19 può essere caratterizzato come una pandemia». Dichiarazione del Direttore generale dell'OMS Tedros Adhanom Ghebreyesus nel corso della conferenza stampa dell'11 marzo 2020, consultabile all'indirizzo ufficiale <https://www.who.int/dg/speeches/detail/who-director-general-s-opening-remarks-at-the-press-briefing-on-covid-19---11-march-2020>.

⁴ R. BARTOLI, *Il diritto penale dell'emergenza "a contrasto del coronavirus": problematiche e prospettive*, in *Sistema Penale*, 2020.

⁵ Vedi *supra*, Parte I, Capitolo I.

espandersi oltre i confini del diritto e del controllo di legittimità, che contraddistinguono il moderno costituzionalismo.

Lo stato di emergenza, dunque, cela una moltitudine di criticità, che concernono: l'accertamento circa l'effettiva sussistenza di una situazione di emergenza (tale problematica non si pone, naturalmente, con riferimento alla conclamata emergenza sanitaria da Covid-19); l'indispensabilità di limitare la vigenza dello stato di emergenza soltanto per il tempo strettamente necessario a fronteggiare la situazione contingente; la necessità di impedire che le misure predisposte per fronteggiare la situazione di crisi producano efficacia anche quando invece essa è ormai sostanzialmente trascorsa, giungendo a una sostanziale "regolarizzazione" di strumenti aventi natura eccezionale.

Come si è già avuto modi di precisare, però, alla situazione di emergenza è connaturato soprattutto il rischio di una indebita compressione delle garanzie e dei valori del vivere civile. Ciò, in quanto l'emergenza impone di procedere a una ridefinizione degli equilibri tra le risorse giuridiche alterate dalla crisi, che potrebbe comportare una lesione dei valori di democrazia e dei diritti e delle libertà generalmente riconosciuti e tutelati (per esempio, di recente si sta molto discutendo, quanto all'emergenza che stiamo vivendo, in ordine alla previsione del green pass obbligatorio sui luoghi di lavoro).

Le criticità appena evidenziate si acquiscono negli ordinamenti che, come il nostro, non definiscono espressamente la disciplina dell'emergenza⁶.

L'assenza di un'espressa disciplina dell'emergenza è osservata in dottrina da due opposti punti prospettici: se da un lato è vista con favore in considerazione del

⁶ L'assenza nel Testo costituzionale di una previsione espressa dello stato di emergenza è dovuta a una ponderata decisione dei padri costituenti. La proposta avanzata in Assemblea costituente di inserire nella disposizione di cui all'art. 78 l'espressa previsione dello stato di emergenza – volta a disciplinare situazioni diverse da eventi bellici, ma che richiedessero comunque l'attivazione di uno stato di eccezione – non fu accolta sulla base di solide argomentazioni. In primo luogo, perché le lungaggini procedurali previste dall'art. 78 (in virtù del quale la dichiarazione dello stato di guerra deve essere preceduta da una delibera parlamentare) si sarebbero potute rivelare inidonee a garantire un'efficace azione di contrasto delle eterogenee situazioni emergenziali che in concreto possono verificarsi. In secondo luogo, per impedire che la dichiarazione dello stato di emergenza divenisse un agevole strumento mediante il quale contravvenire all'ordinamento costituzionale, determinando un'alterazione dell'ordinario sistema di poteri e la compressione dei diritti e dei valori fondamentali. Sul punto, vedi *supra*, Parte I, Capitolo I, par. 5.

fatto che una tale disciplina presterebbe il fianco a possibili abusi⁷, dall'altro, secondo un orientamento minoritario, la necessità di una disciplina espressa dell'emergenza è resa evidente dal fatto che in mancanza della stessa si determina un *vulnus* normativo che rimette la definizione delle misure eccezionali alla discrezionalità del potere politico⁸.

Sul punto, giova evidenziare come, in realtà, la sussistenza o meno di una disciplina espressa dell'emergenza non assuma alcuna rilevanza con riferimento ai possibili abusi cui si presta la situazione contingente, essendo questi in ogni caso agevolati dalla circostanza che in queste ipotesi si determina una condizione di diffuso timore, totalmente rimessa alla gestione del potere politico. È tuttavia insindacabile che l'espressa previsione dei limiti entro i quali devono essere esercitati i poteri straordinari e delle garanzie che devono essere rispettate consentirebbe – come, del resto, in alcuni ordinamenti consente – di assoggettare le decisioni politiche all'indispensabile controllo giurisdizionale⁹.

L'analisi di queste differenti problematiche, dunque, deve necessariamente prendere le mosse dalla, preliminare, definizione della tipologia di emergenza costituita dalla diffusione pandemica del Covid-19. Si tratta di una questione che assume una rilevanza non meramente teorica, atteso che dalla stessa discendono importanti rilievi di carattere pratico-applicativo in ordine a una pluralità di aspetti fondamentali, come quello relativo alla giustificazione delle deroghe all'ordinario assetto di garanzie.

⁷ Quello dei provvedimenti emergenziali, ossia delle misure eccezionali solitamente adottate «in nome della legge di necessità, per la tutela dell'ordine pubblico, per la sicurezza dello Stato, è un campo irto di pericoli; e può diventare il terreno dell'arbitrio», V. LA ROCCA, *Relazione del deputato La Rocca Vincenzo sul potere esecutivo*, in *Relazioni e proposte presentate nella Commissione per la Costituzione, II Sottocommissione*, 1947 (consultabile su https://www.nascitacostituzione.it/05appendici/01generali/00/02/05-la_rocca.htm).

⁸ «Ma, insomma, potrà avvenire che si verifichi la necessità e l'urgenza, di fronte alla quale il normale procedimento legislativo non sarà sufficiente: il terremoto, l'eruzione di un vulcano. Credete che si possa mettere nella Costituzione un articolo il quale dica che sono vietati i terremoti? Se non si può mettere un articolo di questa natura, bisognerà pure prevedere la possibilità di questi cataclismi e disporre una forma di legislazione di urgenza, che è più provvido disciplinare e limitare piuttosto che ignorarla» (P. CALAMANDREI, *Discussione generale sul progetto di Costituzione*, 4 marzo 1947).

⁹ R. BARTOLI, *Il diritto penale dell'emergenza "a contrasto del coronavirus"*, cit.

In considerazione delle peculiari caratteristiche del fenomeno da cui scaturiscono, le situazioni di emergenza possono essere classificate in almeno tre generali categorie.

Nella prima rientra l'emergenza conseguente a particolari fenomeni di carattere naturale (terremoti; alluvioni; eruzioni; etc.), con riferimento alla quale generalmente emergono due problematiche di rilevanza penalistica: fenomeni di criminalità (come ad esempio lo sciacallaggio), che proliferano grazie alla situazione di vulnerabilità e caos generata dalla calamità; episodi di corruzione, sovente in contesti retti da organizzazioni criminali, nell'ambito dell'adozione e dell'attuazione di misure amministrativo-procedurali derogatorie e semplificate, volte ad agevolare e velocizzare la ricostruzione.

La seconda tipologia di emergenza, invece, trova origine in un fenomeno di carattere "umano", ossia azioni criminali dolose, violente e offensive di valori fondanti di un determinato ordinamento (brigantaggio; attentati terroristici; atti bellici; fenomeni di criminalità organizzata; etc.)¹⁰.

La terza e ultima categoria di emergenza potrebbe essere definita "emergenza da rischio" o "strutturalmente colposa", in quanto si caratterizza per il fatto che, sebbene il pericolo rinvenga la propria fonte nella natura, sull'effettiva entità dello stesso incide negativamente la condotta dell'uomo, con la conseguente necessità di predisporre adeguati strumenti di gestione del rischio.

Alla luce di questa sintetica analisi, appare evidente come l'emergenza sanitaria dovuta alla diffusione pandemica del Covid-19 appartenga a quest'ultima categoria, in quanto determinata non solo dalle conseguenze negative che il virus (al di là di sterili discussioni in ordine al carattere naturale o artificiale della sua origine) produce per la salute umana, ma altresì dal comportamento dell'uomo, il quale se da un lato è soltanto una vittima dello stesso fenomeno emergenziale, dall'altro assume la veste di "complice" della diffusione del contagio, perché potenziale veicolo di trasmissione del virus.

¹⁰ Sulla legislazione di emergenza nel contrasto al fenomeno del brigantaggio si veda P. TRONCONE, *La legislazione penale dell'emergenza in Italia. Tecniche normative di incriminazione e politica giudiziaria dallo Stato liberale allo Stato democratico di diritto*, Jovene editore, Napoli, 2001.

Con riferimento a questa tipologia di emergenza, quindi, le questioni preliminari da affrontare attengono all'accertamento circa la sua possibile idoneità a giustificare eventuali deroghe all'ordinario assetto di diritti e garanzie riconosciuti al cittadino e, in caso affermativo, alla definizione del tipo di deroghe consentite¹¹.

Si tratta, invero, di problematiche che attengono a qualunque forma di emergenza, ma che nel caso di specie assumono maggiore rilievo in ragione del fatto che, a differenza di quanto avviene per le prime due ipotesi di emergenza (di cui nella storia si contano numerosi precedenti), la situazione contingente presenta caratteri di assoluta novità, con la conseguenza che ne difetta una qualsivoglia forma di regolamentazione giuridica.

In questa prospettiva, le questioni anzidette risultano sicuramente definite nei loro contorni di massima per quanto concerne l'emergenza posta da fenomeni bellici o terroristici. Sul punto, l'art. 15 CEDU¹² disciplina la c.d. clausola derogatoria, in virtù della quale, al ricorrere di determinate circostanze eccezionali (quali la guerra o altro pericolo pubblico che minacci la vita della nazione¹³), agli Stati contraenti è riconosciuta la possibilità di derogare, in maniera limitata e controllata, all'obbligo di assicurare la tutela di taluni dei diritti e delle libertà riconosciuti dalla Convenzione¹⁴. In altri termini, la necessità di fronteggiare

¹¹ «Così come il diritto del terrorismo o della criminalità organizzata, il diritto del coronavirus è un diritto dell'emergenza, che comprime libertà fondamentali. Ciò significa che anche a fronte dell'epidemia in atto si pone il problema dei confini entro i quali la limitazione, se non la privazione di quelle libertà, può dirsi compatibile con i principi superiori del sistema, previsti dalle costituzioni e dalle carte internazionali sui diritti umani» (G.L. GATTA, *I diritti fondamentali alla prova del coronavirus. Perché è necessaria una legge sulla quarantena*, in *Sistema Penale*, 2020).

¹² Art. 15 CEDU (Deroga in caso di stato d'emergenza): 1. In caso di guerra o in caso di altro pericolo pubblico che minacci la vita della nazione, ogni Alta Parte contraente può adottare delle misure in deroga agli obblighi previsti dalla presente Convenzione, nella stretta misura in cui la situazione lo richieda e a condizione che tali misure non siano in conflitto con gli altri obblighi derivanti dal diritto internazionale.

2. La disposizione precedente non autorizza alcuna deroga all'articolo 2, salvo il caso di decesso causato da legittimi atti di guerra, e agli articoli 3, 4 § 1 e 7.

3. Ogni Alta Parte contraente che eserciti tale diritto di deroga tiene informato nel modo più completo il Segretario generale del Consiglio d'Europa sulle misure prese e sui motivi che le hanno determinate. Deve ugualmente informare il Segretario generale del Consiglio d'Europa della data in cui queste misure cessano d'essere in vigore e in cui le disposizioni della Convenzione riacquistano piena applicazione.

¹³ Per «pericolo pubblico che minaccia la vita della nazione» deve intendersi «una situazione di crisi o di pericolo eccezionale e imminente che colpisce tutta la popolazione e costituisce una minaccia per la vita organizzata della comunità che compone lo Stato» (Corte EDU, *Lawless c. Irlanda*, 1 luglio 1961, § 28).

¹⁴ La crisi o il pericolo devono essere eccezionali, tali che le misure o le restrizioni ordinariamente permesse dalla Convenzione per il mantenimento della pubblica sicurezza e

situazioni emergenziali che minacciano la stessa sopravvivenza di uno Stato mediante l'impiego di strumenti idonei ed efficaci, consente – sia pure entro determinati limiti – di prevedere delle deroghe all'ordinario assetto di diritti e garanzie.

Sul punto, la Corte di Strasburgo ha precisato che «*Spetta anzitutto a ciascuno Stato contraente, responsabile della “vita della [sua] nazione”, determinare se un “pericolo pubblico” la minacci*»¹⁵. Ciò, in quanto gli stessi Stati, in virtù della loro diretta conoscenza della contingente realtà fattuale, nonché della società e dei suoi bisogni, si trovano in una posizione migliore rispetto al giudice internazionale per valutare l'effettiva sussistenza di una situazione di emergenza e, conseguentemente, la necessità, nonché l'entità, di misure derogatorie volte al contenimento della stessa. Giova comunque precisare che la discrezionalità riconosciuta alle autorità nazionali in ordine a dette valutazioni, per quanto notevolmente ampia, non si traduce nell'attribuzione agli Stati membri di un potere illimitato in materia, in quanto l'esercizio dello stesso è pur sempre sottoposto a un controllo centralizzato da parte delle Corti europee¹⁶.

In tale prospettiva, nel nostro ordinamento nell'ambito della lotta ai fenomeni terroristici e della criminalità organizzata di stampo mafioso sono stati emanati provvedimenti d'urgenza limitativi dei diritti e delle libertà fondamentali, sia sul piano sostanziale che su quello processuale.

Sul punto, la Corte costituzionale ha precisato che «di fronte ad una situazione d'emergenza [...] Parlamento e Governo hanno non solo il diritto e potere, ma anche il preciso ed indeclinabile dovere di provvedere, adottando una apposita legislazione d'emergenza»¹⁷, da cui possono derivare deroghe, sia pure soltanto per il tempo strettamente necessario a fronteggiare la situazione di emergenza, all'ordinario assetto di garanzie.

dell'ordine pubblico risultano assolutamente insufficienti (*Rapporto della Commissione europea dei diritti umani sulla “Cauda greca”* (Danimarca, Norvegia, Svezia e Paesi Bassi c. Grecia), 1996, § 153).

¹⁵ Corte EDU, *Irlanda c. Regno Unito*, 18 gennaio 1978, § 207.

¹⁶ Corte EDU, *Mehmet Hasan Altan c. Turchia*, 20 marzo 2018, § 91; Corte EDU, *Şahin Alpay c. Turchia*, 20 marzo 2018, § 75; Corte EDU, *Brannigan e McBride c. Regno Unito*, 25 maggio 1993, § 43.

¹⁷ Corte cost., 1 febbraio 1982, n. 15.

In sostanza, con riferimento a questa particolare categoria di emergenza la compressione dell'ordinario assetto di garanzie, necessaria per fronteggiare la situazione contingente, è generalmente tollerata, specie in ragione del fatto che gli strumenti di carattere derogatorio sono destinati a produrre effetti esclusivamente nei confronti degli stessi autori dei fenomeni criminosi da cui l'emergenza deriva. Opposta, naturalmente, è la reazione collettiva di fronte al tentativo di "normalizzazione" delle misure derogatorie¹⁸.

Ciò posto, occorre verificare se le argomentazioni appena esposte con riferimento a questa peculiare ipotesi di emergenza possano essere impiegate anche in relazione all'emergenza sanitaria da Covid-19 e, più in generale, all'ultima delle tipologie di emergenza sopra analizzate.

Invero, le peculiari caratteristiche dell'emergenza da rischio sono all'origine di una serie di criticità sostanzialmente diverse, che riguardano molteplici aspetti della situazione di emergenza.

Innanzitutto, il carattere colposo – e non doloso – del fenomeno da cui deriva l'emergenza sanitaria si riflette sulla tipologia e sulla finalità degli strumenti d'eccezione. L'intervento straordinario da parte dello Stato non mira a realizzare un'ingerenza nella sfera giuridica di determinati soggetti, comprimendone taluni diritti, o una limitazione di garanzie e libertà individuali funzionale all'anticipazione della tutela, bensì alla predisposizione di misure idonee e adeguate a un efficace contenimento del rischio.

In secondo luogo, dette misure – animate dall'esigenza di garantire la tutela della vita della generalità dei consociati – trovano applicazione con riferimento all'intera collettività, per cui producono una deroga all'ordinario assetto di garanzie di gran lunga più estesa di quella che si registra in occasione di situazioni emergenziali dovute a fenomeni di origine dolosa. Del resto, anche la Costituzione stabilisce che la sola libertà che per ragioni sanitarie è passibile di limitazione, nei casi espressamente previsti dalla legge in via generale, è quella di circolazione (art. 16 Cost.).

¹⁸ R. BARTOLI, *Contro la "normalizzazione" delle deroghe: alcune proposte garantiste*, in *Dir. pen. proc.*, 2020, p. 153 ss.

In virtù di queste sue peculiari caratteristiche, quindi, l'emergenza da rischio, ancor più delle situazioni emergenziali derivanti da fenomeni dolosi, potrebbe incidere negativamente in ordine alla tutela dei diritti e delle libertà fondamentali dell'intera collettività, costituendo così un autentico rischio per la tenuta della stessa democrazia. Le strategie di contenimento della crisi potrebbero dar vita a un vero e proprio autoritarismo da gestione del rischio.

Al fine di impedirne la svolta autoritaria, quindi, l'esercizio dei poteri straordinari deve essere animato dall'esclusivo fine di gestione del rischio e, dunque, nel caso dell'emergenza sanitaria da Covid-19, di contenimento della diffusione del contagio.

In conclusione, a differenza delle altre tipologie, l'ultima categoria di emergenza si caratterizza per la peculiare esigenza di gestione del rischio che ne deriva e per la particolare cautela necessaria nella predisposizione degli strumenti emergenziali.

3. L'impossibile individuazione di un nemico e la necessaria trasformazione dello schema normativo tipico della legislazione penale emergenziale

L'esigenza di definire un'adeguata risposta normativa alla sempre più rapida diffusione del virus ha posto in primo piano il tema, da sempre dibattuto, dei rapporti tra sicurezza e diritto punitivo.

Sul punto, giova preliminarmente rilevare che l'analisi delle innumerevoli ipotesi di responsabilità penale disciplinate nel nostro ordinamento consente di enucleare le caratteristiche essenziali dello schema normativo tipo, sulla cui base è definita la quasi totalità delle fattispecie criminose. Si tratta, cioè, della descrizione di una "interazione", diretta o indiretta, tra due differenti soggetti, che, nel fatto oggetto di descrizione, assumono ruoli e caratteristiche opposti: il "cattivo", autore della condotta oggetto di sanzione, ossia il soggetto attivo del reato, e il buono, titolare dell'interesse giuridico tutelato dalla norma incriminatrice.

Questo stesso schema si rinviene, con alcune specifiche peculiarità, anche nella legislazione penale volta a far fronte a talune tipologie di fenomeni emergenziali: il soggetto attivo del reato si identifica con una determinata categoria soggettiva, ossia

l'autore del fatto emergenziale¹⁹, che nella prospettiva sistematica dell'intervento normativo assume la veste di vero e proprio "nemico". Come si è già avuto modo di evidenziare²⁰, però, il rischio insito dell'impiego del diritto penale nel contrasto di un dato fenomeno emergenziale è che ne risulti incisa la sua stessa essenza. L'enfaticizzazione della sua funzione di strumento di politica criminale, infatti, potrebbe condurre a un uso simbolico, e quindi distorto, del diritto penale, il quale, di conseguenza, da sistema di garanzie per l'imputato rischia di tradursi nel mezzo mediante il quale si consente la lesione dei relativi diritti fondamentali²¹. In tale prospettiva, dunque, si è evidenziato come, con riferimento alla disciplina emergenziale relativa ai fenomeni bellici o terroristici, la stessa Convenzione europea (art. 15 CEDU) consenta agli Stati contraenti di derogare, nei limiti in cui ciò risulti funzionale alla conduzione di un'efficace azione di contrasto al relativo fenomeno emergenziale, agli obblighi imposti dalla stessa Convenzione.

Invero, nel diritto penale dell'emergenza Covid non è ravvisabile lo schema normativo appena delineato, in quanto si tratta di un'emergenza naturale-da rischio, di carattere sanitario, nella quale non è dato individuare un nemico – autore del fenomeno emergenziale – da fronteggiare²².

In questo caso, infatti, le disposizioni di carattere punitivo sono poste, per lo più, a presidio dell'osservanza delle c.d. misure di contenimento, ossia dei divieti che – in quanto funzionali a ridurre le possibilità di diffusione del virus – incidono,

¹⁹ In ordine alle caratteristiche del diritto penale emergenziale: S. MOCCIA, *La perenne emergenza. Tendenze autoritarie nel sistema penale*, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 1997; G. INSOLERA (a cura di), *La legislazione penale compulsiva*, Cedam, Padova, 2006. Con riferimento al diritto penale del nemico, quale espressione della legislazione emergenziale, D. FALCINELLI, *Dal diritto penale "emozionale" al diritto penale "etico"*, in S. ANASTASIA, M. ANSELMINI, D. FALCINELLI, *Populismo penale: una prospettiva italiana*, Padova, 2020, p. 21 ss.; M. DONINI, *Il diritto penale di fronte al "nemico"*, in *Cass. pen.*, 2006, p. 735 ss.; T. PADOVANI, *Corso di lezioni su Diritto penale del nemico*, Pisa, 2014; F. PALAZZO, *Nemico-nemici-nemico: una sequenza inquietante per il futuro del diritto penale*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 2020, p. 701 ss.

In ordine presupposti giusfilosofici della teoria del diritto penale del nemico: G. JAKOBS, *Kriminalisierung im Vorfeld einer Rechtsgutverletzung (Referat auf der Strafrechtslehrertagung in Frankfurt a.M. im Mai 1985)*, in *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, 1985, p. 753 ss.; G. JAKOBS, *Das Selbstverständnis der Strafrechtswissenschaft vor den Herausforderungen der Gegenwart (Kommentar)*, in A. ESER, W. HASSEMER, B. BURKHARDT (a cura di), *Die Deutsche Strafrechtswissenschaft vor der Jahrtausendwende. Rückbesinnung und Ausblick*, Monaco, 2000, p. 51 ss.

²⁰ Vedi *supra*, Parte I, Capitolo I, par. 5.

²¹ Su tale possibile effetto, tra gli altri, G. INSOLERA, *Ordine pubblico e ordine democratico: le stagioni dell'emergenza*, in *Critica del diritto*, 2003, p. 19 ss.

²² G.L. GATTA, *I diritti fondamentali alla prova del coronavirus*, cit.

comprimendolo, sull'esercizio delle libertà fondamentali. I soggetti attivi della condotta sanzionata, quindi, non si identificano con un determinato nemico, tale in quanto autore del fenomeno emergenziale, ma con la generalità dei consociati, ossia gli stessi titolari del bene giuridico (la salute pubblica) tutelato dalle disposizioni incriminatrici, i quali costituiscono non la causa dell'emergenza, ma al più, in quanto veicolo di contagio, un fattore incidente sulla sua effettiva entità. È in virtù delle peculiari caratteristiche della stessa emergenza, quindi, che risulta impossibile in questo caso l'individuazione di un nemico. Tale operazione presuppone, infatti, la sussistenza di una contrapposizione soggettiva unilaterale, che, al contrario, non è ravvisabile ove tutti i consociati, in quanto possibili unitori, risultino potenzialmente collocabili nella categoria di nemico: nessuno sarebbe tale o lo sarebbero tutti in maniera reciproca²³.

Nel diritto punitivo definito a presidio dell'osservanza delle misure di contenimento della diffusione del contagio da Covid-19 si è registrata, in sostanza, una trasformazione dello schema normativo tipico della quasi totalità delle fattispecie criminose, nonché della legislazione penale emergenziale. L'assenza di

²³ Quanto alla possibilità di identificare nella gestione normativa dell'emergenza sanitaria da Covid-19 le caratteristiche della legislazione populista, si è osservato che: «non pare corretto catalogare questa legislazione emergenziale tra quelle populiste, sul presupposto del rischio di violazione dei diritti fondamentali che ad essa si accompagna. Del populismo penale non si rinvencono i classici tratti: in particolare, la strumentalizzazione politica del diritto penale, riflessa nel processo circolare che vede il legislatore iniettare quote di paura nel tessuto sociale, enfatizzando il rischio di criminalità, così da giustificare la politica criminale interventista; e, tantomeno, come già spiegato, la direzionalità di tale intervento verso un nemico identificato con specifiche categorie sociali» (A.F. TRIPODI, *Norma penale e biosicurezza. Osservazioni sul diritto punitivo emergenziale di ultima generazione*, in *La legislazione penale*, 2020, p. 4).

In ordine al fenomeno del populismo penale: G. FIANDACA, *Populismo politico e populismo giudiziario*, in *Criminalia*, 2013, p. 95 ss.; L. VIOLANTE, *Populismo e plebeismo nelle politiche criminali*, in *Criminalia*, 2014, p. 197 ss.; AA.VV., *La società punitiva. Populismo, diritto penale simbolico e ruolo del penalista*, in *Dir. pen. cont.*, 2016; G. FORTI, *Una prospettiva "diabolicamente" umana sul rapporto tra norma e sanzione nell'ordinamento penale*, in C.E. PALIERO, F. VIGANÒ, F. BASILE, G.L. GATTA (a cura di), *La pena ancora: tra attualità e tradizione. Studi in onore di Emilio Dolcini*, Giuffrè, Milano, 2018, p. 201 ss.; G. FORTI, *La cura delle norme. Oltre la corruzione delle regole e dei saperi*, Milano, 2018, p. 113 ss.; M. DONINI, *Populismo e ragione pubblica. Il postilluminismo penale tra lex e ius*, Mucchi editore, Modena, 2019; G. INSOLERA, *Declino e caduta del diritto penale liberale*, Edizioni ETS, Pisa, 2019; V. MANES, *Diritto penale no-limits. Garanzia e diritti fondamentali come presidio della giurisdizione*, in *Quest. giust.*, 2019, p. 86; L. RISICATO, *Diritto alla sicurezza e sicurezza dei diritti: un ossimoro invincibile?*, Giappichelli, Torino, 2019, p. 73 ss.; A.F. TRIPODI, *Dal diritto penale della paura alla paura del diritto penale. Spunti per una riflessione*, in *Quaderno di storia del penale e della giustizia*, 2019, p. 263 ss.; E. AMATI, *L'enigma penale*, Giappichelli, Torino, 2020. Nella letteratura straniera: D. SALAS, *La volonté de punir. Essai sur le populisme pénal*, Paris, 2005; J. PRATT, *Penal populism*, New York, 2007.

un nemico o la sua identificabilità, al più, con la natura²⁴, non consente di individuare il presupposto fondamentale dello schema normativo tipico, costituito dalla contrapposizione soggettiva anzidetta, sulla base del quale l'intervento punitivo emergenziale è funzionale alla repressione della condotta nemicale lesiva o pericolosa per il consociato: il consociato, alla cui tutela è funzionale l'intervento punitivo, si identifica con lo stesso soggetto autore, in quanto veicolo di contagio, della minaccia.

Come si è già precisato, la particolare morfologia di questa tipologia di emergenza comporta un rischio più elevato – rispetto alle altre due ipotesi di emergenza – che l'intervento punitivo determini una violazione dei diritti fondamentali. Rischio, invero, maggiormente tollerato nelle emergenze determinate da azioni criminali dolose, nelle quali gli strumenti di carattere punitivo sono destinati a produrre effetti esclusivamente nei confronti degli stessi autori dei fenomeni criminosi da cui l'emergenza deriva.

4. La definizione multilivello della disciplina di contrasto dell'emergenza sanitaria tra censure di incostituzionalità ed esigenze di razionalizzazione

La necessità di porre un freno alla sempre più rapida diffusione del contagio da Covid-19 ha spinto i vari livelli del potere esecutivo (statale, regionale, comunale) ad adottare molteplici misure di contenimento, variamente limitative delle libertà individuali, in particolare di circolazione e di impresa.

Prima, però, di analizzare nel dettaglio i numerosi interventi normativi adottati per fronteggiare – mediante la definizione di misure di contenimento e di gestione del rischio di contagio – l'emergenza sanitaria da coronavirus, è necessaria una riflessione preliminare in ordine alla tematica di carattere più generale concernente

²⁴ Si tratta di un'affermazione tutt'altro che banale, le cui radici sono da individuarsi nella tesi esposta da Louis Bolk in una conferenza del 1926: nel suo percorso evolutivo, la specie umana nel suo evolversi, anziché acuire la propria capacità di adattamento all'ambiente, tenterebbe di adeguare quest'ultimo all'esigenze e alle caratteristiche dell'uomo, con la conseguenza che tale impostazione condurrà, a lungo termine, alla (suo)distruzione dell'uomo stesso. Risultano evidenti le analogie con la famosa profezia di Friedrich Nietzsche, secondo cui l'uomo perirà in ragione delle sue virtù (F. NIETZSCHE, *Also sprach Zarathustra. Ein Buch für Alle und Keinen*, I ed., 1983, trad. it. F. NIETZSCHE, *Così parlò Zarathustra. Un libro per tutti e per nessuno*, Adelphi, Milano, 1986).

il funzionamento del sistema delle fonti nell'ambito di detta situazione emergenziale.

La rapida diffusione del virus ha sicuramente prodotto un clima di forte stress e di tensione, che ha condotto all'adozione di una tecnica normativa caratterizzata da due principali peculiarità.

In primo luogo, l'elevata rapidità di mutevolezza delle esigenze epidemiologiche ha evidenziato l'inopportunità di una strategia normativa di contrasto fondata sui soli decreti legge e, conseguentemente, la maggiore idoneità di d.p.c.m. basati su questi ultimi. Ne è derivato un quadro normativo frammentato in una molteplicità di provvedimenti: decretazione d'urgenza, decreti del Presidente del Consiglio e ordinanze del Ministero della sanità.

In secondo luogo, alla normativa di carattere statale si è spesso affiancata e in alcuni casi sovrapposta quella decentrata, costituita dalle ordinanze regionali e locali, contribuendo alla definizione di una disciplina complessiva a tratti contraddittoria e di non agevole interpretazione.

A ben vedere, però, queste peculiari caratteristiche della normativa di contrasto al fenomeno emergenziale costituiscono una inevitabile conseguenza delle forme di manifestazione della stessa situazione contingente: la diffusione del virus si è, infatti, presentata in maniera frammentaria e discontinua, sia dal punto di vista temporale che, soprattutto, con riferimento alla sua estensione geografica. In tal modo, da un lato, si è rivelata inattuabile la definizione a livello centrale di una disciplina normativa unitaria che rendesse superfluo il ricorso ai d.p.c.m., dall'altro, si è evidenziata la centralità della posizione rivestita dagli organismi territoriali, in quanto più vicini alle molteplici esigenze poste dall'emergenza.

Naturalmente, la normativa di contrasto dell'emergenza sanitaria così strutturata deve essere valutata innanzitutto nella prospettiva della legalità, al fine di stabilire se – in ossequio ai criteri di conformità propri del nostro ordinamento giuridico – con riferimento alla disciplina definita debba pervenirsi a un giudizio di validità o di invalidità.

Sul punto, in realtà, non si è registrata unanimità di vedute nel panorama dottrinale²⁵.

Da un lato, alcuni hanno dubitato della legittimità formale dei d.p.c.m., in quanto l'adozione di misure eccezionali derogatorie di fonti primarie e limitative di diritti non è consentita dalla costituzione mediante atti amministrativi di tale natura, essendo a ciò preposto dalla stessa Carta fondamentale esclusivamente l'istituto del decreto-legge²⁶.

In direzione diametralmente opposta, si osserva come la disciplina emergenziale, sia pure non priva di alcuni aspetti critici, abbia sicuramente superato la prova di legalità. Secondo questa differente impostazione prospettica, con riferimento agli atti del Governo – d.p.c.m.; ordinanze del Ministero della Salute o degli Interni; ordinanze, direttive, decreti di varie autorità (protezione civile; presidenti di regione; sindaci) – con cui si è data attuazione alle misure e definito i limiti alle libertà costituzionalmente tutelate, sebbene si sia operato al di fuori di espresse previsioni costituzionali²⁷, non si ravvisa alcuna incostituzionalità.

Innanzitutto, si tratta di atti che rinvengono la propria *ratio* nello stato di necessità che è venuto a determinarsi e che sono volti a garantire la tutela del diritto fondamentale più importante tra quelli riconosciuti e garantiti dalla Costituzione, ossia il diritto alla vita e alla salute.

In secondo luogo, l'impiego della decretazione d'urgenza è avvenuto entro i limiti delineati dalla Costituzione, con la conseguenza che gli atti secondari adottati in esecuzione e attuazione degli stessi risultano sicuramente coperti dalla riserva di legge, nonché soggetti al controllo del parlamento, dell'opinione pubblica e, in astratto, del potere giudiziario.

²⁵ Evoca l'«imbarazzo» del giurista, chiamato a complesse operazioni di bilanciamento «nell'emergenza, nello stato d'eccezione», D. CASTRONUOVO, *I limiti sostanziali del potere punitivo nell'emergenza pandemica: modelli causali vs. modelli precauzionali*, in *La legislazione penale*, 2020, p. 1. Fortemente critico in ordine al giudizio di legittimità della normativa emergenziale: Trib. Pisa, n. 1842 dell'8 novembre 2021.

²⁶ G. SALERNO, *Coronavirus, decreto del governo/caos e scontro tra poteri: 4 domande a Conte*, in *ilsussidiario.net*, 2020; F. CLEMENTI, *Quando l'emergenza restringere le libertà meglio un decreto-legge che un DPCM*, in *Il sole 24 ore*, 2020; I. MASSA PINTO, *La tremendissima lezione del Covid-19 (anche) ai giuristi*, in *Quest. giust.*, 2020; G.L. GATTA, *Coronavirus, limitazione di diritti e libertà fondamentali, e diritto penale: un deficit di legalità da rimediare*, in *Sistema Penale*, 2020, p. 1 ss.

²⁷ G. AZZARITI, *I limiti costituzionali della situazione d'emergenza provocata dal Covid-19*, in *Quest. giust.*, 2020.

Infine, anche ai provvedimenti adottati dalle autorità decentrate, rinvencono la propria fonte nei decreti-legge, che ne hanno indicato l'oggetto, i limiti e l'efficacia temporale²⁸.

4.1. I provvedimenti statali

L'intervento governativo volto alla definizione di un piano emergenziale può essere sostanzialmente suddiviso in due fasi.

Una prima fase in cui il Governo ha svolto il ruolo di protagonista assoluto della scena – mediante l'emanazione del decreto-legge 23 febbraio 2020, n. 6 e una serie di decreti del Presidente del Consiglio dei ministri (d.p.c.m.), che ad esso hanno dato esecuzione e attuazione –, limitando la funzione del Parlamento alla mera “ratifica”, operata mediante la conversione del suddetto decreto-legge, delle scelte dell'esecutivo²⁹.

Una seconda fase in cui il Parlamento ha esercitato, invece, una funzione di rilievo sulla base di un meccanismo di interlocuzione con il Governo introdotto con il decreto-legge 25 marzo 2020, n. 19³⁰.

Il primo atto dell'azione governativa volta a fronteggiare l'emergenza coronavirus, nel momento in cui l'epidemia riguardava ancora il solo territorio straniero, è costituito dalla “*Dichiarazione dello stato di emergenza in conseguenza del rischio sanitario connesso all'insorgenza di patologie derivanti da agenti virali trasmissibili*” a seguito di Delibera del Consiglio dei Ministri del 31 Gennaio 2020, per la durata di sei mesi (fino al 31 luglio 2020).

Successivamente, riscontrato il primo caso di Covid-19 in Italia, il Governo ha adottato il decreto-legge 23 febbraio 2020, n. 6 (“Misure urgenti per evitare la diffusione del Covid-19”), convertito nella legge 5 marzo 2020, n. 13.

²⁸ M. BIGNAMI, *Le fonti del diritto tra legalità e legittimità nell'emergenza sanitaria*, in *Quest. giust.*, 2020, p. 11.

²⁹ Si consideri che il decreto legge in parola è stato convertito in legge solo undici giorni più tardi, con modifiche minimali.

³⁰ Ai sensi dell'art. 2, d.l. n. 19/2020, infatti, i provvedimenti di attuazione delle misure di contenimento, dopo la loro pubblicazione in Gazzetta Ufficiale, devono essere «comunicati alle Camere entro il giorno successivo alla loro pubblicazione. Il Presidente del Consiglio dei ministri o un Ministro da lui delegato riferisce ogni quindici giorni alle Camere sulle misure adottate ai sensi del presente decreto».

Si tratta della fase iniziale dell'epidemia, in cui la diffusione rapida e capillare del virus era ancora ignota, per cui le disposizioni di cui a tale decreto trovavano applicazione con riferimento ai soli comuni o comunque alle sole aree nei quali fossero stati accertati casi di positività al virus (art. 1, comma 1).

Il sistema delineato dall'esecutivo ruotava essenzialmente intorno a quattro cardini:

1. elencazione tassativa delle misure restrittive che possono essere adottate dall'autorità amministrativa (art. 1, comma 2)³¹, la cui violazione costituisce reato (art. 3, comma 4)³²;
2. previsione di misure "atipiche" («ulteriori misure di contenimento»), analogamente assistite dalla sanzione penale, la definizione del contenuto delle quali è interamente rimessa alla discrezionalità dell'esecutivo (art. 2)³³;
3. previsione dell'adozione in concreto delle restrizioni a mezzo di decreti del Presidente del Consiglio dei ministri;
4. riconoscimento della facoltà di Regioni ed enti locali di esercitare – esclusivamente nelle more dell'adozione dei d.p.c.m. – il potere di ordinanza contingibile e urgente *ex art. 32 della legge n. 833 del 1978*.

Il decreto-legge in parola rimetteva, dunque, alla normazione secondaria dei d.p.c.m. la decisione in ordine all'applicazione e alla graduazione delle misure di contenimento, nonché, in alcuni casi, la stessa individuazione delle misure necessarie. In tale prospettiva, con il primo di una lunga serie di d.p.c.m.³⁴ (del 23

³¹ Il complesso delle misure previste era estremamente variegato e tale da incidere negativamente sull'esercizio di numerose libertà costituzionali: divieti di accesso e di allontanamento dal Comune, e quarantena per chi sia stato a contatto con persone contagiate (art. 16 Cost.); sospensione della libertà di riunione, persino in luoghi privati (art. 17 Cost.) e di culto (art. 19 Cost.); chiusura delle attività commerciali e industriali (art. 41 Cost.) e limitazioni alle attività lavorative (art. 36 Cost.).

³² Il comma 4 dell'art. 3 del decreto-legge introduceva una autonoma figura di reato –la cui sanzione era individuata mediante il rinvio *quoad poenam* all'art. 650 cod. pen. – integrata dall'inosservanza delle misure di contenimento quale illecito penale *ad hoc*.

³³ Alle autorità competenti, infatti, era riconosciuta la facoltà di «adottare ulteriori misure di contenimento e gestione dell'emergenza, al fine di prevenire la diffusione dell'epidemia da Covid-19 anche fuori dai casi di cui all'articolo 1, comma 1».

³⁴ Con i d.p.c.m. 23 febbraio 2020 e 25 febbraio 2020 sono state istituite le c.d. "zone rosse" in alcuni Comuni della Lombardia e del Veneto (in cui erano stati identificati i primi focolai), con forti limitazioni al diritto di circolazione di tutti i soggetti comunque presenti nei territori di tali comuni, nonché le c.d. "zone gialle", con previsione di alcune (blande) misure applicabili al territorio nazionale ma comunque collegate alle zone rosse. Tali decreti sono stati dichiarati

febbraio 2020), l'Italia è stata divisa in zone colorate: il provvedimento si limitava ad applicare le misure espressamente previste dalla fonte primaria all'art. 1, comma 2, in alcuni Comuni della Lombardia e del Veneto, attribuendo all'autorità sanitaria competente il compito di disporre la quarantena presso il domicilio.

La sempre più rapida diffusione del virus ha poi reso necessarie una intensificazione e un'estensione delle misure restrittive, attuate con i d.p.c.m. del 25 febbraio e del 8, 9, 11 e 22 marzo 2020³⁵.

La diffusione del contagio sull'intero territorio nazionale, ha reso evidente l'inefficacia della strategia di contrasto basata sulla individuazione di zone di diverso colore (a seconda del livello di diffusione del virus), rendendo necessaria l'emanazione di un nuovo decreto-legge.

Con il decreto-legge 25 marzo 2020, n. 19, convertito dalla legge 22 maggio 2020, n. 35, è stato abrogato il precedente d.l. n. 6/2020, del quale se ne conservava però lo schema normativo, consistente nella dettagliata definizione delle misure di contenimento, la cui efficacia si estendeva ormai a tutto il territorio nazionale (art. 1, comma 1).

In particolare, il nuovo decreto legge:

- a) stabiliva la vigenza dei d.p.c.m. emanati fino a quel momento (art. 2, comma 3)³⁶;
- b) disponeva il riordino delle misure di contenimento, tutte normativamente tipizzate (venivano eliminate, quindi, le misure "atipiche"), prevedendo un ampliamento del catalogo delle misure

inefficaci con il d.p.c.m. 1 marzo 2020, il quale, unitamente al d.p.c.m. 1 e 4 marzo 2020, è stato dichiarato inefficace con il d.p.c.m. 8 marzo 2020: con essi si è mantenuta la suddivisione del territorio interessato dalle misure in zone rosse e zone gialle e si sono inasprite le misure di contenimento.

³⁵ Tra le altre, erano previste le seguenti misure: divieto di spostamento delle persone fisiche in entrata e in uscita dai territori indicati o all'interno dei medesimi territori, salvo che per gli spostamenti motivati da comprovate esigenze lavorative o situazioni di necessità ovvero spostamenti per motivi di salute; divieto assoluto di mobilità dalla propria abitazione o dimora per i soggetti sottoposti alla misura della quarantena ovvero risultati positivi al virus; sospensione di tutte le manifestazioni organizzate in luoghi pubblici o privati; limitazione di attività commerciali, di centri sportivi, centri benessere, centri culturali, et similia. Con il d.p.c.m. 1 aprile 2020, l'efficacia delle disposizioni di cui ai d.p.c.m. 8, 9, 11 e 22 marzo 2020 è stata prorogata fino al 13 aprile 2020.

³⁶ Ai sensi dell'art. 2 d.l. n. 19/20, infatti, «Continuano ad applicarsi nei termini originariamente previsti le misure già adottate con i decreti del Presidente del Consiglio dei ministri adottati in data 8 marzo 2020, 9 marzo 2020, 11 marzo 2020 e 22 marzo 2020 per come ancora vigenti alla data di entrata in vigore del presente decreto».

applicabili³⁷, la cui adozione doveva avvenire nel rispetto dei principi di adeguatezza specifica e di proporzionalità al rischio effettivamente presente su specifiche parti del territorio nazionale ovvero sulla totalità di esso³⁸ e per periodi predeterminati, ciascuno di durata non superiore a trenta giorni, reiterabili e modificabili anche più volte fino al 31 luglio 2020 (termine dello stato di emergenza dichiarato il 31 gennaio 2020, e con possibilità di modularne) e con possibilità di modularne l'applicazione in aumento ovvero in diminuzione secondo l'andamento epidemiologico del predetto virus (art. 1, commi 1 e 2)³⁹;

- c) sostituiva la sanzione penale con quelle amministrative pecuniarie e interdittive in conseguenza della violazione delle misure restrittive⁴⁰, prevedendo un trattamento sanzionatorio più severo per la condotta di inosservanza dell'obbligo di quarantena (art. 4, comma 6);
- d) riduceva la facoltà delle Regioni di esercitare il potere di ordinanza all'adozione di misure maggiormente restrittive di quelle statali, ed esclusivamente nelle more dell'adozione dei d.p.c.m. di esecuzione del decreto; inoltre dichiarava l'inefficacia delle ordinanze dei sindaci che si ponessero in contrasto con la normativa nazionale (art. 3), sanando quanto già disposto fino a quel momento (art. 2, comma 3).

³⁷ Trattasi di misure che possono essere adottate, con lo strumento solito dei d.p.c.m. (secondo il meccanismo di adozione di cui all'art. 2 del Decreto), «per periodi predeterminati, ciascuno di durata non superiore a trenta giorni, reiterabili e modificabili anche più volte fino al 31 luglio 2020». Nel decreto sono individuate ventinove distinte misure di contenimento adottabili, tra cui «il divieto assoluto di allontanarsi dalla propria abitazione o dimora per le persone sottoposte alla misura della quarantena perché risultate positive al virus» (art. 1, comma 2, lett. e).

³⁸ Ai sensi dell'art. 2, «per i profili tecnico-scientifici e le valutazioni di adeguatezza e proporzionalità», le misure sono adottate dopo aver sentito un apposito comitato tecnico scientifico.

³⁹ Si tratta di una previsione che, nel riconoscere rilevanza alla circostanza che le misure adottate, a carattere temporaneo, risultino adeguate al fine preventivo e proporzionate al sacrificio di diritti e libertà fondamentali, sembra porre la normativa emergenziale in piena coerenza con i principi del sistema, specie con il fondamentale canone della ragionevolezza (art. 3 Cost.).

⁴⁰ Per l'inosservanza delle misure diverse da quella di cui all'art. 1, comma 2, lett. e) era prevista l'applicazione della sanzione amministrativa del pagamento di una somma da euro 400,00 a euro 3.000,00. Con riferimento alla violazione delle misure nell'ambito dell'esercizio di attività di ogni tipo, comunque svolte, era prevista, inoltre, la sanzione amministrativa accessoria della chiusura dell'esercizio o dell'attività da 5 a 30 giorni. Si prevedeva, poi, una intertemporale che consentiva l'applicazione delle sanzioni amministrative di nuova introduzione, nella misura minima ridotta alla metà, alle violazioni commesse precedentemente all'entrata in vigore del decreto. Per una analisi dettagliata della disciplina definita dal nuovo decreto, 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 e ombre nel D.L. 25 marzo 2020, n. 19*, in *Sistema penale*, 2020.

All’emanazione di tale decreto-legge è seguita l’adozione di diversi d.p.c.m., con cui si è disposto: una proroga delle restrizioni (1 aprile); un allentamento delle stesse, con riferimento dapprima alla sola attività di impresa (10 aprile) e successivamente alla generalità dei consociati (26 aprile), rilevandosi la perdurante efficacia delle misure maggiormente restrittive imposte a livello regionale.

Infine, in considerazione della progressiva riduzione dell’indice di contagio, con il d.l. 16 maggio 2020, n. 33⁴¹ (convertito con legge 14 luglio 2020, n. 74) si è proceduto alla previsione di un allentamento delle misure di contenimento e alla definizione di una nuova disciplina sanzionatoria dell’inosservanza delle stesse. Nel dare attuazione a tale decreto, il d.p.c.m. del 17 maggio 2020 ha adottato le linee guida definite dalle regioni in ordine alle modalità di riapertura dell’attività di impresa.

Alla luce *dell’excursus* normativo brevemente evocato, appare evidente come nel nostro ordinamento la strategia statale di contrasto dell’emergenza sanitaria sia stata definita da una molteplicità di atti: decreti legge; d.p.c.m.; ordinanze del Ministro della salute.

4.2. I provvedimenti regionali e locali

Alla definizione della risposta normativa all’emergenza sanitaria ha contribuito, oltre agli atti statali, anche una molteplicità di ordinanze regionali e comunali, volte a definire una disciplina, inizialmente, maggiormente restrittiva e, successivamente, più estensiva di quella statale⁴².

⁴¹ La disciplina dettata dal nuovo decreto legge non si poneva in sostituzione, ma a integrazione di quella definita dal d.l. n. 19/2020, che costituiva la fonte primaria della normativa emergenziale relativa alla “fase 1” (preceduta dal d.l. n. 6/2020 relativo alla normazione della primissima fase dell’emergenza, in cui la diffusione del virus era ancora limitata ad alcune zone del territorio nazionale). Il d.l. n. 19/2020, quindi, oltre la norma di riferimento per la “fase 1” dell’emergenza (dall’11 marzo al 17 maggio 2020), conserva validità, in ordine a una pluralità di aspetti, anche “nella fase 2” (dal 18 maggio 2020 al 31 luglio 2020). Il d.l. n. 33/2020 contiene, infatti, molteplici richiami al d.l. n. 19/2020: la disciplina delle misure di contenimento – e delle sanzioni per la relativa inosservanza – nella seconda fase dell’emergenza è definita, quindi, dal combinato disposto delle disposizioni dei due decreti-legge.

⁴² Per una analisi approfondita della normativa emergenziale locale: M. LUCIANI, *Il sistema delle fonti del diritto alla prova dell’emergenza*, in *Rivista AIC*, 2020, p. 109 ss.; S.G. GUIZZI, *Stato costituzionale di diritto ed emergenza Covid-19: note minime*, in *Il diritto vivente*, 2020, p. 18 ss.

La valutazione circa la legittimità di quest'ultimo intervento normativo deve essere effettuata in considerazione del fatto che anche il potere di ordinanza contingibile e urgente delle Regioni e degli enti locali è soggetto al principio di legalità, in virtù del quale il suo esercizio deve essere contemplato in una espressa previsione di legge.

In tale prospettiva, occorre innanzitutto evidenziare che con riferimento al tema della tutela della salute e della protezione civile, la normativa statale (artt. 32 l. n. 833/1978⁴³, 117 d.lgs. n. 112/1998⁴⁴ e 50, commi 5 e 6, d.lgs. n. 267/2000⁴⁵) attribuisce alle Regioni e agli enti locali il potere di ordinanza – la cui efficacia si esplica entro i relativi confini territoriali – anche per ragioni di igiene e sanità pubblica. La limitazione territoriale dell'efficacia, espressamente prevista dall'art. 32, assume una duplice valenza in virtù della disposizione di cui all'art. 117,

⁴³ Art. 32, l. n. 833/1978 (Funzioni di igiene e sanità pubblica e di polizia veterinaria):

«Il Ministro della sanità può emettere ordinanze di carattere contingibile e urgente, in materia di igiene e sanità pubblica e di polizia veterinaria, con efficacia estesa all'intero territorio nazionale o a parte di esso comprendente più regioni.

La legge regionale stabilisce norme per l'esercizio delle funzioni in materia di igiene e sanità pubblica, di vigilanza sulle farmacie e di polizia veterinaria, ivi comprese quelle già esercitate dagli uffici del medico provinciale e del veterinario provinciale e dagli ufficiali sanitari e veterinari comunali o consortili, e disciplina il trasferimento dei beni e del personale relativi.

Nelle medesime materie sono emesse dal presidente della giunta regionale o dal sindaco ordinanze di carattere contingibile ed urgente, con efficacia estesa rispettivamente alla regione o a parte del suo territorio comprendente più comuni e al territorio comunale».

⁴⁴ Art. 117, d.lgs. n. 112/1998 (Interventi d'urgenza):

«1. In caso di emergenze sanitarie o di igiene pubblica a carattere esclusivamente locale le ordinanze contingibili e urgenti sono adottate dal sindaco, quale rappresentante della comunità locale. Negli altri casi l'adozione dei provvedimenti d'urgenza, ivi compresa la costituzione di centri e organismi di riferimento o assistenza, spetta allo Stato o alle regioni in ragione della dimensione dell'emergenza e dell'eventuale interessamento di più ambiti territoriali regionali.

2. In caso di emergenza che interessi il territorio di più comuni, ogni sindaco adotta le misure necessarie fino a quando non intervengano i soggetti competenti ai sensi del comma 1».

⁴⁵ Art. 50, commi 5 e 6, d.lgs. n. 267/2000 (Competenze del sindaco e del presidente della provincia):

«5. In particolare, in caso di emergenze sanitarie o di igiene pubblica a carattere esclusivamente locale le ordinanze contingibili e urgenti sono adottate dal sindaco, quale rappresentante della comunità locale. Le medesime ordinanze sono adottate dal sindaco, quale rappresentante della comunità locale, in relazione all'urgente necessità di interventi volti a superare situazioni di grave incuria o degrado del territorio, dell'ambiente e del patrimonio culturale o di pregiudizio del decoro e della vivibilità urbana, con particolare riferimento alle esigenze di tutela della tranquillità e del riposo dei residenti, anche intervenendo in materia di orari di vendita, anche per asporto, e di somministrazione di bevande alcoliche e superalcoliche. Negli altri casi l'adozione dei provvedimenti d'urgenza ivi compresa la costituzione di centri e organismi di riferimento o assistenza, spetta allo Stato o alle regioni in ragione della dimensione dell'emergenza e dell'eventuale interessamento di più ambiti territoriali regionali.

6. In caso di emergenza che interessi il territorio di più comuni, ogni sindaco adotta le misure necessarie fino a quando non intervengano i soggetti competenti ai sensi del precedente comma».

secondo cui la ripartizione tra Stato, Regioni e Comuni della competenza circa l'adozione dei provvedimenti d'urgenza è operata «in ragione della dimensione dell'emergenza». Ne consegue, dunque, che non solo le ordinanze, come è ovvio, trovano applicazione con esclusivo riferimento all'ambito territoriale dell'ente che le adotta, ma la stessa attribuzione del potere di ordinanza non ha luogo nei casi di emergenze che assumano carattere nazionale. In tali ipotesi, alle autorità locali è consentito unicamente riferire a quelle statali in ordine alla situazione di crisi, chiedendone l'immediato intervento⁴⁶.

La normativa così definita, che disciplina il riparto della funzione amministrativa con riferimento alle materie di potestà legislativa concorrente, risulta pienamente conforme al sistema dei valori costituzionali, tra cui il principio di sussidiarietà verticale⁴⁷.

Per quanto riguarda in particolare l'analisi della normativa locale di contenimento del contagio da Covid-19, si possono distinguere due differenti momenti.

In una prima fase dell'emergenza (in cui l'assenza di conoscenze certe in ordine alla capacità diffusiva del virus poteva fondare il convincimento circa la limitazione del fenomeno all'esistenza di isolati focolai locali), in ossequio alla disciplina generale, eventuali ordinanze urgenti adottate da Regioni o enti locali sarebbero risultate sicuramente legittime, sempre che le stesse non si ponessero in contrasto con la disposizione di cui all'art. 120, comma 1, Cost., in virtù della quale

⁴⁶ M. BIGNAMI, *Le fonti del diritto tra legalità e legittimità nell'emergenza sanitaria*, cit., p. 15.

⁴⁷ Il principio di sussidiarietà costituisce criterio di riparto nell'ordinamento giuridico di funzioni e competenze amministrative. Si distinguono due forme di sussidiarietà: verticale e orizzontale.

In applicazione del principio di sussidiarietà verticale, che regola la distribuzione delle competenze amministrative tra i differenti livelli di governo territoriali (sovranaazionale: Unione Europea-Stati membri; nazionale: Stato nazionale-regioni; subnazionale: Stato-regioni-autonomie locali), gli enti territoriali superiori intervengono soltanto in via sussidiaria rispetto a quelli inferiori, ossia nel solo caso in cui l'esercizio delle funzioni da parte dell'organismo inferiore risulti inadeguato per il raggiungimento degli obiettivi (artt. 118 Cost. e 5 TUE). La sussidiarietà orizzontale, invece, regola i rapporti tra autorità e libertà, trovando fondamento sul presupposto secondo sono gli stessi consociati (sia come singoli cittadini, che come associati) a provvedere alla cura dei bisogni collettivi e alla gestione delle attività di interesse, con riferimento ai quali i pubblici poteri rivestono, quindi, una funzione meramente "sussidiaria", di programmazione, di coordinamento ed eventualmente di gestione.

alle Regioni è preclusa l'adozione di provvedimenti che ostacolino in qualsiasi modo la libera circolazione delle persone tra le Regioni.

Una seconda fase, in cui il legislatore nazionale ha definito – con i decreti legge n. 6/2020 e n. 19/2020 – una disciplina specifica di contenimento della diffusione del contagio, che ha delineato espressamente i presupposti e i limiti dell'esercizio del potere di ordinanza contingibile e urgente delle Regioni e degli enti locali. In dettaglio, il d.l. n. 6/2020, pur essendo ormai acquisita la consapevolezza circa le dimensioni nazionali dell'emergenza, consentiva l'adozione di ordinanze contingibili e urgenti a livello decentrato esclusivamente «nelle more dell'adozione» dei d.p.c.m., con la conseguenza che a seguito della definizione della relativa disciplina a livello statale, non era più consentito l'intervento normativo delle Regioni e degli enti locali.

Tuttavia, a fronte di tale disciplina astratta, nella prassi applicativa si è registrata una poderosa produzione normativa decentrata⁴⁸, al punto che con il successivo d.l. n. 19/2020 si è avvertita la necessità di “ratificarla”, con ciò risolvendo in radice qualsivoglia questione in ordine alla legittimità della stessa normativa di livello locale. Con lo stesso intervento normativo, inoltre, il legislatore nazionale ha disposto che, sempre e soltanto nelle more della definizione della disciplina statale a mezzo d.p.c.m. e con efficacia limitata fino a tale momento, alle Regioni fosse consentito introdurre misure ulteriormente restrittive in caso di «specifiche situazioni sopravvenute di aggravamento del rischio sanitario verificatesi nel loro territorio o in una parte di esso» (art. 3, comma 1).

In tal modo, è stato lo stesso legislatore nazionale a determinare le condizioni affinché con riferimento a talune situazioni si potesse realizzare una sovrapposizione tra la disciplina dettata dai d.p.c.m. e quella definita dalle ordinanze regionali, sempre che quest'ultima fosse volta – a fronte dell'eventuale aggravamento della situazione epidemiologica – a introdurre misure maggiormente restrittive (di quelle previste all'art. 1, comma 2, d.l. n. 19/2020), con efficacia temporalmente limitata fino all'emanazione dei relativi provvedimenti statali.

⁴⁸ «la decisione di circoscrivere l'ambito di intervento regionale appare [...] quanto mai opportuna, anche in ragione delle conseguenze che il legislatore statale ha deciso di ricollegare – in termini di responsabilità penale – alla trasgressione delle misure emergenziali per contrastare l'epidemia da COVID-19» (S.G. GUIZZI, *Stato costituzionale di diritto ed emergenza Covid-19*, cit.).

Con riferimento ai Comuni, invece, lo stesso art. 3 d.l. n. 19/2020 disponeva al secondo comma che ai Sindaci era fatto divieto, a pena di inefficacia, di adottare ordinanze contingibili e urgenti in ordine ad aspetti già disciplinati dalla normazione statale.

Con riferimento, invece, alla possibilità che l'esercizio del potere di ordinanza regionale e locale sia previsto da una legge regionale anziché statale, va innanzitutto rilevato che, secondo l'interpretazione offerta dalla Corte costituzionale, la riserva di legge prevista dall'art. 16 Cost., in relazione alle limitazioni della libertà di circolazione per ragioni di carattere sanitario, è soddisfatta anche dalla legge regionale⁴⁹. Inoltre, l'attribuzione di poteri straordinari a livello locale è espressamente prevista dal codice della protezione civile (d.lgs. n. 1/2018), il quale all'art. 7, comma 1, lett. b) ne limita l'esercizio entro la disciplina definita dalla legislazione regionale.

Invero, eventuali provvedimenti legislativi di tal genere, adottati precedentemente all'insorgere dell'emergenza, dovrebbero considerarsi abrogati – secondo il meccanismo definito dall'art. 10 della l. n. 645/1952 (c.d. “legge Scelba”)⁵⁰ – dalla disciplina emergenziale. In dettaglio, l'abrogazione coinvolgerebbe la normazione regionale relativa alle fattispecie che la normativa statale emergenziale, modificando la previgente legislazione di cornice, ha disciplinato in via diretta.

5. L'evoluzione del fenomeno emergenziale tra la manifestazione di esigenze di natura epidemica e la formazione di un diritto dell'epidemia

Alla luce dell'analisi appena effettuata, risulta evidente come le stesse modalità di manifestazione del fenomeno emergenziale, ossia l'elevata capacità diffusiva del virus e il rapido incremento dei decessi, abbiano lasciato al margine il ruolo del Parlamento e della legge. La tempistica dell'ordinaria procedura di formazione

⁴⁹ Corte cost., 6 febbraio 1991, n. 51; Corte cost., 19 luglio 1996, n. 264.

⁵⁰ M. BIGNAMI, *Le fonti del diritto tra legalità e legittimità nell'emergenza sanitaria*, cit., p. 16.

delle leggi, infatti, appariva inidonea a garantire la predisposizione di efficaci misure di contrasto e di contenimento del rischio epidemiologico.

Come si è già evidenziato, successivamente alla dichiarazione dello stato di emergenza, la definizione di una prima disciplina normativa emergenziale di livello primario si è registrata con il d.l. n. 6/2020, in esecuzione e attuazione del quale sono stati, poi, adottati specifici provvedimenti amministrativi, sia statali che locali.

Il fenomeno emergenziale, in sostanza, si è sviluppato in una duplice direzione: da un lato, la manifestazione di esigenze di natura epidemica, dall'altro, la formazione di un diritto dell'epidemia mediante la predisposizione di misure di contenimento e la definizione di una disciplina normativa e concernente una molteplicità di materie (lavoro; economia; giurisdizione).

In tale quadro normativo sono ravvisabili anche gli elementi costitutivi di un c.d. "diritto penale dell'epidemia".

Invero, nel quadro complessivo della normazione emergenziale di contrasto alla diffusione del contagio da Covid-19 il ruolo ricoperto dal diritto penale risulta sicuramente marginale e recessivo. È ovvio, tuttavia, che ove si volesse estendere il campo di indagine a tutti i possibili riflessi penalistici dell'emergenza sanitaria, intesi come "effetti collaterali"⁵¹ della stessa, il diritto penale assumerebbe un ruolo centrale anche nella gestione di questo fenomeno emergenziale.

In questa più ampia prospettiva assumono rilevanza molteplici tematiche di carattere penalistico, quali: la tutela penale degli operatori sanitari, impegnati in prima linea nella lotta al virus; le aggressioni patrimoniali poste in essere in stato di necessità; le ipotesi di responsabilità colposa (di natura prevalentemente omissiva) correlate alla diffusione del contagio⁵².

Invero, le problematiche di natura penalistica poste dalla crisi sanitaria sono sì gran lunga più numerose, interessando: le c.d. "scelte tragiche" cui nella fase più acuta dell'emergenza gli operatori sanitari sono stati costretti, oltre che dalle peculiari caratteristiche della stessa epidemia, dalla situazione di scarsità di "risorse

⁵¹ D. CASTRONUOVO, *I limiti sostanziali del potere punitivo nell'emergenza pandemica*, cit., p. 4.

⁵² A. BERNARDI, *Il diritto penale alla prova della Covid-19*, in *Dir. pen. proc.*, 2020, p. 441.

sanitarie”⁵³; la necessità di adottare adeguate misure di contenimento del rischio di contagio negli istituti carcerari; le infiltrazioni della criminalità organizzata nel sistema delle agevolazioni pubbliche alle attività produttive; i profili di responsabilità connessi alla crisi d’impresa dopo l’emergenza sanitaria⁵⁴; la definizione delle responsabilità del datore di lavoro con riferimento al c.d. “lavoro agile” (o smart working)⁵⁵; le molteplici attività speculative⁵⁶; le false dichiarazioni nelle autocertificazioni⁵⁷; la tutela dei soggetti vulnerabili durante il *lockdown*⁵⁸.

Per quanto riguarda, in particolare, il diritto penale più direttamente collegato al contrasto dell’emergenza sanitaria, giova evidenziare come la sempre più rapida diffusione del virus abbia indotto sin da subito il legislatore – evidentemente diffidente in un’obbedienza spontanea e generalizzata – a impiegare la sanzione penale quale strumento deterrente all’inosservanza delle misure di contenimento.

Nell’ambito del diritto penale emergenziale così circoscritto si sono manifestate molteplici criticità applicative con riferimento: 1) alla definizione di un sistema punitivo⁵⁹ a presidio delle misure di contenimento; 2) alla verifica circa

⁵³ G.M. CALETTI, *Emergenza pandemica e responsabilità penali in ambito sanitario. Riflessioni a cavaliere tra “scelte tragiche” e colpa del medico*, in *Sistema penale*, 2020; M. CAPUTO, *La responsabilità penale degli operatori sanitari ai tempi del Covid19. La gestione normativa dell’errore commesso in situazioni caratterizzate dall’emergenza e dalla scarsità di risorse*, in G. FORTI (a cura di), *Le regole e la vita: del buon uso di una crisi tra letteratura e diritto*, Vita e pensiero, Milano, 2020, p. 109 ss.; G. LOSAPPIO, *Responsabilità penale del medico, epidemia da “Covid19” e “scelte tragiche” (nel prisma degli emendamenti alla legge di conversione del d.l. c.d. “Cura Italia”)*, in *Giurisprudenza penale*, 2020.

⁵⁴ F. MUCCIARELLI, *Finanziamenti garantiti ex d.l. 23/2020: profili penalistici*, in *Sistema penale*, 2020. Con riferimento ai reati economici nell’era post-*lockdown* vengono in rilievo «le tematiche collegate al credito alle imprese, all’impatto dell’attuale crisi di liquidità sugli obblighi di versamento tributario e contributivo, alle valutazioni sulla continuità aziendale trasposte nelle scritture contabili e ai risvolti penal-fallimentari della crisi», nonché «all’aggiudicazione di commesse: dalla corruzione in ambito pubblico, alla corruzione privata, dalla turbata libertà degli incanti sino alle frodi commerciali» (J.P. CASTAGNO, A.A. STIGLIANO, *L’anno che verrà: che ruolo avrà il diritto penale nell’ambito della ripresa economica? Prima parte*, in *Giurisprudenza penale*, 2020, p. 1 ss.).

⁵⁵ S. TORDINI CAGLI, *Smart working, sicurezza e responsabilità penale. Alcuni spunti problematici*, in *Penale diritto e procedura*, 2020.

⁵⁶ A.R. CASTALDO, F. COPPOLA, *Le mascherine vendute a prezzi gonfiati e l’improbabile richiamo al reato di cui all’art. 501 bis c.p.: la giurisprudenza si divide*, in *Sistema penale*, 2020.

⁵⁷ M.C. LOMBARDO, *Falso in autodichiarazione covid e risposta penale*, in *Quest. giust.*, 2020; E. PENCO, *Falsitas non punitur. Dichiarazioni mendaci in autocertificazione covid-19 e responsabilità penale*, in *La legislazione penale*, 2020.

⁵⁸ F. D’ALESSANDRO, *Le vittime vulnerabili all’epoca del coronavirus: dalle vittime di violenza domestica agli operatori sanitari esposti al contagio*, in G. FORTI (a cura di), *Le regole e la vita*, cit., p. 99 ss.

⁵⁹ Con la generica espressione “sistema punitivo” si fa chiaramente riferimento alla nozione convenzionale di materia penale, oramai largamente condivisa dalle giurisdizioni degli Stati membri. In dottrina si è, infatti, osservato che le caratteristiche delle sanzioni amministrative definite

l'idoneità funzionale delle (comuni) fattispecie di responsabilità in caso di contagio o di evento epidemico; 3) all'individuazione dei criteri di accertamento della responsabilità penale in materia sanitaria⁶⁰.

Rinviando ai capitoli successivi l'analisi delle tematiche di cui ai punti 2 e 3 di tale elencazione, occorre in questa sede soffermare l'attenzione sulla questione relativa alle sanzioni irrogate in conseguenza dell'inosservanza – qualificata come illecito penale o amministrativo – delle prescrizioni e dei divieti di cui alla normativa di gestione dell'emergenza.

La definizione del sistema punitivo emergenziale è avvenuta in maniera “progressiva”, attraverso l'emanazione: del d.l. 23 febbraio 2020, n. 6 (convertito con legge 5 marzo 2020, n. 13); del d.l. 25 marzo 2020, n. 19 (convertito con legge 22 maggio 2020, n. 35); del d.l. 16 maggio 2020, n. 33 (convertito con legge 14 luglio 2020, n. 74).

5.1. Decreto-legge 23 febbraio 2020, n. 6

Come poco sopra anticipato, il d.l. n. 6/2020 prevedeva due differenti tipologie di misure di contenimento e gestione: all'art. 1, comma 2, indicava tassativamente una serie di «misure di contenimento» tipiche; all'art. 2 stabiliva la possibilità di adottare «ulteriori misure» atipiche, l'individuazione del contenuto delle quali era rimesso quindi alle stesse autorità competenti all'adozione.

In dettaglio, le misure di riduzione della socialità tassativamente elencate all'art. 1, comma 2, d.l. n. 6/2020 consistevano: nel divieto di allontanamento e di accesso al comune o all'area interessata (lett. a e b); nella sospensione di

dalla normativa ne consentono la collocazione – in applicazione dei c.d. *Engel criteria* (Corte EDU, *Engel c. Paesi Bassi*, 8 giugno 1976) – nell'ambito della più estesa nozione di *matière pénale* (M. PELISSERO, *Covid-19 e diritto penale pandemico. Delitti contro la fede pubblica, epidemia e delitti contro la persona alla prova dell'emergenza sanitaria*, in *Riv. it. dir e proc. pen.*, 2020, p. 509 ss.; C. RUGA RIVA, *Il d.l. 25 marzo 2020, n.19, recante «Misure urgenti per fronteggiare l'emergenza epidemiologica da covid-19»: verso una “normalizzazione” del diritto penale dell'emergenza?*, in *la legislazione penale*, 2020.

Con riferimento alla nozione convenzionale e costituzionale di materia penale, L. CAPRIELLO, *Sequestri e confische*, Maggioli, Santarcangelo di Romagna, 2020, p. 22 ss.; L. MASERA, *La nozione costituzionale di materia penale*, Giappichelli, Torino, 2018; F. MAZZACUVA, *Le pene nascoste*, Giappichelli, Torino, 2017.

⁶⁰ G. BATTARINO, A. NATALE, *Reati dell'epidemia e reati nell'epidemia*, in *Quest. Giust.*, 2020, p. 38.

manifestazioni, o iniziative di qualsiasi natura, di eventi e di ogni forma di riunione in luogo pubblico o privato (lett. c); nella sospensione dei servizi educativi dell'infanzia e delle scuole di ogni ordine e grado, nonché dei viaggi d'istruzione organizzati dalle istituzioni scolastiche del sistema nazionale d'istruzione (lett. d e f); nella sospensione dell'apertura al pubblico dei musei (lett. e); nella sospensione delle procedure concorsuali (lett. g); nell'applicazione della quarantena con sorveglianza attiva ai soggetti che hanno avuto contatti stretti con persone affette dal virus (lett. h); nella previsione dell'obbligo, per chi ha fatto ingresso in Italia da zone a rischio epidemiologico, di darne comunicazione al Dipartimento di prevenzione dell'azienda sanitaria competente, per l'adozione di una misura di permanenza domiciliare fiduciaria con sorveglianza attiva (lett. i); nella chiusura di tutte le attività commerciali, ad esclusione di quelle relative a beni di prima necessità (lett. j); nella chiusura o limitazione delle attività degli uffici pubblici, fatta salva l'erogazione dei servizi essenziali e di pubblica utilità (lett. k); nella previsione che l'accesso ai servizi pubblici essenziali e agli esercizi commerciali per l'acquisto di beni di prima necessità sia condizionato all'utilizzo di dispositivi di protezione individuale (lett. l); nella limitazione all'accesso o sospensione dei servizi del trasporto di merci e di persone (lett. m); nella sospensione dell'attività lavorativa per alcune tipologie di impresa (lett. n); nella sospensione o limitazione dello svolgimento delle attività lavorative nelle zone interessate.

Quanto allo strumento sanzionatorio, l'art. 3, comma 4, puniva l'inosservanza delle misure di contenimento appena elencate mediante il richiamo dell'art. 650 cod. pen., con la clausola di riserva «salvo che il fatto non costituisca più grave reato».

L'individuazione di tale rimedio, ossia il rinvio alla contravvenzione di "inosservanza dei provvedimenti dell'autorità"⁶¹, è stata aspramente criticata dalla dottrina in una duplice prospettiva.

Innanzitutto, si è osservato come, in considerazione delle caratteristiche dei provvedimenti amministrativi dalla cui violazione si faceva discendere

⁶¹ Per la ricostruzione della fattispecie, B. ROMANO, *Il reato di inosservanza dei provvedimenti dell'Autorità al tempo del Coronavirus*, in *Il penalista*, 2020.

l'applicazione della sanzione penale, la soluzione prospettata dal legislatore – superata nei successivi decreti-legge – risultasse elusiva del principio di legalità.

Sul punto, giova brevemente evidenziare che l'art. 650 cod. pen. contiene una norma penale di carattere sussidiario⁶², che, con la sua forza sanzionatoria, è diretta a soddisfare l'interesse della pubblica amministrazione a ottenere dal privato cittadino una certa prestazione o comunque un certo comportamento.

Ne consegue che la fattispecie di cui all'art. 650 cod. pen. è integrata dalla condotta consistente nell'inosservanza di un provvedimento avente efficacia obbligatoria, ossia di un ordine diretto a una o più persone determinate o determinabili sulla base di determinate caratteristiche. Tale provvedimento deve essere, inoltre, sostanzialmente e formalmente legale, per cui deve essere adottato dall'autorità competente in esecuzione di una disposizione normativa imperativa e in ossequio alle modalità richieste dalla legge.

In considerazione delle peculiari caratteristiche dell'ipotesi di responsabilità di cui all'art. 650 cod. pen., con riferimento al richiamo di cui all'art. 3, comma 4, d.l. n. 6/2020 si è osservato, dunque, come i provvedimenti amministrativi contemplati dalla normativa emergenziale non possedessero i caratteri del “provvedimento dell'autorità” richiesto per l'integrazione della fattispecie criminosa in parola. Ciò, in quanto si trattava di provvedimenti che: 1) non avevano carattere individuale, bensì generale e astratto; 2) erano adottati con fonte di rango sub-legislativo che non si limitavano alla specificazione tecnica del precetto (secondo la logica della riserva tendenzialmente assoluta), ma contribuivano a descriverlo; 3) potevano essere emanati anche in casi non espressamente previsti dalla legge, ai sensi dell'art. 2⁶³.

Invero, tale obiezione è agevolmente superata ove si consideri che il d.l. n. 6/2020 richiamava l'art. 650 cod. pen. solo *quoad poenam*, ossia relativamente all'individuazione della sanzione (l'arresto fino a tre mesi o l'ammenda fino a 206 euro; si trattava pertanto di una contravvenzione), configurando quindi

⁶² La norma di cui all'art. 650 cod. pen. è spesso ricondotta impropriamente nella categoria delle c.d. norme penali in bianco, ricorrente allorquando la legge penale si limita a stabilire la sanzione, lasciando la determinazione del precetto – *rectius*, la sua specificazione – agli atti normativi di rango inferiore. Sul punto, G.L. GATTA, *Un rinnovato assetto del diritto dell'emergenza COVID-19*, cit.

⁶³ G. BATTARINO, A. NATALE, *Reati dell'epidemia e reati nell'epidemia*, cit., p. 39.

l'inosservanza dei provvedimenti – generali e astratti – impositivi delle misure di contenimento come un'autonoma figura di reato⁶⁴. In tal senso, del resto, depone la circostanza che la fattispecie definita per fronteggiare l'emergenza sanitaria era dotata di autonomia precettiva, in quanto interamente descritta nel d.l. n. 6/2020 («il mancato rispetto delle misure di contenimento di cui al presente decreto»).

In secondo luogo, la scelta è stata criticata con riferimento all'effettiva efficacia deterrente della sanzione alternativa dell'arresto (fino a tre mesi) o dell'ammenda (fino a 206 euro) con cui è punita l'inosservanza dei provvedimenti dell'autorità. Con riferimento alla contravvenzione di cui all'art. 650 cod. pen., infatti, è ammessa l'oblazione ai sensi dell'art. 162-*bis* cod. pen., con la conseguenza, quindi, che con il pagamento di 103 euro si produce la definizione del procedimento penale e l'estinzione del reato. Del resto, è proprio in tale circostanza che deve ricondursi l'origine della prassi diffusasi in alcune procure della Repubblica di qualificare l'inosservanza delle misure di contenimento ai sensi della più grave ipotesi disciplinata dall'art. 260 del regio decreto 27 luglio 1934, n. 1265 (Testo unico delle leggi sanitarie – Tuls), a mente del quale è punito «chiunque non osserva un ordine legalmente dato per impedire l'invasione o la diffusione di una malattia infettiva dell'uomo». Si tratta, infatti, di contravvenzione che, in quanto punita con la pena congiunta di arresto e ammenda, non è soggetta a oblazione.

5.2. Decreto-legge 25 marzo 2020, n. 19

Con il decreto-legge 25 marzo 2020, n. 19, il Governo ha ritenuto opportuno – in considerazione dell'evoluzione della situazione epidemiologica⁶⁵ e della stratificazione normativa realizzatasi per la concorrente attività dello Stato, delle Regioni e dei comuni – procedere a un riordino della disciplina emergenziale, con

⁶⁴ G.L. GATTA, *Coronavirus, limitazione di diritti e libertà fondamentali, e diritto penale*, cit.; A. NATALINI, *In fuga dal virus: cosa rischia chi viola la "zona rossa"*, in *Guida al Diritto-Il Sole 24 ore*, 2020, p. 74. G.L. GATTA, *Un rinnovato assetto del diritto dell'emergenza COVID-19*, cit.

⁶⁵ A. NATALE, *Il decreto legge n. 19 del 2020: le previsioni sanzionatorie*, in *Quest. Giust.*, 2020.

riferimento sia al profilo relativo al catalogo delle misure di contenimento che a quello concernente il sistema sanzionatorio⁶⁶.

Quanto al primo, il d.l. n. 19/2020 all'art. 1 elenca – con un maggiore grado di tipicità rispetto a quanto disponeva il d.l. n. 6/2020 – le misure finalizzate a «contenere e contrastare i rischi sanitari derivanti dalla diffusione del virus Covid-19», mentre all'art. 2 disciplina le relative modalità di attuazione, stabilendo che le misure di contenimento sono adottate con decreto del Presidente del Consiglio dei ministri (forma) previa interlocuzione con i ministri competenti e i presidenti delle Regioni interessate (procedimento).

Per quanto riguarda, invece, il secondo profilo, il nuovo decreto legge ha completamente ridefinito il sistema sanzionatorio posto a presidio delle misure di contenimento, riducendo sensibilmente l'area di rilevanza penale dell'inosservanza delle stesse. La *ratio* di tale inversione di rotta risiede nella necessità, evidenziata dalle criticità applicative del d.l. n. 6/2020, di rinunciare all'impiego della sanzione penale, per non gravare ulteriormente sul sistema giudiziario⁶⁷, già negativamente inciso dalla sospensione delle relative attività. In considerazione di ciò, si è reputato opportuno strutturare il sistema sanzionatorio, anziché sulla pena – e conseguentemente sul processo penale – su sanzioni amministrative, irrogate dal prefetto o dalle Regioni.

Nel nuovo regime punitivo, infatti, la violazione delle misure è qualificata in termini di illecito penale soltanto in via eccezionale, riservandosi alla generalità delle condotte inosservanti delle prescrizioni imposte a contenimento della diffusione del contagio la veste di illecito amministrativo punitivo.

Ai sensi dell'art. 4, comma 1, l'inosservanza delle misure di contenimento previste dall'art. 1, comma 2, adottate secondo le disposizioni di cui all'art. 2, comma 1 (dal Presidente del Consiglio dei Ministri), ovvero all'art. 3 (dai Presidenti

⁶⁶ D. PIVA, *Il diritto penale ai tempi del coronavirus: troppo su inosservanza e poco su carcere*, in *Arch. pen.*, 2020, p. 1 ss.; A.R. CASTALDO, F. COPPOLA, *Profili penali del Decreto-legge n. 19/2020 "Coronavirus": risolto il rebus delle sanzioni applicabili*, in *Arch. pen.*, 2020, p. 1 ss.; C. RUGA RIVA, *Il d.l. 25 marzo 2020, n. 19, recante «misure urgenti per fronteggiare l'emergenza epidemiologica da covid-19»*, cit., p. 1 ss.; R. BARTOLI, *Il diritto penale dell'emergenza "a contrasto del coronavirus"*, cit., p. 7.

⁶⁷ Secondo i dati consultabili presso il sito del Ministero dell'Interno, tra l'11 e il 24 marzo 2020 sono state denunciate per il reato di inosservanza delle misure di contenimento circa 100.000 persone.

delle Regioni)⁶⁸, è punita con la sanzione amministrativa pecuniaria⁶⁹ da 400 a 3.000 euro⁷⁰, raddoppiata in caso di «reiterazione della medesima disposizione» (art. 4, comma 5)⁷¹. Incide altresì sull'ammontare della sanzione, determinandone un aumento fino a un terzo, la circostanza che il mancato rispetto delle misure di contenimento avvenga mediante l'utilizzo di un veicolo (art. 4, comma 1).

Con riferimento a tali sanzioni, il decreto dispone l'applicazione le disciplina in materia di pagamento in misura ridotta di cui all'art. 202 d.lgs. 30 aprile 1992, n. 285 (Codice della strada), espressamente richiamato (art. 4, comma 3), per cui, ferme restando le eventuali sanzioni amministrative accessorie, entro sessanta giorni dalla contestazione o dalla notificazione è ammesso il pagamento di una somma pari al minimo della sanzione. La misura di quest'ultima è poi ulteriormente ridotta del 30 per cento se il pagamento è effettuato entro cinque giorni dal suddetto termine.

Oltre alla sanzione pecuniaria, con riferimento alla violazione delle misure concernenti l'esercizio di attività commerciali, professionali e d'impresa (art. 1,

⁶⁸ La disposizione in parola non richiama, probabilmente per una disattenzione del legislatore, l'art. 2, comma 2, sottraendo così all'applicazione della sanzione la condotta inosservante delle disposte con ordinanza del Ministro della Salute (G.L. GATTA, *Un rinnovato assetto del diritto dell'emergenza COVID-19*, cit.). Con riferimento a tale profilo è stato, però evidenziato che evidenziato che dette misure «potrebbero forse rientrare tra gli “atti posti in essere per ragioni di sanità in forza di poteri attribuiti da ogni disposizione di legge previgente”, di cui al successivo articolo 3, comma 3, ossia adottati ai sensi dell'articolo 32 della L. 23 dicembre 1978, n. 833» (L. AGOSTINI, *Pandemia e “penademia”*: *sull'applicabilità della fattispecie di epidemia colposa alla diffusione del covid-19 da parte degli infetti*, in *Sistema Penale*, 2020).

⁶⁹ Le sanzioni per le violazioni delle misure disposte con d.p.c.m. ai sensi dell'art. 2, comma 1, sono irrogate dal Prefetto; le sanzioni per le violazioni delle misure disposte dalle Regioni ai sensi dell'art. 3 sono irrogate dalle stesse Regioni (art. 4, comma 3).

L'esecuzione delle misure è assicurata dal Prefetto, il quale si avvale delle forze di polizia e, ove occorra, delle forze armate (art. 4, comma 9). Tale eccezionale disposizione evidenzia la particolare complessità dell'attività di controllo in ordine all'osservanza delle misure di contenimento, di fondamentale rilevanza per l'efficacia dell'azione di contrasto alla diffusione del virus.

⁷⁰ Il massimo edittale della sanzione amministrativa pecuniaria è stato ridotto da 3.000 a 1.000 euro dalla legge 22 maggio 2020, n. 35, di conversione, con modificazioni, del decreto-legge 25 marzo 2020, n. 19, recante misure urgenti per fronteggiare l'emergenza epidemiologica da Covid-19.

⁷¹ L'ambigua espressione può essere interpretata in due alternativi modi. In primo luogo, nel senso che a rilevare sia la violazione dell'art. 4, comma 1 (la “disposizione” che configura l'illecito), indipendentemente dalla specifica misura di contenimento oggetto di inosservanza. In secondo luogo, in termini di recidiva specifica, secondo cui la reiterazione sussiste soltanto in caso di plurime violazioni della medesima misura di contenimento. (G.L. GATTA, *Un rinnovato assetto del diritto dell'emergenza COVID-19*, cit.). Invero, sul punto sono state introdotte modifiche in sede di conversione, in esito alle quali la nuova disposizione normativa prevede che «in caso di reiterata violazione della disposizione di cui al comma 1, la sanzione amministrativa è raddoppiata e quella accessoria è applicata nella misura massima». Non si tratta, dunque, di una recidiva specifica.

comma 2, lett. i, m, p, u, v, z, aa) trova applicazione anche la sanzione amministrativa accessoria della chiusura dell'esercizio o dell'attività da 5 a 30 giorni (art. 4, comma 2), applicata nella misura massima (30 giorni) in caso di reiterazione dell'illecito (art. 4, comma 5)⁷².

Per espressa previsione normativa, la chiusura dell'esercizio o dell'attività può, inoltre, essere applicata (per una durata non superiore a 5 giorni) anche in via cautelare (art. 4, comma 6), ossia in via provvisoria, ove si renda necessaria – all'atto dell'accertamento della violazione – per impedire la prosecuzione o la reiterazione della violazione. In tal caso, il periodo di chiusura provvisoria è scomputato dalla corrispondente sanzione accessoria definitivamente irrogata, in sede di sua esecuzione”.

Con riferimento all'accertamento delle violazioni, il d.l. n. 19/2020 (art. 4, comma 3) richiama le previsioni di cui alla disciplina generale dettata dalla l. 24 novembre 1981, n. 689, recante “Modifiche al sistema penale”, con la quale il legislatore – mediante la depenalizzazione di numerose fattispecie di reato, concretizzatasi nella sostituzione della sanzione amministrativa pecuniaria alla multa o all'ammenda in precedenza previste per le stesse – ha dettato una disciplina unitaria in tema di illeciti amministrativi e relative sanzioni, con riferimento sia ai profili di carattere sostanziale dell'illecito, che a quelli di carattere procedimentale e processuale.

Ne consegue che al nuovo illecito amministrativo si applica, innanzitutto, la regola ordinaria di imputazione soggettiva, in virtù della quale la relativa responsabilità presuppone la conoscenza, o la conoscibilità, secondo l'ordinaria diligenza, dei presupposti di fatto dell'illecito ed è configurabile a titolo sia di dolo che di colpa (art. 3, comma 1, l. n. 689/1981); inoltre, la responsabilità è esclusa in caso di errore incolpevole sul fatto (art. 3, comma 2).

Trova applicazione, altresì, la disciplina relativa alle cause di esclusione della responsabilità *ex art. 4 l. n. 689/1981*, per cui non è chiamato a rispondere delle violazioni amministrative il soggetto che commetta il fatto in presenza di una causa

⁷² In considerazione della ritenuta natura punitiva dell'apparato sanzionatorio in esame, con riferimento a tale previsione sono stati nutriti sospetti di illegittimità costituzionale in virtù dei principi di recente affermati dalla consulta, che ha dichiarato l'illegittimità costituzionale delle pene accessorie fisse previste per la bancarotta fraudolenta (Corte cost., 5 dicembre 2018, n. 222).

di giustificazione quale lo stato di necessità, la legittima difesa o l'adempimento di un dovere e l'esercizio di una facoltà legittima (sempre che, naturalmente, tali doveri e facoltà non risultino anch'essi limitati dalle misure di contenimento).

Infine, l'illecito amministrativo in parola soggiace altresì alla disciplina del concorso di persone di cui all'art. 5 l. n. 689/1981, con la conseguenza che qualora alla violazione amministrativa concorrano più persone, la relativa sanzione sarà applicata nei confronti di ciascuno dei concorrenti.

La disciplina dei rapporti tra la nuova ipotesi di responsabilità e altri illeciti è definita mediante la clausola di riserva – “salvo che il fatto costituisca reato” – posta in apertura dell'art. 4. Tale disposizione comporta l'inapplicabilità della disciplina generale di cui all'art. 9 l. n. 689/1981, secondo la quale le ipotesi di concorso apparente di norme sono risolte in applicazione del principio di specialità, per cui quando uno stesso fatto è punito da una disposizione penale e da una disposizione che prevede una sanzione amministrativa, si applica la disposizione speciale.

In ossequio alla disciplina dettata dal d.l. 19/2020, quindi, qualora la condotta di inosservanza delle misure di contenimento integri gli estremi di una fattispecie criminosa (come nel caso della nuova contravvenzione prevista dall'art. 4, comma 6, dello stesso decreto-legge in relazione all'inosservanza dell'obbligo di quarantena da parte di soggetto positivo al virus), non trova applicazione l'illecito amministrativo in esame. Quest'ultimo, tuttavia, potrà concorrere con le ipotesi di reato eventualmente integrate da fatti diversi collegati all'inosservanza delle misure di contenimento (come, per esempio, lesioni, omicidio e epidemia colposi).

Proprio in considerazione della clausola di riserva anzidetta, quindi, il d.l. – per evitare che il nuovo illecito amministrativo risultasse, in sostanza, privo di un concreto spazio applicativo – ha precisato espressamente che con riferimento alla condotta di inosservanza delle misure di contenimento non trovano applicazione le sanzioni previste dall'art. 650 cod. pen., né da qualunque altra disposizione di legge attributiva di poteri per ragioni di sanità. In tal modo, lo stesso d.l. ha chiarito che la condotta sanzionata non è sussumibile nelle ipotesi disciplinate dagli artt. 650 cod. pen. e 260 r.d. n. 1265/1934.

Nel sistema sanzionatorio definito dal d.l. n. 19/2020 residua una sola ipotesi di responsabilità penale, prevista con riferimento alla violazione del «divieto

assoluto di allontanarsi dalla propria abitazione o dimora per le persone sottoposte alla misura della quarantena perché risultate positive al virus» (art. 2, comma 1, lett. e)⁷³. Le ragioni sottese alla scelta di presidiare l'osservanza di tale misura limitativa mediante la previsione di una nuova ipotesi di reato sono evidentemente da ravvisarsi nell'elevato grado di pericolo, in termini di tutela della salute pubblica e di efficacia della stessa azione di contrasto alla diffusione del contagio, connesso alla violazione della stessa, al punto da rendere evidente l'opportunità di predisporre una più grave risposta sanzionatoria.

