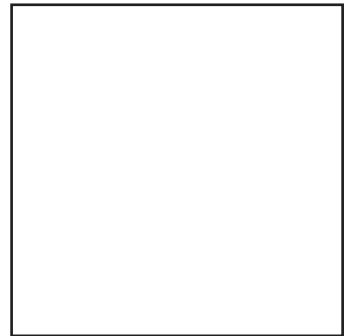


EMERGENZA COVID-19

fra diritto e processo penale



*A cura di
F. Cassibba, G. Dodaro e L. Parlato*





Laboratorio Permanente di Diritto e Procedura Penale
Via Fontana, 28 – 20122 Milano (Italia)
C.F. 97664840150
www.labdirpen.wix.com/diplap

Collana DIPLAP 2021

Comitato scientifico

Roberto Flor (Direttore)

Giandomenico Dodaro (Vice Direttore)

Fabio Salvatore Cassibba

Rossella Fonti

Ciro Grandi

Enrico Maria Mancuso

Marco Pierdonati

Vico Valentini

Progetto Grafico

Giovanni Cillari

2021 - DiPLaP Editor

ISBN: 978-88-940949-4-7

Publicazione destinata esclusivamente alla distribuzione online
Creative Commons 2021



CC BY-NC

Attribuzione - Non commerciale - 2021

Emergenza Covid-19 fra diritto e processo penale

a cura di

F. Cassibba, G. Dodaro, L. Parlato

Webseminar 29-30 aprile 2020

AUTORI

Roberto Bartoli

*Professore ordinario di Diritto penale
Università degli Studi di Firenze*

Matteo Caputo

*Professore associato di Diritto penale
Università Cattolica del Sacro Cuore, sede di Milano*

Fabio Cassibba

*Professore associato di Diritto processuale penale
Università degli Studi di Parma*

Stefania Carnevale

*Professoressa associata di Diritto processuale penale
Università degli Studi di Ferrara*

Donato Castronuovo

*Professore ordinario di Diritto penale
Università degli Studi di Ferrara*

Gabriella Di Paolo

*Professoressa ordinaria di Diritto processuale penale
Università degli Studi di Trento*

Giandomenico Dodaro

*Professore associato di Diritto penale
Università degli Studi di Milano-Bicocca*

Stefano Marcolini

*Professore associato di Diritto processuale penale
Università degli Studi dell'Insubria*

Oliviero Mazza

*Professore ordinario di Diritto processuale penale
Università degli Studi di Milano-Bicocca*

Carlo Ruga Riva

*Professore ordinario di Diritto penale
Università degli Studi di Milano-Bicocca*

Adolfo Scalfati

*Professore ordinario di Diritto processuale penale
Università degli Studi di Roma Tor Vergata*

Carlo Sotis

*Professore associato di Diritto penale
Università degli Studi della Tuscia*

Antonio Vallini

*Professore ordinario di Diritto penale
Università degli Studi di Pisa*

INDICE

Saluto di apertura <i>Fabio Cassibba e Giandomenico Dodaro</i>	p. 9
--	-------------

Sessione I - Versante sostanziale

1. Fare osservare o punire. L'importanza della disgiuntiva <i>Carlo Sotis (Presidente di sessione)</i>	p. 15
2. Fonti del diritto penale e nuove incriminazioni anti-Covid19: problemi di costituzionalità e questioni interpretative <i>Carlo Ruga Riva</i>	p. 21
3. I limiti sostanziali del potere punitivo: modelli causali vs modelli ispirati a logiche precauzionali <i>Donato Castronuovo</i>	p. 37
4. Responsabilità penale da contagio <i>Antonio Vallini</i>	p. 49
5. Logiche e modi dell'esenzione da responsabilità penale per chi decide e opera in contesti di emergenza sanitaria <i>Matteo Caputo</i>	p. 59
6. La responsabilità medica e organizzativa al tempo del coronavirus tra la trincea dei medici e il 'da remoto' dei vertici <i>Roberto Bartoli</i>	p. 73

Sessione II - Versante processuale

7. Giustizia penale e pandemia: note introduttive <i>Gabriella Di Paolo</i>	p. 97
8. Dall'addebito provvisorio all'azione penale: l'accusa ai tempi del Covid-19 <i>Stefano Marcolini</i>	p. 103
9. Distopia del processo a distanza <i>Oliviero Mazza</i>	p. 111
10. Emergenza sanitaria: negletto l'imputato in carcere <i>Adolfo Scalfati</i>	p. 121
11. Covid-19 ed esecuzione penale <i>Stefania Carnevale</i>	p. 129
Saluto di chiusura <i>Giandomenico Dodaro</i>	p. 139

Saluti di apertura

Fabio Cassibba e Giandomenico Dodaro

A nome del Consiglio direttivo di Di.P.La.P. – Laboratorio Permanente di Diritto e Procedura Penale ringraziamo tutti i partecipanti a questo webinar e coloro che ci stanno seguendo in live streaming.

Per il Di.P.La.P. è un motivo di grande soddisfazione aver ricevuto quasi 600 iscrizioni, un numero elevato che ha messo alla prova risorse e capacità della nostra piccola associazione nell'organizzare una videoconferenza di tale portata. La vostra presenza ci ripaga ampiamente dello sforzo.

Perché caricarsi di un impegno tanto gravoso in un periodo della vita già di per sé complicato e difficoltoso a causa dell'emergenza sanitaria?