Ricorrendo alla tecnica già impiegata nel d.l. n. 6/2020, la sanzione della nuova figura di reato è individuata mediante un rinvio *quoad poenam* alla fattispecie contravvenzionale prevista dall'art. 260 r.d. n. 1265/1934, che, per effetto dell'inasprimento disposto dallo stesso legislatore (art. 4, comma 7), è punito con l'arresto da 3 a 18 mesi e l'ammenda da 500 a 5000 euro⁷⁴. Si tratta, dunque, di un reato proprio, punibile a titolo di dolo o di colpa, con riferimento al quale non è configurabile il tentativo, né è ipotizzabile la recidiva. La previsione della pena congiunta dell'arresto e dell'ammenda preclude il ricorso all'istituto dell'oblazione⁷⁵.

La nuova fattispecie criminosa è configurata come reato di pericolo astratto, trovando fondamento nel giudizio presuntivo effettuato dallo stesso legislatore, e supportato da evidenze scientifiche, circa la pericolosità per la salute pubblica della

⁷³ La limitazione della responsabilità penale a tale specifica misura comporta che la violazione della quarantena precauzionale da parte di soggetti che hanno avuto contatti stretti con casi confermati di malattia infettiva diffusiva o che sono rientrati dall'estero (art. 2, comma 1, lett. d) non integra gli estremi della nuova fattispecie contravvenzionale, bensì quelli dell'illecito amministrativo anzidetto.

⁷⁴ La condotta incriminata si sostanzia in una sorta di evasione da parte del soggetto ristretto nella sua libertà, per ragioni diverse dall'aver commesso un reato, che comporta un pericolo per la salute pubblica. In ordine alla nuova ipotesi criminosa sono stati avanzati dubbi di legittimità, relativamente al presupposto di fatto costituito dalla quarantena. Si tratterebbe di una incisiva limitazione della libertà personale disposta in assenza di un'un'espresa e dettagliata disciplina legislativa e senza un vaglio giudiziale, diversamente da quanto previsto per esempio dall'art. 35 l. n. 833/1978 con riferimento al TSO (G.L. GATTA, *I diritti fondamentali alla prova del coronavirus*, cit.). Dello stesso tenore le elaborazioni di: A. NATALE, *Il decreto legge n. 19 del 2020*, cit.; M. GRIMALDI, *Covid-19: la tutela penale dal contagio*, in *Giurisprudenza penale*, 2020, p. 18 ss.; G. LATTANZI, *La pandemia aggredisce anche il diritto?*, in *Giustizia insieme.it*, 2020, p. 15. Di contro, sostiene l'assenza di coercizione, R. BARTOLI, *Il diritto penale dell'emergenza "a contrasto del coronavirus"*, cit., p. 11.

⁷⁵ G.L. GATTA, *Un rinnovato assetto del diritto dell'emergenza COVID-19*, cit.; I. PARDO, *Gli illeciti amministrativi, il nuovo reato di infrazione dell'obbligo di quarantena e il delitto di epidemia colposa. Effetti del DL 19/20 su procedimenti e misure in corso*, in *Giustizia insieme*, 2020, p. 4 ss., secondo il quale la nuova contravvenzione ha natura dolosa.

condotta di allontanamento dal luogo di quarantena del soggetto positivo al virus⁷⁶. L'affermazione della penale responsabilità di quest'ultimo, quindi, pur necessitando del previo controllo in ordine alla legittimità del provvedimento dispositivo della quarantena⁷⁷, non richiederebbe il preventivo accertamento da parte del giudice dell'effettiva esposizione al pericolo del bene giuridico tutelato.

Invero, è ragionevole sostenere che, anche con riferimento alla fattispecie criminosa di nuovo conio, analogamente a quanto affermato dalla Corte costituzionale con riferimento ad altre ipotesi di responsabilità penale⁷⁸, sia pur sempre necessario procedere – in applicazione del criterio della c.d. “contestualizzazione dell'evento” – all'accertamento l'offensività in concreto del fatto. In altri termini, occorre verificare, mediante un giudizio *ex ante*, se, in considerazione degli elementi del fatto concretamente determinatisi, la condotta risulti effettivamente pericolosa per il bene giuridico tutelato dalla norma (cioè, la salute pubblica), perché idonea a diffondere il virus a un numero indeterminato di persone⁷⁹.

Con riferimento al rapporto con altre figure di reato, invece, il d.l. ha espressamente previsto – mediante l'impiego di apposita clausola di riserva – che alla violazione della quarantena è applicabile la nuova fattispecie contravvenzionale a condizione che la stessa condotta non integri gli estremi di un

⁷⁶ Con riferimento ai reati di pericolo, la dottrina tradizionale distingue tra: 1) reati di pericolo concreto (o effettivo), la cui integrazione richiede l'effettiva esposizione del bene tutelato al pericolo, il quale costituisce esso elemento tipico “espresso” della fattispecie e deve essere quindi oggetto, volta per volta, di uno specifico accertamento (es. artt. 422, 423, comma 2, 431, 434 cod. pen.); 2) reati di pericolo astratto, che si configurano quando il pericolo non costituisce un elemento del fatto tipico, ma è considerato dal legislatore come insito nella stessa condotta, la quale è ritenuta pericolosa in virtù delle elaborazioni scientifiche o dell'esperienza, per cui il compito del giudice si esaurisce nel riscontrare la conformità della condotta al tipo; 3) reati di pericolo presunto, nei quali il pericolo, pur non essendo necessariamente insito nella stessa condotta (essendo possibile, quanto meno in astratto, la verifica circa l'effettiva sussistenza delle condizioni idonee al verificarsi dell'evento), è presunto *juris et de jure*, per cui non è ammessa la prova contraria (F. MANTOVANI, *Diritto Penale*, Cedam, Padova, 2001, p. 220, ss.).

⁷⁷ Invero, la dottrina ha manifestato seri dubbi circa la legittimità della quarantena disposta con d.p.c.m., in assenza delle garanzie della riserva di legge e della riserva di giurisdizione *ex art. 13 Cost.* (G.L. GATTA, *Un rinnovato assetto del diritto dell'emergenza COVID-19*, cit.).

⁷⁸ Corte Cost., 17 marzo 1966, n. 26; Corte Cost., 5 luglio 1971, n. 168.

⁷⁹ Appare evidente, infatti, come la violazione della quarantena assuma un diverso disvalore, e quindi una differente rilevanza, nel caso in cui il soggetto positivo al virus, allontanandosi dal proprio domicilio, si rechi in un luogo pubblico o comunque ove vi sono altre persone, con la conseguente concreta possibilità di contagiarle, rispetto all'ipotesi dello stesso soggetto che si allontani di poche centinaia di metri dalla propria casa in campagna, senza alcuna possibilità di incontrare qualcuno.

delitto non colposo contro la salute pubblica (art. 452 cod. pen.) o di un qualunque più grave reato.

Del resto, appare evidente come la contravvenzione di nuova formulazione e il delitto di epidemia tutelino il medesimo bene giuridico, distinguendosi unicamente in relazione all'entità del pericolo cui le condotte sussumibili nell'una e nell'altra fattispecie espongono la salute pubblica. Ne consegue che la violazione dell'obbligo di quarantena integrerà gli estremi dell'epidemia colposa (punita con la reclusione da uno a cinque anni), anziché della fattispecie contravvenzionale in parola, laddove si accerti che dalla stessa sia derivato il contagio di una o più persone e l'esposizione al rischio di un numero indeterminato di persone.

Alla luce dell'analisi fin qui condotta, appare evidente come la ridefinizione nei termini anzidetti del sistema sanzionatorio posto a presidio dell'osservanza delle misure di contenimento sia stata imposta da due complementari necessità: da un lato, quella di impedire il sovraccarico del sistema giudiziario, già negativamente inciso dalla sospensione delle relative attività, dall'altro, quella di predisporre comunque – in funzione di prevenzione generale – un adeguato rimedio sanzionatorio alle condotte di inosservanza, essenziale ai fini di un efficace risposta normativa alla situazione emergenziale.

In tale prospettiva, si è proceduto mediante un macchinoso procedimento di depenalizzazione, consistente non nella trasformazione di un reato in un illecito amministrativo, ma nella sua abolizione e nella previsione, in luogo dello stesso, di un illecito amministrativo e di una contravvenzione diversamente configurati rispetto alla previgente fattispecie criminosa. In tal modo, in applicazione della disposizione di cui all'art. 2, comma 2, cod. pen., la condotta di inosservanza delle misure di contenimento ha perso rilevanza penale (*abolitio criminis*), integrando gli estremi del nuovo illecito amministrativo. Ne consegue che, ad eccezione della violazione dell'obbligo di quarantena da parte di soggetto positivo al virus (penalmente rilevante ai sensi dell'art. 4, comma 6, d.l. n. 19/2020, con la conseguente applicazione del principio del *favor rei* in ragione della continuità del tipo di illecito), nessuno può essere chiamato a rispondere del reato di cui all'art. 3,

comma 4, d.l. n. 6/2020 con riferimento ai fatti commessi anteriormente all'entrata in vigore del decreto⁸⁰.

La definizione del nuovo sistema sanzionatorio, con l'abrogazione della previgente contravvenzione, ha posto dunque la necessità di dettare un'espressa disciplina transitoria (art. 4, comma 8), in assenza della quale l'applicazione del nuovo illecito amministrativo sarebbe stata preclusa con riferimento ai fatti commessi anteriormente alla sua introduzione.

Il principio di irretroattività, in forza del quale nessuno può essere punito se non in virtù di una legge entrata in vigore prima del fatto commesso, trova applicazione, infatti, anche con riferimento agli illeciti amministrativi punitivi. Ciò, alla luce sia del disposto normativo di cui all'art. 1 l. n. 689/1981⁸¹, che delle elaborazioni della giurisprudenza costituzionale⁸², secondo cui anche le sanzioni amministrative di natura sostanzialmente afflittivo-punitiva, come quella in esame, soggiacciono al principio di irretroattività, di cui all'art. 25, comma 2, e all'art. 117, comma 1, Cost., in relazione all'art. 7 Cedu⁸³.

Nel rispetto di tale principio, quindi, il d.l. n. 19/2020 ha espressamente stabilito l'applicabilità del nuovo illecito amministrativo anche alle violazioni commesse anteriormente alla data della sua entrata in vigore.

Tuttavia, una tale espressa previsione, in tanto può dirsi compatibile con il principio di irretroattività, in quanto non si traduca nella sostanza nell'applicazione nei confronti dell'agente di un trattamento sanzionatorio più severo di quello – dallo stesso prevedibile e calcolabile – normativamente previsto all'epoca del fatto. In

⁸⁰ Ne consegue che i procedimenti penali già avviati – tanto quelli correttamente iscritti per il reato di cui all'art. 3, comma 4, d.l. n. 6/2020, quanto quelli impropriamente iscritti a titolo di contravvenzione ex art. 650 cod. pen. – dovranno essere archiviati: del resto, risulterebbe irragionevole, e quindi in contrasto con il principio di cui all'art. 3 Cost., consentire la punizione ai sensi dell'art. 650 cod. pen. di fatti per i quali l'art. 4, comma 1, d.l. n. 19/2020 esclude espressamente l'applicabilità della disposizione codicistica.

⁸¹ Art. 1 l. n. 689/1981 (Principio di legalità):

«Nessuno può essere assoggettato a sanzioni amministrative se non in forza di una legge che sia entrata in vigore prima della commissione della violazione.

Le leggi che prevedono sanzioni amministrative si applicano soltanto nei casi e per i tempi in esse considerati».

⁸² Corte cost., 5 dicembre 2018, n. 223; Corte Cost., 16 dicembre 2016, n. 276; Corte cost., 18 aprile 2014, n. 104; Corte cost., 4 giugno 2010, n. 196.

⁸³ G. MARINUCCI, E. DOLCINI, G.L. GATTA, *Manuale di Diritto penale. Parte generale*, VIII ed., Giuffrè, Milano, 2019, p. 113.

ragione di ciò, le sanzioni devono essere applicate ai fatti anteriori nella misura minima ridotta alla metà (art. 4, comma 8)⁸⁴.

Con riferimento alla gestione dei procedimenti relativi alla violazione dell'abrogata ipotesi di responsabilità di cui all'art. 3, comma 4, d.l. n. 6/2020, il d.l. ha fatto espresso rinvio gli artt. 101 e 102 d.lgs. n. 507/1999. In applicazione di tale disciplina, le condanne irrevocabili (ipotesi puramente teorica nel caso in esame) devono essere revocate dal giudice dell'esecuzione (art. 101); nei procedimenti pendenti, i relativi atti devono essere trasmessi (dal giudice o dal pubblico ministero, a seconda della fase in cui si verte) all'autorità amministrativa competente (art. 102).

Ciò posto, la disciplina transitoria definita dal d.l. n. 19/2020 non appare totalmente immune da dubbi di legittimità costituzionale.

Innanzitutto, il rinvio all'art. 102 d.lgs. n. 507/1999 comporta l'estensione alla materia in esame della possibilità di pagamento in misura ridotta entro sessanta giorni dalla notificazione della violazione. Tuttavia, mentre l'art. 16 l. n. 689/1981, a sua volta richiamato dalla dal d.lgs. n. 507/1999, individua le riduzioni in relazione ai limiti edittali delle sanzioni – nella misura di un terzo del minimo o, se più favorevole, del doppio del massimo – la disposizione emergenziale stabilisce l'applicazione in ordine ai fatti anteriori di una sanzione in misura fissa (pari alla metà del minimo edittale). Tale previsione, dunque, non operando alcuna distinzione in ordine al livello di gravità delle differenti violazioni, sembra stridere con i principi di uguaglianza e di proporzione.

Ulteriori profili di illegittimità della disciplina transitoria si manifesterebbero in relazione alla formulazione testuale della norma nella parte in cui, nel disporre l'applicazione retroattiva, fa genericamente riferimento alle “sanzioni amministrative”, senza un'espressa esclusione di quella accessoria della chiusura dell'esercizio o dell'attività. È necessario, quindi, che l'autorità giudiziaria

⁸⁴ In tale disposizione si ravvisa lo stesso meccanismo su cui è stato strutturato l'intervento di depenalizzazione del 2016 (d.lgs. 15 gennaio 2016, n. 8, art. 8, comma, 3), il quale, disponendo l'applicabilità retroattiva delle nuove sanzioni amministrative in luogo di quelle penali, vietava l'irrogazione retroattiva di una sanzione amministrativa pecuniaria «per un importo superiore al massimo della pena originariamente inflitta per il reato, tenuto conto del criterio di ragguglio di cui all'art. 135 c.p.» (G.L. GATTA, *Un rinnovato assetto del diritto dell'emergenza COVID-19*, cit.; D. PIVA, *Il diritto penale ai tempi del coronavirus*, cit., p. 10).

chiamata ad applicare tale disposizione ne fornisca un'interpretazione costituzionalmente conforme volta ad escludere l'applicazione retroattiva della sanzione accessoria anzidetta⁸⁵.

In conclusione, nella disciplina emergenziale definita con il d.l. n. 19/2020 sono indubbiamente ravvisabili aspetti degni di pregio⁸⁶: 1) il maggiore grado di tipicità del catalogo delle misure di contenimento; 2) la ridefinizione delle competenze tra potere centrale e poteri locali in ordine all'adozione dei provvedimenti limitativi; 3) la riqualificazione, da penale ad amministrativa, della responsabilità conseguente alla violazione delle misure.

Non mancano tuttavia evidenti criticità, tra cui quella maggiormente rilevante è costituita dalla mancata definizione, con legge o atto avente forza di legge, di una disciplina espressa della quarantena⁸⁷.

Sebbene, infatti, la quarantena costituisca presupposto fattuale per l'integrazione del reato, il d.l. 19/2020 si limita a farne una mera enunciazione, senza disciplinarne in maniera organica presupposti, competenza a disporla e procedura di applicazione. Eppure, si tratta di una misura che, in quanto evidentemente limitativa della libertà personale, dovrebbe operare nel rispetto delle garanzie previste dall'art. 13 Cost., con la conseguente necessità di una espressa previsione legislativa dei relativi presupposti applicativi, mediante provvedimento dell'autorità giudiziaria, anche solo nella forma della convalida. Del resto, una simile limitazione della libertà personale per ragioni sanitarie si registra nel caso del trattamento sanitario obbligatorio (TSO) in condizioni di degenza ospedaliera di cui

⁸⁵ G.L. GATTA, *Un rinnovato assetto del diritto dell'emergenza COVID-19*, cit. Invero, tali sospetti non risultano unanimemente condivisi dalla dottrina. In termini diametralmente opposti, infatti, si è osservato che «a dispetto del generico riferimento alle “sanzioni”, l'art. 4, co. 8, DL 19/2020 intende riferirsi soltanto a quelle pecuniarie, come risulta dal riferimento alla riduzione della metà e al pagamento in misura ridotta; [...] in ogni caso, esse [le sanzioni amministrative accessorie] già venivano applicate, sempre in via obbligatoria e con medesima durata, quantomeno rispetto alle attività commerciali o pubblici servizi, attese le modifiche già apportate all'art. 3 comma 4 DL 6/2020 dall'art. 15, DL 14/2020» (D. PIVA, *Il diritto penale ai tempi del coronavirus*, cit., p. 10).

⁸⁶ In argomento, v. per tutti G.L. GATTA, *Un rinnovato assetto del diritto dell'emergenza COVID-19*, cit.; D. PIVA, *Il diritto penale ai tempi del coronavirus*, cit., p. 1 ss.; A.R. CASTALDO, F. COPPOLA, *Profili penali del Decreto-legge n. 19/2020 “Coronavirus”*, cit., p. 1 ss.; C. RUGA RIVA, *Il d.l. 25 marzo 2020, n. 19*, cit., p. 1 ss.

⁸⁷ M. GRIMALDI, *Covid-19: la tutela penale dal contagio*, cit., p. 17 ss.; G.L. GATTA, *Un rinnovato assetto del diritto dell'emergenza COVID-19*, cit.; C. RUGA RIVA, *Il d.l. 25 marzo 2020, n. 19*, cit., p. 11.

all'art. 35, l. 833/1978⁸⁸, con riferimento al quale risultano senz'altro rispettate le suddette garanzie⁸⁹.

Nel quadro così definito, quindi, il provvedimento impositivo della quarantena – la cui violazione integra gli estremi della nuova fattispecie contravvenzionale – potrebbe essere considerato illegittimo e, dunque, disapplicato dal giudice, con la conseguente esclusione di responsabilità per la sua inosservanza⁹⁰.

5.3. Decreto legge 16 maggio 2020, n. 33

Il decreto-legge 16 maggio 2020, n. 33 (c.d. decreto riaperture), che segna l'ingresso nella fase 2 dell'emergenza sanitaria, è intervenuto in riforma della disciplina emergenziale con riferimento a un duplice profilo: da un lato, quello relativo al catalogo delle misure di contenimento, sensibilmente ridotto – in ossequio ai criteri di proporzionalità e adeguatezza – in considerazione del graduale e progressivo miglioramento della situazione epidemiologica; dall'altro, quello concernente il sistema sanzionatorio, assoggettato a una disciplina autonoma rispetto a quella dettata dal d.l. n. 19/2020 in relazione alla fase 1.

Invero, nel sistema delle fonti del diritto emergenziale, la disciplina introdotta dal nuovo decreto-legge non si sostituisce a quella dettata dal d.l. n. 19/2020, il quale oltre a costituire la normativa di riferimento per la fase 1 dell'emergenza,

⁸⁸ La sola occasione in cui ricorre l'espressione quarantena in tale legge è quella relativa alla attribuzione alla competenza dello stato delle funzioni amministrative relative alla profilassi di malattie infettive o diffuse statali (art. 6, lett. b).

⁸⁹ Secondo la disciplina definita dalla legge del 1978 (istitutiva del servizio sanitario nazionale), al sindaco è attribuito il potere di disporre il trattamento sanitario obbligatorio in condizioni di degenza ospedaliera. Il relativo provvedimento deve essere comunicato entro 48 ore al giudice tutelare e deve essere convalidato entro le successive 48 ore (art. 35 l. n. 833/1978).

⁹⁰ Invero, la tesi circa la necessità che la quarantena sia imposta (in base alla legge) dall'autorità competente mediante un provvedimento amministrativo individuale era respinta da autorevole dottrina, secondo la quale la quarantena «è imposta direttamente dalla norma primaria e che il soggetto che si trova nelle condizioni che la norma stabilisce è automaticamente tenuto a sottostarvi» (M. LUCIANI, *Il sistema delle fonti del diritto alla prova dell'emergenza*, cit., p. 126 ss.). Sarebbe, quindi, «direttamente la legge, e non l'autorità amministrativa, a disporre la quarantena», atteso che «con il coronavirus è la legge stessa a prendere atto della diffusività del fenomeno; a descrivere i presupposti dell'intervento; a stabilire quando impiegare le maniere forti; a comminare sanzioni (ma non coercizione fisica)» (M. BIGNAMI, *Chiacchiericcio sulle libertà costituzionali al tempo del coronavirus*, in *Quest. giust.*, 2020; In tal senso, anche S.G. GUIZZI, *Stato costituzionale di diritto ed emergenza Covid-19*, cit., p. 34 ss.).

conserva validità ed efficacia anche in relazione a una molteplicità di aspetti concernenti la gestione della fase 2.

Quanto alla competenza in ordine all'adozione delle misure limitative permane il carattere primario e centrale del ruolo svolto dal Governo, al quale è rimessa l'adozione, mediante d.p.c.m., delle misure di contenimento elencate dal d.l. n. 19/2020 e in parte disciplinate dal nuovo decreto legge⁹¹.

Permane altresì la funzione complementare delle Regioni, alle quali è riconosciuta la facoltà di introdurre – esclusivamente nelle more dell'adozione dei relativi d.p.c.m. e con contestuale informazione al Ministro della salute – misure derogatorie, ampliative o restrittive (art. 1, comma 16). In considerazione, poi, della differente incidenza del rischio epidemiologico sul territorio nazionale, alle Regioni è altresì attribuita la competenza in ordine all'adozione – nel rispetto dei principi contenuti nei protocolli o nelle linee guida nazionali – di protocolli o linee guida idonei a prevenire il rischio di contagio nello svolgimento di attività economiche, produttive e sociali⁹².

La nuova disciplina delle misure di contenimento (art. 1, d.l. n. 33/2020) concerne: 1) la circolazione nel territorio regionale (comma 2), nazionale (comma 3) ed estero (comma 4); gli assembramenti, le manifestazioni, gli eventi e gli spettacoli in luogo pubblico o aperto al pubblico (comma 8); le riunioni (comma 10) e le funzioni religiose (comma 11); le attività didattiche (comma 13); le attività economiche, produttive e sociali (commi 14-16); la quarantena (commi 6 e 7).

Per quanto concerne, invece, il sistema sanzionatorio, l'art. 2, comma 1, stabilisce che la violazione delle misure di contenimento è punita con le sanzioni amministrative previste dall'art. 4, comma 1, d.l. n. 19/2020.

Con particolare riferimento alla violazione della quarantena, il nuovo decreto legge conserva la previsione di due diverse conseguenze sanzionatorie: un'ipotesi

⁹¹ Il Parlamento, quindi, continua a svolgere un ruolo marginale. Invero, già con le modifiche apportate dalla relativa legge di conversione (l. 22 maggio 2020, n. 35) al d.l. n. 19/2020 si è espressamente previsto che «Il Presidente del Consiglio dei ministri o un Ministro da lui delegato illustra preventivamente alle Camere il contenuto dei provvedimenti da adottare [...], al fine di tenere conto degli eventuali indirizzi dalle stesse formulati». In caso di impossibilità, per ragioni di urgenza connesse alla natura delle misure da adottare, alle Camere riferisce il Presidente del Consiglio dei Ministri – ai sensi dell'art. 5 d.l. n. 19/2020 – entro quindici giorni dall'adozione del d.p.c.m.

⁹² Per garantire lo svolgimento in condizioni di sicurezza delle attività economiche produttive e sociali, alle regioni è affidato inoltre il compito di monitorare giornalmente l'andamento della situazione epidemiologica e dell'adeguatezza del sistema sanitario regionale.

di responsabilità penale (punita ai sensi dell'art. 260 r.d. n. 1265/1934), in ordine alla violazione della quarantena da parte dei soggetti risultati positivi al virus, e un illecito amministrativo, quanto alla condotta di inosservanza della quarantena c.d. precauzionale, cui sono tenuti i soggetti che abbiano avuto contatti stretti con persone positive al virus.

Pur rimanendo invariata nel suo contenuto, la formulazione normativa della fattispecie criminosa in parola presenta un'evidente differenza terminologica rispetto alla precedente omologa previsione di cui all'art. 1, comma 2, lett. e) d.l. n. 19/2020⁹³. L'art. 1, comma 6, prevede infatti che «È fatto divieto di mobilità dalla propria abitazione o dimora alle persone sottoposte alla misura della quarantena per provvedimento dell'autorità sanitaria in quanto risultate positive al virus Covid-19, fino all'accertamento della guarigione o al ricovero in una struttura sanitaria o altra struttura allo scopo destinata»⁹⁴.

Il d.l. n. 33/2020 ha introdotto, dunque, importanti novità con riferimento alla disciplina della quarantena, fornendone una più completa base legale mediante l'espressa regolamentazione dei modi e dei tempi di applicazione della misura.

Innanzitutto, oltre alla positività al virus del soggetto agente, l'ulteriore presupposto di fatto della nuova fattispecie criminosa è costituito dalla disposizione della quarantena da parte dell'autorità sanitaria⁹⁵, ossia dall'emanazione per motivi di salute pubblica di un provvedimento amministrativo, individuale e concreto⁹⁶.

Con riferimento a tale profilo, sono state apportate delle modifiche anche alla disciplina dettata dal d.l. n. 19/2020, la cui legge di conversione ha individuato nel

⁹³ La disposizione definisce la misura in termini di «divieto assoluto di allontanarsi dalla propria abitazione o dimora per le persone sottoposte alla misura della quarantena perché risultate positive al virus».

⁹⁴ L'omologa previsione di cui al d.l. n. 19/2020, non abrogata, conserva validità relativamente alle misure già adottate. La nuova disposizione, invece, costituisce la norma di riferimento per l'adozione delle nuove misure. In questi termini, quindi, trova spiegazione la coesistenza di due diverse disposizioni sanzionatorie della condotta di inosservanza della quarantena.

⁹⁵ Invero, alla disposizione di un provvedimento dell'autorità sanitaria impositivo della quarantena non si accompagna la previsione di una procedura di convalida, nei tempi e con le modalità dell'art. 13 Cost. Si pone, quindi, il problema della garanzia del controllo giurisdizionale del provvedimento, comunque garantito dalla possibilità di ricorrere alla giustizia amministrativa.

⁹⁶ La nuova formulazione dell'art. 1, comma 2, lett. e) stabilisce il «divieto assoluto di allontanarsi dalla propria abitazione o dimora per le persone sottoposte alla misura della quarantena applicata dal sindaco quale autorità sanitaria locale, perché risultate positive al virus».

sindaco l'autorità sanitaria locale competente a disporre la quarantena ai positivi al virus⁹⁷.

Per quanto riguarda, invece, la durata della misura disposta secondo le modalità anzidette, la nuova disciplina, colmando il vuoto di previsione del precedente decreto⁹⁸, individua un termine variabile, facendo coincidere la cessazione della misura e del relativo divieto con l'accertamento della guarigione o il ricovero in una struttura sanitaria o altra struttura allo scopo destinata.

Sul punto, si è osservato come una disciplina così strutturata della durata della quarantena ponga non poche problematiche di carattere pratico-applicative.

Innanzitutto, la mancata previsione di un termine fisso espone al rischio che si verifichino casi in cui il soggetto sottoposto alla misura si ritrovi in una condizione di limitazione *sine die* della propria libertà. Il rischio è ulteriormente alimentato dall'assenza di indicazioni circa le modalità e i tempi di accertamento della guarigione o delle condizioni che impongono il ricovero del paziente.

In secondo luogo, possibile paradossale conseguenza dell'indeterminatezza circa tempi e modalità di accertamento della guarigione è la configurabilità della responsabilità penale anche in capo al soggetto non più positivo, per il solo fatto che esca di casa quando la sua negatività non è stata ancora accertata, per cause a lui non imputabili.

Infine, sul versante opposto, la disciplina definita dal nuovo decreto-legge, in particolare l'identificazione alternativa del termine finale della misura con l'accertamento della negatività al virus o con il ricovero presso una struttura sanitaria o altra struttura allo scopo destinata, pone nell'ambito dell'irrelevanza penale la condotta del soggetto che – non essendo più obbligato *ex lege* alla

⁹⁷ In virtù del disposto di cui all'art. 13, comma 2, l. 23 dicembre 1978, n. 833. Tale legge attribuisce al sindaco – nella sua qualità di autorità sanitaria – il compito di disporre il trattamento sanitario obbligatorio «su proposta motivata di un medico» (art. 33, comma 3) e definisce una disciplina analitica della relativa procedura, prevedendo – in conformità all'art. 13 Cost. – la convalida del provvedimento da parte dell'autorità giudiziaria. Nulla di simile è previsto, invece, con riferimento alla quarantena, che, sebbene non contenga un trattamento sanitario obbligatorio, analogamente alla degenza in TSO incide notevolmente sulla libertà personale. Una procedura del genere è stata, invece, espressamente prevista dalla legislazione di altri Stati colpiti dal virus: il *Coronavirus Act* inglese, dispone che avverso il provvedimento di quarantena è ammesso il ricorso a una *magistrates' court*, che può confermarlo, annullarlo o modificarlo).

⁹⁸ In assenza di relative disposizioni nel d.l. n. 19/2020, la durata della quarantena era stabilita in quattordici giorni dalla normativa secondaria.

quarantena perché ricoverato presso una delle suddette strutture – si allontani dalla stessa pur versando in una condizione di attuale positività al virus.

Elementi di novità sono stati introdotti anche con riferimento alla misura della quarantena precauzionale, relativamente sia alle modalità che alla categoria dei soggetti destinatari.

Per quanto concerne il primo profilo, il nuovo decreto legge stabilisce che anche la quarantena di tipo precauzionale deve essere applicata con provvedimento dell'autorità sanitaria.

Importanti novità si registrano, poi, con riferimento ai destinatari della misura. Se da un lato, analogamente al d.l. n. 19/2020, il nuovo decreto legge dispone all'art. 1, comma 2, lett. e) l'applicazione della misura nei confronti dei soggetti che hanno avuto contatti stretti con casi confermati positività al virus; dall'altro, nella categoria dei destinatari della quarantena precauzionale non sono più ricompresi i soggetti provenienti da aree ubicate al di fuori del territorio italiano, ma "altri soggetti" indicati con i provvedimenti adottati ai sensi dell'art. 2 del d.l. n. 19/2020, ossia con i d.p.c.m. In tal modo, il d.l. n. 33/2020 ha demandato a una fonte di rango sublegislativo l'individuazione degli ulteriori – oltre, cioè, a quelli espressamente indicati dallo stesso decreto – destinatari della quarantena precauzionale, ossia di una misura limitativa di libertà fondamentali, presentando così evidenti profili di contrasto con le garanzie riconosciute dagli artt. 13 e 16 Cost.⁹⁹.

In ossequio a tale disposizione, il d.p.c.m. 17 maggio 2020 ha disposto l'applicazione della misura in parola per la durata di quattordici giorni nei confronti dei soggetti che, anche se asintomatici, rientrano in Italia dall'estero (art. 4, commi 3 e 5). Lo stesso provvedimento contiene, poi, con riferimento esclusivo a questa tipologia di quarantena, una disciplina espressa e dettagliata degli obblighi di comunicazione e di controllo posti in capo all'autorità sanitaria¹⁰⁰. Si tratta però, di

⁹⁹ 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 *Sistema Penale*, 2020.

¹⁰⁰ Art. 4, comma 8, d.p.c.m. 17 maggio 2020:

«L'operatore di sanità pubblica e i servizi di sanità pubblica territorialmente competenti provvedono, sulla base delle comunicazioni di cui al presente articolo, alla prescrizione della permanenza domiciliare, secondo le modalità di seguito indicate:

una disciplina che, nel rispetto delle garanzie riconosciute dagli artt. 13 e 16 Cost. dovrebbe essere contenuta in una fonte di carattere primario ed estesa, con gli opportuni e necessari accorgimenti, a tutte le forme di quarantena¹⁰¹.

Al contrario di quanto avviene per la quarantena dei soggetti positivi, però, per quella precauzionale il nuovo d.l. non indica, neppure in maniera indeterminata, una durata massima della misura, definendo così un'irragionevole disparità di trattamento tra le due differenti tipologie di quarantena.

Per quanto riguarda, invece, il sistema sanzionatorio, nel nuovo decreto legge si rinviene la medesima struttura già definita dal d.l. n. 19/2020: un'ipotesi di responsabilità amministrativa con riferimento all'inosservanza della generalità delle misure di contenimento; una sola ipotesi di responsabilità penale, costituita dalla violazione della quarantena da parte del soggetto positivo al virus.

a) contattano telefonicamente e assumono informazioni, il più possibile dettagliate e documentate, sulle zone di soggiorno e sul percorso del viaggio effettuato nei quattordici giorni precedenti, ai fini di una adeguata valutazione del rischio di esposizione;

b) avviata la sorveglianza sanitaria e l'isolamento fiduciario, l'operatore di sanità pubblica informa inoltre il medico di medicina generale o il pediatra di libera scelta da cui il soggetto è assistito anche ai fini dell'eventuale certificazione ai fini INPS (circolare INPS HERMES 25 febbraio 2020 0000716 del 25 febbraio 2020);

c) in caso di necessità di certificazione ai fini INPS per l'assenza dal lavoro, si procede a rilasciare una dichiarazione indirizzata all'INPS, al datore di lavoro e al medico di medicina generale o al pediatra di libera scelta in cui si dichiara che per motivi di sanità pubblica è stato posto in quarantena precauzionale, specificandone la data di inizio e fine;

d) accertano l'assenza di febbre o altra sintomatologia del soggetto da porre in isolamento, nonché degli altri eventuali conviventi;

e) informano la persona circa i sintomi, le caratteristiche di contagiosità, le modalità di trasmissione della malattia, le misure da attuare per proteggere gli eventuali conviventi in caso di comparsa di sintomi;

f) informano la persona circa la necessità di misurare la temperatura corporea due volte al giorno (la mattina e la sera), nonché di mantenere:

1) lo stato di isolamento per quattordici giorni dall'ultima esposizione;

2) il divieto di contatti sociali;

3) il divieto di spostamenti e viaggi;

4) l'obbligo di rimanere raggiungibile per le attività di sorveglianza;

g) in caso di comparsa di sintomi la persona in sorveglianza deve:

1) avvertire immediatamente il medico di medicina generale o il pediatra di libera scelta e l'operatore di sanità pubblica;

2) indossare la mascherina chirurgica fornita all'avvio della procedura sanitaria e allontanarsi dagli altri conviventi;

3) rimanere nella propria stanza con la porta chiusa garantendo un'adeguata ventilazione naturale, in attesa del trasferimento in ospedale, ove necessario;

h) l'operatore di sanità pubblica provvede a contattare quotidianamente, per avere notizie sulle condizioni di salute, la persona in sorveglianza. In caso di comparsa di sintomatologia, dopo aver consultato il medico di medicina generale o il pediatra di libera scelta, il medico di sanità pubblica procede secondo quanto previsto dalla circolare n. 5443 del Ministero della salute del 22 febbraio 2020, e successive modificazioni e integrazioni».

¹⁰¹ G.L. GATTA, *Emergenza COVID-19 e "fase 2"*, cit.

Mediante l'impiego di apposita clausola di riserva – di diversa formulazione rispetto a quella contenuta nel precedente decreto (“salvo che il fatto costituisca reato diverso da quello di cui all’articolo 650 del codice penale”) – il d.l. n. 33/2020, analogamente a quanto disposto dall’art. 4, comma 1, d.l. n. 19/2020, esclude la configurabilità della fattispecie contravvenzionale *ex art. 650 cod. pen.* con riferimento alle condotte di inosservanza delle misure di contenimento. Il nuovo illecito amministrativo rimane assorbito, invece, nel reato (lesioni; omicidio; epidemia) eventualmente integrato con la stessa condotta.

Si tratta, comunque, di una disciplina sanzionatoria che rispetto a quella dettata dal precedente decreto risulta autonoma e peculiare. Autonoma, in quanto relativa alla violazione delle misure adottate in applicazione del d.l. n. 33/2020, peculiare perché, mentre l’art. 4, comma 1, d.l. n. 19/2020 si limita a sanzionare l’inosservanza delle misure previste dallo stesso decreto, il nuovo decreto legge dispone la punizione delle «violazioni delle disposizioni del presente decreto, ovvero dei decreti e delle ordinanze emanati in attuazione del presente decreto» (art. 2, comma 1)¹⁰².

Le violazioni delle misure così individuate sono punite¹⁰³ con la sanzione amministrativa pecuniaria prevista dall’art. 4, comma 1, d.l. n. 19/2020, ossia con il pagamento di una somma da 400 a 3000 euro¹⁰⁴. Per quanto concerne

¹⁰² Si tratta di un rinvio in bianco alle violazioni delle misure disposte mediante i suddetti provvedimenti, con la quale però si consente la sanzione di misure prive di una espressa previsione legale, disposte dal Governo, con d.p.c.m. o ordinanze ministeriali, o dalle Regioni. È il caso della disposizione di cui all’art. 1, co. 1, lett. a) del d.p.c.m. 17 maggio 2020, con cui si impone ai soggetti con infezione respiratoria caratterizzata da febbre maggiore di 37,5° C di restare presso il proprio domicilio, contattando il medico curante.

¹⁰³ Analogamente a quanto già previsto dal d.l. n. 19/2020 (art. 4), si dispone che la competenza in ordine all’irrogazione delle sanzioni per le violazioni delle misure disposte da autorità statali è attribuita al Prefetto, mentre le autorità regionali e locali sono competenti in ordine all’irrogazione delle sanzioni per le violazioni delle misure disposte dalle stesse autorità.

¹⁰⁴ Invero, il massimo edittale della sanzione amministrativa pecuniaria è stato ridotto da 3.000 a 1.000 euro dalla legge di conversione del d.l. n. 19/2020. In virtù del carattere mobile del rinvio operato dall’art. 2, comma 1, d.l. n. 33/2020 all’art. 4, comma 1, d.l. n. 19/2020, il nuovo limite massimo edittale si applica anche l’illecito amministrativo in esame. Con riferimento a entrambe le ipotesi di illecito amministrativo si pone poi il problema di stabilire se il più favorevole trattamento sanzionatorio trovi applicazione anche in relazione ai fatti commessi antecedentemente. Invero, pur non essendo prevista per l’illecito amministrativo punitivo una disposizione espressa analoga a quella di cui all’art. 2, comma 5, cod. pen., alla risposta affermativa sembra doversi pervenire in considerazione dal recente riconoscimento, nella giurisprudenza costituzionale, della operatività del principio di retroattività della *lex mitior*, sulla base degli artt. 3 e 117, co. 1 Cost., in relazione all’art. 7 Cedu (Corte cost., 21 marzo 2019, n. 63). Né, del resto, sembra possa reggere un vaglio positivo

l'accertamento delle violazioni e il pagamento in misura ridotta, il nuovo decreto legge rinvia alla disposizione di cui all'art. 4, comma 3, d.l. n. 19/2020.

Anche nel sistema sanzionatorio definito dal d.l. n. 33/2020 è prevista, poi, la sanzione amministrativa accessoria della chiusura dell'esercizio o dell'attività da 5 a 30 giorni, che trova applicazione con riferimento alle violazioni commesse, appunto, nell'esercizio di un'attività di impresa (art. 2, comma 2). Trova conferma altresì la possibilità di disporre la chiusura dell'esercizio o dell'attività (per una durata non superiore a 5 giorni scomputata dalla corrispondente sanzione accessoria definitivamente irrogata, in sede di sua esecuzione) anche in via cautelare, ove si renda necessaria – all'atto dell'accertamento della violazione – a impedire la prosecuzione o la reiterazione della violazione.

Identica, infine, è la previsione circa l'applicazione della sanzione amministrativa pecuniaria duplicata e della sanzione interdittiva accessoria nella sua misura massima in caso di reiterata violazione della medesima disposizione.

La fattispecie criminosa dell'inosservanza della quarantena da parte del soggetto positivo al virus, invece, è punita ai sensi dell'articolo 260 del regio decreto 27 luglio 1934, n. 1265 (come modificato dall'art. 4, comma, 7 d.l. n. 19/2020), ossia con l'arresto da 3 a 18 mesi e con l'ammenda da 500 a 5.000 euro. Anche con riferimento a tale ipotesi di responsabilità penale è prevista apposita clausola di riserva, in virtù della quale la condotta è punita ai sensi del d.l. n. 33/2020 salvo che il fatto costituisca violazione dell'art. 452 cod. pen. (epidemia colposa) o più grave reato (epidemia dolosa, omicidio o lesioni personali, dolose o colpose).

Anche la contravvenzione prevista dal d.l. n. 33/2020, analogamente all'illecito amministrativo, si affianca all'omologa fattispecie disciplinata dal d.l. n. 19/2020, dalla quale differisce con riferimento al presupposto di fatto della quarantena (diversamente disciplinato quanto all'autorità competente all'adozione e alla durata della misura). Ne consegue che la nuova fattispecie trova applicazione esclusivamente con riferimento alle condotte di inosservanza della quarantena disposta ai sensi dell'art. 1, comma 6, d.l. n. 33/2020.

di ragionevolezza l'esclusione dell'applicazione retroattiva sulla base del carattere eccezionale o temporaneo della disposizione modificata.

6. Violazione della quarantena obbligatoria: il giudizio di offensività in concreto quale necessario criterio di delimitazione del fatto tipico

Sebbene presentino delle non marginali differenze, le due fattispecie contravvenzionali introdotte dalla normativa emergenziale condividono lo stesso spazio applicativo, relativo alle condotte inosservanti dell'obbligo di quarantena.

Si tratta, come già evidenziato, di un reato proprio, atteso che autore della contravvenzione (nella duplice versione definita dal legislatore emergenziale) può essere unicamente il soggetto che, in quanto risultato positivo al virus, si trova assoggettato alla misura della quarantena. Il presupposto applicativo delle ipotesi criminose in parola è costituito, dunque, dal provvedimento di carattere individuale mediante il quale, in applicazione della disciplina emergenziale, l'autorità sanitaria locale dispone l'applicazione della quarantena.

In ordine all'individuazione della fonte del divieto penalmente sanzionato nel provvedimento amministrativo emesso dall'autorità sanitaria, l'attenzione della dottrina si è prevalentemente focalizzata sulla valutazione in ordine alla conformità a Costituzione della scelta legislativa di sottrarre alla preventiva verifica giurisdizionale tale provvedimento¹⁰⁵.

¹⁰⁵ Si è già avuto modo di precisare (vedi *supra*, par. 5.2.) come in ordine a tale questione si siano delineati due contrapposti orientamenti.

Secondo una prima, più rigorosa, interpretazione, in considerazione dell'incidenza della misura della quarantena sulla libertà personale – oltre che di circolazione – del soggetto destinatario del relativo provvedimento, dovrebbe riconoscersi il contrasto della norma emergenziale con l'art. 13 Cost., a mente del quale le misure restrittive della libertà personale possono essere disposte unicamente per atto motivato dell'Autorità giudiziaria, c.d. riserva di giurisdizione (G.L. GATTA, *Un rinnovato assetto del diritto dell'emergenza COVID-19*, cit.; G.L. GATTA, *I diritti fondamentali alla prova del coronavirus*, cit.).

Sul versante opposto, invece, si è rilevato che la disposizione emergenziale non presenterebbe profili di contrasto con le garanzie e i limiti costituzionali per una duplice ragione. Innanzitutto, la fonte della compressione dei diritti individuali sarebbe da individuare direttamente nella legge; in secondo luogo, la quarantena obbligatoria non sarebbe assimilabile alle misure limitative della libertà personale, con la conseguente irrilevanza dell'art. 13 Cost. (M. LUCIANI, *Il sistema delle fonti del diritto alla prova dell'emergenza*, cit., p. 126; M. BIGNAMI, *Chiacchiericcio sulle libertà costituzionali al tempo del coronavirus*, in *Quest. giust.*, 2020; In tal senso, anche S.G. GUIZZI, *Stato costituzionale di diritto ed emergenza Covid-19*, cit., p. 34 ss.).

Sul punto, non si è mancato di osservare, in una sorta di posizione intermedia tra i due opposti orientamenti anzidetti, che «sembra invero difficile negare che la esecuzione della misura che impone un rigido isolamento domiciliare al soggetto positivo incida in maniera significativa sulla libertà personale, ma risulta altrettanto difficile immaginare meccanismi di controllo giurisdizionale realmente compatibili con i caratteri e le finalità della quarantena. La natura dei presupposti applicativi della misura e le stringenti esigenze legate alla tempistica lasciano poco spazio per un ipotetico ruolo della giurisdizione che vada oltre l'apposizione di un ennesimo “timbro” sul

Al di là delle evidenti criticità dovute alla mancata definizione di una disciplina espressa della quarantena, in ordine al profilo in esame viene naturalmente in rilievo la questione relativa alla facoltà del giudice penale di esercitare il proprio sindacato sul provvedimento dispositivo della quarantena e, conseguentemente, in ordine alla configurabilità della fattispecie contravvenzionale di cui detto provvedimento costituisce il presupposto. Sul tema, la giurisprudenza di legittimità ha in molteplici occasioni precisato che il sindacato del giudice penale sull'atto amministrativo che costituisce elemento costitutivo del reato è ammesso unicamente nel caso in cui «questo sia del tutto mancante dei requisiti di forma e di sostanza o inesistente, perché emesso da un organo assolutamente privo di potere, oppure frutto di attività criminosa da parte del soggetto pubblico che lo ha adottato o di quello privato che lo ha conseguito, mentre è escluso nel caso di mancato rispetto delle norme che regolano l'esercizio del potere, pure sussistente, di emettere il provvedimento»¹⁰⁶.

Quanto al profilo soggettivo, la punibilità della contravvenzione presuppone, naturalmente, che il soggetto attivo conoscesse o ignorasse per colpa l'atto impositivo della misura perché possa ritenersi integrato l'elemento soggettivo del dolo o della colpa alternativamente richiesti dalla fattispecie.

A fronte della medesima direzione finalistica, le due ipotesi contravvenzionali definite dal legislatore emergenziale risultano diversamente strutturate quanto alla descrizione della condotta tipica. Probabilmente, nella convinzione che nella prassi applicativa non si sarebbero verificate situazioni di particolare complessità, tali da richiedere particolari sforzi interpretativi in ordine allo spazio di operatività della fattispecie, il legislatore emergenziale ha impiegato una tecnica descrittiva delle ipotesi contravvenzionali a tratti eccessivamente semplicistica, sicuramente lacunosa sotto il profilo della congruità rispetto allo scopo di tutela perseguito.

Ai sensi dell'art. 1, comma 2, lett. e) d.l. n. 19/2020, la sanzione penale (prevista dall'art. 4, comma 6) trova applicazione nei confronti dei soggetti sottoposti, mediante provvedimento dell'autorità sanitaria, alla misura della

provvedimento, appesantendo la procedura senza reali miglioramenti sul piano delle garanzie». (S. FIORE, «Va', va' povero untorello, non sarai tu quello che spianti Milano». *La rilevanza penale della violazione della quarantena obbligatoria*, in *Sistema penale*, 2020, p. 9).

¹⁰⁶ Cass., Sez. IV, 17 settembre 2008, n. 38824, in *Cass. C.E.D.*, n. 241064. Conforme, Cass., Sez. III, 16 marzo 2018, n. 18530, in *Cass. C.E.D.*, n. 273214.

quarantena, perché risultati positivi al virus, che violino il divieto, qualificato come «assoluto», di *allontanarsi* dalla propria abitazione o dimora¹⁰⁷.

L'art. 1, comma 6, d.l. n. 33/2020 descrive, invece, la condotta oggetto di sanzione in termini di inosservanza, d'aperte dei soggetti risultati positivi al virus, del «divieto di mobilità» dalla propria abitazione o dimora, imposto con provvedimento dell'autorità giudiziaria e revocato a seguito di guarigione o il ricovero in una struttura sanitaria.

Ciò posto, è ragionevole chiedersi se nella differente descrizione della condotta presidiata dalla sanzione penale sia effettivamente ravvisabile una differenza di significato tra le diverse espressioni impiegate¹⁰⁸.

Sul piano strettamente semantico, l'espressione «mobilità», che evoca una condizione soggettiva o una capacità, assume un significato di portata più ampia rispetto al termine «allontanamento», il quale sembra esprimere, al contrario, un'azione, consistente nell'andare lontano”.

In ordine all'individuazione della condotta di allontanamento integrante gli estremi della fattispecie contravvenzionale si pone, dunque, un'alternativa binaria. La prima consiste nella definizione di un parametro di riferimento, quale potrebbe essere l'individuazione di una distanza massima, oltre la quale si può considerare integrato l'allontanamento penalmente rilevante. La seconda, più ragionevole, alternativa, invece, consiste nell'impiego del criterio interpretativo offerto dal principio di offensività (in concreto). In effetti, a differenza di una improbabile

¹⁰⁷ In ordine al dato testuale della disposizione, in particolare all'impiego dell'espressione “assoluto”, si è rilevato che «Nessun particolare significato sembra potersi assegnare al fatto che il legislatore abbia rafforzato il divieto qualificandolo come «assoluto». Si tratta di una precisazione che invero non aggiunge niente al contenuto della proibizione: quel che vanno definiti sono i limiti tipici del concetto di allontanamento (cioè il comportamento violatore del divieto), in quanto siamo di fronte ad un impedimento legale a fare qualcosa che non può essere relativizzato a prescindere dalla sua qualificazione come “assoluto”. Si può appunto discutere se ad esempio esista, in relazione ai singoli contesti, un raggio spaziale massimo mantenendosi all'interno del quale non si può parlare di allontanamento nel senso richiesto dalla norma o se comunque non sia sufficiente “varcare le porta di casa”, ma il punto è stabilire se il soggetto “allontanandosi” dal luogo di esecuzione della misura, ha violato o meno l'obbligo. Né, d'altra parte, definire il divieto come assoluto consentirebbe di includere tra gli “allontanamenti” condotte che certamente non lo sono nel senso inteso dalla incriminazione, perché autorizzate (ad esempio per la necessità di recarsi in una struttura sanitaria)» (S. FIORE, «*Va', va' povero untorello, non sarai tu quello che spianti Milano*», cit., p. 14).

¹⁰⁸ G. BATTARINO, A. NATALE, *Reati dell'epidemia e reati nell'epidemia*, cit., p. 41 pur evidenziando una «sfumatura lessicale differente» tra le due disposizioni emergenziali, non vi ravvisano alcuna rilevanza pratico-applicativa.

definizione quantitativa dell'allontanamento, irrilevante in ordine al giudizio circa l'effettivo disvalore del fatto, la valutazione in concreto della potenzialità lesiva della condotta per il bene tutelato consentirebbe di ovviare al pericolo di una indiscriminata applicazione della fattispecie. Soltanto per questa via è possibile distinguere le ipotesi di innocuo "spostamento fisico" dall'allontanamento penalmente rilevante, in quanto idoneo, in considerazione delle concrete modalità di manifestazione della condotta, a vanificare le finalità a presidio delle quali il divieto violato è posto.

Tale questione assume evidentemente rilevanza con riferimento alla fattispecie contravvenzionale disciplinata dal d.l. n. 19/2020 (la sola a impiegare l'espressione "allontanamento"), rispetto alla quale si paventa il rischio di un ricorso indiscriminato alle elaborazioni della giurisprudenza di legittimità in tema di violazione della misura degli arresti domiciliari, c.d. evasione impropria (art. 385, comma 3, cod. pen.)¹⁰⁹, sia in relazione alla nozione di abitazione o dimora (inteso quale luogo dal quale è fatto divieto di allontanamento), sia soprattutto per quanto riguarda l'individuazione dell'allontanamento rilevante ai fini della integrazione della fattispecie.

Del resto, anche la circostanza dell'inevitabile incidenza della quarantena sulla libertà personale del soggetto destinatario del relativo provvedimento potrebbe indurre a frettolose assimilazioni della violazione del divieto di allontanamento (come anche di quello di mobilità) alla condotta di evasione, la quale, peraltro, sembra aver costituito il parametro di riferimento del legislatore emergenziale quantomeno con riferimento alla descrizione della fattispecie.

Tuttavia, appare evidente come un'equiparazione totale, dunque al di là del piano meramente fenomenico, della fattispecie emergenziale all'ipotesi delittuosa disciplinata dall'art. 385 cod. pen., comma 3, cod. pen. rischierebbe di tradursi in un'indebita estensione dell'incriminazione, specie in considerazione della rigidità interpretativa che caratterizza la prevalente giurisprudenza di legittimità in materia di evasione dagli arresti domiciliari. Quest'ultima, infatti, si è manifestata poco incline a una valutazione delle condotte astrattamente sussumibili nella fattispecie

¹⁰⁹ Art. 385, comma 3, cod. pen.:

«Le disposizioni precedenti si applicano anche all'imputato che essendo in stato di arresto nella propria abitazione o in altro luogo designato nel provvedimento se ne allontani [...]».

in virtù del criterio dell'offensività in concreto, con il conseguente riconoscimento della penale rilevanza anche di ipotesi connotate da un disvalore tanto esiguo da risultare addirittura al di sotto della soglia definita dall'art. 131-*bis* cod. pen.¹¹⁰. In altri termini, la prevalente interpretazione giurisprudenziale in tema di evasione dagli arresti domiciliari non riconosce alcuno spazio operativo al criterio di valutazione relativo alla concreta idoneità offensiva dell'allontanamento dal luogo di esecuzione della misura rispetto alle finalità esecutive o cautelari della misura stessa¹¹¹.

In sostanza, la casistica giurisprudenziale rende evidente come in tema di evasione dagli arresti domiciliari si sia diffusa una concezione metodologica del bene giuridico¹¹², in virtù della quale il bene giuridico dell'amministrazione della giustizia si confonde con la finalità di tutela della norma, con il conseguente inevitabile effetto di estensione dell'incriminazione¹¹³.

Il rischio che un indirizzo interpretativo di tal genere prevalga anche con riferimento all'inosservanza della quarantena sembra in realtà mitigato dalle peculiari caratteristiche della fattispecie. A fronte della natura di reato di pericolo dell'ipotesi contravvenzionale in esame, il bene giuridico oggetto di tutela (salute pubblica) ne consente, in misura indubbiamente maggiore, una ricostruzione

¹¹⁰ Sul tema, F. GIUNTA, *Strano ma vero. Capire tu non puoi, tu chiamale, se vuoi, evasioni*, in *DisCrimen*, 2020, p. 323 ss., il quale evoca numerose pronunce della giurisprudenza, sia di legittimità che di merito, in cui si è riconosciuta la rilevanza penale di «allontanamenti minimi in senso spaziale e temporale», negando qualsivoglia rilievo alle ragioni sottese allo spostamento dal luogo di esecuzione degli arresti domiciliari, eventualmente idonee unicamente a escludere la punibilità per particolare tenuità del fatto *ex art.* 131-*bis* cod. pen. (Cass, Sez. VI, 2 luglio 2020, n. 21514, in *Cass. C.E.D.*, n. 279311). Su tale scia, si è affermato che «Integra il reato di evasione qualsiasi allontanamento dal luogo degli arresti domiciliari senza autorizzazione, non assumendo alcun rilievo, a tal fine, la sua durata, la distanza dello spostamento, ovvero i motivi che inducono il soggetto ad eludere la vigilanza sullo stato custodiale» (Cass., Sez. VI, 21 marzo 2012, n. 11679, in *Cass. C.E.D.*, n. 252192).

¹¹¹ «in base al principio di offensività, non dovrebbe costituire reato quel modesto e brevissimo allontanamento che non crei alcun pericolo di fuga o di commissione di ulteriori reati o di inquinamento della prova (se si tratta di misura cautelare), e neppure frustri in modo apprezzabile le funzioni della pena (se si tratta di sanzione alternativa alla detenzione)» (A. PAGLIARO, *Principi di diritto penale. Parte speciale, II, Delitti contro l'amministrazione della giustizia*, Giuffrè, Milano, 2000, p. 201).

¹¹² «Tale concezione, com'è noto, finisce per legittimare il reato di mera disobbedienza, nella misura in cui sostiene che il bene giuridico si identifichi con lo scopo della norma e che, di conseguenza, ogni norma che abbia uno scopo tuteli per ciò stesso un bene giuridico» (A. CAVALIERE, *Le vite dei migranti e il diritto punitivo*, in *Sistema penale*, 2022, p. 59).

¹¹³ Sull'argomento, F. DE MARTINO, *Evasione, procurata evasione, colpa del custode*, in V. MAIELLO (a cura di), *Delitti contro l'amministrazione della giustizia, Trattato di Diritto penale. Parte speciale*, S. MOCCIA (diretto da), Edizioni scientifiche italiane, Napoli, 2015, p. 999 ss.

improntata all'offensività, nell'ambito della quale assumono rilevanza penale le sole condotte inosservanti della misura di contenimento del contagio effettivamente idonee a esporre a pericolo (astratto) la salute pubblica. In questi termini, l'incriminazione non può estendersi a violazioni meramente formali, che, seppure ledano l'interesse dell'autorità a una corretta gestione della sorveglianza sanitaria, non determinano alcun pericolo (neppure in astratto) di diffusione del contagio.

La definizione del profilo offensivo della fattispecie in virtù dell'interesse alla tutela della salute pubblica impone, quindi, di escludere la ricorribilità agli indirizzi interpretativi elaborati dalla giurisprudenza di legittimità in relazione al delitto di evasione. L'individuazione della condotta tipica, infatti, deve essere operata mediante una valutazione di offensività in concreto, nell'ambito della quale non assumono rilevanza penale le ipotesi di mobilità o allontanamento inidonee a determinare qualsivoglia tipo di contatto tra il soggetto positivo e altre persone.

Parte II

Covid-19 e responsabilità penale

CAPITOLO III

Problematiche ricostruttive del delitto di epidemia tra margini applicativi incerti, esigenze di tutela e crisi della legalità

Sommario: 1. Le ragioni storiche sottese all'introduzione del delitto di epidemia. – 2. L'individuazione del bene giuridico tutelato nel dibattuto rapporto semantico tra i concetti di salute e malattia. – 3. La controversa natura giuridica del delitto di epidemia. – 3.1. Epidemia come reato di danno. – 3.2. Epidemia come reato di danno e di pericolo presunto. – 3.3. Epidemia come evento di pericolo comune: la nozione di disastro sanitario. – 4. Gli ambigui confini del fatto tipico. – 5. La tendenza all'ampliamento del novero dei soggetti attivi del reato: la sorte del contagiato diffusore di germi patogeni. – 6. Le modalità esplicative della condotta di diffusione dei germi patogeni: la dibattuta configurabilità della fattispecie in forma omissiva – 7. L'evento epidemia tra dimensione naturalistica e concezione normativa. – 8. Il nesso di causalità. – 9. L'elemento soggettivo: il dolo. – 9.1. L'epidemia colposa. – 10. L'estremizzazione interpretativa del fatto tipico quale fattore endogeno della crisi della legalità penale.

1. Le ragioni storiche sottese all'introduzione del delitto di epidemia

Con il termine “epidemia” (dal greco *epi demos*, letteralmente «sul popolo», cioè «esteso sul popolo»), inteso nel suo significato letterale, si intende una malattia contagiosa che colpisce contemporaneamente gli abitanti di una città o di una regione.

Secondo l'accezione accreditata dalla scienza medica, costituisce epidemia «la manifestazione frequente e localizzata – ma limitata nel tempo – di una malattia infettiva, con una trasmissione diretta del virus. L'epidemia si verifica quando un soggetto ammalato contagia più di una persona ed il numero dei casi di malattia

aumenta rapidamente in breve tempo. L'infezione si diffonde, dunque, in una popolazione costituita da un numero sufficiente di soggetti suscettibili»¹.

In dottrina, l'espressione epidemia è impiegata per indicare non una qualsivoglia malattia umana infettiva o contagiosa, bensì quella che, per la propagazione dei suoi germi patogeni, è suscettibile di diffondersi rapidamente e in maniera imponente in un dato territorio e in un determinato contesto temporale, colpendo un elevato numero di persone, al punto da destare un notevole allarme sociale e un correlativo pericolo per un numero indeterminato di individui².

La nozione penalistica di epidemia, invece, si rinviene nella disposizione di cui all'art. 438 cod. pen. (posto in apertura del capo II del titolo VI della parte speciale del codice penale), che disciplina il più grave tra i "delitti di comune pericolo mediante frode"³, punendo con l'ergastolo «chiunque cagiona un'epidemia mediante la diffusione di germi patogeni»⁴.

L'introduzione della fattispecie in parola – novità assoluta rispetto alle previsioni del precedente sistema codicistico e al panorama normativo della previgente legislazione penale italiana⁵ – è motivata nei lavori preparatori sulla base «dell'enorme importanza che ha ormai acquistata la possibilità di venire in possesso

¹ Istituto Superiore di Sanità, *Nuovo Coronavirus. Le parole dell'epidemia*, 2020, p. 6.

² A. LAI, *Incolunità pubblica (delitti contro la)*, in *Enc. giur. Trecc.*, XVI, 1989, p. 14. Tale definizione è stata recepita da Trib. Trento, 20 aprile 2004, Marcucci, in *Riv. pen.*, 2004, p. 1238.

³ «la diffondibilità illimitata del danno immediato; la irrefrenabilità degli effetti micidiali per parte dello agente, il pericolo della salute di tutta una città; lo spavento e la costernazione universale inseparabile dalla idea di un fatto cotanto atroce, mi inducono a riconoscere le più gravi condizioni di delitto sociale in quella forma di malefizio» (F. CARRARA, *Programma del corso di diritto criminale. Parte speciale*, II ed., Tipografia Giusti, Lucca, 1870, p. 391).

⁴ L'originaria disposizione si componeva di un secondo comma (ai sensi del quale «Se dal fatto deriva la morte di più persone, si applica la pena di morte»), cui era affidata la previsione di un'ipotesi aggravata, da considerarsi ormai priva di valenza pratica in conseguenza della abolizione della pena di morte e della applicazione dell'ergastolo in luogo di questa, ai sensi del d.lgs.lgt. 10 agosto 1944, n. 224. «Prima di tale sostituzione di pena, la situazione, nel caso di morte di qualcuno, era la seguente: ove fosse deceduta una sola persona, si aveva concorso di reati fra il delitto di epidemia nella forma semplice e quello di omicidio, con inasprimento della pena dell'ergastolo; ove fossero morte più persone, poiché l'evento letale veniva ad essere assunto come circostanza aggravante dell'epidemia e a dare quindi a quest'ultimo delitto la figura del reato complesso, punito, nella fattispecie, con la pena di morte, veniva a cessare, ovviamente, la possibilità del concorso di reati. Attualmente, poiché nel caso di più persone la pena è quella dell'ergastolo, si deve logicamente ritenere che tale sia la pena, senza concorso di reati e quindi senza possibilità di inasprire la pena stessa, anche per la meno grave ipotesi in cui sia deceduta una sola persona» (C. ERRA, *Epidemia*, in *Enc. dir.*, vol. XV, Giuffrè, Milano, 1966, p. 47).

⁵ In dottrina, l'epidemia è definita quale «particolare malattia infettiva che, sviluppatasi in maniera più o meno brusca (più o meno rapidamente), per cause che non siano abituali, costanti o periodiche, colpisce gruppi rilevanti di popolazione per poi attenuarsi dopo aver compiuto il suo corso» (N. STOLFI, *Brevi note sul reato di epidemia*, in *Cass. pen.*, 2003, p. 3946).

di germi, capaci di cagionare un'epidemia, e di diffonderli, e si è trovata giustificata la grave sanzione»⁶. In altri termini, la definizione di tale ipotesi di responsabilità apparve necessaria nella convinzione che il livello raggiunto dal progresso tecnologico e scientifico del Paese incrementasse le possibilità di procurarsi colture di germi patogeni⁷, con la conseguente possibilità di impiegare le stesse con la finalità di provocare e diffondere epidemie.

Al contrario, nonostante le esperienze già registratesi nel corso della guerra libica e del primo conflitto mondiale (come contaminazioni di pozzi mediante l'immissione di bacilli del tifo; spargimento di polveri patogeni; ecc.), nei lavori preparatori non si rinviene alcun riferimento diretto alle aggressioni perpetrate mediante l'impiego di armi chimiche e/o batteriologiche⁸. Non vi è dubbio, tuttavia, che l'incriminazione di un grave attentato alla salute collettiva, quale quello consistente nel cagionare un'epidemia mediante la diffusione di germi patogeni, trova piena giustificazione anche in considerazione degli enormi progressi registratisi in campo scientifico (che, nell'era della globalizzazione hanno notevolmente incrementato i fattori di rischio)⁹ e della conseguente concreta minaccia di impieghi illeciti in ambito bellico¹⁰ o terroristico.

⁶ *Lavori preparatori del codice penale e del codice di procedura penale*, vol. V, *Progetto definitivo di un nuovo codice penale con la Relazione del Guardasigilli On. Alfredo Rocco*, Parte II, Roma, 1929, p. 229.

⁷ «Mi è stata suggerita solamente una modificazione di forma, facendomi notare che la locuzione «bacilli o germi o altri microrganismi patogeni» poteva essere sostituita con la semplice indicazione di «germi patogeni. Ho accettata la proposta (articolo 444), perché effettivamente nel linguaggio scientifico la parola «germi patogeni» è comprensiva di tutti gli esseri capaci di produrre malattie infettive» (*Lavori preparatori del codice penale e del codice di procedura penale*, cit., p. 229).

⁸ Con l'art. 1, comma 1, l. 26 maggio 2004, n. 138, di conversione del d.l. 29 marzo 2004, n. 81, è stato istituito presso il Ministero della salute il centro nazionale per la prevenzione e il controllo delle malattie con analisi e gestione dei rischi, con il compito di fronteggiare i pericoli insorti a livello nazionale e internazionale connessi al bio terrorismo.

⁹ Il tema relativo ai «rischi della modernità» è oggetto di approfondita analisi in: U. BECK, *La società del rischio. Verso una seconda modernità*, trad. it. W. PRIVITERA (a cura di), Carocci, Roma, 2013; U. BECK, *Un mondo a rischio*, Einaudi, Torino, 2003; U. BECK, *Conditio Humana. Il rischio nell'età globale*, trad. it. di C. SANDRELLI, Laterza, Bari, 2008. Con riferimento specifico alla diffusione delle malattie infettive e alla conseguente configurabilità del delitto di epidemia nell'era della globalizzazione, E. PERROTTA, *Verso una nuova dimensione del delitto di epidemia (art. 438 c.p.) alla luce della globalizzazione delle malattie infettive: la responsabilità individuale da contagio nel sistema di common but differentiated responsibility*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 2020.

¹⁰ Sul punto, Convenzione di Ginevra del 17 giugno 1925 (Protocollo concernente la proibizione di usare in guerra gas asfissianti, tossici o simili e mezzi batteriologici), resa esecutiva con r.d. 6 gennaio 1928, n. 194.

Pur costituendo una figura criminosa senza precedenti, il delitto di epidemia presenta in realtà un duplice riferimento storico: il delitto di avvelenamento, da un lato, e la disciplina relativa all'inosservanza delle disposizioni in materia di tutela della collettività dal pericolo di contagio di malattie infettive, dall'altro¹¹.

In ordine al primo, va evidenziato che il delitto di epidemia trova la sua collocazione codicistica nella categoria dei reati di comune pericolo¹². Sul punto, durante i lavori preparatori, si è osservato come l'epidemia non sia altro che un'ipotesi speciale di avvelenamento, caratterizzata dalla condotta, particolarmente insidiosa, della diffusione di germi patogeni¹³.

Per quanto riguarda il secondo, invece, la nuova fattispecie criminosa si inserisce nel sistema normativo relativo alla profilassi delle malattie infettive e diffuse, già definito in alcuni codici penali europei¹⁴, nonché nello stesso ordinamento italiano dalle leggi e dai regolamenti in materia di sanità pubblica.

2. L'individuazione del bene giuridico tutelato nel dibattuto rapporto semantico tra i concetti di salute e malattia

Il bene giuridico alla cui tutela è preposto il delitto di epidemia – come tutti i reati previsti nel capo II del libro VI della parte speciale del codice penale – è costituito da quella peculiare componente dell'incolumità fisica rappresentata dalla salute umana¹⁵, considerata nella sua dimensione pubblica¹⁶.

¹¹ S. ARDIZZONE, *Epidemia*, in *Dig. disc. pen.*, IV, Utet, Torino, 1990, p. 250.

¹² Si tratta di un criterio, che consente l'identificazione e il raggruppamento delle norme in questione (C. SAMMARCO, *Incolumità pubblica (reati contro la)*, *Enc. dir.*, vol. XXI, Giuffrè, Milano, 1971, p. 33) in virtù della «indeterminatezza e diffusività del danno al quale la situazione di pericolo può eventualmente dare luogo» (S. ARDIZZONE, *Incolumità pubblica (delitti e contravvenzioni contro la)*, in *Dig. disc. pen.*, IV, Utet, Torino, 1992, p. 362. Nello stesso senso, A. LAI, *Incolumità pubblica (delitti contro la)*, cit., p. 3).

¹³ «l'insidia inerente nelle stesse modalità di esecuzione (diffusione di germi patogeni) ne giustifica la classificazione fra i delitti contro la pubblica incolumità mediante frode» (E. BATTAGLINI, B. BRUNO, *Incolumità pubblica (delitti contro la)*, in *Nov. dig. it.*, vol. VIII, Torino, 1962, p. 559).

¹⁴ In tal senso, il § 327 del Codice penale tedesco (*Strafgesetzbuch*, StGB).

¹⁵ «l'interesse della salute pubblica si raccorda in termini di sottofattispecie all'interesse categoriale dell'incolumità pubblica» (A. GARGANI, *Reati contro l'incolumità pubblica*, II, *Reati di comune pericolo mediante frode*, in C.F. GROSSO, T. PADOVANI, A. PAGLIARO (diretto da), *Trattato di diritto penale, Parte speciale*, vol. IX, Giuffrè, Milano, 2013, p. 56).

¹⁶ Il fondamento costituzionale dell'incolumità pubblica viene tradizionalmente individuato nella disposizione di cui all'art. 2 Cost., nel quale si sancisce la tutela, oltre che dei diritti inviolabili

Sul punto, occorre innanzitutto rilevare che in ordine alla definizione del concetto di salute quale oggetto di tutela dei delitti di comune pericolo mediante frode non si registra unanimità di vedute in dottrina¹⁷.

Secondo l'orientamento più estensivo, essa si ricava dalla definizione di salute contenuta nell'atto costitutivo dell'Organizzazione Mondiale della Sanità del 22 luglio 1946 (reso esecutivo con d.lgs.c.p.s. 4 marzo 1997, n. 1068), con la conseguenza che il bene salute deve essere inteso alla stregua di uno «stato di completo benessere fisico, mentale e sociale, che non può consistere soltanto in un'assenza di malattia»¹⁸.

A sostegno della tesi della non identificabilità del concetto del bene salute con l'assenza di malattia, si osserva che ove il legislatore avesse voluto fare riferimento appunto alla “malattia”, lo avrebbe fatto in maniera espressa, come avviene per numerose altre fattispecie criminose¹⁹. Al contrario, il termine malattia non ricorre in nessuna delle ipotesi di responsabilità ricomprese nel capo relativo ai reati di comune pericolo mediante frode, nelle quali ci si riferisce, invece, al pericolo per la salute²⁰.

dell'uomo come singolo, delle formazioni sociali nelle quali l'individuo esplica la sua personalità. Su tale principio poggia, dunque, la tutela penale dell'incolumità pubblica quale «proiezione sovra-individuale» dei beni individuali del singolo (T. PADOVANI, *L'organizzazione della parte speciale*, in T. PADOVANI, L. STORTONI, *Diritto penale e fattispecie criminose. Introduzione alla parte speciale del diritto penale*, Il Mulino, Bologna, 2006, p. 75; A. GARGANI, *Reati contro l'incolumità pubblica*, cit., p. 88). Con riferimento alla salute pubblica, intesa come diritto sociale o collettivo, assume rilevanza anche l'art. 32 Cost.

¹⁷ Con riferimento all'evoluzione dei concetti di “malattia” e di “salute”, O. ERONIA, *Potenziamento umano e diritto penale*, Giuffrè, Milano, 2013.

¹⁸ La dottrina identifica la salute «in un effettivo stato di benessere psichico, fisico e sociale, equivalente all'armonico sviluppo di tutte le funzioni dell'individuo» (D. PETRINI, *Reati di pericolo e tutela della salute dei consumatori*, Giuffrè, Milano, 1990, p. 23). Nello stesso senso, V. PACILEO, *Il diritto degli alimenti. Profili civili, penali e amministrativi*, Cedam, Padova, 2003, p. 131; D. RODRIGUEZ, F. INTRONA, «Pericolo per la salute pubblica»: sulla necessità di una maggiore latitudine applicativa dell'art. 444 c.p., in *Giust. pen.*, 1976, p. 195; P. ZAGNONI, *Notazioni sul concetto di salute e sua tutela ex artt. 439 e seguenti codice penale*, in *Resp. civ. e prev.*, 1980, p. 51 ss.

¹⁹ Art. 582 cod. pen. (lesione personale): «chiunque cagiona ad alcuno una lesione personale, dalla quale deriva una malattia nel corpo o nella mente...». Art. 590, comma 5, cod. pen. (lesioni personali colpose): «il delitto è punibile a querela della persona offesa, salvo nei casi previsti nel primo e secondo capoverso, limitatamente ai fatti commessi con violazione delle norme per la prevenzione degli infortuni sul lavoro o relative all'igiene del lavoro o che abbiano determinato una malattia professionale».

²⁰ La nozione estesa di salute è stata talvolta affermata anche dalla giurisprudenza di legittimità, la quale ha precisato che il bene “salute pubblica” non deve essere inteso «come fatto negativo, ossia di mera assenza di malattie, ma di effettivo benessere fisico e mentale e come armonico equilibrio di tutte le funzioni» (Cass., Sez. VI, 5 giugno 1993, n. 8262, in *Cass. pen.*, con nota di G. FERRERO,

Secondo un'opposta opzione interpretativa, la definizione, in senso restrittivo, del concetto di salute si ricava in negativo dalle elaborazioni della scienza medica in ordine alla nozione di malattia, intesa come «qualcosa di eminentemente funzionale, una condizione dinamica», che spesso si sostanzia in alterazioni anatomiche²¹. Secondo le varie definizioni elaborate dalla dottrina medico-legale, dunque, per malattia deve intendersi un processo patologico di carattere evolutivo che determina un'alterazione funzionale di almeno una parte dell'organismo fisico o psichico²². In questa prospettiva, la salute equivale all'assenza di malattia, di disturbi o di infermità, anche di carattere temporaneo. Conseguentemente, la condotta offensiva del bene salute è quella che determina la probabilità dell'insorgere di una malattia²³.

Molteplici sono le argomentazioni addotte a sostegno di questo differente orientamento²⁴.

Innanzitutto, si osserva che la definizione del concetto di salute in termini di assenza di malattia risulterebbe maggiormente conforme ai principi di precisione, tassatività e determinatezza. Ciò, in quanto il differente indirizzo interpretativo si traduce nella necessità di un accertamento in positivo dello stato di completo benessere fisico, mentale e sociale, ossia di un elemento di difficile definizione e verificabilità.

In secondo luogo, la salute pubblica costituisce null'altro che la proiezione collettiva del bene salute individuale, con la conseguenza che dal punto di vista contenutistico i due concetti risulterebbero sovrapponibili²⁵. Ne consegue che se

Rilevanza penale dell'illecito impiego di sostanze ad azione ormonica e tirostatica. Successione e concorso di norme, 1994, p. 708 ss.).

²¹ G. CANUTO, S. TOVO, *Medicina legale e delle assicurazioni*, Cortina, Pavia, 1996, p. 73.

²² In ordine alle varie definizioni di malattia elaborate dalla dottrina medico-legale: G. GIUSTI (diretto da), *Trattato di Medicina Legale e scienze affini*, vol. I, *Tutela della persona*, II ed., Cedam, Padova, p. 721 ss.

²³ A. GARGANI, *Reati contro l'incolumità pubblica*, cit., p. 61. Nello stesso senso, R. PICCININO, *I delitti contro la salute pubblica*, Franco Angeli, Milano, 1968, p. 36: «quando il codice penale comune tutela la salute pubblica prende in esame soltanto quelle cause che presentano concreta idoneità di provocare una infermità o una malattia».

²⁴ S. CORBETTA, *I delitti contro l'incolumità pubblica*, II, *I delitti di comune pericolo mediante frode*, in G. MARINUCCI, E. DOLCINI (diretto da), *Trattato di diritto penale. Parte speciale*, vol. II, Cedam, Padova, 2014, p. 6 ss.

²⁵ «La salute "pubblica" non presenta, in effetti, in sé contenuti diversi rispetto a quella "individuale": ritenere che tale bene possa mutare nella sua obbiettività a seconda che riguardi il singolo essere umano o una pluralità di individui significherebbe alterarne l'essenza, in nome della qualificazione "pubblicistica"» (A. GARGANI, *Reati contro l'incolumità pubblica*, cit., p. 61 ss.).

l'incolumità individuale – alla cui tutela sono preposte, tra le altre, le fattispecie delittuose di cui agli artt. 582 e 590 cod. pen. – si sostanzia nell'assenza di malattia, intesa «come un processo patologico evolutivo necessariamente accompagnato da una più o meno rilevante compromissione dell'assetto funzionale dell'organismo», il concetto di salute deve essere interpretato negli stessi termini anche con riferimento alle ipotesi criminose in cui il bene viene in rilievo nella sua dimensione pubblica.

Ancora, l'interpretazione restrittiva della nozione di salute sarebbe maggiormente conforme alla *ratio* e alla struttura della categoria dei reati di comune pericolo.

Quanto alla prima, dalla finalità di anticipazione della tutela a uno stato anteriore al verificarsi del danno in capo ai singoli individui consegue che il giudizio di pericolo per la salute non può che concernere il temuto evento di danno, ossia le lesioni personali o la morte.

Per quanto concerne il profilo strutturale, invece, viene in rilievo la tipologia di offesa, in quanto, come risulta emblematicamente proprio dalla fattispecie di epidemia, la categoria di reati di cui si discute è volta a impedire l'insorgenza di malattie.

Effettuate queste doverose precisazioni sul piano generale, giova rilevare che con riferimento specifico al delitto di epidemia, il bene salute (pubblica) è tutelato contro i danni o pericoli alla stessa derivanti dalla condotta – di tipo attivo o omissivo²⁶ – consistente nel cagionare un'epidemia mediante la diffusione di agenti patogeni.

Secondo quanto affermato negli stessi lavori preparatori, l'epidemia si verifica «quando una malattia colpisce, nel medesimo tempo, per una durata più o meno lunga, gli abitanti di un paese, di una città, di una regione», e la relativa fattispecie criminosa si caratterizza per la «somma, forse insuperabile pericolosità» dello strumento di consumazione, costituito dalla «diffusione di bacilli o germi o di altri microrganismi patogeni». Non può escludersi, infatti, che, sebbene la ricerca scientifica individui, isoli e coltivi tali germi o bacilli al solo fini di sconfiggere le più gravi malattie, degli stessi – «belve umane si servano per provocare

²⁶ Sulla configurabilità del delitto di epidemia in forma omissiva, vedi *infra*, par. 6.

un'epidemia, e perciò il fatto è stato preveduto dal legislatore con la gravissima sanzione dell'art. 438»²⁷.

Come si è già avuto modo di precisare²⁸, quindi, le ragioni sottese all'introduzione della nuova fattispecie criminosa sono da individuarsi nell'elevato grado di offensività che caratterizza il fatto-tipo, da un lato, e nella finalità altamente simbolica di assicurazione sociale, dall'altro²⁹. Quella in esame, infatti, costituisce un'ipotesi di responsabilità posta a presidio della salute pubblica dal pericolo derivante dalla diffusione di germi patogeni, ossia di organismi produttivi di malattie infettive: «una malattia, diffusa o diffusibile, qual è quella di natura epidemica»³⁰. Ne consegue che con riferimento al delitto di epidemia «la tutela del bene esprime l'esigenza che il contagio di malattie infettive, che già abbia interessato un certo numero di persone, non ne colpisca altre in modo da incrinare la sicurezza delle condizioni di salute della collettività. Sotto questo profilo, si propone una tutela, avanzata allo stadio del pericolo, della salute della collettività»³¹.

In altri termini, in virtù della dimensione pubblica del bene tutelato dalla norma, la salute viene qui in rilievo con riferimento non al profilo qualitativo, bensì quantitativo, atteso che oggetto di incriminazione è la causazione di un evento, l'epidemia appunto, idoneo a incidere negativamente, per la diffusibilità del morbo, sull'incolumità di un numero ampio e indeterminato di persone. In questo modo, la dimensione pubblica del bene salute definisce lo stesso grado di tutela apprestato dal legislatore: la rilevanza accordata alle condotte potenzialmente lesive della salute di soggetti indeterminati nel numero e nell'identità³² produce

²⁷ *Lavori preparatori del codice penale e del codice di procedura penale*, vol. IV, *Progetto definitivo di un nuovo codice penale con la Relazione del Guardasigilli On. Alfredo Rocco*, Parte V, Roma, 1929, p. 326 ss.

²⁸ Vedi *supra*, par. 1.

²⁹ A. GARGANI, *Reati contro l'incolumità pubblica*, cit., p. 205.

³⁰ A. SANTORO, *Manuale di diritto penale, Parte speciale. Delitti contro la società*, Unione tipografica, Torino, 1965, p. 97.

³¹ S. ARDIZZONE, *Epidemia*, cit., p. 253.

³² M. DONINI, *Modelli di illecito penale minore. Un contributo alla riforma dei reati di pericolo contro la salute pubblica*, in M. DONINI, D. CASTRONUOVO, (a cura di), *La riforma dei reati contro la salute pubblica. Sicurezza del lavoro, sicurezza alimentare, sicurezza dei prodotti*, Cedam, Padova, 2008, p. 227. Secondo l'Autore, la "salute pubblica" costituisce un bene autonomo rispetto al bene salute dei singoli.

un'anticipazione della tutela³³ a un momento anteriore alla lesione nei confronti di singoli individui³⁴.

In considerazione di ciò, si sostiene che, contrariamente a quanto afferma una parte della dottrina³⁵, i delitti contro la salute pubblica, tra cui il reato di epidemia, non siano riconducibili alla categoria dei reati plurioffensivi³⁶ sul presupposto che gli stessi sarebbero posti a tutela della salute sia collettiva che individuale. Plurioffensive, infatti, sono unicamente quelle fattispecie criminose poste a tutela di due o più beni giuridici diversi. Emblematico è il delitto di rapina, volto alla tutela sia dell'interesse patrimoniale, che della libertà personale del soggetto passivo, ossia della sua libertà di autodeterminazione, lesa dalla violenza o minaccia perpetrata dal soggetto attivo per impossessarsi della cosa mobile altrui o per assicurarsi il possesso della cosa già sottratta (o l'impunità)³⁷.

³³ L'incolumità pubblica, e, conseguentemente, la salute pubblica, «rappresenta, più che un bene diverso e autonomo, una semplice astrazione concettuale direttamente comprensiva delle singole vite di soggetti concreti: e questa astrazione concettuale costituisce, a sua volta, il riflesso della scelta di una soglia particolarmente avanzata di controllo penale, posto che il legislatore tende a prevenire pericoli di particolare diffusività prima anche che questi si dirigano contro persone o obiettivi ben determinati» (G. FIANDACA, *La tipizzazione del pericolo*, in *Dei delitti e delle pene*, 1984, p. 462). Nello stesso senso, D. PETRINI, *Reati di pericolo e tutela della salute dei consumatori*, cit., p. 11: «la tutela dell'interesse collettivo si caratterizza proprio per l'anticipazione della protezione del bene individuale ad un momento logicamente e cronologicamente precedente, nel quale non viene ancora previsto (e punito) il danno cagionato al singolo soggetto, ma la messa in pericolo di una quantità indistinta di persone, potenzialmente lese dalla condotta vietata». In relazione alla collegamento tra anticipazione della tutela e natura esponenziale dell'incolumità pubblica, comprensiva sia della vita e dell'integrità fisica, sia della salute, si è altresì evidenziato che «rispetto alla incolumità pubblica, la ragione dell'anticipazione della tutela va ravvisata nel carattere ultraindividuale del bene protetto e, soprattutto, nella diffusività di certe manifestazioni aggressive: così che subordinare l'intervento penale alla realizzazione degli eventi lesivi "finali" significherebbe attendere che la condotta abbia prodotto tutta la sua potenziale carica offensiva. Va poi ulteriormente precisato che il bene della incolumità pubblica ha una natura diversa dalla vita ed incolumità individuale solo in riferimento alla capacità diffusiva di certe condotte pericolose. Con la conseguenza ultima che la ritenuta anticipazione della tutela si riferisce, da un lato, non tanto al bene della incolumità pubblica ma a quelli individuali della vita ed integrità personale; e, dall'altro, trova la sua ragione d'essere nella particolare pericolosità diffusiva delle condotte aggressive» (F. PALAZZO, C.F. GROSSO, *Documento n. 6, allegato alla Relazione della "Commissione Grosso" (1999)*, in C.F. GROSSO (a cura di), *Per un nuovo codice penale*, vol. II, Cedam, Padova, 2000, p. 163).

³⁴ «la tutela dalla salute pubblica è insensata rispetto a condotte di sola lesione di persone determinate, che non siano almeno qualificate dal pericolo a un numero indeterminato di altri soggetti» (M. DONINI, *Modelli di illecito penale minore*, cit., p. 209).

³⁵ F. ANTOLISEI, *Manuale di diritto penale. Parte speciale*, II, C.F. GROSSO (a cura di), Giuffrè, Milano, 2016, p. 5 (secondo l'Autore, i titolari dei suddetti interessi sarebbero legittimati a costituirsi parte civile); A. LAI, *Incolumità pubblica (delitti contro la)*, cit., p. 3.

³⁶ S. CORBETTA, *I delitti contro l'incolumità pubblica*, cit., p. 10.

³⁷ C. BACCAREDDA BOY, S. LALOMIA, *I delitti contro il patrimonio mediante violenza*, vol. VIII, in G. MARINUCCI, E. DOLCINI (diretto da), *Trattato di diritto penale. Parte speciale*, Cedam, Padova, 2010, p. 329.

Al contrario, nei delitti contro la salute pubblica viene in rilievo sempre lo stesso bene – la salute, appunto – nella sua dimensione collettiva, ciò traducendosi in una mera anticipazione della soglia di protezione a uno stadio anteriore alla produzione del danno in capo ai singoli individui³⁸.

3. La controversa natura giuridica del delitto di epidemia

Con riferimento alla natura della fattispecie criminosa di cui all'art. 438 cod. pen., in specie alle caratteristiche proprie dell'offesa tipica del reato, in dottrina si sono sviluppati differenti, e per taluni aspetti contrapposti, orientamenti. Alle opzioni interpretative, variamente argomentate, che qualificano il delitto di epidemia come un reato di “danno concreto” per la salute pubblica, si contrappone la tesi maggioritaria per la quale la fattispecie sarebbe da ricondurre, invece, nella categoria dei reati di pericolo (comune)³⁹.

In dettaglio, l'analisi dell'elaborazione dottrinale consente di distinguere tre differenti qualificazioni della fattispecie in esame: reato di danno; reato di danno e di pericolo presunto; reato di evento di pericolo comune.

3.1. Epidemia come reato di danno

Secondo una prima ricostruzione, il delitto di epidemia rientra nella categoria dei reati di danno: in assenza di previsione espressa, tra gli elementi del fatto, del

³⁸ Invero, secondo una differente ricostruzione dottrinale, nell'attuale panorama storico-sociale, la dimensione plurioffensiva del delitto di epidemia deve essere analizzata da un differente angolo prospettico, ossia quello dell'incidenza dalla globalizzazione sul fenomeno epidemico, cui consegue inevitabilmente il coinvolgimento di ulteriori beni giuridici (oltre alla salute pubblica), quali l'economia pubblica e la sicurezza internazionale (E. PERROTTA, *Verso una nuova dimensione del delitto di epidemia (art. 438 c.p.) alla luce della globalizzazione delle malattie infettive*, cit., p. 184).

³⁹ Nel primo senso, A. LAI, *Incolunità pubblica (delitti contro la)*, cit., p. 14; V. PATALANO, *Significato e limiti della dommatica dei reati di pericolo*, Jovene, Napoli, 1975, p. 194; S. RIONDATO, *Commento agli artt. da 422 a 452 c.p.*, in A. CRESPI, G. ZUCALÀ (a cura), *Commentario breve al codice penale*, IV ed., Cedam, Padova, 2008, p. 1097 (secondo l'Autore, la componente di pericolo concreto per la salute pubblica assumerebbe rilievo a titolo di tentativo, costituendo uno stadio intermedio necessario nella realizzazione progressiva del reato, nonché una conseguenza eventuale della fattispecie, relativamente alla capacità di ulteriore della malattia). Aderisce al secondo orientamento, S. ARDIZZONE, *Epidemia*, cit., p. 254.

pericolo di ulteriore diffusione della malattia (costituente, quindi, un accadimento successivo alla consumazione del reato), la lesione della salute pubblica si realizzerebbe con l'avvenuto contagio di un numero indeterminato di persone⁴⁰.

Sul punto, si è osservato che tale ricostruzione costituisce inevitabile conclusione dell'indagine in ordine alla natura del reato anche laddove quest'ultima sia condotta non solo sulla base delle categorie generali del diritto penale, ma altresì, e più correttamente, in considerazione delle conoscenze scientifiche ed epidemiologiche implicate dalla stessa dimensione naturalistica della fattispecie in esame, ossia dal fatto epidemico⁴¹. In altri termini, sarebbero le indicazioni derivanti dalla realtà fenomenica e dall'osservazione scientifica a consentire di qualificare in termini di sincronicità o diacronicità l'anzidetta relazione tra danno e pericolo (con la conseguenza che nel secondo caso il verificarsi del danno potrebbe assumere rilevanza, al più, ai fini dell'integrazione del tentativo di epidemia)⁴².

In virtù di queste argomentazioni, all'orientamento secondo cui nel delitto di epidemia sia da ravvisarsi invece un evento complesso – un danno individuale (l'avvenuto contagio) e un pericolo presunto (la possibilità di un'ulteriore propagazione della malattia) – è stata mossa una duplice obiezione. In primo luogo, si osserva che tale ulteriore requisito risulta estraneo al concetto medico-legale di epidemia, per il quale rileva unicamente la diffusione della malattia a un numero rilevante di persone. In secondo luogo, dall'analisi della fenomenologia dei processi epidemici si ricava che il pericolo di un'ulteriore diffusività della malattia “da individuo a individuo” in modo indeterminato⁴³, una volta che questa si sia manifestata in numerosi individui, è un fatto del tutto eventuale.

Sulla base di queste osservazioni, quindi, occorrerebbe concludere nel senso che il delitto in esame si consuma con la diffusione della malattia a un «gran numero

⁴⁰ G. GUADAGNO, *Epidemia*, in *Disc. disc. pen.*, vol. IV, Torino, 1990, p. 484; A. LAI, *Incolunità pubblica (delitti contro la)*, cit., p. 14; V. PATALANO, *Significato e limiti della dommatica dei reati di pericolo*, cit., p. 194; R. PICCININO, *I delitti contro la salute pubblica*, cit., p. 45; N. STOLFI, *Brevi note sul reato di epidemia*, cit., p. 3949 ss.

⁴¹ N. STOLFI, *Brevi note sul reato di epidemia*, cit., p. 3949 ss.

⁴² N. STOLFI, *Brevi note sul reato di epidemia*, cit., p. 3949 ss.

⁴³ N. STOLFI, *Brevi note sul reato di epidemia*, cit., p. 3951 ss. Tra esempi di malattie cui risulta estraneo tale requisito, L'Autore indica l'aspergillosi, l'infezione da antrace e il morbo di Creutzfeld-Jacobs (c.d. mucca pazza).

di persone»⁴⁴: ciò che assume rilevanza è la mera dimensione quantitativa del fenomeno.

In questi termini, quindi, la tesi che attribuisce rilevanza al profilo quantitativo-dimensionale della diffusione della malattia ricomprende nell'ambito di operatività della fattispecie anche ipotesi relative a patologie che non necessariamente si caratterizzano per diffusione epidemica e diffusività intrinseca, ossia malattie endemiche o a diffusione ubiquitaria (come nel caso di contagio tramite assunzione di emoderivati infetti).

Individuandone il profilo caratterizzante nella diffusione della malattia «in un ambito territoriale od in una coorte della popolazione [...] a gruppi rilevanti di soggetti, superando il normale livello di attesa o di rischio epidemiologico», l'orientamento in parola finisce, in sostanza, per inserire la fattispecie di epidemia «nel quadro di una considerazione collettiva del fenomeno»⁴⁵. In altri termini, l'evento epidemico assume rilevanza ai fini dell'integrazione dell'ipotesi di responsabilità *ex art. 438 cod. pen.* in considerazione del numero elevato di persone infettate, con la conseguenza che il contagio di pochi soggetti e il contestuale pericolo di ulteriore diffusione della malattia rilevano, in via eventuale, per la sola configurazione del tentativo. Tale ricostruzione della fattispecie, quindi, si pone in contrasto con l'interpretazione restrittiva prevalente in dottrina e in giurisprudenza, che identifica l'evento epidemico con le sole malattie infettive e contagiose caratterizzate da un'elevata diffusività conseguente a una rapida e agevole propagazione dei germi, idonee, dunque, a colpire un elevato numero di persone in un intervallo temporale circoscritto⁴⁶.

⁴⁴ «Sia dunque consentito segnalare come, a ben vedere, siano la vastità, la diffusione del fenomeno ad integrare e a realizzare il reato consumato di epidemia, in quanto connesse al numero delle persone colpite» (N. STOLFI, *Brevi note sul reato di epidemia*, cit., p. 3956).

⁴⁵ N. STOLFI, *Brevi note sul reato di epidemia*, cit., p. 3956. Secondo l'Autore, anche se «l'evento si presenta in ambiti chiusi o circoscritti, o non abbia alcuna ulteriore potenzialità diffusiva rispetto al numero di soggetti contagiati», risulterebbe comunque sussumibile nell'ipotesi di cui all'art. 438 c.p. «a causa del gran numero di contagi, tale da costituire una sicura lesione del bene della salute pubblica». Si tende, per questa via, a superare l'orientamento restrittivo sostenuto in giurisprudenza, in virtù del quale la malattia rilevante è quella che si caratterizza la durata cronologicamente limitata e per l'ampia estensione territoriale (Trib. Verona, 29 luglio 1957, De Beni, in *Arch. pen.*, 1958, p. 432; Trib. Bolzano, 20 giugno 1978, Oberhollenzer, in *Giur. mer.* 1979, p. 945).

⁴⁶ S. RIONDATO, *Commento agli artt. da 422 a 452 c.p.*, cit., p. 1098. Tale orientamento trova conferma nell'elaborazione giurisprudenziale, secondo la quale è necessario che la malattia rilevante è quella caratterizzata da una diffusione rapidità e cronologicamente circoscritta, nonché da una

Inoltre, la valorizzazione del dato meramente quantitativo finisce, inevitabilmente, per trascurare il profilo qualitativo del fenomeno epidemico – relativo all’eventuale diffusione incontrollata della malattia e alla relativa indeterminatezza delle potenziali vittime –, attribuendo così rilevanza a un aspetto parziale del concetto di pericolo comune⁴⁷.

In conclusione, l’orientamento appena delineato presenta un evidente aspetto critico, consistente nella circostanza che la ricostruzione proposta «cancella uno degli aspetti più rilevanti e immediati del significato di “epidemia”, perché il numero elevato di persone colpite non viene in rilievo di per sé in quel concetto, [...] bensì in quanto segno di capacità di diffusione incontenibile del male»⁴⁸.

3.2. Epidemia come reato di danno e di pericolo presunto

Secondo una differente impostazione, il delitto di epidemia sarebbe qualificabile al contempo come reato di danno e di pericolo presunto⁴⁹. La fattispecie si caratterizzerebbe, dunque, per un evento “complesso”, in cui si riflette un duplice livello di offensività⁵⁰: un profilo di danno concreto, con riferimento agli individui già colpiti dalla malattia (e quindi alla pubblica sanità) e uno di pericolo presunto, in relazione ai soggetti potenzialmente esposti all’ulteriore diffusione del contagio (condotta che, sulla base di leggi scientifiche e/o regole di esperienza, è considerata pericolosa per la salute collettiva)⁵¹.

particolare ampiezza quanto all’estensione territoriale (Trib. Bolzano, 13 marzo 1979, Rier, in *Giur. mer.*, 1979, p. 945).

⁴⁷ A. GARGANI, *Reati contro l’incolumità pubblica*, cit., p. 208.

⁴⁸ A. NAPPI, *I delitti contro l’incolumità pubblica*, in F. BRICOLA, V. ZAGREBELSKY (diretta da), *Giurisprudenza sistematica di diritto penale*, II. ed., Utet, Torino, 1996, p. 650.

⁴⁹ La fattispecie disciplinata dall’art. 438 cod. pen. «è un reato di danno e non sol tanto di pericolo, perché un’epidemia è sempre un danno per la pubblica sanità. Ma è reato di pericolo comune se si considera il fatto dannoso come fonte di possibili danni ulteriori, come minaccia anche per chi non è ancora colpito dal morbo. E questo pericolo è presunto in via assoluta dalla legge, come è naturale» (V. MANZINI, *Trattato di diritto penale italiano*, P. NUVOLONE, G.D. PISAPIA (a cura di), vol. VI, V ed., Utet, Torino, 1983, p. 396). Nello stesso senso, C. ERRA, *Epidemia*, cit., p. 46, R. PICCININO, *I delitti contro la salute pubblica*, cit., p. 260

⁵⁰ A. GARGANI, *Reati contro l’incolumità pubblica*, cit., p. 209.

⁵¹ Secondo C. ERRA, *Epidemia, Enc. dir.*, cit., p. 46, «l’epidemia è un reato di danno, poiché la lesione dell’interesse tutelato si determina col fatto dell’avvenuta epidemia. L’ulteriore capacità espansiva e diffusiva, mediante contagio, dell’epidemia dà luogo ad un pericolo, il quale, presunto in via assoluta dalla legge, costituisce peraltro un effetto del reato già verificatosi».

In questa prospettiva, dunque, con la previsione di cui all'art. 438, comma 1, cod. pen., relativo alla forma semplice dell'epidemia, si punisce con la pena dell'ergastolo, il fatto in sé di aver cagionato un danno alla salute di un elevato numero di persone, mediante la propagazione di una malattia infettiva, capace di una rapida diffusione a una cerchia indeterminata di individui.

Tale ricostruzione ha trovato accoglimento anche nella giurisprudenza di merito e di legittimità, in seno alle quali si è affermato che il delitto di epidemia si caratterizzerebbe per la presenza di un duplice evento: l'uno di danno (reale), costituito dalla concreta manifestazione, in un determinato numero di persone, di una malattia causalmente ricollegabile alla diffusione di germi patogeni; l'altro di pericolo (presunto), rappresentato dalla possibilità – presuntivamente ritenuta dal legislatore – di un'ulteriore propagazione della stessa malattia ad altri individui, anche senza un intervento dell'autore della originaria diffusione⁵².

Trattandosi, dunque, di reato di pericolo presunto, sarebbe sottratta all'accertamento del giudice la valutazione in ordine all'effettiva sussistenza del pericolo per un numero indeterminato di individui. Tuttavia, la tesi che sostiene la presunzione assoluta della pericolosità rappresentata dalla diffondibilità viene criticata in considerazione del fatto che «se l'epidemia richiede la diffusività della malattia, ciò vuol dire che senza pericolo non vi è epidemia: non di presunzione si tratta, quindi, ma di implicazione logica di un concetto nell'altro»⁵³. Invero, con riferimento a tale profilo, nella giurisprudenza di merito si è precisato che la qualificazione del pericolo come presunto non esclude la necessità di un accertamento caso per caso in ordine all'effettiva sussistenza di un certo grado di probabilità della diffusività ulteriore della malattia, da condursi sulla base delle precipue caratteristiche fattuali del caso concreto, specie con riferimento all'indeterminatezza delle possibili vittime⁵⁴.

⁵² Cass., Sez. IV, 12 dicembre 2017, n. 9133, in *Cass. C.E.D.*, n. 272261; Trib. Trento, Giudice dell'udienza preliminare, 12 luglio 2002.

⁵³ A. NAPPI, *I delitti contro l'incolumità pubblica*, cit., p. 651.

⁵⁴ Trib. Roma, 22 marzo 1982, n. 3358, Malzoni.

3.3. *Epidemia come evento di pericolo comune: la nozione di disastro sanitario*

L'ultima delle ricostruzioni operate circa la natura del reato disciplinato dall'art. 438 cod. pen. pone l'attenzione sulla natura comune del pericolo che caratterizza la fattispecie⁵⁵, rilevando che l'elevato numero di soggetti colpiti dalla malattia non assume rilievo di per sé, ma in quanto indicativo dell'incontrollabile diffusione del morbo⁵⁶. In altri termini, ad assumere rilevanza quale aspetto qualificativo della fattispecie è la diffusione incontrollata e incontrollabile del morbo, con la conseguenza che l'elemento di disvalore del reato – che giustifica la severità della sanzione – risiede nel pericolo di ulteriore diffusione della malattia⁵⁷.

Del resto, le sole malattie idonee a integrare la fattispecie *ex art.* 438 cod. pen. sono quelle infettive, contagiose, caratterizzate dalla c.d. trasmissibilità orientale, vale a dire dalla capacità degli agenti patogeni di passare, direttamente o indirettamente, da un soggetto a un altro. Verificatasi la diffusione della malattia, è, dunque, nell'incertezza circa la sua ulteriore diffusibilità, in termini di persone che potranno essere colpite, che risiede il pericolo comune per la salute pubblica («senza pericolo non è epidemia»)⁵⁸.

Ne consegue che l'epidemia penalmente rilevante «non è qualunque malattia infettiva, ma soltanto quella che, per la facile propagazione dei suoi germi, espone a pericolo in un unico contesto di tempo la salute di un grande numero di persone»⁵⁹. L'elemento caratterizzante della fattispecie non deve essere individuato

⁵⁵ «Pericolo comune è la possibilità (pericolo remoto) o la probabilità (pericolo prossimo) di un danno per l'incolumità di un numero indeterminato di persone, ovvero di un pericolo per l'incolumità delle persone più grave di quello attualmente già sorto, prodotti da una modificazione del mondo esterno favorevole all'azione di cause dannose. Il “comune pericolo” che è sempre assunto in senso oggettivo, è talora presunto in via assoluta dalla legge, sulla base della natura del fatto; altre volte invece [...], si tratta di un pericolo effettivo, che deve essere provato di caso in caso».

⁵⁶ A. NAPPI, *I delitti contro l'incolumità pubblica*, cit., p. 652.

⁵⁷ Ne consegue che in mancanza del pericolo di diffusività, la malattia che ha già colpito una pluralità di persone è inidonea a integrare gli estremi della fattispecie delittuosa in esame (Trib. Verona, 29 luglio 1957, De Beni, in *Arch. pen.*, 1958, p. 432).

⁵⁸ S. ARDIZZONE, *Epidemia*, cit., p. 254, secondo il quale «il pericolo per la pubblica incolumità va previsto per la qualificazione attinente alle caratteristiche materiali del fatto e, quindi, è pericolo concreto per la pubblica incolumità. La fattispecie lo prevede espressamente, anche se in modo implicito». Nello stesso senso, A. BONFIGLIOLI, *I delitti di comune pericolo mediante frode: epidemia (art. 438)*, in A. CADOPPI, S. CANESTRARI, A. MANNA, M. PAPA (diretto da), *Trattato di diritto penale. Parte speciale. Delitti contro l'incolumità pubblica e reati in materia di stupefacenti*, vol. IV, Utet, Torino, 2010, p. 390.

⁵⁹ G. MARINUCCI, E. DOLCINI, *Corso di diritto penale. Le norme penali: fonti e limiti di applicabilità. Il reato: nozione, struttura e sistematica*, Giuffrè, Milano, 2001, p. 564.

nel contagio (già) verificatosi nei confronti di un determinato numero di persone (c.d. referente materiale), bensì nel pericolo che la malattia si diffonda a un numero ancora più vasto di potenziali vittime (c.d. proiezione teleologica). L'orientamento che non riconosce la rilevanza qualificativa dell'ulteriore diffusività della malattia⁶⁰, sostenendo l'integrazione della fattispecie con il solo verificarsi del contagio di un elevato numero di persone, elimina ogni differenza tra il profilo dell'incolumità individuale e quello dell'incolumità pubblica⁶¹.

Ricostruita in questi termini, la fattispecie criminosa *ex art.* 438 cod. pen. rientra nella categoria dei reati di pericolo comune, che, in generale, si caratterizzano per la diffusività del pericolo e per l'impiego di mezzi o strumenti i cui esiti e sviluppi causali si autonomizzano, sottraendosi al dominio dell'agente, cui consegue l'indeterminatezza in ordine al numero dei soggetti colpiti (proiezione teleologica).

Con riferimento al delitto di epidemia, l'evento di pericolo comune così definito, si specifica e si concretizza nella capacità diffusiva della malattia infettiva⁶². A caratterizzare la fattispecie è la circostanza che la relativa componente materiale è costituita dalla malattia trasmessa a più persone. Anche le lesioni personali e la morte di determinati individui assumono rilevanza unicamente con riferimento alla stessa potenzialità diffusiva della malattia, configurandosi quindi in termini di offesa potenziale alla salute di una molteplicità di soggetti ancora indeterminati. In questi termini, il danno personale assume la natura di danno qualificato da pericolo comune, di cui alla nozione normativa di disastro. Con riferimento a tale profilo, si è affermato che «nelle persone colpite dal morbo si manifesta il pericolo della malattia infettiva, cosicché queste, in quanto portatrici di

⁶⁰ L'ulteriore diffusività della malattia costituisce unicamente «un fenomeno che accompagna, caratterizza e coincide con, l'espandersi della malattia, fino al raggiungimento di un grado di diffusione che colpisce un gran numero di persone» (N. STOLFI, *Brevi note sul reato di epidemia*, cit., p. 3959).

⁶¹ A. GARGANI, *Reati contro l'incolumità pubblica*, cit., p. 237.

⁶² In assenza di un pericolo contratto per un numero indeterminato di persone non è neppure possibile parlare di epidemia, F. D'ALESSANDRO, *Il diritto penale dei limiti-soglia e la tutela dai pericoli nel settore alimentare: il caso della diossina*, in *Scritti per Federico Stella*, Jovene, Napoli, 2007, p. 179.

un pericolo di infezione, alla fine divengono gli strumenti, il veicolo dell'epidemia»⁶³.

Nella “trasformazione” del soggetto colpito dalla malattia in veicolo di diffusione della stessa, e quindi in una minaccia per una serie indeterminata di potenziali vittime, si riflette il rapporto di prevalenza logica che intercorre tra collettività e individuo, tra pericolo comune e danni individuali, nell'ambito di uno schema di tutela che mira, non solo e non tanto, a prevenire e reprimere l'offesa arrecata alla salute di determinati individui, ma soprattutto ad arginare il pericolo costituito dalla possibilità di ulteriore diffusione della malattia a una numero indeterminato di persone. In altri termini, l'oggetto principale della tutela è costituito dalle vittime potenziali invece che dai soggetti effettivamente già colpiti dalla malattia: «il fondamento dell'incriminazione dell'epidemia poggia più sul pericolo di “infezioni secondarie” (o ulteriori), che non sul danno delle persone infettate (c.d. infezioni primarie)»⁶⁴. La nozione normativa di epidemia, infatti, ricomprende la malattia che si caratterizza per un'elevata capacità diffusiva a un numero indeterminato di persone in un dato territorio e per l'ingovernabilità del profilo teleologico del danno che ha già colpito numerosi individui.

In virtù delle sue peculiari caratteristiche (malattia infettiva collettivamente diffusa e ulteriormente diffusibile), quindi, l'epidemia può senz'altro essere considerata la più grave forma di “disastro sanitario”.

La nozione di disastro, in cui si sintetizzano i connotati strutturali e teleologici del pericolo comune, costituisce un elemento di carattere normativo articolato su di un duplice requisito: un referente materiale, che si sostanzia in un evento di danno (modificazione materiale di cose) e una proiezione teleologica, consistente nel pericolo per la vita, l'incolumità fisica o la salute di un numero indeterminato di persone. Il delitto di disastro costituisce al contempo un reato di risultato (evento

⁶³ A. DEPPING, *Das Delikt der Epidemie verbreitung (Artt. 438, 452 c.p.) - Bemerkungen zur Auslegung eines wenig geklärten Straftatbestandes*, dattil., 2003, p. 11. Secondo l'Autore, l'eventuale consenso del soggetto contagiato a essere infettato non eliminerebbe la responsabilità dell'agente, in quanto la salute pubblica costituisce un bene indisponibile da parte della persona individualmente colpita o minacciata.

⁶⁴ A. DEPPING, *Das Delikt der Epidemie verbreitung (Artt. 438, 452 c.p.)*, cit., p. 11.

effettivo) e un reato di pericolo (evento di probabile verifica), caratterizzandosi quindi per un “danno qualificato dal pericolo”⁶⁵.

Per quanto riguarda in particolare il delitto di epidemia, va rilevato che, se è vero che la nozione di disastro è stata impiegata in maniera espressa dal legislatore per definire esclusivamente gli eventi di pericolo comune mediante violenza, è non meno vero che gli eventi di pericolo comune mediante frode possono essere ascritti, per evidenti ragioni di carattere logico-sistematico, in una specifica tipologia di disastro, costituita dal “disastro sanitario”, che di quella generica condivide l’elemento della indeterminatezza delle potenziali vittime, ma se ne differenzia con riferimento al profilo modale, fenomenologico e valoriale.

Nell’ambito del disastro sanitario, il delitto di epidemia, presenta una peculiarità rispetto a tutti gli altri reati di pericolo comune. A differenza di quanto avviene con riferimento a questi ultimi, infatti, il substrato contemplato dalla fattispecie non è costituito da un danneggiamento o da una modificazione di cose (cd. evento di danno materiale), ma da una lesione di beni personali (una molteplicità di lesioni personali). Tale substrato assume rilevanza ai sensi dell’art. 438 cod. pen. unicamente nel caso in cui presenti una proiezione teleologica. Si tratta dei caratteri di diffusività e di trasmissibilità del pericolo, tali da minacciare la salute di una molteplicità di persone (pericolo comune).

In conclusione, in considerazione della stessa nozione di epidemia, carica di potenzialità offensiva, e dello strumento di realizzazione della condotta (diffusione di germi patogeni), il delitto in esame assumerebbe natura di reato di pericolo concreto⁶⁶. In questo senso deporrebbe la stessa descrizione normativa del fatto

⁶⁵ A. GARGANI, *Incolunità pubblica (delitti contro la)*, VIII, in *Enc. dir.*, Giuffrè, Milano, 2015, p. 582.

⁶⁶ S. ARDIZZONE, *Epidemia*, cit., p. 254 («se l’epidemia richiede la diffusività della malattia, senza tale pericolo non vi è malattia. Né il pericolo è presunto, ma è implicato nello stato concetto di epidemia, la quale, richiedendo la diffusività della malattia, esige che il pericolo ci sia. Il pericolo per la pubblica incolumità va previsto per la qualificazione attinente alle caratteristiche materiali del fatto e, quindi, è un pericolo concreto per la pubblica incolumità. La fattispecie lo prevede espressamente, anche se in modo implicito»); S. CANESTRARI, *Reato di pericolo*, in *Enc. giur. Treccani*, vol. XXVI, 1991, p. 8 (secondo il quale, in virtù della particolare pregnanza semantica del termine epidemia, non vi sono fatti tipici che non risultino concretamente pericolosi, o addirittura lesivi, per il bene oggetto di tutela); F. D’ALESSANDRO, *Il diritto penale dei limiti-soglia e la tutela dai pericoli nel settore alimentare: il caso della diossina*, cit., p. 179 (secondo il quale in difetto di una minaccia concreta per un numero indeterminato di persone non si può parlare di epidemia); A. GARGANI, *Reati contro l’incolumità pubblica*, cit., p. 210 ss. (il quale qualifica l’epidemia «come evento di pericolo comune»); G. MARINUCCI, E. DOLCINI, *Corso di diritto penale*, cit., p. 564

tipico della fattispecie, ossia in termini di così pregnante significato da permettere, in ossequio al principio costituzionale di offensività, «già sul piano letterale la selezione come fatti penalmente rilevanti dei soli comportamenti concretamente pericolosi»⁶⁷. Ne consegue che con riferimento all'accertamento di tale ipotesi di reato, il giudice deve effettuare una valutazione caso per caso, che tenga conto delle specifiche circostanze concrete, volta a verificare che si tratti effettivamente della diffusione di una malattia infettiva, a un certo numero di persone, ulteriormente trasmissibile a una pluralità indeterminata di soggetti⁶⁸.

4. Gli ambigui confini del fatto tipico

Si è già evidenziato come la condotta rilevante ai sensi dell'art. 438 cod. pen. si sostanzia nel cagionare un'epidemia mediante l'impiego di un particolare mezzo, o strumento⁶⁹, costituito dalla «diffusione di germi patogeni»⁷⁰. La fattispecie in parola, quindi, non trova applicazione con riferimento alle epidemie prodotte con modalità diverse da quella espressamente prevista (quale potrebbe essere, per esempio, la diffusione di sostanze tossiche o radioattive), le quali potranno

(«epidemia non è qualunque malattia infettiva, ma soltanto quella che, per la facile propagazione dei suoi germi, espone a pericolo in un unico contesto di tempo la salute di un gran numero di persone»); M. ROMANO, *Commentario sistematico del codice penale*, I, III ed. Giuffrè, Milano, 2004, p. 341 (per il quale per epidemia si intende «una naturale, intrinseca dimensione di pericolosità per (...) la salute delle persone»); A. BONFIGLIOLI, *I delitti di comune pericolo mediante frode: epidemia (art. 438)*, cit., p. 391; A. NAPPI, *I delitti contro l'incolumità pubblica*, cit., p. 651; S. RIONDATO, *Commento agli artt. da 422 a 452 c.p.*, cit., p. 1299.

⁶⁷ G. MARINUCCI, E. DOLCINI, *Corso di diritto penale*, cit., p. 563.

⁶⁸ «Ha, invece, il progetto aderito alla dottrina, secondo la quale ricorre l'elemento indispensabile previsto per la sussistenza di alcune ipotesi di delitti contro la pubblica incolumità, solo quando oggettivamente la pubblica incolumità abbia corso pericolo. Il verificare quando ciò possa dirsi avvenuto presuppone un giudizio di fatto, un apprezzamento di merito, spesso una valutazione di elementi tecnici, che debbono essere riservati al magistrato, essendo impossibile dettare norme che astrattamente siano sufficienti a dare l'indirizzo da seguirsi nella decisione delle varie fattispecie» (*Lavori preparatori del codice penale e del codice di procedura penale*, cit., p. 213).

⁶⁹ T. DELOGU, *Lo "strumento" nella teoria generale del reato*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 1974, p. 275; F. CARRARA, *Programma del corso di diritto criminale. Parte speciale*, cit., p. 391 («una aggressione contro la vita di determinato individuo eseguita col barbaro mezzo di gettargli in casa i cenci di un appestato»).

⁷⁰ L'espressione «germi patogeni» – che, come ha evidenziato lo stesso Guardasigilli – è ricavata dal «linguaggio scientifico» risulta ormai superata: «molti tra i moderni embriologi ritengono che in biologia sia caduto quasi in disuso il vocabolo "germe", che rappresenta il primo stadio del ciclo vitale di semplicissimi organismi» (A.M. SANDULLI, *In difesa della pubblica incolumità (due speciali ipotesi delittuose)*, in *La Giustizia penale*, 1941, p. 590).

eventualmente integrare gli estremi di diverse ipotesi di reato (strage; omicidio; lesioni personali; ecc.).

L'epidemia contemplata dalla disposizione codicistica è circoscritta alla diffusione di agenti patogeni idonei a produrre una malattia infettiva, ossia tutti i microorganismi patogeni, come batteri, virus, protozoi, ecc.⁷¹.

In considerazione di tale peculiare struttura della fattispecie, una parte della dottrina ha rilevato che l'espressa indicazione normativa dello strumento impiegato per cagionare l'epidemia – i «germi patogeni», appunto – identificherebbe non una specifica modalità di esplicazione della condotta, bensì un determinato tipo di evento. Nei termini appena descritti, l'epidemia rilevante sarebbe esclusivamente quella relativa alla diffusione di malattie infettive, caratterizzate dalla trasmissibilità orizzontale, ossia dalla capacità dei relativi agenti patogeni di passare da un soggetto a un altro⁷².

Ai fini dell'integrazione della fattispecie non assume alcuna rilevanza, invece, la modalità di diffusione degli agenti patogeni, la quale, in ossequio alle elaborazioni della scienza medica, può realizzarsi in forma sia diretta che indiretta⁷³.

La trasmissione si definisce diretta quando il microrganismo patogeno penetra nel soggetto recettore o attraverso il contatto con la sorgente (soggetto infetto, malato o portatore) oppure mediante via aerea. Tipici esempi di malattie a trasmissione diretta per contatto sono le infezioni veneree e la rabbia; in quest'ultima il virus è trasmesso mediante il morso o il graffio di un animale infetto. La trasmissione diretta per via aerea, invece, si verifica nei casi in cui gli agenti patogeni presenti nelle goccioline espulse dal soggetto infetto con lo starnuto o la tosse (c.d. *droplets*) raggiungono un soggetto recettivo nelle immediate vicinanze.

La trasmissione si definisce, invece, indiretta quando si realizza mediante veicoli o vettori. I veicoli sono costituiti da oggetti inanimati, quali: acqua, alimenti,

⁷¹ R. PICCININO, *I delitti contro la salute pubblica*, cit., p. 116.

⁷² S. CORBETTA, *I delitti contro l'incolumità pubblica*, cit., p. 68.

⁷³ In ordine alle modalità di trasmissione delle malattie infettive, S. BARBUTI, E. BELELLI, G.M. FARA, G. GIAMMANCO, *Igiene e medicina preventiva*, V ed., Monduzzi, Milano, 2004, p. 110 ss.

aria, sangue ed emoderivati od oggetti; i vettori, invece, sono organismi viventi che attuano il trasporto dei germi patogeni (tipico è il caso degli insetti).

In considerazione delle modalità di diffusione dei germi patogeni, la dottrina ha indicato una molteplicità di possibili condotte idonee a cagionare un'epidemia, tra le quali: l'immissione di agenti patogeni in elementi naturali, ambienti, luoghi, sostanze e oggetti, accessibili da una pluralità indeterminata di persone; la liberazione di animali infetti; l'inoculazione dei germi in alcuni individui, con successiva trasmissione orizzontale⁷⁴.

Una questione controversa in tema di fatto tipico attiene alla sussumibilità nell'ipotesi disciplinata dall'art. 438 cod. pen. del caso in cui i germi patogeni vengano trasmessi – in via diretta o indiretta – a una sola persona, che a sua volta, senza un'ulteriore attività dell'agente, diventi sorgente d'infezione, trasmettendo la malattia ad altre persone.

Sul punto occorre fare una distinzione a seconda che alla condotta dell'agente, ossia alla diffusione dei germi patogeni a un solo individuo, segua, oppure no, la trasmissione del contagio a un'ampia cerchia di persone in un ristretto arco temporale, con il pericolo di ulteriore diffusione della malattia.

In caso affermativo il fatto integra una vera e propria "epidemia". Sul punto, si osserva che per l'integrazione della fattispecie è richiesta la diffusione, da parte dell'agente, soltanto dei germi patogeni e non anche della malattia, per cui gli estremi del reato sono ravvisabili anche nel caso in cui «l'agente abbia cagionato l'epidemia diffondendo i germi, ancorché questi abbiano infettato una persona sola la quale a sua volta sia divenuta causa della diffusione del morbo (epidemia), senza un'ulteriore attività dell'agente stesso»⁷⁵.

Al contrario, in caso negativo, non sussistono i requisiti del delitto di epidemia, per la cui configurazione è necessario che la malattia infettiva colpisca una molteplicità di individui. Tuttavia, il contagio di una sola persona o di un numero ridotto di persone può assumere rilevanza, oltre che in termini di tentativo, con riferimento a titoli di reato diversi dall'epidemia (come lesioni personali o omicidio).

⁷⁴ V. MANZINI, *Trattato di diritto penale italiano*, cit., p. 394 ss.

⁷⁵ V. MANZINI, *Trattato di diritto penale italiano*, cit., p. 396.

In sostanza, ai fini della configurazione del delitto di epidemia non assume alcuna rilevanza preclusiva la circostanza che la stessa sia cagionata dal contagio di una singola persona, atteso che l'elemento caratterizzante della fattispecie è costituito dalla trasmissibilità orizzontale della malattia infettiva – l'unica scaturente dalla diffusione di germi patogeni –, vale a dire la sua capacità di passare, in via diretta o indiretta, da soggetto a soggetto.

La successiva diffusione della malattia non deve, quindi, essere necessariamente opera dell'agente, per cui integrerà gli estremi della fattispecie anche il caso in cui quest'ultimo si limiti a contagiare (dolosamente o colposamente) una sola persona, la quale diviene a sua volta sorgente dell'infezione, diffondendo gli agenti patogeni della malattia infettiva a una pluralità di persone, così determinandosi il pericolo per un numero indeterminato di potenziali vittime non ancora contagiate⁷⁶. Tale ricostruzione, del resto, risulta conforme alle stesse dinamiche evolutive di un'epidemia, la cui manifestazione, anche quando si tratti di un'epidemia c.d. esplosiva, richiede un determinato arco temporale, nel corso del quale gli agenti patogeni si diffondono da un soggetto all'altro.

Naturalmente, affinché possa affermarsi la sussistenza del delitto di epidemia non è sufficiente che si registri una molteplicità di contagi in un circoscritto intervallo temporale con il pericolo di ulteriore diffusione della malattia infettiva a soggetti non ancora colpiti, essendo in ogni caso necessario che il soggetto attivo abbia agito con dolo (essendosi rappresentato e avendo voluto che al primo contagio, dallo stesso direttamente determinato, sarebbe seguita l'ulteriore diffusione degli agenti patogeni a una moltitudine di persone) o per colpa (perché avrebbe potuto prevedere l'ulteriore diffusione degli agenti patogeni tra un'ampia porzione di popolazione)⁷⁷.

Al contrario, ove la diffusione della malattia infettiva rimanga circoscritta a una sola persona o a pochi individui, in difetto del pericolo di ulteriore diffusione

⁷⁶ La fattispecie in esame ricorre anche quando «l'agente abbia cagionato l'epidemia diffondendo i germi, ancorché questi abbiano infettato una persona sola la quale a sua volta sia divenuta causa della diffusione del morbo (epidemia), senza un'ulteriore attività dell'agente stesso» (V. MANZINI, *Trattato di diritto penale italiano*, cit., p. 396).

⁷⁷ S. CORBETTA, *I delitti contro l'incolumità pubblica*, cit., p. 70.

del contagio a un numero indeterminabile di persone, non ricorrono gli estremi dell'epidemia, per cui troveranno eventualmente applicazione diverse ipotesi di reato poste a tutela della vita e dell'incolumità individuale.

5. La tendenza all'ampliamento del novero dei soggetti attivi del reato: la sorte del contagiato diffusore di germi patogeni

Quanto alle caratteristiche dell'epidemia – quale malattia diffusiva, a carattere contagioso – rilevante ai fini dell'integrazione della fattispecie di cui all'art. 438 cod. pen., quindi, essa deve, innanzitutto, costituire conseguenza diretta della diffusione di germi patogeni. Inoltre, secondo le interpretazioni sostanzialmente convergenti offerte dalla dottrina, è necessario che l'epidemia si caratterizzi per: causa accidentale; rapido processo di diffusione; estensione temporale circoscritta. Tali elementi consentono di distinguere l'epidemia dall'endemia, espressione (dal greco *en demos*: malattia indigena) impiegata per indicare la malattia, diffusa nella popolazione, derivante da causa abituale, costante e periodica e caratterizzata dalla presenza di minime variazioni da ciclo a ciclo (tipica malattia endemica è l'influenza invernale)⁷⁸.

Sulla base di tali definizioni e in assenza di indicazioni da parte del legislatore, le malattie rilevanti ai sensi dell'art. 438 cod. pen. sono state descritte come «quelle patologie umane di carattere infettivo, suscettibili di autonoma e ulteriore diffusione, nonché, soprattutto, capaci di trasmissione nella forma del contagio “indeterminato”» (peste; lebbra; colera; vaiolo; febbre gialla; tracoma; tifo; scabbia; difterite, ecc.)⁷⁹.

Del resto, le interpretazioni restrittive offerte dalla dottrina hanno trovato riscontro nella tendenza giurisprudenziale alla riduzione dei confini applicativi della fattispecie criminosa mediante una precisa indicazione dei requisiti spazio-

⁷⁸ A. DEPPING, *Das Delikt der Epidemie verbreitung (Artt. 438, 452 c.p.)*, cit., p. 6 ss. secondo l'Autore, un'epidemia diventa endemia allorquando perda il proprio carattere “esplosivo” (ossia nel caso in cui il numero dei malati non aumenti in modo significativo); a sua volta, un'endemia può manifestarsi in modo epidemico (malattie come l'epatite, avente di solito carattere endemico, in presenza di particolari condizioni possono dare luogo ad un'epidemia: tali sono, per esempio, la malaria e la febbre malsese).

⁷⁹ A. GARGANI, *Reati contro l'incolumità pubblica*, cit., p. 206.

temporali dell'evento epidemico. In altri termini, nel concetto di malattia di cui all'ipotesi di responsabilità *ex art. 438 cod. pen.* non è ricompresa ogni condizione definita come tale dalla scienza medica, ma unicamente quella che, per modalità e tempi di trasmissione, presenti i caratteri della pericolosità comune.

Per quanto riguarda, in particolare, lo strumento di realizzazione del reato (germi patogeni), parte della dottrina ha evidenziato come, in ossequio alle ragioni sottese all'introduzione della norma (l'«enorme importanza che ormai ha acquistata la possibilità di *venire in possesso di germi*, capaci di cagionare una epidemia, e di diffonderli»⁸⁰), nel novero dei soggetti attivi del reato sarebbe da ricomprendere unicamente l'agente che abbia il possesso o comunque la disponibilità dei germi patogeni (teoria della c.d. alterità tra soggetto attivo e germe patogeno), che ne adoperi, in seguito, la diffusione⁸¹.

In virtù di tale indirizzo interpretativo, quindi, la fattispecie criminosa in esame non troverebbe applicazione con riferimento ai casi di contagio umano, in cui è lo stesso soggetto agente a costituire il «vettore» consapevole della malattia infettiva (ipotesi ammessa, invece, dall'opposta teoria della c.d. unitarietà tra soggetto attivo e germe patogeno)⁸².

Tale interpretazione ha trovato conferma in alcune pronunce giurisprudenziali, nelle quali si è affermato che, in considerazione della collocazione sistematica della fattispecie e degli elevati livelli sanzionatori per la stessa previsti, la disposizione di cui all'art. 438 cod. pen. deve essere interpretata in maniera restrittiva, nel senso che essa non punisce «chiunque cagioni un'epidemia, ma chi la cagioni mediante la diffusione di germi patogeni di cui abbia il possesso, anche “in vivo” (animali di

⁸⁰ *Lavori preparatori del codice penale e del codice di procedura penale*, cit., p. 229.

⁸¹ S. ARDIZZONE, *Epidemia*, cit., p. 251; S. BRUCCELLARIA, *Art. 438 c.p.*, in E. DOLCINI, G.L. GATTA (a cura di), *Codice penale commentato*, tomo II, Ipsosa, Milano, 2015, p. 1931; A. GARGANI, *Reati contro l'incolumità pubblica*, cit., p. 206 («lo spunto dottrinale secondo il quale il requisito “strumentale” o modale di cui all'art. 438 c.p. presupporrebbe che l'agente abbia il possesso o comunque la disponibilità dei germi patogeni, ha trovato riscontro, sul piano giurisprudenziale, nell'affermazione secondo cui l'art. 438 c.p. deve essere restrittivamente interpretato – alla luce del collegamento storico con i reati di pericolo comune e degli elevati livelli sanzionatori – nel senso della necessità che il soggetto diffusore abbia il possesso dei germi patogeni, [...] mentre deve escludersi che una persona affetta da malattia abbia il possesso dei germi che l'affliggono»).

⁸² Non sono mancate, infatti, opinioni di senso contrario, secondo cui nella descrizione della norma sarebbe ricompreso anche il contagio per contatto fisico tra agente e vittima. Sul punto, V. MANZINI, *Trattato di diritto penale italiano*, cit., p. 396 («Lo stesso, malato può rendersi diffusore di germi patogeni mescolandosi dolosamente o colposamente alla popolazione immune, come nel caso del lebbroso che dissimuli il suo stato o che evada da un luogo di isolamento»).

laboratorio), mentre deve escludersi che una persona, affetta da malattia contagiosa abbia il possesso dei germi che l'affliggono»⁸³.

Si tratta evidentemente di una ricostruzione complessa e particolarmente selettiva che rende la disposizione in esame di ancora più rara applicazione. Interpretato in questi termini, infatti, il delitto di epidemia può essere in astratto realizzato unicamente da quei soggetti che, in quanto professionalmente impegnati nello “sviluppo della scienza” (quali medici, ricercatori, ecc.), vengono in possesso di germi patogeni e, mediante una condotta di tipo esclusivamente commissivo, ne operino la diffusione. Non assumerebbero, quindi, rilevanza ai sensi dell’art. 438 cod. pen. le ipotesi di responsabilità da contagio relative alle condotte dell’agente comune, in quanto quest’ultimo non ha il possesso dei germi che l'affliggono e quindi non può operarne la diffusione. In questi casi, la responsabilità del soggetto infetto deve essere individuata nell’ambito di diverse fattispecie di reati, quali le lesioni personali, l’omicidio e la strage.

Invero, parte della dottrina ha evidenziato come la tesi della alterità tra soggetto agente e germe patogeno (ovvero della c.d. signoria del primo sul secondo) proponga una ricostruzione che non trova riscontro nel dato letterale della norma incriminatrice⁸⁴. Ne consegue una sostanziale riduzione dei possibili soggetti attivi della fattispecie – non semplicemente chiunque, ma chiunque possieda e successivamente diffonda, germi patogeni di cui non sia latore – che troverebbe fondamento nelle ragioni storiche sottese alla disposizione di cui all’art. 438 cod.

⁸³ L’elemento espressamente indicato costituito dal particolare mezzo diffusivo e quello implicitamente previsto della materiale disponibilità degli agenti patogeni rivelano l’intenzione legislativa di limitare l’ambito di applicazione della fattispecie, nel rispetto dei principi di frammentarietà e sussidiarietà (Trib. Bolzano, 13 marzo 1979, in *Giur. mer.*, 1979, p. 945). «[L]a dottrina maggioritaria nonché la giurisprudenza di merito e anche di legittimità (Sez. 4, n. 2597 del 26/01/2011, Ceriello, sia pure in un *obiter dictum*) hanno infatti sottolineato che il fatto tipico previsto nell’art. 438 cod. pen. è modellato secondo lo schema dell’illecito causalmente orientato in quanto il legislatore ha previsto anche il percorso causale, con la conseguenza che il medesimo evento realizzato a seguito di un diverso percorso, difetta di tipicità. Pertanto l’epidemia costituisce l’evento cagionato dall’azione incriminata la quale deve estrinsecarsi secondo una precisa modalità di realizzazione, ossia mediante la propagazione volontaria o colpevole di germi patogeni di cui l’agente sia in possesso. Tale interpretazione ermeneutica della norma risulta chiaramente esplicitata nella relazione del Guardasigilli ai lavori preparatori del codice penale in cui veniva sottolineata, a giustificazione della incriminazione e della gravità delle pene contemplate, “l’enorme importanza che ormai ha acquistato la possibilità di venire in possesso di germi, capaci di cagionare una epidemia, e di diffonderli”» (Cass., Sez. I, 12 dicembre 2017, n. 9133).

⁸⁴ E. PERROTTA, *Verso una nuova dimensione del delitto di epidemia (art. 438 c.p.) alla luce della globalizzazione delle malattie infettive*, cit., p. 189.

pen., individuate nello «sviluppo della scienza» e nella «possibilità delle culture batteriche e virali»⁸⁵.

In questa prospettiva, quindi, si è osservato che la diffusione pandemica del Covid-19 ha emblematicamente dimostrato che l'interpretazione restrittiva del soggetto attivo, proprio in ragione del fatto che trova fondamento nel contesto storico e sociale nel quale è stata definita la relativa fattispecie, risulta anacronistica rispetto alle attuali modalità epidemiologiche delle malattie infettive⁸⁶, generate dalla natura e alimentate dalla condotta diffusiva dell'uomo (la cui incidenza è notevolmente ampliata dal fenomeno della globalizzazione) in misura di gran lunga superiore alle ipotesi di responsabilità “da laboratorio”⁸⁷.

In altri termini, la tragica esperienza dell'attuale emergenza sanitaria ha evidenziato come nel contesto dell'odierna epidemiologia residuino limitati spazi di attuazione della *ratio* incriminatrice individuata dal legislatore del 1930, originariamente rivolta alle sole ipotesi di epidemia cagionata mediante la diffusione di germi patogeni individuati e isolati nell'ambito dell'attività di ricerca scientifica.

Il mutato contesto delle malattie infettive, quindi, imporrebbe di procedere a una rilettura della disposizione in esame, onde ricomporre la frattura tra “realtà normativa” e “realtà fattuale”⁸⁸, in tal modo riconoscendo alla disposizione uno spazio applicativo maggiormente conforme alle mutate caratteristiche del fenomeno epidemico. Non deve, cioè, riconoscersi, al delitto di epidemia una soggettività limitata, atteso che la fattispecie risulterebbe, già sul piano astratto e nel rispetto della formulazione testuale della norma, realizzabile non soltanto da quei soggetti che, venendo in possesso di germi patogeni, li impiegano non nell'ambito dell'attività scientifica di cui si occupano, bensì per fini criminosi. Al

⁸⁵ Trib. Bolzano, 13 marzo 1979, cit., p. 948.

⁸⁶ In ordine alle caratteristiche epidemiologiche della famiglia dei coronavirus G.J. GORSE, M.M. DONOVAN, G.B. PATEL, S. BALASUBRAMANIAN, R.H. LUSK, Coronavirus and Other Respiratory Illnesses Comparing Older with Young Adults, in *American Journal of Medicine*, 2015, p. 1251 ss.

⁸⁷ E. PERROTTA, *Verso una nuova dimensione del delitto di epidemia (art. 438 c.p.) alla luce della globalizzazione delle malattie infettive*, cit., p. 190.

⁸⁸ Si esprime nel senso di una evidente frattura tra la “realtà normativa” dell'art. 438 cod. pen. e la “realtà fattuale” delle nuove malattie infettive, ⁸⁸ E. PERROTTA, *Verso una nuova dimensione del delitto di epidemia (art. 438 c.p.) alla luce della globalizzazione delle malattie infettive*, cit., a dimostrazione della quale si evidenzia la limitata casistica giurisprudenziale in tema di epidemia e la sussunzione delle ipotesi di responsabilità da contagio nell'ambito di differenti ipotesi di reato.

contrario, le modalità di diffusione delle epidemie sono molteplici e, in misura sicuramente prevalente, sono generate dalla natura e aggravate nel loro decorso dalla condotta umana, ragion per cui si renderebbe necessaria una nuova valutazione in ordine alle responsabilità individuali da contagio.

Del resto, la tendenza a un ampliamento nel senso anzidetto del novero dei soggetti attivi del reato si è manifestata anche in seno alla più recente giurisprudenza di legittimità, nella quale sembra maturata la consapevolezza circa la necessità di una rilettura della fattispecie sotto il profilo del soggetto attivo, affinché la disposizione risulti maggiormente idonea a fronteggiare le peculiari modalità di diffusione delle più gravi malattie infettive. In tal senso, si è affermato che «la norma incriminatrice non seleziona le condotte diffusive rilevanti e richiede, con espressione quanto mai ampia, che il soggetto agente procuri un'epidemia mediante la diffusione di germi patogeni, senza individuare in che modo debba avvenire questa diffusione; occorre, però, al contempo – e ciò è evidente – che sia una diffusione capace di causare un'epidemia»⁸⁹.

Ne consegue che la diffusione rilevante ai fini dell'integrazione della fattispecie non può essere individuata esclusivamente nei casi di «possesso di germi patogeni in capo all'autore, segnato da separazione fisica tra l'oggetto, quel che viene diffuso, e il soggetto, ossia chi diffonde». In altri termini, l'espressione «mediante la diffusione di germi patogeni» impiegata dalla norma non deve essere intesa come una limitazione del campo applicativo della fattispecie alle sole condotte poste in essere dal soggetto che abbia il possesso o la disponibilità materiale dei germi patogeni quale entità da sé separata, bensì come irrilevanza di strumenti diversi dai germi patogeni (come sostanze tossiche, radioattive ecc.)⁹⁰.

In tal modo, dunque, sembra in via di superamento la teoria dell'alterità, prospettandosi l'applicabilità dell'art. 438 cod. pen. anche nei casi in cui l'epidemia sia cagionata attraverso la diffusione dei germi patogeni di cui il soggetto agente è

⁸⁹ Cass., Sez. I, 30 ottobre 2019, n. 48014. Tale affermazione, peraltro, riporta al centro del dibattito la questione concernente la configurabilità in forma omissiva (commissiva mediante omissione), del delitto di epidemia; sul punto, *infra*, par. 6.

⁹⁰ Sul tema, D. CARCANO, *Manuale di diritto penale. Parte speciale*, Giuffrè, Milano, 2010, p. 481.

latore⁹¹. Si tratta della teoria dell'unitarietà, in virtù della quale si è già in passato affermata la configurabilità della responsabilità da contagio nei confronti del soggetto che, consapevole della sua condizione di infetto, diffonde i germi patogeni ai soggetti sani con cui viene in contatto⁹².

Sul punto è stato, però, precisato che l'adesione alla teoria dell'unitarietà non può condurre a un'affermazione di carattere generale circa la riconducibilità, in ogni caso, dell'infetto nel novero dei soggetti attivi della fattispecie di cui all'art. 438 cod. pen., in quanto a tale riconduzione è possibile giungere soltanto in considerazione delle peculiari caratteristiche virologiche e patogeniche della malattia e della differenza di posizione tra infetti primari e infetti secondari, nei confronti dei quali il giudizio di rimproverabilità risulta notevolmente diverso in ragione del diverso contributo causale fornito alla diffusione della patologia⁹³.

6. Le modalità esplicative della condotta di diffusione dei germi patogeni: la dibattuta configurabilità della fattispecie in forma omissiva

Il delitto di epidemia rientra nella categoria dei reati comuni, in quanto autore della fattispecie disciplinata dall'art. 438 cod. pen. può essere «chiunque» cagioni un'epidemia «mediante la diffusione di agenti patogeni», senza che assumano alcuna rilevanza le qualifiche soggettive dell'agente⁹⁴.

Quest'ultima espressione, oltre che del dibattito in ordine al novero dei soggetti attivi, ossia alla natura unitaria o duale della relazione tra l'agente e gli agenti patogeni oggetto di diffusione, è alla base della differente interpretazione circa le modalità esplicative della condotta tipica contemplata dalla norma, vale a dire delle

⁹¹ «La norma non impone questa relazione di alterità e non esclude che una diffusione possa aversi pur quando l'agente sia esso stesso il vettore dei germi patogeni» (Cass., Sez. I, 30 ottobre 2019, n. 48014).

⁹² V. MANZINI, *Trattato di diritto penale italiano*, cit., p. 396.

⁹³ E. PERROTTA, *Verso una nuova dimensione del delitto di epidemia (art. 438 c.p.) alla luce della globalizzazione delle malattie infettive*, cit., p. 193.

⁹⁴ Nel senso che autore del reato possa essere anche il malato diffondendo i germi patogeni mediante il contatto con la popolazione immune, V. MANZINI, *Trattato di diritto penale italiano*, cit., p. 396. In senso contrario, Trib. Bolzano, 13 marzo 1979, cit., p. 945, in considerazione del fatto che il malato non ha il possesso, ossia la materiale disponibilità, dei germi che l'affliggono.

diverse soluzioni proposte in ordine alla questione della configurabilità dell'epidemia mediante condotte omissive.

Secondo l'orientamento maggioritario la configurabilità dell'epidemia nella forma commissiva mediante omissione sarebbe preclusa dalla stessa natura di reato a forma vincolata del delitto di cui all'art. 438 cod. pen., atteso che la clausola di equivalenza *ex art. 40, comma 2, cod. pen.* trova applicazione esclusivamente con riferimento ai reati di evento a forma libera⁹⁵. Si tratterebbe, dunque, di reato di evento a condotta vincolata⁹⁶, in quanto, pur risultando irrilevanti le relative concrete modalità di diffusione, non ogni produzione di epidemia è sussumibile nell'ipotesi delittuosa in parola, ma unicamente quella realizzata «mediante la diffusione di germi patogeni»⁹⁷, ossia di microrganismi animali o vegetali (quali virus, bacilli e protozoi), capaci di cagionare malattie infettive e caratterizzati da un'elevata diffusività⁹⁸. In altri termini, sebbene non assuma rilevanza la forma concreta mediante la quale avviene la diffusione, è pur sempre necessario che l'evento sia cagionato attraverso una specifica e particolare modalità, caratteristica da cui discende l'inapplicabilità della clausola di equivalenza di cui all'art. 40, comma 2, cod. pen., la quale trova applicazione con esclusivo riferimento alle

⁹⁵ Si tratterebbe di un fatto tipico «modellato secondo lo schema dell'illecito causalmente orientato: l'epidemia è l'evento cagionato dall'azione incriminata, la quale deve estrinsecarsi secondo una precisa modalità, e cioè 'mediante la diffusione di germi patogeni'» (G. FIANDACA, E. MUSCO, *Diritto penale. Parte speciale*, vol. I, V ed., Zanichelli, Bologna, 2019, p. 537). Nello stesso senso, A. GARGANI, *Reati contro l'incolumità pubblica*, cit., p. 213.

⁹⁶ S. ARDIZZONE, *Epidemia*, cit., p. 251; A. BONFIGLIOLI, *I delitti di comune pericolo mediante frode: epidemia (art. 438)*, cit., p. 388; C. ERRA, *Epidemia*, cit., p. 46; D. PETRINI, *Tutela penale dell'incolumità pubblica*, in D. PULITANÒ (a cura di), *Diritto penale. Parte speciale, I, Tutela della persona*, Giappichelli, Torino, 2011, p. 119.

⁹⁷ «Germi patogeni sono tutti gli esseri o elementi atti a cagionare o a trasmettere un morbo: comprendono ogni specie di microrganismi, tanto animali, quanto vegetali, siano o no biologicamente identificati» (C. ERRA, *Epidemia*, cit., p. 47). Il progetto preliminare del codice penale conteneva la locuzione «bacilli o germi o altri microrganismi patogeni». Tale formula è stata sostituita con la semplice indicazione di germi patogeni, «perché effettivamente nel linguaggio scientifico la parola «germi patogeni» è comprensiva di tutti gli esseri capaci di produrre malattie infettive»

⁹⁸ Ne consegue che modalità di produzione dell'epidemia diverse da quella richiesta dalla norma potranno eventualmente assumere rilevanza con riferimento a differenti titoli di reato. «Se una epidemia è cagionata o agevolata con mezzi diversi dalla diffusione di germi patogeni, potranno trovar luogo, nei congrui casi, le disposizioni degli artt. 253 e segg. della legge sanitaria, T.U. 1934, concernenti le misure contro le malattie infettive e sociali, quando non sia applicabile uno dei titoli delittuosi preveduti negli artt. 439 e segg. cod. pen.» (V. MANZINI, *Trattato di diritto penale italiano*, cit., p. 398).

fattispecie incriminatrici causalmente orientate o a forma libera⁹⁹, per la realizzazione delle quali non è richiesto che la condotta si espliciti secondo specifiche e determinate modalità.

Tale orientamento è stato condiviso anche dalla giurisprudenza di merito e di legittimità.

La prima, in occasione di una decisione sul tema della diffusione di emoderivati e malattie virali da HBV, HIV e HCV, ha affermato che «il delitto di epidemia ha natura di reato di evento a forma vincolata, in cui la condotta deve consistere in un particolare comportamento rappresentato dalla diffusione di germi patogeni; la materialità del delitto è altresì costituita da un evento di danno rappresentato dalla concreta manifestazione, in un certo numero di persone, di una malattia eziologicamente collegabile a quei germi patogeni e da un evento di pericolo rappresentato dalla possibilità di ulteriore propagazione della stessa malattia a causa della capacità di quei germi patogeni di trasmettersi ad altri individui anche senza un intervento dell'autore della originaria diffusione»¹⁰⁰.

L'orientamento maggioritario espresso dalla giurisprudenza di legittimità sostiene che «in tema di delitto di epidemia colposa, non è configurabile la responsabilità a titolo di omissione in quanto l'art. 438 cod. pen., con la locuzione “mediante la diffusione di germi patogeni”, richiede una condotta commissiva a forma vincolata, incompatibile con il disposto dell'art. 40, comma secondo, cod. pen., riferibile esclusivamente alle fattispecie a forma libera»¹⁰¹.

A tale affermazione si giunge in considerazione del fatto che l'interpretazione ermeneutica proposta si ricava dalla stessa relazione del Guardasigilli ai lavori preparatori del codice penale nella parte in cui si sottolinea «l'enorme importanza che ormai ha acquistato la possibilità di venire in possesso di germi, capaci di cagionare una epidemia, e di diffonderli...».

⁹⁹ Con riferimento alle espressioni “reato causalmente orientato” e “reato a forma libera”, si è osservato che «l'espressione “a forma libera” è, in verità, almeno impropria, in quanto la condotta causalmente orientata è tipizzata in funzione della sua idoneità causale, che la vincola a precise leggi causali, ed è perciò sovente più determinata di qualsiasi altro modello descrittivo di condotta. E la causazione di un preciso evento naturalistico ha una funzione tipizzante sovente superiore a quella di certe fattispecie di mera condotta» (F. Mantovani, Diritto penale. Parte generale, Cedam, Padova, 2015, p. 126).

¹⁰⁰ Trib. Trento, Giudice dell'udienza preliminare, 12 luglio 2002, Marcucci, in *Cass. pen.*, 2003, p. 3940 ss., con nota di N. STOLFI.

¹⁰¹ Cass., Sez. IV, 12 dicembre 2017 n. 9133, in *Cass. C.E.D.*, n. 272261.

Secondo l'opposto orientamento espresso da una parte (minoritaria) della dottrina, in considerazione del fatto che la condotta punita consiste nel "cagionare", con riferimento alla fattispecie in esame trova applicazione la clausola di equivalenza disciplinata dall'art. 40, comma 2, cod. pen., con la conseguenza che responsabile del delitto in parola può essere anche il soggetto giuridicamente obbligato a impedire il sorgere o il propagarsi di un'epidemia¹⁰².

L'applicabilità della disposizione di parte generale è affermata in considerazione del fatto che l'ipotesi delittuosa in esame non sarebbe in realtà a forma vincolata, ma a mezzo vincolato dalle specifiche caratteristiche dell'evento morboso cagionato¹⁰³, nel senso che l'epidemia rilevante ai sensi dell'art. 438 cod. pen. è solamente quella cagionata mediante la diffusione di germi patogeni. L'individuazione normativa di uno specifico ed esclusivo mezzo, quindi, non inciderebbe sulla condotta, selezionandone una determinata modalità (come avviene nei reati a condotta vincolata), ma si limiterebbe a circoscrivere l'evento rilevante alla produzione di malattie aventi le suddette caratteristiche¹⁰⁴.

In tale differente prospettiva, quindi, ai fini dell'integrazione della fattispecie in esame assumerebbe rilevanza anche alla condotta del titolare di una posizione di garanzia, il quale, violando l'obbligo giuridico sullo stesso gravante, ometta di impedire l'insorgere o il propagarsi di un'epidemia. Ai fini dell'accertamento dell'omissione, infatti, non è sufficiente la constatazione del mancato impedimento dell'evento lesivo da parte di chiunque fosse stato in grado di intervenire, ma occorre avere riguardo al preciso contenuto dell'obbligo di agire che grava sul soggetto¹⁰⁵, funzionale a impedire la diffusione dei germi patogeni dalla cui propagazione è scaturita l'epidemia.

¹⁰² S. CORBETTA, *I delitti contro l'incolumità pubblica*, cit., p. 16. Nello stesso senso, V. MANZINI, *Trattato di diritto penale italiano*, cit., p. 398, secondo il quale il delitto ex art. 438 cod. pen. «può concretarsi pure mediante omissioni, anche fuori del caso preveduto dall'art. 40 capov. (es: lasciar libera la causa che determina la diffusione dei germi patogeni)».

¹⁰³ S. RIONDATO, *Commento agli artt. da 422 a 452 c.p.*, cit., p. 972, G. BARBALINARDO, *Codice penale e norme complementari*, XIV ed., Giuffrè, Milano, 2008, p. 2032; S. CORBETTA, *I delitti contro l'incolumità pubblica*, cit., p. 16.

¹⁰⁴ S. CORBETTA, *I delitti contro l'incolumità pubblica*, cit., p. 16.

¹⁰⁵ Sul tema dell'obbligo giuridico di impedire l'evento e dell'individuazione e classificazione delle fonti dell'obbligo di agire, G. FIANDACA, *Il reato commissivo mediante omissione*, Giuffrè, Milano, 1979; G. FIANDACA, E. MUSCO, *Diritto penale. Parte speciale*, cit., p. 646 ss.; M. ROMANO, *Commentario sistematico del codice penale*, cit., p. 378 ss.; C. FIORE, S. FIORE, *Diritto penale. Parte generale*, V ed., Utet, Milano, 2016, p. 262 ss.; F. SGUBBI, *Responsabilità penale per omesso*

Anche nella forma omissiva, infatti, l'integrazione della fattispecie richiede l'impiego dello specifico mezzo o strumento previsto dalla norma, consistente nella diffusione di germi patogeni.

Si comprende agevolmente, dunque, come per la configurazione del delitto di epidemia in forma omissiva la qualifica di garante debba essere individuata in capo al soggetto destinatario dell'obbligo giuridico di impedire l'insorgere o il diffondersi della stessa. Tra le principali fonti di tale obbligo giuridico è annoverabile il Testo unico delle leggi sanitarie (r.d. 27 luglio 1934, n. 1265), al quale è affidata la disciplina sia con riferimento al profilo più prettamente sanitario, individuando l'autorità medica cui è attribuito il compito di raccogliere o fornire informazioni rilevanti, che relativamente all'aspetto amministrativo, attraverso l'indicazione dell'autorità cui compete l'adozione delle misure necessarie a evitare e/o contenere il pericolo dell'insorgere o del diffondersi di un'epidemia¹⁰⁶.

Così, per esempio, la responsabilità omissiva potrebbe configurarsi in capo all' esercente la professione sanitaria per aver omesso di denunciare – in violazione dell'obbligo allo stesso imposto dal disposto di cui all'art. 254 t.u.l.san. – casi di malattia infettiva, pericolosi per la salute pubblica, di cui sia venuto a conoscenza nell'esercizio della professione.

Anche la giurisprudenza di legittimità ha di recente accolto la ricostruzione ermeneutica minoritaria, rilevando che la disposizione di cui all'art. 438 cod. pen. si limita a richiedere quale strumento di attuazione della condotta la diffusione di agenti patogeni, «senza individuare in che modo debba avvenire questa diffusione»¹⁰⁷. In questi termini, quindi, la norma codicistica non conterrebbe la clausola modale che caratterizza i reati a forma vincolata, riconoscendo così rilevanza anche alle condotte omissive.

A fronte delle opposte interpretazioni anzidette, in dottrina si è evidenziata la necessità di procedere a una nuova valutazione della questione in considerazione

impedimento dell'evento, Cedam, Padova, 1975; G. GRASSO, *Il reato omissivo improprio. La struttura obiettiva della fattispecie*, Giuffrè, Milano, 1983. Per un'ampia rassegna giurisprudenziale sul tema, G. DE VERO, *Il rapporto di causalità tra condotta ed evento*, in F. PALAZZO e C.E. PALIERO (diretto da), *Trattato teorico/pratico di diritto penale*, Giappichelli, Torino, 2010, p. 369.

¹⁰⁶ S. RAFFAELE, *Il delitto di epidemia tramite contagio: un'analisi critica della giurisprudenza*, in *DisCrimen*, 2020, p. 6.

¹⁰⁷ Cass., Sez. I, 30 ottobre 2019, n. 48014.

dell'attuale emergenza sanitaria, la quale dimostrerebbe che l'opzione minoritaria risulta maggiormente conforme alla realtà fattuale¹⁰⁸.

A tale conclusione si perviene operando la valutazione anzidetta sulla base di quattro parametri: 1) l'elemento letterale; 2) la collocazione sistematica; 3) il grado di intangibilità del bene giuridico tutelato; 4) il mutato fenomeno epidemiologico rispetto a quello che ha condotto all'introduzione dell'art. 438 cod. pen.

In ordine al dato letterale, già la giurisprudenza di legittimità ha evidenziato come la formulazione testuale della norma non consenta di individuare modalità tipica di realizzazione della condotta, limitandosi a definire quest'ultima in termini di "diffusione di germi patogeni".

La collocazione sistematica, invece, assume rilievo in relazione alla questione in esame ove si consideri che, evidentemente in ragione della peculiare rilevanza del bene giuridico oggetto di tutela, molteplici ipotesi criminose ricomprese nella categoria di reati contro la pubblica incolumità sono strutturate come fattispecie a forma libera o causalmente orientate (inondazione, frana o valanga, avvelenamento, strage, ecc.)¹⁰⁹.

La natura di reato a forma libera del delitto di epidemia si desumerebbe, poi, anche dall'intangibilità e indisponibilità del bene giuridico oggetto di tutela. Sul punto, giova ricordare che la dottrina ha evidenziato come sull'alternativa tra l'una (forma libera) e l'altra (forma vincolata) tecnica di formulazione delle fattispecie di reato incidono la natura e la rilevanza del bene giuridico protetto: alla prima si ricorre per la descrizione dei delitti lesivi di beni personalissimi come la vita e l'incolumità personale, sia individuale che collettiva. In questi casi, a fronte della massima intangibilità del bene tutelato, l'eventuale indicazione tassativa delle condotte lesive, oltre che impossibile, risulterebbe inevitabilmente inidonea a garantire la protezione del bene rispetto a tutte le possibili forme di aggressione¹¹⁰.

Infine, la configurazione dell'epidemia in termini di reato a forma libera sembrerebbe maggiormente conforme al mutato contesto epidemiologico,

¹⁰⁸ E. PERROTTA, *Verso una nuova dimensione del delitto di epidemia (art. 438 c.p.) alla luce della globalizzazione delle malattie infettive*, cit., p. 216 ss.

¹⁰⁹ D. PULITANÒ (a cura di), *Diritto penale: parte speciale*, vol I., *Tutela penale della persona*, Giappichelli, Torino, 2014, p. 127.

¹¹⁰

emblematicamente espresso dall'emergenza sanitaria da Covid-19. L'opposta opzione ermeneutica, infatti, escluderebbe dall'ambito di applicazione della fattispecie criminosa una parte rilevante, se non la più rilevante, delle condotte di agevolazione della diffusione del contagio che maggiormente ricorrono nella mutata realtà epidemiologica.

7. L'evento epidemia tra dimensione naturalistica e concezione normativa

Come si è già avuto modo di accennare, il concetto normativo di epidemia (presupposto dall'art. 438 cod. pen.) risulta assai più circoscritto della corrispondente nozione naturalistica impiegata in ambito medico-sanitario.

Secondo la medicina, l'epidemia ricorre quando si registra una pluralità di casi di una determinata malattia «che si presentano nella stessa popolazione o nello stesso gruppo di individui entro un breve tempo, purché abbiano la stessa origine»¹¹¹. Dall'epidemia si distingue poi l'endemia, nella quale l'agente patogeno che provoca una determinata malattia è presente in maniera stabile nella popolazione e colpisce un numero più o meno elevato di individui in misura costante e periodica in relazione al mutare delle condizioni metereologiche, sociali o biologiche.

Nella nozione di epidemia rilevante per l'integrazione della fattispecie *ex art.* 438 cod. pen., invece, costituisce elemento caratterizzante lo strumento di realizzazione della condotta, costituito dalla diffusione di germi patogeni. In virtù delle stesse caratteristiche strutturali del reato, quindi, «l'evento tipico dell'epidemia si connota per diffusività incontrollabile all'interno di un numero rilevante di soggetti e quindi per una malattia contagiosa dal rapido e autonomo sviluppo entro un numero indeterminato di soggetti, per una durata cronologicamente limitata»¹¹².

In sostanza, mentre nella scienza medica è considerata epidemia «ogni malattia infettiva e contagiosa, suscettiva, per la propagazione dei suoi germi, di una rapida

¹¹¹ S. BARBUTI, E. BELELLI, G.M. FARA, G. GIAMMANCO, *Igiene e medicina preventiva*, cit., p. 115. F. PREGLIASCO (a cura di), *Epidemie*, numero monografico di *Le scienze-Quaderni*, 2000, p. 80 ss.

¹¹² Cass. civ., Sez. un., 11 gennaio 2008, n. 576.

ed imponente manifestazione nella popolazione», in ambito giuridico, «il fatto epidemico è punibile solo quando sia commesso mediante la diffusione di germi patogeni ad opera del colpevole»¹¹³.

La nozione giuridico-penale di epidemia è caratterizzata, quindi, dalla «diffusione, diffusibilità, incontrollabilità del diffondersi del male, in un dato territorio e su un numero indeterminato o indeterminabile di persone»¹¹⁴. Gli elementi da cui desumere la facilità di propagazione della malattia sono il «notevole numero di persone affette dal morbo» e la «contemporaneità dell'insorgenza della malattia»¹¹⁵.

Sulla base di tale definizione, gli elementi costitutivi del concetto normativo di epidemia possono essere così schematizzati: 1) la pluralità di casi di una determinata malattia infettiva in una porzione della popolazione; 2) il ristretto arco temporale entro il quale si manifesta la malattia; 3) la comune origine della malattia; 4) la possibilità di ulteriore diffusione della malattia a un numero indeterminato di persone non ancora contagiate.

Per quanto riguarda il primo requisito, occorre innanzitutto precisare che, in considerazione dello stesso bene giuridico tutelato dalla norma (salute pubblica), la malattia rilevante per l'integrazione della fattispecie di cui all'art. 438 cod. pen. è costituita unicamente da quella umana. Al contrario, la diffusione di malattie delle piante o degli animali può assumere rilevanza ai sensi dell'art. 500 cod. pen. ove risulti «pericolosa all'economia rurale o forestale, ovvero al patrimonio zootecnico della nazione». Naturalmente, l'operatività dell'art. 438 cod. pen. non è esclusa nel caso in cui le piante o gli animali colpiti dalla malattia diventino a loro volta vettori di trasmissione degli agenti patogeni anche all'uomo. Con riferimento specifico alla necessità che, per l'integrazione della fattispecie, si manifesti in una determinata fascia della popolazione una pluralità di casi di una data malattia, va precisato che presupposto della fattispecie è che un certo numero di persone sia già stato colpito

¹¹³ Trib. Verona, 29 luglio 1957, De Beni, in *Arch. pen.*, 1958, p. 432 ss., vicenda conclusasi con esito assolutorio in considerazione dell'insussistenza del nesso causale tra condotta dell'imputato e la contestata tossinfezione.

¹¹⁴ Trib. Bolzano, 20 giugno 1978, Oberhollenzoller, in *Giur. mer.*, 1978, p. 955.

¹¹⁵ Trib. Bolzano, 2 marzo 1979, Soriani, in *Giur. mer.*, 1979, p. 950 ss.

dall'infezione¹¹⁶. Sul punto, va però rilevato che dalla tradizionale individuazione del requisito in parola in termini di “gran numero” di soggetti infetti o contagiati conseguono evidenti problemi in fase di sussunzione, dovuti all'estrema genericità dell'espressione. Tuttavia, la configurabilità dell'ipotesi delittuosa in parola deve essere sicuramente esclusa laddove «l'insorgere e lo sviluppo della malattia si siano esauriti nell'ambito di un luogo ristretto e le persone interessate siano state di numero assolutamente limitato» (come nei casi di malattia la cui diffusione si sia limitata nell'ambito di una comunità familiare)¹¹⁷. In questo caso, ossia ove il contagio si sia limitato a un numero circoscritto di casi, il fatto potrà eventualmente rilevare alla stregua del tentativo se la malattia presenta comunque un'attitudine offensiva, consistente nella possibilità di ulteriore diffusione¹¹⁸.

Con riferimento alla seconda caratteristica della nozione giuridico-penale dell'epidemia, ossia il ridotto lasso di tempo entro il quale la malattia si manifesta in un dato territorio, va detto che, nel suo tipico percorso evolutivo, il morbo insorge a causa della diffusione del relativo agente patogeno tra soggetti precedentemente immuni. La rapida diffusione si esplica in un ristretto arco temporale in conseguenza o del venir meno degli elementi che ne hanno determinato l'insorgenza o dello sviluppo di una specifica immunità da parte della popolazione esposta. Inoltre, come già precisato, la durata temporalmente contenuta della manifestazione del fenomeno consente di distinguere il fatto epidemico da quello endemico¹¹⁹.

In ordine al requisito della comune origine, invece, giova rilevare che le malattie infettive – le sole idonee a integrare la fattispecie in esame – sono generalmente monocasuali, atteso che, salvo rare eccezioni, una determinata malattia infettiva può essere causata soltanto da uno specifico agente patogeno, e non da altri.

¹¹⁶ «È indispensabile che già vi sia stato un numero sufficiente di infettati per dimostrare la malattia in atti» (A.M. SANDULLI, *In difesa della pubblica incolumità (due speciali ipotesi delittuose)*, cit., p. 592).

¹¹⁷ S. ARDIZZONE, *Epidemia*, cit., p. 252. In questo senso anche, Trib. Bolzano, 13 marzo 1979, Rier, in *Giur. mer.*, 1979, p. 945; Trib. Bolzano, 20 giugno 1978, in *Giur. mer.*, 1979, p. 945.

¹¹⁸ S. CORBETTA, *I delitti contro l'incolumità pubblica*, cit., p. 83.

¹¹⁹ Trib. Bolzano 13 marzo 1979, Rier, in *Giur. mer.*, 1979, p. 945.

Infine, affinché possa trovare applicazione l'ipotesi disciplinata dall'art. 438 cod. pen. la malattia infettiva già diffusa in una porzione della popolazione deve presentare una particolare potenzialità offensiva, consistente nella sua capacità di ulteriore diffusione a un numero indeterminato di persone. In tale requisito, del resto, si identifica la componente di pericolo della fattispecie, che ne giustifica la collocazione codicistica nella categoria dei reati di pericolo comune.

Invero, pur essendo così analiticamente individuate le componenti strutturali del delitto di epidemia, le concrete modalità di realizzazione del fatto presentano nella pratica molteplici criticità con riferimento al profilo della sussunzione nell'ambito della fattispecie criminosa in esame. In tale prospettiva, si spiega l'esiguo numero di pronunce giurisprudenziali in materia, per lo più di merito e relative a casi di salmonella, tutte di carattere assolutorio¹²⁰.

8. Il nesso di causalità

La condotta punita ai sensi dell'art. 438 cod. pen. consiste nel cagionare un'epidemia mediante la diffusione di germi patogeni. Il termine «cagiona», impiegato nella descrizione della fattispecie, richiede la sussistenza di un rapporto di causalità tra l'azione e il verificarsi dell'epidemia, nel senso che la manifestazione della malattia infettiva deve risultare eziologicamente connessa alla diffusione degli agenti patogeni¹²¹.

In applicazione della teoria condizionalistica, l'azione è considerata causa dell'epidemia, vale a dire che l'ha cagionata, quando costituisce condizione necessaria della sua manifestazione, in assenza della quale, quindi, l'epidemia *hic et nunc* realizzatasi non si sarebbe manifestata.

¹²⁰ Trib. Savona, Giudice dell'udienza preliminare, 6 febbraio 2008, M.V., in *Riv. pen.*, 2008, p. 67 (che ha escluso la sussistenza del reato in ragione della circostanza che l'insorgenza e lo sviluppo della malattia fossero limitati a un ristretto numero di persone, le quali avevano consumato un pasto infettato dal germe della salmonella); Trib. Roma, 22 marzo 1982, Malzoni (che ha dichiarato l'insussistente del reato relativamente alla diffusione della salmonellosi nel nido di una clinica privata, da cui è derivata la morte di sedici neonati); Trib. Bolzano, 13 marzo 1979, Rier, in *Giur. mer.*, 1979, p. 950; Trib. Bolzano, 20 giugno 1978, Oberhollenzer, in *Giur. mer.*, 1979, p. 950; Trib. Verona, 19 luglio 1957, De Beni, in *Arch. pen.*, 1958, p. 432, tutte relative a contestazioni di epidemia colposa.

¹²¹ R. PICCININO, *I delitti contro la salute pubblica*, cit., p. 118; A. GARGANI, *Reati contro l'incolumità pubblica*, cit., p. 206.

Il procedimento mediante il quale accertare la sussistenza del rapporto di causalità tra l'azione e il verificarsi dell'epidemia deve essere condotto in ossequio alla formula della *condicio sine qua non*, mediante l'impiego di una o più leggi scientifiche dimostrative di una regolare relazione eziologica tra l'evento e un determinato antecedente causale. Il nesso eziologico può dirsi sussistente se, ricorrendo all'applicazione di una legge scientifica pertinente, eliminata mentalmente l'azione viene meno anche la manifestazione dell'epidemia concretamente realizzatasi.

Per quanto riguarda in particolare le peculiarità dell'accertamento del rapporto di causalità nel delitto di epidemia, giova preliminarmente rilevare che all'origine della manifestazione di una malattia infettiva vi è la diffusione di agenti microbici, ossia di microrganismi. Si tratta però di fenomeni monocausali, nel senso che ogni malattia infettiva è solitamente determinata da un singolo e specifico virus, batterio, ecc.

Ne consegue che con riferimento a una determinata malattia infettiva diffusasi tra un vasto numero di persone, il giudice sarà tenuto a individuare preliminarmente il relativo agente patogeno, per poi procedere all'accertamento – tenuto conto delle specifiche caratteristiche del singolo caso concreto – dell'eventuale relazione causale tra la propagazione dell'agente patogeno e la condotta posta in essere dal soggetto agente, da condursi, in applicazione di una o più pertinenti leggi scientifiche, secondo il procedimento dell'eliminazione mentale.

Con riferimento al tema in esame, l'elaborazione dottrinale ha evidenziato l'importanza della c.d. mappa temporale, ossia dell'analisi della scansione temporale della diffusione di un'epidemia in un'ampia cerchia della popolazione, nell'accertamento in ordine all'origine e alla diffusione della malattia: è probabile che la trasmissione sia di tipo interumano per contatto se si tratta di malattia diffusasi in maniera lenta e progressiva; al contrario, la diffusione dalla malattia in un ristretto arco temporale depone nel senso di una simultanea esposizione alla fonte del contagio¹²².

¹²² S. BARBUTI, E. BELELLI, G.M. FARA, G. GIAMMANCO, *Igiene e medicina preventiva*, cit., p. 116; S. CORBETTA, *I delitti contro l'incolumità pubblica*, cit., p. 73.

L'eventuale relazione causale tra la condotta omissiva (*rectius*, la violazione dell'obbligo di agire) e l'insorgere dell'epidemia, invece, deve essere accertata mediante il c.d. giudizio controfattuale di tipo ipotetico-predittivo relativo a ciò che sarebbe accaduto qualora l'agente avesse posto in essere l'azione doverosa. In altri termini, il giudice è chiamato a svolgere un'operazione di tipo mentale, nell'ambito della quale occorre verificare se, aggiungendo l'azione doverosa omessa, quindi considerandola come compiuta, sarebbe stata impedita la diffusione dei germi patogeni che hanno causato l'epidemia.

Tale accertamento si svolge attraverso una duplice indagine.

Innanzitutto, è necessario procedere alla ricostruzione del decorso causale dell'epidemia, nell'ambito della quale il giudice è chiamato a individuare le modalità mediante le quali un determinato agente patogeno ha determinato la diffusione di una malattia infettiva tra un certo numero di persone.

Successivamente, si rende necessaria l'individuazione di una legge scientifica che consenta di verificare se il compimento dell'azione doverosa omessa avrebbe impedito la diffusione dei germi patogeni e, conseguentemente, l'insorgere della malattia.

In questa fase, spetta al giudice indicare le modalità in cui avrebbe inciso nella dinamica dei fatti, al punto da impedire l'evento, il compimento dell'azione doverosa che il garante avrebbe dovuto porre in essere.

All'esito di tale procedimento, la sussistenza del rapporto di causalità tra l'omissione e l'epidemia può essere affermata nel caso in cui ipotizzando il compimento dell'azione doverosa omessa viene meno l'insorgere dell'epidemia, per cui l'attivazione del soggetto giuridicamente obbligato avrebbe impedito la diffusione dei germi patogeni che hanno causato l'epidemia.

9. L'elemento soggettivo: il dolo

Il delitto di epidemia di cui all'art. 438 cod. pen. è punito a titolo di dolo generico, per l'integrazione del quale è richiesta la rappresentazione e la volontà da parte dell'agente della diffusione di germi patogeni e della causazione, mediante

quest'ultima, di una epidemia¹²³. Per l'integrazione del coefficiente doloso dell'ipotesi delittuosa è, inoltre, necessaria la consapevolezza circa il carattere patogeno dei germi oggetto di diffusione, ossia della loro idoneità a determinare l'insorgenza di una malattia infettiva o diffondibile. Nel consegue che nel caso in cui il soggetto agente, per errore o ignoranza, non sia consapevole né si renda conto della natura patogena dei germi diffusi, difettano gli elementi costitutivi del dolo, con la conseguente configurabilità del delitto di epidemia colposa, sempre che l'errore o l'ignoranza siano stati determinati da colpa.

Diversamente da quanto sostenuto da un minoritario orientamento dottrinale¹²⁴, quindi, il delitto di epidemia non è punito a titolo di dolo specifico, per cui per la punizione dello stesso non è richiesta l'ulteriore caratterizzazione psicologica consistente nell'intenzione, ossia nel fine di provocare l'epidemia. In tal senso depone la stessa formulazione della disposizione normativa, dalla quale non si ricava alcun elemento idoneo a sostenere la necessaria sussistenza del dolo specifico.

Al contrario, il delitto di epidemia risulta strutturalmente compatibile con il dolo eventuale¹²⁵. Molteplici sono gli esempi prospettati dalla dottrina di ipotetici casi di epidemia sorretti dal dolo eventuale¹²⁶, come quello del soggetto che conduca attività sperimentale su agenti patogeni, accettando il rischio di una loro diffusione¹²⁷.

Per quanto riguarda la configurazione del reato in forma omissiva, sostenuta da una parte della dottrina, il dolo generico richiesto dalla fattispecie si sostanzia nella rappresentazione da parte dell'agente della situazione di fatto da cui discende

¹²³ S. ARDIZZONE, *Epidemia*, cit., p. 253; F. ANTOLISEI, *Manuale di diritto penale. Parte speciale*, cit., p. 31; A. BONFIGLIOLI, *I delitti di comune pericolo mediante frode: epidemia (art. 438)*, cit., p. 392; G. GUADAGNO, *Epidemia*, cit., p. 484; A. LAI, *Incolunità pubblica (delitti contro la)*, cit., p. 14; A. SANTORO, *Manuale di diritto penale, Parte speciale*, cit., p. 97.

¹²⁴ V. MANZINI, *Trattato di diritto penale italiano*, cit., p. 400.

¹²⁵ G. FIANDACA, E. MUSCO, *Diritto penale. Parte speciale*, cit., p. 538; S. ARDIZZONE, *Epidemia*, cit., p. 252; A. NAPPI, *I delitti contro l'incolumità pubblica*, cit., p. 651.

¹²⁶ «si pensi al direttore di un centro di fecondazione medicalmente assistita, sull'orlo del fallimento, il quale, pur sapendo che numerosi spermatozoi sono stati infettati con il virus dell'epatite, per evitare di perdere clienti - ciò che vero similmente accadrebbe se la notizia venisse resa di pubblico dominio - prosegua negli interventi di inseminazione artificiale, accettando il verificarsi della diffusione di quel virus in un'ampia cerchia di persone» (S. CORBETTA, *I delitti contro l'incolumità pubblica*, cit., p. 99).

¹²⁷ A. NAPPI, *I delitti contro l'incolumità pubblica*, cit., p. 651. A. GARGANI, *Reati contro l'incolumità pubblica*, cit., p. 239.

il suo obbligo di agire e nella consapevolezza (o nell'accettazione, quanto al dolo eventuale) che la sua attivazione, ovvero il compimento dell'azione doverosa, potrebbe impedire il verificarsi dell'epidemia. In questi termini, quindi, il dolo della fattispecie è ravvisabile in capo all'agente nel caso in cui questi decida di non compiere l'azione anzidetta nella consapevolezza che la stessa sarebbe idonea a interrompere la diffusione degli agenti patogeni produttivi dell'epidemia ovvero consentirebbe l'attivazione di altri soggetti, del cui dovere di agire l'azione doverosa omessa costituisce il presupposto.

9.1. L'epidemia colposa

La punibilità a titolo di colpa del delitto di epidemia è sancita dall'art. 452, comma 1, cod. pen.¹²⁸, che nella prassi applicativa risulta di più ampio impiego rispetto alla corrispondente ipotesi dolosa. Il delitto di epidemia colposa, per il quale è disposto un più mite trattamento sanzionatorio in ragione del diverso elemento psicologico che sorregge la condotta del soggetto agente, è strutturato mediante il richiamo alla corrispondente ipotesi dolosa disciplinata dall'art. 438 cod. pen.¹²⁹.

L'imputazione dell'epidemia colposa presuppone naturalmente la violazione di una regola cautelare, l'osservanza della quale avrebbe impedito il verificarsi della riconoscibile e prevedibile diffusione di germi patogeni che è all'origine dell'epidemia. Il giudizio di riconoscibilità costituisce un procedimento valutativo di carattere prognostico avente per oggetto le fonti del pericolo di un'epidemia e deve, quindi, essere effettuato nella prospettiva *ex ante* in considerazione della regola di cautela violata, la cui osservanza avrebbe appunto consentito di evitare il verificarsi di un'epidemia di una determinata malattia infettiva¹³⁰.

Le fonti delle regole cautelari finalizzate a impedire l'insorgere di una epidemia sono per lo più di carattere normativo.

¹²⁸ Naturalmente, l'espressa precisazione della punibilità a titolo di colpa del delitto di epidemia è necessaria in virtù di quanto stabilito all'art. 42, comma 2, cod. pen.

¹²⁹ Definito in relazione a quello previsto per la fattispecie dolosa.

¹³⁰ S. CORBETTA, *I delitti contro l'incolumità pubblica*, cit., p. 99.

Specifici modelli di condotta sono definiti, per esempio, con riferimento ad attività particolarmente delicate – quali la produzione di emoderivati¹³¹ o la pratica trasfusionale – o a quelle c.d. a rischio. Le relative regole cautelari sono poste mediante atti normativi di carattere sia primario che secondario e in conseguenza della loro inosservanza si configura, quindi, la colpa specifica.

A seconda della tipologia della regola cautelare violata, la condotta colposa può assumere differenti connotazioni. Essa può, così, sostanziarsi nella mancata assunzione di informazioni che, ove acquisite, avrebbero consentito di prevedere l'imminente diffusione di un'epidemia. Si tratta dell'inosservanza dei numerosi obblighi di informazione posti dalla legge in capo a determinati soggetti (garanti) al fine di consentire che le competenti autorità mediche e/o amministrative vengano a conoscenza del verificarsi di contagi di una malattia infettiva, che ove non adeguatamente contenuti potrebbero svilupparsi in un focolaio epidemico.

In altri casi, la condotta colposa può espletarsi nell'inosservanza di determinate cautele o specifici divieti volti a scongiurare il rischio che l'esercizio di talune attività pericolose possa causare la diffusione, incontrollata e incontrollabile, di agenti patogeni di una data malattia infettiva¹³².

¹³¹ Al fine di prevenire infezioni da HIV, con il decreto del Ministro della salute del 30 dicembre 1992 sono state definite apposite regole di condotta volte a disciplinare l'attività svolta, a vario titolo, dal personale delle aziende produttrici di emoderivati: ai sensi dell'art. 4, «le aziende farmaceutiche autorizzate alla produzione di emoderivati, le aziende farmaceutiche importatrici di plasma o di emoderivati devono attenersi alle disposizioni come segue: a) tutti gli emoderivati devono essere preparati esclusivamente a partire da unità di sangue o plasma che siano risultate negative anche alla ricerca degli anti corpi anti H.I.V.2. La ricerca va eseguita su ogni singolo prelievo, utilizzando per i prelievi effettuati in Italia sistemi autorizzati quali presidi medico-chirurgici ai sensi del decreto ministeriale 3 marzo 1987, n. 133, pubblicato nella Gazzetta Ufficiale n. 80 del 6 aprile 1987. Per i prelievi effettuati all'estero, la ricerca degli anticorpi anti H.I.V.2 sui singoli campioni deve essere stata eseguita con sistemi previamente approvati dalle competenti autorità sanitarie del Paese di provenienza; b) i direttori tecnici delle aziende produttrici devono attestare che ciascun lotto dei propri emoderivati è preparato da pool di plasma proveniente da prelievi controllati singolarmente con metodiche idonee approvate ai sensi del punto 1) del presente articolo e debbono essere in grado di esibire, su richiesta del Ministero della sanità, i certificati relativi a ogni singolo prelievo che ha contribuito alla formazione del pool da cui è stato preparato il lotto; c) le autorizzazioni all'importazione di plasma, di emoderivati semilavorati, di emoderivati in bulk sono subordinate alla dichiarazione da parte del direttore tecnico della ditta importatrice della disponibilità delle certificazioni relative alla negatività della ricerca di anticorpi anti H.I.V.2 eseguita sulle singole unità nei Paesi di origine»

¹³² In tal senso, il d.lgs. 20 dicembre 2007, n. 261 (Revisione del decreto legislativo 19 agosto 2005, n. 191, recante attuazione della direttiva 2002/98/CE che stabilisce norme di qualità e di sicurezza per la raccolta, il controllo, la lavorazione, la conservazione e la distribuzione del sangue umano e dei suoi componenti) contiene la disciplina relativa alla tracciabilità delle singole unità di sangue e definisce il comportamento da assumere nel caso in cui si verificano un incidente o una reazione indesiderata grave.

Vi posso essere, poi, casi in cui la condotta colposa si sostanzia nella mancata adozione di misure di contenimento, volte a impedire che la malattia, già manifestatasi in un determinato numero di individui, si diffonda ulteriormente tra la popolazione.

Infine, la colpa può consistere nell'omesso svolgimento dell'attività di controllo da parte dei soggetti a essa preposti.

Per quanto riguarda, invece, la colpa generica, il parametro sulla base del quale deve essere condotto il giudizio di riconoscibilità della norma cautelare violata è costituito dal criterio dell'*homo eiusdem condicionis et professionis*. In altre parole, il termine di confronto nella valutazione della colpa è costituito dall'agente modello nell'ambito di una determinata attività professionale, ossia il modello di uomo ragionevole, coscienzioso e avveduto¹³³.

Naturalmente, affinché l'epidemia possa essere imputata a titolo di colpa è necessario accertare che la stessa fosse concretamente evitabile, ossia che l'osservanza della regola cautelare violata fosse effettivamente idonea a impedire la diffusione dei germi patogeni all'origine dell'epidemia.

Con riferimento all'ipotesi colposa di epidemia, la giurisprudenza di merito ha precisato che essa può trovare applicazione nei casi in cui l'agente cagioni l'epidemia mediante la diffusione di germi di cui ignori colpevolmente la natura patogena oppure nelle ipotesi in cui la diffusione dei germi anzidetti, di cui il soggetto conosce la natura, è dovuta a una condotta negligente, imprudente o imperita o all'inosservanza di disposizioni, senza che sia ravvisabile quindi la volontà di cagionare un'epidemia¹³⁴.

10. Il rischio di un diritto penale “liquido”: l'estremizzazione interpretativa del fatto tipico quale fattore endogeno della crisi della legalità penale

Sebbene l'ampliamento interpretativo della fattispecie criminosa prevista dall'art. 438 cod. pen., operato dalla più recente giurisprudenza di legittimità, risulti

¹³³ «Si pensi, ad esempio, al Prefetto che, sottovalutando l'avvenuta diffusione di una data malattia infettiva, non adotti i necessari provvedimenti per evitare la diffusione del morbo» (S. CORBETTA, *I delitti contro l'incolumità pubblica*, cit., p. 101).

¹³⁴ Trib. Bolzano, 2 marzo 1979, in *Giur. mer.*, 1979, p. 945.

indubbiamente più conforme alle esigenze di tutela poste dal “nuovo” fenomeno epidemiologico, profondamente mutate rispetto a quelle esistenti all’epoca dell’introduzione del reato, essa presenta un evidente aspetto di criticità.

Con riferimento a tale operazione, infatti, occorre necessariamente chiedersi se, pur nella peculiarità delle condizioni di urgenza determinate dall’emergenza sanitaria, quella di un “adattamento” interpretativo dell’anzidetta fattispecie astratta, in luogo della definizione legislativa di una nuova e diversa ipotesi criminosa, risulti effettivamente la soluzione più idonea a colmare i c.d. vuoti di responsabilità (*responsibility gaps*)¹³⁵ evidenziati in tale settore dalla diffusione pandemica del Covid-19 e non si risolva piuttosto in una lesione del principio di legalità, in quanto produttiva di una vera e propria ridefinizione del fatto tipico di cui al delitto di epidemia¹³⁶.

La questione involge evidentemente il tema del rapporto tra principio di legalità, da un lato, e attività interpretativa giudiziale, dall’altro, e, più nel dettaglio, della ravvisabilità in quest’ultima di un fattore endogeno della crisi della legalità penale, intesa come certezza di una previsione normativa di carattere generale e astratto avente funzione precettiva, di parametro cui i soggetti destinatari dei precetti sono tenuti a conformare i propri comportamenti, nonché di garanzia di certezza in ordine alle conseguenze giuridiche derivanti dalla violazione delle regole¹³⁷.

Si tratta, più in generale, dell’annoso tema della crisi della legalità, ossia del progressivo cedimento, in alcuni suoi elementi strutturali, o «destrutturazione»¹³⁸ del paradigma della legalità penale come perimetro di tutela dei diritti fondamentali,

¹³⁵ Sulla tematica dei vuoti di responsabilità e del “distacco tra le disposizioni codicistiche – come interpretate fino ad oggi – e l’odierna epidemiologia, E. PERROTTA, *Verso una nuova dimensione del delitto di epidemia (art. 438 c.p.) alla luce della globalizzazione delle malattie infettive*, cit.

¹³⁶ «Il dubbio che si è posto è se la legalità nazionale si sia definitivamente disgregata e dalla “legolatria” illuminista si sia passati alla post-legalità, in cui il diritto penale è governato indifferentemente tanto dal diritto legale, quanto dal diritto giurisprudenziale ed il *nullum crimen sine lege* è stato soppiantato dal *nullum crimen sine iure*» (G. AMARELLI, *Legalità costituzionale, legalità convenzionale e diritto giurisprudenziale*, in G. ACOCELLA (a cura di), *Materiali per una cultura della legalità*, Giappichelli, Torino, 2020, p. 48 ss.).

¹³⁷ D. PULITANÒ, *Crisi della legalità e confronto con la giurisprudenza*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 2015, p. 36.

¹³⁸ C. BERNASCONI, *Crisi della legalità nel diritto penale o κρίσις nelle diverse legalità?*, in *DisCrimen*, 2021, p. 1.

tra i cui molteplici fattori¹³⁹ va senz'altro annoverato la c.d. c.d. «supplenza giurisdizionale»¹⁴⁰, vale a dire il ruolo creativo della giurisdizione, con la conseguente crisi di certezza nell'interpretazione del sistema penale.

Sul punto, l'elaborazione dottrinale ha prodotto due opposti orientamenti.

Secondo una prima impostazione, attività interpretativa e funzione legislativa costituiscono due entità intrinsecamente diverse: la prima, che si esplica nel giudizio sul caso particolare, presuppone l'esistenza di una disposizione normativa di carattere generale, la cui definizione non può essere rimessa allo stesso soggetto chiamato a farne applicazione con riferimento allo specifico caso concreto¹⁴¹.

In tal senso, in relazione al c.d. diritto vivente, quale risulta dall'attività di interpretazione e applicazione delle norme, si ritiene maggiormente conforme a un sistema retto dal principio di legalità dei reati e delle pene l'impiego dell'espressione formante, e non già fonte, giurisprudenziale¹⁴².

Secondo l'opposto orientamento, invece, una concezione estremamente rigida del principio di legalità comprimerebbe «la creatività connaturata all'interpretazione giudiziale», riducendo il diritto penale a una condizione di «isolamento culturale»¹⁴³. Il rimedio a tale condizione viene individuato nella sostituzione della legalità tradizionale con una legalità di tipo giurisprudenziale, al cui fondamento si pone la prevedibilità delle decisioni giudiziarie.

Tale sostituzione consentirebbe di mutare la tradizionale natura statica della legalità, attribuendole una veste dinamica. In dettaglio, il riconoscimento di un

¹³⁹ In ordine alla crisi della legalità e ai relativi fattori, M. D'AMICO, *Corte costituzionale e discrezionalità del legislatore in materia penale*, in *Rivista AIC*, 2016; G. FIANDACA, *Crisi della riserva di legge e disagio della democrazia rappresentativa nell'età del protagonismo giurisdizionale*, in *Criminalia*, 2011, p. 79 ss.; N. ZANON, *Su alcuni problemi attuali della riserva di legge in materia penale*, in *Criminalia*, 2011, p. 315 ss.; C.F. GROSSO, *Il fascino discreto della conservazione (considerazioni in margine all'asserita crisi del principio di riserva di legge in materia penale)*, in *Criminalia*, 2011, p. 125 ss.

¹⁴⁰ G. CARUSO, *Appunti sul mutamento giurisprudenziale sfavorevole. Tra esigenze di garanzia, prevedibilità e certezza nel diritto penale*, in *Sistema penale*, 2021, p. 2.

¹⁴¹ M. RONCO, *Legalità penale e legalità processuale*, in *Arch. pen.*, 2017, p. 459.

¹⁴² D. PULITANÒ, *Crisi della legalità e confronto con la giurisprudenza*, cit., p. 36.

¹⁴³ R. BORSARI, *Diritto penale, creatività e co-disciplinarietà. Banchi di prova dell'esperienza giudiziale*, Padova University Press, Padova, 2013, p. 22, secondo il quale «La questione di fondo si dipana nel comprendere se le trasformazioni in atto si sia – in particolare il penalista – chiamati a contrastarle ovvero se, preso atto del loro ineluttabile accadere, non risulti preferibile indirizzare gli sforzi verso la loro razionalizzazione». In tale prospettiva il principio di legalità «e la creatività non possono che essere chiamati a convivere e a trovare forme di conciliazione sul piano teorico e politico-istituzionale, in una logica ispirata all'abbandono del paradigma isolazionista per lungo tempo connaturato all'ontologia penalistica».

adeguato spazio di operatività al formante giurisprudenziale garantirebbe un notevole grado di flessibilità della legge, consentendole di adeguarsi al continuo mutamento dei fenomeni criminosi meritevoli di sanzione. In questo modo, si assisterebbe a una trasformazione dello stesso concetto di certezza, che, slegandosi dal dato meramente formale costituito dagli astratti enunciati normativi, assumerebbe una portata pratico-applicativa, avendo per oggetto i risultati dell'attività processuale e consolidandosi attraverso la risonanza mediatica delle cronache giudiziarie¹⁴⁴.

Al di là dei due opposti angoli prospettici dai quali è possibile osservare il fenomeno della erosione del principio di legalità prodotta dall'attività interpretativa giudiziale, è innegabile che negli ultimi decenni si sia assistito a una crescita esponenziale della discrezionalità giudiziaria, con evidenti rischi di sconfinamento in vere e proprie forme di arbitrio, e conseguentemente a una notevole espansione del potere dei giudici, potenzialmente lesiva dello stesso equilibrio dei rapporti tra i poteri. Alla base di tale fenomeno vengono tradizionalmente individuati molteplici fattori.

Il primo di tali fattori è costituito da quello politico, vale a dire dalla crescente incapacità del legislatore di definire precetti determinati e in grado di orientare i consociati. Si tratta di una vera e propria disfunzione, quantitativa e qualitativa, della produzione legislativa che si manifesta: nella spasmodica produzione normativa; nell'inefficiente formulazione legislativa, dovuta all'impiego di un linguaggio legale sempre più spesso vago, confuso e contraddittorio; nella sempre più diffusa tendenza all'abbandono del modello generale e astratto e alla definizione di leggi-provvedimento, poste a tutela di interessi particolari¹⁴⁵. L'attuale legislazione ha così smarrito il ruolo centrale della normazione codicistica, trasformandosi in una «accozzaglia di leggi speciali»¹⁴⁶ solitamente composte da una molteplicità di disposizioni e da un largo impiego della tecnica

¹⁴⁴ M. RONCO, *Legalità penale e legalità processuale*, cit., p. 460.

¹⁴⁵ S. SPUNTARELLI, *L'amministrazione per legge*, Giuffrè, Milano, 2007, secondo il quale tre quarti della produzione legislativa italiana sono costituiti da leggi-provvedimento.

¹⁴⁶ M. BARBERIS, *Beccaria, Bentham e il creazionismo giuridico*, in *Rivista internazionale di filosofia del diritto*, 2014, p. 569.

del rinvio ad altri provvedimenti legislativi, con la conseguente definizione di un sistema normativo in cui lo stesso interprete riesce a fatica a orientarsi.

Tutto ciò si traduce in un deficit di capacità regolativa del diritto legislativo e, conseguentemente, in una eccessiva espansione dell'ambito di operatività del diritto vivente, che incide negativamente in ordine alla stessa soggezione dei giudici alla legge¹⁴⁷.

In secondo luogo, all'espansione del potere giudiziario contribuisce la struttura policentrica e multilivello degli attuali ordinamenti¹⁴⁸.

La prima articolazione di tale struttura deve essere senz'altro individuata nel carattere rigido del sistema costituzionale, in cui si attribuisce ai giudici il compito di vagliare la legittimità costituzionale della legislazione ordinaria, ossia la conformità della stessa ai principi costituzionali di uguaglianza e alle libertà fondamentali. Ne consegue che in caso di contrasto con le norme costituzionali, il diritto legislativo risulta illegittimo¹⁴⁹. Tale attribuzione incide notevolmente sul rapporto tra giudice e legge, in quanto il primo, pur essendo assoggettato alla seconda, dispone del potere di controllarne la costituzionalità: il giudice ordinario mediante la relativa eccezione e il giudice costituzionale attraverso la dichiarazione di incostituzionalità. Dichiarazione, del resto, preclusa soltanto da un'operazione interpretativa in grado di attribuire alla legge ordinaria un significato compatibile con in principi costituzionali.

Una seconda articolazione della struttura multilivello è costituita dalla progressiva formazione di un diritto comune europeo caratterizzato da un complesso sistema di fonti – statali, infra-statali e sovrastatali – e da un elevato livello di incertezza delle relative relazioni gerarchiche¹⁵⁰.

¹⁴⁷ M. CAPPELLETTI, *Giudici legislatori?*, Giuffrè, Milano, 1984, p. 8.

¹⁴⁸ L. LACCHÈ, «Alzate l'archittrave, carpentieri». *I livelli della legalità penale e le "crisi" tra otto e novecento*, in C. STORTI (a cura di), *Le legalità e le crisi della legalità*, Giappichelli, Torino, 2016, p. 185.

¹⁴⁹ Figura che nel vecchio stato legislativo di diritto era invece considerata una vera e propria "contraddizione in termini". In tal senso, H. KELSEN, *Teoria generale del diritto e dello Stato*, 1945, trad. it. di S. COTTA, G. TREVES, Edizioni di Comunità, Milano, 1952, p. 158; H. KELSEN, *La dottrina pura del diritto*, 1960, trad. it. di M.G. LOSANO, Einaudi, Torino, 1966, p. 298.

¹⁵⁰ Sulle diverse tipologie di gerarchie normative e sul ruolo dell'argomentazione interpretativa, G. PINO, *La gerarchia delle fonti del diritto. Costruzione, decostruzione, ricostruzione*, in *Ars Interpretandi*, 2011, p. 19 ss.

Infine, la struttura multilivello si è ulteriormente ampliata con lo sviluppo di una legalità internazionale (posta in posizione equiordinata rispetto a quella interna), la quale, con la creazione di corti sovranazionali e la conseguente intensificazione del fenomeno del dialogo tra le corti, ha contribuito all'espansione della giurisdizione e della relativa attività interpretativa¹⁵¹.

Un ulteriore fattore produttivo del fenomeno in esame è costituito dallo sviluppo, nel secolo scorso, e dalla successiva crisi dello stato sociale e del relativo ruolo della sfera pubblica. In ordine al primo versante, l'espansione dello stato sociale, con l'incremento degli interventi statali in materia economica e sociale e la correlata estensione degli apparati burocratici, ha altresì determinato un incremento dell'illegalità nell'esercizio dei pubblici poteri, espressione del variegato fenomeno corruttivo, con la conseguente espansione del ruolo della giurisdizione penale. La crescente espansione del ruolo della giurisdizione ha, poi, trovato terreno fertile anche nella successiva e progressiva crisi dello stato sociale: a fronte dell'atteggiamento remissivo della politica e della crescente inefficienza della pubblica amministrazione la magistratura si pone sempre più come unico possibile destinatario delle istanze sociali di tutela e di giustizia¹⁵².

L'ultimo fattore individuato alla base della progressiva espansione del ruolo della giurisdizione è costituito dalla tendenza del potere giudiziario – ma, a ben vedere, propria di qualsivoglia potere – a un indebito ampliamento della propria funzione e alla, conseguente, graduale formazione di un diritto di matrice giurisprudenziale. Sebbene risulti di gran lunga più intensa nel diritto civile¹⁵³, tale tendenza si sta gradualmente diffondendo anche in materia penale, dove di frequente si assiste alla definizione di ipotesi di incriminazione prive di un solido fondamento legislativo. Del resto, è proprio la progressiva erosione della legalità interna a consentire forme di esercizio del potere giudiziario talvolta sconfinanti nel vero e proprio arbitrio, tra cui il frequente ampliamento, attraverso l'attività interpretativa, dei confini applicativi di fattispecie penali, fino a ricomprendere

¹⁵¹ In ordine al tema della globalizzazione nel diritto, F. GALGANO, *La globalizzazione nello specchio del diritto*, Il Mulino, Bologna, 2005.

¹⁵² Sul tema, S. RODOTÀ, *Repertorio di fine secolo*, Laterza, Roma-Bari, 1992, p. 169 ss.

¹⁵³ Sul ruolo creativo esercitato dalla giurisprudenza, C. CASTRONOVO, *Eclissi del diritto civile*, Giuffrè, Milano, 2015.

ipotesi concrete estranee alla fattispecie astratta definita dal legislatore. Ne deriva lo sviluppo di un “diritto penale giurisprudenziale”, espressione comprensiva non solo del diritto penale vivente, vale a dire dell’interpretazione giurisprudenziale delle disposizioni normative, bensì anche della componente creativa del ruolo esercitato dalla giurisdizione, che si sostanzia nella definizione di nuove ipotesi di responsabilità¹⁵⁴.

Ciò posto, risulta di immediata evidenza l’effetto destabilizzante che in astratto sono in grado di produrre i molteplici spazi di operatività – sia pure talvolta pienamente legittimi – riconosciuti all’attività interpretativa giudiziale, in quanto idonei a incidere negativamente sull’equilibrio nel rapporto tra poteri, creando situazioni di conflitto tali da indebolire la stessa legittimazione del potere giudiziario come soggetto alla legge, il primato del principio di legalità e le fondamenta stesse dello stato di diritto. In tale contesto, l’eventuale “approvazione” di una «funzione giurisdizionale “creativa”»¹⁵⁵ – in quanto tale esulante dalla mera e necessaria interpretazione del diritto vigente, sostanziandosi nella produzione di nuovo diritto – determinerebbe una ulteriore, sconfinata, espansione del potere giudiziario, tale da risolversi nel sostanziale annullamento della separazione dei poteri, nel definitivo tramonto del principio di legalità e nell’inversione del rapporto tra giudici e legge, subordinando la seconda ai primi¹⁵⁶.

In conclusione, è nel perimetro argomentativo così tracciato che deve essere analizzata la più recente giurisprudenza di legittimità tesa ad allargare la portata

¹⁵⁴ G. FIANDACA, *Diritto penale giurisprudenziale e spunti di diritto comparato*, in G. FIANDACA (a cura di), *Sistema penale in transizione e ruolo del diritto giurisprudenziale*, Cedam, Padova, 1997, p. 5 ss. Sullo specifico tema del diritto penale giurisprudenziale, G. CONTENUTO, *Principio di legalità e diritto penale giurisprudenziale*, in *Foro it.*, 1988, p. 484 ss.; L. STORTONI, *Il diritto penale giurisprudenziale*, in *Dei delitti e delle pene*, 1989, p. 9 ss.; G. FIANDACA, *Ermeneutica e applicazione giudiziale del diritto penale*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 2001, p. 353; G. FIANDACA, *Il diritto penale tra legge e giudice*, Cedam, Padova, 2002, p. 33 ss.; G. FIANDACA, *Diritto penale giurisprudenziale e ruolo della Cassazione*, in E. DOLCINI, C.E. PALIERO (a cura di), *Studi in onore di Giorgio Marinucci*, Giuffrè, Milano, 2006, p. 239 ss.; G. FIANDACA, *Spunti problematici di riflessione sull’attuale ruolo della scienza penalistica*, in G. INSOLERA (a cura di), *Riserva di legge e democrazia penale: il ruolo della scienza penale*, Monduzzi, Bologna, 2005, p. 41 ss.; M. DONINI, *Il volto attuale dell’illecito penale. La democrazia penale tra differenziazione e sussidiarietà*, Giuffrè, Milano, 2004, p. 145 ss.; M. VOGLIOTTI, *Lo scandalo dell’ermeneutica per la penalistica moderna*, in *Quaderni fiorentini*, 2015, p. 131 ss.

¹⁵⁵ L. LANFRANCHI, *La roccia non incrinata*, Giappichelli, Torino, 2011.

¹⁵⁶ L. FERRAJOLI, *Argomentazione interpretativa e argomentazione equitativa contro il creazionismo giurisprudenziale*, in G. BRONZINI, R. COSIO, *Interpretazione conforme, bilanciamento dei diritti e clausole generali*, Giuffrè, Milano, 2017, p. 167 ss.

applicativa del fatto tipico dell'ipotesi di reato di cui all'art. 438 cod. pen. La "rimodellazione" del delitto di epidemia sulla base delle mutate caratteristiche dell'attuale fenomeno epidemiologico, funzionale alla (forzata) individuazione di spazi di operatività della fattispecie anche con riferimento alle condotte di diffusione del contagio da Covid-19, sembra costituire, infatti, la manifestazione emblematica della sempre più diffusa tendenza "prevaricatrice" dell'attività interpretativa giudiziale, la quale talvolta si traduce in una vera e propria invadenza nelle prerogative del legislatore. Con l'opzione interpretativa – ovviamente negli ampi termini delineati – in luogo di quella legislativa, in effetti, il giudice finisce per sostituirsi al legislatore, esercitandone le funzioni di produzione normativa, nella specie della scelta di incriminazione.

In tale prospettiva, dunque, l'erosione della legalità penale si manifesta nell'inversione dei termini del rapporto tra fatto storico e fatto tipico: non è più il primo a dover presentare tutti gli elementi che ne consentano la sussunzione nel secondo, bensì è la fattispecie astratta che, attraverso delle (talora) vere e proprie "creazioni interpretative", viene di volta in volta rimodellata per poter essere meglio adattata al caso concreto. In questo modo, si smarrisce «la tipicità del fatto di reato, la cui descrizione tassativa dovrebbe esaurire i confini della sua applicazione, con inevitabili riflessi negativi sulla certezza nell'interpretazione del sistema»¹⁵⁷.

Né sembra possibile escludere che una simile operazione abbia efficacia erosiva del principio di legalità in considerazione del fatto che la legalità convenzionale, sulla base della quale si sta progressivamente rimodellando la legalità interna, non contempli la riserva di legge, equiparando diritto parlamentare e diritto giurisprudenziale. Ciò, in quanto la "prevalenza" del principio di legalità per come concepito nella dimensione convenzionale rispetto alla tradizionale legalità penale legicentrica interna è ammessa soltanto con riferimento ai quei profili – emblematico è quello concernente la nozione convenzionale di materia penale – in relazione ai quali si registra un ampliamento delle tutele riconosciute a livello nazionale. Al contrario, con riferimento allo specifico profilo in esame, un "allentamento" del principio della riserva di legge, funzionale al riconoscimento di

¹⁵⁷ A. GAMBERINI, *La crisi della tipicità. appunti per una riflessione sulla trasformazione della giustizia penale*, in *Dir. pen. cont.*, 2016, p. 2.

una funzione creativa del diritto penale in capo al potere giudiziario, si tradurrebbe in una diminuzione dei livelli di tutela in materia penale riconosciuti ai consociati dall'ordinamento interno¹⁵⁸.

¹⁵⁸ G. AMARELLI, *Legalità costituzionale, legalità convenzionale e diritto giurisprudenziale*, cit., p. 48.

CAPITOLO IV

“Il *vintage* non passa mai di moda”: l’ostinato ricorso a strumenti vecchi (il delitto di epidemia) per la soluzione di problemi nuovi (la situazione emergenziale)

Sommario: 1. Premessa. – 2. Le modalità di trasmissione dell’infezione da Covid-19. – 3. La (non sempre agevole) individuazione delle regole cautelari emergenziali e i possibili autori delle condotte di diffusione del contagio. – 4. La qualificazione, in termini commissivi od omissivi, della condotta del soggetto agente. – 5. La definizione del concetto di causa e il meccanismo di accertamento del rapporto di causalità. – 6. Il problematico accertamento del nesso causale nel contagio da Covid-19: i reati contro la persona. – 7. (*Segue*) I reati contro l’incolumità pubblica: il delitto di epidemia. – 8. L’indagine epidemiologica quale “accertamento alternativo della vittima”. – 9. L’efficacia del modello epidemiologico nell’accertamento della causalità in ordine alle condotte di diffusione del contagio da Covid-19. – 10. Le problematiche applicative relative alla valutazione dell’elemento soggettivo. – 11. Emergenza sanitaria: criticità e spazi applicativi dell’epidemia colposa.

1. Premessa

Si è già avuto modo di precisare come il diritto penale abbia svolto, soprattutto nella prima fase della gestione normativa dell’emergenza sanitaria¹, un ruolo di assoluta centralità nella predisposizione, in funzione di prevenzione generale, di un adeguato sistema sanzionatorio – mediante la definizione di apposite fattispecie criminose – relativamente alle condotte di inosservanza delle misure di contenimento, specie della quarantena obbligatoria di cui agli artt. 1, comma 2, lett. e) d.l. n. 19/2020 e 2, comma 6, d.l. n. 33/2020².

¹ Vedi *infra*, Parte I, Capitolo II.

² «La scelta di configurare una progressione offensiva e sanzionatoria secondo uno schema attento alla *extrema ratio*, assieme a quella di sottoporre (in maniera espressa e diretta) a sanzione criminale soltanto la violazione della quarantena da parte del soggetto positivo, mantiene, seppure problematicamente, l’opzione penalistica all’interno della logica della prevenzione, vista la (benché

Oltre che in funzione deterrente, però, il diritto penale ha trovato nella situazione emergenziale un ulteriore spazio di operatività, nella misura in cui la rapida diffusione del virus ha indotto gli operatori del diritto a valutare l'applicabilità con riferimento ai profili di responsabilità penale legati alla diffusione del contagio da Covid-19 di fattispecie criminose già definite nel nostro sistema penalistico. Si tratta, più nel dettaglio, di stabilire se, oltre i reati di evento contro la persona (lesioni personali e omicidio), quelli contro la salute pubblica, di più scarso riscontro nella prassi applicativa, risultino idonei a esprimere e sanzionare il disvalore delle condotte consistenti nella diffusione, o nell'omesso impedimento della diffusione, di una malattia contagiosa, e delle conseguenti ripercussioni sulla salute e sulla vita umane³.

Tra questi ultimi vi è innanzitutto il delitto di epidemia, reato di comune pericolo contro l'incolumità pubblica, punito sia in forma dolosa (art. 438 cod. pen.) che a titolo di colpa (art. 452 cod. pen.)⁴. In particolare, in relazione all'(ancora) attuale emergenza sanitaria, a venire in rilievo è principalmente l'ipotesi colposa, atteso che la diffusione del contagio da Covid-19 costituisce una «emergenza da rischio a struttura colposa»⁵, con la conseguente scarsa probabilità che in tale contesto possano verificarsi ipotesi di epidemia dolosa, anche solo a titolo di dolo eventuale⁶.

Atteso che ai sensi dell'art. 438 cod. pen. è punito chiunque cagioni un'epidemia «mediante la diffusione di germi patogeni», l'analisi circa l'adeguatezza funzionale della fattispecie in ordine alle condotte di diffusione del

variabile) diffusività della malattia» (D. CASTRONUOVO, *I limiti sostanziali del potere punitivo nell'emergenza pandemica: modelli causali vs modelli precauzionali*, in *La legislazione penale*, p. 13).

³ Invero, oltre a quelle indicate, ulteriore categoria di reati interessata dal sistema di disciplinamento sociale del contesto emergenziale è costituita dai delitti contro la fede pubblica. Sul punto, M. PELISSERO, *Covid-19 e diritto penale pandemico. Delitti contro la fede pubblica, epidemia e delitti contro la persona alla prova dell'emergenza sanitaria*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 2020, p. 512 ss.

⁴ Per un approfondimento sul delitto di epidemia, vedi *infra*, Parte II, Capitolo I.

⁵ R. BARTOLI, *Il diritto penale dell'emergenza "a contrasto del coronavirus": problematiche e prospettive*, in *Sistema penale*, 2020, p. 5. «Sul piano "tecnico-giuridico" siamo nel regno della colpa» (R. BARTOLI, *La responsabilità colposa medica e organizzativa al tempo del coronavirus. Fra la "trincea" del personale sanitario e il "da remoto" dei vertici politico-amministrativi*, in *Sistema penale*, 2020, p. 87).

⁶ Sul punto si è osservato che «chi adombra questa possibilità, ipotizza "una condotta intollerabilmente aggressiva e restrittiva degli spazi di autodeterminazione e controllo di situazioni di pericolo per le potenziali vittime"», situazione difficilmente ipotizzare quanto alla diffusione del contagio da Covid-19 (M. PELISSERO, *Covid-19 e diritto penale pandemico*, cit., p. 530).

contagio da Covid-19 – al di là dell’astratta configurabilità espressamente affermata dallo stesso legislatore emergenziale con riferimento alla violazione della misura della quarantena obbligatoria⁷ – impone di soffermare preliminarmente l’attenzione sugli elementi costitutivi del fatto tipico, al fine di valutarne l’applicabilità in relazione all’attuale situazione di emergenza sanitaria.

Gli aspetti con riferimento ai quali sembrano manifestarsi le maggiori criticità attengono:

- alle peculiari caratteristiche dell’evento del reato;
- alla riconducibilità al fatto tipico della diffusione attuata mediante contatto interumano;
- alla configurabilità della fattispecie in forma omissiva *ex art. 40*, comma 2, cod. pen.

Con riferimento al primo profilo, la dottrina è sostanzialmente d’accordo nell’affermare che con il concetto normativo di epidemia – assai più circoscritto della corrispondente nozione naturalistica impiegata in ambito medico-sanitario – si indichi la «manifestazione collettiva di una malattia che rapidamente si diffonde fino a colpire un gran numero di persone in un territorio più o meno vasto e si estingue dopo una durata più o meno lunga»⁸. Anche la giurisprudenza di legittimità, nelle scarse occasioni in cui si è occupata della materia, ha precisato che «l’evento tipico del reato consiste in una malattia contagiosa che, per la sua spiccata diffusività, si presenta in grado di infettare, nel medesimo tempo e nello stesso luogo, una moltitudine di destinatari, recando con sé, in ragione della capacità di ulteriore espansione e di agevole propagazione, il pericolo di contaminare una porzione ancor più vasta di popolazione»⁹.

In sostanza, nell’evento del delitto di epidemia sono individuabili due diverse componenti (c.d. evento complesso): una componente di danno, avente carattere oggettivo e costituita dalla diffusione della malattia a un determinato numero di persone; una componente di pericolo, di carattere prognostico e rappresentata dalla

⁷ Artt. 4, comma 6, d.l. n. 19/2020 e 2, comma 3, d.l. n. 33/2020.

⁸ E. BATTAGLINI, B. BRUNO, *Incolunità pubblica (delitti contro la)*, in *Nov. dig. it.*, vol. VIII, Utet, Torino, 1962, p. 559.

⁹ Cass., Sez. I, 30 ottobre 2019, n. 48014, in *Cass. C.E.D.*, n. 277791, annotata da F. LAZZERI, *Prova della causalità individuale e configurabilità del delitto di epidemia in un caso di contagi plurimi da HIV tramite rapporti sessuali non protetti*, in *Sistema penale*, 2019.

possibilità di ulteriore diffusione del contagio¹⁰ (è in considerazione di tali peculiari caratteristiche, del resto, che il delitto viene qualificato in termini di “disastro sanitario”)¹¹.

Per quanto riguarda in particolare la diffusione del contagio da Covid-19, l’elevata capacità diffusiva del virus (e quindi la sua idoneità a costituire pericolo per l’incolumità di una quantità non definita e non definibile di individui) costituisce, purtroppo, un dato tristemente noto oltre che scientificamente verificato, con la conseguenza che ai fini dell’eventuale configurabilità del delitto di epidemia l’accertamento in ordine alla sussistenza di questa seconda componente dell’evento non richiede particolari sforzi dimostrativi¹².

In ordine al secondo profilo, invece, va rilevato che l’opinione tradizionale sostiene che, sulla base della formulazione letterale della norma, per l’integrazione della fattispecie risulterebbe necessario che l’agente abbia il possesso o comunque la disponibilità dei germi patogeni¹³. Secondo tale ricostruzione, quindi, l’ipotesi

¹⁰ In dottrina si è a lungo discusso, e il dibattito non è ancora del tutto sopito, circa la qualificazione della natura del delitto di epidemia in termini di reato di danno o di pericolo (e, in quest’ultimo caso, in ordine alla natura astratta o concreta del pericolo). L’orientamento prevalente individua nel delitto in esame un reato a evento complesso, in cui si ravvisa una componente di danno (l’insorgenza in un numero elevato di persone – dovuta alla trasmissione del germe patogeno – di una malattia, intesa come alterazione anatomico-funzionale) e una di pericolo (concreto, in quanto la spiccata diffusività del germe patogeno dovrà essere oggetto di specifico accertamento): costituito dalla possibilità di ulteriore diffusione della malattia, anche senza intervento dell’autore della originaria diffusione): S. CORBETTA, *I delitti contro l’incolumità pubblica*, II, *I delitti di comune pericolo mediante frode*, in G. MARINUCCI, E. DOLCINI (diretto da), *Trattato di diritto penale. Parte speciale*, vol. II, Cedam, Padova, 2014, p. 13 ss.: «Il delitto di cui all’art. 438 non può infatti essere integrato dal cagionare un’epidemia di una malattia non infettiva, ossia di una malattia che non è provocata dalla “diffusione di germi patogeni”; in tal caso, troveranno applicazione le norme che tutelano la vita e l’incolumità individuale. La mancata applicazione del titolo che incrimina l’epidemia è evidente: nel caso di malattie non infettive è assente, per definizione, il pericolo di contagio, che invece è la nota caratterizzante dell’epidemia “mediante diffusione di germi patogeni”. La tesi che svaluta il requisito dell’ulteriore diffusività della malattia, ritenendo integrata l’epidemia dall’avvenuta diffusione del morbo in un’ampia cerchia di persone, cancella la differenza tra il piano dell’incolumità individuale e quello dell’incolumità pubblica».

¹¹ M. PELISSERO, *Covid-19 e diritto penale pandemico*, cit., p. 522.

¹² Ne consegue la superfluità del criterio di identificazione dell’evento epidemico, indicato dalla dottrina, volto a valorizzare gli «atti formali adottati dalle competenti Autorità sanitarie, che concludono l’esistenza di un’epidemia nel proprio ambito di competenza, che coinciderebbe con il medesimo contesto spaziale e traccerebbe altresì un limite temporale, poiché da quel momento in poi eventuali aumenti nel numero dei contagi rileverebbero soltanto come aggravamenti dell’evento dannoso e come conferme della sua intrinseca diffusibilità» (L. AGOSTINI, *Pandemia e "penademia": sull’applicabilità della fattispecie di epidemia colposa alla diffusione del Covid-19 da parte degli infetti*, in *Sistema penale*, 2020, p. 236).

¹³ A sostegno di tale orientamento si richiama la Relazione ministeriale al codice penale, nella quale l’introduzione della fattispecie in parola è motivata sulla base «dell’enorme importanza che ha ormai acquistata la possibilità di venire in possesso di germi, capaci di cagionare un’epidemia, e

del contagio umano non è contemplata dalla fattispecie, con la conseguenza che in ossequio a questa lettura restrittiva, la diffusione di germi patogeni realizzata mediante contagio da parte di una persona affetta da una malattia infettiva non integrerebbe un fatto di epidemia penalmente rilevante. In questo caso, infatti, per quanto lata sia la nozione penalistica di disponibilità, non può certo affermarsi che il soggetto malato “possegga” i germi¹⁴.

Invero, tale opzione interpretativa, sebbene sostenuta da autorevole dottrina, nonché dalla pregressa giurisprudenza, risulta superata dalle più recenti elaborazioni della Corte di cassazione, secondo la quale il soggetto attivo del reato può essere individuato anche nell’untore¹⁵.

Infine, il terzo profilo concerne l’elemento strutturale della fattispecie costituito dalla necessità che l’epidemia sia cagionata mediante l’impiego di germi patogeni. Con riferimento a tale profilo si discute in ordine alla natura di reato a forma libera o vincolata del delitto di epidemia, da cui discende la configurabilità della fattispecie in forma omissiva, atteso che la clausola di equivalenza di cui all’art. 40, comma 2, cod. pen. trova applicazione esclusivamente con riferimento ai reati a forma libera¹⁶.

di diffonderli, e si è trovata giustificata la grave sanzione» (*Lavori preparatori del codice penale e del codice di procedura penale*, vol. V, *Progetto definitivo di un nuovo codice penale con la Relazione del Guardasigilli On. Alfredo Rocco*, Parte II, Roma, 1929, p. 229).

¹⁴ Trib. Bolzano, 13 marzo 1979, in *Giur. mer.*, 1979, p. 950. Nel senso della necessaria disponibilità materiale dei germi, R. BARTOLI, *La responsabilità colposa medica e organizzativa al tempo del coronavirus*, cit., p. 89.

¹⁵ Cass., Sez. I, 30 ottobre 2019, n. 48014, annotata da F. LAZZERI, *Prova della causalità individuale e configurabilità del delitto di epidemia in un caso di contagi plurimi ha HIV tramite rapporti sessuali non protetti*, cit., 2019; E. PERROTTA, *Verso una nuova dimensione del delitto di epidemia (art. 438 c.p.) alla luce della globalizzazione delle malattie infettive: la responsabilità individuale da contagio nel sistema di common law but differentiated responsibility*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2020, p. 189 ss.; F. MANFREDI, *Può un uomo cagionare un’epidemia da virus HIV? La prospettiva manzoniana (e Manzainaina) di una recente decisione*, in *Dir. pen. cont.*, 2017.

¹⁶ Invero, parte della giurisprudenza, analogamente ad autorevole dottrina, prende le distanze dall’interpretazione della disposizione di cui all’art. 40, comma 2 cod. pen. che le esclude la compatibilità con i reati a forma vincolata (Cass., Sez. VI, 5 marzo 2019, n. 13411, in *Cass. C.E.D.*, n. 275463; Cass., Sez. II, 7 novembre 2018, n. 4150, in *Cass. C.E.D.*, n. 275521, entrambe relative a un reato a forma vincolata diversi dall’epidemia, ossia il delitto di truffa). In dettaglio, in dottrina si è osservato che «la legge penale italiana costruisce l’equivalenza tra la condotta attiva e la condotta omissiva sulla base del solo requisito della sussistenza dell’obbligo giuridico di impedire l’evento. È invece la legge penale tedesca [...] che subordina tale equivalenza alla ulteriore presenza di un secondo requisito, espresso dalla c.d. clausola di corrispondenza: la condotta omissiva deve “corrispondere” alla realizzazione della fattispecie mediante una condotta attiva. [...] Va [tuttavia] sottolineato che sia la dottrina sia la giurisprudenza tedesche ammettono pacificamente la possibilità che reati a forma vincolata, quali ad es. l’estorsione, la violenza privata e soprattutto la truffa,

Secondo l'orientamento prevalente in giurisprudenza e in dottrina, si tratterebbe di reato di evento a condotta vincolata¹⁷, in quanto, pur risultando irrilevanti le relative concrete modalità di diffusione, non ogni produzione di epidemia è sussumibile nell'ipotesi normativa in parola, ma unicamente quella realizzata «mediante la diffusione di germi patogeni». La configurabilità dell'epidemia nella forma commissiva mediante omissione, quindi, sarebbe preclusa dalla sua natura di reato a forma vincolata.

In tal senso, la giurisprudenza di legittimità ha di recente negato la responsabilità a titolo di omissione per il delitto di epidemia «in quanto l'art. 438 c.p., con la locuzione “mediante la diffusione di germi patogeni”, richiede una condotta commissiva a forma vincolata, incompatibile con il disposto dell'art. 40, comma secondo, c. p., riferibile esclusivamente alle fattispecie a forma libera»¹⁸.

All'orientamento in parola, però, si è obiettato che in realtà l'espressione «germi patogeni», cui la norma fa espresso riferimento, costituirebbe un elemento caratterizzante non della condotta, bensì dell'evento, così qualificato in termini di contagiosità¹⁹. In tale differente prospettiva, al delitto di epidemia viene riconosciuta natura di reato a forma libera: la previsione normativa del mezzo (i germi patogeni, appunto) non assume alcuna rilevanza in ordine all'indicazione delle modalità esplicative della condotta, la quale quindi rimane libera, ricomprendendo qualsivoglia tipologia di trasmissione diretta (per contatto o via aerea) o indiretta (mediante veicoli o vettori) del virus. In questi termini, non si pongono ostacoli alla configurabilità della responsabilità per omesso impedimento dell'evento epidemico²⁰.

vengano realizzati anche attraverso un'omissione» (G. MARINUCCI, E. DOLCINI, G.L. GATTA, *Manuale di Diritto Penale. Parte Generale*, X ed., Giuffrè, Milano, 2021, p. 280).

¹⁷ S. ARDIZZONE, v. *Epidemia*, cit., p. 251; A. BONFIGLIOLI, *I delitti di comune pericolo mediante frode: epidemia (art. 438)*, in A. CADOPPI, S. CANESTRARI, A. MANNA, M. PAPA (diretto da), *Trattato di diritto penale. Parte speciale. Delitti contro l'incolumità pubblica e reati in materia di stupefacenti*, vol. IV, Utet, Torino, 2010, p. 388; C. ERRA, *Epidemia*, in *Enc. dir.*, vol. XV, Giuffrè, Milano, 1966, p. 46; D. PETRINI, *Tutela penale dell'incolumità pubblica*, in D. PULITANÒ (a cura di), *Diritto penale. Parte speciale, I, Tutela della persona*, Giappichelli, Torino, 2011, p. 154

¹⁸ Cass., Sez. IV, 12 dicembre 2017, n. 9133. In dottrina, S. RAFFAELE, *Delitto di epidemia: l'affaire Coronavirus*, in *Diritto penale e uomo*, 2020, p. 9.

¹⁹ S. CORBETTA, *I delitti contro l'incolumità pubblica*, cit., p. 93 ss.

²⁰ E. PERROTTA, *Verso una nuova dimensione del delitto di epidemia (art. 438 c.p.) alla luce della globalizzazione delle malattie infettive*, cit., p. 214 ss.; P. PIRAS, *Sulla configurabilità dell'epidemia colposa omissiva*, in *Sistema penale*, 2020; S. ZIRULIA, *Nesso di causalità e contagio*

In ossequio a tale differente ricostruzione, quindi, con riferimento specifico all'attuale emergenza sanitaria il delitto di epidemia potrebbe, quanto meno in astratto, configurarsi relativamente alla condotta omissiva dei quei soggetti che rivestono una posizione di garanzia in ordine alla salute di singoli individui o della collettività²¹, come il Presidente del consiglio dei ministri (che ha competenza a emanare i d.p.c.m.) e il Ministro della salute, i governatori delle regioni e i sindaci, il personale sanitario²² e i responsabili della gestione di strutture di ricovero (come ospedali, RSA, carceri, etc.).

Inquadrate in questi termini le peculiari caratteristiche della fattispecie incriminatrice dell'epidemia colposa, l'analisi in ordine alla configurabilità della stessa – oltre che delle ipotesi delittuose delle lesioni personali e dell'omicidio – in relazione alle condotte di diffusione del contagio da Covid-19 deve essere necessariamente condotta con riferimento alle problematiche che emergono su un duplice piano: l'accertamento del nesso causale e la valutazione dell'elemento soggettivo.

2. Le modalità di trasmissione dell'infezione da Covid-19

Nel perimetro argomentativo così tracciato, assodato che la diffusione del Covid-19 integri un'epidemia e che il relativo virus sia ricompreso nell'espressione «germi patogeni» impiegata dalla corrispondente disposizione codicistica, l'individuazione delle condotte astrattamente rilevanti nell'ambito dell'analisi anzidetta rende necessario esaminare preliminarmente le modalità di trasmissione del contagio da Covid-19.

da Covid-19, in *Sistema penale*, 2020, p. 11, in cui l'Autore sostiene che «a rafforzare l'idea secondo cui il delitto è configurabile in forma omissiva vi sono, inoltre, persuasive considerazioni di ordine teleologico: nelle società contemporanee organizzate, infatti, i principali referenti criminologici del delitto in esame sono rappresentati proprio dai soggetti che omettono di prevenire epidemie o di adottare misure sanitarie di contrasto; rispetto a tali condotte, dunque, rimanere ancorati alla lettura strettamente commissiva potrebbe tradursi in una sorta di abrogazione tacita della fattispecie».

²¹ A. BERNARDI, *Il diritto penale alla prova del Covid-19*, in *Diritto penale e processo*, 2020, p. 447 ss.

²² Ai sensi dell'art. 254 t.u.l. san. l'esercente la professione medica che «nell'esercizio della sua professione sia venuto a conoscenza di un caso di malattia infettiva e diffusiva o sospetta di esserlo, pericolosa per la salute pubblica, deve immediatamente farne denuncia al podestà e all'ufficiale sanitario comunale e coadiuvarli, se occorre, nella esecuzione delle disposizioni emanate per impedire la diffusione delle malattie stesse e nelle cautele igieniche necessarie».

Le informazioni provenienti dai più recenti studi²³ dimostrano che le principali modalità di trasmissione interumana del virus SARS-COV-2 sono²⁴:

- a) *droplet* respiratorio – principale modalità di trasmissione per contatto diretto –, consistente nell’inalazione da parte di soggetto sano posto a una distanza ravvicinata (1-2 metri) delle goccioline di saliva di diametro superiore a 5 µm generate dai soggetti infetti (e quindi contenenti particelle virali) quando tossiscono, starnutiscono o parlano. Invero, oltre che per mezzo di tali atti, le *droplets* sono prodotte anche – e la circostanza rileva con riferimento al paziente ricoverato presso una struttura sanitaria – durante procedure invasive del tratto respiratorio, quali aspirazione, broncoscopia, intubazione tracheale, rianimazione cardio-polmonare, ecc.²⁵;
- b) contatto diretto delle mucose (bocca, occhi, naso) o della cute di un soggetto sano con il sangue, fluidi o secrezioni (saliva, secrezioni nasali, espettorato) contenenti particelle virali di una persona infetta;
- c) contatto indiretto, che si verifica allorquando il soggetto sano tocca con le mani bocca, naso o occhi dopo aver toccato oggetti sulle cui superfici si sono depositate le particelle virali emesse da una persona infetta;
- d) via oro-fecale;
- e) da madre gestante a figlio.

In considerazione delle peculiari caratteristiche virologiche e patogeniche del Covid-19, dunque, può senz’altro affermarsi che, con riferimento alle condotte agevolatrici della sua diffusione, il novero delle ipotesi astrattamente sussumibili nella fattispecie contemplata dagli artt. 438 e 452 cod. pen. (oltre che in quelle descritte agli artt. 589 e 590) risulta particolarmente ampio.

Per quanto riguarda poi i primi tre casi di trasmissione appare evidente come, quanto meno sotto il profilo medico-scientifico, la causa della diffusione della

²³ In ordine alle modalità di diffusione della malattia e alle relative istruzioni per proteggere sé stessi e gli altri dal Covid-19 in varie situazioni, Visualising SARS-CoV-2 transmission routes and mitigations, in *British Medical Journal*.

²⁴ W. ZHOU, *Coronavirus domande e risposte. Guida per la prevenzione*, Piccin, Padova, 2020, p. 13 ss.

²⁵ Con riferimento all’attività degli operatori sanitari, specifiche precauzioni, in particolare l’uso dei dispositivi di protezione individuale, sono dettate dalla circolare del Ministero della Salute del 29 marzo 2020.

malattia mediante la propagazione dei relativi germi patogeni possa essere individuata nel soggetto infetto e nello svolgimento da parte dello stesso delle più ordinarie attività della vita quotidiana. Del resto, è proprio in ragione dell'elevata capacità di diffusione interumana del virus che le misure di contenimento definite dalla normativa di contrasto al fenomeno emergenziale miravano principalmente a garantire il rispetto del c.d. distanziamento sociale, ossia di una distanza di sicurezza tra i consociati (1-2 metri) e a ridurre drasticamente le occasioni di contatto sociale (ricorrendosi alla misura estrema del *lockdown*, consistente nel blocco totale delle attività, nella fase più acuta di acuta dell'emergenza).

3. La (non sempre agevole) individuazione delle regole cautelari emergenziali e i possibili autori delle condotte di diffusione del contagio

In considerazione delle evidenziate modalità di trasmissione del contagio da Covid-19, nonché della peculiare tipologia di emergenza rappresentata dall'attuale situazione contingente, quindi, nell'analisi in ordine all'efficacia funzionale dei reati di evento sopra indicati assumono rilevanza centrale – anche in virtù del rapporto di progressiva gravità dell'illecito definito dalla stessa normativa emergenziale tra il delitto di epidemia e le fattispecie di nuovo conio²⁶ – le ipotesi colpose *ex artt.* 452, 589 e 590 cod. pen.

L'imputazione delle fattispecie colpose presuppone naturalmente la violazione di una regola cautelare, l'osservanza della quale avrebbe impedito il verificarsi della riconoscibile e prevedibile diffusione di germi patogeni. Trattandosi di reati causalmente orientati con evento naturalistico, la definizione del contenuto della regola cautelare dipende dalla tipologia di evento che si intende evitare. Ne consegue che ad assumere rilevanza penale è la condotta che, oltre a essere eziologicamente connessa all'evento, si pone in contrasto con la regola di carattere

²⁶ In ordine ai rapporti strutturali tra le fattispecie incriminatrici emergenziali il delitto di epidemia colposa, vedi *infra*, Parte I, Capitolo II.

preventivo²⁷, la cui osservanza avrebbe reso prevedibile ed evitabile la «ricaduta offensiva pluripersonale della propria condotta»²⁸.

Per l'integrazione del coefficiente colposo è, inoltre, necessario che l'agente conosca o ignori per colpa (ai sensi dell'art. 47, comma 1, cod. pen.) sia la propria soggettiva condizione di latore del virus, che il carattere patogeno dei germi oggetto di diffusione, ossia la loro idoneità a determinare l'insorgenza di una malattia infettiva o diffondibile.

In questi termini, quindi, la fase preliminare dell'indagine in ordine alla possibilità di un efficace ricorso, nell'attuale situazione emergenziale, al delitto di epidemia consiste necessariamente nell'individuazione delle regole cautelari prescritte – nel corso delle fasi 1 e 2 dell'emergenza, in cui la diffusione del contagio ha raggiunto i livelli di maggiore allarme²⁹ – per i due possibili soggetti agenti definiti dalla stessa normativa emergenziale: l'infetto, consapevole di tale sua condizione, e quello che abbia avuto contatti stretti con una persona positiva al virus.

Sul punto, giova ricordare che la fonte delle regole cautelari finalizzate a impedire la diffusione del contagio da Covid-19 sono per lo più di carattere normativo.

Innanzitutto, occorre analizzare quindi la disciplina definita dai numerosi d.p.c.m., emanati sulla base delle valutazioni effettuate dal Ministero della salute, nella quale sono enucleate molteplici regole cautelari volte a porre un argine alla sempre più rapida propagazione dell'infezione da Covid-19, impedendo l'emersione di nuovi focolai e l'aggravamento di quelli già esistenti.

In tale prospettiva, con il d.p.c.m. 1 marzo 2020³⁰ si è posto in capo ai soggetti che nei quattordici giorni precedenti alla data di pubblicazione del decreto (cioè dal 15 febbraio 2020), fossero rientrati in Italia «dopo aver soggiornato in zone a rischio epidemiologico, come identificate dall'Organizzazione mondiale della sanità», l'obbligo di «comunicare tale circostanza al dipartimento di prevenzione

²⁷ G. FIANDACA, E. MUSCO, *Diritto Penale. Parte generale*, Zanichelli, Bologna, 2014, p. 568.

²⁸ A. GARGANI, *Incolumità pubblica (delitti contro la)*, VIII, in *Enc. dir.*, Giuffrè, Milano, 2015, p. 581.

²⁹ Vedi *supra*, Parte I, Capitolo II.

³⁰ Pubblicato in Gazzetta Ufficiale, Serie Generale, n. 51 dell'1 marzo 2020.

dell'azienda sanitaria competente per territorio nonché al proprio medico di medicina generale ovvero al pediatra di libera scelta» ai fini della prescrizione, da parte dell'operatore di sanità pubblica e dei servizi di sanità pubblica territorialmente competenti, della permanenza domiciliare (art. 3, commi 1, lett. g, e 2). Inoltre:

- 1) l'isolamento fiduciario doveva essere mantenuto per quattordici giorni dall'ultima esposizione, durante i quali ai soggetti asintomatici che vi erano sottoposti erano vietati contatti sociali, gli spostamenti e i viaggi; questi avevano, inoltre, l'obbligo di rimanere raggiungibili per le attività di sorveglianza e il controllo quotidiano dell'operatore di sanità pubblica, nonché di misurare la temperatura corporea due volte al giorno³¹ (art. 3, commi 3 e 4);
- 2) laddove, poi, avesse successivamente manifestato dei sintomi, il soggetto isolato era obbligato a (art. 3, comma 5):
 - a) avvertire immediatamente il medico di medicina generale o il pediatra di libera scelta e l'operatore di Sanità Pubblica;
 - b) indossare la mascherina chirurgica e allontanarsi dagli altri conviventi;
 - c) rimanere nella stanza con la porta chiusa, garantendo un'adeguata ventilazione naturale in attesa del trasferimento in ospedale, ove necessario.

In ragione delle prescrizioni imposte in ossequio al provvedimento anzidetto, nonché della massiccia comunicazione veicolata mediante tutti i canali di informazione e dell'elevato numero di contagi già registratosi, risulta evidente come i soggetti sottoposti all'isolamento domiciliare, versassero in condizioni tali da comprendere di essere potenziali latori di un germe patogeno, epidemico e letale³².

Per queste ragioni, i suddetti soggetti che, in violazione delle prescrizioni agli stessi imposte, avessero avuto contatti sociali o avessero lasciato il luogo di isolamento, oppure non si fossero allontanati dai conviventi non positivi al virus,

³¹ Circolare del Ministero della salute del 22 febbraio 2020.

³² L. AGOSTINI, *Pandemia e "penademia"*, cit., p. 240.

avrebbero potuto e dovuto prevedere la causazione dell'evento della fattispecie prevista dagli artt. 438 e 452 cod. pen. Del resto, appare evidente come, nell'ambito della complessiva strategia normativa di contrasto alla diffusione del virus, la misura dell'isolamento domiciliare non avesse finalità afflittiva, quanto, piuttosto, preventiva, non mirava alla punizione del soggetto destinatario, bensì alla prevenzione del contagio e, quindi, alla tutela della salute dei terzi³³.

Successivamente, il d.p.c.m. 8 marzo 2020, emanato sempre in attuazione del d.l. n. 6/2020, ma con efficacia sull'intero territorio nazionale³⁴:

- 1) ribadì le prescrizioni già previste dal d.p.c.m. 1 marzo 2020 nei confronti di chi nei quattordici giorni antecedenti alla data di pubblicazione del decreto (cioè dal 22 febbraio 2020) avesse soggiornato in zone a rischio epidemiologico prima di fare rientro in Italia (art. 3, commi 1, lettera m), 4 e 5);
- 2) raccomandò fortemente ai soggetti con sintomatologia da infezione respiratoria e febbre (maggiore di 37,5° C) di «rimanere presso il proprio domicilio e limitare al massimo i contatti sociali, contattando il proprio medico curante» (art. 3, comma 1, lett. d);
- 3) dispose il divieto «assoluto» per i soggetti «sottoposti alla misura della quarantena ovvero risultati positivi al virus» di mobilità dalla propria abitazione o dimora (art. 2, comma 1, lett. z);

Con riferimento a questi ultimi soggetti, i quali avrebbero potuto e dovuto ragionevolmente avvedersi dell'idoneità della propria condizione a renderli potenziali veicolo di contagio, il divieto assoluto di mobilità imposto dal provvedimento normativo costituiva una precisa e rigida norma cautelare³⁵.

³³ C. RUGA RIVA, *La violazione delle ordinanze regionali e sindacali in materia di coronavirus: profili penali*, in *Sistema penale*, 2020, p. 241; V. MANZINI, *Trattato di diritto penale italiano*, P. NUVOLONE, G.D. PISAPIA (a cura di), vol. VI, V ed., Torino, 1983, p. 396 («Lo stesso, malato può rendersi diffusore di germi patogeni mescolandosi dolosamente o colposamente alla popolazione immune, come nel caso del lebbroso che dissimuli il suo stato o che evada da un luogo di isolamento»).

³⁴ Pubblicato in Gazzetta Ufficiale, Serie Generale, n. 59 dell'8 marzo 2020. In senso critico nei confronti di tale provvedimento, G.L. GATTA, *Coronavirus, limitazione di diritti e libertà fondamentali, e diritto penale: un deficit di legalità da rimediare*, in *Sistema Penale*, 2020, p. 1 ss., il quale ha evidenziato che l'estensione delle misure all'intero territorio nazionale è stata operata di base legale.

³⁵ In ordine alla distinzione tra norme prudenziali rigide ed elastiche, G. FIANDACA, E. MUSCO, *Diritto Penale. Parte Generale*, Zanichelli, Bologna, 2014, p. 571.

Quanto, poi, alla definizione di quarantena, in assenza di indicazioni espresse da parte del legislatore, la stessa si identifica con la sottoposizione al regime di permanenza domiciliare (previsto anche per i soggetti indicati al punto 1). In tal senso, del resto, depone anche la disposizione di cui all'art. 3, comma 2, lett. d) dello stesso d.p.c.m., relativo alle ragioni della quarantena (motivi di sanità pubblica) da indicare nella certificazione ai fini INPS per l'assenza dal lavoro³⁶.

Più complessa, ma solo in apparenza, era la condizione dei soggetti nei confronti dei quali la permanenza domiciliare era soltanto raccomandata, sia pure «fortemente». Ai fini della configurazione della condotta colposa, infatti, il d.p.c.m., senz'altro qualificabile come regolamento ai sensi dell'art. 43 cod. pen. (anche in virtù del richiamo nel preambolo alla l. 23 agosto 1988, n. 400), introduceva una serie di regole di condotta finalizzate alla riduzione del pericolo di ulteriore diffusione del contagio. A ben vedere, le raccomandazioni contenute nel suddetto d.p.c.m. presentano i caratteri delle c.d. norme di prudenza³⁷, mediante le quali si vieta la realizzazione di una determinata condotta o si prescrive il compimento della stessa soltanto nel rispetto di determinate cautele³⁸. La violazione di tali raccomandazioni, quindi, risulta sicuramente idonea a integrare gli estremi di una condotta colposa di rilievo penale³⁹.

Ove ciò non bastasse, sembra opportuno evidenziare che rilevanti indicazioni in ordine ai comportamenti doverosi da osservare si ricavano, sia pure in maniera indiretta, dalle misure igienico sanitarie di cui all'allegato 1 del d.p.c.m. 8 marzo 2020, con le quali si raccomandava a tutta la cittadinanza, in quanto possibile veicolo di contagio, e quindi soprattutto ai soggetti sicuramente o potenzialmente latori del virus, di evitare una serie di “contatti sociali”, come abbracci e strette di mano, nonché a osservare determinati comportamenti come il mantenimento della

³⁶ L. AGOSTINI, *Pandemia e “penademia”*, cit., p. 241.

³⁷ Sulla nozione di prudenza, A. CADOPPI, P. VENEZIANI, *Elementi di diritto penale. Parte generale*, Cedam, Torino, 2015, p. 366; G. FIANDACA, E. MUSCO, *Diritto Penale*, Parte generale, cit., p. 572 ss.

³⁸ Analogamente a quanto accade nell'ambito della responsabilità medica con riferimento alle raccomandazioni contenute in linee guida non vincolanti: Cass., Sez. IV, 30 gennaio 2019, n. 9447, in *C.E.D. Cass.*, n. 275268; Cass., Sez. Un., 21 dicembre 2017, n. 8770, in *C.E.D. Cass.*, n. 272174.

³⁹ «il profluvio di regole precauzionali di variegata fonte (governativa, ministeriale, subministeriale, regionale e sindacale) lascia ben poco spazio alla colpa generica» (V. VALENTINI, *Profili penali della veicolazione virale: una prima mappatura*, in *Arch. pen.*, 2020, p. 2); E. NAPOLETANO, *La sanzione penale al tempo dell'emergenza tra principio dell'affidamento e principio dell'auto-responsabilità*, in *Giurisprudenza penale*, 2020, p. 7.

distanza interpersonale di almeno un metro, l'utilizzo dei dispositivi di protezione individuale e l'uso di specifici accorgimenti (coprire naso e bocca) in occasione di atti respiratori riflessi (starnuti e tosse).

Per espressa previsione del legislatore emergenziale, l'isolamento fiduciario doveva essere espletato presso l'abitazione o il luogo di privata dimora del soggetto interessato oppure in strutture alberghiere o in altri immobili aventi analoghe caratteristiche di idoneità, le quali potevano essere oggetto di requisizione in uso «per ospitarvi le persone in sorveglianza sanitaria e isolamento fiduciario o in permanenza domiciliare, laddove tali misure non possano essere attuate presso il domicilio della persona interessata» (art. 6, comma 7, dl. 17 marzo 2020, n. 18).

La disciplina così tratteggiata ha trovato sostanziale conferma nella normativa definita con i successivi interventi di carattere emergenziale.

Innanzitutto, il d.l. 25 marzo 2020, n. 19, a fronte delle molteplici novità introdotte, conferma l'obbligo di quarantena (art. 1, comma 2, lett. d ed e), conferendo in tal modo carattere legislativo all'omologa previsione di cui al d.p.c.m. 8 marzo 2020⁴⁰.

Sul punto, giova precisare che il decreto in parola ha disciplinato due differenti tipologie di quarantena: quella prescritta per i soggetti risultati positivi al virus e la quarantena fiduciaria o precauzionale (per i soggetti che abbiano «avuto contatti stretti con casi confermati di malattia infettiva diffusiva o che rientrano da aree, ubicate al di fuori del territorio italiano»). Tuttavia, sebbene il legislatore emergenziale abbia riconosciuto rilevanza penale soltanto all'inosservanza della prima tipologia di quarantena (lett. e), la prescrizione relativa alla quarantena precauzionale sembra assumere comunque valenza cautelare⁴¹.

L'obbligo di quarantena precauzionale, infatti, trova applicazione nei confronti, oltre che di coloro che fanno rientro in Italia da aree ubicate al di fuori dei confini nazionali, dei soggetti che abbiano avuto contatti stretti con casi

⁴⁰ «nulla dice però il nostro decreto-legge a proposito dei provvedimenti, individuali e concreti, che applicano la misura della quarantena: né in merito all'autorità competente, né a riguardo dei doveri di informazione, della durata e dell'eventuale revisione periodica e revoca, né circa la convalida della misura e i rimedi per contestarne l'applicazione» (G.L. GATTA, *I diritti fondamentali alla prova del coronavirus. Perché è necessaria una legge sulla quarantena*, in *Sistema Penale*, 2020).

⁴¹ L. AGOSTINI, *Pandemia e "penademia"*, cit., p. 242.

probabili⁴² o confermati⁴³ di malattia infettiva diffusiva. A tal fine, la definizione di “contatto stretto” è fornita dalla circolare del Ministero della Salute del 9 marzo 2020 e ricomprende colui che:

- vive nella stessa casa di un caso di Covid-19;
- ha avuto un contatto fisico diretto con un caso di Covid-19 (per esempio la stretta di mano);
- ha avuto un contatto diretto non protetto con le secrezioni di un caso di Covid-19 (come toccare a mani nude fazzoletti di carta usati);
- ha avuto un contatto diretto (faccia a faccia) con un caso di Covid-19, a distanza minore di due metri e di durata maggiore a 15 minuti;
- si è trovato in un ambiente chiuso (ad esempio un’aula, una sala riunioni, una sala d’attesa dell’ospedale) con un caso di Covid-19 per almeno 15 minuti, a distanza minore di due metri;
- fornisce assistenza diretta a un caso di Covid-19 oppure fa parte del personale di laboratorio addetto alla manipolazione di campioni di casi di Covid-19, senza l’impiego dei dispositivi di protezione individuali raccomandati o mediante l’utilizzo di dispositivi di protezione non idonei;
- ha viaggiato seduto in aereo nei due posti adiacenti, in qualsiasi direzione, di un caso di Covid-19 o faceva parte del personale addetto all’assistenza o alla sezione dell’aereo dove il caso indice era seduto (qualora quest’ultimo abbia una sintomatologia grave o si sia spostato all’interno dell’aereo, così determinando una maggiore esposizione dei passeggeri, devono considerarsi contatti stretti tutti i passeggeri seduti nella stessa sezione dell’aereo o in tutto l’aereo);

In virtù della disciplina così definita, quindi, sembra ragionevole affermare la configurabilità di una condotta colposa – quantomeno declinata in termini di

⁴² «Caso sospetto il cui risultato del test per SARS-CoV-2 è dubbio o inconcludente utilizzando protocolli specifici di Real Time PCR per SARS-CoV-2 presso i Laboratori di Riferimento Regionali individuati o è positivo utilizzando un test pan-coronavirus» (Circolare del Ministero della Salute del 9 marzo 2020, Allegato 1).

⁴³ «Caso con una conferma di laboratorio per infezione da SARS-CoV-2, effettuata presso il laboratorio di riferimento nazionale dell’Istituto Superiore di Sanità (ISS) o da laboratori Regionali di Riferimento che rispondano ai criteri indicati in Allegato 3, indipendentemente dai segni e dai sintomi clinici» (Circolare del Ministero della Salute del 9 marzo 2020, Allegato 1).

imprudenza *ex art.* 43 cod. pen. (eventualmente aggravata ai sensi dell'art. 61, n. 3, cod. pen.) – in capo al soggetto che, conosciuto l'esito positivo dei test diagnostici effettuati dal soggetto con cui ha avuto contatti stretti, violi l'obbligo di quarantena precauzionale e le relative prescrizioni per quattordici giorni⁴⁴.

Analogo addebito di colpa sembra potersi formulare nei confronti del soggetto che in maniera negligente, non avendo la certezza circa la positività della persona affetta da sintomi sospetti con cui ha avuto contatti stretti, si disinteressa di conoscere l'esito dei test anzidetti⁴⁵.

Le stesse considerazioni valgono, naturalmente, per il soggetto risultato positivo al Covid-19: assume sicuramente connotazioni colpose tali da integrare il fatto tipico di cui all'art. 452 cod. pen. la condotta del soggetto positivo che, pur non volendo l'evento epidemia o determinarne un aggravamento delle condizioni⁴⁶, violi il divieto assoluto (presidiato dalla sanzione penale) di abbandonare la propria abitazione o dimora⁴⁷.

Alcuni problemi di carattere pratico-applicativo si sono manifestati, invece, con riferimento ai soggetti positivi ricoverati presso una struttura sanitaria o altra struttura allo scopo destinata.

In ragione dell'esclusione di queste ultime dall'espressa indicazione normativa dei luoghi di espletamento della quarantena, infatti, la contravvenzione prevista dall'art. 4, comma 6, d.l. n. 19/2020 non troverebbe applicazione nei confronti dei soggetti che, ricoverati presso appositi reparti di una struttura ospedaliera, vi si allontanano per recarsi in un diverso reparto della stessa o addirittura all'esterno del nosocomio; salvo a voler riconoscere al ricovero, oltre che una finalità di cura del

⁴⁴ V. MANZINI, *Trattato di diritto penale italiano*, cit., p. 400. In senso contrario, V. VALENTINI, *Profili penali della veicolazione virale: una prima mappatura*, cit., p. 8, secondo il quale, ai fini dell'integrazione del delitto di epidemia colposa è necessaria «la certezza di essere infetti, non essendo sufficiente un "ragionevole sospetto"».

⁴⁵ Di contrario avviso, M. PELISSERO, *Covid-19 e diritto penale pandemico*, cit., p. 537.

⁴⁶ A. NATALE, *Il decreto legge n. 19 del 2020: le previsioni sanzionatorie*, in *Quest. giust.*, 2020.

⁴⁷ «Ad esempio, questo potrebbe essere il caso (ispirato dalle notizie di cronaca) di chi, di fronte al peggiorare delle sue condizioni, non richiede di essere prelevato da un idoneo mezzo sanitario, ma si rechi personalmente in un Pronto Soccorso e contagi il personale e i pazienti presenti o chi si sia trovato a viaggiare con lui sullo stesso mezzo di trasporto pubblico» (L. AGOSTINI, *Pandemia e "penademia"*, cit., p. 243).

paziente, una funzione di contenimento del contagio e, conseguentemente, ricomprendere nel concetto di dimora anche la stanza di degenza dell'ospedale⁴⁸.

Sul punto, però, è necessario rilevare che, indipendentemente dall'indicazione normativa dei luoghi di espletamento della quarantena, risulta evidente come, in ragione delle argomentazioni fin qui esposte, la condotta consistente nell'allontanamento dalla struttura sanitaria, in quanto evidentemente connotata da profili di imprudenza *ex art. 43 cod. pen.*, sembra idonea a integrare, sotto il profilo soggettivo, gli estremi del delitto di epidemia colposa.

L'efficacia delle misure previste dai d.p.c.m. dell'8, 9, 11 e 22 marzo 2020 e dalle ordinanze del Ministro della Salute del 20 e 28 marzo 2020 (quest'ultima di concerto con il Ministro delle infrastrutture e dei trasporti) è stata, poi, prorogata fino al 13 aprile 2020 con il d.p.c.m. dell'1 aprile 2020.

Il successivo d.p.c.m. del 10 aprile 2020⁴⁹, invece, ha sostituito i precedenti d.p.c.m. e ne ha confermato sostanzialmente la disciplina, disponendo, con efficacia fino al 3 maggio 2020 (art. 8 comma 1):

- 1) la forte raccomandazione a «rimanere presso il proprio domicilio e limitare al massimo i contatti sociali, contattando il proprio medico curante» per i soggetti con sintomatologia da infezione respiratoria e febbre maggiore di 37,5° C (art. 1, comma 1, lett. b);
- 2) il divieto «assoluto» di mobilità dalla propria abitazione o dimora nei confronti dei soggetti «sottoposti alla misura della quarantena ovvero risultati positivi al virus» (art. 1, comma 1, lett. c).

Ai sensi dell'art. 4 dello stesso d.p.c.m., poi, è posto nei confronti dei soggetti che facciano ingresso in Italia un obbligo di isolamento fiduciario della durata di quattordici giorni, nel corso dei quali a tali soggetti, che dovranno rimanere raggiungibili per le attività di sorveglianza sanitaria sono preclusi, secondo lo schema già definito dalla precedente normativa, i contatti sociali e gli spostamenti dal luogo di isolamento. In capo agli stessi soggetti è sancito, poi, l'obbligo di segnalare telefonicamente all'Autorità sanitaria l'eventuale insorgenza di sintomi

⁴⁸ G.L. GATTA, *I diritti fondamentali alla prova del coronavirus*, cit.

⁴⁹ Pubblicato in Gazzetta Ufficiale, Serie Generale, n. 97 dell'11 aprile 2020.

Covid-19, in conseguenza della quale il soggetto è tenuto rispettare le prescrizioni già contenute nell'art. 3, comma 5, del d.p.c.m. 1 marzo 2020.

A tali obblighi non sono assoggettati, invece (art. 4, comma 9):

- a) l'equipaggio di mezzi di trasporto;
- b) il personale viaggiante appartenente a imprese aventi sede legale in Italia;
- c) il personale sanitario in ingresso in Italia per l'esercizio di qualifiche professionali sanitarie;
- d) i lavoratori transfrontalieri in ingresso e in uscita dal territorio nazionale per comprovati motivi di lavoro che rientrino nello Stato di provenienza.

Tuttavia, in ragione del rango di tale provvedimento e del rapporto di gerarchia tra le fonti, nei confronti di tali categorie di soggetti potrà pur sempre trovare applicazione l'obbligo di quarantena, anche precauzionale, previsto dall'art. 1 d.l. n. 19/2020, con la conseguenza che l'eventuale violazione da parte degli stessi dell'obbligo di autoisolamento e delle relative prescrizioni, costituirà comunque una condotta colposa penalmente rilevante ai sensi dell'art. 452 cod. pen.

Le stesse prescrizioni relative ai soggetti risultati positivi al virus e a quelli con sintomatologia da infezione respiratoria e febbre (maggiore di 37,5° C) o che fanno ingresso in Italia sono contenute anche nel d.p.c.m. 26 aprile 2020⁵⁰ (rispettivamente artt. 1, lett. b) e c), e 4), con efficacia fino al 17 maggio 2020 (art. 10). La sola differenza rispetto alla disciplina previgente consiste nella sostituzione della forte raccomandazione di permanenza domiciliare con un vero e proprio obbligo (desumibile dall'uso del verbo «devono»).

Ulteriori disposizioni di carattere cautelare sono contenute, poi, nel decreto-legge 16 maggio 2020, n. 33 e nel d.p.c.m. del 17 maggio 2020.

Nel primo di tali provvedimenti erano disciplinate, analogamente a quanto già disposto dal d.l. n. 19/2020, due differenti tipologie di quarantena: quella disposta, con provvedimento dell'autorità sanitaria, nei confronti dei soggetti risultati positivi al Covid-19 (art. 1 comma 6); e la quarantena precauzionale, applicata – sempre

⁵⁰ Pubblicato in Gazzetta Ufficiale, Serie Generale, n. 108 del 27 aprile 2020.

con provvedimento dell'autorità sanitaria – ai soggetti che hanno avuto contatti stretti con casi confermati di persone positive al virus (art. 1, comma 7).

Il nuovo decreto legge conservava altresì la previsione di due diverse conseguenze sanzionatorie della violazione della quarantena: un'ipotesi di responsabilità penale (punita ai sensi dell'art. 260 r.d. n. 1265/1934), in ordine alla violazione della quarantena da parte dei soggetti risultati positivi al virus; e un illecito amministrativo, quanto alla condotta di inosservanza della quarantena c.d. precauzionale.

Il d.p.c.m. 17 maggio 2020, invece, disponeva l'applicazione di quest'ultima tipologia di quarantena, per la durata di quattordici giorni, nei confronti dei soggetti che, anche se asintomatici, rientravano in Italia dall'estero (art. 4, commi 3 e 5). Lo stesso provvedimento conteneva, poi, con riferimento esclusivo alla quarantena precauzionale, una disciplina espressa e dettagliata degli obblighi di comunicazione e di controllo posti in capo all'autorità sanitaria (art. 4, comma 8).

Ulteriori e nuove regole cautelari, che assumono rilievo ai fini di un eventuale giudizio di colpa, concernevano, poi: 1) la circolazione nel territorio regionale e nazionale, nonché all'estero; 2) le manifestazioni, gli eventi e gli spettacoli; 3) gli assembramenti e le riunioni in pubblico; 4) le funzioni religiose; 5) le attività didattiche; 6) le attività economiche, produttive e sociali (art. 1).

Infine, con riferimento alla fase 2 dell'emergenza sanitaria viene in rilievo il d.p.c.m. dell'11 giugno 2020, il cui termine di efficacia, inizialmente individuato nel 14 luglio 2020, è stato prorogato fino al 31 luglio 2020 con il d.p.c.m. del 14 luglio 2020.

Il decreto in parola conteneva la previsione, oltre che dell'obbligo di quarantena precauzionale per i soggetti con infezione respiratoria caratterizzata da febbre (maggiore di 37,5°) e per le persone che facessero ingresso in Italia dall'estero, di ulteriori prescrizioni e regole cautelari – sempre meno restrittive in ragione del graduale e progressivo miglioramento della situazione epidemiologica – relative a: 1) la circolazione nel territorio regionale e nazionale, nonché all'estero; 2) l'accesso ai luoghi pubblici; 3) le manifestazioni gli spettacoli; 4) lo svolgimento di attività ludiche, ricreative ed educative; 5) gli eventi e le competizioni sportive a

porte chiuse; 6) le funzioni religiose; 7) le attività didattiche; 8) le attività economiche, produttive e sociali (art. 1).

4. La qualificazione, in termini commissivi od omissivi, della condotta del soggetto agente

Così individuate le regole cautelari volte al contenimento della diffusione del contagio da Covid-19, una prima problematica di rilievo attiene alla qualificazione, in termini di azione od omissione, delle relative condotte. Ciò in ragione delle conseguenze pratico-applicative che ne derivano – nell’ambito dell’indagine in ordine all’adeguatezza funzionale delle fattispecie anzidette – quanto alla individuazione del soggetto attivo (rispettivamente chiunque o soltanto i soggetti che rivestono una specifica posizione di garanzia), da un lato, e alla definizione del meccanismo di accertamento del nesso causale (per eliminazione o per aggiunta), dall’altro⁵¹.

L’elemento in virtù del quale deve essere effettuata tale qualificazione è costituito dal “nucleo significativo” della condotta del soggetto agente⁵². Si tratta, cioè, di stabilire se tale condotta si sia sostanziata nella produzione dello stesso fattore di rischio da cui ha tratto origine l’evento penalmente rilevante oppure nell’omesso o inadeguato controllo di un fattore di rischio già esistente nella realtà⁵³.

All’esito di un accertamento di tal genere si può affermare che con riferimento all’emergenza sanitaria da Covid-19 vengono in rilievo condotte sia commissive che omissive.

⁵¹ S. ZIRULIA, *Nesso di causalità e contagio da Covid-19*, in *Sistema penale*, 2020, p. 3 ss.

⁵² L’espressione è impiegata dalla giurisprudenza di legittimità in tema di nesso causale: Cass., Sez. IV, 17 settembre 2010, n. 43786 (in cui viene qualificata come commissiva la condotta del datore di lavoro in ordine all’insorgenza di malattie professionali dei dipendenti a causa dell’esposizione all’amianto); Cass., Sez. un., 24 aprile 2014, n. 38343 (nella quale la mancata adozione di cautele doverose in materia di prevenzione degli incendi da parte del garante è qualificata qualifica in termini di condotta omissiva).

⁵³ Con riferimento al criterio “naturalistico” di distinzione tra causalità commissiva e omissiva, F. VIGANÒ, *Il rapporto di causalità nella giurisprudenza penale a dieci anni dalla sentenza Franzese*, in *Dir. pen. cont.*, 2013, p. 384.

Innanzitutto, assume sicuramente connotazioni di tipo commissivo la condotta del soggetto che, o risultato positivo al virus o affetto da sintomatologia da infezione respiratoria e febbre, non abbia osservato la prescrizione legislativa della quarantena – rispettivamente, “obbligatoria” e “precauzionale” – diffondendo il virus di cui era latore ai soggetti sani con cui sia entrato in contatto. In questo caso, infatti, la condotta del soggetto agente, pur se espletata in un contesto di epidemia già in atto, determina sicuramente l’introduzione di un ulteriore fattore di rischio, rappresentato dal virus di cui lo stesso è portatore.

Per le stesse ragioni, altrettanto commissiva risulta la condotta che, a prescindere dalle concrete modalità di realizzazione, contribuisca alla produzione di occasioni di contagio che in assenza della stessa non si sarebbero verificate⁵⁴: è il caso, per esempio, delle dimissioni, da parte della struttura ospedaliera presso la quale è ricoverato, di un paziente ancora positivo al Covid-19⁵⁵.

Con riferimento alla natura commissiva od omissiva delle condotte penalmente rilevanti nell’ambito della diffusione del contagio da Covid-19, alcuni autori⁵⁶ hanno evidenziato, poi, la possibile realizzazione di condotte di tipo commissivo anche da parte di soggetti che rivestono una posizione di garanzia rispetto a determinate fonti di rischio. Si tratterebbe delle peculiari ipotesi in cui detti soggetti non si limitano ad omettere una adeguata attività di controllo in ordine al rischio di diffusione del contagio nell’ambito dell’attività di cui sono responsabili, ma contribuiscono a incrementarlo.

A sostegno di tale affermazione si osserva che l’automatismo in base al quale si tende a qualificare come omissiva la responsabilità del titolare di una posizione di garanzia, per il contributo fornito – con la propria condotta – alla realizzazione dell’evento che si aveva l’obbligo di impedire, poggia su di un ragionamento suggestivo ma fallace. Ciò, in quanto l’obbligo giuridico di impedire un evento si limita a identificare, e circoscrivere, la responsabilità del relativo titolare in ordine

⁵⁴ «Si pensi all’uscire di una RSA che, dietro il pagamento di somme di denaro, consenta ai famigliari dei pazienti di incontrare i propri cari, a fronte del divieto di visite imposto dalla direzione della struttura» (S. ZIRULIA, *Nesso di causalità e contagio da Covid-19*, cit., p. 4).

⁵⁵ Si tratta di una vicenda realmente accaduta e per la quale è stata sporta denuncia presso la Procura della Repubblica di Cassino.

⁵⁶ S. ZIRULIA, *Nesso di causalità e contagio da Covid-19*, cit., p. 4; G. BATTARINO, A. NATALE, *Reati dell’epidemia e reati nell’epidemia*, in *Questione Giustizia*, 2020, p. 48.

alla gestione e al controllo di un determinato fattore di rischio⁵⁷, nell'ambito della quale il garante è tenuto non solo ad attivarsi per evitare il verificarsi dell'evento, ma altresì a non assumere egli stesso condotte pericolose.

In tale prospettiva, e con riferimento specifico alla responsabilità da diffusione del contagio da Covid-19, esempi di condotte commissive realizzate da titolari di posizioni di garanzia sono, per esempio, quelle del datore di lavoro, che imponga ai suoi dipendenti, uno dei quali positivo al Covid-19, di viaggiare a bordo dello stesso veicolo, e del personale sanitario o penitenziario per l'assegnazione di un paziente o detenuto infetti in un reparto o in una cella in cui vi sono soggetti sani⁵⁸.

Nell'ambito delle condotte di natura omissiva sono da ricondurre, invece, quelle dei soggetti titolari di posizioni di garanzia, di carattere sia pubblico che privato, in ordine alla gestione della situazione sanitaria, consistenti nella mancata adozione di adeguate ed efficaci misure di prevenzione e di contenimento della diffusione del contagio.

In tale contesto vengono innanzitutto in rilievo le omissioni perpetrare in ambienti confinati, di natura sia pubblica che privata, quali i luoghi di lavoro, gli istituti di cura, le scuole, gli istituti penitenziari⁵⁹, ecc. In queste ipotesi si contesta al garante – la cui condotta deve essere analizzata alla luce dei protocolli di contenimento adottati con provvedimento ministeriale e dalle parti sociali – di non

⁵⁷ Cass., Sez. un., 24 aprile 2014, n. 38343.

⁵⁸ Tali esemplificazioni sono tratte da: S. ZIRULIA, *Nesso di causalità e contagio da Covid-19*, cit., p. 5.

⁵⁹ Sulla necessità di adottare efficaci misure di contrasto alla diffusione del Covid-19 negli istituti penitenziari: G. FORTI, F. CENTONZE, *Trasparenza, sovraffollamento, misure sanitarie urgenti: le priorità per combattere il Covid 19 nelle carceri*, in *La Stampa*, 2020; G. GIOSTRA, *Disinnescare in modo sano la bomba-virus nelle carceri*, in *Avvenire*, 2020; E. DOLCINI, G.L. GATTA, *Carcere, coronavirus, decreto "cura Italia": a mali estremi, timidi rimedi*, in *Sistema penale*, 2020; G.L. GATTA, *Carcere e coronavirus: che fare?*, in *Sistema penale*, 2020; V. POLIMENI, *Il diritto alla salute dei detenuti ai tempi del Covid-19: strumenti di tutela e possibili profili di violazione dell'art. 3 CEDU*, in *Rivista italiana di medicina legale (e del diritto in campo sanitario)*, 2020, p. 849 ss.; F. CENTONZE, «Break the isolation». *Il buon uso della crisi per un nuovo modello di detenzione*, in G. FORTI (a cura di), *Le regole e la vita. Del buon uso di una crisi, tra letteratura e diritto*, Vita e Pensiero, Milano, 2020, p. 86 ss.

aver impedito la propagazione del virus tra i soggetti garantiti⁶⁰, consentendo in questo modo un'incontrollata diffusione dei contagi⁶¹.

In tale categoria sono annoverabili, poi, anche le condotte omissive poste in essere da soggetti istituzionali – sia centrali che locali⁶² e di natura sia amministrativa che politica⁶³ –, in ordine alla mancata adozione di adeguate misure di contenimento della diffusione del contagio, quali: il divieto di ingresso in un determinato territorio e di uscita dallo stesso; il divieto di esercizio di attività (economiche, educative, sportive, ricreative, ecc.) caratterizzate da un elevato livello di “contatto sociale” o l’obbligo di esercitarle nel rispetto di specifiche precauzioni; la regolamentazione espressa – e conforme alle garanzie costituzionali in tema di limitazione della libertà di circolazione – della duplice tipologia di “quarantena” (obbligatoria per i soggetti risultati positivi al virus; precauzionale, per quelli che hanno avuto contatti stretti con casi, confermati o probabili di Covid-19); ecc.

Questo ulteriore profilo attiene evidentemente al delicato tema della configurabilità di profili di responsabilità penale con riferimento a scelte di carattere politico effettuate a livello sia nazionale che locale, nel momento in cui le stesse si siano tradotte nell’omesso impedimento della propagazione del virus e dei conseguenti eventi epidemici.

⁶⁰ Sul punto, parte della dottrina ha evidenziato che «il verificarsi di un certo numero di contagi in un ambiente numericamente limitato, quali una RSA o un’impresa, integrerà al più un focolaio epidemico, mentre sarà necessaria una proiezione esterna della malattia per rilevare ai sensi dell’art. 438-452 c.p.» (D. AMATO, *Emergenza pandemica e diritto penale: quali spazi applicativi per il reato di epidemia?*, in *Rivista italiana di medicina legale (e del diritto in campo sanitario)*, 2021, p. 1146).

⁶¹ In questo caso i responsabili di dette strutture rivestono sicuramente una posizione di garanzia e le loro condotte sono indubbiamente qualificabili in termini omissivi. In tal senso, G. BATTARINO, A. NATALE, *Reati dell’epidemia e reati nell’epidemia*, cit., p. 53. Sul tema specifico del contenuto della posizione di garanzia dell’amministratore di una casa di riposo e dei relativi obblighi, Cass., Sez. IV, 16 marzo 2015, n. 11136, in *Rivista italiana di medicina legale (e del diritto in campo sanitario)*, 2015, p. 665 ss., con nota di B. VENTURATO.

⁶² Per una analitica indicazione dei soggetti garanti che, nell’ordinamento italiano, sono titolari dell’obbligo giuridico di impedire il diffondersi di malattie infettive, S. CORBETTA, *I delitti contro l’incolumità pubblica*, cit., p. 17 ss.

⁶³ F. PALAZZO, *Pandemia e responsabilità colposa*, in *Sistema penale*, 2020, p. 3; A. BERNARDI, *Il diritto penale alla prova del Covid-19*, cit., p. 448; R. BARTOLI, *Il diritto penale dell’emergenza “a contrasto del coronavirus”*, cit., p. 13; M. PELISSERO, *Covid-19 e diritto penale pandemico*, cit., p. 525; S. ZIRULIA, *Nesso di causalità e contagio da Covid-19*, cit., p. 5; G. PIGNATONE, *Il giudice penale nella zona rossa*, in *La Repubblica*, 2020 («di fronte all’autorità giudiziaria non è in gioco in alcun modo la natura “politica” della scelta [...] Ma [...] il nostro ordinamento non sottrae la “scelta politica” [...] al sindacato del giudice penale»).

Sul punto, l'orientamento prevalente in dottrina sostiene che non vi siano ragioni per escludere aprioristicamente la possibilità di un sindacato, anche sul piano del diritto penale, in ordine agli effetti prodotti dalle decisioni politiche assunte in materia di salute pubblica⁶⁴.

5. La definizione del concetto di causa e il meccanismo di accertamento del rapporto di causalità

La dottrina⁶⁵ e la giurisprudenza⁶⁶ dominanti concordano nell'individuare la "causa" di un evento nell'antecedente senza il quale l'evento stesso non si sarebbe verificato *hic et nunc*. Un comportamento umano costituisce quindi causa di un evento soltanto nel caso in cui, in mancanza dello stesso, l'evento non si sarebbe verificato (formula positiva); mentre non ne è causa se anche in mancanza di tale comportamento l'evento si sarebbe ugualmente verificato (formula negativa).

Di qui la nozione di giudizio controfattuale ("contro i fatti"), che identifica il procedimento di carattere intellettuale nell'ambito del quale si verifica se, eliminando mentalmente una determinata condizione (la condotta antigiuridica tenuta dell'imputato) dalla sequenza fattuale che ha condotto all'evento, la medesima conseguenza si sarebbe ugualmente prodotta oppure no: un esito positivo di tale accertamento dimostrerebbe che la condotta dell'imputato non costituisce causa dell'evento. Il giudizio controfattuale rappresenta, pertanto, il fondamento della teoria della causalità accolta dal nostro codice e cioè della teoria condizionalistica. Ai fini dell'espletamento di tale giudizio è necessario, quindi, la

⁶⁴ In questo senso, R. BARTOLI, *La responsabilità colposa medica e organizzativa al tempo del coronavirus*, cit., p. 101: "non possano sussistere preclusioni ad affermare le responsabilità dei vertici, non soltanto amministrativi, ma anche politici. Un conto è l'invito alla prudenza, un conto è chiudere pregiudizialmente alle responsabilità anche penali di organi politici". Al contrario, manifestano scetticismo in ordine alla possibilità di utilizzare il diritto penale quale filtro di valutazione di condotte di natura essenzialmente politica, D. PULITANÒ, *Lezioni dell'emergenza e riflessioni sul dopo. Su diritto e giustizia penale*, in *Sistema penale*, 2020, p. 8; A. GARGANI, *La gestione dell'emergenza Covid-19: il "rischio penale" in ambito sanitario*, in *Dir. pen. e proc.*, 2020, p. 895; C. CUPELLI, in E. ANTONUCCI, *La stolta frontiera del panpenalismo: immaginare responsabilità penali per scelte politiche*, in *Il Foglio*, 2020;

⁶⁵ F. ANTOLISEI, *Il rapporto di causalità nel diritto penale*, Cedam, Padova, 1934.

⁶⁶ Cass., Sez. IV, 15 dicembre 2021, n. 9705; Cass., Sez. IV, 11 maggio 2021, n. 30229; Cass., Sez. IV, 15 gennaio 2020, n. 12353; Cass., Sez. IV, 23 maggio 2019, n. 39717; Cass., Sez. IV, 16 novembre 2017, n. 7659.

preliminare ricostruzione della sequenza fattuale che ha condotto all'evento e cioè la formulazione del c.d. giudizio esplicativo⁶⁷.

Secondo il modello elaborato dalla giurisprudenza di legittimità⁶⁸, l'accertamento del nesso causale deve articolarsi in due distinte fasi: il giudizio di "probabilità statistica" (o "quantitativa" o "pascaliana") e quello di probabilità logica (o "baconiana").

Il giudizio di probabilità statistica, che cronologicamente precede quello di probabilità logica, è volto all'individuazione della regola nomologica di copertura, di carattere scientifico (leggi universale o statistiche) o esperienziale (massime di esperienza comunemente condivise), in grado di spiegare la causazione dell'evento in termini di certezza o comunque di altissima probabilità.

La seconda fase dell'accertamento del nesso causale consiste, invece, nella verifica dell'attendibilità dell'impiego delle leggi statistiche con riferimento al singolo evento mediante un riscontro probatorio in ordine alla sicura non incidenza, nel caso di specie, di altri fattori interagenti in via alternativa. Si tratta della verifica del grado di probabilità logica dell'ipotesi causale fondata sull'applicazione della legge di copertura nel caso concreto⁶⁹.

In altri termini, la pur necessaria ricerca delle c.d. "leggi di copertura", seguita dall'altrettanto necessaria verifica della loro adattabilità al caso concreto, (il che implica anche la ricerca di eventuali cause alternative o concause, le quali non abbiano un carattere meramente ipotetico), non può tuttavia condurre ad affermare la sussistenza del nesso di causalità sulla base di un giudizio di probabilità statistica, essendo invece necessaria la formulazione di un giudizio di probabilità logica, inteso come quello che sia caratterizzato da elevata credibilità razionale, in linea con i criteri di valutazione della prova previsti per tutti gli elementi costitutivi del reato e tale, quindi, da poter giustificare il convincimento che l'evento specifico (inteso anche come una significativa anticipazione di un suo comunque ineluttabile

⁶⁷ Cass., Sez. IV, 31 gennaio 2013, n. 23339.

⁶⁸ Cass., Sez. un, 10 luglio 2002, n. 30328 (sentenza Franzese).

⁶⁹ Sul necessario accertamento circa la concretizzazione nel caso specifico della legge scientifica di copertura, F. STELLA, *Giustizia e modernità. La protezione dell'innocente e la tutela delle vittime*, Giuffrè, Milano, 2001, p. 273 ss.

verificarsi), sia riconducibile alla condotta dell'agente "al di là di ogni ragionevole dubbio".

Il principale punto di forza del modello di accertamento della causalità appena delineato va ravvisato nella valorizzazione di uno dei metodi di verifica della teoria condizionalistica (*condicio sine qua non*), vale a dire quello dell'analisi differenziale condotta mediante un ragionamento di tipo abduttivo⁷⁰, «astrattamente capace di garantire una ragionevole certezza, sia pur limitatamente alle conoscenze disponibili al momento del giudizio»⁷¹.

In considerazione delle sue peculiari caratteristiche, quindi, in tale procedimento assume fondamentale rilevanza il panorama conoscitivo entro il quale l'accertamento è condotto. Sebbene la certezza in ordine all'esistenza del rapporto di causalità possa essere raggiunta attraverso l'utilizzo di criteri non dissimili «dalla sequenza del ragionamento inferenziale dettato in tema di prova indiziaria dall'art. 192 comma 2 c.p.p.»⁷², è pur sempre necessaria al raggiungimento del relativo standard probatorio una piena conoscenza di tutti gli elementi di fatto del caso concreto⁷³.

6. Il problematico accertamento del nesso causale nel contagio da Covid-19: i reati contro la persona

Con riferimento ai reati contro la persona perpetrati mediante una condotta di tipo commissivo, per l'accertamento del nesso causale è necessario ricostruire l'eziologia del contagio. Si tratta, cioè, di stabilire se la condotta del soggetto agente

⁷⁰ Sulle caratteristiche del metodo di accertamento abduttivo, DI GIOVINE, *Probabilità statistica e probabilità logica nell'accertamento del nesso di causalità*, in *Cass. pen.*, 2008, p. 2178 ss.

⁷¹ M.G. MARZANO, *Brevi note sulla prova della causalità nel contagio da Covid-19*, in *Cass. pen.*, 2020, p. 3107.

⁷² Cass., Sez. un, 10 luglio 2002, n. 30328, in *Foro it.*, 2002, II, c. 608, con nota di O. DI GIOVINE, *La causalità omissiva in campo medico-chirurgico al vaglio delle sezioni unite*.

⁷³ «l'insufficienza, la contraddittorietà e l'incertezza probatoria, quindi il plausibile e ragionevole dubbio, fondato su specifici elementi che in base all'evidenza disponibile lo avvalorino nel caso concreto, in ordine ai meccanismi sinergici dei plurimi antecedenti, per ciò sulla reale efficacia condizionante della singola condotta omissiva all'interno della rete di causazione, non può non comportare la neutralizzazione dell'ipotesi prospettata dall'accusa e l'esito assolutorio stabilito dall'art. 530 comma 2 c.p.p., secondo il canone di garanzia "in dubio pro reo"» (Cass., Sez. un, 10 luglio 2002, n. 30328).

si pone all'origine di un processo causale che conduce alla diffusione del virus (evento rilevante ai sensi dell'art. 590 cod. pen.), alla quale consegue, eventualmente, la morte di taluno dei soggetti contagiati (evento rilevante ai sensi dell'art. 589 cod. pen.).

Le principali criticità che si incontrano in tale procedimento attengono tanto alla causalità generale, concernente il giudizio *ex ante* – fondato su leggi scientifiche – in ordine all'idoneità di un determinato fattore di rischio a produrre un evento dannoso, quanto alla causalità individuale, relativa al giudizio *ex post* in ordine alla riferibilità eziologica nel singolo caso dell'evento in concreto verificatosi a quel determinato fattore di rischio.

In ordine al primo profilo, va rilevato che, le scarse conoscenze scientifiche di cui si dispone circa il nuovo virus SARS-CoV-2 rendono particolarmente disagiata l'individuazione della legge scientifica di copertura di possibile applicazione nel caso di specie⁷⁴. Pur essendone state ormai sostanzialmente individuate le principali modalità di trasmissione diretta e indiretta⁷⁵, infatti, non si registra unanimità di vedute in relazione a una molteplicità di caratteristiche del virus, che quindi rimangono incerte e variabili⁷⁶, come: la tipologia di esposizione, istantanea o prolungata, idonea alla trasmissione del contagio; la capacità infettante e l'eventuale incidenza sulla stessa della modalità di trasmissione del virus (contatto personale o con superfici); la distanza di sicurezza; il catalogo delle differenti superfici ospitali e la resistenza molecolare del virus sulle stesse; i tempi di incubazione; le ragioni delle differenti forme e intensità di manifestazione della malattia; l'eventuale rilevanza, in ordine al contagio o all'entità del decorso della malattia, di plurime esposizioni al fattore di rischio⁷⁷.

⁷⁴ Sul punto, in dottrina si è affermato che la sentenza Franzese ha operato un salto logico, ponendo il retorico quesito di come sia possibile «scoprire l'esistenza di fattori alternativi se si dispone di una percentuale medio-bassa e non si riesce quindi a ricostruire il rapporto causale» (A. MANNA, *I rapporti tra sapere scientifico e sapere giudiziario*, in *Cass. pen.*, 2009, p. 3642 ss.).

⁷⁵ Vedi *supra*, par. 2.

⁷⁶ V. VALENTINI, *Profili penali della veicolazione virale: una prima mappatura*, cit., p. 3; M.G. MARZANO, *Brevi note sulla prova della causalità nel contagio da Covid-19*, cit., p. 3108 ss.; M.F. CARRIERO, *L'(in)adeguatezza funzionale del delitto di epidemia al cospetto del Covid-19*, in *Arc. pen.*, 2020, p. 22.

⁷⁷ Tale aspetto concerne il problema del cd. effetto acceleratore, la cui eventuale rilevanza anche con riferimento al Covid-19 è ancora incerta. Per un'analisi approfondita in ordine ai riflessi penalistici dell'operatività di tale problema e ai relativi contrasti giurisprudenziali in tema di plurime esposizioni ad amianto, S. ZIRULIA, *Contrasti reali e contrasti apparenti nella giurisprudenza post-*

In questa prospettiva, dunque, la difficile individuazione delle leggi scientifiche di copertura⁷⁸ in ordine all'eziologia nel contagio da Covid-19 sembra evidenziare che «la probabilità logica e quella statistica non sono davvero indipendenti l'una dall'altra ma che, al contrario, si intrecciano e concorrono a decidere la ragionevolezza dell'ipotesi causale con riferimento al concreto caso penalistico»⁷⁹.

Per quanto riguarda, invece, l'accertamento della causalità individuale, le peculiari caratteristiche del virus, costituite dalla sua natura ubiquitaria⁸⁰ e dalla sua elevata contagiosità (unitamente alla mancanza di strumenti che consentano di risalire retroattivamente e con ragionevole certezza all'esatto momento del contagio), pongono non poche problematiche quanto all'esclusione dell'incidenza di fattori causali alternativi, atteso che nello svolgimento delle più ordinarie attività quotidiane il soggetto infettato potrebbe essere stato esposto a un numero potenzialmente infinito di occasioni di contagio, diverse da quella rappresentata dalla condotta del soggetto agente⁸¹. Ne consegue che a differenza di quanto accade in tema di accertamento del nesso causale in caso di malattia professionale derivante dall'esposizione all'amianto, ove le argomentazioni difensive fondate sulla diffusione ubiquitaria del fattore di rischio e sulla teoria della *trigger* dose (o

Cozzini su causalità e amianto. Riflessioni per un rinnovato dibattito sul c.d. effetto acceleratore nei casi di morte per mesotelioma, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 2019, p. 1289 ss.

⁷⁸ Sul tema dell'individuazione delle leggi scientifiche e sui riflessi in ordine all'accertamento del nesso causale, F. STELLA, *Leggi scientifiche e spiegazione causale nel diritto penale*, II ed., Giuffrè, Milano, 2000.

⁷⁹ O. DI GIOVINE, *Lo statuto epistemologico (?) della causalità penale fra cause necessarie e condizioni sufficienti*, in G. DE FRANCESCO, G. MORGANTE (a cura di), *Il diritto penale di fronte alle sfide della «società del rischio». Un difficile rapporto tra nuove esigenze di tutela e classici equilibri di sistema*, Giappichelli, Torino, 2017, p. 218.

⁸⁰ Sul tema: R. BARTOLI, *La responsabilità colposa medica e organizzativa al tempo del coronavirus*, cit., p. 85. ss.; D. CASTRONUOVO, *I limiti sostanziali del potere punitivo nell'emergenza pandemica*, cit., p. 9; C. CUPELLI, *Obblighi datoriali di tutela contro il rischio di contagio da Covid-19: un reale ridimensionamento della colpa penale?*, in *Sistema Penale*, 2020; O. DI GIOVINE, *Coronavirus, diritto penale e responsabilità datoriali*, in *Sistema penale*, 2020; L. GESTRI, *Il rapporto fra la normativa emergenziale e dei protocolli Covid-19 ed il sistema prevenzionistico e di sicurezza sui luoghi di lavoro: nuovi obblighi ed ipotesi di responsabilità penale per il datore di lavoro?*, in *Sistema penale*, 2020, p. 271 ss.; V. MONGILLO, *Salute e sicurezza nei luoghi di lavoro in tempi di pandemia. Profili di responsabilità individuale e dell'ente per contagio da coronavirus*, in *Sistema penale*, 2020, p. 305 ss.; V. VALENTINI, *Profili penali della veicolazione virale: una prima mappatura*, cit.

⁸¹ Nel senso dell'insormontabilità degli ostacoli che si frappongono all'accertamento della causalità individuale nella diffusione del contagio da Covid-19, M. PELISSERO, *Covid-19 e diritto penale pandemico*, cit., p. 538; V. MONGILLO, *Salute e sicurezza nei luoghi di lavoro in tempi di pandemia*, cit., p. 41 ss.; S. ZIRULIA, *Nesso di causalità e contagio da Covid-19*, cit., p. 6.

dose grilletto)⁸² si sono rivelate inidonee a incidere negativamente sull'accertamento della causalità individuale⁸³, nel contesto dell'attuale emergenza sanitaria le principali criticità in ordine alla ricostruzione eziologica del contagio riguardano proprio la difficoltà di escludere, nella maggior parte dei casi, che il contagio si sia verificato per l'esposizione del soggetto alla medesima fonte di rischio *aliunde*.

Ulteriore difficoltà di accertamento è posta, poi, dall'eventuale presenza, nel soggetto contagiato, di pregresse comorbidità, nel qual caso risulta necessario verificare l'effettiva derivazione causale dell'evento dall'azione del virus o, comunque, l'incidenza della stessa sul decorso causale che ha condotto alla produzione dell'evento. Con riferimento a tali ipotesi si è prospettata la soluzione, altrettanto carica di difficoltà probatorie⁸⁴, secondo la quale la sussistenza del nesso di condizionamento può essere affermata in applicazione della disciplina delle concause (art. 41, comma 1, cod. pen.)⁸⁵.

Naturalmente, però, la constatazione di tali difficoltà non deve condurre ad affermare l'impossibilità assoluta dell'accertamento della causalità individuale in relazione a tutte le possibili ipotesi di diffusione del contagio. Al contrario, possono ipotizzarsi dei casi in cui tale accertamento può essere condotto nel pieno rispetto del canone dell'oltre ogni ragionevole dubbio⁸⁶. Tale potrebbe essere, per esempio, il caso della diffusione del contagio in una residenza sanitaria assistenziale (RSA), in cui non si erano ancora registrati casi di positività, per aver consentito, in

⁸² Secondo la quale l'assunzione di una prima quantità di fibre di amianto risulta sufficiente a determinare l'insorgenza e il successivo sviluppo della patologia, con la conseguente irrilevanza, in termini peggiorativi sull'inarrestabile decorso della malattia, delle eventuali successive esposizioni.

⁸³ Cass., Sez. IV, 17 settembre 2010, n. 43786.

⁸⁴ Tipico è il caso del decesso di un soggetto già ricoverato per altre gravi patologie presso un ospedale o una RSA (Residenza Sanitaria Assistenziale). Naturalmente, per affermare l'incidenza del contagio in ordine alla causazione dell'evento morte è necessario fornire la relativa prova, accertamento che, in ragione delle ancora scarse conoscenze e informazioni disponibili circa l'aggressività con cui la malattia può manifestarsi in un soggetto già in precarie condizioni di salute, risulta di non agevole conduzione.

⁸⁵ L. MASERA, *I profili causali del contagio sui luoghi di lavoro*, relazione al webinar "Covid-19 e sicurezza sul lavoro: tra prevenzione e responsabilità penale", in *sistemapenale.it.*, 2020; S. ZIRULIA, *Nesso di causalità e contagio da Covid-19*, cit., p. 6; L. AGOSTINI, *Pandemia e "penademia"*, cit., p. 238.

⁸⁶ Nello senso della particolare difficoltà, ma non della assoluta impossibilità, di accertamento della causalità individuale, O. DI GIOVINE, *Coronavirus, diritto penale e responsabilità datoriali*, cit., p. 3; R. BARTOLI, *La responsabilità colposa medica e organizzativa al tempo del coronavirus*, cit., p. 92; S. ZIRULIA, *Nesso di causalità e contagio da Covid-19*, cit., p. 6.

violazione delle misure di contenimento, l'ingresso di un visitatore, successivamente risultato positivo al Covid-19⁸⁷.

Tuttavia, fatta eccezione per queste ipotesi residuali, l'accertamento della causalità individuale in ordine alla morte o alle lesioni personali (oltre che, per le ragioni di seguito indicate, all'epidemia) conseguenti a singoli episodi di contagio, presenta delle criticità probatorie difficilmente superabili⁸⁸, destinate a dissiparsi soltanto con un approfondimento delle conoscenze sul virus.

Con riferimento alle condotte di tipo omissivo, invece, l'accertamento del rapporto di causalità si articola in una duplice fase: causalità reale e causalità ipotetica.

Nella prima occorre procedere – secondo lo stesso meccanismo previsto per le condotte di carattere commissivo – alla ricostruzione eziologica del contagio sul versante prettamente naturalistico. La seconda fase, invece, è volta alla ricostruzione di cosa sarebbe accaduto se il garante avesse posto in essere l'azione doverosa omessa, ciò al fine di verificare l'idoneità di quest'ultima a impedire l'evento lesivo concretamente prodotto⁸⁹.

In relazione all'accertamento della causalità reale si pongono, naturalmente, le stesse problematiche anzidette relative al carattere ubiquitario del virus. Conseguentemente, vi saranno poche residuali ipotesi in cui la causa del contagio potrà essere individuata oltre ogni ragionevole dubbio nell'attività sottoposta alla gestione e al controllo del garante. Tuttavia, in questi casi emergono ulteriori e differenti criticità attinenti all'accertamento della causalità ipotetica.

La principale criticità di tale procedimento, che si sostanzia nell'inserire mentalmente la condotta doverosa omessa nella serie causale onde verificarne la portata impeditiva rispetto all'evento, consiste nel fatto che gli strumenti e le

⁸⁷ L'esempio è tratto da, S. ZIRULIA, *Nesso di causalità e contagio da Covid-19*, cit., p. 6.

⁸⁸ O. DI GIOVINE, *Coronavirus, diritto penale e responsabilità datoriali*, cit.; V. MONGILLO, *Salute e sicurezza nei luoghi di lavoro in tempi di pandemia*, cit., p. 344 ss.; D. CASTRONUOVO, *I limiti sostanziali del potere punitivo nell'emergenza pandemica*, cit., p. 9; V. VALENTINI, *Profili penali della veicolazione virale: una prima mappatura*, cit., p. 2 ss.

⁸⁹ Sul punto, va precisato che nei casi di condotta commissiva, l'accertamento del nesso causale si esplica sul solo della causalità reale e la causalità ipotetica assume rilevanza con riferimento all'imputazione per colpa, nell'ambito della quale vengono in rilievo criteri improntati alla mera probabilità di evitare l'evento. Sul tema dei rapporti tra causalità dell'omissione e causalità della colpa, M. DONINI, *La causalità omissiva e l'imputazione per l'“aumento del rischio”*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 1999, p. 41 ss.

prescrizioni di carattere preventivo⁹⁰ – di portata sia collettiva che individuale – finalizzati al contenimento del contagio risultano sicuramente in grado di ridurre in maniera significativa il relativo rischio, ma non di azzerarlo⁹¹, per cui sono qualificabili come regole cautelari c.d. improprie⁹².

In considerazione di tale circostanza, l'esito del procedimento di accertamento della relazione causale in ordine a condotte di tipo omissivo dipende sostanzialmente dalla tipologia di teoria causale impiegata nella conduzione del relativo giudizio. Trattandosi di un giudizio volto all'accertamento della causalità della condotta (e non a quello della causalità della colpa, funzionale alla verifica della derivazione causale dell'evento dalla violazione della regola cautelare, c.d. concretizzazione del rischio)⁹³, tali teorie possono essere essenzialmente due: la teoria della certezza nomologica⁹⁴ o dell'«alto o elevato grado di credibilità razionale»⁹⁵ e quella del giudizio a carattere probabilistico.

In applicazione della prima e più rigorosa teoria, l'accertamento anzidetto condurrà quasi sicuramente a un esito di tipo negativo, stante l'impossibilità di eliminare ogni dubbio ragionevole in ordine alla circostanza che il contagio si sarebbe potuto verificare nonostante l'osservanza delle prescrizioni cautelari violate⁹⁶.

A conclusioni opposte potrebbe giungersi, invece, in applicazione della seconda teoria. Una parte della dottrina, infatti, pur riconoscendo l'intrinseca natura predittiva o prognostica dell'accertamento della causalità omissiva e la necessità di

⁹⁰ «Queste considerazioni, si badi, non sono il frutto di un'indebita sovrapposizione tra accertamento della colpa e della causalità; bensì sono il riflesso di quella che potremmo definire la spina nel fianco della causalità omissiva, ossia la necessità di ricostruire preliminarmente la condotta alternativa lecita, sulla base di parametri normativi – e, questo il punto, necessariamente coincidenti con quelli che presiedono alla ricostruzione della condotta diligente ai fini del giudizio di colpa – per poi verificarne l'efficacia impeditiva attraverso il suo inserimento (ideale) nella concatenazione eziologica naturale» (S. ZIRULIA, *Nesso di causalità e contagio da Covid-19*, cit., p. 7).

⁹¹ Con riferimento specifico alla diffusione del contagio da Covid-19 sui luoghi di lavoro, V. MONGILLO, *Salute e sicurezza nei luoghi di lavoro in tempi di pandemia*, cit., p. 45.

⁹² Sulla distinzione tra regole cautelari proprie e improprie e le relative implicazioni in ordine all'imputazione di eventi lesivi, P. VENEZIANI, *Regole cautelari "proprie" ed "improprie" nella prospettiva delle fattispecie colpose causalmente orientate*, Cedam, Padova, 2003.

⁹³ Vedi nota 89.

⁹⁴ F. STELLA, *Causalità omissiva, probabilità, giudizi controfattuali. L'attività medico-chirurgica*, in E. DOLCINI, C.E. PALIERO (a cura di), *Studi in onore di Giorgio Marinucci*, Giuffrè, Milano, 2006, p. 1911 ss.

⁹⁵ Cass., Sez. un., 10 luglio 2002, n. 30328.

⁹⁶ Procura della Repubblica di Milano, richiesta di archiviazione, 7 ottobre 2021; Procura della Repubblica di Lodi, richiesta di archiviazione, 8 luglio 2021, p. 13.

valorizzare l'ipotesi ricostruttiva sulla base delle specifiche circostanze del caso concreto, sostiene la validità, ai fini di tale accertamento, del giudizio di tipo probabilistico⁹⁷.

Secondo questa differente impostazione, l'indagine in ordine alla sussistenza della relazione causale potrebbe produrre un risultato positivo, se non altro nel caso in cui l'analisi delle circostanze concrete – condotta nell'ambito del giudizio controfattuale, di carattere induttivo – indichi in maniera univoca che l'adozione della cautela omessa avrebbe interrotto il decorso causale che ha condotto alla produzione dell'evento.

7. (Segue) I reati contro l'incolumità pubblica: il delitto di epidemia

L'analisi delle peculiari caratteristiche del delitto di epidemia colposa e delle molteplici modalità di trasmissione del contagio da Covid-19 rende evidente come nello scenario dell'attuale emergenza sanitaria il delitto di epidemia presenti una pluralità di criticità pratico-applicative e probatorie, che ne rendono estremamente complesso l'accertamento in sede penale⁹⁸.

Innanzitutto è necessario stabilire, in via preliminare, già su piano prettamente teorico, se un'epidemia penalmente rilevante possa essere cagionata anche in un contesto di conclamata pandemia.

Sul punto, sono state prospettate due differenti soluzioni.

Secondo una prima interpretazione, la risposta a tale quesito dipende dagli esiti della valutazione della situazione relativa al contesto territoriale di riferimento: in una condizione di capillare diffusione del virus – come quella verificatasi nelle fasi più critiche dell'attuale emergenza sanitaria – l'offesa al bene giuridico della

⁹⁷ F. PALAZZO, *Corso di diritto penale. Parte generale*, VII ed., Giappichelli, Torino, 2018, p. 271; T. PADOVANI, *Diritto penale*, XII ed., Giuffrè, 2019, p. 166 (il quale evidenzia comunque la necessità di respingere inammissibili criteri di mero aumento del rischio); F. VIGANÒ, *Riflessioni sulla c.d. "causalità omissiva" in materia di responsabilità medica*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 2009, p. 1679 ss., secondo l'autore, il quale l'evento lesivo può essere imputato anche in riferimento alla condotta consistente nell'omessa riduzione delle sue chances di verificazione. In giurisprudenza, la natura predittiva del giudizio di causalità omissiva e le relative implicazioni in ordine alla fase induttiva della corroborazione, Cass., Sez. un., 24 aprile 2014, n. 38343.

⁹⁸ P. ASTORINA MARINO, *Scienza e diritto di fronte alla paura del contagio*, in G. Forti (a cura di), *Le regole e la vita. Del buon uso di una crisi, tra letteratura e diritto*, Vita e pensiero, Milano, 2020, p. 121; M. PELISSERO, *Covid-19 e diritto penale pandemico*, cit., p. 525 ss.

«pubblica incolumità» tutelato dalla previsione normativa raggiungerebbe livelli tali da non lasciare spazi residui per l'applicazione della fattispecie; al contrario, margini di configurabilità dell'ipotesi di responsabilità in esame sussisterebbero nella situazione in cui si registri un numero di contagi medio/basso⁹⁹.

Dall'opposto angolo prospettico si osserva, invece, che la tesi secondo la quale in una situazione di epidemia già "cagionata" non assumano alcuna rilevanza le condotte di (ulteriore) diffusione di germi patogeni, in considerazione del fatto che l'epidemia è, appunto, già in atto, non può essere accolta per una duplice ragione. Innanzitutto, tale ricostruzione condurrebbe all'affermazione paradossale secondo cui ai fini della configurabilità della fattispecie assumono rilevanza esclusivamente le condotte di "avvio" dell'epidemia, così negando l'evidente rilevanza che, invece, assume, in una situazione di epidemia in atto, l'evoluzione (nel senso dell'aggravamento) della situazione epidemiologica in ordine alla messa in pericolo del bene giuridico tutelato (l'incolumità pubblica). In secondo luogo, l'interpretazione in parola si porrebbe in contrasto con il principio condizionalistico della pluralità dei fattori causali *ex art. 41 cod. pen.*, in virtù del quale assume rilevanza penale anche l'aggravamento della situazione epidemiologica già esistente¹⁰⁰. In sostanza, secondo questo differente orientamento, la fattispecie criminosa di cui all'articolo 438 cod. pen. (e 452 cod. pen. quanto alle condotte colpose) trova applicazione con riferimento non soltanto alle ipotesi di diffusione di germi patogeni da trae origine l'epidemia, ma anche quelle che, poste in essere

⁹⁹ A. VALLINI, *La responsabilità penale da contagio*, in *Rivista italiana di medicina legale (e del diritto in campo sanitario)*, 2020, p. 1345; D. AMATO, *Emergenza pandemica e diritto penale*, cit., p. 1146. Sul tema della rilevanza dei contagi, anche con riferimento all'elemento psicologico, D. CASTRONUOVO, *I limiti sostanziali del potere punitivo nell'emergenza pandemica*, cit., p. 10.

¹⁰⁰ Sul concorso di cause, C. BRUSCO, *Il rapporto di causalità. Prassi e orientamenti*, Giuffrè, Milano, 2012, p. 72 ss. Con riferimento specifico alla rilevanza del concorso causale, anche nel senso dell'aggravamento dell'epidemia già in corso, ai sensi dell'art. 41, comma 1, cod. pen., nella diffusione del contagio da Covid-19, L. AGOSTINI, *Pandemia e "penademia"*, cit., p. 237.

in una situazione di epidemia già in atto, contribuiscano all'ulteriore diffusione della malattia¹⁰¹, determinando il pericolo di ulteriori contagi¹⁰².

La circostanza assume rilievo anche con riferimento all'accertamento del nesso causale: in considerazione dell'elevata diffusività del virus e delle sue molteplici modalità di trasmissione, la ricostruzione della derivazione causale di determinate infezioni dalla condotta dell'agente potrebbe risultare particolarmente complessa in presenza di un numero rilevante di soggetti già contagiati¹⁰³.

Sul punto, occorre preliminarmente rilevare che il delitto di epidemia, infatti, pur avendo natura di reato di pericolo concreto (per la salute pubblica) assume la struttura di reato di danno, nel senso che le sole condotte che assumono rilevanza ai fini dell'integrazione della fattispecie sono quelle alle quali consegua la diffusione di una malattia contagiosa a un numero rilevante di persone (referente materiale), connotata dal pericolo di un'ulteriore e incontrollata diffusione (proiezione teleologica)¹⁰⁴. In altri termini, l'evento del delitto di epidemia assume natura complessa, presentando una componente di danno e una di pericolo, per cui

¹⁰¹ «purché si tratti di un aumento dell'incidenza [della patologia] di particolare rilevanza (anche in considerazione del severo trattamento sanzionatorio previsto per il delitto in parola nell'ipotesi dolosa): se dunque il tasso di morbilità e/o mortalità, all'interno del sotto-gruppo osservato (ad esempio i pazienti di una RSA) è significativamente superiore a quello che si registra nel resto della popolazione – o meglio nel resto della popolazione avente caratteristiche omogenee per età, condizioni di salute e via dicendo – quello specifico *cluster* ben potrà integrare un'epidemia, *sub specie* di singolo focolaio epidemico, senza forzare il dato letterale e dunque senza sconfinare sul terreno proibito dell'analogia in *malam partem*. Al contrario, in assenza di variazioni significative nell'incidenza della patologia, anche laddove siano state omesse cautele doverose e si siano registrati numerosi contagi, difetterà, ancor prima del nesso causale, l'evento stesso dell'epidemia» (S. ZIRULIA, *Nesso di causalità e contagio da Covid-19*, cit., p. 11).

¹⁰² G. BATTARINO, A. NATALE, *Reati dell'epidemia e reati nell'epidemia*, cit., p. 16; M. PELISSERO, *Covid-19 e diritto penale pandemico*, cit., p. 526.

¹⁰³ P. ASTORINA MARINO, *Scienza e diritto di fronte alla paura del contagio*, cit., p. 121; M. PELISSERO, *Covid-19 e diritto penale pandemico*, cit., p. 528 ss.; A. VALLINI, *La responsabilità penale da contagio*, cit., p. 1344 ss. La dottrina ha evidenziato che le difficoltà in ordine all'accertamento del nesso causale nella diffusione del contagio da Covid-19 a fronte risultano notevolmente attenuate nei casi di contagi circoscritti nell'ambito di strutture chiuse, anche se in questi stessi casi, l'elemento oggettivo della fattispecie potrebbe difettere con riferimento a un differente profilo, ossia quello della diffusione della malattia a un elevato numero di soggetti.

¹⁰⁴ Sulla natura dell'epidemia in termini di reato di "evento di pericolo comune", A. GARGANI, *Reati contro l'incolumità pubblica*, II, *Reati di comune pericolo mediante frode*, in C.F. GROSSO, T. PADOVANI, A. PAGLIARO (diretto da), *Trattato di diritto penale, Parte speciale*, vol. IX, Giuffrè, Milano, 2013, p. 210 ss. In ordine alla nozione di epidemia, S. CORBETTA, *I delitti contro l'incolumità pubblica*, cit., p. 82 ss.; A. GARGANI, *Reati contro l'incolumità pubblica*, cit., p. 214 ss.; S. TORDINI CAGLI, *Epidemia colposa*, in M. DONINI (diretto da), *Enciclopedia del Diritto, Reato colposo*, Giuffrè, Milano, 2021, p. 464 ss.

l'efficacia causale della condotta deve essere valutata con riferimento all'evento-danno.

In sostanza, la peculiare struttura del delitto di epidemia e le ancora scarse conoscenze scientifiche sul virus SARS-CoV-2 sembrano frapporre, nella maggior parte delle ipotesi prospettabili, rilevanti ostacoli alla possibilità di procedere a un rigoroso accertamento – secondo il modello tradizionale – del nesso causale in ordine a potenziali condotte colpose di (propagazione dell') epidemia.

8. L'indagine epidemiologica quale “accertamento alternativo della vittima”

Con riferimento al delitto di epidemia si potrebbe, in realtà sostenere, come in effetti si è sostenuto¹⁰⁵, che la natura di reato contro la salute pubblica renderebbe irrilevante il profilo dell'accertamento concernente la causalità individuale, con la conseguente possibilità di ricorrere – quanto all'accertamento causale dell'evento tipico della fattispecie, di carattere collettivo e impersonale – a metodi diversi¹⁰⁶, ossia a evidenze attinte dalla scienza epidemiologica¹⁰⁷.

L'epidemiologia è la disciplina che, mediante l'impiego di strumenti matematici e statistici, «studia la distribuzione di frequenza delle malattie e i loro determinanti»¹⁰⁸. Le principali componenti metodologiche della scienza epidemiologica sono costituite dall'osservazione e dalla comparazione: la prima

¹⁰⁵ M. DONINI, *Il progetto 2015 della commissione Caselli. Sicurezza alimentare e salute pubblica nelle linee di politica criminale della riforma dei reati agroalimentari*, in *Dir. pen. cont.*, 2016, p. 21; D. CASTRONUOVO, *I limiti sostanziali del potere punitivo nell'emergenza pandemica*, cit., p. 6 ss.

¹⁰⁶ Invero, il modello di accertamento del nesso causale fondato sull'impiego dell'indagine epidemiologica non si caratterizza per uno schema logico diverso da quello tradizionale elaborato dalla giurisprudenza di legittimità (sentenza Franzese). Il meccanismo di cui a tale modello, infatti, si sostanzia pur sempre nel ricorso al paradigma condizionalistico, il quale è volto all'individuazione della relazione causale con riferimento non all'evento singolarmente considerato, bensì alla quota di eventi che la condotta avrebbe cagionato. Sul tema, L. MASERA, *Evidenza epidemiologica di un aumento di mortalità e responsabilità penale. Alla ricerca della qualificazione penalistica di una nuova categoria epistemologica*, in *Dir. pen. cont.*, 2014, p. 359 ss.

¹⁰⁷ In questo senso, V. VALENTINI, *Profili penali della veicolazione virale: una prima mappatura*, cit., p. 5 ss.; D. CASTRONUOVO, *I limiti sostanziali del potere punitivo nell'emergenza pandemica*, cit., p. 11, secondo il quale il modello epidemiologico potrebbe essere utilmente impiegato nell'accertamento della causalità soltanto con riferimento al reato di epidemia colposa.

¹⁰⁸ K.J. ROTHMAN, *Epidemiology. An Introduction*, II ed., Oxford, Massachusetts, 2012, p. 1 (ed. Italiana, G. TORRE, S. BOCCIA, A. MANNOCCI (a cura di), *Epidemiologia*, Idelson-Gnocchi, Napoli, 2007). La definizione è a sua volta tratta da B. MACMAHON, T.F. PUGH, *Epidemiology: Principles and Methods*, Boston: Little, Brown, 1970.

consiste nel monitoraggio della diffusione delle malattie e di altri processi morbosi all'interno delle popolazioni; la seconda concerne il confronto dell'esperienza di malattia all'interno di gruppi di soggetti esposti e non esposti (o di diversamente esposti) a un determinato fattore di rischio¹⁰⁹.

In sostanza, il modello epidemiologico ha comportato la definizione, accanto alla tradizionale accezione individualizzante di causalità, intesa quale legame eziologico tra un agente patogeno e la verifica di un singolo evento patologico, di un nuovo e differente significato, concernente la relazione tra un fattore di rischio e l'aumento di diffusione di una malattia in una pluralità di persone. In altri termini, lo studio di carattere epidemiologico consente di accertare con ragionevole certezza che di una coorte di soggetti esposti a un certo fattore di rischio un determinato numero di persone ha contratto una certa patologia proprio in conseguenza di detta esposizione. Tale accertamento non consente, tuttavia, l'individuazione, tra tutti i soggetti ammalati, di quelli che non si sarebbero ammalati in assenza dell'esposizione e di quelli che, invece, si sarebbero ammalati ugualmente.

In virtù delle sue stesse caratteristiche, quindi, appare evidente come di regola il modello epidemiologico possa essere utilmente impiegato nel procedimento penale soltanto sul piano della causalità generale, vale a dire per la prova circa l'idoneità di una determinata esposizione a produrre una data patologia¹¹⁰.

Dibattuta, invece, è l'opportunità di utilizzare le indagini epidemiologiche anche sul piano della causalità individuale, ossia per dimostrare la relazione eziologica tra l'evento e la condotta di un determinato soggetto¹¹¹.

Secondo un primo orientamento, al ricorrere di determinate condizioni, il modello epidemiologico risulterebbe sufficiente all'accertamento del nesso eziologico ai fini del giudizio di responsabilità penale per l'evento¹¹².

¹⁰⁹ Sull'efficacia dell'indagine epidemiologica correttamente condotta, L. MASERA, *Accertamento alternativo ed evidenza epidemiologica nel diritto penale*, Giuffrè, Milano, 2007, p. 105 ss.; S. ZIRULIA, *Esposizione a sostanze tossiche e imputazione causale. Nuovi scenari del diritto penale della modernità*, Aracne, Roma, 2015, p. 203 ss.

¹¹⁰ M.G. MARZANO, *Brevi note sulla prova della causalità nel contagio da Covid-19*, cit., p. 3110; S. ZIRULIA, *Nesso di causalità e contagio da Covid-19*, cit., p. 11.

¹¹¹ Di contrario avviso, F. STELLA, *Giustizia e modernità*, cit. p. 182 ss., secondo il quale «le generalizzazioni sottintese dai nuovi concetti causali usati dall'epidemiologia (...) sono in ogni caso troppo poco per dimostrare la causalità nel singolo caso».

¹¹² La tesi è sostenuta da L. MASERA, *Accertamento alternativo ed evidenza epidemiologica nel diritto penale*, cit.; L. MASERA, *Evidenza epidemiologica di un aumento di mortalità e responsabilità penale*, cit., il quale ha affermato e dimostrato che l'indagine epidemiologica, se

A sostegno di tale affermazione si osserva che, consentendo l'individuazione con ragionevole certezza del numero di soggetti ammalati a causa dell'esposizione a una determinata fonte di rischio, l'indagine epidemiologica permetterebbe altresì la dimostrazione, con riferimento a questi ultimi, dell'esistenza di un danno alla popolazione. In altri termini, l'impossibilità di individuare i singoli individui che in assenza dell'esposizione alla fonte di rischio anzidetta non avrebbero contratto la patologia non ostacolerebbe l'accertamento, per questa via, dell'elemento oggettivo delle relative ipotesi di responsabilità penale¹¹³.

Tale soluzione è prospettata in applicazione dello strumento del c.d. "accertamento alternativo". Si tratta di un rimedio alla situazione di dubbio che si presenta nell'ambito del procedimento penale allorquando, pur risultando provata al di là di ogni ragionevole dubbio la colpevolezza dell'imputato, residuano incertezze in ordine alla ricostruzione del fatto di reato¹¹⁴. Applicato alla materia in esame, lo strumento in parola si declina nel c.d. "accertamento alternativo della vittima"¹¹⁵ (o, più precisamente, accertamento alternativo dell'evento in relazione all'individuazione della vittima), consentendo per tale via l'affermazione di responsabilità con riferimento alla quota di eventi lesivi cagionati, prescindendo dalla identificazione per nome e cognome delle relative vittime.

condotta correttamente risulta in grado di contenere l'eventuale incidenza di fattori di confondimento, pervenendo a risultati circa la quantità di eventi avversi eziologicamente riconducibili a un determinato antecedente. La teoria, così formulata, è stata poi oggetto di approfondimento da parte di quella dottrina che evidenzia lo studio epidemiologico utile ai fini dell'accertamento del nesso causale è quello condotto proprio sulla coorte di soggetti da cui provengono le persone offese, deve trattarsi, cioè, di uno studio epidemiologico effettuato *ad hoc*. Sul tema, S. ZIRULIA, *Esposizione a sostanze tossiche e imputazione causale*, cit., p. 204 ss.

¹¹³ L. MASERA, *Accertamento alternativo ed evidenza epidemiologica nel diritto penale*, cit., p. 175; S. ZIRULIA, *Esposizione a sostanze tossiche e imputazione causale*, cit., p. 205.

¹¹⁴ «Il caso di scuola, deciso anche dalla nostra giurisprudenza, è quello di un soggetto che in due distinte occasioni fornisca all'autorità generalità differenti. Qualora non risulti possibile accertare la sua reale identità anagrafica, non è neppure possibile escludere con ragionevole certezza che una delle due dichiarazioni sia effettivamente vera, e dunque il giudice non può indicare univocamente la condotta con cui l'imputato ha realizzato la fattispecie di cui all'art. 495 c.p. ("falsa attestazione o dichiarazione a un pubblico ufficiale sulla identità"); eppure, è certo che almeno in una occasione egli si è reso responsabile di tale reato. In una simile situazione, non vi sono perplessità [...] circa la legittimità di una pronuncia di condanna pur in mancanza di individuazione univoca della condotta colpevole» (L. MASERA, *Evidenza epidemiologica di un aumento di mortalità e responsabilità penale*, cit., p. 357).

¹¹⁵ Utilizza una differente espressione ("vittime non identificate") per esprimere lo stesso concetto, S. ZIRULIA, *Esposizione a sostanze tossiche e responsabilità penale*, Giuffrè, Milano, 2018, p. 284 ss.

Nelle due differenti declinazioni, quindi, immutato il meccanismo decisionale, differisce unicamente l'oggetto dell'accertamento alternativo: la condotta dell'imputato, nel primo caso; la vittima dell'azione delittuosa, nel secondo. In entrambi i casi si registra un'incertezza sulla ricostruzione del fatto, inidonea a revocare in dubbio la colpevolezza dell'imputato e la qualificazione giuridica della sua responsabilità.

Secondo l'opposto orientamento, a tale ricostruzione può muoversi una duplice obiezione.

In primo luogo, il modello epidemiologico comporterebbe una negazione dello schema condizionalistico definito dalla giurisprudenza di legittimità, in quanto i relativi criteri di accertamento della causalità troverebbero fondamento nella teoria dell'aumento del rischio, in contrasto con i principi di legalità e di responsabilità per fatto proprio¹¹⁶.

In secondo luogo, l'impossibilità di individuare con precisione i soggetti ammalatisi in conseguenza dell'esposizione alla fonte di rischio non può essere considerata improduttiva di effetti (preclusivi) in ordine alla configurabilità del nesso causale tra la condotta e l'evento *hic et nunc*¹¹⁷.

Invero, con riferimento alla prima di tali obiezioni si è rilevato che, in realtà, l'indagine epidemiologica si compone delle due stesse fasi di cui allo schema elaborato dalla giurisprudenza di legittimità (accertamento della causalità generale, prima, e della causalità nel caso concreto, poi)¹¹⁸: all'individuazione, sul piano generale, della relazione eziologica tra l'esposizione a un determinato fattore di

¹¹⁶ In questo senso A. MANNA, *I rapporti tra sapere scientifico e sapere giudiziario*, cit., p. 3636; A. GARGANI, *Esposizione ad amianto e disastro ambientale tra diritto vivente e prospettive di riforma*, in *La legislazione penale*, 2016, p. 3.

¹¹⁷ M. DONINI, *Imputazione oggettiva dell'evento (diritto penale)*, in *Enc. dir.*, Giuffrè, 2010, p. 703 ss.; M. DONINI, *Il garantismo della condicio sine qua non e il prezzo del suo abbandono. Contributo all'analisi dei rapporti tra causalità e imputazione*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 2011, p. 507 ss. La teorizzazione dell'evento in chiave concreta è dovuta F. STELLA, *La descrizione dell'evento. I. L'offesa. Il nesso causale*, Giuffrè, Milano, 1970.

¹¹⁸ «In primo luogo va individuata una affidabile indagine epidemiologica che correli in generale l'esposizione all'aumento di una (o più) determinate patologie; poi va accertato che l'aumento di incidenza della patologia a causa dell'esposizione, noto a livello generale, abbia davvero trovato riscontro nella popolazione dei soggetti concretamente esposti, escludendo la sussistenza di possibili spiegazioni alternative di tale aumento, e va individuata la quota di eventi che, sulla base di una stima prudenziale, sono attribuibili con ragionevole certezza all'esposizione» (L. MASERA, *Evidenza epidemiologica di un aumento di mortalità e responsabilità penale*, cit., p. 358).

rischio e l'insorgenza di una data patologia, segue l'accertamento relativo all'eventuale eccedenza di casi verificatasi in una data coorte, rispetto alle altre, e all'esclusione dell'incidenza nel relativo decorso causale di fattori di confondimento (corrispondenti ai fattori causali alternativi nella causalità individuale)¹¹⁹.

Per quanto riguarda, invece, la seconda delle suddette obiezioni (ossia che l'argomentazione fondata sulle analisi epidemiologiche non consente di provare la causalità individuale), si è osservato che si tratta, in realtà, di un problema più "politico" che tecnico¹²⁰. In altri termini, la possibilità di fondare un accertamento causale rilevante ai fini dell'affermazione di responsabilità penale sulla base della (sola) epidemiologia dipende dalla funzione che si intende riconoscere al diritto penale e conseguentemente alla nozione di evento – concreto o astratto – che si accoglie.

In tale senso, si osserva che la struttura dell'imputazione causale su base epidemiologica è identica a quella del modello tradizionale: la sola differenza tra i due modelli di accertamento risiede nell'oggetto del giudizio controfattuale, «non è più il singolo evento-morte, ma l'aumento di mortalità nella popolazione, cui l'accertamento alternativo permette di dare autonomo rilievo in sede penale»¹²¹. In altri termini, l'evento rispetto al quale si accerta la relazione eziologica non è individuale, ma collettivo¹²².

¹¹⁹ Diversi autori ormai concordano nell'affermare che l'indagine epidemiologica è in grado di dimostrare non solo relazioni di rischio *ex ante*, ma anche relazioni causali *ex post*, sebbene unicamente a livello di popolazione. In tal senso, L. MASERA, *Accertamento alternativo ed evidenza epidemiologica nel diritto penale*, cit., p. 171 ss.; L. MASERA, *Evidenza epidemiologica di un aumento di mortalità e responsabilità penale*, cit., p. 358 ss.; F. VIGANÒ, *Il rapporto di causalità nella giurisprudenza penale a dieci anni dalla sentenza Franzese*, cit., p. 397; M. DONINI, *Imputazione oggettiva dell'evento (diritto penale)*, p. 703 ss.; O. DI GIOVINE, *La causalità tra scienza e giurisprudenza*, in *Rivista italiana di medicina legale*, 2016, p. 42; O. DI GIOVINE, *Lo statuto epistemologico (?) della causalità penale fra cause necessarie e condizioni sufficienti*, cit., p. 215 ss.; G. DE VERO, *Il nesso causale e il diritto penale del rischio*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 2016, p. 683 ss.; A.H. BELL, *Aspettando il nuovo delitto di disastro sanitario. Una riflessione sul ruolo dell'evidenza epidemiologica, tra causazione e probabilità*, in *Sistema penale*, 2021, p. 63 ss.; S. ZIRULIA, *Esposizione a sostanze tossiche e imputazione causale*, cit., p. 218 ss.

¹²⁰ O. DI GIOVINE, *Lo statuto epistemologico (?) della causalità penale fra cause necessarie e condizioni sufficienti*, cit., p. 216.

¹²¹ L. MASERA, *Evidenza epidemiologica di un aumento di mortalità e responsabilità penale*, cit., p. 358.

¹²² S. ZIRULIA, *Esposizione a sostanze tossiche e imputazione causale*, cit., p. 211.

In questa prospettiva, dunque, appare evidente come l'opportunità di impiego del modello epidemiologico a fini penalistici dipenda sostanzialmente dal punto di osservazione assunto dall'interprete.

Ove si tratti di affermare la responsabilità in relazione alla quota di eventi lesivi cagionati (evento astratto), il ricorso alle indagini epidemiologiche (se rigorosamente condotte) consente – specie se si tratta di uno studio epidemiologico effettuato *ad hoc*, ossia sulla stessa coorte cui appartengono le persone offese – di disporre di informazioni utili sulla c.d. frazione di rischio, ossia sui dati percentuali che permettono di individuare con ragionevole approssimazione, dal punto di vista quantitativo, gli eventi avversi ascrivibili ad un dato antecedente.

Se, al contrario, l'affermazione di responsabilità attiene al piano individuale, il ricorso al modello epidemiologico risulta infruttuoso, in quanto la sola evidenza epidemiologica in ordine alla riconduzione eziologica di una data patologia all'esposizione a un determinato fattore di rischio non consente di individuare la singola manifestazione morbosa (cioè l'evento in concreto) prodotta dall'esposizione anzidetta¹²³.

L'impiego nel procedimento penale di una spiegazione causale non individualizzata, ma fondata su evidenze epidemiologiche risale ai primi anni Novanta e concerne le patologie oncologiche all'apparato respiratorio (mesotelioma pleurico e tumore polmonare) contratte dai lavoratori esposti a sostanze tossiche, specie l'amianto, di cui è nota la relazione eziologica rispetto alle patologie anzidette.

Recenti applicazioni giurisprudenziali del modello epidemiologico si sono registrate nei casi Eternit¹²⁴ e Ilva¹²⁵, in cui sono stati utilizzati studi epidemiologici condotti sui lavoratori degli stabilimenti industriali, nonché sugli abitanti delle zone limitrofe, nei quali sono stati riscontrati aumenti dell'incidenza di diverse patologie

¹²³ Sulla nozione di causa propria dall'epidemiologia, L. MASERA, *Accertamento alternativo ed evidenza epidemiologica nel diritto penale*, cit., p. 171 ss.

¹²⁴ Cass., Sez. I, 19 novembre 2014, n. 7941, in *C.E.D. Cass.*, n. 262789, con commento di L. MASERA, *La sentenza della Cassazione sul caso Eternit: analisi critica e spunti di riflessione*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 2015, p. 1565 ss. (vicenda nella quale, proprio in considerazione delle criticità relative all'accertamento della causalità materiale, l'accusa ha optato per la contestazione di fattispecie di reato contro la pubblica incolumità, anziché dei reati di omicidio o di lesioni).

¹²⁵ Cass., Sez. IV, 12 novembre 2019, n. 45935.

riconducibili, all'esposizione alle sostanze tossiche lavorate presso gli stabilimenti e/o alle relative emissioni¹²⁶.

9. L'efficacia del modello epidemiologico nell'accertamento della causalità in ordine alle condotte di diffusione del contagio da Covid-19

L'analisi in ordine alla possibilità di impiegare il modello epidemiologico per l'accertamento del nesso causale in relazione ai casi di diffusione del contagio da Covid-19 impone di soffermare preliminarmente l'attenzione sulle principali caratteristiche metodologiche dell'epidemiologia¹²⁷.

L'indagine epidemiologica maggiormente idonea all'accertamento della causalità penale è costituita dai cd. studi di coorte¹²⁸, aventi carattere osservazionale¹²⁹. Si tratta dell'analisi condotta su due gruppi di soggetti (coorti), gli "esposti" e i "non esposti" ad un determinato fattore di rischio, dalla quale si ricavano due diversi dati di carattere frequentista, che consentono di formulare

¹²⁶ All'esito dello studio epidemiologico condotto, sulla base dei dati raccolti dal 1950 al 1986, su oltre 3000 lavoratori dell'Eternit di Casale Monferrato si è riscontrata una determinata quantità di eventi avversi causalmente riconducibili all'esposizione ad amianto presso quella fabbrica: «si sono verificati 284 decessi per asbestosi contro meno di 1 atteso; 177 tumori maligni della pleura contro meno di 5 attesi; 69 per il peritoneo contro meno di 3 attesi; 286 per tumori del polmone contro 128 attesi» (Trib. Torino, 13 febbraio 2012, in *Dir. pen. cont.*, 2012). Nell'ambito del più recente studio relativo alle emissioni dell'acciaieria Ilva di Taranto, condotto sugli abitanti dei quartieri limitrofi alla sede dello stabilimento tra il 1998 e il 2010 sono risultati eziologicamente connessi alle emissioni anzidette: 91 decessi, 160 ricoveri per malattie cardiache, 219 ricoveri per malattie respiratorie (quali effetti acuti); 386 decessi totali, 237 casi di tumore maligno, 247 eventi coronarici con ricovero ospedaliero, 937 malattie respiratorie con ricovero ospedaliero (quali effetti cronici) (Trib. riesame Taranto, 7 agosto 2012). Sul tema, S. ZIRULIA, *Esposizione a sostanze tossiche e responsabilità penale*, cit.

¹²⁷ Sul tema, L. MASERA, *Accertamento alternativo ed evidenza epidemiologica nel diritto penale*, cit., p. 105 ss.

¹²⁸ In questo senso S. ZIRULIA, *Esposizione a sostanze tossiche e imputazione causale*, cit., p. 24 ss.

¹²⁹ Oltre di tipo osservazionale, gli studi epidemiologici possono avere natura sperimentale, nei quali il ricercatore è direttamente responsabile dell'esposizione. Invero, sebbene costituisca la tipologia maggiormente attendibile, l'impiego degli studi sperimentali nel diritto penale è difficilmente ipotizzabile, stante l'impossibilità di ricorrervi nei casi in cui l'esposizione risulti potenzialmente dannosa. Sulle caratteristiche delle due tipologie di studi, L. MASERA, *Accertamento alternativo ed evidenza epidemiologica nel diritto penale*, cit., p. 137 ss.

un'ipotesi in ordine alla sussistenza del nesso causale: il "rischio relativo" (o rapporto di rischio) e il "rischio attribuibile" (o frazione eziologica)¹³⁰.

Il "rischio relativo", che quantifica la maggiore probabilità di manifestazione della patologia nel gruppo degli esposti rispetto a quello dei non esposti, è dato dal rapporto tra il tasso d'incidenza della patologia nella popolazione degli "esposti" ed in quella dei "non esposti"¹³¹; il "rischio attribuibile", invece, attiene al solo gruppo degli "esposti" ed esprime la quantità degli episodi di malattia causalmente riconducibili all'esposizione. Nel caso in cui, quindi, le coorti oggetto di osservazione siano composte dallo stesso numero di soggetti, il rischio attribuibile si ricava sottraendo al numero di patologie verificatesi nel gruppo degli esposti quello delle patologie registratesi nel gruppo dei non esposti¹³².

Per poter essere utilmente impiegati nell'accertamento della causalità, è ovviamente indispensabile che i risultati così prodotti siano corretti. Si rende, quindi, necessario verificare che gli studi osservazionali siano privi di errori che potrebbero averne inficiato la validità¹³³.

I principali errori che possono verificarsi nella conduzione di un'analisi epidemiologica sono: l'errore casuale (o *random*); l'errore sistematico (o *bias*); il confondimento (ossia, l'errore conseguente alla presenza di fattori di confondimento)¹³⁴.

Gli errori causali, propri di in ogni studio epidemiologico e insiti nella stessa natura delle relative ricerche, sono quelli connessi alla variabilità statistica dei dati¹³⁵ (in cui si annida il rischio che il campione selezionato non sia realmente

¹³⁰ Si ritiene che «tale locuzione sia meglio in grado di esprimere, dal punto di vista semantico, il carattere *ex post* della relazione causale che il valore in esame è in grado di indicare», S. ZIRULIA, *Esposizione a sostanze tossiche e imputazione causale*, cit., p. 214.

¹³¹ Il rischio relativo (RR) maggiore di 1 sarà è indicativo della sussistenza di una relazione eziologica tra agente e malattia. In questo caso, dunque, è possibile affermare che «il rischio per gli esposti a contrarre la patologia è maggiore di quello dei non esposti» (L. MASERA, *Accertamento alternativo ed evidenza epidemiologica nel diritto penale*, cit., p. 161).

¹³² Sui concetti di "rischio relativo" e di "rischio attribuibile" e sul relativo procedimento di elaborazione, S. ZIRULIA, *Esposizione a sostanze tossiche e imputazione causale*, cit.

¹³³ Si ha falso positivo nei casi di rilevazione di un'associazione causale in realtà inesistente e, al contrario, falso negativo nei casi di mancata rilevazione di un'associazione causale in realtà esistente.

¹³⁴ Per un'analisi dettagliata delle cause che possono determinare un errore nella valutazione di una relazione eziologica e dei relativi strumenti di controllo, L. MASERA, *Accertamento alternativo ed evidenza epidemiologica nel diritto penale*, cit., p. 148 ss.

¹³⁵ L'incidenza dell'errore casuale nell'ambito di uno studio epidemiologico può essere valutata attraverso due diverse misure statistiche: il c.d. "valore p" (p-value) e il "c.d. intervallo di

rappresentativo della popolazione) e possono essere limitati mediante l'ampliamento, per quanto possibile, della dimensione dello studio, ossia delle coorti oggetto di osservazione: «tanto più alto è il numero dei soggetti coinvolti nell'indagine, tanto più bassa è la possibilità che l'associazione rilevata tra esposizione e malattia sia frutto del caso»¹³⁶.

L'errore sistematico, invece, si verifica nell'ambito della metodologia impiegata e può concernere: la selezione delle coorti di riferimento (campionamento); la stima dell'esposizione; la rilevazione degli eventi patologici (diagnosi)¹³⁷.

Il pericolo maggiore per l'affidabilità della ricerca epidemiologica è costituito dal rischio di errore connesso all'azione di un fattore di confondimento. Con l'espressione confondimento si indica il fenomeno per il quale la relazione causale tra esposizione e malattia è falsata dall'intervento di una condizione estranea, espressa dalla c.d. variabile confondente¹³⁸.

Per la validità di un'indagine epidemiologica è necessario, quindi, escludere la presenza di eventuali fattori di confondimento, «cioè di altri decorsi causali che, intervenendo proprio sulla coorte degli esposti, abbiano autonomamente determinato l'aumento di incidenza registrato»¹³⁹, e valutare la forza della relazione causale mediante una conferma ultronea dei dati ottenuti¹⁴⁰.

confidenza". Si tratta di valori convenzionalmente determinati che consentono l'individuazione di un livello di "errore sopportabile", il cui superamento incide negativamente sul grado di affidabilità dell'indagine epidemiologica in quanto il rischio che l'associazione rilevata sia da ricondursi al caso risulta eccessivo. Sul punto, L. MASERA, *Accertamento alternativo ed evidenza epidemiologica nel diritto penale*, cit., p. 148 ss; A.H. BELL, *Aspettando il nuovo delitto di disastro sanitario*, cit., p. 73.

¹³⁶ A.H. BELL, *Aspettando il nuovo delitto di disastro sanitario*, cit., p. 73.

¹³⁷ Sul tema, L. MASERA, *Accertamento alternativo ed evidenza epidemiologica nel diritto penale*, cit., p. 151 ss.

¹³⁸ L. MASERA, *Accertamento alternativo ed evidenza epidemiologica nel diritto penale*, cit., p. 155.

¹³⁹ S. ZIRULIA, *Esposizione a sostanze tossiche e imputazione causale*, cit., p. 208 ss.

¹⁴⁰ Al fine di valutare l'associazione causale rilevata mediante l'indagine epidemiologica si ricorre ai c.d. "criteri di Hill", linee guida elaborate negli anni Sessanta dal ricercatore inglese Bradford Hill, il quale espresse la raccomandazione di evitarne un'interpretazione eccessivamente rigida (V.L. TOMATIS, *Percorsi e difficoltà della ricerca eziologica e della ricerca in chemioterapia*, in *Epidemiologia e Prevenzione*, 2007, p. 176). Si tratta, quindi, di un elenco che non ha carattere tassativo, per cui l'eventualità che alcuni di tali criteri non risultino rispettati non incide sull'attendibilità dell'ipotesi causale ricavata dallo studio epidemiologico. Sul contenuto e sull'utilizzo di tali criteri nella valutazione dei risultati dell'indagine epidemiologica, S. ZIRULIA, *Esposizione a sostanze tossiche e imputazione causale*, cit., p. 208 ss. In giurisprudenza, Trib. Venezia, 2 novembre 2001.

Se, all'esito di uno studio epidemiologico condotto nel pieno rispetto di tali condizioni, l'indagine fornisce un rischio relativo >1 ¹⁴¹, si può affermare – con ragionevole certezza – che l'esposizione al fattore di rischio abbia determinato un aumento di incidenza della patologia nella misura eccedente rispetto a quella registrata nella coorte dei soggetti non esposti (rischio attribuibile)¹⁴². In questi termini, il rischio relativo consente di ritenere provata la relazione eziologica tra esposizione e malattia sul piano della causalità generale; il rischio attribuibile, invece, è dimostrativo della sussistenza della causalità particolare in relazione alla quantità di eventi lesivi prodotti, necessaria per l'affermazione della responsabilità in ordine alle relative ipotesi di reato.

In virtù delle caratteristiche appena evidenziate, l'impiego dell'indagine epidemiologica per l'accertamento del rapporto di causalità nelle ipotesi di diffusione del contagio da Covid-19 potrebbe rivelarsi inefficace.

L'omesso tracciamento dei contagi nella prima fase di diffusione della malattia e lo scarso rilievo riconosciuto nelle relative stime ai soggetti asintomatici e paucisintomatici¹⁴³ potrebbero risultare preclusivi della selezione di una coorte di soggetti non esposti effettivamente rappresentativo della popolazione di riferimento, con la conseguente inattendibilità della relativa indagine epidemiologica già sul piano dell'indicazione del rischio relativo.

In altri termini, il ricorso al modello epidemiologico nell'accertamento della relazione eziologica tra una condotta colposa e l'aumento del rischio di contrarre il virus richiede la necessaria conoscenza del tasso di incidenza di rischio di contagio sopportato dai soggetti non esposti, rilevamento ostacolato, nel caso di specie, dal carattere ubiquitario del virus e dalla sua diffusione non uniforme sul territorio nazionale.

¹⁴¹ L'eventuale rilevazione di un rischio relativo <1 dimostrerebbe che l'associazione è, invece, negativa, ossia che l'agente oggetto di esposizione costituisce un fattore di prevenzione, e non di rischio, della malattia.

¹⁴² S. ZIRULIA, *Esposizione a sostanze tossiche e imputazione causale*, p. 209 ss.

¹⁴³ Del resto, si tratta di una circostanza desumibile dalle stesse indicazioni fornite in ordine alle condizioni alle quali vengono eseguiti gli specifici test virologici: «l'esecuzione del test diagnostico va riservata prioritariamente ai casi clinici sintomatici/paucisintomatici e ai contatti a rischio familiari e/o residenziali sintomatici» (Circolare del Ministero della salute n. 11715 del 3 aprile 2020). Ne consegue l'elevata probabilità che determinati soggetti, pur essendo positivi al Covid-19, non siano state sottoposte al test per non aver sviluppato i sintomi della malattia.

In sostanza, in difetto di una conoscenza ragionevolmente certa in ordine al numero di soggetti che hanno contratto la malattia in forma asintomatica o paucisintomatica non è possibile definire l'indice relativo al rapporto di rischio, né, conseguentemente, il rischio attribuibile.

In considerazione di tali criticità applicative, si tende a negare l'efficacia dell'indagine epidemiologica nell'accertamento della causalità nella diffusione del contagio da Covid-19¹⁴⁴.

10. Le problematiche applicative relative alla valutazione dell'elemento soggettivo

Oltre a quelle riscontrabili sul piano oggettivo in ordine all'accertamento del nesso causale, ulteriori difficoltà in ordine alla configurabilità di ipotesi di responsabilità penale in relazione alle condotte di diffusione del contagio da Covid-19 si pongono sul piano dell'elemento soggettivo.

In ordine a tale ulteriore profilo, in considerazione della natura ontologicamente colposa delle fattispecie criminose astrattamente configurabili nell'ambito dell'attuale emergenza sanitaria è necessario operare una dettagliata ricostruzione degli elementi costitutivi della colpa al fine di analizzarne le componenti oggettive e soggettive.

Innanzitutto, l'accertamento in ordine alla violazione della regola cautelare deve essere effettuato – secondo un giudizio *ex ante*¹⁴⁵ sulla base delle circostanze conosciute e di quelle conoscibili dall'agente – con riferimento al momento di attuazione della condotta. Ne consegue che la valutazione delle condotte rilevanti condurrà a risultati differenti a seconda che le stesse siano state realizzate nelle fasi iniziali di diffusione dell'epidemia, caratterizzate da uno scarso livello di informazioni in ordine alle caratteristiche del nuovo virus, o in momenti successivi, in cui si disponeva di maggiori conoscenze circa le modalità di trasmissione del contagio e alla tipologia di precauzioni efficaci. In altri termini, l'individuazione

¹⁴⁴ M.G. MARZANO, *Brevi note sulla prova della causalità nel contagio da Covid-19*, in *Cass. pen.*, 2020, p. 3115.

¹⁴⁵ G. MARINUCCI, *La colpa*, Giuffrè, Milano, 2013, p. 151.

dell'agente modello non è statica, ma condizionata all'avanzamento delle conoscenze scientifiche in ordine alla diffusività e alla contagiosità della malattia¹⁴⁶.

L'accertamento della colpa richiede, poi, l'individuazione delle regole cautelari – tanto di colpa generica quanto di colpa specifica – violate, come le misure di contenimento o gli obblighi di controllo posti in capo ai soggetti titolari di posizioni di garanzia

In ordine a tale profilo, va rilevato che a partire dalla dichiarazione dello stato di emergenza si è sviluppata una vera e propria proliferazione di misure di contenimento e di prescrizioni igienico-sanitarie, la cui violazione non determina necessariamente la configurazione di una colpa specifica, atteso che non tutte le prescrizioni imposte nell'ambito della normativa emergenziale hanno natura cautelare¹⁴⁷.

Nel sistema complessivo delle misure di contenimento, infatti, sono ravvisabili prescrizioni di natura cautelare, precauzionale e disciplinare¹⁴⁸.

Le prescrizioni cautelari, tra cui l'uso di dispositivi di protezione individuale nei luoghi chiusi, sono quelle che – definite in considerazione delle conoscenze scientifiche circa le modalità di trasmissione del virus – mirano a prevenire l'ulteriore diffusione della malattia.

Hanno natura precauzionale, invece, le prescrizioni – come quelle relative al distanziamento sociale – imposte in assenza di un fondamento scientifico circa la loro efficacia contenitiva della trasmissione del virus. In virtù di tali caratteristiche, le misure precauzionali – la cui violazione è idonea, di per sé, a integrare un illecito

¹⁴⁶ M. PELISSERO, *Covid-19 e diritto penale pandemico*, cit., p. 531.

¹⁴⁷ Che nel sistema della normativa emergenziale alcune prescrizioni abbiano natura cautelare testimoniato dall'uso delle clausole di riserva nelle disposizioni che definiscono l'illecito amministrativo di inosservanza delle misure di contenimento (artt. 4, comma 1, n. d.l. 19/2020 e 2, comma 1, d.l. n. 33/2020) e la contravvenzione di violazione della quarantena obbligatoria (artt. 4, comma 6, n. d.l. 19/2020 e 2, comma 3, d.l. 33/2020).

¹⁴⁸ La giurisprudenza di legittimità ha già evidenziato la necessità di distinguere le prescrizioni in considerazione della relativa funzione nell'ambito della responsabilità medica in relazione alle linee guida, tra le quali occorre distinguere quelle di natura effettivamente cautelare in ordine alla salute del paziente da quelle caratterizzate da scopi diversi (C. BRUSCO, *La responsabilità sanitaria civile e penale. Orientamenti giurisprudenziali e dottrinali dopo la legge Gelli-Bianco*, Giappichelli, Torino, 2018, p. 43 ss.; A. DI LANDRO, *Dalle linee guida e dai protocolli all'individualizzazione della colpa penale nel settore sanitario. Misura oggettiva e soggettiva della malpractice*, Giappichelli, Torino, 2012).

ammnistrativo o penale – non consentono di fondare un addebito per colpa, poiché in tal modo si consentirebbe un’anticipazione della tutela penale in assenza di evidenza scientifica. Il ricorso alla regola precauzionale in condizioni di tal genere si tradurrebbe in una dilatazione della regola cautelare, «poiché l’incertezza impone di valutare tutte le conseguenze che, ragionevolmente, non si possono escludere *ex ante*»¹⁴⁹.

Altrettanto irrilevante nella prospettiva della responsabilità colposa, in quanto priva di finalità cautelare, è la terza, e ultima, tipologia delle misure di contenimento previste dalla normativa emergenziale, ossia quelle aventi una funzione meramente disciplinare della vita dei consociati (tra queste vi è il tanto discusso divieto di visita a un amico, pur essendo la stessa consentita nei confronti del congiunto).

Ciò posto, va rilevato come, in realtà, nell’attuale contesto emergenziale, specie nel corso delle fasi iniziali, in cui le conoscenze scientifiche circa le peculiari caratteristiche del virus risultavano ancora sostanzialmente scarse, la distinzione tra regole cautelari e meramente precauzionali non è di agevole individuazione.

Per quanto concerne la distanza della regola di condotta dal rischio, naturalmente «più ci si allontana dal rischio e si impongono divieti, più si va verso la precauzione»¹⁵⁰. È pur vero, però, che nella definizione di un sistema di misure di contenimento di carattere cautelare occorre tenere presente la sostanziale impossibilità di delineare una disciplina delle attività economiche e sociali che consenta di ottenere un indice di contagio R_0 ¹⁵¹ prossimo allo zero: «la

¹⁴⁹ D. CASTRONUOVO, *Principio di precauzione e diritto penale. Paradigmi dell’incertezza nella struttura del reato*, Aracne, Roma, 2012, p. 143. Per un giudizio critico in ordine agli effetti dilatori della responsabilità colposa, F. GIUNTA, *Il diritto penale e le suggestioni del principio di precauzione*, in *Criminalia*, 2006, P. 245. Sui riflessi del principio di precauzione sul giudizio di colpa, C. RUGA RIVA, *Principio di precauzione e diritto penale. Genesi e contenuto della colpa in contesti di incertezza scientifica*, in E. DOLCINI, C.E. PALIERO (a cura di), *Studi in onore di Giorgio Marinucci*, Giuffrè, Milano, 2006, p. 1743 ss.; E. CORN, *Il principio di precauzione nel diritto penale. Studio sui limiti all’anticipazione della tutela penale*, Giappichelli, Torino, 2013. Sul rischio pannormativistico e pancauteralistico in tema di responsabilità da diffusione del contagio da Covid-19, R. BARTOLI, *La responsabilità colposa medica e organizzativa al tempo del coronavirus*, cit., p. 95.

¹⁵⁰ R. BARTOLI, *Il diritto penale dell’emergenza “a contrasto del coronavirus”*, cit., p. 9. In ordine alla necessità di distinguere le regole cautelari da quelle precauzionali, V. MONGILLO, *Salute e sicurezza nei luoghi di lavoro in tempi di pandemia*, cit., p. 7 ss.

¹⁵¹ «Il numero di riproduzione di una malattia infettiva (R_0) è il numero medio di infezioni trasmesse da ogni individuo infetto ad inizio epidemia, in una fase in cui normalmente non sono effettuati specifici interventi (farmacologici e no) per il controllo del fenomeno infettivo. R_0 rappresenta quindi il potenziale di trasmissione, o trasmissibilità, di una malattia infettiva non controllata. Tale valore R_0 è funzione della probabilità di trasmissione per singolo contatto tra una persona infetta ed

responsabilità colposa si presta ad alimentare l'illusione che l'uomo sappia – abbia il potere – di controllare, ridurre o azzerare qualunque rischio, così allontanando da sé il male»¹⁵². Al contrario il paradigma di riferimento è quello del rischio consentito, proprio della teoria dell'illecito colposo e di «spessore politico»¹⁵³. Si tratta, cioè, della scelta politica, non delegabile alla scienza¹⁵⁴, circa la definizione della soglia del rischio consentito, idonea a consentire un adeguato bilanciamento nella tutela dell'interesse alla salute e degli interessi contrapposti dell'economia e della socialità.

In tale ambito, costituisce possibile evenienza la definizione di misure cautelari in termini tanto ampi da rimettere al giudice il compito di operare un'integrazione del giudizio in ordine alla prevedibilità e all'evitabilità dell'evento. In questo caso, il presupposto fondativo di una colpa specifica dà luogo a un'ipotesi di colpa generica, con tutte le relative conseguenze negative in termini di individuazione della condotta esigibile da un agente modello e di rischio che tale peculiare configurazione della colpa celi «lo spettro del capro espiatorio»¹⁵⁵.

Oltre che con riferimento all'individuazione della regola cautelare, le criticità nell'accertamento della colpa nel delitto di epidemia emergono anche in relazione agli ulteriori requisiti dell'elemento soggettivo: la c.d. causalità della colpa¹⁵⁶ e l'esigibilità della condotta alternativa doverosa. In questa prospettiva si impone una duplice verifica in ordine all'accertamento della derivazione causale dell'evento dalla violazione della regola cautelare.

L'accertamento della trasgressione di una regola cautelare, infatti, non è sufficiente ai fini dell'integrazione della colpa, essendo in ogni caso necessaria la

una suscettibile, del numero dei contatti della persona infetta e della durata dell'infettività» (Definizione dell'Istituto Superiore della Sanità).

¹⁵² F. PALAZZO, *Pandemia e responsabilità colposa*, cit.

¹⁵³ C. PIERGALLINI, *Colpa (diritto penale)*, in *Enc. dir.*, 2017, p. 239.

¹⁵⁴ D. PULITANÒ, *Lezioni dell'emergenza e riflessioni sul dopo*, cit., p. 1 ss.; P. ASTORINA MARINO, *Scienza e diritto di fronte alla paura del contagio*, cit., p. 116; A. CAVALIERE, *Appunti di diritto penale alla prova del "coronavirus"*, in M. CATERINI, S. MULEO (a cura di), *La giustizia al tempo del coronavirus*, Pacini Giuridica, Pisa, 2020, p. 143 ss.; F. FILICE, G. LOCATI, *Lo stato democratico di diritto alla prova del contagio*, in *Questione giustizia*, 2020.

¹⁵⁵ F. PALAZZO, *Pandemia e responsabilità colposa*, cit. In ordine alla prevalenza della colpa generica, R. BARTOLI, *La responsabilità colposa medica e organizzativa al tempo del coronavirus*, cit., p. 93 ss.

¹⁵⁶ C. BRUSCO, *La colpa penale e civile. La colpa medica dopo la l. 8 marzo 2017, n. 24 (legge Gelli - Bianco)*, Giuffrè, Milano, 2017, p. 38 ss.

dimostrazione della sua relazione eziologica rispetto alla causazione dell'epidemia e della circostanza che il soggetto agente fosse in concreto in grado di porre in essere la condotta doverosa¹⁵⁷.

Innanzitutto, è necessario che l'evento verificatosi in concreto sia della stessa tipologia di quelli che la regola cautelare era finalizzata a prevenire. In ordine a tale profilo va evidenziato che il nuovo virus Sars-CoV-2 appartiene alla famiglia dei coronavirus (di cui fanno parte, tra gli altri, l'influenza, la Sars e la Mers), per cui occorre verificare la sua eventuale assimilabilità ad altre malattie contagiose rispetto alle quali erano già stati predisposti dei protocolli di intervento. Un esito negativo di tale verifica – quale quello cui sembra doversi pervenire in considerazione delle peculiari caratteristiche del Covid-19 – comporterebbe l'assenza di un presupposto di configurazione della colpa, non rientrando l'evento tra quelli che la regola cautelare è finalizzata a prevenire. La definizione della regola cautelare sulla base della mera contagiosità della malattia, infatti, si tradurrebbe nell'individuazione del fondamento della responsabilità in regole cautelari la cui validità epistemologica si rivela soltanto *ex post*¹⁵⁸.

Invero, anche nel caso in cui si riconoscesse l'assimilabilità del Covid-19 a una pandemia influenzale – per la quale il Ministero della sanità ha adottato, dal 2006, un apposito Piano nazionale di preparazione e risposta – dovrebbe escludersi la sussistenza della colpa nel caso in cui il comportamento alternativo lecito risulti inidoneo a impedire il verificarsi dell'evento. La relazione eziologica tra la violazione della regola cautelare e la produzione, o il contributo alla produzione, dell'evento, infatti, non è ravvisabile nel caso in cui l'evento *hic et nunc* si sarebbe verificato nonostante l'osservanza delle regole cautelari esigibili al momento della condotta. L'accertamento di tale elemento si rivela particolarmente complesso con riferimento alle condotte di tipo omissivo, nel qual caso occorre verificare se la condotta doverosa, di non agevole individuazione, abbia efficacia di contenimento del virus¹⁵⁹.

¹⁵⁷ G. BATTARINO, A. NATALE, *Reati dell'epidemia e reati nell'epidemia*, cit., p. 24 ss.

¹⁵⁸ M. PELISSERO, *Covid-19 e diritto penale pandemico*, cit., p. 535 ss.

¹⁵⁹ V. MONGILLO, *Salute e sicurezza nei luoghi di lavoro in tempi di pandemia*, cit., p. 39.

11. Emergenza sanitaria: criticità e spazi applicativi dell'epidemia colposa

Alla luce delle criticità sopra evidenziate, si comprende la particolare complessità che caratterizza l'accertamento del nesso causale e della causalità della colpa nell'ipotesi di violazione della misura della quarantena obbligatoria ai fini della configurazione dell'epidemia colposa *ex art. 452 cod. pen.* o di un più grave reato, secondo il rapporto di sussidiarietà definito dalla normativa emergenziale mediante la clausola di riserva contenuta nella relativa fattispecie contravvenzionale¹⁶⁰.

In considerazione dell'elevata contagiosità del virus, la prescrizione della permanenza domiciliare assume sicuramente carattere cautelare, con la conseguenza che il soggetto positivo pienamente consapevole di tale sua condizione, perché rilevata mediante apposito test virologico, «sarebbe tenuto a osservare l'autoisolamento e gli obblighi connessi per quattordici giorni; perciò, se li violasse, alla luce delle considerazioni già esposte, terrebbe una condotta imprudente ai sensi dell'articolo 43 del codice penale e, verosimilmente, aggravata ai sensi dell'articolo 61 numero 3 del codice penale»¹⁶¹.

Pur riconoscendo, però, che l'inosservanza della quarantena costituisce violazione di una regola cautelare, essa non è da sola sufficiente per ritenere integrati gli estremi del delitto di epidemia colposa, essendo in ogni caso necessaria la prova – una vera e propria *probatio diabolica*¹⁶² in ragione del carattere ubiquitario del virus – in ordine al contagio di un elevato numero di soggetti, con il pericolo di ulteriore diffusione del virus.

Il pieno rispetto del principio di colpevolezza impone, poi, una rigorosa valutazione in ordine al profilo della colpa costituito dall'esigibilità della condotta rispettosa delle regole cautelari¹⁶³. In questa prospettiva, la prova circa la

¹⁶⁰ L. AGOSTINI, *Pandemia e "penademia"*, cit., p. 229 ss. In senso contrario, A. GARGANI, *La gestione dell'emergenza Covid-19*, cit.; P. ASTORINA MARINO, *Scienza e diritto di fronte alla paura del contagio*, cit., p. 121.

¹⁶¹ L. AGOSTINI, *Pandemia e "penademia"*, cit., p. 243.

¹⁶² V. VALENTINI, *Profili penali della veicolazione virale: una prima mappatura*, cit., p. 5.

¹⁶³ In ordine alla valorizzazione del profilo soggettivo della colpa con riferimento alla valutazione della responsabilità del personale sanitario, A. GARGANI, *La gestione dell'emergenza Covid-19*, cit.; C. BRUSCO, *Covid 19: la responsabilità degli operatori sanitari e l'applicazione del principio di esigibilità della condotta*, in *giudicedonna.it*, 2020; A. DI LANDRO, *La colpa penale nel settore sanitario e i suoi possibili limiti: prime riflessioni a margine dell'emergenza covid-19*, in M.

sussistenza del nesso causale e degli altri requisiti della colpa sembra insufficiente a sostenere un addebito colposo nei confronti del personale sanitario, in quanto le condizioni di assoluta emergenza in cui hanno operato le strutture sanitarie, soprattutto nelle prime fasi della pandemia e in alcune zone del Paese, renderebbero inesigibile il comportamento doveroso.

Al contrario, nell'attuale contesto pandemico, le condotte di agevolazione della diffusione del contagio sembrano potersi qualificare in termini di disfunzioni organizzative¹⁶⁴, con la conseguenza che eventuali profili di responsabilità sono per lo più configurabili, nell'ambito di strutture complesse ospedaliere e di degenza, in capo ai titolari delle relative posizioni di vertice e degli organi di gestione politica della sanità.

CATERINI, S. MULEO (a cura di), *La giustizia al tempo del coronavirus*, Pacini Giuridica, Pisa, 2020, p. 179 ss.

¹⁶⁴ F. D'ALESSANDRO, *Le vittime vulnerabili all'epoca del coronavirus. Dalle vittime di violenza domestica agli operatori sanitari esposti al contagio*, in G. FORTI (a cura di), *Le regole e la vita. Del buon uso di una crisi, tra letteratura e diritto*, Vita e Pensiero, Milano, 2020, p. 104; R. BARTOLI, *La responsabilità colposa medica e organizzativa al tempo del coronavirus*, cit., p. 102 ss., secondo il quale è proprio nei contesti di emergenza che si profilano ipotesi responsabilità delle istituzioni politiche.

CAPITOLO V

Dall'emergenza sanitaria all'emergenza sanzionatoria: vuoto di responsabilità o mera ricerca di un capro espiatorio per placare l'atavica paura del male?

Sommario: **1.** Il rischio di un'inversione dei termini del rapporto tra responsabilità e punizione: esigenze di contenimento dell'"epidemia penale". – **2.** L'esercizio dell'attività sanitaria nell'ambito delle "condizioni tragiche" dell'emergenza. – **3.** Da eroi a carnefici (?): profili di responsabilità penale degli operatori sanitari impegnati nella gestione della situazione emergenziale. – **4.** La (già critica) disciplina ordinaria della colpa medica... – **5.** ...e la relativa inefficacia funzionale nel contesto emergenziale – **6.** Esigenze di contenimento della responsabilità tra strumenti normativi esistenti e prospettive di riforma. – **7.** L'esclusione della punibilità nell'attività di vaccinazione. – **7.1.** Natura giuridica. – **7.2.** Ambito applicativo. – **7.3.** Condizioni di operatività. – **8.** La definizione di uno statuto emergenziale della colpa medica: la limitazione della responsabilità penale del personale sanitario. – **8.1.** Natura giuridica. – **8.2.** Ambito applicativo e condizioni di operatività. – **8.3.** Il giudizio in ordine al grado della colpa. **8.4.** Il rapporto con l'art. 590-*sexies* cod. pen. – **9.** La disciplina emergenziale delle attività produttive e i timori della categoria imprenditoriale in ordine al potenziale rischio di aggravamento della responsabilità datoriale per contagio del lavoratore. – **10.** Autonomia o integrazione? Il rapporto fra la legislazione emergenziale e la normativa di prevenzione e sicurezza sui luoghi di lavoro. – **11.** La risposta legislativa alle istanze di delimitazione e contenimento della responsabilità penale datoriale. – **12.** I riflessi della disciplina emergenziale delle attività produttive in ordine ai profili di responsabilità dell'ente ex d.lgs. n. 231/2001.

1. Il rischio di un'inversione dei termini del rapporto tra responsabilità e punizione: esigenze di contenimento dell'”epidemia penale”

La situazione di emergenza sanitaria prodotta dalla diffusione pandemica del Covid-19 ha fortemente inciso su molteplici aspetti della vita sociale ed economica, sollevando sensibili problematiche anche con riferimento al panorama giuridico. La portata particolarmente destabilizzante di tale emergenza si spiega in ragione delle sue stesse peculiari caratteristiche: sebbene il pericolo rinvenga la propria fonte nella natura (il virus), sull'effettiva entità dello stesso incidono negativamente i comportamenti – irresponsabili, ma per lo più involontari – dell'uomo, con la conseguente necessità di predisporre adeguati strumenti di gestione e di contenimento di un rischio strutturalmente colposo¹. In questi termini, la diffusione – per lungo tempo incontrollata – del contagio e le nefaste conseguenze in termini di decessi registrati, hanno inevitabilmente disvelato il fondamento illusorio della convinzione dell'uomo di essere in grado di gestire e dominare qualsiasi fattore di rischio, facendo riemergere la primordiale paura umana del male (criminale o naturale).

Per quanto riguarda in particolare la prospettiva più propriamente penalistica, quindi, a venire in rilievo sul piano tecnico-giuridico circa la configurazione di eventuali responsabilità nella diffusione del contagio da Covid-19 è la dimensione soggettiva della colpa. Le principali criticità prodotte dalla situazione contingente attengono alla categoria dogmatica della colpa e alla sua struttura fondamentale, costituita dalle c.d. regole cautelari. All'individuazione del sapere scientifico e di quello esperienziale essenziale ai fini dell'operatività dei giudizi di prevedibilità ed evitabilità, infatti, si è sostanzialmente frapposta – quanto meno nella prima e più acuta fase dell'emergenza – la natura “oscura” dello stesso rischio da fronteggiare, conseguente al carattere di assoluta novità del fenomeno emergenziale. I principali riflessi di tale condizione si sono prodotti soprattutto sulla componente oggettiva della colpa, risultando preclusa l'individuazione, sotto il profilo della tipicità, della condotta colposa nelle fattispecie causalmente orientate (epidemia, omicidio e lesioni colpose).

¹ R. BARTOLI, *Il diritto penale dell'emergenza “a contrasto del coronavirus”*: problematiche e prospettive, in *Sistema penale*, 2020, p. 4.

In tale prospettiva, nelle fasi iniziali della diffusione della malattia il contesto emergenziale risultava inevitabilmente dominato dalla colpa generica, stante la «sostanziale assenza di regole cautelari predeterminate, collaudate e in qualche modo consolidate»².

Lo scarso livello di informazioni e di conoscenze scientifiche in ordine alle caratteristiche virologiche e patogeniche del nuovo virus SARS-CoV-2, alle dinamiche evolutive della patologia, alle relazioni causali del contagio e, conseguentemente, alle misure in grado di arginarne la diffusione ha generato la spinta all'impiego dell'ancestrale meccanismo di "difesa" dall'anzidetta paura del male consistente nell'imputazione dello stesso a un soggetto responsabile e nella sua punizione. Di qui, evidentemente, il rischio di un uso (distorto) del diritto penale³ quale strumento di "conforto" della collettività mediante l'individuazione di un capro espiatorio al solo fine di placare la diffusa esigenza di individuazione di un colpevole⁴.

In altri termini, l'attuale contesto emergenziale – caratterizzato da un fattore di rischio risultante dall'azione combinata della natura e dei comportamenti umani, con riferimento ai quali possono eventualmente configurarsi ipotesi di responsabilità a titolo di colpa – ha costituito un'occasione privilegiata per la (ri)emersione di istanze punitive di impronta sacrificale, animate dalla sola necessità di placare l'inquietudine prodotta dalla violenza della natura, mediante il ripristino dell'ordine e del dominio dell'uomo, nell'effimera sensazione di poter colmare per questa via le relative lacune conoscitive⁵.

In questa prospettiva di carattere punitivo, il presupposto per la configurazione di una responsabilità personale in capo a un soggetto o a una categoria di soggetti è definito con riferimento non tanto a un fatto commesso, quanto alla stessa applicazione della misura volta alla punizione (del male). Si invertono, quindi, i

² F. PALAZZO, *Pandemia e responsabilità colposa*, in *Sistema penale*, 2020.

³ Vedi *supra*, Parte I, Capitolo I, par. 6.

⁴ P. VENEZIANI, *La colpa penale nel contesto dell'emergenza Covid-19*, in *Sistema penale*, 2022, p. 1.

⁵ «Il "capro espiatorio" è chiamato a svolgere dunque una illusoria funzione cognitiva, prima ancora di quella, classicamente illustrata da filosofi, antropologi e psicanalisti, di liberazione da sensi di colpa collettivi attraverso la loro proiezione sui malcapitati di turno» (G. FORTI, *Coronavirus, la tentazione del capro espiatorio e le lezioni della storia*, in *Diritto penale e uomo*, 2020, p. 34).

termini del rapporto tra responsabilità e punizione: la prima non costituisce una causa della seconda, ma una mera conseguenza della sua applicazione⁶.

Con la successiva proliferazione normativa – progressivamente definita mediante i numerosi interventi di livello sia centrale che locale⁷ – che ha caratterizzato la strategia nazionale di contrasto alla diffusione del Covid-19, le problematiche di carattere giuridico connesse all'emergenza sanitaria si sono ulteriormente acuite. Nel quadro così tratteggiato, assumono assoluta rilevanza le criticità manifestatesi nell'ambito di quel fenomeno normativo che, in ragione della particolare ampiezza dello spazio di operatività riconosciuto nel contesto emergenziale allo *ius terribile*, è stato definito come un vero e proprio “diritto penale ai tempi del coronavirus”⁸.

Questo nuovo campo di ricerca ha reso di immediata percezione – in maniera inedita, sebbene connaturata alla tipologia di emergenza da rischio o strutturalmente colposa rappresentata dalla diffusione pandemica del Covid-19 – la circostanza per cui il diritto penale, con le sue talvolta inevitabili aberrazioni, non è una faccenda di pochi, ma coinvolge direttamente o indirettamente l'intera collettività⁹.

Il «diritto penale pandemico»¹⁰, a voler trascurare le sue molteplici implicazioni nel contesto della crisi sanitaria, si caratterizza sostanzialmente per la

⁶ R. BARTOLI, *la responsabilità colposa medica e organizzativa al tempo del coronavirus. Fra la “trincea” del personale sanitario e il “da remoto” dei vertici politico-amministrativi*, in *Sistema penale*, 2020, p. 2 ss.

⁷ Vedi *supra*, Parte I, Capitolo II.

⁸ In ordine a tale profilo, D. PIVA, *Il diritto penale ai tempi del coronavirus: troppo su inosservanza e poco su carcere*, in *Arch. pen.*, 2020; R. BARTOLI, *Il diritto penale dell'emergenza “a contrasto del coronavirus”*, cit.; G. DE FRANCESCO, *Dimensioni giuridiche ed implicazioni sociali nel quadro della vicenda epidemica*, in *La legislazione penale*, 2020; F. PALAZZO, *Pandemia e responsabilità colposa*, cit.; M. PELISSERO, *Covid-19 e diritto penale pandemico. Delitti contro la fede pubblica, epidemia e delitti contro la persona alla prova dell'emergenza sanitaria*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 2020; D. PULITANÒ, *Lezioni dell'emergenza e riflessioni sul dopo. Su diritto e giustizia penale*, in *Sistema penale*, 2020; G. FORTI (a cura di), *Le regole e la vita. Del buon uso di una crisi, tra letteratura e diritto*, Vita e Pensiero, Milano, 2020.

⁹ «Forse per la prima volta, tutti i consociati hanno percepito di essere destinatari di precetti penali ed hanno fatto i conti, nella loro vita quotidiana, degli effetti della tecnica del rinvio e della incertezza del precetto integrato dai DPCM che consentivano di uscire di casa solo in caso di “necessità” o di svolgere attività fisica solo “in prossimità” dell'abitazione» (M. PELISSERO, *Covid-19 e diritto penale pandemico*, cit., p. 508). In ordine al difetto di determinatezza delle disposizioni normative della disciplina emergenziale, A. PROVERA, *Peste e gride. La vaghezza dei precetti utilizzati per la regolamentazione dell'emergenza*, in G. FORTI (a cura di), *Le regole e la vita. Del buon uso di una crisi, tra letteratura e diritto*, Vita e Pensiero, Milano, 2020.

¹⁰ M. PELISSERO, *Covid-19 e diritto penale pandemico*, cit., p. 504.

manifestazione di due peculiari tendenze, tra loro strettamente connesse, sebbene in apparenza antitetiche.

Innanzitutto, il sistema di disciplinamento sociale proprio della crisi sanitaria ha determinato un'espansione dell'area del penalmente rilevante, realizzata in via sia diretta, mediante la definizione di apposite fattispecie criminose relativamente alle condotte di inosservanza delle misure di contenimento del contagio, che indiretta, nella misura in cui si è valutata la sussumibilità delle condotte di diffusione del contagio da Covid-19 nell'ambito di fattispecie criminose già definite nel nostro sistema penalistico (quali, per esempio, i delitti contro l'incolumità pubblica e quelli contro la persona)¹¹. In entrambi i casi, dunque, il presupposto operativo della sanzione penale è costituito dalla violazione delle misure di contenimento, che nel secondo caso, però, non assume rilevanza di per sé, ma in quanto fondamento dell'estensione dell'incriminazione.

Sul versante opposto, con riferimento all'estensione indiretta dell'ambito di operatività del diritto penale è presto emersa l'esigenza di predisporre adeguati strumenti di contrazione e di contenimento delle ipotesi di responsabilità astrattamente configurabili in capo ai soggetti maggiormente esposti al rischio di «epidemia penale»¹², quali il personale sanitario e gli imprenditori/datori di lavoro. Le relative categorie professionali, infatti, in considerazione dell'assoluta peculiarità della situazione contingente in cui detti soggetti hanno dovuto operare, hanno evidenziato la necessità di definire una apposita disciplina legislativa volta al contenimento del “contagio da responsabilità”¹³, indispensabile tanto quanto la normativa emergenziale finalizzata al contenimento della diffusione del contagio da Covid-19.

L'evidenziata esigenza di contenimento del rischio penale legato alla gestione della pandemia ha alimentato un fecondo dibattito pubblico e politico, nonché scientifico, in ordine all'opportunità di introdurre quelle che sono state definite – in maniera giuridicamente atecnica – come “norme scudo” *ad hoc*, le quali, mediante la predisposizione di una sorta di meccanismo di esclusione della punibilità, siano

¹¹ Sul tema, M. PELISSERO, *Covid-19 e diritto penale pandemico*, cit., p. 512 ss.

¹² M. PELISSERO, *Covid-19 e diritto penale pandemico*, cit., p. 513.

¹³ J. DELLA VALENTINA, *La responsabilità penale medica negli scenari post Covid-19: appunti sulla natura dogmatica delle aree di esclusione della punibilità*, in *Sistema penale*, 2021, p. 6 ss.

in grado di ridefinire il generale modello di attribuzione della responsabilità, così da contenerne l'estensione.

L'impiego nell'ambito del contesto emergenziale da Covid-19 dell'immagine dello scudo penale¹⁴, quale espressione di un preteso diritto dell'eccezione, è stato indubbiamente favorito dal discutibile ricorso alla metafora bellica nella narrazione politica e massmediatica della crisi sanitaria¹⁵, nell'ambito della quale si è gradualmente insinuata la convinzione circa l'inidoneità degli strumenti ordinari del diritto penale a costituire un argine efficace al dilagare del fenomeno emergenziale, atteso che «le strumentazioni ordinarie valgono per i tempi di pace, non per i tempi di guerra»¹⁶.

In ragione della prospettata necessità, da parte delle categorie professionali anzidette, di predisporre adeguati strumenti di tutela e di contenimento del rischio da responsabilità penale, sono state formulate molteplici proposte di intervento legislativo, sfociate nell'introduzione di specifiche "norme scudo" relative ai singoli settori maggiormente esposti. L'analisi di tali disposizioni può essere condotta con riferimento a tre aspetti principali: le ragioni sottese all'introduzione; la tecnica normativa impiegata nella relativa formulazione, ossia la definizione del

¹⁴ Uno strumento di recente impiego nell'ambito della strategia statale volta a fronteggiare la gravissima emergenza finanziaria di grandi aziende in crisi, nella convinzione che il rischio di responsabilità (anche) penale dei vertici costituisca un ostacolo alla ripresa della produttività e, conseguentemente, al risanamento dell'azienda (si tratta della vicenda dell'ILVA e dello "scudo penale" per i gestori dello stabilimento di Taranto). Sul tema, S. ZIRULIA, *La (perenne) crisi dell'Ilva e il c.d. scudo penale: tra reati ambientali e sicurezza sul lavoro*, in *Sistema penale*, 2019; C. GRECO, *Lo "scudo penale" dell'Ilva tra qualificazione giuridica e diritti fondamentali*, in *La legislazione penale*, 2020; E. PENCO, *Esenzione da responsabilità autorizzata nella vicenda Ilva: considerazioni a margine del c.d. "scudo penale"*, in *La legislazione penale*, 2020; F. FORZATI, *Irrilevanza penale del disastro ambientale, regime derogatorio dei diritti e legislazione emergenziale: i casi Eternit, ILVA ed emergenza rifiuti in Campania. Lo stato d'eccezione oltre lo stato di diritto*, in *Dir. pen. cont.*, 2015).

¹⁵ In senso critico sull'impiego della metafora bellica per la descrizione dell'emergenza sanitaria, M. CAPUTO, *Logiche e modi dell'esenzione da responsabilità penale per chi decide e opera in contesti di emergenza sanitaria*, in *La legislazione penale*, 2020; G. FORTI, *Introduzione. Un'attesa di luce, dalla carità*, in G. FORTI (a cura di), *Le regole e la vita. Del buon uso di una crisi, tra letteratura e diritto*, Vita e Pensiero, Milano, 2020; M. PELISSERO, *Covid-19 e diritto penale pandemico*, cit., p. 505; R. BARTOLI, *la responsabilità colposa medica e organizzativa al tempo del coronavirus*, cit., il quale, pur non condividendo il paragone della pandemia a una situazione di guerra, evidenzia che «molti operatori appartenenti al personale medico, alla fin fine prime autentiche vittime di questa vicenda, si siano trovati ad operare in una situazione analoga a quella in cui hanno operato – e purtroppo a volte operano tutt'ora – altri loro colleghi in situazioni di vera e propria guerra».

¹⁶ M. CAPUTO, *Logiche e modi dell'esenzione da responsabilità penale per chi decide e opera in contesti di emergenza sanitaria*, cit., p. 3. Sul tema della non punibilità nell'attuale contesto emergenziale, P. CAROLI, *Non punibilità e indirizzo politico criminale*, in *Dir. pen. cont.*, 2020.

meccanismo normativo che consente di derogare all'ordinario sistema di attribuzione della responsabilità; l'effettiva efficacia "esimente".

2. L'esercizio dell'attività sanitaria nell'ambito delle "condizioni tragiche" dell'emergenza

Al fine di comprendere le ragioni sottese all'evidenziata esigenza di predisporre adeguati strumenti di tutela del personale sanitario dal c.d. rischio penale è necessario analizzare preliminarmente la situazione fattuale che ha caratterizzato – specie nelle fasi iniziali della diffusione del contagio – il peculiare contesto emergenziale delineatosi nell'ambito delle strutture di assistenza medica¹⁷, la quale ha assunto una vera e propria efficacia destabilizzante dello statuto ordinario della responsabilità penale in ambito medico-sanitario¹⁸.

La tenuta del Servizio Sanitario Nazionale è stata messa a dura prova dalla sempre più rapida diffusione del virus e dall'elevato numero di contagi.

Fino al momento in cui la sua diffusione non ha rappresentato una vera e propria emergenza sanitaria di livello globale, il Covid-19 costituiva un fenomeno patologico totalmente sconosciuto alla scienza medica, con la conseguente inevitabile assenza di specifici studi scientifici in ordine alle relative modalità di trattamento. La mancanza di indicazioni cliniche consolidate mediante studi osservazionali di carattere empirico-statistico, ha inesorabilmente prodotto nel personale sanitario, chiamato a fronteggiare una patologia dalle ignote caratteristiche virologiche e patogeniche, un sentimento di sconcerto e smarrimento. In sostanza, «nel combattere il contagio da Covid-19 si opera in assenza di linee guida consolidate, di buone pratiche clinico-assistenziali riconosciute come tali dalla comunità scientifica, di evidenze terapeutiche»¹⁹.

¹⁷ «Il contesto drammatico e riporta il significato della relazione terapeutica alla sua nuda essenza: non c'è tempo e non c'è spazio per contrapposizioni e tensioni intersoggettive; c'è solo l'esigenza, condivisa e immediata, di salvare il malato» (C. RIZZO, *La crisi pandemica e i nuovi scenari della "colpa medica"*, in *Arch. pen.*, 2021, p. 22).

¹⁸ C. CUPELLI, *La colpa medica e la gestione penale dell'emergenza pandemica. Nuovi spunti per una riforma dell'art. 590-sexies c.p.*, in *DisCrimen*, 2022, p. 2.

¹⁹ Comitato Nazionale per la Bioetica, *Covid-19: la decisione clinica in condizioni di carenza di risorse e il criterio del "trage in emergenza pandemica"*, 2020, p. 8.

La limitatezza delle conoscenze scientifiche sul virus SARS-CoV-2 ha inevitabilmente inciso nella pratica clinica con riferimento sia alla fase diagnostica (vale a dire, l'individuazione dell'esatto quadro patologico) che a quella relativa al trattamento terapeutico (ossia, alla prescrizione delle più appropriate modalità di contrasto della malattia).

Per quanto riguarda in particolare quest'ultimo aspetto, assume peculiare rilevanza la terapia attuata mediante l'impiego di farmaci *off label* (o fuori etichetta o fuori scheda tecnica) o a "uso compassionevole".

Nella prima fase di diffusione del contagio, infatti, in assenza di informazioni certe in ordine alle sue peculiari caratteristiche, il trattamento farmacologico della nuova malattia si è sostanziato: da un lato, nell'impiego – pur in difetto di specifica indicazione terapeutica per il Covid-19 e in virtù di limitate e non accreditate evidenze scientifiche – di farmaci fuori delle indicazioni terapeutiche per le quali è stata ottenuta l'autorizzazione alla immissione in commercio (AIC); dall'altro, ricorrendo alla pratica dell'"uso compassionevole", ossia utilizzando farmaci in fase di sperimentazione²⁰.

Invero, la scarsa conoscenza scientifica in ordine alle più efficaci modalità di cura del *coronavirus disease* non costituisce, purtroppo, l'unica criticità manifestatasi nell'ambito della risposta medico-sanitaria alla diffusione pandemica del Covid-19.

Nella sua fase di maggiore aggressività, infatti, il virus determinava, in una parte consistente dei soggetti contagiati, l'insorgenza di una polmonite interstiziale caratterizzata da ipossemia severa, rendendo necessario un trattamento terapeutico fondato su un supporto ventilatorio. Conseguentemente, la rapida diffusione dell'infezione, con i costanti incrementi nella "curva" dei contagi, e il numero

²⁰ Tra gli altri, un farmaco impiegato secondo la pratica dell'uso compassionevole è il *Remdesivir*, ossia una molecola sperimentale utilizzata nella lotta al virus Ebola, ora in fase di sperimentazione per l'uso nei pazienti affetti da Covid-19. Con riferimento a tale aspetto, l'Agenzia Italiana del Farmaco (AIFA), con una circolare del 6 aprile 2020, ha, da un lato, in relazione all'uso *off label* di farmaci in commercio in Italia, fornito ai sanitari una serie di indicazioni funzionali all'attività di prescrizione e alla definizione di un rapporto rischi-benefici per il paziente; dall'altro, quanto all'uso compassionevole, ha disposto l'adozione di procedure straordinarie e semplificate volte a rendere più agevoli e veloci la presentazione e l'approvazione delle sperimentazioni, la definizione delle modalità di adesione agli studi e l'acquisizione dei dati. Sul tema, A. CAPUANO, C. CUPELLI, M. MILITERNI (a cura di), *La sperimentazione tra etica e diritto in tempi di pandemia*, Edizioni scientifiche italiane, Napoli, 2021.

sempre più elevato di pazienti per i quali si rendeva necessario il ricovero presso i reparti di terapia intensiva o di pneumologia hanno drammaticamente evidenziato l'insufficienza di risorse del sistema sanitario (prodotta dai tagli indiscriminati alla spesa sanitaria).

L'inadeguatezza (*rectius*, la scarsità) delle risorse necessarie per fronteggiare in maniera adeguata la sempre più incisiva richiesta di cure e di assistenza si è profilata con riferimento sia al piano strutturale e organizzativo (evidenziando l'insufficienza dei posti letto e l'indisponibilità di farmaci, apparecchiature, dispositivi di protezione individuale e di strumenti di più ampio genere) che a quello soggettivo (in ordine alla carenza di personale medico e infermieristico con requisiti di specifica competenza, all'impiego di medici specializzati in altre branche della medicina e agli orari massacranti della scarsa turnazione del lavoro)²¹.

La necessità di soddisfare la sempre più urgente richiesta di posti letto nei reparti di malattie infettive, pneumatologia e terapia intensiva ha condotto a una incisiva riorganizzazione di numerose strutture sanitarie, volta a incrementare la capacità delle stesse di accogliere, isolare e curare i soggetti in cui l'infezione polmonare si manifestava nelle forme di maggiore aggressività; la scarsità di risorse ha reso necessario un contingentamento dei farmaci e degli apparecchi; personale sanitario di qualsiasi specializzazione è stato impiegato nella cura dei soggetti positivi al Covid-19; alle carenze di organico si è cercato di sopperire mediante l'impiego giovani laureati, specializzandi e personale in pensione.

In questa situazione di estrema emergenza, l'inarrestabile diffusione del contagio ha raggiunto anche le residenze sanitarie assistenziali (RSA), che ospitano anziani e persone non autosufficienti, facendo registrare un elevato numero di decessi.

Tuttavia, gli sforzi organizzativi e finanziari profusi sia a livello statale che sul piano locale al fine di incrementare le risorse necessarie per fronteggiare in maniera adeguata la nuova malattia (la trasformazione di reparti diversamente adibiti e l'allestimento di nuovi "spazi" di ricovero, l'acquisto delle tecnologie necessarie,

²¹ Sul tema, G. FACCI, *La medicina delle catastrofi e la responsabilità civile*, in *Resp. civ. e prev.*, 2020, p. 708 ss.

l'incremento del personale, ecc.)²² non sono risultati sufficienti a contrastare l'elevata diffusività del virus, al punto da paventarsi il rischio delle c.d. "scelte tragiche"²³. Si tratta del drammatico scenario che i medici fossero chiamati, in alcuni casi estremi, a decidere, tra diversi pazienti egualmente bisognosi di cure e assistenza, a chi garantire il ricovero presso la struttura sanitaria, l'accesso alla terapia intensiva o la ventilazione assistita: «in sostanza, la scelta di chi curare prima o addirittura non curare»²⁴.

Le situazioni-tipo astrattamente prospettabili, e verificatesi soprattutto nelle fasi iniziali dell'emergenza, sono in sostanza due²⁵.

Innanzitutto, il c.d. del *triage* in emergenza pandemica²⁶, ossia il caso in cui presso una medesima struttura si rendesse contemporaneamente necessario il ricovero in terapia intensiva di più soggetti a fronte di un numero di supporti ventilatori insufficiente a garantire la cura e l'assistenza necessarie a tutti i pazienti.

In secondo luogo, lo scenario, sostanzialmente non dissimile, in cui si rendesse necessario sottrarre al trattamento in terapia intensiva pazienti anziani o che, in virtù di una valutazione clinica, risultassero di scarsa probabilità di sopravvivenza al fine di garantire la necessaria assistenza nei confronti di pazienti con maggiori possibilità di salvezza.

Da un punto di vista bioetico, il tema delle scelte tragiche può essere affrontato mediante due diversi approcci: utilitarista, basato sul calcolo costi/benefici, o ugualitario²⁷, sulla base della uguaglianza di tutti gli esseri umani.

²² Sulle criticità dei provvedimenti normativi di disciplina della situazione emergenziale, M. LUCIANI, *Il sistema delle fonti del diritto alla prova dell'emergenza*, in *Rivista AIC*, 2020; M. BELLETTI, *La confusione nel sistema delle fonti ai tempi della gestione dell'emergenza da Covid-19 mette a dura prova gerarchia e legalità*, in *Osservatorio AIC*, 2020; F. SORRENTINO, *Riflessioni minime sull'emergenza coronavirus*, in *Costituzionalismo.it*, 2020, p. 130 ss.; F.S. MARINI, *Le deroghe costituzionali da parte dei decreti-legge*, in *Federalismi.it.*, 2020.

²³ Sul tema, S. CANESTRARI, *Le scelte tragiche nell'ambito dell'attività medico-chirurgica*, in *Bioetica e diritto penale*, Torino, 2012, p. 200 ss.; G.M. CALETTI, *Stato di necessità terapeutica. Paradossi, finzioni e nuove ipotesi applicative*, in *Biodiritto*, 2013, p. 23 ss.

²⁴ G.M. CALETTI, *Emergenza pandemica e responsabilità penale in ambito sanitario. Riflessioni a cavaliere tra "scelte tragiche" e colpa del medico*, in *Sistema penale*, 2020, p. 7; C. CUPELLI, *La colpa medica e la gestione penale dell'emergenza pandemica*, cit., p. 3.

²⁵ G.M. CALETTI, *Emergenza pandemica e responsabilità penale in ambito sanitario*, cit., p. 8 riconosce in tali situazioni il dominio di una logica di *Rechtsfreier Raum*. Si tratterebbe, cioè, di una sorta di zona franca dal diritto, governata dal "buon senso" dei singoli operatori sanitari.

²⁶ La definizione di tale peculiare situazione si rinviene nel documento del 9 aprile 2020 redatto dal Comitato Nazionale per la Bioetica (CNB), *Covid-19: la decisione clinica in condizioni di carenza di risorse e il criterio del "triage in emergenza pandemica"*,

²⁷ C. RIZZO, *La crisi pandemica e i nuovi scenari della "colpa medica"*, cit., p. 23.

In virtù del primo tipo di approccio, la gestione delle risorse limitate, in quanto ad accesso alle cure, deve tendere al raggiungimento del miglior risultato possibile in termini di efficienza e convenienza, il che si traduce, quanto alla scelta selettiva del paziente da curare, nel privilegiare i soggetti che, in proiezione, hanno maggiori probabilità di sopravvivere, nonché più anni da vivere e una più alta qualità di vita. Si tratta evidentemente di un criterio che in casi estremi potrebbe condurre a situazioni costituzionalmente inaccettabili, quale una generalizzata discriminazione dei soggetti più anziani (*ageism*, discriminazione in base all'età) o, comunque, delle categorie sociali più deboli per condizioni fisiche, psichiche o socio-economiche²⁸.

In applicazione del criterio egualitario, invece, il parametro di riferimento nella distribuzione di risorse terapeutiche limitate è costituito dalla pari dignità di tutti gli esseri umani, con la conseguenza la scelta del paziente da curare deve essere operata sulla base di una valutazione di tipo oggettivo e concreto in ordine alla condizione clinica dei pazienti. In altri termini, il medico – respingendo criteri di selezione di tipo anagrafico, antropologico o sociale come, appunto, l'età, la disabilità (fisica o psichica) o l'indigenza – deve individuare il paziente maggiormente “meritevole” delle cure mediante un accertamento da svolgere caso per caso, in scienza e coscienza, in ordine al relativo quadro diagnostico (gravità della situazione clinica dell'ammalato e urgenza dell'intervento medico) e prognostico (probabilità di efficacia dell'intervento)²⁹.

L'alternativa tra queste due differenti impostazioni, del resto, si coglie anche nelle indicazioni di massima elaborate, dai differenti soggetti di competenza, per gli operatori sanitari, al fine di sollevarli dalla gravosa responsabilità di dover effettuare delle scelte selettive.

Con un documento del 6 marzo 2020, in una fase dell'emergenza caratterizzata da eccezionale gravità, la Società Italiana di Anestesia, Analgesia, Rianimazione e

²⁸ L. PALAZZANI, *La pandemia e il dilemma per l'etica quando le risorse sono limitate: chi curare?*, in *BioLaw Journal*, 2020, p. 4.

²⁹ L. PALAZZANI, *La pandemia e il dilemma per l'etica quando le risorse sono limitate*, cit., p. 8.

Terapia Intensiva (SIAARTI)³⁰, rilevata l'estrema delicatezza del tema³¹, ha espresso delle considerazioni che, pur riconoscendo valore primario al principio della "probabilità di sopravvivenza", assumono un chiaro tenore utilitarista nella parte in cui si esclude l'applicabilità di un criterio di accesso alle cure del tipo "*first come, first served*", prospettando la possibilità di "porre un limite di età all'ingresso in terapia intensiva".

Tale documento è stato definito come un vero e proprio «grido di dolore»³² dal Presidente della Federazione Nazionale degli Ordini dei Medici Chirurghi e degli Odontoiatri (FNOMCeO), il quale ha però precisato come l'elaborazione di indicazioni di massima non possa, e non debba, in alcun modo eclissare il dovere (di matrice costituzionale e affermato dal codice deontologico dei medici) di assicurare uguali opportunità di cura e assistenza a tutti i pazienti senza discriminazioni. Nella stessa occasione si evidenzia l'esigenza di stimolare sul tema delle scelte tragiche una più ampia e diffusa discussione, che coinvolga tutto il mondo della professione medica, le istituzioni e la società, al fine di prevenire il realizzarsi di condizioni di drammaticità tali da rendere necessario il ricorso a indicazioni di massima come quelle elaborate dalla SIAARTI.

La necessità di provvedere a una distribuzione delle risorse limitate in ossequio ai principi di giustizia, equità e solidarietà trova fondamento nei diritti di copertura costituzionale – il diritto alla salute (art. 32 Cost.); il dovere di solidarietà (art. 2 Cost.); il principio di eguaglianza (art. 3 Cost.) –, nonché nella garanzia, che di tali diritti costituisce immediata espressione, di prestazioni di cura e assistenza

³⁰ SIAARTI, Raccomandazioni di etica clinica per l'ammissione a trattamenti intensivi e per la loro sospensione, in condizioni eccezionali di squilibrio tra necessità e risorse disponibili, 6 marzo 2020.

³¹ «siamo consapevoli che affrontare questo tema può essere moralmente ed emotivamente difficile e che come Società Scientifica avremmo potuto (tacendo) affidare tutto al buon senso, alla sensibilità e all'esperienza del singolo AR, oppure tentare, come abbiamo scelto di fare, di illuminarne il processo decisionale con questo piccolo supporto che potrebbe contribuire a ridurre l'ansia, lo stress e soprattutto il senso di solitudine. Oltre a rappresentare per il paziente una tutela in termini di limitazione dell'arbitrarietà delle scelte del team curante» (*Coronavirus. "Se l'emergenza continua costretti a selezionare l'accesso alla terapia intensiva per età e in base alla maggiore speranza di vita". Documento degli anestesisti-rianimatori*, in quotidianosanità.it, 7 marzo 2020).

³² Anelli (FNOMCeO) su documento SIAARTI: "Nostra guida resta il Codice deontologico", in portale.fnomceo.it, 7 marzo 2020.

effettuate secondo il criterio universalistico ed egualitario affermata dalla legge 23 dicembre 1978, n. 883 (istitutiva del Servizio Sanitario Nazionale)³³.

Nelle considerazioni espresse con tale intervento si evidenzia l'estrema importanza che in, un'ottica preventiva, preliminarmente assumono le decisioni assunte sul piano dell'elaborazione e dell'attuazione delle politiche sanitarie, al fine di impedire il verificarsi di tali drammatiche condizioni di carenza di risorse (professionali, di dispositivi sanitari, di posti letto) e, dunque, garantire a tutti, nessuno escluso, la tutela della salute, senza la tragica esigenza di contingentamenti.

Ove, tuttavia, dovessero comunque presentarsi situazioni di eccezionale gravità tali da rendere necessaria una gestione selettiva e contingentata delle scarse risorse disponibili, l'unico criterio con cui fronteggiare lo squilibrio tra risorse e bisogni è costituito da quello di natura clinica, il quale rappresenta «il più adeguato punto di riferimento per l'allocazione delle risorse medesime»³⁴. Al contrario, «ogni altro criterio di selezione, quale ad esempio l'età anagrafica, il sesso, la condizione e il ruolo sociale, l'appartenenza etnica, la disabilità, la responsabilità rispetto a comportamenti che hanno indotto la patologia, i costi, è ritenuto dal Comitato eticamente inaccettabile»³⁵.

Ad aggravare ulteriormente la condizione – già precaria per le ragioni appena evidenziate – del personale sanitario nell'ambito dell'attività professionale espletata nel contesto emergenziale, incrementando l'esposizione della categoria al rischio penale, sono intervenute poi le criticità (in termini di eventi avversi) manifestatesi nell'ambito dell'attività di vaccinazione.

In conclusione, nella peculiare situazione contingente possono essere individuate due grandi aree di rischio penale per il personale sanitario impegnato nella gestione dell'emergenza sanitaria, rappresentate dall'attività di cura e assistenza dei soggetti infetti e da quella di vaccinazione.

³³ Comitato Nazionale per la Bioetica, *Covid-19: la decisione clinica in condizioni di carenza di risorse e il criterio del "triage in emergenza pandemica"*, cit., p. 5 ss.

³⁴ Comitato Nazionale per la Bioetica, *Covid-19: la decisione clinica in condizioni di carenza di risorse e il criterio del "triage in emergenza pandemica"*, cit., p. 7.

³⁵ Comitato Nazionale per la Bioetica, *Covid-19: la decisione clinica in condizioni di carenza di risorse e il criterio del "triage in emergenza pandemica"*, cit., p. 7.

3. Da eroi a carnefici (?): profili di responsabilità penale degli operatori sanitari impegnati nella gestione della situazione emergenziale

Alla luce di quanto appena riportato, risulta evidente come l’eccezionale scenario di crisi determinato dalla pandemia abbia dilatato il “rischio penale” a cui gli operatori sanitari (da intendersi latamente, comprensivi anche del personale delle RSA) sono ordinariamente esposti nello svolgimento dell’attività professionale, al punto da fondare il pericolo che in questi ultimi potesse prevalere – nell’immediato e in prospettiva – l’assunzione di atteggiamenti autocautelativi³⁶, «improntati a una sorta di medicina difensiva dell’emergenza»³⁷.

La dilatazione del rischio di contezioso giudiziario generata dal contesto emergenziale si è sviluppata in una duplice direzione: da un lato, le condizioni di scarsità delle risorse disponibili hanno indubbiamente determinato un aumento esponenziale della probabilità di incorrere nella commissione di errori – per quanto spesso “incolpevoli” – nell’esercizio dell’attività sanitaria; dall’altro, si è prospettata la possibilità che, anche a prescindere da effettive responsabilità, i numerosissimi eventi avversi verificatisi nel corso dell’emergenza sanitaria da Covid-19 venissero eziologicamente ricollegati all’attività degli stessi operatori che sono stati, e tuttora sono, maggiormente impegnati nel contrasto della pandemia e nella tutela della salute collettiva, operando (almeno nelle fasi più acute di diffusione della malattia) in condizioni di estrema precarietà organizzativa e in assenza presidi adeguati³⁸.

In questi termini, dunque, si comprendono agevolmente le ragioni sottese alla centralità assunta nel dibattito pubblico e dottrinale dalla questione relativa alla

³⁶ «Lo sfoderare troppo precocemente e disinvolatamente il dito accusatorio verso qualcuno, individuo, categoria o gruppo sociale, ha poi come effetto di attivare atteggiamenti difensivi, in quanto tali più protesi a negare le responsabilità che a contribuire alla identificazione dei termini del problema di cui non di rado il presunto “colpevole” è il miglior interprete e conoscitore. Si tratta di una dinamica ben illustrata dall’odierna scienza dell’organizzazione, che anche il mondo della giustizia farebbe bene a tener presente. Del resto l’annosa e gravissima piaga della c.d. medicina difensiva – ma il difensivismo rischia di diventare, se non è già diventato, “categoria dello spirito” e motore universale dell’agire individuale e sociale – basterebbe a documentare i costi morali e materiali di un approccio bellicoso e vendicativo alle situazioni critiche» (G. FORTI, *Coronavirus, la tentazione del capro espiatorio e le lezioni della storia*, in *Diritto penale e uomo*, 2020, p. 35).

³⁷ C. CUPELLI, *Emergenza COVID-19: dalla punizione degli “irresponsabili” alla tutela degli operatori sanitari*, in *Sistema penale*, 2020.

³⁸ G. LOSAPPIO, *Covid-19 e infortuni sul lavoro in ambito ospedaliero*, in *Giurisprudenza penale*, 2020, p. 3; A. GARGANI, *La gestione dell’emergenza Covid-19: il “rischio penale” in ambito sanitario*, *Dir. pen. e proc.*, 2020, p. 887.

definizione (*rectius*, delimitazione) della responsabilità colposa medica “al tempo del coronavirus”.

L’elemento alla base della deflagrazione delle latenti preoccupazioni del personale medico in ordine ai rischi legali connessi alla situazione contingente ed eccezionale di crisi è stata da più parti individuata³⁹ nell’esecrabile condotta di alcuni avvocati in ordine alle iniziative pubblicitarie – invero promosse anche prima dell’attuale situazione – volte a incoraggiare (mediante l’offerta di consulenze gratuite e altri incentivi) i pazienti e i loro familiari a perseguire in sede giudiziaria le condotte ipoteticamente colpose del medici nel corso delle attività di prevenzione del contagio e/o di cura della malattia, auto-promuovendosi per la proposizione delle relative azioni legali⁴⁰.

Preso atto di tali iniziative, il Presidente della Federazione Nazionale degli Ordini dei Medici Chirurghi e degli Odontoiatri ha inviato una lettera⁴¹ al Consiglio Nazionale Forense, nella quale esprimeva seria preoccupazione per l’incolumità giudiziaria del personale sanitario impegnato nella lotta al Covid-19.

La celere risposta del CNF è giunta in data 1 aprile 2020 mediante due delibere (n. 177 e n. 178) approvate all’unanimità.

L’organismo di rappresentanza istituzionale della classe forense ha innanzitutto espresso la piena solidarietà e la massima vicinanza da parte dell’intera categoria professionale rappresentata ai medici e a tutto il personale sanitario a vario titolo impegnati nella cura e nell’assistenza dei soggetti colpiti dalla malattia,

³⁹ J. DELLA VALENTINA, *La responsabilità penale medica negli scenari post Covid-19*, cit., p. 9 ss.; G.M. CALETTI, *Emergenza pandemica e responsabilità penale in ambito sanitario*, cit., p. 11; E. PENCO, *Esigenze e modelli di contenimento della responsabilità nel contesto del diritto penale pandemico*, in *Sistema penale*, 2021, p. 12 ss.; C. CUPELLI, *La gestione dell’emergenza Covid-19 e il rischio penale per gli operatori sanitari*, in A. POLICE, C. CUPELLI (a cura di), *Le sanzioni: poteri, procedimenti e garanzie nel diritto pubblico*, Wolters Kluwer, Milano, 2020, p. 65; E. MATTEVI, *Giustizia riparativa e pandemia. Spunti di riflessione con particolare riferimento al contenzioso in ambito ospedaliero*, cit., p. 6 ss.; C. RIZZO, *La crisi pandemica e i nuovi scenari della “colpa medica”*, cit., p. 9.

⁴⁰ *Pubblicità studi legali che invitano a far causa a medici, Anelli scrive al Cnf: “Rafforzare vigilanza su deontologia. Le nostre professioni tutelano diritti di rango costituzionale”*, sul sito della Federazione Nazionale degli Ordini dei Medici Chirurghi e degli Odontoiatri, 27 marzo 2020). Sul tema, G.M. CALETTI, *Emergenza pandemica e responsabilità penale in ambito sanitario*, cit., p. 11 ss.

⁴¹ Oltre alla FNOMCeO, anche altre federazioni, come la Federazione nazionale degli ordini professioni infermieristiche (FNOPI), hanno espresso serie preoccupazioni in ordine al rischio penale prodotto dall’emergenza sanitaria invocando un intervento risolutore del legislatore.

garantendo l'immediata sollecitazione di tutte le istituzioni forensi nello svolgimento di un'intensa attività di vigilanza, al fine di individuare e sanzionare i comportamenti di quei pochi avvocati che, nella drammatica situazione di emergenza rappresentata dalla pandemia, intendono speculare sul dolore e le difficoltà altrui. Nel rispetto dell'impegno assunto, i Consigli dell'Ordine degli Avvocati e i Consigli Distrettuali di Disciplina Forense sono stati invitati a vigilare e intervenire, nell'ambito delle rispettive competenze in materia deontologica, affinché si ponesse fine a quelle indegne manovre di accaparramento di clientela che, in quanto contrarie ai doveri di corretta informazione, ledono il decoro e la dignità della classe forense.

Peraltro, ad aggravare ulteriormente la condizione del personale giudiziario particolarmente esposto al rischio giudiziario circa gli eventi lesivi legati alla gestione della pandemia si pone la disciplina ordinaria della responsabilità penale medica, che già di per sé risulta irta di criticità.

In sostanza, la diffusione pandemica del Covid-19 ha nuovamente alimentato un acceso dibattito intorno al tema della responsabilità sanitaria, evidenziando i già chiari limiti dell'attuale disciplina normativa volta a circoscrivere la responsabilità degli operatori sanitari e imponendo una seria riflessione sull'opportunità di una riforma del sistema, in termini sia emergenziali che ordinari⁴².

4. La (già critica) disciplina ordinaria della colpa medica...

Al fine di illustrare le peculiari criticità dell'attuale disciplina normativa della responsabilità penale in ambito medico-chirurgico, occorre ripercorrere le tappe essenziali degli interventi legislativi, nonché dell'elaborazione giurisprudenziale, che hanno condotto alla sua definizione.

⁴² Sul tema, R. BARTOLI, *Il diritto penale dell'emergenza "a contrasto del coronavirus"*, cit., p. 12 ss.; G.M. CALETTI, *Emergenza pandemica e responsabilità penale in ambito sanitario*, cit., p. 5 ss.; C. CUPELLI, *Emergenza COVID-19: dalla punizione degli "irresponsabili" alla tutela degli operatori sanitari*, cit.; G. LOSAPPIO, *Responsabilità penale del medico, epidemia da "Covid19" e "scelte tragiche" (nel prisma degli emendamenti alla legge di conversione del d.l. c.d. "Cura Italia")*, in *Giurisprudenza penale*, 2020, p. 11 ss.; M. COLACURCI, *Dai colletti ai camici bianchi? Alcune riflessioni sulla responsabilizzazione dell'ente in ambito sanitario*, in *La legislazione penale*, 2020.

Preliminarmente, giova rilevare come un aspetto particolarmente delicato della materia in esame è costituito dal difficile bilanciamento tra i diritti del paziente, quali il diritto alla salute e il diritto all'autodeterminazione, e l'esigenza di garantire l'esercizio della professione sanitaria in condizioni di indipendenza professionale e libertà scientifica; in ordine al quale ha negativamente inciso il c.d. "paradosso culturale" che ha accompagnato la trasformazione (*retius*, evoluzione) del rapporto medico-paziente «da paternalistico a individualistico»⁴³.

Si tratta di una vera e propria conquista di civiltà⁴⁴, una sorta di rivoluzione copernicana in cui alla centralità rivestita dal medico, in funzione della sua preminenza cognitiva e decisionale, si sostituisce una «concezione personalistica dei "diritti del paziente", che si pone al centro di tale rapporto e della struttura sanitaria come portatore di propri diritti»⁴⁵.

Tuttavia, anziché di una maggiore simbiosi tra medico e paziente, la centralità assunta da quest'ultimo in ragione della postulata condivisione delle scelte terapeutiche ha segnato l'inizio di una progressiva conflittualità. Il paradigma individualistico, infatti, ha presto favorito la diffusione di una concezione "consumeristica" del rapporto tra operatore sanitario e soggetto bisognoso di cure, in cui l'assistenza medica è sostanzialmente concepita, dai pazienti e dai suoi familiari, alla stregua di una qualsiasi prestazione contrattuale di carattere patrimoniale, in quanto tale sindacabile sotto il profilo dell'(esatto) adempimento.

L'assunzione di una dialettica di tipo negoziale nella "relazione di cura" ha inevitabilmente inciso in maniera negativa sul rapporto tra le parti, contaminando la funzione sanitaria con preoccupazioni e istanze di carattere giudiziario ed extraclinico, fisiologicamente estranee all'attività del medico.

La contrapposizione intersoggettiva di interessi nel rapporto medico-paziente ha così gradualmente assunto carattere endemico, al punto da determinare un incremento esponenziale del contenzioso penale in materia di responsabilità

⁴³ R. BARTOLI, *Paradigmi giurisprudenziali della responsabilità medica. Punti fermi e tendenze evolutive in tema di causalità e colpa*, in R. BARTOLI (a cura di), *Responsabilità penale e rischio nelle attività mediche e d'impresa (un dialogo con la giurisprudenza)*, Firenze University Press, Firenze, 2010, p. 76 ss.

⁴⁴ In ordine a tale evoluzione, F. ANGIONI, *Il nuovo codice di deontologia medica*, in *Criminalia*, 2007, p. 277 ss.

⁴⁵ F. MANTOVANI, *Diritto penale. Parte speciale*, I, *Delitti contro la persona*, VI ed., Cedam, Padova, 2016, p. 49.

medica, «spesso strumentalmente e impropriamente utilizzato per il perseguimento di istanze risarcitorie e/o vendicative/ritorsive»⁴⁶.

Tale processo degenerativo è all'origine dello sviluppo della versione patologica dell'esercizio della professione medica definita “medicina difensiva”⁴⁷, espressione con la quale si fa riferimento alle pratiche cliniche «che non obbediscono al criterio essenziale del bene del paziente, bensì all'intento di evitare accuse per non aver effettuato tutte le indagini e tutte le cure conosciute o, al contrario, per avere effettuato trattamenti gravati da alto rischio di insuccesso o di complicanze», nelle quali l'attività sanitaria è svolta «prescrivendo esami e terapie non necessarie (c.d. medicina difensiva positiva) o evitando pazienti o procedure diagnostiche ad alto rischio (c.d. medicina difensiva negativa)»⁴⁸.

Analogo effetto distorsivo di una relazione di cura in cui la necessità di prevenzione del rischio giudiziario assume carattere preminente rispetto alle esigenze di assistenza del paziente si produce nell'ambito del fenomeno della c.d. “medicina dell'obbedienza giurisprudenziale”⁴⁹, in cui l'autonomia del medico è sacrificata in nome di una cieca osservanza dei criteri (talora scientificamente opinabili quanto a contenuto e tecniche di formulazione) elaborati dalla giurisprudenza in tema di responsabilità medica.

In sostanza, il paradosso determinato dal mutamento di paradigma nel rapporto medico-paziente consiste nella sua adulterazione mediante la paura del sanitario di un possibile contenzioso, che lo riduce a una condizione di sudditanza psicologica e di precarietà operativa.

I tentativi di razionalizzazione di tale sistema mediante la riduzione dell'ambito di responsabilità del sanitario al fine di arginare la degenerazione del fenomeno della medicina difensiva – al quale è da ricondurre un significativo incremento della spesa pubblica in ambito sanitario, a fronte della sempre più inefficiente e

⁴⁶ C. RIZZO, *La crisi pandemica e i nuovi scenari della “colpa medica”*, cit. p. 13.

⁴⁷ Sul tema, A. MANNA, *Medicina difensiva e diritto penale. Tra legalità e tutela della salute*, Pisa University Press, Pisa, 2014.

⁴⁸ G. FORTI, M. CATINO, F. D'ALESSANDRO, C. MAZZUCATO, G. VARRASO (a cura di), *Il problema della medicina difensiva. Una proposta di riforma in materia di responsabilità penale nell'ambito dell'attività sanitaria e gestione del contenzioso legato al rischio clinico*, Edizioni ETS, Pisa, 2010, p. 17.

⁴⁹ A. ROIATI, *Medicina difensiva e colpa professionale medica in diritto penale. Tra teoria e prassi giurisprudenziale*, Giuffrè, Milano, 2012, p. 98.

inaffidabile attività di cura esercitata – sono stati attuati con due ravvicinate riforme legislative.

Con d.l. 13 settembre 2012, n. 158, convertito con modificazioni dalla l. 8 novembre 2012, n. 189 (c.d. decreto “Balduzzi”) è stata introdotta per la prima volta in materia la distinzione tra colpa lieve e colpa grave, di regola rilevante ai soli fini della gradazione della pena, quale criterio di discriminazione della rilevanza penale della condotta del sanitario⁵⁰. In particolare, la responsabilità dell’esercente la professione sanitaria è limitata alle ipotesi di colpa “non lieve”, cioè grave, la cui valutazione deve essere effettuata in base a parametri eterogenei, costituiti dalle linee guida e dalle buone pratiche accreditate dalla comunità scientifica. Si realizza in questo modo una vera e propria contraddizione in termini, dovuta alla formulazione di un’ipotesi di non punibilità in cui il medico risulta *in culpa sine culpa*⁵¹, cioè osservante delle linee guida eppure in colpa lieve⁵².

L’effettiva portata operativa della nuova disposizione è stata poi dettagliatamente definita dalla giurisprudenza di legittimità, la quale ne ha innanzitutto esteso l’ambito di applicazione anche alle ipotesi di negligenza e imprudenza, ha evidenziato la natura elastica del rapporto tra linee guida e regole precauzionali e ha individuato i parametri – come la misura della divergenza tra la condotta effettivamente tenuta e quella che era da attendersi sulla base della norma

⁵⁰ Art. 3, comma 1, l. n. 189/2012:

«L’esercente la professione sanitaria che nello svolgimento della propria attività si attiene a linee guida e buone pratiche accreditate dalla comunità scientifica non risponde penalmente per colpa lieve. In tali casi resta comunque fermo l’obbligo di cui all’art. 2043 del codice civile. Il giudice, anche nella determinazione del risarcimento del danno, tiene debitamente conto della condotta di cui al primo periodo»

⁵¹ P. PIRAS, *In culpa sine culpa. A proposito dell’art. 3 co. 1 l. 8 novembre 2012 n. 189 (linee guida, buone pratiche e colpa nell’attività medica)*, in *Dir. pen. cont.*, 2012, p. 1 ss.

⁵² Sul punto è stato, però, osservato che in realtà si tratterebbe di un paradosso soltanto apparente, «ben potendosi configurare una colpa anche nella più stretta osservanza delle linee guida» (G.M. CALETTI, *La colpa professionale del medico a due anni dalla legge Balduzzi*, in *Dir. pen. cont.*, 2015, p. 179). Tale orientamento è sostenuto anche dalla giurisprudenza di legittimità (Cass. Sez. IV, 29 gennaio 2013, n. 16237): per risolvere la contraddizione «occorre considerare che [...] le linee guida, a differenza dei protocolli e delle *check list*, non indicano una analitica, automatica successione di adempimenti, ma propongono solo direttive generali, istruzioni di massima, orientamenti. Esse, dunque, vanno in concreto applicate senza automatismi, ma rapportandole alle peculiari specificità di ciascun caso clinico. Potrà ben accadere, dunque, che il professionista debba modellare le direttive, adattandole alle contingenze che momento per momento gli si prospettano nel corso dello sviluppo della patologia e che, in alcuni casi, si trovi a dovervi addirittura derogare radicalmente. Il legislatore ha evidentemente tenuto conto di tale situazione, disciplinando l’evenienza di un terapeuta rispettoso delle "istruzioni per l’uso" e tuttavia in colpa».

cautelare – in virtù del quale deve essere effettuato il giudizio di gravità della colpa⁵³.

Tuttavia, l'inadeguatezza e la lacunosità della disciplina normativa dettata dalla legge Balduzzi hanno evidenziato la necessità di un ulteriore intervento di riforma, attuato con l'emanazione della legge 8 marzo 2017, n. 24 (c.d. legge Gelli-Bianco), con la quale è stato, tra l'altro, introdotto l'art. 590-*sexies* cod. pen., rubricato "Responsabilità colposa per morte o lesioni personali in ambito sanitario".

La disposizione in parola esclude la punibilità, al ricorrere di specifiche condizioni espressamente indicate al secondo comma dell'articolo⁵⁴, per i fatti di cui agli artt. 589 e 590 cod. pen. commessi nell'esercizio della professione sanitaria. Si tratta, dunque, di una causa di non punibilità che ripropone la contraddizione della *culpa sine culpa*, risultando così non meno criptica di quella definita dalla disciplina previgente, rispetto alla quale però presenta evidenti elementi di discontinuità: la limitazione del perimetro applicativo ai soli casi di imperizia e il venir meno della distinzione tra colpa lieve e colpa grave⁵⁵. L'operatività della causa di non punibilità, inoltre, è vincolata all'adeguatezza delle raccomandazioni previste dalle linee guida – delle quali la stessa norma predispone un sistema formale di accreditamento (art. 5, comma 3) – alle specificità del caso concreto⁵⁶.

Tuttavia, la giurisprudenza di legittimità ha evidenziato come la circostanza che anche la disposizione di recente introduzione contempla una condotta al contempo "ossequiosa" (delle linee guida) e colposa, si risolva in una drammatica

⁵³ Cass., Sez. IV, 29 gennaio 2013, n. 16237, in *Dir. pen. proc.*, 2013, p. 691 ss., con nota di L. RISICATO, *Linee guida e imperizia "lieve" del medico dopo la l. 189/2012: i primi orientamenti della Cassazione*, e in *Dir. pen. cont.*, 2013, con nota di A. ROIATI, *Il ruolo del sapere scientifico e l'individuazione della colpa lieve nel cono d'ombra della prescrizione*.

⁵⁴ Art. 590-*sexies*, comma 2, cod. pen.:

«Qualora l'evento si sia verificato a causa di imperizia, la punibilità è esclusa quando sono rispettate le raccomandazioni previste dalle linee guida come definite e pubblicate ai sensi di legge ovvero, in mancanza di queste, le buone pratiche clinico-assistenziali, sempre che le raccomandazioni previste dalle predette linee guida risultino adeguate alle specificità del caso concreto».

⁵⁵ «Sul piano del diritto intertemporale l'art. 590 *sexies* c.p. non pone alcun problema. Infatti, cancellando la distinzione fra colpa lieve e grave in ipotesi di rispetto delle linee guida, spazza via dall'ordinamento quel già esiguo spazio di non punibilità creato dalla legge Balduzzi, che essendo quindi più favorevole sarà ancora applicabile ai fatti pregressi ex art. 2 IV co. c.p.» (P. PIRAS, *Imperitia sine culpa non datur. A proposito del nuovo art. 590 *sexies* c.p.*, in *Dir. pen. cont.*, 2017).

⁵⁶ Sul tema, C. BRUSCO, *La colpa penale e civile. La colpa medica dopo la l. 8 marzo 2017, n. 24 (legge Gelli - Bianco)*, Giuffrè, Milano, 2017, p. 242.

incompatibilità logica che rende difficile la stessa individuazione della *ratio* della novella⁵⁷.

Il carattere a tratti ermetico e contraddittorio del dato normativo ha quindi originato un contrasto in seno alla giurisprudenza di legittimità, rendendo necessario l'intervento delle Sezioni unite, le quali, nell'intento di attribuire un margine di concreta operatività alla previsione dell'art. 590-*sexies* cod. pen., ne hanno ulteriormente circoscritto lo spazio applicativo. Con riferimento a tale profilo, si rileva che la previsione della causa di non punibilità, «esplicita, innegabile e dogmaticamente ammissibile»⁵⁸, concerne le ipotesi in cui il medico, a fronte della sostanziale osservanza delle linee guida, commette un errore parziale decisivo per la realizzazione di uno degli eventi descritti dagli artt. 589 e 590 cod. pen.⁵⁹. In virtù delle chiare indicazioni offerte sul punto da dato normativo, però,

⁵⁷ Cass., Sez. IV, 20 aprile 2017, n. 28187, con note di G.M. CALETTI, M.L. MATTHEUDAKIS, *La Cassazione e il grado della colpa penale del sanitario dopo la riforma "Gelli-Bianco"*, in *Dir. pen. e proc.*, 2017, p. 1369 ss.; M. CAPUTO, *"Promossa con riserva". La legge Gelli-Bianco passa l'esame della Cassazione e viene "rimandata a settembre" per i decreti attuativi*, in *Riv. it. med. leg.*, 2017, p. 724 ss.; C. CUPELLI, *La legge Gelli-Bianco e il primo vaglio della Cassazione: linee guida sì ma con giudizio*, in *Dir. pen. cont.*, 2017, p. 280 ss.; L. RISICATO, *Colpa dello psichiatra e legge Gelli-Bianco: la prima stroncatura della Cassazione*, in *Giurisprudenza italiana*, 2017, p. 2199 ss.

⁵⁸ Sebbene la dottrina risulti sostanzialmente d'accordo con tale inquadramento dogmatico, lo ritiene tutt'altro che esplicito, stante l'impiego da parte del legislatore dell'indiscriminata espressione "non punibilità". Sul punto, F. D'ALESSANDRO, *La responsabilità penale del sanitario alla luce della riforma "Gelli-Bianco"*, in *Dir. pen. e proc.*, 2017, p. 576 rileva che «non è chiaro l'inquadramento dogmatico di tale esenzione da pena: pur incidendo sulla colpa essa non sembra presentare i tratti caratteristici di una scusante e pare perciò da ricondurre più propriamente una limitazione del tipo dell'illecito colposo... meno convincente ma pur sempre plausibile sembra invece la qualifica-zione come causa di non punibilità in senso stretto». Secondo una differente ricostruzione, la disposizione in parola, invece, dovrebbe essere qualificata in termini di causa di esclusione della tipicità colposa, e non di causa di esclusione della punibilità (M. CAPUTO, *Colpa penale del medico e sicurezza delle cure*, Giappichelli, Torino, 2017, p. 363 e ss. Ulteriore, diversa prospettazione e quella secondo la quale l'istituto in esame non costituisce una categoria sostanzial-penalistica, ma una regola processuale rivolta al giudice e funzionale all'accertamento della tipicità colposa o anche della colpevolezza (O. DI GIOVINE, *A proposito delle Sezioni unite della Corte di Cassazione "Mariotti" sulla colpa medica e a margine del libro di Matteo Caputo su "colpa medica e sicurezza delle cure"*, in *Riv. it. med. leg.*, 2018, p. 847).

⁵⁹ Cass., Sez. un., 21 dicembre 2017, n. 8770, con note di R. BARTOLI, *Riforma Gelli-Bianco e Sezioni Unite non placano il tormento: una proposta per limitare la colpa medica*, in *Dir. pen. cont.*, 2018, p. 233 ss.; C. BRUSCO, *Responsabilità medica penale: le Sezioni Unite applicano le regole sulla responsabilità civile del prestatore d'opera*, in *Dir. pen. e proc.*, 2018, p. 647 ss.; G.M. CALETTI, M.L. MATTHEUDAKIS, *La fisionomia dell'art. 590-*sexies* c.p. dopo le Sezioni Unite tra "nuovi" spazi di graduazione dell'imperizia e "antiche" incertezze*, in *Dir. pen. cont.*, 2018, p. 25 ss.; M. CAPUTO, *Le Sezioni Unite alle prese con la colpa medica: nomofilachia e nomopoiesi per il gran ritorno dell'imperizia lieve*, in *Riv. it. med. leg.*, 2018, p. 345 ss.; C. CUPELLI, *L'art. 590-*sexies* c.p. nelle motivazioni delle Sezioni Unite: un'interpretazione "costituzionalmente conforme" dell'imperizia medica (ancora) punibile*, in *Dir. pen. cont.*, 2018, p. 246 ss.; P. PIRAS, *Un distillato*

l'errore non punibile non deve riguardare la fase di selezione delle linee guida, nel qual caso non risulterebbe integrato il requisito dell'adeguatezza delle stesse alle specificità del caso concreto.

In conclusione, all'esito dell'interpretazione fornita dalla giurisprudenza di legittimità, la causa di non punibilità disciplinata dall'art. 590-*sexies* cod. pen. trova un residuo spazio di applicazione con riferimento alla fase attuativa, ossia esecutiva delle indicazioni offerte dalle linee guida e alle ipotesi di colpa lieve (o non grave), la quale «è rimasta intrinseca alla formulazione del nuovo precetto».

Alla luce delle argomentazioni sviluppate, le Sezioni unite hanno evidenziato che in tema di colpa medica deve affermarsi il principio per cui «l'esercente la professione sanitaria risponde, a titolo di colpa, per morte o lesioni personali derivanti dall'esercizio di attività medico-chirurgica:

- a) se l'evento si è verificato per colpa (anche "lieve") da negligenza o imprudenza;
- b) se l'evento si è verificato per colpa (anche "lieve") da imperizia quando il caso concreto non è regolato dalle raccomandazioni delle linee-guida o dalle buone pratiche clinico-assistenziali;
- c) se l'evento si è verificato per colpa (anche "lieve") da imperizia nella individuazione e nella scelta di linee-guida o di buone pratiche clinico-assistenziali non adeguate alla specificità del caso concreto;
- d) se l'evento si è verificato per colpa "grave" da imperizia nell'esecuzione di raccomandazioni di linee-guida o buone pratiche clinico-assistenziali adeguate, tenendo conto del grado di rischio da gestire e delle speciali difficoltà dell'atto medico».

Specularmente, la dottrina ha rilevato che l'esonero di responsabilità per colpa dell'operatore sanitario attiene: 1) esclusivamente alle fattispecie di omicidio e di lesioni colpose; 2) ai casi di osservanza di linee guida e buone pratiche clinico-assistenziali accreditate dalla comunità scientifica – come definite e pubblicate ai sensi di legge –, adeguate alle specificità del caso concreto; 3) ai soli errori

di nomofilachia: l'imperizia lieve intrinseca quale causa di non punibilità del medico, in *Dir. pen. cont.*, 2018.

commessi per imperizia non grave nell'esecuzione delle indicazioni offerte dalle linee guida⁶⁰.

In questi termini, dunque, si comprende come le esigenze di contenimento della responsabilità penale poste dalla pandemia si inseriscano in un sistema già di per sé critico, la cui palese inadeguatezza rispetto alla situazione emergenziale è accentuata dall'orientamento giurisprudenziale che tende a disconoscere la fondamentale rilevanza resa della misura soggettiva della colpa⁶¹.

5 ... e la relativa inefficacia funzionale nel contesto emergenziale

Alla luce dell'analisi dell'ordinaria disciplina normativa della colpa medica risulta evidente come gli angusti spazi di operatività della causa di non punibilità prevista dall'art. 590-*sexies* cod. pen. la rendano inidonea a garantire un'adeguata tutela rispetto alle contingenze emergenziali nelle quali il personale sanitario è stato chiamato a operare nel contrasto al Covid-19.

Le ragioni che conducono a tale affermazione sono molteplici.

Innanzitutto, in rapporto alla limitata operatività della causa di non punibilità prevista dall'art. 590-*sexies* cod. pen. ai soli casi di imperizia non grave vengono in rilievo le peculiari condizioni di scarsità delle risorse organizzative e strutturali legate all'esiguità di mezzi e di personale. In ragione della sua circoscritta estensione, infatti, tale strumento non è in grado di tutelare il personale sanitario anche con riferimento alle eventuali ipotesi di negligenza e imprudenza, le quali invece ben potrebbero verificarsi, accanto all'imperizia, in ragione delle peculiarità caratterizzanti la gestione dell'emergenza sanitaria, tra le quali l'estenuante lunghezza dei turni di lavoro, la mancanza di idonea attrezzatura e il necessario impiego di personale sprovvisto del relativo livello di specializzazione in relazione

⁶⁰ C. CUPELLI, *La gestione dell'emergenza covid-19 e il rischio penale per gli operatori sanitari*, in *Dirittoesalute*, 2020.

⁶¹ Sul punto, si è evidenziato come, da un lato, l'art. 590-*sexies* cod. pen. definisca una «area di punibilità colposa (...) assolutamente sproporzionata rispetto alle contingenze emergenziali» e «non si possa nemmeno, in queste ipotesi, fare affidamento sulla sola capacità “salvifica” della c.d. misura soggettiva della colpa», a cui «la giurisprudenza in ben poche occasioni [ha] fatto effettivamente ricorso in sede di accertamento, degradandola da canone valutativo a clausola di stile» (C. CUPELLI, *Emergenza COVID-19: dalla punizione degli “irresponsabili” alla tutela degli operatori sanitari*, cit.).

al tipo di attività medica prestata. Per quanto riguarda in particolare quest'ultimo aspetto, dunque, la condotta dei medici che, privi delle specializzazioni disciplinari specificamente richieste dal trattamento del Covid, si rendono volontariamente disponibili all'assistenza, al fine di assicurare il livello di cura più esteso possibile, integra una «assunzione volontaria del rischio, di norma punibile a titolo di colpa perché riconducibile alla violazione di una regola cautelare prudenziale, che dovrebbe condurre all'astenersi dall'attività»⁶².

L'ipotesi codicistica di esonero da responsabilità non è poi applicabile al contesto emergenziale in considerazione del fatto che la sua operatività presuppone l'esistenza, e il rispetto da parte del sanitario, di linee-guida accreditate o buone pratiche clinico-assistenziali, le quali nel caso del Covid-19 risultano fisiologicamente inesistenti, trattandosi di una infezione nuova e in larga misura ancora sconosciuta. Del resto, è proprio in ragione delle scarse conoscenze scientifiche sul nuovo virus che, specie nella prima fase dell'emergenza, il trattamento della malattia avveniva mediante l'impiego di farmaci *off label*, nella speranza di una loro efficacia per la cura dell'infezione polmonare.

Infine, l'inadeguatezza funzionale dell'ordinaria causa di esclusione della responsabilità medica in ordine al soddisfacimento delle esigenze di contenimento del rischio penale emergenziale incombente sul personale sanitario concerne la sua espressa applicabilità con riferimento alle sole ipotesi di omicidio colposo (art. 589 cos. pen.) e di lesioni personali colpose (art. 590 cod. pen.). Al contrario, le critiche condizioni del contesto emergenziale – quali la mancanza di dispositivi di protezione individuale e la frequente impossibilità, per carenze strutturali, di un adeguato isolamento dei pazienti – sarebbero tali da far temere la configurabilità, quanto meno in astratto, anche di ipotesi di epidemia colposa (art. 452 cod. pen.)⁶³.

⁶² C. CUPELLI, *Emergenza COVID-19: dalla punizione degli "irresponsabili" alla tutela degli operatori sanitari*, cit.

⁶³ J. DELLA VALENTINA, *La responsabilità penale medica negli scenari post Covid-19*, cit., p. 20; C. CUPELLI, *La colpa medica e la gestione penale dell'emergenza pandemica*, cit., p. 8. In senso contrario, C. RIZZO, *La crisi pandemica e i nuovi scenari della "colpa medica"*, cit., p. 28, secondo il quale «l'orientamento prevalente circoscrive lo spazio normativo dei titoli di reato, potenzialmente rilevanti in sede ermeneutica, all'omicidio e alle lesioni di matrice colposa, escludendone, quindi, l'epidemia colposa, poiché, nel quadro empirico de quo, non si rinviene quella «signoria dell'agente sull'insorgenza e sullo sviluppo del morbo epidemico [che è] un requisito selettivo indispensabile» ai fini dell'applicabilità di tale fattispecie».

6. Esigenze di contenimento della responsabilità tra strumenti normativi esistenti e prospettive di riforma

L'irriducibilità del fenomeno emergenziale entro gli angusti confini operativi dell'art. 590-*sexies* cod. pen. ha reso quindi evidente l'impellente necessità di predisporre adeguati strumenti di tutela del personale sanitario rispetto al rischio eccezionale insito nello svolgimento dell'attività sanitaria nell'ambito del contesto emergenziale.

Le diverse soluzioni prospettate dalla dottrina penalistica nell'intenso dibattito sviluppatosi sul tema possono essere raggruppate in due macro categorie: da un lato, quelle che propugnano l'impiego di strumenti già esistenti nell'attuale sistema normativo, dall'altro, quelle che sottolineano la necessità di un apposito intervento legislativo.

Nell'ambito delle proposte di soluzione che evidenziano l'opportunità di un intervento normativo volto ad ampliare le ipotesi di esclusione della responsabilità del sanitario, le opzioni dibattute – praticabili in via alternativa o cumulativa⁶⁴ – sono due, ossia «riformulare la responsabilità nell'emergenza o riformulare nell'emergenza la colpa professionale»⁶⁵.

Nel primo caso si invoca l'adozione di un provvedimento legislativo *ad hoc* (legge eccezionale, temporanea o comunque speciale) relativo alle sole fattispecie verificatesi nell'ambito dell'emergenza pandemica, ossia la definizione di uno statuto penale della colpa medica "emergenziale" derogatorio della disciplina ordinaria, in ordine a una molteplicità di aspetti⁶⁶: 1) la limitazione della responsabilità penale alle sole ipotesi di colpa grave; 2) l'estensione dell'esclusione della responsabilità anche alle ipotesi di colpa lieve da imprudenza e negligenza; 3)

⁶⁴ A. ROIATI, *Esercizio della professione sanitaria e gestione dell'emergenza Covid-19: note minime per un ampliamento delle fattispecie di esclusione della responsabilità penale*, in *La legislazione penale*, 2020, p. 10.

⁶⁵ G. LOSAPPIO, *Responsabilità penale del medico, epidemia da "Covid19" e "scelte tragiche" (nel prisma degli emendamenti alla legge di conversione del d.l. c.d. "Cura Italia")*, cit., p. 11 e ss.

⁶⁶ Sul tema C. CUPELLI, *Emergenza COVID-19: dalla punizione degli "irresponsabili" alla tutela degli operatori sanitari*, cit., il quale evidenziava l'opportunità di introdurre «un'apposita disciplina volta ad ampliare l'area di esonero da responsabilità colposa, plasmata sulle peculiarità della medicina dell'emergenza pandemica, che prospetti uno statuto penale *ad hoc* per la gestione organizzativa, clinica e assistenziale di tale rischio». Sulla stessa linea, A. ROIATI, *Esercizio della professione sanitaria e gestione dell'emergenza Covid-19*, cit., p. 10 ss., secondo il quale l'emergenza sanitaria offre l'occasione per procedere a «un più generale ripensamento dello statuto penale del sanitario e dell'art. 590-*sexies* c.p.».

la definizione della colpa grave in termini di macroscopica violazione di regole o protocolli cautelari, tenuto conto dei fattori “contestuali”; 4) l’ampliamento del novero delle fattispecie contemplate a ipotesi delittuose diverse dall’omicidio e dalle lesioni; 5) l’attribuzione di rilevanza al rispetto di linee-guida anche se non accreditate o di buone pratiche clinico-assistenziali non ancora consolidate.

La seconda opzione, invece, evidenzia l’opportunità di una riforma complessiva della disciplina della colpa medica e dell’istituto previsto dall’art. 590-*sexies* cod. pen., nel senso di un ampliamento dell’esonero da responsabilità sull’impronta della regola di esperienza compendiata nell’art. 2236 cod. civ.⁶⁷, il quale costituisce espressione del c.d. principio di razionalità relativo alle ipotesi in cui i prestatori d’opera adempiano le relative prestazioni in condizioni di particolare difficoltà⁶⁸. Tale disposizione, in ragione della sua generica formulazione, risulterebbe di agevole applicazione anche con riferimento alla situazione emergenziale, garantendo in tal modo un giudizio di colpevolezza soggettivo⁶⁹, nel

⁶⁷ M. CAPUTO, *Logiche e modi dell’esonero da responsabilità penale per chi decide e opera in contesti di emergenza sanitaria*, cit., p. 6 ss., il quale, nell’evidenziare l’opportunità di una disciplina definita sulla base del canone di cui all’art. 2236 cod. civ., evoca la proposta di riforma avanzata dall’Associazione Italiana dei Professori di Diritto Penale mediante la ridefinizione dell’art. 590-*sexies* cod. pen., rubricato «Non punibilità dell’esercente le professioni sanitarie» formulato nel modo che segue:

«1. Nei casi previsti dagli artt. 589, 590 e 593-*bis* non è punibile l’esercente una professione sanitaria che ha commesso il fatto nello svolgimento di un’attività sanitaria che comporta la soluzione di problemi di speciale difficoltà, sempre che la colpa non sia grave.

2. La colpa è grave quando la deviazione dalle regole di diligenza, prudenza e perizia, ovvero l’inosservanza di leggi, regolamenti, ordini o discipline, è particolarmente rilevante e ha creato un rischio irragionevole per la salute del paziente, concretizzatosi nell’evento.

3. Se la causazione dell’evento è stata determinata da una grave carenza organizzativa, la colpa dell’esercente la professione sanitaria non è grave.

4. La carenza organizzativa è grave quando l’ente nel quale si svolge l’attività sanitaria non ha adottato ed efficacemente attuato modelli di organizzazione finalizzati alla prevenzione e gestione del rischio connesso all’erogazione di prestazioni sanitarie, idonei a prevenire eventi del tipo di quello verificatosi, e ha creato un rischio incompatibile con l’osservanza di un livello elevato di sicurezza delle cure» (AIPDP, *Materiali per la riforma dei delitti contro la persona*, sottogruppo composto da S. SEMINARA, D. PULITANÒ, M. CAPUTO, *Il regime di responsabilità penale dell’esercente una professione sanitaria*). Sulla stessa linea, A. ROIATI, *Esercizio della professione sanitaria e gestione dell’emergenza Covid-19*, cit., p. 15 ss. Sempre in ordine alla valorizzazione del paradigma definito dall’art. 2236 c.c., sia pure nella diversa prospettiva *de jure condito*, G.M. CALETTI, *Emergenza pandemica e responsabilità penale in ambito sanitario*, cit., p. 14 ss.

⁶⁸ G. FIANDACA, E. MUSCO, *Diritto penale. Parte generale*, Zanichelli, Bologna, 2019, p. 576 ss.

⁶⁹ L. RISICATO, *La metamorfosi della colpa medica nell’era della pandemia*, in *DisCrimen*, 2020, p. 6.

rispetto del principio della responsabilità personale di cui all'art. 27, comma 3, Cost.⁷⁰.

Sul versante opposto alla prospettata necessità di un intervento normativo si afferma che, al fine di contenere il rischio di una “epidemia di responsabilità” insito nella gestione dell'emergenza sanitaria, non risulta indispensabile una riforma complessiva della disciplina della responsabilità medica, potendo essere utilmente impiegati strumenti già predisposti dall'ordinamento⁷¹.

Nell'ambito di questa diversa impostazione sono state avanzate molteplici proposte di soluzione che vanno dalla valorizzazione della misura soggettiva del rimprovero colposo⁷², all'impiego della categoria della forza maggiore quale causa di eccezionale compromissione della *voluntas agendi* del soggetto⁷³, sino all'impiego delle scriminanti dell'adempimento di un dovere (art. 51 cod. pen.) e dello stato di necessità (art. 54 cod. pen.)⁷⁴, soprattutto con riferimento ai “conflitti

⁷⁰ M. CAPUTO, *Logiche e modi dell'esenzione da responsabilità penale per chi decide e opera in contesti di emergenza sanitaria*, cit., p. 8

⁷¹ La tesi secondo la quale per il contenimento del rischio penale per il personale sanitario impegnato nella gestione dell'emergenza sarebbe sufficiente il ricorso ai principi generali che governano la responsabilità penale è espressa da R. BARTOLI, *la responsabilità colposa medica e organizzativa al tempo del coronavirus*, cit., p. 100, secondo il quale «la responsabilità in contesti complessi che non sono di normalità, ma di emergenza, può essere esclusa senza la necessità di previsioni peculiari». Sulla stessa linea, G. BOVI, *La colpa del medico ai tempi del Covid-19: la soluzione nei principi generali?*, in *Giustizia insieme*, 2020; L. RISICATO, *La metamorfosi della colpa medica nell'era della pandemia*, cit., p. 3 ss.

⁷² G. BOVI, *La colpa del medico ai tempi del Covid-19: la soluzione nei principi generali?*, cit.; A. GARGANI, *La gestione dell'emergenza Covid-19: il “rischio penale” in ambito sanitario*, cit., p. 893.

⁷³ G. BOVI, *La colpa del medico ai tempi del Covid-19: la soluzione nei principi generali?*, cit., p. 9, secondo il quale sebbene l'inesigibilità, concernente la componente soggettiva della colpa, e la forza maggiore producano un effetto sostanzialmente identico, la differenza tra le due è evidente «posto che, nel caso dell'inesigibilità il fatto è, e continua ad essere, un fatto antiggiuridico, ciò che manca è invece la colpevolezza, da ciò derivandone, per l'appunto, l'inesigibilità di un comportamento diverso da parte del soggetto. Diversamente, la forza maggiore costituisce quel *quid* contro cui *resistere non potest*, che “elide ogni potere di signoria sulla condotta” facendo mancare il requisito della “coscienza e volontà” e compromettendo gli elementi costitutivi del reato stesso». Analogamente, A. GARGANI, *La gestione dell'emergenza Covid-19: il “rischio penale” in ambito sanitario*, cit., p. 892.

⁷⁴ M. CAPUTO, *Logiche e modi dell'esenzione da responsabilità penale per chi decide e opera in contesti di emergenza sanitaria*, cit., p. 5; A. GARGANI, *La gestione dell'emergenza Covid-19: il “rischio penale” in ambito sanitario*, cit., secondo i quali, la figura dello stato di necessità si ricollega all'inesigibilità di comportamenti alternativi leciti, la quale consente di attribuire rilevanza a istanze di giustizia sostanziale che diversamente non troverebbero applicazione nei casi concreti. Peraltro, nelle elaborazioni della dottrina, tale figura talvolta si ricollega alla tipicità del fatto, attribuendo rilevanza all'istituto della forza maggiore, in quanto l'inesigibilità costituirebbe espressione del principio ad *impossibilia nemo tenetur*. Con riferimento a tale profilo è stato altresì precisato che la valorizzazione dell'impiego di un rimedio *in the books* quale quello previsto dall'art. 54 c.p., pone l'esigenza di un equo bilanciamento con l'art. 2045 cod. civ. Soltanto il combinato

di dovere” di cui alle ipotesi eccezionali di responsabilità sanitaria relative alle c.d. “scelte tragiche” imposte dalla scarsità di risorse⁷⁵.

Al di là della mera prospettazione sul piano puramente teorico, alcune delle soluzioni ipotizzate con riferimento alle esigenze di contenimento della responsabilità del personale sanitario sono state avanzate nell’ambito di iniziative parlamentari volte a proporre l’introduzione – analogamente a quanto già disposto per le figure datoriali – di apposite “norme-scudo”⁷⁶. In tale contesto si inseriscono le proposte di emendamento formulate in sede di conversione del d.l. 17 marzo 2020, n. 18 (c.d. Decreto Cura Italia) e del d.l. 19 maggio 2020, n. 34 (c.d. Decreto Rilancio).

A fronte della comune natura emergenziale, dovuta all’invocata introduzione di norme a efficacia temporalmente circoscritta alla vigenza delle condizioni di crisi legate al contesto pandemico⁷⁷, le soluzioni prospettate in sede parlamentare possono essere essenzialmente ricondotte a due modelli generali: un’esclusione della responsabilità *tout court*, da un lato; una ridefinizione l’area della colpa medica nel contesto emergenziale, dall’altro⁷⁸.

delle due disposizioni consentirebbe di realizzare un adeguato contemperamento tra le istanze di protezione avanzate dal personale medico e la riparazione delle conseguenze dannose a carico dell’interessato. Pur qualificando lo stato di necessità in termini di scriminante, infatti, al principio di unitarietà proprio delle cause di esclusione dell’antigiuridicità deroga, per quanto concerne l’art. 54 cod. pen., la disposizione di cui all’art. 2045 cod. civ. (J. DELLA VALENTINA, *La responsabilità penale medica negli scenari post Covid-19*, cit., p. 12) Sulla questione, G.M. CALETTI, *Emergenza pandemica e responsabilità penale in ambito sanitario*, cit., p. 10. Il riferimento allo stato di necessità, inteso come causa di giustificazione, si rinviene anche nella Relazione n. 35/2021 dell’Ufficio del Massimario in ordine agli artt. 3 e 3-bis della legge 28 maggio 2021, n. 76.

⁷⁵ In ordine a tale profilo, G. LOSAPPIO, *Responsabilità penale del medico, epidemia da “Covid19” e “scelte tragiche” (nel prisma degli emendamenti alla legge di conversione del d.l. c.d. “Cura Italia”)*, cit., p. 12 ss.; G.M. CALETTI, *Emergenza pandemica e responsabilità penale in ambito sanitario*, cit., p. 7 ss.

⁷⁶ Si esprime in maniera critica in ordine alla “norma scudo” per i datori di lavoro, con argomentazioni che, concernendo le ragioni sottese alla sua introduzione, possono essere impiegate anche con riferimento alla categoria del personale sanitario, D. AMATO, *Contagio da Covid-19 “in occasione di lavoro” e responsabilità datoriale: è davvero necessario uno scudo penale?*, in *Giurisprudenza Penale*, 2020, p. 35, secondo il quale gli interventi normativi in esame costituirebbero il risultato di una «perniciosa tendenza a inseguire e assecondare le richieste dell’elettorato».

⁷⁷ G.M. CALETTI, *Emergenza pandemica e responsabilità penale in ambito sanitario*, cit., p. 18.

⁷⁸ Per un’analisi dettagliata delle proposte di emendamento al decreto “Cura Italia”, G. LOSAPPIO, *Responsabilità penale del medico, epidemia da “Covid19” e “scelte tragiche” (nel prisma degli emendamenti alla legge di conversione del d.l. c.d. “Cura Italia”)*, cit., p. 2 ss.; G.M. CALETTI, *Emergenza pandemica e responsabilità penale in ambito sanitario*, cit., p. 17 ss.; A. ROIATI, *Esercizio della professione sanitaria e gestione dell’emergenza Covid-19*, cit., p. 12 ss.; L. SCARAMELLINI, *Palliativi e cure effettive: interventi proposti e proposte di intervento in tema di*

La prima categoria di proposte, definite di «lockdown della responsabilità»⁷⁹, si compone delle soluzioni che propugnano una totale esclusione della responsabilità penale – oltre che civile, contabile e da rivalsa – con riferimento alle condotte poste in essere, tanto dai vertici delle strutture quanto dal personale sanitario, nella gestione dell'emergenza sanitaria e che risultino «giustificate dalla necessità di garantire, sia pure con mezzi e modalità non sempre conformi agli standard di sicurezza, la continuità dell'assistenza sanitaria indifferibile sia in regime ospedaliero che territoriale e domiciliare»⁸⁰. Invero, tali iniziative – assimilabili al modello dell'immunità sostanziale⁸¹ o dell'amnistia⁸² in ragione dell'ampia estensione del regime di favore (sia pure legata al contesto emergenziale) – sono state qualificate come un «quasi puerile tentativo di “organizzazione della irresponsabilità” ad ampio spettro»⁸³ e fortemente criticate in considerazione dei consistenti profili di incostituzionalità a cui detta estensione darebbe luogo.

Al contrario, il secondo modello di soluzioni, maggiormente conforme alle proposte elaborate dalla dottrina, si fonda sulla necessità di assicurare un contenimento di tipo parziale della responsabilità sanitaria, realizzabile mediante la razionale⁸⁴ limitazione della punibilità ai soli casi di dolo e colpa grave, definendo la nozione di colpa grave sulla base di parametri tesi alla valorizzazione delle peculiari condizioni del contesto emergenziale⁸⁵. L'estensione dell'esonero da

responsabilità penale degli esercenti le professioni sanitarie, in *Giurisprudenza penale*, 2020, p. 9 ss.

⁷⁹ G. LOSAPPPIO, *Responsabilità penale del medico, epidemia da “Covid19” e “scelte tragiche” (nel prisma degli emendamenti alla legge di conversione del d.l. c.d. “Cura Italia”)*, cit., p. 7.

⁸⁰ Di tal genere gli emendamenti n. 1.1. e 1.2. proposti in sede di conversione del decreto “Cura Italia”, nonché la proposta di emendamento al medesimo decreto n. 13.2, la quale prevedeva per il personale sanitario la non punibilità «per i reati di cui agli articoli 589 e 590 del codice penale quando il profilo di colpa sia determinato da indisponibilità di mezzi o il soggetto abbia agito in situazione di urgenza allo scopo di salvaguardare la vita o l'integrità del paziente».

⁸¹ A. ROIATI, *Esercizio della professione sanitaria e gestione dell'emergenza Covid-19*, cit., p. 11.

⁸² «una sorta di “amnistia” generalizzata» (G.M. CALETTI, *Emergenza pandemica e responsabilità penale in ambito sanitario*, cit., p. 14).

⁸³ G. LOSAPPPIO, *Responsabilità penale del medico, epidemia da “Covid19” e “scelte tragiche” (nel prisma degli emendamenti alla legge di conversione del d.l. c.d. “Cura Italia”)*, cit., p. 7.

⁸⁴ C. CUPELLI, *Emergenza COVID-19: dalla punizione degli “irresponsabili” alla tutela degli operatori sanitari*, cit.; G. LOSAPPPIO, *Responsabilità penale del medico, epidemia da “Covid19” e “scelte tragiche” (nel prisma degli emendamenti alla legge di conversione del d.l. c.d. “Cura Italia”)*, cit., p. 9 ss.

⁸⁵ Quanto alle proposte di emendamento al decreto Cura Italia, rientrano in tale categoria: il n. 1.0.4, che prevedeva una limitazione della punibilità «per i fatti indicati nell'art. 590-sexies c.p. [...]

responsabilità sulla base della gradazione della colpa e di una specifica definizione del concetto di colpa grave si traduce, in sostanza, in una ridefinizione del tipo colposo nella prospettiva di realizzare – mediante un ampliamento delle cause di esclusione della punibilità o di delimitazione della responsabilità – una sorta di un “adattamento emergenziale” della disciplina ordinaria di cui all’art. 590-*sexies* cod. pen.⁸⁶.

Quanto alla tipologia di intervento normativo proposto, entrambi i modelli anzidetti propugnano soluzioni di carattere eccezionale, mediante l’introduzione di disposizioni che, in quanto efficaci con esclusivo riferimento alla situazione contingente, lasciano immutato l’ordinario sistema della responsabilità medica⁸⁷.

Tuttavia, le suddette proposte di riforma avanzate in sede parlamentare non hanno trovato accoglimento, con il conseguente abbandono, invero per alcuni mesi soltanto, dell’idea di un intervento di carattere eccezionale.

7. L’esclusione della punibilità nell’attività di vaccinazione

L’esigenza di limitare l’esposizione del personale sanitario impegnato nella gestione dell’emergenza al rischio penale è stata inizialmente soddisfatta in misura soltanto parziale, relativamente all’attività di somministrazione del vaccino anti Covid-19.

ai soli casi di colpa grave», da intendersi quale «palese e ingiustificata violazione dei principi basilari che regolano la professione sanitaria o dei protocolli o programmi emergenziali eventualmente predisposti per fronteggiare la situazione in essere»; il n. 16.2, formulato in termini sostanzialmente analoghi; il n. 13.2, il quale analogamente limitava «per tutti gli eventi avversi che si siano verificati o si verifichino durante il periodo dell’emergenza causata dalla diffusione del Covid-19, la punibilità penale [...] ai soli casi di colpa grave», individuata secondo «la proporzione tra le risorse e i mezzi disponibili e il numero dei pazienti da curare, nonché le tipologie di prestazione svolta per fronteggiare le situazioni di emergenza rispetto al tipo di specializzazione posseduta dal personale». Per quanto concerne invece le proposte di emendamento avanzate in sede di conversione del decreto “Rilancio”, rientra in tale categoria l’emendamento n. 1.07, che limitava la responsabilità medica «per i reati di cui agli articoli 590-*sexies* e 452 del codice penale, alle ipotesi di colpa grave», sussistente nei casi di «evidenti violazioni delle buone pratiche della scienza medica, tenendo altresì conto della proporzione specificamente esistente fra disponibilità di luoghi e strumenti e il numero dei pazienti da curare, nonché della specializzazione del personale, oltre che della volontarietà della prestazione».

⁸⁶ A. ROIATI, *Esercizio della professione sanitaria e gestione dell’emergenza Covid-19*, cit., p. 12.

⁸⁷ G.M. CALETTI, *Emergenza pandemica e responsabilità penale in ambito sanitario*, cit., p. 17.

Il decreto-legge 1 aprile 2021, n. 44, recante “Misure urgenti per il contenimento dell’epidemia da COVID-19, in materia di vaccinazioni anti SARS-CoV-2, di giustizia e di concorsi pubblici”, ha previsto all’art. 3 (“Responsabilità penale da somministrazione del vaccino anti Sars-CoV-2”) l’esclusione della punibilità per i delitti di omicidio e lesioni personali colposi eziologicamente connessi all’attività di somministrazione del vaccino, a condizione che «l’uso del vaccino è conforme alle indicazioni contenute nel provvedimento di autorizzazione all’immissione in commercio emesso dalle competenti autorità e alle circolari pubblicate sul sito istituzionale del Ministero della salute relative alle attività di vaccinazione».

Configurato in questi termini, l’esonero per i vaccinatori da responsabilità penale (ma non da quella civile) poggia su tre requisiti: a) il verificarsi dell’evento morte o lesione del soggetto vaccinato; b) la derivazione causale di tali eventi dalla somministrazione del vaccino; c) il rispetto delle regole cautelari proprie dell’attività di somministrazione.

Con riferimento al secondo di tali requisiti, la dottrina ha espresso opinioni contrastanti.

Da un lato, si è rilevato che, «al di là dello sconcerto generato dal fatto che il decreto contempra pacificamente la possibilità di un nesso eziologico fra inoculazione del vaccino anti-Covid e morte del paziente in un momento in cui la questione è ampiamente dibattuta a livello di comunità scientifica e autorità regolatorie competenti, è evidente come l’accertamento del rapporto causale fra evento infausto e vaccinazione – sempre che lo stesso sia davvero possibile secondo gli standard probatori richiesti dall’ordinamento – non possa che avvenire nella sede a ciò deputata, e cioè quella processuale»⁸⁸. In questi termini, quindi, la disposizione in parola non produrrebbe l’effetto di “protezione dal processo” invocata dalla categoria, in quanto è soltanto in questa sede che può procedersi all’accertamento della sussistenza dell’imprescindibile requisito di operatività dello

⁸⁸ E. PENCO, “Norma-scudo” o “normaplacebo”? Brevi osservazioni in tema di (ir)responsabilità penale da somministrazione del vaccino anti sars-cov-2, in *Sistema penale*, 2021.

“scudo” costituito dal rapporto di causalità tra somministrazione del vaccino e il verificarsi di morte o lesioni⁸⁹.

Dall’altro, invece, si è riconosciuta alla disposizione di nuova introduzione un’evidente efficacia operativa già in sede di iscrizione della notizia di reato. Ciò, in quanto, pur non risultando precluso l’avvio di eventuali accertamenti penali, «certo il sanitario, verificata la conformità del vaccino somministrato alle indicazioni date, non potrebbe essere indagato per il solo fatto di essere intervenuto a somministrare la dose. Un’iscrizione a modello 21 a suo carico sarebbe, per questo solo fatto, ingiustificata e del tutto arbitraria»⁹⁰. In questi termini, quindi, «l’iscrizione soggettiva a modello 21 – nel caso di specie del sanitario somministratore – sarebbe legittima solo in presenza del *fumus* di profili colposi, cui ricondurre eziologicamente il fatto lesivo. Diversamente, sarebbe corretto – semmai – procedere a carico di “ignoti” (a modello 44), proprio in assenza di elementi soggettivi di possibile responsabilità»⁹¹.

⁸⁹ Con riferimento a tale profilo N. ROSSI, *Sanitari: è possibile uno “scudo penale” più efficace dell’attuale?*, in *Quest. giust.*, 2021, ha evidenziato come nell’attuale contesto emergenziale risulti maggiormente efficace, più che uno “scudo penale”, «una sorta di “scudo procedimentale”», che, da un lato, attribuisca al pubblico ministero la «facoltà di procrastinare l’iscrizione nel registro degli indagati delle persone potenzialmente responsabili» e, dall’altro, sancisca la possibilità per gli Ordini professionali dei sanitari interessati, opportunamente e tempestivamente avvisati, di «nominare [...] un consulente tecnico tenuto a partecipare agli accertamenti tecnici irripetibili oltre ad un difensore d’ufficio», ferma restando naturalmente la facoltà dei «sanitari “interessati” agli esiti degli accertamenti» di «chiedere al pubblico ministero di parteciparvi anche a titolo individuale, nominando un proprio consulente tecnico e un difensore di fiducia».

⁹⁰ G. AMATO, *Scudo penale per i vaccinatori che somministrano le dosi. La responsabilità penale*, in *Guida al diritto*, 2021, p. 49, secondo cui, «in astratto, nulla vieterebbe di procedere a carico del sanitario, pur in presenza della causa di non punibilità, laddove si apprezzassero profili di colpa inesistenti sulla “modalità” (in ipotesi scorretta) con cui questi abbia somministrato il vaccino. È francamente un caso quasi di scuola, che però dovrebbe essere comunque valutato alla luce della causa di non punibilità generale di cui all’art. 590-*sexies* c.p.». Sul punto si è altresì rilevato che, «difficilmente tale lo scudo esimerà le autorità inquirenti dall’iscrizione del soggetto agente nel registro degli indagati ex art. 335 cod. proc. pen., poiché la necessaria valutazione del grado di colpa in capo al sanitario, dirimente ai fini dell’applicazione della causa di non punibilità di nuova introduzione, richiederà necessariamente l’intervento di un tecnico, sub specie consulente o perito, che si attiverà, su richiesta del p.m. o del giudice, esclusivamente dopo l’avvio del procedimento penale» (L. FIMIANI, *Nuovo “scudo penale” (decreto-legge 1° aprile 2021, n. 44): è una norma tautologica?*, in *Giurisprudenza penale*, 2021, p. 5).

⁹¹ Sul tema, G. AMATO, *Scudo penale per i vaccinatori che somministrano le dosi*, cit., p. 47 ss.

7.1. *Natura giuridica*

L'indagine in ordine alla natura giuridica dello strumento di tutela predisposto nei confronti del personale sanitario impegnato nell'attività di somministrazione del vaccino impone di verificare in quale delle tre categorie in cui si ripartisce il sistema della non punibilità penale – cause di giustificazione (scriminanti), cause di esclusione della colpevolezza (scusanti) e cause di non punibilità in senso stretto – debba essere collocato, in considerazione delle sue caratteristiche intrinseche, lo strumento di contenimento disciplinato dall'art. 3 d.l. n. 44/2021.

Sul punto, in dottrina sono state operate diverse costruzioni.

Eccettuato l'isolato orientamento che vi ravvisa una scriminante⁹², l'opinione prevalente ritiene trattarsi di “una norma scudo”. Tuttavia, lo stesso concetto di “scudo penale”, impiegato per indicare lo strumento anzidetto, può assumere in concreto una pluralità di significati diversi, il cui effettivo contenuto giuridico, quindi, deve essere individuato volta per volta in considerazione delle specificità del caso concreto. Nel caso in esame l'alternativa è tra la qualificazione come causa di esclusione della colpevolezza o causa di non punibilità in senso stretto. Si tratta, dunque, di comprendere se le ragioni sottese alla decisione legislativa di non punire condotte pur oggettivamente delittuose siano da individuarsi nel difetto di un *quid* sul piano soggettivo – risultando in tal modo scusabili – oppure in altri motivi, “esterni” alla meritevolezza della pena (per valutazioni di opportunità, di convenienza pratica, etc.).

Il dato testuale della norma (“la punibilità è esclusa”)⁹³ fa propendere per una qualificazione in termini di causa di esclusione della punibilità in senso stretto a carattere originario⁹⁴, in cui ragioni di politica-criminale inducono il legislatore a ritenere inopportuna, in presenza di specifiche e tassative condizioni, la punizione di condotte tipiche, anti giuridiche e colpevoli. A conclusione identica si perviene

⁹² N. ROSSI, *Sanitari: è possibile uno “scudo penale” più efficace dell'attuale?*, cit.

⁹³ Sebbene l'impiego di tale espressione in realtà non possa essere considerato decisivo, stante il frequente uso della stessa in maniera impropria e generica (A. CADOPPI, P. VENEZIANI, *Elementi di diritto penale, Parte Generale*, Cedam, Padova, 2012, p. 511 ss.).

⁹⁴ Secondo G. AMATO, *Scudo penale per i vaccinatori che somministrano le dosi*, cit., si tratta di un'ipotesi di causa di non punibilità che non esclude l'antigiuridicità. Sul tema della non punibilità nell'attuale contesto emergenziale, P. CAROLI, *Non punibilità e indirizzo politico-criminale*, in *Dir. pen. cont.*, 2020, p. 68 ss.

anche in considerazione delle esigenze di tutela connesse all'attività di vaccinazione: impedire che il rischio penale in ordine agli eventi avversi collegati a detta attività conduca all'assunzione di diffusi atteggiamenti di medicina difensiva, nel senso di astensione dalla somministrazione delle dosi, con evidenti effetti pregiudizievoli circa la complessiva strategia di contrasto al Covid-19.

Tale ricostruzione, invece, risulta da respingere con riferimento al profilo strutturale della clausola di esenzione di nuovo conio⁹⁵. La circostanza che l'operatività di quest'ultima sia vincolata al rispetto delle dettagliate ed esaustive regole cautelari proprie del settore, infatti, sembra escludere che le relative ipotesi di applicazione costituiscano effettivamente fatti di reato tipici, la cui punibilità è esclusa per l'intervento di un elemento esterno.

In questa prospettiva, quindi, il nuovo meccanismo definito dal legislatore emergenziale risulta piuttosto di carattere ibrido e di non agevole catalogazione⁹⁶. La norma, infatti, pare non affermare altro se non l'ovvio: in presenza di una condotta rispettosa delle *leges artis* di settore il reato non può essere considerato completo di tutti i suoi elementi costitutivi, con la conseguente necessaria esclusione della responsabilità penale.

Neppure la qualificazione in termini di causa di non punibilità, dunque, risulterebbe appropriata, atteso che la decisione legislativa di escludere la punibilità di un fatto non tipico – in cui non è ravvisabile alcuna ragione di convenienza e opportunità criminale – costituisce null'altro che il risultato dei principi generali, ossia del principio di legalità nella declinazione della colpevolezza *ex art. 27 Cost.*⁹⁷.

⁹⁵ S. CRIMI, *Scudo penale per chi vaccina: causa di non punibilità o inesigibilità di una condotta alternativa lecita?*, in *Quotidiano giuridico*, 2021, secondo l'Autore, l'effetto della nuova disposizione non è tanto quello di escludere la punibilità un fatto tipico, quanto quello di precludere un giudizio di colpa condotto su regole cautelari diverse da quelle espressamente indicate dalla norma. Nella generica formulazione della norma vi si ravvisa altresì una sorta di ri-descrizione del tipo colposo (E. PENCO, *"Norma-scudo" o "normaplacebo"?*, cit.).

⁹⁶ «tanto da autorizzare quelle letture estreme secondo cui, dietro la declamata non punibilità, si sarebbe semplicemente ribadito l'ovvio, con una sorta di norma-memento» (A. NATALINI, *Le "norme-scudo" a favore degli operatori sanitari. Commento a prima lettura degli artt. 3 e 3-bis d.l. n. 44/2021, conv., con modif., in l. n. 76/2021*, in *Corti Supreme e Salute*, 2021, p. 343).

⁹⁷ «Anzi, si rischia di ottenere il paradossale esito di assolvere il soggetto con una formula meno favorevole» (F. FURIA, *Lo "scudo penale" alla prova della responsabilità da inoculazione del vaccino anti SARS-CoV-2*, in *Arch. pen.*, 2021, p. 10).

L'alternativa interpretativa a tale ricostruzione potrebbe essere quella di considerare la genericità del testo normativo quale forma di ri-descrizione del tipo colposo, cui consegue la «natura meramente orientativa della norma in parola, alla quale può a tutto concedere essere riconosciuta una funzione di stimolo ad una più attenta soggettivizzazione del giudizio di colpa medica, che tenga conto del peculiare contesto in cui l'attività dell'operatore sanitario viene resa»⁹⁸.

Sempre con riferimento all'elemento della colpa si è altresì affermato che una possibile lettura della disposizione è nel senso che il rispetto delle indicazioni di cui all'autorizzazione in commercio e alle circolari ministeriali non esclude la configurabilità di condotte imperite, imprudenti o negligenti⁹⁹, residuando ulteriori regole cautelari da osservare nell'attività di vaccinazione. In questi termini, la disposizione costituisce una sorta di «argine di non punibilità», in cui il rispetto delle fonti espressamente indicate preclude l'ulteriore accertamento in ordine alla causalità della colpa al fine di individuare eventuali comportamenti alternativi leciti¹⁰⁰.

In considerazione, quindi, della sua incidenza sul profilo colposo (e non già su quello esterno della mera punibilità) sembra da condividersi la qualificazione del nuovo strumento in termini non di causa di non punibilità in senso stretto, bensì di causa di esclusione della colpevolezza¹⁰¹. Si tratterebbe, cioè, di una scusante – operativa, quindi, anche in caso di erronea supposizione della sua esistenza (art. 59, comma 4, cod. pen.) – la cui applicazione esclude, in presenza dei requisiti espressamente indicati dalla norma, la rimproverabilità colposa (anche grave) con riferimento agli eventi avversi (morte o lesioni) eziologicamente connessi all'attività di somministrazione del vaccino.

⁹⁸ E. PENCO, “Norma-scudo” o “normaplacebo”?, cit.

⁹⁹ Sulla distinzione tra regole cautelari scritte “esaustive” e “non esaustive” delle cautele esigibili, F. MANTOVANI, *Diritto Penale, Parte generale*, Cedam, Padova, 2017, p. 336.

¹⁰⁰ S. CRIMI, *Scudo penale per chi vaccina*, cit.

¹⁰¹ P. PIRAS, *La non punibilità per gli eventi dannosi da vaccino anti Covid-19*, in *Sistema penale*, 2021; C. CUPELLI, *Gestione dell'emergenza pandemica e rischio penale: una ragionevole soluzione di compromesso (d.l. 44/2021). Note a prima lettura sugli articoli 3 e 3-bis del d.l. 44/2021, convertito dalla l. 28 maggio 2021, n. 76 (in G.U. n. 128 del 31 maggio 2021)*, in *Sistema penale*, 2021.

7.2. *Ambito applicativo*

La nuova disposizione trova applicazione con esclusivo riferimento all'attività sanitaria relativa alla somministrazione del vaccino anti SARS-CoV-2. Tale delimitazione funzionale emerge chiaramente dalla lettera della norma, sia della rubrica che del corpo del testo, nel quale si fa espresso riferimento alla (sola) attività di «somministrazione per la prevenzione delle infezioni da SARS-CoV-2, effettuata nel corso della campagna vaccinale straordinaria in attuazione del piano di cui all'art. 1, comma 457, della legge 30 dicembre 2020, n. 178»¹⁰². Quanto al profilo più strettamente temporale, invece, la mancata indicazione di termini finali nel Piano strategico nazionale per la vaccinazione anti-Covid non consente di individuare il termine temporale finale del periodo di limitazione della punibilità *ex art. 3*¹⁰³.

Nell'attività di vaccinazione, con riferimento alla quale trova applicazione la disposizione in parola, sono ricompresi l'atto della somministrazione vera e propria (consistente in una iniezione muscolare da eseguirsi con tecnica "asettica") e la relativa fase preparatoria. Quest'ultima si compone sostanzialmente di due momenti: 1) la risposta, da parte del vaccinando, a una serie di quesiti concernenti le sue attuali e pregresse condizioni di salute (contenuti nella scheda di *triage* pre-vaccinale e nel questionario anamnestico); 2) la raccolta del consenso informato in ordine ai possibili eventi avversi.

Tra le due indicate fasi, è soprattutto in quella preliminare che il rischio penale risulta più elevato¹⁰⁴, configurandosi la responsabilità del sanitario che non svolga

¹⁰² Sebbene il contesto emergenziale potrebbe giustificare l'introduzione di disposizioni ai limiti dei principi costituzionali, ci si chiede se «tale scelta sia costituzionalmente legittima sotto il profilo del rispetto del principio di uguaglianza *ex art. 3 Cost.*, poiché pare evidente la differenza di trattamento (oltretutto verso le altre categorie professionali anche) nei confronti degli operatori sanitari che inoculano – e continuano a farlo anche oggi, su indicazione dell'OMS – altre tipologie di vaccini» (F. FURIA, *Lo "scudo penale" alla prova della responsabilità da inoculazione del vaccino anti SARS-CoV-2*, cit. p. 11).

¹⁰³ Sul punto, il parere, con osservazioni, del Comitato per la legislazione sul d.d.l. A.C. n. 3113 di conv., con modif., del d.l. n. 44/2021 aveva evidenziato «l'opportunità di chiarire il termine temporale finale del periodo di limitazione della punibilità, considerato che le disposizioni concernenti il piano strategico nazionale per la vaccinazione non prevedono termini finali».

¹⁰⁴ L'atto di vera e propria inoculazione del vaccino «difficilmente suscettibile di cagionare danni richiedenti l'intervento penale (e, in ogni caso, l'errore tecnico-esecutivo in queste situazioni è particolarmente raro)» (F. FURIA, *Lo "scudo penale" alla prova della responsabilità da inoculazione del vaccino anti SARS-CoV-2*, cit., p. 5 ss.).

correttamente il proprio operato¹⁰⁵ per l'evento infausto eziologicamente collegato alla somministrazione.

Sempre con riferimento all'ambito applicativo, va rilevato che correttamente la disposizione concerne le sole fattispecie di omicidio colposo (art. 589 cod. pen.) e lesioni personali colpose (590 cod. pen.), le sole astrattamente configurabili nei confronti del personale sanitario addetto alla vaccinazione con riferimento ai relativi eventi avversi.

In questi termini, però, la disposizione in parola sembra sovrapporsi alla causa di non punibilità prevista dall'art. 590-*sexies* cod. pen. Invero, con riferimento ai rapporti tra le due figure in dottrina sono state espresse opinioni differenti.

Secondo un primo orientamento, che qualifica la disposizione in esame come norma di favore, le due fattispecie sono in rapporto di specialità (bilaterale) *ex art.* 15 cod. pen. in ordine alla portata applicativa¹⁰⁶: lo scudo contempla la sola somministrazione del vaccino e non l'attività medica in genere.

Al contrario, le condizioni di operatività risultano indubbiamente più ampie e favorevoli con riferimento a una molteplicità di aspetti: l'estensione alle ipotesi, oltre che di imperizia, di negligenza e imprudenza; l'irrilevanza del grado della colpa. La norma, inoltre, non fa alcun riferimento all'adeguatezza al caso concreto delle linee guida indicate, nel rispetto delle quali il sanitario deve svolgere il proprio operato. Nel caso in esame, quindi, sembra che il sanitario non sia tenuto a valutare l'adeguatezza, rispetto alle condizioni del vaccinando, delle indicazioni contenute nell'AIC e nelle circolari ministeriali (le quali, peraltro, contengono già l'indicazione espressa dei soggetti ai quali il vaccino non può essere somministrato), dovendosi limitare alla loro attuazione¹⁰⁷. Diversamente, l'art. 590-*sexies*, comma 2, cod. pen., secondo l'interpretazione fornita dalla giurisprudenza

¹⁰⁵ «Le norme cautelari, infatti, impongono che il medico si accerti della corretta e completa compilazione dei documenti citati e che ne faccia un'attenta valutazione, volta ad individuare eventuali soggetti a cui il vaccino non possa essere somministrato, secondo le indicazioni fornite sia nell'AIC che dal Ministero della Salute» (F. FURIA, *Lo "scudo penale" alla prova della responsabilità da inoculazione del vaccino anti SARS-CoV-2*, cit., p. 4).

¹⁰⁶ La configurabilità di un rapporto di specialità tra le due disposizioni è affermata anche nella Relazione di accompagnamento al d.l. n. 44 del 2021, p. 5.

¹⁰⁷ In ordine a tale profilo, si è rilevato che una disposizione come quella in esame reca in sé il rischio di «allontanare il giudizio dal particolarismo causale con tanta fatica ottenuto [con l'introduzione dell'art. 590-*sexies* c.p.]» (S. CRIMI, *Scudo penale per chi vaccina: causa di non punibilità o inesigibilità di una condotta alternativa lecita?*, cit.).

di legittimità, non esclude mai la punibilità in caso di errore c.d. strategico, consistente nella scelta di linee-guida non adeguate alle specificità del caso concreto.

Ciò non esime, naturalmente, il sanitario dall'effettuare un accurato controllo in ordine alla corretta compilazione della scheda di *triage* e del questionario anamnestico (oltre che del consenso informato) al fine di conoscere il quadro clinico del paziente e, conseguentemente, la sua idoneità alla vaccinazione. La punibilità del sanitario per l'evento avverso eziologicamente collegato alla somministrazione, infatti, non è esclusa nel caso in cui, per l'errore commesso in tale fase, si sia proceduto all'inoculazione del vaccino a un soggetto per il quale secondo le linee guida, invece, la stessa non poteva essere effettuata.

Secondo l'opposta e maggiormente condivisibile ricostruzione, invece, tra l'art. 590-*sexies* e l'art. 3 non è concepibile alcun tipo di rapporto, in quanto nel primo è sancita l'esclusione della punizione di condotte che, per quanto lievi, sono pur sempre colpose, mentre nel secondo il rispetto delle regole cautelari specifiche del settore esclude la configurabilità di una condotta colposa. Ne consegue che in un caso si ha una condotta imperita, ancorché lieve (e perciò, non punibile); in un altro, una condotta non colposa¹⁰⁸.

7.3. Condizioni di operatività

Per quanto riguarda le condizioni di operatività, ai sensi dell'art. 3 d.l. n. 44/2021, l'uso del vaccino deve essere contemporaneamente conforme¹⁰⁹: a) alle indicazioni contenute nel provvedimento di autorizzazione all'immissione in

¹⁰⁸ P. PIRAS, *La non punibilità per gli eventi dannosi da vaccino anti Covid-19*, cit.; J. DELLA VALENTINA, *La responsabilità penale medica negli scenari post Covid-19*, cit., p. 25 ss.

¹⁰⁹ «Dovendo sussistere congiuntamente i suddetti requisiti, potrebbero insorgere problematiche applicative in caso di (teorico) contrasto tra provvedimento autorizzatorio e contenuto delle circolari ministeriali, tenuto conto anche del loro rapido succedersi in ragione dell'evoluzione epidemiologica e degli eventi avversi via via registrati» (A. NATALINI, *Le "norme-scudo" a favore degli operatori sanitari*, cit., p. 349).

commercio emesso dalle competenti autorità (AIC)¹¹⁰; b) alle circolari pubblicate sul sito istituzionale del Ministero della Salute relative alle attività di vaccinazione.

Con riferimento al primo requisito, giova preliminarmente precisare che, secondo la definizione offerta dall'Istituto Superiore della Sanità, il vaccino è «un farmaco che stimola il sistema immunitario a produrre anticorpi, deputati a combattere i microrganismi causa di malattia». In qualità di medicinale immunologico¹¹¹ appartenente alla famiglia dei farmaci, quindi, il vaccino soggiace alla relativa disciplina, tra cui l'obbligo di impiego secondo le prescrizioni per le quali ha ottenuto la registrazione e l'immissione in commercio (art. 3, comma 1, d.l. 17 febbraio 1998, n. 23, convertito dalla l. 8 aprile 1998, n. 94, c.d. Di Bella).

In questi termini, quindi, risulta evidente come, con riferimento a eventuali eventi avversi (lesioni o anche morte) verificatisi nell'attività di somministrazione, il corretto uso del farmaco, ossia l'impiego conforme alle indicazioni terapeutiche per le quali è stata ottenuta l'AIC, è idoneo, secondo gli stessi principi generali del giudizio di colpa a escludere profili di responsabilità legati alla colpa specifica¹¹². In ipotesi del genere, invece, accertata la derivazione causale dell'evento dalla somministrazione del vaccino, i soggetti responsabili dovranno essere individuati tra quelli deputati alla produzione del farmaco o alla sua conservazione e distribuzione.

Esattamente nel quadro così delineato si inserisce la disposizione normativa in parola, la quale sostanzialmente ribadisce¹¹³ che il rispetto delle linee guida di settore è tale da escludere qualsivoglia margine di rimproverabilità colposa (anche grave) nei confronti dei soggetti coinvolti a vario titolo nelle attività di vaccinazione.

¹¹⁰ Sulle differenti procedure di autorizzazione alla commercializzazione del vaccino, N. CEVOLANI, *Le procedure di autorizzazione a commerciare il vaccino*, in *Il Corriere giuridico*, 2021, p. 301 ss.

¹¹¹ Ai sensi dell'art. 1 d.lgs. 24 aprile 2006, n. 219 ("Codice dei medicinali per uso umano"), che recupera l'art. 1, n. 2, Dir. 2001/83/CE del Parlamento europeo e del Consiglio del 6 novembre 2001, "recante un codice comunitario relativo ai medicinali per uso umano".

¹¹² «Essendo in dubbiamente questa un'attività rischiosa ma giuridicamente autorizzata, l'evento che si realizza nonostante il rispetto delle norme cautelari (in questo caso specifiche) concretizza il rischio consentito e rende pertanto il soggetto inoculatore non punibile» (F. FURIA, *Lo "scudo penale" alla prova della responsabilità da inoculazione del vaccino anti SARS-CoV-2*, cit., p. 3).

¹¹³ Secondo alcuni in forma sovrabbondante, F. FURIA, *Lo "scudo penale" alla prova della responsabilità da inoculazione del vaccino anti SARS-CoV-2*, cit., p. 13.

Il primo dei suddetti requisiti concerne l'uso *on label*, ossia la somministrazione del farmaco secondo le indicazioni dell'AIC rilasciata dall'AIFA. L'uso *off label* o comunque scorretto, invece, non esclude la responsabilità anche solo colposa del sanitario in ordine agli eventi avversi causalmente collegati alla somministrazione del vaccino.

Con la previsione del secondo requisito, invece, il legislatore ha riconosciuto, mediante la tecnica del richiamo mobile, efficacia circa l'esclusione della punibilità alle circolari del Ministero della Salute, superando così eventuali perplessità in ordine al loro ruolo di semplici raccomandazioni o vere e proprie linee guida.

In tal modo, se il primo requisito rischia di essere considerato sovrabbondante, in ragione della disciplina già definita dalla legge Di Bella, quest'ultimo appare indubbiamente più utile, se non altro nella misura in cui definisce il valore giuridico delle circolari ministeriali (non inserite nel Sistema Nazionale Linee Guida), sebbene, già in applicazione dei principi generali, le stesse potessero essere considerate alla stregua di norme cautelari specialistiche con riferimento alle quali svolgere il giudizio di colpa.

A fronte di tale rilevanza, però, si è rilevato come in realtà tale requisito risulti formulato in maniera meno precisa rispetto all'altro, «esponendosi, in assenza di ulteriori specificazioni sulla tipologia di prescrizioni e soprattutto sui destinatari delle stesse, al rischio di tradursi in una formula vuota e non vincolante sul piano del rispetto delle regole cautelari»¹¹⁴.

In effetti, il reale valore prescrittivo e la capacità vincolante delle disposizioni delle suddette circolari variano a seconda del relativo contenuto. In questo modo, difficilmente la “raccomandazione di un uso preferenziale”¹¹⁵ può assumere i caratteri di una prescrizione sufficientemente determinata idonea a sorreggere un giudizio di colpa o, più in generale, di responsabilità penale.

Così individuate le condizioni di operatività dello scudo penale per i vaccinatori, sembra che la norma di nuova introduzione rechi in sé il rischio, almeno

¹¹⁴ C. CUPELLI, *Gestione dell'emergenza pandemica e rischio penale: una ragionevole soluzione di compromesso (d.l. 44/2021)*, cit.

¹¹⁵ Emblematica è la Circolare del 7 aprile 2021 relativa al vaccino “Astrazeneca”: «[...] tenuto conto del basso rischio di reazioni avverse di tipo tromboembolico a fronte della elevata mortalità da COVID-19 nelle fasce di età più avanzate, si rappresenta che è raccomandato un suo uso preferenziale nelle persone di età superiore ai 60 anni [...]»

rispetto al provvedimento di AIC e ai documenti ad esso corredati¹¹⁶, di produrre un effetto *contra reum*, nel senso di un'estensione punitiva contraria alla sua stessa *ratio*, nella misura in cui – richiedendo lo stretto rispetto delle fonti anzidette – finisce per riconoscere la responsabilità del sanitario (chiaramente in presenza di un evento avverso causalmente collegato all'inoculazione) in ragione dell'inosservanza di una regola marginalmente rilevante o addirittura ininfluenza rispetto alla prevenzione degli eventi avversi nell'attività di vaccinazione. In realtà, in ipotesi di tal genere, il ricorso ai principi generali in tema di causalità e imputazione colposa consentirebbe di escludere la configurabilità di una responsabilità colposa in ordine alle lesioni o la morte, non costituendo queste ultime la concretizzazione del rischio specifico che la regola violata è volta a contenere¹¹⁷.

8. La definizione di uno statuto emergenziale della colpa medica: la limitazione della responsabilità penale del personale sanitario

La legge di conversione del d.l. 44/2021 (l. 28 maggio 2021, n. 76), lasciando sostanzialmente immutato l'art. 3¹¹⁸ – relativo all'esclusione della responsabilità per i vaccinatori – ha introdotto nel corpo del provvedimento il nuovo art. 3-*bis* (“Responsabilità colposa per morte o lesioni personali in ambito sanitario durante lo stato di emergenza epidemiologica da Covid-19”), il quale, con riferimento al periodo di emergenza da SARS-CoV-2 (dichiarato con delibera del Consiglio dei ministri del 31 gennaio 2020, e successive proroghe) limita alle sole ipotesi di colpa grave la punibilità per i fatti di cui agli artt. 589 e 590 cod. pen. commessi nell'esercizio della professione sanitaria e che trovano causa nella situazione emergenziale.

¹¹⁶ Tra questi, per esempio, nei “riassunti delle caratteristiche dei prodotti (RCP)” sono contenute delle disposizioni, come quelle concernenti le modalità di conservazione e smaltimento dei vaccini, che non attengono all'attività di inoculazione vera e propria.

¹¹⁷ In ordine alla funzione preventiva delle regole cautelari e alla necessità che l'evento costituisca la concretizzazione del rischio, F. MANTOVANI, *Diritto Penale, Parte generale*, cit., p. 336.

¹¹⁸ La sola modificazione, di carattere meramente formale, rapportata in sede di conversione all'art. 3 del d.l. n. 44/2021 attiene alla sostituzione, con riferimento alle circolari del Ministero della Salute, delle parole «pubblicate sul sito istituzionale» con «pubblicate nel sito internet istituzionale».

Tale disposizione costituisce evidentemente la risposta legislativa alle istanze di tutela avanzate dalla categoria e alle elaborazioni dottrinali circa l'opportunità di un intervento normativo *ad hoc*, mediante la quale viene definito uno specifico statuto emergenziale della colpa medica. In tale regime, si attribuisce rilevanza, quanto alla valutazione delle eventuali responsabilità del personale sanitario in ordine agli eventi avversi verificatisi nella gestione della pandemia, alle peculiari condizioni di criticità della situazione contingente (malattia sostanzialmente sconosciuta; assenza di linee guida; scarsità di risorse; ecc.). In tal modo, la misura del rimprovero personale può essere «ragionevolmente correlata all'eccezionalità e all'emergenza in cui versa il sistema sanitario»¹¹⁹.

8.1. Natura giuridica

Come per lo scudo penale nell'attività di vaccinazione, anche in questo caso l'indagine in ordine alla natura giuridica dell'esclusione della punibilità disciplinata dall'art. 3-*bis* deve essere condotta in virtù delle sue caratteristiche intrinseche, al fine di valutare in quale delle categorie generali della non punibilità penale la stessa risulta riconducibile.

Ebbene, in considerazione del fatto che la disposizione trova applicazione con riferimento a condotte penalmente rilevanti, caratterizzate da colpa lieve, la cui punibilità è esclusa in ragione delle assolute peculiarità del contesto emergenziale di riferimento, la disposizione in esame sembra appartenere alla categoria delle cause di non punibilità in senso stretto. Tra le due disposizioni emergenziali (artt. 3 e 3-*bis*), quindi, è quella inserita in sede di conversione a costituire un vero e proprio scudo, determinando l'esclusione della punibilità di condotte perfette sia sotto il profilo oggettivo che sul piano soggettivo; al contrario dell'art. 3, incidendo su condotte in origine non colpose, costituisce invece una causa scusante¹²⁰.

¹¹⁹ J. DELLA VALENTINA, *La responsabilità penale medica negli scenari post Covid-19*, cit., p. 28 ss.

¹²⁰ P. PIRAS, *Lo scudo penale Covid-19: prevista la punibilità solo per colpa grave per i fatti commessi dai professionisti sanitari durante l'emergenza epidemica*, in *Sistema penale*, 2021.

8.2. Ambito applicativo e condizioni di operatività

I fatti penalmente rilevanti con riferimento a quali trova applicazione la nuova disposizione sono, per espressa previsione normativa, unicamente quelli suscumbibili nelle fattispecie di cui agli artt. 589 e 590 cod. pen.

Nell'ambito di esclusione della punibilità non sono ricomprese, quindi, le ipotesi di epidemia colposa (artt. 438 e 452 cod. pen.), con riferimento alle quali, peraltro, permangono notevoli criticità applicative, relative: alla condotta tipica¹²¹ (aspetto sul quale si è pronunciata di recente anche la giurisprudenza di legittimità)¹²²; al decorso causale reale (si pensi ai decorsi alternativi leciti); al comportamento alternativo lecito¹²³.

Quanto alle fattispecie dolose astrattamente configurabili, invece, sono esclusi il rifiuto di atti d'ufficio per ragioni di sanità (art. 328 cod. pen.) e il reato di morte o lesioni in conseguenza di altro delitto (art. 586 cod. pen.).

In questi termini, l'esclusione della punibilità di nuovo conio non fornirebbe soluzione neppure ai casi delle scelte tragiche¹²⁴, stante il carattere doloso della scelta del sanitario, nella situazione di scarsità di risorse, di prestare la propria

¹²¹ Del resto, le criticità applicative relative a tale fattispecie ne riducono sensibilmente l'operatività. In primo luogo, da un lato, la per la configurazione dell'ipotesi delittuosa risulterebbe necessario, oltre all'effettivo contagio di un determinato numero di persone, il pericolo per la salute di un numero indeterminato di individui. In altri termini, per l'integrazione della fattispecie non sono sufficienti né la condotta del soggetto che agisca privo di cautele, né l'effettivo contagio di quest'ultimo, essendo necessaria la c.d. proiezione teleologica, ossia il pericolo di ulteriore del contagio ad altri soggetti. In secondo luogo, è tuttora dibattuto in dottrina se l'ambito di applicazione della fattispecie ricomprenda, oppure no, le sole condotte consistenti nella diffusione di agenti patogeni di cui il soggetto agente abbia la materiale disponibilità. Sul tema, R. BARTOLI, *Il diritto penale dell'emergenza "a contrasto del coronavirus"*, cit., p. 11, il quale ha evidenziato che «E fino ad ora la poca giurisprudenza che ha applicato questa fattispecie ha richiesto per così dire un diretto dominio sugli agenti patogeni, con la conseguenza che occorre qualcosa di più che il risultare semplicemente positivi ad un virus». Nello stesso senso, anche A. GARGANI, *Reati contro l'incolumità pubblica*, II, *Reati di comune pericolo mediante frode*, in C.F. GROSSO, T. PADOVANI, A. PAGLIARO (diretto da), *Trattato di diritto penale, Parte speciale*, vol. IX, Giuffrè, Milano, 2013, p. 203 ss.

¹²² Cass., Sez. I, 30 ottobre 2019, n. 48014, in *Cass. C.E.D.*, n. 27226, con nota di S. FELICIONI, *Un'interessante pronuncia della Cassazione su epidemia, avvelenamento e adulterazione di acque destinate all'alimentazione*, in *Dir. pen. cont.*, 2018; R. CHIARA, *L'elemento materiale dei reati previsti dagli artt. 438, 439 e 440 c.p.*, in *Cass. pen.*, 2018, p. 3214 ss.; E. MAZZANTI, *Sui torbidi confini del corrompimento colposo di acque*, in *Cass. pen.*, 2019, p. 2948 ss.

¹²³ Cass., Sez. IV, 11 febbraio 2016, n. 7783, in *Cass. C.E.D.*, n. 266356.

¹²⁴ Sul tema, G.M. CALETTI, *Emergenza pandemica e responsabilità penale in ambito sanitario*, cit., p. 12 ss.; G. LOSAPPIO, *Responsabilità penale del medico, epidemia da "Covid19" e "scelte tragiche" (nel prisma degli emendamenti alla legge di conversione del d.l. c.d. "Cura Italia")*, cit.

attività di cura nei confronti di un paziente anziché di un altro, cui segua la morte in conseguenza dell'omessa o sospesa terapia salvavita. In questi casi, quindi, all'eventuale non punibilità della condotta del sanitario, in "soccorso" del quale giungono le indicazioni di massima elaborate dalla SIAARTI e dal CNB, potrà giungersi attraverso altre vie, come l'applicazione delle cause di giustificazione dell'adempimento di un dovere (art. 51 cod. pen) o dello stato di necessità (art. 54 cod. pen.)¹²⁵.

L'ambito applicativo della disposizione in esame è, poi, ulteriormente limitato da requisiti di carattere oggettivo-funzionale: limite professionale e limite causale.

Quanto al primo, l'esclusione della responsabilità per le ipotesi di colpa grave concerne i soli fatti di cui agli artt. 589 e 590 cod. pen. commessi nell'esercizio di una professione sanitaria. In relazione all'individuazione dell'ambito professionale di riferimento, alle indicazioni del legislatore tese a valorizzare la circostanza dell'iscrizione nell'albo delle professioni sanitarie¹²⁶, si affiancano le osservazioni della dottrina volte a evidenziare, più nel dettaglio, l'opportunità di attribuire rilievo alle finalità preventive, diagnostiche, terapeutiche, palliative, riabilitative e di medicina legale che, per espressa indicazione dell'art. 5, comma 1, della l. n. 24/2017, caratterizzano la professione sanitaria, nella prospettiva della responsabilità penale¹²⁷.

Il limite causale, invece, attiene all'espressa indicazione circa l'applicazione della causa di non punibilità ai soli casi che trovino «causa nella situazione di emergenza» epidemiologica da Covid-19.

La disposizione normativa di nuova introduzione, quindi, distingue tra «lo stato di emergenza», relativo all'efficacia temporale della norma, e la «situazione di emergenza», concernente l'individuazione delle ipotesi ricomprese nel suo ambito

¹²⁵ P. PIRAS, *Lo scudo penale Covid-19*, cit.

¹²⁶ Relazione della legge di conversione alla Camera dei deputati (A.C. 3113), in *Atti parlamentari, Senato della Repubblica*, XVIII Legislatura, Atto Camera n. 3113-A, p. 10.

¹²⁷ Sul punto, si è precisato che le finalità preventive, sul singolo paziente, proprie delle regole anti-contagio SARS-CoV-2 assumono particolare importanza con riferimento alla posizione dei dirigenti delle ASL e delle RSA. Secondo l'Autore, si tratta indubbiamente di ruoli che hanno finalità preventive, «se tuttavia si ritiene che la previsione sia riferibile ai dirigenti, il riferimento dovrebbe valere solo per i dirigenti sanitari, perché abilitati all'esercizio di una professione sanitaria con relativo titolo (ad es. medico chirurgo). Non quindi per gli altri dirigenti, di solito in possesso di laurea in giurisprudenza o economia. Non pare cioè doversi ammettere una nozione di prestazione sanitaria che sia prettamente funzionale a finalità preventive e quindi del tutto sganciata da un titolo abilitante. L'ambito sarebbe davvero eccessivo» (P. PIRAS, *Lo scudo penale Covid-19*, cit.).

applicativo. In ragione di quest'ultima, ulteriore, indicazione, quindi, si comprende che ai fini dell'esclusione della punibilità non è sufficiente che i fatti di reato risultino cronologicamente ricollegabili allo stato di emergenza, essendo altresì necessario che gli stessi siano stati causati da una situazione di urgenza idonea a incidere sull'ordinario processo di azione¹²⁸. Del resto, è soltanto in questi termini, in linea con la stessa *ratio* della causa di non punibilità, che trova ragionevole spiegazione il testo della norma¹²⁹.

Il riferimento espresso alla relazione eziologica, dunque, estende l'ambito applicativo della norma fino a ricomprendere, oltre a quelli strettamente connessi alla patologia Covid, anche gli eventi che, pur concernendo situazioni cliniche diverse da quelle legate alla contrazione del virus, risultino causati o aggravati dalla situazione emergenziale, ossia dall'abbassamento dei livelli assistenziali dovuti alla gestione della pandemia. In sostanza, il parametro discretivo in ordine alla individuazione delle condotte non punibili è costituito dai riflessi della situazione contingente sull'ordinario *modus operandi* del personale sanitario, i quali assumono indiscussa rilevanza in ordine alla pretesa di conformità alle cautele doverose e, dunque, al livello esigibile di rimproverabilità colposa¹³⁰.

Per quanto riguarda, invece, l'efficacia temporale, la disposizione in esame assume natura di norma temporanea ed eccezionale, in quanto la sua applicazione è limitata allo «stato di emergenza epidemiologica da Covid-19, dichiarato con delibera del Consiglio dei ministri del 31 gennaio 2020, e successive proroghe».

Con riferimento a tale aspetto, però, è opportuno precisare che l'incidenza dello stato di emergenza sulla sola condotta (nel senso che non consente di porre in essere quella doverosa), e non anche sull'evento (lesioni o morte), non esclude l'applicabilità della causa di non punibilità in esame anche in relazione a quegli eventi avversi che, pur verificandosi in un momento successivo alla cessazione

¹²⁸ Così P. PIRAS, *Lo scudo penale Covid-19*, cit., secondo cui è «ben diversa la situazione di chi si trova in Pronto Soccorso a dovere sostenere l'arrivo di autoambulanze in coda l'una all'altra con pazienti Covid in insufficienza respiratoria da polmonite, rispetto al medico che, in tutta tranquillità, a casa propria, scotomizza al telefono un quadro Covid, senza neppure procedere al triage telefonico dei sintomi e dei dati anamnestici e solo prescrivendo paracetamolo ad un paziente febbrile».

¹²⁹ A. NATALINI, *Le "norme-scudo" a favore degli operatori sanitari*, cit., p. 356.

¹³⁰ C. CUPELLI, *Gestione dell'emergenza pandemica e rischio penale: una ragionevole soluzione di compromesso (d.l. 44/2021)*, cit.

dello stato di emergenza, siano eziologicamente connessi a una condotta posta in essere nel corso dello stesso¹³¹.

Naturalmente, in quanto norma più favorevole rispetto all'ordinario regime di non punibilità di cui all'art. 590-*sexies* cod. pen., la disposizione in esame trova applicazione retroattiva – al ricorrere di tutti gli altri presupposti –, ossia in ordine ai fatti commessi anteriormente alla sua introduzione, purché ricompresi nel periodo emergenziale, cioè verificatisi non prima del 31 gennaio 2020.

8.3. Il giudizio in ordine al grado della colpa

L'applicazione della causa di non punibilità introdotta dalla nuova disposizione è espressamente limitata alle ipotesi di colpa lieve (o non grave). Per tale ragione, lo stesso legislatore ha indicato alcuni parametri di riferimento per l'individuazione delle relative condotte, precisando che «[a]i fini della valutazione del grado della colpa, il giudice tiene conto, tra i fattori che ne possono escludere la gravità, della limitatezza delle conoscenze scientifiche al momento del fatto sulle patologie da SARS-CoV-2 e sulle terapie appropriate, nonché della scarsità delle risorse umane e materiali concretamente disponibili in relazione al numero dei casi da trattare, oltre che del minor grado di esperienza e conoscenze tecniche possedute dal personale non specializzato impiegato per far fronte all'emergenza» (art. 3-*bis*, comma 2)¹³². Si tratta, in sostanza dell'indicazione dei criteri sulla base dei quali il giudice è chiamato a operare la valutazione in ordine al grado della colpa, in tal

¹³¹ Sul tema del *tempus commissi delicti* nei c.d. reati a evento differito, Cass., Sez. un., 19 luglio 2018, n. 40986, in Cass. C.E.D., n. 273923, con nota di S. ZIRULIA, *Le Sezioni Unite sul tempus commissi delicti nei reati c.d. ad evento differito (con un obiter dictum sui reati permanenti e abituali)*, in *Dir. pen. cont.*, 2018; D. BIANCHI, *Il tempus commissi delicti nello specchio della Costituzione*, in *Giurisprudenza italiana*, 2019, p. 676 ss.; A. NOCERA, *Tempus commissi delicti e reati ad evento differito*, in *Cass. pen.*, 2019, p. 76 ss.; M. GAMBARDELLA, *Tempus commissi delicti e principio di irretroattività sfavorevole: il caso dell'omicidio stradale*, in *Dir. pen. e proc.*, 2019, p. 65 ss.; C. MINNELLA, *Tempus condotta garantisce il "calcolo" delle conseguenze*, in *Guida al diritto*, 2019, p. 72 ss.

¹³² In ordine al profilo della chiarezza e della proprietà della formulazione, il Comitato per la legislazione sul d.d.l. n. 3113 di conversione del d.l. n. 44/2021, aveva evidenziato in sede di parere, con osservazioni, l'opportunità di «precisare meglio i parametri in base ai quali, ai sensi del comma 2, il giudice è chiamato a valutare il grado della colpa» (Atti parlamentari, Senato della Repubblica, XVIII Legislatura, Atto Camera n. 3113-A, p. 3).

modo sottratta alla sua assoluta discrezionalità¹³³. La formulazione testuale della norma («...il giudice tiene conto, tra i fattori che ne possono escludere la gravità...»), peraltro, è indicativa della circostanza che quelli espressamente elencati non esauriscono il novero dei parametri utilizzabili nell'ambito della valutazione anzidetta¹³⁴.

I parametri di valutazione espressamente individuati dal legislatore sono:

- a) la limitatezza delle conoscenze scientifiche al momento del fatto sulle patologie da SARS-CoV-2 e sui più appropriati trattamenti terapeutici (a tale parametro è sicuramente riconducibile l'impiego – specie nella prima fase dell'emergenza – di farmaci *off label*, in assenza di linee guida accreditata e sulla base di mere considerazioni di carattere razionale)¹³⁵;
- b) la scarsità delle risorse umane e materiali concretamente disponibili in relazione al numero di casi da trattare (la quale può incidere negativamente sulla capacità del personale sanitario di assicurare le più opportuna attività di assistenza e cura dei pazienti);
- c) il minor grado di esperienza e di conoscenze tecniche possedute dal personale non specializzato impiegato per far fronte all'emergenza (la cui incidenza sulla misura soggettiva di rimproverabilità esclude che il servizio prestato nel contesto emergenziale dal personale sanitario privo di un'adeguata specializzazione sia qualificato in termini di “assunzione volontaria del rischio”, punibile a titolo di colpa secondo l'ordinario regime della responsabilità medica).

In conclusione, l'indicazione espressa di tali criteri quali parametri di riferimento (non esclusivi) nella valutazione del grado della colpa risulta

¹³³ «Anche sotto tale profilo, è agevole notare come il legislatore abbia cercato di codificare i migliori approdi di origine giurisprudenziale che, negli ultimi anni, avevano cercato di stilare dei decaloghi strumentali al vaglio concreto dei giudici nella valutazione della colpa medica» (J. DELLA VALENTINA, *La responsabilità penale medica negli scenari post Covid-19*, cit., p. 31 ss.). Il riferimento è alle sentenze (Cass., Sez. IV, 29 gennaio 2013, n. 16237; Cass., Sez. un., 24 aprile 2014, n. 38343; Cass, Sez. un., 21 dicembre 2017, n. 8770) con cui la Corte di cassazione ha cercato di stilare un elenco di indicatori utili per valutare la gravità della colpa. Sul punto, L. CARRARO, *Il problema, antico ma sempre attuale, della responsabilità penale del medico*, in *Arch. pen.*, 2021, p. 58.

¹³⁴ P. PIRAS, *Lo scudo penale Covid-19*, cit.

¹³⁵ L'esemplificazione è tratta da P. PIRAS, *Lo scudo penale Covid-19*, cit.

indubbiamente meritevole di una valutazione positiva, in quanto «consente una ragionevole uniformità nell'accertamento giudiziale, senza tuttavia compromettere una diversa modulazione della risposta in sede applicativa, che possa tenere conto delle peculiari circostanze del caso concreto»¹³⁶.

8.4. Il rapporto con l'art. 590-sexies cod. pen.

In considerazione della peculiare struttura della disposizione in esame, si rende necessario, ancor più che con riferimento all'esclusione della punibilità relativa all'attività di vaccinazione, analizzarne i rapporti con l'ipotesi ordinaria di non punibilità nel settore medico, prevista dall'art. 590-sexies, comma 2, cod. pen.

Dal raffronto delle relative disposizioni emerge chiaramente la sussistenza tra le due norme di un rapporto di specialità. In entrambi i casi, infatti, l'esonero da responsabilità assume natura di causa di non punibilità in senso stretto, con alcuni elementi di specialità che caratterizzano l'un caso (art. 3-bis) rispetto all'altro (art. 590-sexies cod. pen.).

Il primo elemento di specialità attiene al profilo dell'efficacia temporale, in quanto la disposizione di nuova introduzione si applica esclusivamente nell'ambito dello stato di emergenza epidemiologica da Covid-19.

Con riferimento al profilo funzionale¹³⁷, invece, sebbene entrambe le disposizioni limitino l'ambito di applicazione della causa di non punibilità ai soli fatti di reato contemplati dagli artt. 589 e 590 cod. pen.¹³⁸, la disposizione emergenziale limita ulteriormente il novero delle condotte non punibili a quelle poste in essere durante lo stato di emergenza e che trovano causa nel medesimo.

¹³⁶ C. CUPELLI, *Gestione dell'emergenza pandemica e rischio penale: una ragionevole soluzione di compromesso (d.l. 44/2021)*, cit.

¹³⁷ C. CUPELLI, *Gestione dell'emergenza pandemica e rischio penale: una ragionevole soluzione di compromesso (d.l. 44/2021)*, cit., impiega l'espressione profili "oggettivo-funzionali".

¹³⁸ Tra le fattispecie di reato contemplate dalla nuova disposizione, infatti, non è ricompreso il delitto di epidemia colposa (artt. 438 e 452 cod. pen.), sebbene lo stesso abbia costituito l'ipotesi di reato oggetto di iscrizione nell'ambito di numerosi procedimenti penali avviati nel periodo emergenziale.

In ordine all'elemento psicologico della colpa, invece, il rapporto tra le due disposizioni deve essere analizzato in una duplice prospettiva, dalle quali sembra configurarsi una specialità bilaterale.

Innanzitutto, l'art. 3-*bis* non contiene alcun riferimento alla dimensione qualitativa della colpa (negligenza, imprudenza, imperizia), risultando in questo modo norma più favorevole, in quanto estende l'esclusione della punibilità anche alle ipotesi, oltre che di imperizia, di imprudenza e di negligenza, purché di lieve entità.

Si tratta, indubbiamente di un aspetto di particolare pregio della nuova disposizione¹³⁹, in quanto comporta l'eliminazione delle inevitabili incertezze applicative connesse alle distinzioni semantiche tra le differenti articolazioni della colpa¹⁴⁰. Sebbene sul piano teorico, infatti, l'imperizia è agevolmente definita come la declinazione della negligenza e dell'imprudenza nell'ambito di attività professionali caratterizzate da un elevato livello di pericolosità e difficoltà¹⁴¹, non altrettanto agevole è la sua individuazione sul piano pratico. Con riferimento specifico al contesto emergenziale, dunque, l'eventuale configurazione della causa di non punibilità sulla base della classica tripartizione della colpa generica avrebbe sortito l'effetto pratico lasciare esposti al rischio penale il personale sanitario che, pur privo delle specifiche competenze, è stato impegnato nella gestione dell'emergenza in ragione della scarsità delle risorse umane¹⁴².

La seconda prospettiva di analisi dell'elemento soggettivo concerne il grado della colpa. Sebbene il testo dell'art. 590-*sexies* cod. pen. non contenga alcun

¹³⁹ In questi termini, il legislatore sembra positivizzare l'orientamento giurisprudenziale che, in applicazione del classico principio di razionalità, nella vigenza del decreto Balduzzi prescindeva dalla tripartizione in tema di colpa generica (Cass., Sez. IV, 29 gennaio 2013, n. 16237; Cass., Sez. IV, 9 ottobre 2014, n. 47289; Cass., Sez. IV, 1 luglio 2015, n. 45527; Cass., Sez. IV, 11 maggio 2016, n. 23283).

¹⁴⁰ Del resto, è proprio in considerazione delle difficoltà pratiche relative alla distinzione tra negligenza, imprudenza e imperizia che la giurisprudenza di legittimità (Cass., Sez. IV, 11 maggio 2016, n. 23283) aveva cercato di superare tali partizioni, stante la sostanziale «inettitudine euristica di ogni tentativo di delimitazione delle forme di colpa generica». A fronte delle elaborazioni giurisprudenziali, però, la legge Gelli-Bianco ha fatto rivivere le predette difficoltà concettuali. Sul punto, L. CARRARO, *Il problema, antico ma sempre attuale, della responsabilità penale del medico*, cit., p. 62 ss.

¹⁴¹ Con riferimento al perimetro della nozione di imperizia, L. RISICATO, *La metamorfosi della colpa medica nell'era della pandemia*, cit., utilizza l'espressione «delicata latitudine concettuale».

¹⁴² G. FIANDACA, E. MUSCO, *Diritto penale. Parte generale*, cit., p. 583 ss.; C. CUPELLI, *Emergenza COVID-19: dalla punizione degli "irresponsabili" alla tutela degli operatori sanitari*, cit.

riferimento espresso alla distinzione tra colpa lieve e colpa grave, l'applicabilità della disposizione alle sole ipotesi di colpa (imperizia) lieve è stata affermata dalla giurisprudenza di legittimità.

Anche con riferimento a tale aspetto, quindi, la disciplina definita dal legislatore emergenziale risulta più favorevole rispetto a quella ordinaria, in quanto estende l'area della non punibilità a tutte le ipotesi di colpa lieve.

Ulteriore elemento di analisi del rapporto tra le due cause di esclusione della punibilità è, poi, quello relativo al profilo strutturale.

A differenza di quanto disposto dal regime ordinario della colpa medica, infatti, l'art. 3-*bis* contiene l'indicazione di alcuni dei parametri imprescindibili nella valutazione del giudice in ordine al grado della colpa¹⁴³, così positivizzando il principio di razionalità frutto dell'elaborazione giurisprudenziale¹⁴⁴.

In tal modo, nel processo decisionale del giudice assumono rilevanza decisiva: le criticità della situazione contingente; la scarsità delle risorse strutturali e organizzative; la tipologia di rischio connesso all'attività esercitata (sullo schema della disposizione di cui all'art. 2236 cod. civ.)¹⁴⁵.

9. La disciplina emergenziale delle attività produttive e i timori della categoria imprenditoriale in ordine al potenziale rischio di aggravamento della responsabilità datoriale per contagio del lavoratore

La normativa emergenziale a tutela della salute e igiene pubblica – definita mediante interventi di natura sia legislativa che amministrativa – ha inevitabilmente interessato tutti i settori della vita economica e sociale, incidendo in misura rilevante anche sulla disciplina delle attività produttive. Con particolare riferimento

¹⁴³ Vedi *supra*, par. 8.3.

¹⁴⁴ Il primo riconoscimento del principio di razionalità nella materia della responsabilità medica, la cui perdurante validità è stata saltuariamente ribadita dalla successiva giurisprudenza di legittimità, risale alla sentenza della Corte costituzionale n. 166 del 22 novembre 1973.

¹⁴⁵ M. CAPUTO, *Logiche e modi dell'esenzione da responsabilità penale per chi decide e opera in contesti di emergenza sanitaria*, cit., p. 9; C. FIORE, S. FIORE, *Diritto penale. Parte generale*, VI ed., Utet, Torino, 2020, p. 300 ss.: «L'adozione di quel parametro di giudizio viene indicata come la strade maestra da percorrere per consentire anche in sede penale una corretta considerazione della specificità dell'attività medica e del contesto concreto nel quale il medico si trova ad operare, rinunciando a soluzioni poco chiare come quelle proposte dall'attuale 590-*sexies* e alla loro, forse inevitabile ma certamente discutibile, rielaborazione creativa per via giurisprudenziale».

al mondo del lavoro, la necessità di predisporre adeguati strumenti di contrasto all'elevata capacità diffusiva del virus ha condotto alla predisposizione di procedure concordate e misure di carattere precauzionale finalizzate a garantire lo svolgimento dei processi produttivi in condizioni di sicurezza e il contenimento del rischio di contagio, prima nell'ambito delle attività produttive non sospese nella fase di *lockdown*, e poi di quelle autorizzate alla ripresa nella fase 2, di graduale riapertura.

Il primo intervento della disciplina emergenziale di «contenimento e gestione dell'emergenza epidemiologica da Covid-19» relativo alla regolamentazione del lavoro è costituito dal d.l. 23 febbraio 2020, n. 6 (convertito con modificazioni nella l. 5 marzo 2020 n. 13, e parzialmente abrogato con d.l. 25 marzo 2020, n. 19). Con tale provvedimento, si attribuiva alle «autorità competenti» il compito di disporre, tra le altre misure di contenimento e gestione della situazione emergenziale (art. 1), la «sospensione delle attività lavorative», fatta eccezione per «le imprese che erogano servizi essenziali e di pubblica utilità e [per le attività lavorative] che possono essere svolte in modalità domiciliare» (lett. n e o).

Successivamente, il d.p.c.m. dell'11.3.2020 ha disposto la sospensione dell'esercizio di diverse attività economiche e definito una serie di «raccomandazioni» funzionali alla riduzione del rischio di contagio nell'ambito delle attività economiche non oggetto di sospensione¹⁴⁶.

Riscontrando, poi, l'invito rivolto dal Governo (con lo stesso d.p.c.m. dell'11.3.2020) a collaborare alla definizione delle procedure di sicurezza anzidette, le parti sociali hanno provveduto all'adozione di una serie di Protocolli condivisi,

¹⁴⁶ Art. 1, comma 1, n. 7, d.p.c.m. 11 marzo 2020:

«in ordine alle attività produttive ed alle attività professionali, si raccomanda che: a) sia attuato il massimo utilizzo da parte delle imprese di modalità di lavoro agile per le attività che possono essere svolte al proprio domicilio o in modalità a distanza; b) siano incentivate le ferie e i congedi retribuiti per i dipendenti nonché gli altri strumenti previsti dalla contrattazione collettiva; c) siano sospese le attività dei reparti aziendali non indispensabili alla produzione; d) assumano protocolli di sicurezza anti-contagio e, laddove non fosse possibile rispettare la distanza interpersonale di un metro come principale misura di contenimento, con adozione di strumenti di protezione individuale; e) siano incentivate le operazioni di sanificazione dei luoghi di lavoro, anche utilizzando a tal fine forme di ammortizzatori sociali; 8) per le sole attività produttive si raccomanda altresì che siano limitati al massimo gli spostamenti all'interno dei siti e contingentato l'accesso agli spazi comuni; 9) in relazione a quanto disposto nell'ambito dei numeri 7 e 8 si favoriscono, limitatamente alle attività produttive, intese tra organizzazioni datoriali e sindacali; 10) Per tutte le attività non sospese si invita al massimo utilizzo delle modalità di lavoro agile».

sia di carattere generale, che specificamente rivolti alla regolamentazione del settore dei cantieri, dei trasporti e della logistica. Tali procedure protocollari sono state successivamente recepite nella complessiva normazione emergenziale con d.p.c.m., assumendo così portata generale e vincolante.

In dettaglio, il primo “Protocollo condiviso di regolazione delle misure per il contrasto ed il contenimento della diffusione del virus Covid-19 negli ambienti di lavoro”, sottoscritto dalle parti sociali il 14 marzo 2020, conteneva delle vere e proprie prescrizioni a contenuto cautelare, il cui carattere vincolante – per le attività produttive non sospese, e per i datori di lavoro delle associazioni di categoria sottoscrittrici – discende dall’espresso recepimento degli stessi protocolli sancito dall’art. 1, comma 3, del d.p.c.m. del 22 marzo 2020.

Ulteriore tappa della progressiva definizione della disciplina emergenziale del settore lavorativo è costituita dal d.p.c.m. del 26 aprile 2020 che, con riferimento alla materia della sicurezza nei luoghi di lavoro per le imprese rientranti tra quelle destinate a riprendere la propria attività a partire dal 4 maggio 2020, ha disposto per le «imprese, le cui attività sono comunque consentite alla data di entrata in vigore del presente decreto» il rispetto dei contenuti del secondo «protocollo condiviso di regolamentazione delle misure per il contrasto e il contenimento della diffusione del virus COVID-19 negli ambienti di lavoro sottoscritto [tra Governo e parti sociali] il 24 aprile 2020».

Alla luce della disciplina emergenziale così definita, però, la categoria imprenditoriale ha ben presto manifestato seri timori in ordine al potenziale rischio che la stessa potesse tradursi in un sostanziale aggravamento della responsabilità penale datoriale per le ipotesi di contagio verificatesi in ambito lavorativo, al punto da evidenziare la necessità di predisporre adeguati strumenti di tutela mediante uno specifico intervento normativo volto alla predisposizione di uno scudo penale in relazione al verificarsi di eventuali eventi avversi quale concretizzazione del rischio da contagio¹⁴⁷. In sostanza, si è evidenziato come le prescrizioni e gli obblighi di cui alla normativa emergenziale potessero costituire possibili fonti di responsabilità

¹⁴⁷ Sul tema, G. NEGRI, *Il rispetto dei protocolli esclude responsabilità dell'imprenditore*, in *il Sole 24 Ore*, 7 maggio 2020, D. COLOMBO, *Infortuni Covid, approvate le tutele per i datori in regola*, in *il Sole 24 Ore*, 22 maggio 2020.

in considerazione del carattere ubiquitario del virus, ovviamente rilevante anche con riferimento al contesto lavorativo¹⁴⁸.

Le preoccupazioni già esternate dalla categoria datoriale sono poi ulteriormente aumentate in ragione dell'introduzione nel d.l. 17 marzo 2020, n. 18 (c.d. decreto "Cura Italia", conv. in l. 24 aprile 2020, n. 27) della disposizione di cui all'art. 42, comma 2, in virtù della quale l'infezione da Coronavirus contratta «in occasione di lavoro» costituisce a tutti gli effetti un'ipotesi di infortunio sul lavoro, cui consegue il diritto al corrispondente indennizzo INAIL¹⁴⁹.

Tale disposizione, infatti, pur essendo evidentemente finalizzata a definire una più accentuata tutela del lavoratore in ordine al profilo del trattamento assicurativo, ha ulteriormente acuito le ansie del mondo imprenditoriale in conseguenza di un mero equivoco interpretativo-metodologico¹⁵⁰. Si sosteneva, cioè, che l'espressa qualificazione del contagio da Covid-19 come infortunio sul lavoro avrebbe potuto agevolare il riconoscimento della responsabilità penale del datore di lavoro in ordine alla morte o lesioni conseguenti al contagio in ambito lavorativo¹⁵¹.

¹⁴⁸ Sulla natura endogena o esogena rispetto all'attività di impresa del nuovo rischio da contagio Covid-19, sui relativi, eventuali obblighi di aggiornamento del documento di valutazione dei rischi (DVR) e sulle conseguenze in termini di responsabilità (anche) penale, S. DOVERE, *Covid-19: sicurezza del lavoro e valutazione dei rischi*, in *Giustizia Insieme*, 2020; L. GESTRI, *Il rapporto fra la normativa emergenziale e dei protocolli Covid-19 ed il sistema prevenzionistico e di sicurezza sui luoghi di lavoro: nuovi obblighi ed ipotesi di responsabilità penale per il datore di lavoro?*, in *Sistema penale*, 2020, p. 271 ss.; V. MONGILLO, *Salute e sicurezza nei luoghi di lavoro in tempi di pandemia*, in *Dir. pen. cont.*, 2020, p. 33 ss.

¹⁴⁹ «2. Nei casi accertati di infezione da coronavirus (SARS- CoV-2) in occasione di lavoro, il medico certificatore redige il consueto certificato di infortunio e lo invia telematicamente all'INAIL che assicura, ai sensi delle vigenti disposizioni, la relativa tutela dell'infortunato. Le prestazioni INAIL nei casi accertati di infezioni da coronavirus in occasione di lavoro sono erogate anche per il periodo di quarantena o di permanenza domiciliare fiduciaria dell'infortunato con la conseguente astensione dal lavoro. I predetti eventi infortunistici gravano sulla gestione assicurativa e non sono computati ai fini della determinazione dell'oscillazione del tasso medio per andamento infortunistico di cui agli articoli 19 e seguenti del Decreto Interministeriale 27 febbraio 2019. La presente disposizione si applica ai datori di lavoro pubblici e privati».

¹⁵⁰ G.P. ACCINNI, *La pericolosa mistificazione mediatica in tema di responsabilità penale e infortunio da "Covid-19". Ritorno al futuro del diritto penale*, 2020. Rilevano un equivoco interpretativo della categoria datoriale, con la conseguente sovrapposizione tra tutela assicurativa e responsabilità penale per infortunio, D. AMATO, *Contagio da Covid-19 "in occasione di lavoro" e responsabilità datoriale*, cit., p. 33; C. CUPELLI, *Obblighi datoriali di tutela contro il rischio di contagio da Covid-19: un reale ridimensionamento della colpa penale?*, in *Sistema penale*, 2020; O. DI GIOVINE, *Coronavirus, diritto penale e responsabilità datoriali*, in *Sistema penale*, 2020; V. MONGILLO, *Salute e sicurezza nei luoghi di lavoro in tempi di pandemia*, cit., p. 41.

¹⁵¹ J. GILIBERTO, *Imprese in rivolta sulla responsabilità per il contagio. Patuanelli: «Governò e Parlamento dovranno occuparsene»*, in *il Sole 24 Ore*, 15 maggio 2020.

Sul punto, l'INAIL ha ritenuto quindi opportuno intervenire (con la Circolare n. 22 del 20 maggio 2020) a chiarire alcuni aspetti: ha dapprima evidenziato come l'articolo di nuova introduzione non assuma in alcun modo carattere innovativo¹⁵² per poi rilevare l'assoluta autonomia tra i requisiti richiesti in ordine al riconoscimento della tutela assicurativa e i meccanismi sottesi alla responsabilità penale in conseguenza di infortunio sul lavoro¹⁵³.

Neppure le precisazioni (*rectius*, rassicurazioni) dell'INAIL, però, sono valse a placare i timori del settore imprenditoriale, per cui le relative associazioni di categoria hanno comunque reiterato le istanze di tutela volte a sollecitare un intervento normativo *ad hoc* che garantisse agli imprenditori una adeguata tutela rispetto all'elevato rischio penale connesso all'esercizio dell'attività di impresa nel contesto emergenziale, quanto all'eventuale contagio dei dipendenti¹⁵⁴.

10. Autonomia o integrazione? Il rapporto fra la legislazione emergenziale e la normativa di prevenzione e sicurezza sui luoghi di lavoro

La definizione di un complesso sistema di misure e regole cautelari volte al contenimento della diffusione del contagio e alla tutela della salute dei lavoratori

¹⁵² Sul punto si è rilevato che la disposizione di cui all'art. 42, comma 2, costituisce null'altro che una «riaffermazione di principi vigenti da decenni, come già richiamati dalla circolare 3 aprile 2020, n. 13, nell'ambito della disciplina speciale infortunistica, confermati dalla scienza medico-legale e dalla giurisprudenza di legittimità in materia di patologie causate da agenti biologici. Le patologie infettive (vale per il COVID-19, così come, per esempio, per l'epatite, la brucellosi, l'AIDS e il tetano) contratte in occasione di lavoro sono da sempre, infatti, inquadrate e trattate come infortunio sul lavoro poiché la causa virulenta viene equiparata alla causa violenta propria dell'infortunio, anche quando i suoi effetti si manifestino dopo un certo tempo» (Circolare INAIL n. 22 del 20 maggio 2020, p. 3).

¹⁵³ In tal senso, «non possono (...) confondersi i presupposti per l'erogazione di un indennizzo Inail (basti pensare a un infortunio in "occasione di lavoro" che è indennizzato anche se avvenuto per caso fortuito o per colpa esclusiva del lavoratore), con i presupposti per la responsabilità penale e civile che devono essere rigorosamente accertati con criteri diversi da quelli previsti per il riconoscimento del diritto alle prestazioni assicurative. In questi, infatti, oltre alla già citata rigorosa prova del nesso di causalità, occorre anche quella dell'imputabilità quantomeno a titolo di colpa della condotta tenuta dal datore di lavoro. Il riconoscimento cioè del diritto alle prestazioni da parte dell'Istituto non può assumere rilievo per sostenere l'accusa in sede penale, considerata la vigenza del principio di presunzione di innocenza nonché dell'onere della prova a carico del Pubblico Ministero» (Circolare INAIL n. 22 del 20 maggio 2020, p. 5).

¹⁵⁴ Confindustria, in particolare, evidenziava la necessità di un provvedimento normativo che affermasse espressamente che la condotta rispettosa delle misure di sicurezza indicate nei protocolli condivisi costituisce pieno adempimento degli obblighi datoriali, *Stirpe al Sole 24 ORE: Chiarire con una norma che l'applicazione dei protocolli costituisce l'assolvimento degli obblighi*, in *Confindustria.it*, 18 maggio 2020.

(oltre che, indirettamente, della salute pubblica) ha portato all'attenzione del penalista una duplice questione. Da un lato, quella relativa alla definizione del rapporto tra la normativa emergenziale e la disciplina ordinaria in tema di tutela della salute e della sicurezza nei luoghi di lavoro; dall'altro, la necessità di analizzare le conseguenze pratico-applicative della disciplina emergenziale, soprattutto al fine di arginare eventuali estremismi interpretativi volti ad ampliare gli spazi della responsabilità datoriale, nella doppia veste della persona fisica e di quella giuridica.

In ordine ai rapporti tra i due differenti sistemi normativi, in dottrina sono state offerte due opposte interpretazioni.

Secondo la prima di tali interpretazioni, il sistema prevenzionistico e sanzionatorio definito nella situazione contingente è finalizzato alla tutela della salute pubblica, per cui si caratterizza per autonomia e alterità rispetto allo schema ordinario¹⁵⁵. In altri termini, in ragione di detta direzione finalistica, la normativa emergenziale risulterebbe ultronea rispetto alla disciplina più specificamente funzionale alla tutela della salute e della sicurezza nei luoghi di lavoro.

A tale orientamento, però, si contrappone la tesi per la quale il rischio epidemiologico debba essere oggetto di una gestione integrata, ossia anche in ossequio al sistema prevenzionistico definito dal d.lgs. 9 aprile 2008, n. 81¹⁵⁶. A tale affermazione si giunge in considerazione delle indicazioni provenienti dallo stesso dato normativo, secondo cui il decreto legislativo «si applica a tutti i settori di attività, pubblici e privati, e a tutte le tipologie di rischio» (art. 3, comma 1, d.lgs. n. 81/2008), e dalle elaborazioni della giurisprudenza di legittimità¹⁵⁷. In tale

¹⁵⁵ P. PASCUCCI, *Ancora su coronavirus e sicurezza sul lavoro: novità e conferme nello ius superveniens del d.P.C.M. 22.3.2020 e soprattutto del d.l. 19/2020*, in *Diritto della Sicurezza sul lavoro*, 2020 (intervento antecedente alla stipulazione del Protocollo del 24 aprile 2020).

¹⁵⁶ G. DE FALCO, *La normativa in tema di salute e sicurezza nei luoghi di lavoro a confronto con l'emergenza epidemiologica da Covid-19*, in *Giustizia insieme*, 2020; P.M. SABELLA, *La tutela penale della sicurezza e della salute sui luoghi di lavoro in tempi di pandemia da Covid-19: profili critici ed incertezze in tema di responsabilità dell'individuo e dell'ente*, in *Luiss law review*, 2020, p. 158; E. GESTRI, *Il rapporto fra la normativa emergenziale e dei protocolli covid-19 ed il sistema prevenzionistico e di sicurezza sui luoghi di lavoro*, cit., p. 282.

¹⁵⁷ «le norme sulla tutela della salute e sicurezza sul lavoro hanno applicazione generalizzata, estesa a tutti i settori di attività, pubblici e privati, e a tutte le tipologie di rischio, nonché a tutti i lavoratori, subordinati ed autonomi, nonché ai soggetti che si trovino nell'ambiente di lavoro indipendentemente dall'esistenza di un rapporto con il titolare dell'impresa, a meno che tale presenza non rivesta il carattere di anormalità ed eccezionalità» (Cass., Sez. IV, 23 gennaio 2017, n. 3309).

differente prospettiva, si rileva che le disposizioni cautelari del sistema emergenziale, definite sulla base delle linee guida predisposte dalle autorità sanitarie nazionali e sovranazionali, costituiscono sostanzialmente indicazioni operative e raccomandazioni di carattere tecnico, volte al contenimento del rischio di contagio nei luoghi di lavoro in una duplice prospettiva di tutela.

Innanzitutto, il “beneficiario” immediato della disciplina emergenziale è il lavoratore in quanto tale, del quale si tende a tutelare la salute limitandone l’esposizione alle innumerevoli occasioni di contagio che si presentano soprattutto in alcuni luoghi di lavoro. In secondo luogo, detta disciplina è volta a garantire, in via mediata, la tutela della collettività rispetto ai potenziali effetti dannosi che possono derivare da una inadeguata strategia di contenimento del rischio di contagio nei luoghi di lavoro: ove non adeguatamente tutelato, il lavoratore può, oltre che contrarre il virus in prima persona, diventare veicolo di trasmissione dello stesso all’esterno del ristretto ambiente di lavoro.

In questi termini, quindi, la circostanza che le misure volte a contenere il rischio di contagio cui i lavoratori sono esposti nello svolgimento delle relative attività assumano rilevanza anche in ordine alla tutela della salute pubblica impone una lettura integrata della normativa emergenziale e della disciplina ordinaria in tema di sicurezza sui luoghi di lavoro. Tale ricostruzione, del resto, sembra trovare conferma nella definizione di prevenzione di cui all’art. 2, comma 1, lett. n. d.lgs. n. 81/2008 come «il complesso delle disposizioni o misure necessarie anche secondo la particolarità del lavoro, l’esperienza e la tecnica, per evitare o diminuire i rischi professionali nel rispetto della salute della popolazione e dell’integrità dell’ambiente esterno»¹⁵⁸.

A ben vedere, però, la definizione dei rapporti tra i due diversi sistemi normativi assume una rilevanza non soltanto teorica, atteso che dall’una e dall’altra delle due ricostruzioni anzidette discendono differenti conseguenze sul piano degli adempimenti richiesti e, conseguentemente, della eventuale configurazione della

¹⁵⁸ Del resto, «questa pluralità di funzioni non è del tutto nuova. In fin dei conti, anche le norme che il TULS dedica alle misure per il rischio da agenti biologici (la cui presenza è connessa al processo produttivo) rappresentano uno scudo a protezione del lavoratore ad essi esposto ma indirettamente anche uno strumento di prevenzione della diffusione dell’agente biologico all’esterno dell’azienda» (S. DOVERE, *La sicurezza dei lavoratori in vista della fase 2 dell’emergenza da Covid-19*, in *Giustizia insieme*, 2020).

responsabilità penale datoriale in ordine all'inosservanza delle misure precauzionali.

Ove si propenda per la ricostruzione secondo la quale la normativa emergenziale e il sistema prevenzionistico previgente si pongono su un piano di diversità e autonomia, dovrà affermarsi la non obbligatorietà per il datore di lavoro di provvedere a una specifica valutazione del rischio contagio nell'ambito del proprio contesto lavorativo, al fine di verificare il grado di incidenza del rischio pandemico, generale e ubiquitario, sul processo produttivo.

Al contrario, sostenendo che la normativa emergenziale si integra in quella prevenzionistica, dovrà necessariamente riconoscersi in capo al garante del rischio l'obbligo di procedere, nell'ambito della c.d. auto-normazione, all'integrazione/aggiornamento del documento di valutazione dei rischi (DVR), nonché, ove previsto, del modello di organizzazione e gestione (MOG).

Invero, tra le due possibili ricostruzioni del rapporto fra la normativa emergenziale e quella ordinaria la seconda risulta sicuramente preferibile non solo sul piano della ragionevolezza, stante il carattere generale e vincolante dei protocolli condivisi quale parte integrante della normativa emergenziale, ma anche in considerazione del fatto che detti protocolli, evidentemente funzionali alla prosecuzione o alla ripresa delle attività produttive in condizioni di sicurezza per i lavoratori, costituiscono null'altro che un complesso di misure di carattere precauzionale esplicative degli stessi principi fondanti del sistema prevenzionistico previgente, rispetto al quale, quindi, si pongono necessariamente in rapporto di armonia¹⁵⁹.

¹⁵⁹ Tra le argomentazioni addotte a sostegno della tesi della integrazione fra la normazione emergenziale e la previgente disciplina è stata richiamata anche una delle previsioni del Protocollo cantieri, nel quale si afferma testualmente che «il coordinatore per la sicurezza nell'esecuzione dei lavori, ove nominato ai sensi del decreto legislativo 9 aprile 2008, n. 81, provvede ad integrare il Piano di sicurezza e di coordinamento e la relativa stima dei costi» (S. DOVERE, *La sicurezza dei lavoratori in vista della fase 2 dell'emergenza da Covid-19*, cit.). Con riferimento a tale disposizione, in particolare, si evidenzia come nella previsione espressa della necessaria integrazione del principale documento di valutazione del rischio in ambito lavorativo cantieristico – il PSC, appunto – trovi conferma la tesi che propugna una lettura integrata della normativa emergenziale anti-contagio, ossia alla luce della disciplina ordinaria in tema di tutela della salute e della sicurezza sui luoghi di lavoro.

11. La risposta legislativa alle istanze di delimitazione e contenimento della responsabilità penale datoriale

Le istanze di delimitazione e contenimento della responsabilità penale connessa alla diffusione del contagio avanzate dalla categoria degli imprenditori/datori di lavoro, hanno trovato positivo riscontro nell'introduzione di una specifica "norma-scudo"¹⁶⁰. Si tratta della disposizione di cui all'art. 29-bis d.l. 8 aprile 2020, n. 23 (c.d. "Decreto Liquidità"), introdotto dalla relativa legge di conversione (l. 5 giugno 2020, n. 40), a mente della quale «ai fini della tutela contro il rischio di contagio da Covid-19, i datori di lavoro pubblici e privati adempiono all'obbligo di cui all'articolo 2087 del codice civile mediante l'applicazione delle prescrizioni contenute nel protocollo condiviso di regolamentazione delle misure per il contrasto e il contenimento della diffusione del virus Covid-19 negli ambienti di lavoro, sottoscritto il 24 aprile 2020 tra il Governo e le parti sociali, e successive modificazioni e integrazioni, e negli altri protocolli e linee guida di cui all'articolo 1, comma 14, del decreto-legge 16 maggio 2020, n. 23, nonché mediante l'adozione e il mantenimento delle misure ivi previste. Qualora non trovino applicazione le predette prescrizioni rilevano le misure contenute nei protocolli o accordi di settore stipulati dalle organizzazioni sindacali e datoriali comparativamente più rappresentative sul piano nazionale»¹⁶¹.

Già dalla rubrica della norma («obblighi dei datori di lavoro per la tutela contro il rischio di contagio da COVID-19») si comprende agevolmente come la nuova disposizione sia stata costruita non in termini positivi, vale a dire mediante l'espressa indicazione delle ipotesi di responsabilità, bensì negativi, nel senso che non si configura alcuna responsabilità in capo ai datori di lavoro pubblici e privati a fronte del corretto adempimento dei doveri previsti dall'art. 2087 cod. civ.,

¹⁶⁰ Si tratta, come già precisato, di una definizione atecnica, il cui effettivo contenuto giuridico, vale a dire l'efficacia "protettiva" rispetto al "rischio-responsabilità", deve essere individuato in virtù delle caratteristiche intrinseche della nuova disposizione.

¹⁶¹ In ordine a tale norma, G.P. ACCINNI, *La pericolosa mistificazione mediatica in tema di responsabilità penale e infortunio da "Covid-19"*, cit.; D. AMATO, *Contagio da Covid-19 "in occasione di lavoro" e responsabilità datoriale*, cit.; C. CUPELLI, *Obblighi datoriali di tutela contro il rischio di contagio da Covid-19*, cit.; O. DI GIOVINE, *Coronavirus, diritto penale e responsabilità datoriali*, cit.

consistente nell'applicazione, adozione e mantenimento delle prescrizioni di cui ai protocolli e alle linee guida condivisi tra Governo e parti sociali.

Si tratta, all'evidenza, di una disposizione di carattere «minimale»¹⁶², che, a fronte delle richieste in tal senso avanzate e confluite in alcune proposte emendative¹⁶³, non definisce un improbabile quanto incostituzionale meccanismo di totale esclusione della responsabilità penale del datore di lavoro¹⁶⁴.

La tecnica impiegata dal legislatore emergenziale nella definizione del perimetro della responsabilità datoriale per il contagio sembra riproporre, piuttosto, la linea già tracciata nella circolare INAIL del 20 maggio 2020, nella quale si è precisato che «la responsabilità del datore di lavoro è ipotizzabile solo in caso di violazione della legge o di obblighi derivanti dalle conoscenze sperimentali o tecniche, che nel caso dell'emergenza epidemiologica da COVID-19 si possono rinvenire nei protocolli e nelle linee guida governativi e regionali di cui all'articolo 1, comma 14 del decreto-legge 16 maggio 2020, n. 33»¹⁶⁵.

Il riferimento espresso all'art. 2087 cod. civ., invece, è chiaramente dovuto alla proposta avanzata dal Comitato di esperti in materia economica e sociale nominato dal Presidente del Consiglio dei Ministri, il quale, nell'ambito della definizione

¹⁶² O. DI GIOVINE, *Coronavirus, diritto penale e responsabilità datoriali*, cit.

¹⁶³ Di tal genere, per esempio, è l'emendamento 29-bis.0.2. proposto in Senato in sede di conversione del d.l. n. 23/2020 e volto all'introduzione di una nuova disposizione, l'art. 23-ter («Esonero da responsabilità per eventuale contagio»), in virtù del quale «l'impresa che si attiene ai contenuti del Protocollo di regolamentazione delle misure per il contrasto e il contenimento della diffusione del virus COVID-19 negli ambienti di lavoro del 24 aprile 2020, allegato al decreto del Presidente del Consiglio dei ministri del 26 aprile 2020, nonché agli specifici protocolli di settore, è esonerata da ogni responsabilità connessa ad eventuali contagi contratti da lavoratori, clienti o altre persone all'interno delle aree aziendali». Una posizione critica, rispetto alla possibile realizzazione di una così ampia esenzione della responsabilità, O. DI GIOVINE, *Coronavirus, diritto penale e responsabilità datoriali*, cit.; V. MONGILLO, *Salute e sicurezza nei luoghi di lavoro in tempi di pandemia*, cit., p. 48.

¹⁶⁴ V. MONGILLO, *Salute e sicurezza nei luoghi di lavoro in tempi di pandemia*, in *Dir. pen. cont.*, p. 48.

¹⁶⁵ Circolare INAIL n. 22 del 20 maggio 2020, p. 5. Del resto, che tra la disposizione di cui all'art. 42, comma 2, d.l. n. 18/2020, la Circolare INAIL del 20 maggio 2020 e l'introduzione dell'art. 29-bis in sede di conversione del «Decreto Liquidità» sia da ravvisarsi uno stretto legame è confermato dal dossier di documentazione del Servizio Studi del Senato relativo alla conversione in legge del d.l. n. 23 del 2020 (Servizio Studi del Senato, *Misure per le imprese e in materia di settori strategici, salute, lavoro, termini amministrativi e processuali*, dossier n. 239/5, 27 maggio 2020), nel quale si afferma, da un lato, che «l'ambito di applicazione della disposizione in esame [l'art. 29-bis] interagisce con quanto disposto dall'articolo 42, comma 2, del D.L. 18/2020» (p. 219), e dall'altro che la Circolare n. 22 dell'INAIL, riconoscendo la configurabilità della responsabilità datoriale solo in caso di violazione delle prescrizioni contenute nei protocolli e nelle linee guida governative, avrebbe «anticipa[to] i contenuti della disposizione introdotta dalla Camera dei deputati [di nuovo, l'art. 29-bis]» (p. 220).

delle misure a sostegno delle imprese, evidenziava l'opportunità di introdurre, nella prospettiva della limitazione della responsabilità penale del datore di lavoro per le imprese non sanitarie, una disposizione normativa che stabilisse che «l'adozione, e di poi l'osservanza, dei protocolli di sicurezza, predisposti dalle parti sociali (da quello nazionale del 24 aprile 2020, a quelli specificativi settoriali, ed eventualmente integrativi territoriali), costituisce adempimento integrale dell'obbligo di sicurezza di cui all'art. 2087 del codice civile»¹⁶⁶.

Quanto allo strumento normativo impiegato per impedire un'indebita estensione delle ipotesi di responsabilità datoriale, il legislatore ha sostanzialmente definito una sorta di presunzione di esatto adempimento dell'obbligo generico di «tutela dell'integrità fisica e morale dei prestatori di lavoro», previsto dalla citata disposizione del codice civile, in capo al datore di lavoro che abbia osservato le misure di cui ai protocolli condivisi di sicurezza. La *ratio* della norma è di tutta evidenza: tipizzare l'applicazione dei protocolli condivisi, generali o settoriali, «quale forma di adempimento dell'obbligo generale (e generico) di sicurezza del datore di lavoro», al fine di impedire che l'estrema elasticità di quest'ultimo, unita alle incertezze in ordine alle caratteristiche specifiche della malattia, potesse condurre a una sconfinata espansione del dovere di sicurezza posto in capo al datore di lavoro¹⁶⁷.

¹⁶⁶ Sul punto, C. CUPELLI, *Obblighi datoriali di tutela contro il rischio di contagio da Covid-19*, cit.

¹⁶⁷ V. MONGILLO, *Salute e sicurezza nei luoghi di lavoro in tempi di pandemia*, cit., p. 48. Dello stesso tenore le riflessioni di C. CUPELLI, *Obblighi datoriali di tutela contro il rischio di contagio da Covid-19*, cit. il quale afferma che «l'effetto pratico perseguito è che – considerata la peculiarità della situazione – ciò che si può esigere dai datori di lavoro è soltanto l'adozione, l'applicazione e il mantenimento delle prescrizioni contenute nei protocolli espressamente richiamati». Infine, nello stesso senso erano orientate anche le, secondo cui «in questo quadro fenomenologico eccezionale e complesso, che presenta contorni non consolidati neppure in sede scientifica, è evidente che i datori di lavoro non hanno a disposizione le esperienze e le tecniche consolidate richieste dall'art. 2087 c.c., nonché le competenze scientifiche necessarie a valutare adeguatamente un rischio di tal genere e le sue conseguenze e, quindi, per decidere autonomamente le misure necessarie a contenere tale rischio. Pertanto, l'individuazione delle misure generali di contenimento e di prevenzione da adottare nelle organizzazioni produttive è demandata alle Autorità pubbliche, le sole che invece dispongono, anche attraverso appositi Comitati scientifici, di informazioni e competenze necessarie a valutare il rischio e individuare le misure necessarie per farvi fronte» (Confindustria, *La responsabilità amministrativa degli enti ai tempi del COVID-19. Prime indicazioni operative*, in *Sistema penale*, 22 giugno 2020, con commento di M. SCOLETTA, *Il position paper di Confindustria sulla responsabilità ex crimine degli enti ai tempi del Covid-19: ragionevoli conferme e scivolose rassicurazioni?*, in *Sistema penale*, 2020).

Per quanto concerne, poi, gli effetti pratico-applicativi, la nuova disposizione sembrerebbe¹⁶⁸ finalizzata a realizzare una ridefinizione dei profili di responsabilità penale per colpa del datore di lavoro in ordine all'evento-contagio incorso al dipendente. Tale caratteristica operativa si coglie ove di consideri che la natura di «radice più profonda degli obblighi prevenzionistici datoriali» riconosciuta dalla giurisprudenza di legittimità¹⁶⁹ ha favorito la qualificazione della disposizione di cui all'art. 2087 cod. civ. in termini di canone di chiusura e parametro di riferimento ai fini del riconoscimento di una responsabilità a titolo di colpa soltanto formalmente specifica, ma sostanzialmente generica¹⁷⁰. In tale prospettiva, l'esplicito riconoscimento legislativo del corretto adempimento dei doveri datoriali di tutela del lavoratore in presenza di una condotta rispettosa delle prescrizioni anti-contagio contenute nei protocolli condivisi consentirebbe quanto meno di escludere, al ricorrere delle condizioni previste, la violazione della norma cautelare di cui all'art. 2087 cod. civ. e, conseguentemente, la configurabilità di un'ipotesi di responsabilità per colpa specifico-generica¹⁷¹.

In ragione della sua portata applicativa, dunque, la disposizione di nuovo conio è stata fortemente criticata da quanti vi ravvisano una norma sostanzialmente

¹⁶⁸ Sul punto si è affermato che la disposizione in esame «non ha esplicite velleità penali» (O. DI GIOVINE, *Coronavirus, diritto penale e responsabilità datoriali*, cit.).

¹⁶⁹ «in tema di infortuni sul lavoro non occorre, per configurare la responsabilità del datore di lavoro, che sia integrata la violazione di specifiche norme dettate per la prevenzione degli infortuni stessi, essendo sufficiente che l'evento dannoso si sia verificato a causa dell'omessa adozione di quelle misure ed accorgimenti imposti all'imprenditore dall'art. 2087 c.c. ai fini della più efficace tutela dell'integrità fisica del lavoratore» (Cass., Sez. IV, 26 novembre 2015, n. 46979, in *Cass. C.E.D.*, n. 265052).

¹⁷⁰ Sul tema, D. CASTRONUOVO, *Fenomenologia della colpa in ambito lavorativo. Un catalogo ragionato*, in *Dir. pen. cont.*, 2016, p. 227 ss.; A. GARGANI, *Reati contro l'incolumità pubblica*, II, *Reati di comune pericolo mediante frode*, cit., p. 620 ss.; V. TORRE, *La valutazione del rischio e il ruolo delle fonti private*, in D. CASTRONUOVO, F. CURI, S. TORDINI CAGLI, V. TORRE, V. VALENTINI, *Sicurezza sul lavoro. Profili penali*, Giappichelli, Torino, 2019, p. 65 ss.; P. VENEZIANI, *I delitti contro la vita e l'incolumità individuale*, II, *I delitti colposi*, in G. MARINUCCI, E. DOLCINI, *Trattato di diritto penale. Parte speciale*, Cedam, Padova, 2003, p. 399 ss.; F. GIUNTA, *La normatività della colpa penale. Lineamenti di una teoria*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 1999, p. 92., il quale evidenzia come in presenza di regole di condotta indeterminate si assista a una «colpa specifica [che] scolora in quella generica».

¹⁷¹ Del resto, in applicazione dei criteri elaborati dalla dottrina al fine di individuare le disposizioni normative di natura cautelare (M. GALLO, *Colpa penale (diritto vigente)*, in *Enc. dir.*, vol. VII, Giuffrè, Milano, 1960, p. 642; F. MANTOVANI, *Colpa*, in *Dig. disc. pen.*, vol. II, Utet, Torino, 1988, p. 308; G. MARINUCCI, *La colpa per inosservanza di leggi*, Giuffrè, Milano, 1965) sembra doversi escludere la natura effettivamente cautelare della disposizione di cui all'art. 2087 cod. civ. Sul punto E. PENCO, *Novità interpretative in tema di colpa "con violazione delle norme sulla disciplina della circolazione stradale"*, in *Dir. pen. e proc.*, 2019, p. 517.

tautologica. Anziché esplicitare una propria, autonoma efficacia in ordine all'esclusione della responsabilità penale da contagio astrattamente configurabile in capo al datore di lavoro, la norma si sarebbe limitata a richiamare gli ordinari principi che regolano la responsabilità colposa, in applicazione dei quali non è possibile muovere un rimprovero soggettivo a fronte di una condotta rispettosa delle specifiche regole cautelari oggetto di accordi fra autorità statale e operatori del settore; per cui «il corretto assolvimento degli obblighi prevenzionistici esclude già la colpa e, quindi, la responsabilità penale del datore di lavoro»¹⁷². In tale prospettiva, quindi si è evidenziato come una rigorosa applicazione delle ordinarie regole che presiedono all'imputazione della responsabilità per infortunio – sia quanto al rimprovero colposo, che in relazione all'accertamento della causalità individuale – risulti già di per sé idonea a garantire un'adeguata tutela del datore di lavoro rispetto a eventuali tendenze a un'indebita estensione del relativo rischio penale¹⁷³. In ragione del suo (limitato) contenuto normativo, nonché di evidenti criticità linguistico-redazionali (tra cui l'impiego di ambigue espressioni quali «mediante l'applicazione delle prescrizioni [...]» e l'assenza di qualsivoglia riferimento a ulteriori doveri speciali dettati dal d.lgs. n. 81/2008), quindi, l'art. 29-*bis* assumerebbe natura di mera «norma di indirizzo» sul piano interpretativo¹⁷⁴, il cui unico effetto pratico – pur lodevole in considerazione dell'orientamento giurisprudenziale volto a estendere i confini della “colpa lavorativa”¹⁷⁵ – consiste

¹⁷² D. AMATO, *Contagio da Covid-19 “in occasione di lavoro” e responsabilità datoriale*, cit., p. 35; C. CUPELLI, *Obblighi datoriali di tutela contro il rischio di contagio da Covid-19*, cit.; G.P. ACCINNI, *La pericolosa mistificazione mediatica in tema di responsabilità penale e infortunio da “Covid-19”*, cit.; O. DI GIOVINE, *Coronavirus, diritto penale e responsabilità datoriali*, cit., secondo il quale «nella prospettiva penalistica, la previsione parrebbe scontata e come tale inutile».

¹⁷³ D. AMATO, *Contagio da Covid-19 “in occasione di lavoro” e responsabilità datoriale*, cit., p. 33 ss.; C. CUPELLI, *Obblighi datoriali di tutela contro il rischio di contagio da Covid-19*, cit.; O. DI GIOVINE, *Coronavirus, diritto penale e responsabilità datoriali*, cit. In ordine alle criticità relative all'accertamento del nesso causale rispetto all'avvenuto contagio, D. CASTRONUOVO, *I limiti sostanziali del potere punitivo nell'emergenza pandemica: modelli causali vs. modelli precauzionali*, in *La legislazione penale*, 2020; M. PELISSERO, *Covid-19 e diritto penale pandemico*, cit., p. 525 ss.

¹⁷⁴ C. CUPELLI, *Obblighi datoriali di tutela contro il rischio di contagio da Covid-19*, cit.; O. DI GIOVINE, *Coronavirus, diritto penale e responsabilità datoriali*, cit., il quale definisce la disposizione come «semplice memento»; M. SCOLETTA, *Il position paper di Confindustria sulla responsabilità ex crimine degli enti ai tempi del Covid-19*, cit., secondo il quale l'art. 29-*bis* costituisce «una disposizione simbolica a finalità rassicurativa».

¹⁷⁵ «nondimeno, lo sforzo del legislatore non è stato, a nostro avviso, del tutto vano. La norma potrebbe servire a chiarire che cautele indicate nei protocolli come meramente facoltative (...) non possono, logicamente, fondare addebiti ex art. 2087 c.c.» (V. MONGILLO, *Salute e sicurezza nei luoghi di lavoro in tempi di pandemia*, cit., p. 49).

nel precludere, a fronte dell'accertata osservanza dei protocolli indicati dalla stessa norma in parola, l'impiego del canone di cui all'art. 2087 cod. civ. per fondare il rimprovero colposo.

Tuttavia, anche nel perimetro applicativo così definito residuano dei margini di configurabilità della responsabilità del datore di lavoro, nella misura in cui la disposizione non esclude, e non può escludere, la necessità che si proceda nel caso concreto alla valutazione in ordine alla corretta attuazione delle prescrizioni contenute nei protocolli condivisi. Questi ultimi, del resto, oltre a una serie di cautele rigide, indicano anche delle prescrizioni più elastiche di carattere generico e orientativo, le quali devono quindi essere necessariamente adeguate alle specificità del caso concreto e possono costituire oggetto di valutazione, quanto all'effettiva idoneità tecnica, nell'ambito di un giudizio di individualizzazione e concretizzazione della regola cautelare, con evidenti residui spazi di colpa generica¹⁷⁶.

12. I riflessi della disciplina emergenziale delle attività produttive in ordine ai profili di responsabilità dell'ente ex d.lgs. n. 231/2001

La tematica concernente la responsabilità penale datoriale in ordine alle offese ai beni giuridici della vita o dell'incolumità individuale conseguenti all'infortunio da Covid-19 deve essere analizzata, infine, nella prospettiva – che assume rilevanza anche con riferimento alle strutture sanitarie¹⁷⁷ – dei possibili profili di responsabilità da reato dell'ente, secondo la disciplina definita dal d.lgs. 8 giugno 2001, n. 231.

Nell'elenco tassativo dei reati presupposto della responsabilità dell'ente (artt. 24 e ss. d.lgs. n. 231/2001), infatti, sono ricomprese anche le fattispecie di omicidio colposo (art. 589 cod. pen.) e lesioni colpose gravi o gravissime (art. 590 cod. pen.) commesse con violazione delle norme sulla tutela della salute e sicurezza sul lavoro (art. 25-*septies*). Ne consegue, quindi, che per le lesioni o la morte di un lavoratore

¹⁷⁶ In ordine a tale profilo, C. CUPELLI, *Obblighi datoriali di tutela contro il rischio di contagio da Covid-19*, cit.; O. DI GIOVINE, *Coronavirus, diritto penale e responsabilità datoriali*, cit.; V. MONGILLO, *Salute e sicurezza nei luoghi di lavoro in tempi di pandemia*, cit., p. 48.

¹⁷⁷ M. COLACURCI, *Dai colletti ai camici bianchi?*, cit.

a seguito di infezione da Covid-19 contratta in occasione di lavoro, risultano astrattamente configurabili profili di responsabilità, oltre che a carico dei garanti individuali della sicurezza (*in primis* il datore di lavoro), anche nei confronti dell'ente in conseguenza della mancata adozione delle misure di tutela della salute dei dipendenti e dei terzi¹⁷⁸.

Le condizioni, che devono ricorrere, cumulativamente, affinché il reato commesso dalla persona fisica possa essere ascritto all'ente sono:

1. che il reato presupposto sia stato commesso da persone che rivestono funzioni di rappresentanza, di amministrazione o di direzione dell'ente o di una sua unità organizzativa dotata di autonomia finanziaria e funzionale, nonché da persone che esercitano, anche di fatto, la gestione e il controllo dello stesso (soggetti apicali), o da persone sottoposte alla direzione o alla vigilanza di uno dei soggetti apicali (soggetti subordinati);
2. la funzionalizzazione del reato a vantaggio o nell'interesse dell'ente;
3. la mancata adozione da parte dell'ente di un Modello Organizzativo idoneo a impedire reati della specie di quello commesso.

Per quanto concerne, poi, la questione relativa all'apparente incompatibilità logica tra i reati presupposto di natura colposa, in cui difetta per definizione la volontarietà dell'evento, e i concetti di "interesse" e "vantaggio", per la cui sussistenza sembra al contrario necessaria la direzione finalistica della condotta, la giurisprudenza di legittimità ha precisato che «i concetti di interesse e vantaggio, nei reati colposi d'evento, vanno di necessità riferiti alla condotta e non all'esito antigiusuridico. Tale soluzione non determina alcuna difficoltà di carattere logico: è ben possibile che una condotta caratterizzata dalla violazione della disciplina

¹⁷⁸ Con riferimento alla preliminare questione in ordine ai possibili effetti preclusivi, circa la configurabilità della responsabilità dell'ente, prodotti dall'orientamento – pur espresso in dottrina – secondo il quale oggetto di tutela del sistema normativo di contenimento della diffusione del contagio è non tanto la salute dei lavoratori, quanto quella collettiva, si è osservato che «anche chi, nella dottrina giuslavoristica, ha più incisivamente argomentato la necessità di tenere distinti sistema di prevenzione ex d.lgs. n. 81/2008 e strumentario anti-Covid, almeno nella prima fase emergenziale, ha comunque desunto dalla clausola generale dell'art. 2087 c.c. il dovere datoriale di apprestare misure finalizzate ad evitare la diffusione del virus nei luoghi di lavoro, ammettendo così possibili ricadute sia in punto di responsabilità penale individuale in caso di omissione colposa seguita da conseguenze patologiche per il lavoratore o dalla sua morte (artt. 589 e 590 c.p.), sia sul piano della responsabilità "collettiva" ex art. 25-septies» (V. MONGILLO, *Salute e sicurezza nei luoghi di lavoro in tempi di pandemia*, cit., p. 50 ss.).

cautelare e quindi colposa sia posta in essere nell'interesse dell'ente o determini comunque il conseguimento di un vantaggio». Ne consegue che i suddetti requisiti ricorrono, rispettivamente, l'interesse, in caso di violazione della normativa cautelare con il consapevole intento di conseguire un risparmio di spesa per l'ente, indipendentemente dal suo effettivo raggiungimento, e, il vantaggio, in caso di violazione sistematica delle norme antinfortunistiche, cui consegua oggettivamente un qualche vantaggio per l'ente, sotto forma di risparmio di spesa o di massimizzazione della produzione, indipendentemente dalla volontà di ottenere il vantaggio stesso¹⁷⁹.

In questi termini, dunque, ben si comprende l'astratta configurabilità nel contesto emergenziale di profili di responsabilità dell'ente, nella misura in cui gli impegni finanziari necessari per garantire l'osservanza delle misure di contenimento definite dalla normativa emergenziale dei Protocolli condivisi potrebbe incentivare condotte volte a realizzare "risparmi di spesa" conseguenti al mancato acquisto di dispositivi di protezione individuale (DPI), all'omessa sanificazione degli ambienti, alla mancata riduzione dell'attività produttiva dovuta alla necessità di assicurare assembramenti, ecc.¹⁸⁰.

La giurisprudenza di legittimità ha poi precisato che quanto all'accertamento in ordine alla sussistenza dell'interesse o vantaggio assume rilevanza il carattere non occasionale o fortuito della violazione delle norme infortunistiche, la quale deve, al contrario, costituire il risultato di una carenza organizzativa o di una specifica politica aziendale, volta alla massimizzazione del profitto con un contenimento dei costi in materia di sicurezza, a scapito della tutela della vita e della salute dei lavoratori¹⁸¹. Del resto, la finalità della disciplina normativa in tema di responsabilità dell'ente è proprio quella di sanzionare sistemi di organizzazione del lavoro strutturati sulla sistematica violazione delle norme prevenzionistiche, cioè realtà lavorative caratterizzate da una politica di impresa esclusivamente rivolta alla massimizzazione del profitto, con scarsa attenzione alla sicurezza dei

¹⁷⁹ Cass., Sez. un., 24 aprile 2014, n. 38343, in *Cass C.E.D.*, n. 261109; Cass., Sez. IV, 20 aprile 2016, n. 24697, in *Cass C.E.D.*, n. 268066; Cass., Sez. IV, 23 maggio 2018, n. 38363, in *Cass C.E.D.*, n. 274320.

¹⁸⁰ G. MINNITI, *Contagio da Covid-19 in ambiente lavorativo: responsabilità penale del datore di lavoro e dell'ente ex d.lgs. 231/2001*, in *Il Penalista*, 2020.

¹⁸¹ Cass., Sez. IV, 17 dicembre 2015, n. 2544.

lavoratori. Nei casi in cui, al contrario, il verificarsi di eventi avversi sia piuttosto da ricondurre a mere negligenze o imprudenze, a una sottovalutazione del rischio, a un'erronea valutazione in ordine ai più opportuni strumenti di prevenzione da predisporre o, ancora, a una carenza di vigilanza e controllo, non è possibile dimostrare la sussistenza di una finalizzazione dell'attività alla massimizzazione dei profitti, e quindi alla riduzione dei costi¹⁸².

Con riferimento al fondamento della responsabilità dell'ente costituito dalla c.d. "colpa di organizzazione" (mancata adozione o carente funzionamento del modello organizzativo), quindi, si è posto il problema di stabilire se la prevenzione della diffusione del contagio da Covid-19 imponga un aggiornamento o a un'integrazione del modello di organizzazione e gestione (MOG) in materia antinfortunistica (art. 30 d.lgs. n. 81/2008), analogamente al DVR obbligatorio per legge e del sistema di cautele discendente. Sul punto, si è rilevato che non sembrerebbe configurabile un vero e proprio dovere di aggiornamento, per cui, ove anteriormente all'emergenza sanitaria l'ente aveva già adottato un adeguato modello organizzativo in materia antinfortunistica, non si rende necessario alcun tipo di integrazione¹⁸³.

Naturalmente, nel contesto emergenziale assume rilevante importanza il ruolo dell'Organismo di Vigilanza, il quale, pur privo di poteri gestori, è dotato di autonomi poteri di iniziativa e sorveglianza in ordine al funzionamento e all'osservanza del Modello di Organizzazione, Gestione e Controllo (art. 6 d.lgs. n. 231/2001). In dettaglio, l'OdV è chiamato a esercitare tutti i controlli necessari circa

¹⁸² Cass., Sez. IV, 27 novembre 2019, n. 49775, in *il Penalista*, con nota di C. SANTORIELLO, *Responsabilità degli enti e violazioni antinfortunistiche: il caso isolato non può determinare interesse o vantaggio per la società*.

¹⁸³ V. MONGILLO, *Salute e sicurezza nei luoghi di lavoro in tempi di pandemia*, cit., p. 51; V. MARCHESI, *L'ente alla prova dell'emergenza. Prime considerazioni su prevenzione del rischio e garanzie dell'ente ex d.lgs. 231/2001 nel governo della crisi*, in *Sistema penale*, 2020. Sull'opportunità, più che obbligatorietà, dell'aggiornamento del MOG, soprattutto in considerazione della sua efficacia esimente dalla "colpa di organizzazione" prevista dagli artt. 6 e 7 del d.lgs. n. 231/2001, L. GESTRI, *Il rapporto fra la normativa emergenziale e dei protocolli Covid-19 ed il sistema prevenzionistico e di sicurezza sui luoghi di lavoro*, cit. p. 289 ss. Anche nel succitato documento redatto da Confindustria si evidenzia che l'emergenza sanitaria non determina l'insorgenza dell'obbligo di procedere all'aggiornamento del MOG, né con riferimento ai rischi c.d. "diretti" (ossia quelli relativi all'esposizione diretta dei lavoratori alla fonte del rischio di contagio), né per quanto concerne quelli definiti "indiretti".

l'adozione dei protocolli anti-contagio e di adeguati presidi attuativi, sollecitando gli interventi correttivi necessari in caso di riscontrate carenze procedurali¹⁸⁴.

In conclusione, l'opportunità, prima ancora della necessità, di provvedere a una puntuale attuazione delle misure di contenimento del contagio nei luoghi di lavoro risulta di immediata evidenza già nella sola prospettiva degli stessi interessi imprenditoriali, atteso che in difetto della stessa all'ente potrebbero essere applicate le sanzioni previste dall'art. 9 d.lgs. n. 231/2001¹⁸⁵.

¹⁸⁴ In particolare, l'OdV sarà chiamato a: «1. interloquire con il datore di lavoro, l'RSPP, il medico competente e tutti i soggetti in grado di riferire sulle misure adottate, al fine di verificare le azioni già intraprese per far fronte all'emergenza e valutare l'eventuale adozione di altre; 2. valutare l'eventuale istituzione di comitati di crisi con cui coordinarsi per l'adozione e la verifica del rispetto dei protocolli; 3. gestire le segnalazioni (es: mancanza di DPI o inadeguata attività di sanificazione degli ambienti) ricevute tramite procedura whistleblowing e supportare i vertici aziendali nell'adozione delle misure correttive; 3. verificare l'adeguatezza del MOGC e suggerire al CDA eventuali modifiche» (G. MINNITI, *Contagio da Covid-19 in ambiente lavorativo: responsabilità penale del datore di lavoro e dell'ente ex d.lgs. 231/2001*, cit.).

¹⁸⁵ Le sanzioni previste dal d.lgs. n. 231/2001 sono di due diverse tipologie: principali e accessorie. Le prime sono costituite dalle sanzioni pecuniarie (art. 10), che devono essere applicate in tutti i casi in cui sia accertata la responsabilità dell'ente, e da quelle interdittive (art. 9), le quali, in quanto caratterizzate da una elevata carica di afflittività, conseguono soltanto alla condanna per alcune tipologie di reato considerate più gravi. Rientrano, invece, nella seconda categoria la pubblicazione della sentenza di condanna (art. 18) e la confisca (art. 19).

Conclusioni

Il fenomeno emergenziale identifica una dimensione patologica dell'ordinamento, in cui si registra una forte commistione tra diritto e politica. Si tratta di situazioni in cui la "regolarità" giuridica risulta alterata da fattori improvvisi e imprevisi, tali da evidenziare l'inidoneità dell'assetto giuridico vigente e da richiedere una rapida risposta dell'ordinamento alla peculiarità della situazione fattuale attraverso la definizione di una disciplina temporaneamente derogatoria o meramente sospensiva delle norme ordinarie. In altri termini, la necessità di fronteggiare situazioni emergenziali che minacciano la stessa sopravvivenza di uno Stato mediante l'impiego di strumenti idonei ed efficaci, consente di prevedere – nel rispetto di determinati limiti – delle deroghe all'ordinario assetto di diritti e garanzie per il tempo necessario al superamento dell'emergenza. Lo stato di eccezione, conseguente alla dichiarazione di emergenza, non determina dunque non fa venir meno la vigenza delle norme, ma solo la loro applicazione.

Affinché si possano considerare sussistenti i presupposti per un'eventuale deroga all'ordinario sistema di competenze, è però necessario che il "fatto emergenziale" possieda alcune peculiari caratteristiche. Deve trattarsi, cioè, di una minaccia grave, eccezionale, reale e temporanea, tale da giustificare una imminente risposta giuridica straordinaria, con la conseguente ingerenza sui diritti umani o sospensione di alcune garanzie.

Tali presupposti risultano senz'altro riscontrabili nell'emergenza sanitaria da Covid-19, che in ragione delle sue precipue caratteristiche assume la natura di "emergenza da rischio" o "strutturalmente colposa". Essa, infatti, è determinata non solo dalle conseguenze negative che il virus (al di là di sterili discussioni in ordine al carattere naturale o artificiale della sua origine) produce per la salute umana, ma altresì dal comportamento (colposo) dell'uomo, il quale se da un lato è soltanto una vittima dello stesso fenomeno emergenziale, dall'altro assume la veste di "complice" della diffusione del contagio, perché potenziale veicolo di trasmissione del virus.

Con riferimento a questa tipologia di emergenza, quindi, la normativa emergenziale di contrasto alla situazione contingente si sostanzia nella predisposizione di adeguate misure di gestione e di contenimento di un rischio strutturalmente colposo che, in quanto animate dall'esigenza di garantire la tutela della vita della generalità dei consociati, trovano applicazione in relazione all'intera collettività, producendo una deroga all'ordinario assetto di garanzie di gran lunga più estesa di quella che si registra in occasione di situazioni emergenziali dovute a fenomeni di origine dolosa. In queste ultime, infatti, l'intervento straordinario da parte dello Stato mira, al contrario, a realizzare un'ingerenza nella sfera giuridica di determinati soggetti soltanto, ossia degli stessi autori dei fenomeni da cui l'emergenza deriva.

La tecnica normativa impiegata nella definizione della disciplina emergenziale di contrasto alla diffusione del Covid-19 si è caratterizzata per due principali peculiarità.

In primo luogo, l'elevata rapidità di mutevolezza delle esigenze epidemiologiche ha evidenziato l'inopportunità di una strategia normativa di contrasto fondata sui soli decreti legge e, conseguentemente, la maggiore idoneità di d.p.c.m. (di cui i decreti legge costituivano comunque la base legale). Ne è derivato un quadro normativo frammentato in una molteplicità di provvedimenti: decretazione d'urgenza, decreti del Presidente del Consiglio e ordinanze del Ministero della sanità.

In secondo luogo, alla normativa di carattere statale si è spesso affiancata e in alcuni casi sovrapposta quella decentrata, costituita dalle ordinanze regionali e locali, contribuendo alla definizione di una disciplina complessiva a tratti contraddittoria e di non agevole interpretazione.

A ben vedere, però, queste peculiari caratteristiche della normativa di contrasto al fenomeno emergenziale costituiscono il riflesso delle stesse forme di manifestazione della situazione contingente: la diffusione del virus si è, infatti, presentata in maniera frammentaria e discontinua, sia dal punto di vista temporale che, soprattutto, con riferimento alla sua estensione geografica. In tal modo, da un lato, si è rivelata inattuabile la definizione a livello centrale di una disciplina normativa unitaria che rendesse superfluo il ricorso ai d.p.c.m., dall'altro, si è

evidenziata la centralità della posizione rivestita dagli organismi territoriali, in quanto più vicini alle molteplici esigenze poste dall'emergenza.

Sebbene si sia sicuramente operato al di fuori di espresse previsioni costituzionali, una valutazione complessiva in ordine alla legalità della disciplina emergenziale così definita, non priva di una molteplicità di aspetti critici, non può che avere esito positivo: con riferimento agli atti del Governo – d.p.c.m.; ordinanze del Ministero della Salute o degli Interni; ordinanze, direttive, decreti di varie autorità (protezione civile; presidenti di regione; sindaci) – con cui si è data attuazione alle misure e definito i limiti alle libertà costituzionalmente tutelate non si ravvisa alcun profilo di incostituzionalità.

Innanzitutto, si tratta di atti che rinvengono la propria *ratio* nello stato di necessità che è venuto a determinarsi e che sono volti a garantire la tutela del diritto fondamentale più importante tra quelli riconosciuti e garantiti dalla Costituzione, ossia il diritto alla vita e alla salute.

In secondo luogo, l'impiego della decretazione d'urgenza è avvenuto entro i limiti delineati dalla Costituzione, con la conseguenza che gli atti secondari adottati in esecuzione e attuazione degli stessi risultano sicuramente coperti dalla riserva di legge, nonché soggetti al controllo del parlamento, dell'opinione pubblica e, in astratto, del potere giudiziario.

Infine, anche ai provvedimenti adottati dalle autorità decentrate, rinvengono la propria fonte nei decreti-legge, che ne hanno indicato l'oggetto, i limiti e l'efficacia temporale.

Le caratteristiche specifiche dell'emergenza sanitaria hanno, poi, inevitabilmente inciso anche sulla tradizionale morfologia della legislazione penale emergenziale. In questo caso, infatti, risulta impossibile l'individuazione del "nemico", vale a dire dell'autore del fatto emergenziale, per cui le disposizioni di carattere punitivo non sono rivolte a una determinata categoria soggettiva, ma sono, per lo più, poste a presidio dell'osservanza delle c.d. misure di contenimento, ossia dei divieti che – in quanto funzionali a ridurre le possibilità di diffusione del virus – incidono, comprimendolo, sull'esercizio delle libertà fondamentali. In altri termini, i soggetti attivi della condotta sanzionata non si identificano con un determinato nemico, tale in quanto autore del fenomeno emergenziale, ma con la

generalità dei consociati, ossia gli stessi titolari del bene giuridico (la salute pubblica) tutelato dalle disposizioni incriminatrici, i quali costituiscono non la causa dell'emergenza, ma al più, in quanto veicolo di contagio, un fattore incidente sulla sua effettiva entità.

Gli aspetti di maggiore criticità del c.d. diritto penale pandemico attengono, però, all'espansione dell'area del penalmente rilevante realizzata in via indiretta, ossia mediante l'applicazione di fattispecie criminose già definite nel nostro sistema penalistico alle condotte di diffusione del contagio da Covid-19. In particolare, la "rilettura" del fatto tipico del delitto di epidemia, funzionale all'estensione dell'ambito di applicazione della fattispecie al fine di ricomprendervi anche le condotte omissive e le ipotesi di diffusione del contagio realizzato dal soggetto infetto, costituisce infatti un'evidente manifestazione del fenomeno di erosione della legalità penale. Invece che mediante l'intervento del legislatore, la sopravvenuta esigenza di definire nuove fattispecie criminose idonee a esprimere e sanzionare il disvalore delle condotte consistenti nella diffusione, o nell'omesso impedimento della diffusione, di una malattia contagiosa, e delle conseguenti ripercussioni sulla salute e sulla vita umane, è soddisfatta attraverso il ricorso all'attività interpretativa giudiziale. In questo modo, si realizza una evidente inversione dei termini del rapporto tra fatto storico e fatto tipico: non è più il primo a dover presentare tutti gli elementi che ne consentano la sussunzione nel secondo, bensì è la fattispecie astratta che, attraverso delle (talora) vere e proprie "creazioni interpretative", viene modellata sulla base delle esigenze contingenti, per poter essere meglio adattata al caso concreto.

Questa tendenza all'espansione dell'area del penalmente rilevante ha inevitabilmente determinato una sensibile dilatazione delle ipotesi di responsabilità penale astrattamente configurabili in capo ai soggetti maggiormente esposti al rischio di «epidemia penale», quali il personale sanitario e gli imprenditori/datori di lavoro, evidenziando la necessità di predisporre un meccanismo di esclusione della punibilità in grado di ridefinire il generale modello di attribuzione della responsabilità, così da contenerne l'estensione.

Specie con riferimento al personale sanitario, in luogo della definizione di una disciplina eccezionale di portata limitata al fenomeno emergenziale, a ben vedere

l'occasione poteva risultare propizia per una riforma complessiva della disciplina ordinaria della colpa medica e dell'istituto previsto dall'art. 590-*sexies* cod. pen. che, a fronte dei molteplici interventi normativi già registrati in materia, risultano inidonei a costituire un argine efficace contro la degenerazione del fenomeno della medicina difensiva.

Bibliografia

- AA.VV., *La società punitiva. Populismo, diritto penale simbolico e ruolo del penalista*, in *Dir. pen. cont.*, 2016;
- ACCINNI G.P., *La pericolosa mistificazione mediatica in tema di responsabilità penale e infortunio da "Covid-19". Ritorno al futuro del diritto penale*, 2020;
- ACKERMAN B., *Prima del prossimo attacco: preservare le libertà civili in un'era di terrorismo globale*, Aseri, Milano, 2008;
- AGAMBEN G., *Stato di eccezione*, Bollati Boringhieri, Torino, 2003;
- AGOSTINI L., *Pandemia e "penademia": sull'applicabilità della fattispecie di epidemia colposa alla diffusione del covid-19 da parte degli infetti*, in *Sistema Penale*, 2020;
- ALBISINNI M., GIANNONE L., *L'insegnamento del Covid-19 sullo stato di emergenza: non è mai troppo tardi*, in *Quest. giust.*, 2020;
- ALLEGRETTI U., *Il Codice della Protezione Civile (d.lg. 2 gennaio 2018, n. 1)*, in *Aedon, Rivista di arti e diritto on line*, 2018;
- ALLEGRETTI U., *Il trattamento dell'epidemia di "coronavirus" come problema costituzionale e amministrativo*, in *Forum di Quaderni costituzionali*, 2020;
- AMARELLI G., *Legalità costituzionale, legalità convenzionale e diritto giurisprudenziale*, in G. ACOCELLA (a cura di), *Materiali per una cultura della legalità*, Giappichelli, Torino, 2020;
- AMATI E., *L'enigma penale*, Giappichelli, Torino, 2020;
- D. AMATO, *Contagio da Covid-19 "in occasione di lavoro" e responsabilità datoriale: è davvero necessario uno scudo penale?*, in *Giurisprudenza Penale*, 2020;
- AMATO D., *Emergenza pandemica e diritto penale: quali spazi applicativi per il reato di epidemia?*, in *Rivista italiana di medicina legale (e del diritto in campo sanitario)*, 2021;
- AMATO G., *Scudo penale per i vaccinatori che somministrano le dosi. La responsabilità penale*, in *Guida al diritto*, 2021;
- ANGIONI F., *Il nuovo codice di deontologia medica*, in *Criminalia*, 2007;
- ANTOLISEI F., *Il rapporto di causalità nel diritto penale*, Cedam, Padova, 1934;

- ANTOLISEI F., *Manuale di diritto penale. Parte speciale*, II, C.F. GROSSO (a cura di), Giuffrè, Milano, 2016;
- APOLLONIO A., *Critica dell'Antimafia. L'avanzare della paura, l'arretramento delle garanzie, l'imperfezione del diritto*, Pellegrini, Cosenza, 2013;
- ARDIZZONE S., *Epidemia*, in *Dig. disc. pen.*, IV, Utet, Torino, 1990;
- ARDIZZONE S., *Incolunità pubblica (delitti e contravvenzioni contro la)*, in *Dig. disc. pen.*, IV, Utet, Torino, 1992;
- ASTORINA MARINO P., *Scienza e diritto di fronte alla paura del contagio*, in G. Forti (a cura di), *Le regole e la vita. Del buon uso di una crisi, tra letteratura e diritto*, Vita e pensiero, Milano, 2020;
- AZZARITI G., *I limiti costituzionali della situazione d'emergenza provocata dal Covid-19*, in *Quest. giust.*, 2020;
- AZZARITI G., *Il diritto costituzionale d'eccezione*, in *Costituzionalismo.it*, 2020;
- BACCAREDDA BOY C., LALOMIA S., *I delitti contro il patrimonio mediante violenza*, vol. VIII, in G. MARINUCCI, E. DOLCINI (diretto da), *Trattato di diritto penale. Parte speciale*, Cedam, Padova, 2010;
- BALDINI V., *Emergenza costituzionale e Costituzione dell'emergenza. Brevi riflessioni (e parziali) di teoria del diritto*, in *dirittifondamentali.it*, 2020;
- BARATTA A., *La politica criminale e il diritto penale della Costituzione. Nuove riflessioni sul modello integrato delle scienze penali*, in S. CANESTRARI (a cura di), *Il diritto penale alla svolta di fine millennio. Atti del Convegno in ricordo di Franco Bricola (Bologna, 18-20 maggio 1995)*, Giappichelli, Torino, 1998;
- BARBALINARDO G., *Codice penale e norme complementari*, XIV ed., Giuffrè, Milano, 2008;
- BARBERIS M., *Beccaria, Bentham e il creazionismo giuridico*, in *Rivista internazionale di filosofia del diritto*, 2014;
- BARBUTI S., BELELLI E., FARA G.M., GIAMMANCO G., *Igiene e medicina preventiva*, V ed., Monduzzi, Milano, 2004;
- BARILE P., *Potere costituente*, in *Noviss. dig.*, XIII, Torino, 1966;
- BARTOLE S., *La Corte e i poteri*, in *Quad. Cost.*, 1998;

- BARTOLI R., *Chiaro ed oscuro dei diritti umani alla luce del processo di giurisdizionalizzazione del diritto*, in *Riv. it. dir e proc. pen.*, 2012;
- BARTOLI R., *Contro la “normalizzazione” delle deroghe: alcune proposte garantiste*, in *Dir. pen. proc.*, 2020;
- BARTOLI R., *Il diritto penale dell’emergenza “a contrasto del coronavirus”:* *problematiche e prospettive*, in *Sistema Penale*, 2020;
- BARTOLI R., *La responsabilità colposa medica e organizzativa al tempo del coronavirus. Fra la “trincea” del personale sanitario e il “da remoto” dei vertici politico-amministrativi*, in *Sistema penale*, 2020;
- BARTOLI R., *Paradigmi giurisprudenziali della responsabilità medica. Punti fermi e tendenze evolutive in tema di causalità e colpa*, in R. BARTOLI (a cura di), *Responsabilità penale e rischio nelle attività mediche e d’impresa (un dialogo con la giurisprudenza)*, Firenze University Press, Firenze, 2010;
- BARTOLI R., *Regola ed eccezione nel contrasto al terrorismo internazionale*, in *Dir. pubbl.*, 2010;
- BARTOLI R., *Riforma Gelli-Bianco e Sezioni Unite non placano il tormento: una proposta per limitare la colpa medica*, in *Dir. pen. cont.*, 2018;
- BASCHERINI G., *Lo stato d’assedio nell’esperienza statutaria italiana*, in *Giur. cost.*, 1994;
- BATTAGLINI E., BRUNO B., *Incolumità pubblica (delitti contro la)*, in *Nov. dig. it.*, vol. VIII, Torino, 1962;
- BATTARINO G., NATALE A., *Reati dell’epidemia e reati nell’epidemia*, in *Quest. Giust.*, 2020;
- BECK U., *Conditio Humana. Il rischio nell’età globale*, trad. it. di C. SANDRELLI, Laterza, Bari, 2008;
- BECK U., *La società del rischio. Verso una seconda modernità*, trad. it. W. PRIVITERA (a cura di), Carocci, Roma, 2013;
- BECK U., *Un mondo a rischio*, Einaudi, Torino, 2003;
- BELL A.H., *Aspettando il nuovo delitto di disastro sanitario. Una riflessione sul ruolo dell’evidenza epidemiologica, tra causazione e probabilità*, in *Sistema penale*, 2021;

- BELLETTI M., *La confusione nel sistema delle fonti ai tempi della gestione dell'emergenza da Covid-19 mette a dura prova gerarchia e legalità*, in *Osservatorio AIC*, 2020;
- BERNARDI A., *Il diritto penale alla prova della Covid-19*, in *Dir. pen. proc.*, 2020;
- BERNASCONI C., *Crisi della legalità nel diritto penale o κρίσις nelle diverse legalità?*, in *DisCrimen*, 2021;
- BERTOLINI C., *Stato e Regioni tra potere sostitutivo, chiamata in sussidiarietà e clausola di supremazia*, in *federalismi.it*, 2016;
- BIANCHI D., *Il tempus commissi delicti nello specchio della Costituzione*, in *Giurisprudenza italiana*, 2019;
- BIGNAMI M., *Chiacchiericcio sulle libertà costituzionali al tempo del coronavirus*, in *Quest. giust.*, 2020;
- BIGNAMI M., *Le fonti del diritto tra legalità e legittimità nell'emergenza sanitaria*, in *Quest. giust.*, 2020;
- BISCARETTI DI RUFFIA P., *Diritto costituzionale*, Jovene Napoli, 1949;
- BOBBIO N., *Teoria generale del diritto*, Giappicchelli, Torino, 1993;
- BODIN J., *Six livres de la République*, 1576, *I sei libri dello Stato*, trad. it. M. ISNARDI PARENTE (a cura di), Libro I, Utet, Torino, 1964;
- BONETTI P., *Terrorismo, emergenza e costituzioni democratiche*, Il Mulino, Bologna, 2006;
- BONFIGLIOLI A., *I delitti di comune pericolo mediante frode: epidemia (art. 438)*, in A. CADOPPI, S. CANESTRARI, A. MANNA, M. PAPA (diretto da), *Trattato di diritto penale. Parte speciale. Delitti contro l'incolumità pubblica e reati in materia di stupefacenti*, vol. IV, Utet, Torino, 2010;
- BONIOLO G., VIDALI G., *Filosofia della scienza*, Mondadori, Milano, 1999;
- BORSARI R., *Diritto penale, creatività e co-disciplinarietà. Banchi di prova dell'esperienza giudiziale*, Padova University Press, Padova, 2013;
- BOVI G., *La colpa del medico ai tempi del Covid-19: la soluzione nei principi generali?*, in *Giustizia insieme*, 2020;
- BRICOLA F., *Politica criminale e politica penale dell'ordine pubblico (a proposito della legge 22 maggio 1975, n. 152)*, in *La questione criminale*, 1975;

- BRUCELLARIA S., *Art. 438 c.p.*, in E. DOLCINI, G.L. GATTA (a cura di), *Codice penale commentato*, tomo II, Ipsoa, Milano, 2015;
- BRUSCO C., *Covid 19: la responsabilità degli operatori sanitari e l'applicazione del principio di esigibilità della condotta*, in *giudicedonna.it*, 2020;
- BRUSCO C., *Il rapporto di causalità. Prassi e orientamenti*, Giuffrè, Milano, 2012;
- BRUSCO C., *La colpa penale e civile. La colpa medica dopo la l. 8 marzo 2017, n. 24 (legge Gelli - Bianco)*, Giuffrè, Milano, 2017;
- BRUSCO C., *La responsabilità sanitaria civile e penale. Orientamenti giurisprudenziali e dottrinali dopo la legge Gelli-Bianco*, Giappichelli, Torino, 2018;
- BRUSCO C., *Responsabilità medica penale: le Sezioni Unite applicano le regole sulla responsabilità civile del prestatore d'opera*, in *Dir. pen. e proc.*, 2018;
- BUSCEMA L., *Emergenza sanitaria ed ordinamento democratico: questioni di metodo e di valore*, in *BioLaw Journal*, 2020;
- CADOPPI A., VENEZIANI P., *Elementi di diritto penale. Parte generale*, Cedam, Torino, 2015;
- CALAMANDREI P., *Discussione generale sul progetto di Costituzione*, 4 marzo 1947;
- CALETTI G.M., *Emergenza pandemica e responsabilità penali in ambito sanitario. Riflessioni a cavaliere tra "scelte tragiche" e colpa del medico*, in *Sistema penale*, 2020;
- CALETTI G.M., *La colpa professionale del medico a due anni dalla legge Balduzzi*, in *Dir. pen. cont.*, 2015;
- CALETTI G.M., *Stato di necessità terapeutica. Paradossi, finzioni e nuove ipotesi applicative*, in *Biodiritto*, 2013;
- CALETTI G.M., MATTHEUDAKIS M.L., *La fisionomia dell'art. 590-sexies c.p. dopo le Sezioni Unite tra "nuovi" spazi di graduazione dell'imperizia e "antiche" incertezze*, in *Dir. pen. cont.*, 2018;
- CALETTI G.M., MATTHEUDAKIS M.L., *La Cassazione e il grado della colpa penale del sanitario dopo la riforma "Gelli-Bianco"*, in *Dir. pen. e proc.*, 2017;

- CANESTRARI S., *Le scelte tragiche nell'ambito dell'attività medico-chirurgica*, in *Bioetica e diritto penale*, Torino, 2012;
- CANESTRARI S., *Reato di pericolo*, in *Enc. giur. Treccani*, vol. XXVI, 1991;
- CANUTO G., TOVO S., *Medicina legale e delle assicurazioni*, Cortina, Pavia, 1996;
- CAPPELLETTI M., *Giudici legislatori?*, Giuffrè, Milano, 1984;
- CAPRIELLO L., *Sequestri e confische*, Maggioli, Santarcangelo di Romagna, 2020;
- CAPUANO A., CUPELLI C., MILITERNI M. (a cura di), *La sperimentazione tra etica e diritto in tempi di pandemia*, Edizioni scientifiche italiane, Napoli, 2021;
- CAPUTO M., *Colpa penale del medico e sicurezza delle cure*, Giappichelli, Torino, 2017;
- CAPUTO M., *La responsabilità penale degli operatori sanitari ai tempi del Covid19. La gestione normativa dell'errore commesso in situazioni caratterizzate dall'emergenza e dalla scarsità di risorse*, in G. FORTI (a cura di), *Le regole e la vita: del buon uso di una crisi tra letteratura e diritto*, Vita e pensiero, Milano, 2020;
- CAPUTO M., *Le Sezioni Unite alle prese con la colpa medica: nomofilachia e nomopoiesi per il gran ritorno dell'imperizia lieve*, in *Riv. it. med. leg.*, 2018;
- CAPUTO M., *Logiche e modi dell'esenzione da responsabilità penale per chi decide e opera in contesti di emergenza sanitaria*, in *La legislazione penale*, 2020;
- CAPUTO M., *"Promossa con riserva". La legge Gelli-Bianco passa l'esame della Cassazione e viene "rimandata a settembre" per i decreti attuativi*, in *Riv. it. med. leg.*, 2017;
- CARAVITA B., *L'Italia ai tempi del coronavirus: rileggendo la Costituzione italiana*, in *federalismi.it*, 2020;
- CARDONE A., *Il baratro della necessità e la chimera della costituzionalizzazione: una lettura della crisi delle fonti del sistema di protezione civile contro le battaglie di retroguardia*, in *osservatoriosullefonti.it*, 2020;
- CARLASSARE L., *Una possibile lettura in positivo della sent. n. 15?*, in *Giur. cost.*, 1982;
- CAROLI P., *Non punibilità e indirizzo politico criminale*, in *Dir. pen. cont.*, 2020;
- CARRARA F., *Programma del corso di diritto criminale. Parte speciale*, Tipografia Canovetti, Lucca, 1863;

- CARRARA F., *Programma del corso di diritto criminale. Parte speciale*, vol. VII, Tipografia Giusti, Lucca, 1874;
- CARRARO L., *Il problema, antico ma sempre attuale, della responsabilità penale del medico*, in *Arch. pen.*, 2021;
- CARRE DE MALBERG R., *Contribution à la théorie generale de l'Etat*, Parigi, 1920;
- CARRIERO M.F., *L'(in)adeguatezza funzionale del delitto di epidemia al cospetto del Covid-19*, in *Arc. pen.*, 2020;
- CARUSO G., *Appunti sul mutamento giurisprudenziale sfavorevole. Tra esigenze di garanzia, prevedibilità e certezza nel diritto penale*, in *Sistema penale*, 2021;
- CASTALDO A.R., COPPOLA F., *Le mascherine vendute a prezzi gonfiati e l'improbabile richiamo al reato di cui all'art. 501 bis c.p.: la giurisprudenza si divide*, in *Sistema penale*, 2020;
- CASTALDO A.R., COPPOLA F., *Profili penali del Decreto-legge n. 19/2020 "Coronavirus": risolto il rebus delle sanzioni applicabili*, in *Arch. pen.*, 2020;
- CASTAGNO J.P., STIGLIANO A.A., *L'anno che verrà: che ruolo avrà il diritto penale nell'ambito della ripresa economica? Prima parte*, in *Giurisprudenza penale*, 2020;
- CASTRONOVO C., *Eclissi del diritto civile*, Giuffrè, Milano, 2015;
- CASTRONUOVO D., *Fenomenologia della colpa in ambito lavorativo. Un catalogo ragionato*, in *Dir. pen. cont.*, 2016;
- CASTRONUOVO D., *I limiti sostanziali del potere punitivo nell'emergenza pandemica: modelli causali vs. modelli precauzionali*, in *La legislazione penale*, 2020;
- CASTRONUOVO D., *Principio di precauzione e diritto penale. Paradigmi dell'incertezza nella struttura del reato*, Aracne, Roma, 2012;
- CAVALIERE A., *Appunti di diritto penale alla prova del "coronavirus"*, in M. CATERINI, S. MULEO (a cura di), *La giustizia al tempo del coronavirus*, Pacini Giuridica, Pisa, 2020;
- CAVALIERE A., *Le vite dei migranti e il diritto punitivo*, in *Sistema penale*, 2022;
- CEVOLANI N., *Le procedure di autorizzazione a commerciare il vaccino*, in *Il Corriere giuridico*, 2021;

- CHERCHI B., *Stato d'assedio e sospensione delle libertà nei lavori dell'Assemblea costituente*, in *Riv. Trim. Dir. Pubblico*, 1981;
- CHIARA R., *L'elemento materiale dei reati previsti dagli artt. 438, 439 e 440 c.p.*, in *Cass. pen.*, 2018;
- CENTONZE F., «Break the isolation». *Il buon uso della crisi per un nuovo modello di detenzione*, in G. FORTI (a cura di), *Le regole e la vita. Del buon uso di una crisi, tra letteratura e diritto*, Vita e Pensiero, Milano, 2020;
- CINTIOLI F., *Sul regime del lockdown in Italia (note sul decreto legge n. 19 del 25 marzo 2020)*, in *federalismi.it*, 2020;
- CLEMENTI F., *Il lascito della gestione normativa dell'emergenza: tre riforme ormai ineludibili*, in *Rivista AIC*, 2020;
- CLEMENTI F., *Quando l'emergenza restringere le libertà meglio un decreto-legge che un DPCM*, in *Il sole 24 ore*, 2020;
- CLEMENTI F., CUOCOLO L., ROSA F., VIGEVANI G.E. (a cura di), *La Costituzione italiana. Commento articolo per articolo*, Il Mulino, Bologna, 2018;
- COLACURCI M., *Dai colletti ai camici bianchi? Alcune riflessioni sulla responsabilizzazione dell'ente in ambito sanitario*, in *La legislazione penale*, 2020;
- COLOMBO D., *Infortuni Covid, approvate le tutele per i datori in regola*, in *il Sole 24 Ore*, 22 maggio 2020;
- COLONNA F., *Stato di pericolo pubblico e sospensione dei diritti di libertà dei cittadini*, in *Dem. e Dir.*, 1967;
- CONTENTO G., *Principio di legalità e diritto penale giurisprudenziale*, in *Foro it.*, 1988;
- CORBETTA S., *I delitti contro l'incolumità pubblica, II, I delitti di comune pericolo mediante frode*, in G. MARINUCCI, E. DOLCINI (diretto da), *Trattato di diritto penale. Parte speciale*, vol. II, Cedam, Padova, 2014;
- CORN E., *Il principio di precauzione nel diritto penale. Studio sui limiti all'anticipazione della tutela penale*, Giappichelli, Torino, 2013;
- CRIMI S., *Scudo penale per chi vaccina: causa di non punibilità o inesigibilità di una condotta alternativa lecita?*, in *Quotidiano giuridico*, 2021;
- CRISAFULLI V., *Lezioni di diritto costituzionale*, Cedam, Padova, 1984;

- CUPELLI C., *Emergenza COVID-19: dalla punizione degli “irresponsabili” alla tutela degli operatori sanitari*, in *Sistema penale*, 2020;
- CUPELLI C., *Gestione dell’emergenza pandemica e rischio penale: una ragionevole soluzione di compromesso (d.l. 44/2021). Note a prima lettura sugli articoli 3 e 3-bis del d.l. 44/2021, convertito dalla l. 28 maggio 2021, n. 76 (in G.U. n. 128 del 31 maggio 2021)*, in *Sistema penale*, 2021;
- CUPELLI C., *L’art. 590-sexies c.p. nelle motivazioni delle Sezioni Unite: un’interpretazione “costituzionalmente conforme” dell’imperizia medica (ancora) punibile*, in *Dir. pen. cont.*, 2018;
- CUPELLI C., *La colpa medica e la gestione penale dell’emergenza pandemica. Nuovi spunti per una riforma dell’art. 590-sexies c.p.*, in *DisCrimen*, 2022;
- CUPELLI C., *La gestione dell’emergenza Covid-19 e il rischio penale per gli operatori sanitari*, in A. POLICE, C. CUPELLI (a cura di), *Le sanzioni: poteri, procedimenti e garanzie nel diritto pubblico*, Wolters Kluwer, Milano, 2020;
- CUPELLI C., *La legalità delegata. Crisi e attualità della riserva di legge nel diritto penale*, Edizioni Scientifiche Italiane Napoli, 2012;
- CUPELLI C., *La legge Gelli-Bianco e il primo vaglio della Cassazione: linee guida sì ma con giudizio*, in *Dir. pen. cont.*, 2017;
- CUPELLI C., *Obblighi datoriali di tutela contro il rischio di contagio da Covid-19: un reale ridimensionamento della colpa penale?*, in *Sistema Penale*, 2020;
- CUPELLI C., in E. ANTONUCCI, *La stolta frontiera del panpenalismo: immaginare responsabilità penali per scelte politiche*, in *Il Foglio*, 2020;
- D’ALESSANDRO F., *Il diritto penale dei limiti-soglia e la tutela dai pericoli nel settore alimentare: il caso della diossina*, in *Scritti per Federico Stella*, Jovene, Napoli, 2007;
- D’ALESSANDRO F., *La responsabilità penale del sanitario alla luce della riforma “Gelli-Bianco”*, in *Dir. pen. e proc.*, 2017;
- D’ALESSANDRO F., *Le vittime vulnerabili all’epoca del coronavirus: dalle vittime di violenza domestica agli operatori sanitari esposti al contagio*, in G. FORTI (a cura di), *Le regole e la vita: del buon uso di una crisi tra letteratura e diritto*, Vita e pensiero, Milano, 2020;

- D'ALOIA A., *Costituzione ed emergenza: l'esperienza del coronavirus*, in *Biolaw Journal*, 2020;
- D'AMICO M., *Corte costituzionale e discrezionalità del legislatore in materia penale*, in *Rivista AIC*, 2016;
- DE FALCO G., *La normativa in tema di salute e sicurezza nei luoghi di lavoro a confronto con l'emergenza epidemiologica da Covid-19*, in *Giustizia insieme*, 2020;
- DE FRANCESCO G., *Dimensioni giuridiche ed implicazioni sociali nel quadro della vicenda epidemica*, in *La legislazione penale*, 2020;
- DE MARTINO F., *Evasione, procurata evasione, colpa del custode*, in V. MAIELLO (a cura di), *Delitti contro l'amministrazione della giustizia, Trattato di Diritto penale. Parte speciale*, S. MOCCIA (diretto da), Edizioni scientifiche italiane, Napoli, 2015;
- DE MINICO G., *Costituzione emergenza e terrorismo*, Jovene, Napoli, 2016;
- DE VERGOTTINI G., *Guerra e Costituzione*, Il Mulino, Bologna, 2004;
- DE VERO G., *Il nesso causale e il diritto penale del rischio*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 2016;
- DE VERO G., *Il rapporto di causalità tra condotta ed evento*, in F. PALAZZO e C.E. PALIERO (diretto da), *Trattato teorico/pratico di diritto penale*, Giappichelli, Torino, 2010;
- DELLA VALENTINA J., *La responsabilità penale medica negli scenari post Covid-19: appunti sulla natura dogmatica delle aree di esclusione della punibilità*, in *Sistema penale*, 2021;
- DELOGU T., *Lo "strumento" nella teoria generale del reato*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 1974;
- DEPPING A., *Das Delikt der Epidemie verbreitung (Artt. 438, 452 c.p.) - Bemerkungen zur Auslegung eines wenig geklärten Straftatbestandes*, dattil., 2003;
- DI CESARE R., MERCURI M. (a cura di), *Emergenza da COVID-19 e attività parlamentare: i casi di Francia, Germania e Spagna*, in *Dossier servizio studi Senato*, 2020;

- DI COSTANZO C., ZAGREBELSKY V., *L'accesso alle cure intensive fra emergenza virale e legittimità delle decisioni allocative*, in *BioLaw Journal*, 2020;
- DI GIOVINE O., *A proposito delle Sezioni unite della Corte di Cassazione "Mariotti" sulla colpa medica e a margine del libro di Matteo Caputo su "colpa medica e sicurezza delle cure"*, in *Riv. it. med. leg.*, 2018;
- DI GIOVINE O., *Coronavirus, diritto penale e responsabilità datoriali*, in *Sistema penale*, 2020;
- DI GIOVINE O., *La causalità omissiva in campo medico-chirurgico al vaglio delle sezioni unite*, in *Foro it.*, 2002;
- DI GIOVINE O., *La causalità tra scienza e giurisprudenza*, in *Rivista italiana di medicina legale*, 2016;
- DI GIOVINE O., *Lo statuto epistemologico (?) della causalità penale fra cause necessarie e condizioni sufficienti*, in G. DE FRANCESCO, G. MORGANTE (a cura di), *Il diritto penale di fronte alle sfide della «società del rischio». Un difficile rapporto tra nuove esigenze di tutela e classici equilibri di sistema*, Giappichelli, Torino, 2017;
- DI LANDRO A., *Dalle linee guida e dai protocolli all'individualizzazione della colpa penale nel settore sanitario. Misura oggettiva e soggettiva della malpractice*, Giappichelli, Torino, 2012;
- DI LANDRO A., *La colpa penale nel settore sanitario e i suoi possibili limiti: prime riflessioni a margine dell'emergenza covid-19*, in M. CATERINI, S. MULEO (a cura di), *La giustizia al tempo del coronavirus*, Pacini Giuridica, Pisa, 2020;
- DOLCINI E., GATTA G.L., *Carcere, coronavirus, decreto "cura Italia": a mali estremi, timidi rimedi*, in *Sistema penale*, 2020; G.L. GATTA, *Carcere e coronavirus: che fare?*, in *Sistema penale*, 2020;
- DONINI M., *Il diritto penale di fronte al "nemico"*, in *Cass. pen.*, 2006;
- DONINI M., *Il garantismo della condicio sine qua non e il prezzo del suo abbandono. Contributo all'analisi dei rapporti tra causalità e imputazione*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 2011;
- DONINI M., *Il principio di offensività. Dalla penalistica italiana ai programmi europei*, in *Riv. trim. dir. pen. cont.*, 2013;

- DONINI M., *Il progetto 2015 della commissione Caselli. Sicurezza alimentare e salute pubblica nelle linee di politica criminale della riforma dei reati agroalimentari*, in *Dir. pen. cont.*, 2016;
- DONINI M., *Il volto attuale dell'illecito penale. La democrazia penale tra differenziazione e sussidiarietà*, Giuffrè, Milano, 2004;
- DONINI M., *Imputazione oggettiva dell'evento (diritto penale)*, in *Enc. dir.*, Giuffrè, 2010;
- DONINI M., *La causalità omissiva e l'imputazione per l'“aumento del rischio”*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 1999;
- DONINI M., *Modelli di illecito penale minore. Un contributo alla riforma dei reati di pericolo contro la salute pubblica*, in M. DONINI, D. CASTRONUOVO, (a cura di), *La riforma dei reati contro la salute pubblica. Sicurezza del lavoro, sicurezza alimentare, sicurezza dei prodotti*, Cedam, Padova, 2008;
- DONINI M., *Populismo e ragione pubblica. Il postilluminismo penale tra lex e ius*, Mucchi editore, Modena, 2019;
- DOVERE S., *Covid-19: sicurezza del lavoro e valutazione dei rischi*, in *Giustizia Insieme*, 2020;
- DOVERE S., *La sicurezza dei lavoratori in vista della fase 2 dell'emergenza da Covid-19*, in *Giustizia insieme*, 2020;
- ERONIA O., *Potenziamento umano e diritto penale*, Giuffrè, Milano, 2013;
- ERRA C., *Epidemia*, in *Enc. dir.*, vol. XV, Giuffrè, Milano, 1966;
- ESPOSITO C., *Decreto-legge*, in *Enc. dir.*, XI, Giuffrè, Milano, 1962;
- FACCI G., *La medicina delle catastrofi e la responsabilità civile*, in *Resp. civ. e prev.*, 2020;
- FALCINELLI D., *Dal diritto penale “emozionale” al diritto penale “etico”*, in S. ANASTASIA, M. ANSELMINI, D. FALCINELLI, *Populismo penale: una prospettiva italiana*, Padova, 2020;
- FILICE F., LOCATI G., *Lo stato democratico di diritto alla prova del contagio*, in *Questione giustizia*, 2020;

- FELICIONI S., *Un'interessante pronuncia della Cassazione su epidemia, avvelenamento e adulterazione di acque destinate all'alimentazione*, in *Dir. pen. cont.*, 2018;
- FERRAJOLI L., *Argomentazione interpretativa e argomentazione equitativa contro il creazionismo giurisprudenziale*, in G. BRONZINI, R. COSIO, *Interpretazione conforme, bilanciamento dei diritti e clausole generali*, Giuffrè, Milano, 2017;
- FERRAJOLI L., *Diritto e ragione. Teoria del garantismo penale*, Laterza, Bari, 2011;
- FERRAJOLI L., *Per una teoria dei diritti fondamentali*, in *Dir. pubbl.*, 2010;
- FERRERO G., *Rilevanza penale dell'illecito impiego di sostanze ad azione ormonica e tirostatica. Successione e concorso di norme*, 1994;
- FIANDACA G., *Crisi della riserva di legge e disagio della democrazia rappresentativa nell'età del protagonismo giurisdizionale*, in *Criminalia*, 2011;
- FIANDACA G., *Diritto penale giurisprudenziale e ruolo della Cassazione*, in E. DOLCINI, C.E. PALIERO (a cura di), *Studi in onore di Giorgio Marinucci*, Giuffrè, Milano, 2006;
- FIANDACA G., *Diritto penale giurisprudenziale e spunti di diritto comparato*, in G. FIANDACA (a cura di), *Sistema penale in transizione e ruolo del diritto giurisprudenziale*, Cedam, Padova, 1997;
- FIANDACA G., *Ermeneutica e applicazione giudiziale del diritto penale*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 2001;
- FIANDACA G., *Il diritto penale tra legge e giudice*, Cedam, Padova, 2002;
- FIANDACA G., *Il reato commissivo mediante omissione*, Giuffrè, Milano, 1979;
- FIANDACA G., *La tipizzazione del pericolo*, in *Dei delitti e delle pene*, 1984;
- FIANDACA G., *Populismo politico e populismo giudiziario*, in *Criminalia*, 2013;
- FIANDACA G., *Spunti problematici di riflessione sull'attuale ruolo della scienza penalistica*, in G. INSOLERA (a cura di), *Riserva di legge e democrazia penale: il ruolo della scienza penale*, Monduzzi, Bologna, 2005;
- FIANDACA G., MUSCO E., *Diritto Penale. Parte generale*, Zanichelli, Bologna, 2019;
- FIANDACA G., MUSCO E., *Diritto penale. Parte speciale*, vol. I, V ed., Zanichelli, Bologna, 2019;

- FIMIANI L., *Nuovo “scudo penale” (decreto-legge 1° aprile 2021, n. 44): è una norma tautologica?*, in *Giurisprudenza penale*, 2021;
- FIGLIANO C., *Ordine pubblico* (dir. pen.), in *Enc. dir.*, vol. XXX, Giuffrè, Milano, 1981;
- FIGLIANO S., «*Va’, va’ povero untorello, non sarai tu quello che spianti Milano*». *La rilevanza penale della violazione della quarantena obbligatoria*, in *Sistema penale*, 2020;
- FIGLIANO C., FIGLIANO S., *Diritto penale. Parte generale*, VI ed., Utet, Milano, 2020;
- FORTI G., *Coronavirus, la tentazione del capro espiatorio e le lezioni della storia*, in *Diritto penale e uomo*, 2020;
- FORTI G., *Introduzione. Un’attesa di luce, dalla carità*, in G. FORTI (a cura di), *Le regole e la vita. Del buon uso di una crisi, tra letteratura e diritto*, Vita e Pensiero, Milano, 2020;
- FORTI G., *La cura delle norme. Oltre la corruzione delle regole e dei saperi*, Milano, 2018;
- FORTI G. (a cura di), *Le regole e la vita. Del buon uso di una crisi, tra letteratura e diritto*, Vita e Pensiero, Milano, 2020;
- FORTI G., *Una prospettiva “diabolicamente” umana sul rapporto tra norma e sanzione nell’ordinamento penale*, in C.E. PALIERO, F. VIGANÒ, F. BASILE, G.L. GATTA (a cura di), *La pena ancora: tra attualità e tradizione. Studi in onore di Emilio Dolcini*, Giuffrè, Milano, 2018;
- FORTI G., CATINO M., D’ALESSANDRO F., MAZZUCATO C., VARRASO G. (a cura di), *Il problema della medicina difensiva. Una proposta di riforma in materia di responsabilità penale nell’ambito dell’attività sanitaria e gestione del contenzioso legato al rischio clinico*, Edizioni ETS, Pisa, 2010;
- FORTI G., CENTONZE F., *Trasparenza, sovraffollamento, misure sanitarie urgenti: le priorità per combattere il Covid 19 nelle carceri*, in *La Stampa*, 2020;
- FORZATI F., *Irrilevanza penale del disastro ambientale, regime derogatorio dei diritti e legislazione emergenziale: i casi Eternit, ILVA ed emergenza rifiuti in Campania. Lo stato d’eccezione oltre lo stato di diritto*, in *Dir. pen. cont.*, 2015;

- FRESA C., *Provvisorietà con forza di legge e gestione degli stati di crisi*, Cedam, Padova, 1981;
- FURIA F., *Lo “scudo penale” alla prova della responsabilità da inoculazione del vaccino anti SARS-CoV-2*, in *Arch. pen.*, 2021;
- GALGANO F., *La globalizzazione nello specchio del diritto*, Il Mulino, Bologna, 2005;
- GALLO M., *Colpa penale (diritto vigente)*, in *Enc. dir.*, vol. VII, Giuffrè, Milano, 1960;
- GAMBARDELLA M., *Tempus commissi delicti e principio di irretroattività sfavorevole: il caso dell’omicidio stradale*, in *Dir. pen. e proc.*, 2019;
- GAMBERINI A., *La crisi della tipicità. appunti per una riflessione sulla trasformazione della giustizia penale*, in *Dir. pen. cont.*, 2016;
- GARGANI A., *Esposizione ad amianto e disastro ambientale tra diritto vivente e prospettive di riforma*, in *La legislazione penale*, 2016;
- GARGANI A., *Incolunità pubblica (delitti contro la)*, VIII, in *Enc. dir.*, Giuffrè, Milano, 2015;
- GARGANI A., *La gestione dell’emergenza Covid-19: il “rischio penale” in ambito sanitario*, in *Dir. pen. e proc.*, 2020;
- GARGANI A., *Reati contro l’incolumità pubblica*, II, *Reati di comune pericolo mediante frode*, in C.F. GROSSO, T. PADOVANI, A. PAGLIARO (diretto da), *Trattato di diritto penale, Parte speciale*, vol. IX, Giuffrè, Milano, 2013;
- GATTA G.L., *Coronavirus, limitazione di diritti e libertà fondamentali, e diritto penale: un deficit di legalità da rimediare*, in *Sistema Penale*, 2020;
- GATTA G.L., *Emergenza COVID-19 e “fase 2”: misure limitative e sanzioni nel d.l. 16.5.2020, n. 33 (nuova disciplina della quarantena)*, in *Sistema Penale*, 2020;
- GATTA G.L., *I diritti fondamentali alla prova del coronavirus. Perché è necessaria una legge sulla quarantena*, in *Sistema Penale*, 2020;
- GATTA G.L., *Un rinnovato assetto del diritto dell’emergenza COVID-19, più aderente ai principi costituzionali, e un nuovo approccio al problema sanzionatorio: luci e ombre nel D.L. 25 marzo 2020, n. 19*, in *Sistema penale*, 2020;

- GESTRI L., *Il rapporto fra la normativa emergenziale e dei protocolli Covid-19 ed il sistema prevenzionistico e di sicurezza sui luoghi di lavoro: nuovi obblighi ed ipotesi di responsabilità penale per il datore di lavoro?*, in *Sistema penale*, 2020;
- GIANFRANCESCO E., *Il potere sostitutivo*, in T. GROPPI, M. OLIVETTI (a cura di), *La Repubblica delle autonomie. Regioni ed enti locali nel nuovo titolo V*, Giappichelli, Torino, 2001;
- GILIBERTO J., *Imprese in rivolta sulla responsabilità per il contagio. Patuanelli: «Governo e Parlamento dovranno occuparsene»*, in *il Sole 24 Ore*, 15 maggio 2020;
- GIOSTRA G., *Disinnescare in modo sano la bomba-virus nelle carceri*, in *Avvenire*, 2020;
- GIUNTA F., *Il diritto penale e le suggestioni del principio di precauzione*, in *Criminalia*, 2006;
- GIUNTA F., *La normatività della colpa penale. Lineamenti di una teoria*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 1999;
- GIUNTA F., *Strano ma vero. Capire tu non puoi, tu chiamale, se vuoi, evasioni*, in *DisCrimen*, 2020;
- GIUSTI G. (diretto da), *Trattato di Medicina Legale e scienze affini*, vol. I, *Tutela della persona*, II ed., Cedam, Padova;
- GORSE G.J., DONOVAN M.M., PATEL G.B., BALASUBRAMANIAN S., LUSK R.H., *Coronavirus and Other Respiratory Illnesses Comparing Older with Young Adults*, in *American Journal of Medicine*, 2015;
- GRASSO G., *Il reato omissivo improprio. La struttura obiettiva della fattispecie*, Giuffrè, Milano, 1983;
- GRECO C., *Lo “scudo penale” dell’Ilva tra qualificazione giuridica e diritti fondamentali*, in *La legislazione penale*, 2020;
- GRIMALDI M., *Covid-19: la tutela penale dal contagio*, in *Giurisprudenza penale*, 2020;
- GROSSO C.F., *Il fascino discreto della conservazione (considerazioni in margine all’asserita crisi del principio di riserva di legge in materia penale)*, in *Criminalia*, 2011;

- GUADAGNO G., *Epidemia*, in *Disc. disc. pen.*, vol. IV, Torino, 1990;
- GUIZZI S.G., *Stato costituzionale di diritto ed emergenza Covid-19: note minime*, in *Il diritto vivente*, 2020;
- HAHN H., *Logik, Mathematik und Naturerkennen*, in *Einheitswissenschaft*, II, 1993;
- INSOLERA G., *Declino e caduta del diritto penale liberale*, Edizioni ETS, Pisa, 2019;
- INSOLERA G. (a cura di), *La legislazione penale compulsiva*, Cedam, Padova, 2006;
- INSOLERA G., *Ordine pubblico e ordine democratico: le stagioni dell'emergenza*, in *Critica del diritto*, 2003;
- INSOLERA G., GUERINI T., *Diritto penale e criminalità organizzata*, Giappichelli, Torino, 2022;
- JAKOBS G., *Das Selbstverständnis der Strafrechtswissenschaft vor den Herausforderungen der Gegenwart (Kommentar)*, in A. ESER, W. HASSEMER, B. BURKHARDT (a cura di), *Die Deutsche Strafrechtswissenschaft vor der Jahrtausendwende. Rückbesinnung und Ausblick*, Monaco, 2000;
- JAKOBS G., *Kriminalisierung im Vorfeld einer Rechtsgutverletzung (Referat auf der Strafrechtslehrertagung in Frankfurt a.M. im Mai 1985)*, in *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, 1985;
- JELLINEK G., *La dottrina generale dello stato*, Milano, 1921;
- KELSEN H., *La dottrina pura del diritto*, 1960, trad. it. di M.G. LOSANO, Einaudi, Torino, 1966;
- KELSEN H., *Teoria generale del diritto e dello Stato*, Etas, Milano, 1994;
- LA ROCCA V., *Relazione del deputato La Rocca Vincenzo sul potere esecutivo*, in *Relazioni e proposte presentate nella Commissione per la Costituzione, II Sottocommissione*, 1947;

- LACCHÈ L., «*Alzate l'architrave, carpentieri*». *I livelli della legalità penale e le "crisi" tra otto e novecento*, in C. STORTI (a cura di), *Le legalità e le crisi della legalità*, Giappichelli, Torino, 2016;
- LAI A., *Incolunità pubblica (delitti contro la)*, in *Enc. giur. Trecc.*, XVI, 1989;
- LANFRANCHI L., *La roccia non incrinata*, Giappichelli, Torino, 2011;
- LATTANZI G., *Intervista al Forum La pandemia aggredisce anche il diritto?*, in *Giustizia insieme*, 2020;
- LATTANZI G., *La pandemia aggredisce anche il diritto?*, in *Giustizia insieme.it*, 2020;
- LAZZARO G., *Sussunzione*, in *Noviss. Dig.*, XVIII, Torino, 1971;
- LAZZERI F., *Prova della causalità individuale e configurabilità del delitto di epidemia in un caso di contagi plurimi da HIV tramite rapporti sessuali non protetti*, in *Sistema penale*, 2019;
- LECUMBERRI BEASCOA G., *Il diritto di eccezione, una prospettiva di diritto comparato. Spagna: stato di allarme*, in *EPRS - Servizio di Ricerca del Parlamento europeo*, 2020;
- LOMBARDO M.C., *Falso in autodichiarazione covid e risposta penale*, in *Quest. giust.*, 2020;
- LOSAPPIO G., *Covid-19 e infortuni sul lavoro in ambito ospedaliero*, in *Giurisprudenza penale*, 2020;
- LOSAPPIO G., *Responsabilità penale del medico, epidemia da "Covid19" e "scelte tragiche" (nel prisma degli emendamenti alla legge di conversione del d.l. c.d. "Cura Italia")*, in *Giurisprudenza penale*, 2020;
- LUCIANI M., *Il sistema delle fonti del diritto alla prova dell'emergenza*, in *Rivista AIC*, 2020;
- MACMAHON B., PUGH T.F., *Epidemiology: Principles and Methods*, Boston: Little, Brown, 1970;
- MANES V., *Diritto penale no-limits. Garanzia e diritti fondamentali come presidio della giurisdizione*, in *Quest. giust.*, 2019;
- MANFREDI F., *Può un uomo cagionare un'epidemia da virus HIV? La prospettiva manzoniana (e Manzinaina) di una recente decisione*, in *Dir. pen. cont.*, 2017;

- MANNA A., *I rapporti tra sapere scientifico e sapere giudiziario*, in *Cass. pen.*, 2009;
- MANNA A., *Medicina difensiva e diritto penale. Tra legalità e tutela della salute*, Pisa University Press, Pisa, 2014;
- MANTOVANI F., *Colpa*, in *Dig. disc. pen.*, vol. II, Utet, Torino, 1988;
- MANTOVANI F., *Diritto Penale*, Cedam, Padova, 2001;
- MANTOVANI F., *Diritto penale. Parte speciale, I, Delitti contro la persona*, VI ed., Cedam, Padova, 2016;
- MANZINI V., *Trattato di diritto penale italiano*, P. NUVOLONE, G.D. PISAPIA (a cura di), vol. VI, V ed., Utet, Torino, 1983;
- MARAZZITA G., *L'emergenza costituzionale. Definizione e modelli*, Giuffrè, Milano, 2003;
- MARCHESE V., *L'ente alla prova dell'emergenza. Prime considerazioni su prevenzione del rischio e garanzie dell'ente ex d.lgs. 231/2001 nel governo della crisi*, in *Sistema penale*, 2020;
- MARINI F.S., *Le deroghe costituzionali da parte dei decreti-legge*, in *federalismi.it*, 2020;
- MARINUCCI G., *La colpa*, Giuffrè, Milano, 2013;
- MARINUCCI G., *La colpa per inosservanza di leggi*, Giuffrè, Milano, 1965;
- MARINUCCI G., DOLCINI E., *Corso di diritto penale. Le norme penali: fonti e limiti di applicabilità. Il reato: nozione, struttura e sistematica*, Giuffrè, Milano, 2001;
- MARINUCCI G., DOLCINI E., GATTA G.L., *Manuale di Diritto penale. Parte generale*, VIII ed., Giuffrè, Milano, 2021;
- MARZANO M.G., *Brevi note sulla prova della causalità nel contagio da Covid-19*, in *Cass. pen.*, 2020;
- MASERA L., *Accertamento alternativo ed evidenza epidemiologica nel diritto penale*, Giuffrè, Milano, 2007;
- MASERA L., *Evidenza epidemiologica di un aumento di mortalità e responsabilità penale. Alla ricerca della qualificazione penalistica di una nuova categoria epistemologica*, in *Dir. pen. cont.*, 2014;

- MASERA L., *I profili causali del contagio sui luoghi di lavoro*, relazione al webinar “Covid-19 e sicurezza sul lavoro: tra prevenzione e responsabilità penale”, in *sistemapenale.it.*, 2020;
- MASERA L., *La nozione costituzionale di materia penale*, Giappichelli, Torino, 2018;
- MASERA L., *La sentenza della Cassazione sul caso Eternit: analisi critica e spunti di riflessione*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 2015;
- MASSA PINTO I., *La tremendissima lezione del Covid-19 (anche) ai giuristi*, in *Quest. giust.*, 2020;
- MATTEVI E., *Giustizia riparativa e pandemia. Spunti di riflessione con particolare riferimento al contenzioso in ambito sanitario*, in *La legislazione penale*, 2021;
- MAZZACUVA F., *Le pene nascoste*, Giappichelli, Torino, 2017;
- MAZZANTI E., *Sui torbidi confini del corrompimento colposo di acque*, in *Cass. pen.*, 2019;
- MINNELLA C., *Tempus condotta garantisce il “calcolo” delle conseguenze*, in *Guida al diritto*, 2019;
- MINNITI G., *Contagio da Covid-19 in ambiente lavorativo: responsabilità penale del datore di lavoro e dell’ente ex d.lgs. 231/2001*, in *Il Penalista*, 2020;
- MOCCIA S., *La perenne emergenza. Tendenze autoritarie nel sistema penale*, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 1997;
- MOCCIA S., *Ordine pubblico (disposizioni a tutela dell)*, in *Enc. giur. Treccani*, vol. XXII, Roma, 1990;
- MODUGNO F., *Il problema dei limiti alla revisione costituzionale (In occasione di un commento al messaggio alla Camera del Presidente della Repubblica del 26 giugno 1991)*, in *Giur. cost.*, 1992;
- MODUGNO F., *Norma (teoria generale)*, in *Enc. dir.*, vol. XXVIII, Giuffrè, Milano, 1978;
- MONGILLO V., *Salute e sicurezza nei luoghi di lavoro in tempi di pandemia. Profili di responsabilità individuale e dell’ente per contagio da coronavirus*, in *Sistema penale*, 2020;
- MORTATI C., *Costituzione della Repubblica italiana*, in *Enc. dir.*, vol. XI, Giuffrè, Milano, 1962;

- MORTATI C., *La Costituente*, in *Raccolta di scritti*, I, Giuffrè, Milano, 1972;
- MUCCIARELLI F., *Finanziamenti garantiti ex d.l. 23/2020: profili penalistici*, in *Sistema penale*, 2020;
- NAPOLETANO E., *La sanzione penale al tempo dell'emergenza tra principio dell'affidamento e principio dell'auto-responsabilità*, in *Giurisprudenza penale*, 2020;
- NAPPI A., *I delitti contro l'incolumità pubblica*, in F. BRICOLA, V. ZAGREBELSKY (diretta da), *Giurisprudenza sistematica di diritto penale*, II. ed., Utet, Torino, 1996;
- NATALE A., *Il decreto legge n. 19 del 2020: le previsioni sanzionatorie*, in *Quest. Giust.*, 2020;
- NATALINI A., *In fuga dal virus: cosa rischia chi viola la "zona rossa"*, in *Guida al Diritto-Il Sole 24 ore*, 2020;
- NATALINI A., *Le "norme-scudo" a favore degli operatori sanitari. Commento a prima lettura degli artt. 3 e 3-bis d.l. n. 44/2021, conv., con modif., in l. n. 76/2021*, in *Corti Supreme e Salute*, 2021;
- NEGRI G., *Il rispetto dei protocolli esclude responsabilità dell'imprenditore*, in *il Sole 24 Ore*, 7 maggio 2020;
- NIETZSCHE F., *Also sprach Zarathustra. Ein Buch für Alle und Keinen*, I ed., 1983, trad. it. F. NIETZSCHE, *Così parlò Zarathustra. Un libro per tutti e per nessuno*, Adelphi, Milano, 1986;
- NOCERA A., *Tempus commissi delicti e reati ad evento differito*, in *Cass. pen.*, 2019;
- OLIVETTI M., *Così le norme contro il virus possono rievocare il «dictator»*, in *Avvenire*, 2020;
- ORESTANO R., *Realtà, Parole, valori nella scienza del diritto*, in *Riv. Dir. Civ.*, 1985;
- PACE A., *Instaurazione di una nuova Costituzione. Profili di teoria costituzionale*, in *Quad. cost.*, 1997;

- PACE A., *Ragionevolezza abnorme o stato di emergenza?*, in *Giur. cost.*, 1982;
- PACILEO V., *Il diritto degli alimenti. Profili civili, penali e amministrativi*, Cedam, Padova, 2003;
- PADOVANI T., *Corso di lezioni su Diritto penale del nemico*, Pisa, 2014;
- PADOVANI T., *Diritto penale*, XII ed., Giuffrè, 2019;
- PADOVANI T., *L'organizzazione della parte speciale*, in T. PADOVANI, L. STORTONI, *Diritto penale e fattispecie criminose. Introduzione alla parte speciale del diritto penale*, Il Mulino, Bologna, 2006;
- PAGLIARO A., *Principi di diritto penale. Parte speciale, II, Delitti contro l'amministrazione della giustizia*, Giuffrè, Milano, 2000;
- PALAZZANI L., *La pandemia e il dilemma per l'etica quando le risorse sono limitate: chi curare?*, in *BioLaw Journal*, 2020;
- PALAZZO F., *Corso di diritto penale. Parte generale*, VII ed., Giappichelli, Torino, 2018;
- PALAZZO F., *Nemico-nemici-nemico: una sequenza inquietante per il futuro del diritto penale*, in *Riv. it. dir e proc. pen.*, 2020;
- PALAZZO F., *Pandemia e responsabilità colposa*, in *Sistema penale*, 2020;
- PALAZZO F., GROSSO C.F., *Documento n. 6, allegato alla Relazione della "Commissione Grosso" (1999)*, in C.F. GROSSO (a cura di), *Per un nuovo codice penale*, vol. II, Cedam, Padova, 2000;
- PALIERO C.E., *Consenso sociale e diritto penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1992;
- PARDO I., *Gli illeciti amministrativi, il nuovo reato di infrazione dell'obbligo di quarantena e il delitto di epidemia colposa. Effetti del DL 19/20 su procedimenti e misure in corso*, in *Giustizia insieme*, 2020;
- PASCUCCI P., *Ancora su coronavirus e sicurezza sul lavoro: novità e conferme nello ius superveniens del d.P.C.M. 22.3.2020 e soprattutto del d.l. 19/2020*, in *Diritto della Sicurezza sul lavoro*, 2020;
- PATALANO V., *Significato e limiti della dommatica dei reati di pericolo*, Jovene, Napoli, 1975;
- PELISSERO M., *Covid-19 e diritto penale pandemico. Delitti contro la fede pubblica, epidemia e delitti contro la persona alla prova dell'emergenza sanitaria*, in *Riv. it. dir e proc. pen.*, 2020;

- PENCO E., *Esenzione da responsabilità autorizzata nella vicenda Ilva: considerazioni a margine del c.d. “scudo penale”*, in *La legislazione penale*, 2020;
- PENCO E., *Esigenze e modelli di contenimento della responsabilità nel contesto del diritto penale pandemico*, in *Sistema penale*, 2021;
- PENCO E., *Falsitas non punitur. Dichiarazioni mendaci in autocertificazione covid-19 e responsabilità penale*, in *La legislazione penale*, 2020;
- PENCO E., *“Norma-scudo” o “normaplacebo”? Brevi osservazioni in tema di (ir)responsabilità penale da somministrazione del vaccino anti sars-cov-2*, in *Sistema penale*, 2021;
- PENCO E., *Novità interpretative in tema di colpa “con violazione delle norme sulla disciplina della circolazione stradale”*, in *Dir. pen. e proc.*, 2019;
- PERLINGIERI P., *Profili istituzionali del diritto civile*, Edizioni Scientifiche, Napoli, 1979;
- PERROTTA E., *Verso una nuova dimensione del delitto di epidemia (art. 438 c.p.) alla luce della globalizzazione delle malattie infettive: la responsabilità individuale da contagio nel sistema di common but differentiated responsibility*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 2020;
- PETRINI D., *Reati di pericolo e tutela della salute dei consumatori*, Giuffrè, Milano, 1990;
- PETRINI D., *Tutela penale dell'incolumità pubblica*, in D. PULITANÒ (a cura di), *Diritto penale. Parte speciale, I, Tutela della persona*, Giappichelli, Torino, 2011;
- PICCININO R., *I delitti contro la salute pubblica*, Franco Angeli, Milano, 1968;
- PIERGALLINI C., *Colpa (diritto penale)*, in *Enc. dir.*, 2017;
- PIGNATONE G., *Il giudice penale nella zona rossa*, in *La Repubblica*, 2020;
- PINELLI C., *Il precario assetto delle fonti impiegate nell'emergenza sanitaria e gli squilibrati rapporti fra Stato e Regioni*, in *Astrid*, 2020;
- PINNA P., *Guerra (stato di)*, in *Digesto disc. Pubbl.*, vol. VIII, Giappichelli, Torino, 1993;
- PINNA P., *L'emergenza nell'ordinamento costituzionale italiano*, Milano, 1988;

- PINO G., *La gerarchia delle fonti del diritto. Costruzione, decostruzione, ricostruzione*, in *Ars Interpretandi*, 2011;
- PIRAS P., *Imperitia sine culpa non datur. A proposito del nuovo art. 590 sexies c.p.*, in *Dir. pen. cont.*, 2017;
- PIRAS P., *In culpa sine culpa. A proposito dell'art. 3 co. 1 l. 8 novembre 2012 n. 189 (linee guida, buone pratiche e colpa nell'attività medica)*, in *Dir. pen. cont.*, 2012;
- PIRAS P., *La non punibilità per gli eventi dannosi da vaccino anti Covid-19, in Sistema penale*, 2021;
- PIRAS P., *Lo scudo penale Covid-19: prevista la punibilità solo per colpa grave per i fatti commessi dai professionisti sanitari durante l'emergenza epidemica*, in *Sistema penale*, 2021;
- PIRAS P., *Sulla configurabilità dell'epidemia colposa omissiva*, in *Sistema penale*, 2020;
- PIRAS P., *Un distillato di nomofilachia: l'imperizia lieve intrinseca quale causa di non punibilità del medico*, in *Dir. pen. cont.*, 2018;
- PIVA D., *Il diritto penale ai tempi del coronavirus: troppo su inosservanza e poco su carcere*, in *Arch. pen.*, 2020;
- POLIMENI V., *Il diritto alla salute dei detenuti ai tempi del Covid-19: strumenti di tutela e possibili profili di violazione dell'art. 3 CEDU*, in *Rivista italiana di medicina legale (e del diritto in campo sanitario)*, 2020;
- POPPER K.R., *Il pensiero essenziale*, Armando editore, Roma, 1998;
- PRATT J., *Penal populism*, New York, 2007;
- PREGLIASCO F. (a cura di), *Epidemie*, numero monografico di *Le scienze-Quaderni*, 2000;
- PROVERA A., *Peste e gride. La vaghezza dei precetti utilizzati per la regolamentazione dell'emergenza*, in G. FORTI (a cura di), *Le regole e la vita. Del buon uso di una crisi, tra letteratura e diritto*, Vita e Pensiero, Milano, 2020;
- PUGLIATTI S., *Abrogazione*, in *Enc. dir.*, vol. I, Giuffrè, Milano, 1958;
- PUGLIATTI S., *Grammatica e diritto*, Giuffrè, Milano, 1978;

- PULITANÒ D., *Crisi della legalità e confronto con la giurisprudenza*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 2015;
- PULITANÒ D., *Lezioni dell'emergenza e riflessioni sul dopo. Su diritto e giustizia penale*, in *Sistema penale*, 2020;
- PULITANÒ D. (a cura di), *Diritto penale: parte speciale*, vol. I., *Tutela penale della persona*, Giappichelli, Torino, 2014;
- RAFFAELE S., *Il delitto di epidemia tramite contagio: un'analisi critica della giurisprudenza*, in *DisCrimen*, 2020;
- RAFFIOTTA C.E., *Le ordinanze emergenziali nel diritto comparato*, in *Rivista AIC*, 2017;
- RAVI PINTO R., *Brevi considerazioni su Stato di emergenza e Stato costituzionale*, in *BioLaw Journal*, 2020;
- RESCIGNO G.U., *Deroga (in materia legislativa)*, in *Enc. dir.*, vol. XII, Giuffrè, Milano, 1964;
- RICCIO G., *Politica penale dell'emergenza e Costituzione*, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 1982;
- RIONDATO S., *Commento agli artt. da 422 a 452 c.p.*, in A. CRESPI, G. ZUCCALÀ (a cura), *Commentario breve al codice penale*, IV ed., Cedam, Padova, 2008;
- RISICATO L., *Colpa dello psichiatra e legge Gelli-Bianco: la prima stroncatura della Cassazione*, in *Giurisprudenza italiana*, 2017;
- RISICATO L., *Diritto alla sicurezza e sicurezza dei diritti: un ossimoro invincibile?*, Giappichelli, Torino, 2019;
- RISICATO L., *La metamorfosi della colpa medica nell'era della pandemia*, in *DisCrimen*, 2020;
- RISICATO L., *Linee guida e imperizia "lieve" del medico dopo la l. 189/2012: i primi orientamenti della Cassazione*, in *Dir. pen. proc.*, 2013;
- RIZZO C., *La crisi pandemica e i nuovi scenari della "colpa medica"*, in *Arch. pen.*, 2021;
- RODOTÀ S., *Repertorio di fine secolo*, Laterza, Roma-Bari, 1992;
- RODRIGUEZ D., INTRONA F., *«Pericolo per la salute pubblica»: sulla necessità di una maggiore latitudine applicativa dell'art. 444 c.p.*, in *Giust. pen.*, 1976;

- ROIATI A., *Esercizio della professione sanitaria e gestione dell'emergenza Covid-19: note minime per un ampliamento delle fattispecie di esclusione della responsabilità penale*, in *La legislazione penale*, 2020;
- ROIATI A., *Il ruolo del sapere scientifico e l'individuazione della colpa lieve nel cono d'ombra della prescrizione*, in *Dir. pen. cont.*, 2013;
- ROIATI A., *Medicina difensiva e colpa professionale medica in diritto penale. Tra teoria e prassi giurisprudenziale*, Giuffrè, Milano, 2012;
- ROMANO M., *Commentario sistematico del codice penale*, I, III ed. Giuffrè, Milano, 2004;
- ROMANO S., *L'instaurazione di fatto di un ordinamento e la sua legittimazione*, in *Scritti minori*, Milano, 1950;
- ROMANO S., *L'instaurazione di fatto di un ordinamento costituzionale e la sua legittimazione*, in *Lo Stato moderno e la sua crisi*, Giuffrè, Milano, 1969;
- ROMANO S., *Saggio di una teoria sulle leggi di approvazione*, in *Filangeri*, 1898, ora G. ZANOBINI (a cura di), *Scritti minori*, I, Giuffrè, Milano, 1950;
- RONCO M., *Legalità penale e legalità processuale*, in *Arch. pen.*, 2017;
- ROSSI N., *Sanitari: è possibile uno "scudo penale" più efficace dell'attuale?*, in *Quest. giust.*, 2021;
- ROTHMAN K.J., *Epidemiology. An Introduction*, II ed., Oxford, Massachusetts, 2012, p. 1 (ed. Italiana, G. TORRE, S. BOCCIA, A. MANNOCCI (a cura di), *Epidemiologia*, Idelson-Gnocchi, Napoli, 2007);
- RUGA RIVA C., *Il d.l. 25 marzo 2020, n.19, recante «Misure urgenti per fronteggiare l'emergenza epidemiologica da covid-19»: verso una "normalizzazione" del diritto penale dell'emergenza?*, in *la legislazione penale*, 2020;
- RUGA RIVA C., *La violazione delle ordinanze regionali e sindacali in materia di coronavirus: profili penali*, in *Sistema penale*, 2020;
- RUGA RIVA C., *Principio di precauzione e diritto penale. Genesi e contenuto della colpa in contesti di incertezza scientifica*, in E. DOLCINI, C.E. PALIERO (a cura di), *Studi in onore di Giorgio Marinucci*, Giuffrè, Milano, 2006;
- RUGGERI A., *Il coronavirus, la sofferta tenuta dell'assetto istituzionale e la crisi palese, ormai endemica, del sistema delle fonti*, in *Consulta OnLine*, 2020;

- SABELLA P.M., *La tutela penale della sicurezza e della salute sui luoghi di lavoro in tempi di pandemia da Covid-19: profili critici ed incertezze in tema di responsabilità dell'individuo e dell'ente*, in *Luiss law review*, 2020;
- SALAS D., *La volonté de punir. Essai sur le populisme pénal*, Paris, 2005;
- SALERNO G., *Coronavirus, decreto del governo/caos e scontro tra poteri: 4 domande a Conte*, in *ilsussidiario.net*, 2020;
- SAMMARCO C., *Incolunità pubblica (reati contro la)*, *Enc. dir.*, vol. XXI, Giuffrè, Milano, 1971;
- SANDULLI A.M., *In difesa della pubblica incolumità (due speciali ipotesi delittuose)*, in *La Giustizia penale*, 1941;
- SANTORO A., *Manuale di diritto penale, Parte speciale. Delitti contro la società*, Unione tipografico, Torino, 1965;
- SBRICCOLI M., *Dissenso politico e diritto penale in Italia tra otto e novecento*, in *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, 1973;
- SCARAMELLINI L., *Palliativi e cure effettive: interventi proposti e proposte di intervento in tema di responsabilità penale degli esercenti le professioni sanitarie*, in *Giurisprudenza penale*, 2020;
- SCHMITT C., *Dottrina della costituzione*, Giuffrè, Milano, 1984;
- SCHMITT C., *La dittatura. Dalle origini dell'idea moderna di sovranità alla lotta di classe proletaria*, Laterza, Roma-Bari, 1975;
- SCHMITT C., *Teologia politica. Quattro capitoli sulla dottrina della sovranità*, in G. MIGLIO, P. SCHIERA (a cura di), *Le categorie del politico*, Il Mulino, Bologna, 1972;
- SCHNUR R., *Rivoluzione e guerra civile*, Giuffrè, Milano, 1986;
- SCOLETTA M., *Il position paper di Confindustria sulla responsabilità ex crimine degli enti ai tempi del Covid-19: ragionevoli conferme e scivolose rassicurazioni?*, in *Sistema penale*, 2020;
- SGUBBI F., *Responsabilità penale per omesso impedimento dell'evento*, Cedam, Padova, 1975;
- SILVESTRI G., *Covid-19 e Costituzione*, in *unicost.eu*, 2020;

- SORRENTINO F., *Riflessioni minime sull'emergenza coronavirus*, in *Costituzionalismo.it*, 2020;
- SPUNTARELLI S., *L'amministrazione per legge*, Giuffrè, Milano, 2007;
- STAIANO S., *Brevi note su un ossimoro: l'emergenza stabilizzata*, in S. STAIANO (a cura di), *Giurisprudenza costituzionale e principi fondamentali. Alla ricerca del nucleo duro delle Costituzioni, Atti del Convegno annuale del Gruppo di Pisa*, Giappichelli, Torino, 2006;
- STELLA F., *Causalità omissiva, probabilità, giudizi controfattuali. L'attività medico-chirurgica*, in E. DOLCINI, C.E. PALIERO (a cura di), *Studi in onore di Giorgio Marinucci*, Giuffrè, Milano, 2006;
- STELLA F., *Giustizia e modernità. La protezione dell'innocente e la tutela delle vittime*, Giuffrè, Milano, 2001;
- STELLA F., *La descrizione dell'evento. I. L'offesa. Il nesso causale*, Giuffrè, Milano, 1970;
- STELLA F., *Leggi scientifiche e spiegazione causale nel diritto penale*, II ed., Giuffrè, Milano, 2000;
- STOLFI N., *Brevi note sul reato di epidemia*, in *Cass. pen.*, 2003;
- STORTONI L., *Il diritto penale giurisprudenziale*, in *Dei delitti e delle pene*, 1989;
- TACCOGNA G., *L'ordinamento giuridico tedesco di fronte al virus Sars-CoV-2*, in *I diritti costituzionali di fronte all'emergenza Covid-19 (federalismi.it)*, 2020;
- TARANTINO A., *Necessità e decreto legge nell'assemblea costituente: Scritti in onore di Giuseppe Codacci-Pisanelli*, Giuffrè, Milano, 1986;
- TARELLO G., *La nozione di diritto: un approccio prudente*, in AA.VV., *La teoria generale del diritto. Problemi e tendenze attuali*, Edizioni di Comunità, Milano, 1983;
- THUROW L.C., *La società somma zero*, Il Mulino, Bologna, 1981;
- TOMATIS V.L., *Percorsi e difficoltà della ricerca eziologica e della ricerca in chemioterapia*, in *Epidemiologia e Prevenzione*, 2007;
- TORDINI CAGLI S., *Epidemia colposa*, in M. DONINI (diretto da), *Enciclopedia del Diritto, Reato colposo*, Giuffrè, Milano, 2021;

- TORDINI CAGLI S., *Smart working, sicurezza e responsabilità penale. Alcuni spunti problematici*, in *Penale diritto e procedura*, 2020;
- TORRE F., *La Costituzione sotto stress*, in *Biolaw Journal*, 2020;
- TORRE V., *La valutazione del rischio e il ruolo delle fonti private*, in D. CASTRONUOVO, F. CURI, S. TORDINI CAGLI, V. TORRE, V. VALENTINI, *Sicurezza sul lavoro. Profili penali*, Giappichelli, Torino, 2019;
- TRIPODI A.F., *Dal diritto penale della paura alla paura del diritto penale. Spunti per una riflessione*, in *Quaderno di storia del penale e della giustizia*, 2019;
- TRIPODI A.F., *Norma penale e biosicurezza. Osservazioni sul diritto punitivo emergenziale di ultima generazione*, in *La legislazione penale*, 2020;
- TRONCONE P., *La legislazione penale dell'emergenza in Italia. Tecniche normative di incriminazione e politica giudiziaria dallo Stato liberale allo Stato democratico di diritto*, Jovene editore, Napoli, 2001;
- TRUCCO L., *Responsabilità nazionale e collaborazione tra Stato e Regioni*, in *unige.life*, 2020;
- VALENTINI F., *Introduzione a La dittatura. Dalle origini dell'idea moderna di sovranità alla lotta di classe proletaria*, Laterza, Bari, 1975;
- VALENTINI V., *Profili penali della veicolazione virale: una prima mappatura*, in *Arch. pen.*, 2020;
- VALLINI A., *La responsabilità penale da contagio*, in *Rivista italiana di medicina legale (e del diritto in campo sanitario)*, 2020;
- VENANZONI A., *L'innominabile attuale. L'emergenza Covid-19 tra diritti fondamentali e stato di eccezione*, in *Forum di Quaderni costituzionali*, 2020;
- VENEZIANI P., *I delitti contro la vita e l'incolumità individuale, II, I delitti colposi*, in G. MARINUCCI, E. DOLCINI, *Trattato di diritto penale. Parte speciale*, Cedam, Padova, 2003;
- VENEZIANI P., *La colpa penale nel contesto dell'emergenza Covid-19*, in *Sistema penale*, 2022;
- VENEZIANI P., *Regole cautelari "proprie" ed "improprie" nella prospettiva delle fattispecie colpose causalmente orientate*, Cedam, Padova, 2003;

- VERONESI G., *Il regime dei poteri sostitutivi alla luce del nuovo art. 120, comma 2, della Costituzione*, in *Le Istituzioni del federalismo*, 2002;
- VIGANÒ F., *Il rapporto di causalità nella giurisprudenza penale a dieci anni dalla sentenza Franzese*, in *Dir. pen. cont.*, 2013;
- VIGANÒ F., *Riflessioni sulla c.d. "causalità omissiva" in materia di responsabilità medica*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 2009;
- VIOLANTE L., *Populismo e plebeismo nelle politiche criminali*, in *Criminalia*, 2014;
- VOGLIOTTI M., *Lo scandalo dell'ermeneutica per la penalistica moderna*, in *Quaderni fiorentini*, 2015;
- ZAGNONI P., *Notazioni sul concetto di salute e sua tutela ex artt. 439 e seguenti codice penale*, in *Resp. civ. e prev.*, 1980;
- ZAGREBELSKY G., *Manuale di diritto costituzionale*, Giappichelli, Torino, 1993;
- ZANON N., *Su alcuni problemi attuali della riserva di legge in materia penale*, in *Criminalia*, 2011;
- ZHOU W., *Coronavirus domande e risposte. Guida per la prevenzione*, Piccin, Padova, 2020;
- ZIRULIA S., *Contrasti reali e contrasti apparenti nella giurisprudenza post-Cozzini su causalità e amianto. Riflessioni per un rinnovato dibattito sul c.d. effetto acceleratore nei casi di morte per mesotelioma*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 2019;
- ZIRULIA S., *Esposizione a sostanze tossiche e imputazione causale. Nuovi scenari del diritto penale della modernità*, Aracne, Roma, 2015;
- ZIRULIA S., *Esposizione a sostanze tossiche e responsabilità penale*, Giuffrè, Milano, 2018;
- ZIRULIA S., *La (perenne) crisi dell'Ilva e il c.d. scudo penale: tra reati ambientali e sicurezza sul lavoro*, in *Sistema penale*, 2019;
- ZIRULIA S., *Le Sezioni Unite sul tempus commissi delicti nei reati c.d. ad evento differito (con un obiter dictum sui reati permanenti e abituali)*, in *Dir. pen. cont.*, 2018;
- ZIRULIA S., *Nesso di causalità e contagio da Covid-19*, in *Sistema penale*, 2020;

ZUCCHELLI C., *Lo “stato di eccezione” e i pericoli per la Costituzione che finisce violata*, in *Il Dubbio*, 2020;