Il modo più efficace per provare a spiegare il senso profondo di questa iniziativa è richiamare le parole del Professore Sergio Seminara, Presidente dell'Associazione Italiana dei Professori di Diritto Penale, impiegate in una bellissima lettera di incoraggiamento, con la quale si è congratulato con noi per aver trovato «un modo per unire in dialogo tanti di noi, dimostrando così che i legami della cultura e del pensiero scientifico sono più forti delle avverse contingenze attuali». Non perdere il senso della comunità, il valore della coesione sociale, nemmeno nelle situazioni di emergenza.

L'idea di comunità è uno dei valori fondanti di Di.P.La.P. Quando costituimmo l'Associazione, nel 2013, nella forma di un laboratorio permanente attraverso l'aggregazione spontanea di numerosi, allora giovani, ricercatori di diritto penale, decidemmo che il Di.P.La.P. doveva essere un'associazione di tipo nuovo, fondata sui valori dell'autonomia e dell'indipendenza organizzativa e scientifica, aperta al mondo extra-accademico e professionale, alla multidisciplinarietà, e attenta altresì a coltivare, come ci hanno insegnato i nostri Maestri, nella quotidiana attività universitaria, il valore della solidarietà intergenerazionale, in un costante dialogo non solo con le generazioni più mature ma anche e soprattutto con quelle più giovani.

La scelta di affrontare i temi del diritto penale e della procedura penale prepotentemente portati alla ribalta dalla pandemia in atto si deve a una felice intuizione del vice Presidente della nostra Associazione, che ha trovato l'immediato e unanime consenso del Direttivo: il Laboratorio ha rimesso in funzione gli alambicchi e gli strumenti per concretizzare quell'idea in un webinar. Da qui anche una precisa scelta metodologica per l'organizzazione dei lavori. In passato, nei convegni che abbiamo organizzato, di cui trovate, se ritenete, sul sito della Associazione i programmi e gli atti congressuali, abbiamo sempre selezionato i nostri relatori con le modalità della call for paper e del referaggio anonimo e questa modalità ci ha permesso di confrontarci con i nostri colleghi ma anche di far emergere – ecco il dato più interessante – studiosi provenienti dal mondo dell'avvocatura, della magistratura, e persino brillantissimi studenti universitari, che oggi peraltro hanno intrapreso la carriera accademica.

Nel webinar odierno abbiamo optato per il più tradizionale sistema degli inviti, considerata la complessità e la novità dei temi sul campo. Abbiamo chiamato a riflettere su alcuni nodi problematici, relativi al rapporto tra giustizia penale ed emergenza Covid, stimati professori universitari. Da loro avremmo molto da imparare e con loro potremmo confrontarci, nella parte della giornata dedicata al dibattito, nella quale invito a prendere la parola accademici e non accademici, giuristi, medici e psicologi forensi, presenti su questa piattaforma.

Le nostre odierne riflessioni – è superfluo forse precisarlo – sono in qualche modo debitorie nei confronti di tutti coloro che si sono già cimentati, quali pionieri, con lo studio di questi problemi e i cui contributi abbiamo potuto studiare e apprezzare per prepararci a questo seminario.

Infine, i ringraziamenti del Direttivo. Il primo doveroso è rivolto, ovviamente, al Dipartimento di Scienze giuridiche dell'Università degli Studi di Verona per aver messo a disposizione gli strumenti tecnologici; il secondo ringraziamento è al nostro amico fraterno, il prof. Roberto Flor, stimato studioso veronese di diritto penale delle nuove tecnologie e oggi amministratore di questo evento, senza le cui competenze non saremmo mai riusciti a realizzare. I nostri ringraziamenti, infine, vanno ai relatori, ai moderatori di sessione e a tutti coloro che ci hanno aiutato a organizzare e a rendere realtà questa iniziativa.

Buon lavoro a tutti!

Sessione 1
Versante sostanziale

Capitolo I

Fare osservare o punire. L'importanza della disgiuntiva

di Carlo Sotis

1. Fare osservare o punire. L'importanza della disgiuntiva.

Ringrazio vivamente Fabio Cassibba, Giandomenico Dodaro e i colleghi di DiP LaP per avermi voluto affidare, con fiducia e con quello spirito inclusivo che li caratterizza, l'onore di presiedere questa prima sessione di diritto penale sostanziale. Il mio compito è stato ascoltare; mi permetto qui, nel testo scritto, di proporre quindi giusto alcune brevi sensazioni.

Quest'anno tenere i corsi di diritto penale e di diritto penale progredito è stato assai più complesso, ma anche più semplice del solito.

Più complesso perché, lo sappiamo bene, in video è una pena e si perdono tante cose: evitare l'effetto "imbuti da riempire", per citare la metafora, a suo modo geniale, della Ministra dell'Istruzione, è stato arduo; forse per inesperienza, ma netta è stata la sensazione, soprattutto all'inizio, di dovere lavorare il triplo per rendere un terzo.

Però è stato anche più semplice quest'anno fare i corsi. Mai come con il *lockdown* i nostri studenti, come noi tutti, hanno «incontrato il diritto», per usare una bella espressione che mi ha suggerito Martina Galli¹: dalle funzioni della pena alla colpa, passando per la legalità e la causalità, la sensazione che ho avuto è che il senso di certi concetti fosse più afferrabile: vissuti sul proprio corpo sono passati più facilmente nel cuore e nella testa.

Questa percezione si accompagna però ad un'altra, piuttosto paradossale: il diritto che si è "incontrato" sulla propria pelle è molto diverso, nelle sue premesse, da quello che si insegna.

Se il diritto, segnatamente quello penale, è un universo che ha come sue tradizionali premesse l'individuo, la sua responsabilità personale e i suoi diritti di libertà (a partire dalle libertà negative), le premesse della c.d. "fase uno" sono *ragionevolmente*, ma *radicalmente*, diverse.

Il baricentro della soggettività giuridica si sposta dalla dimensione dei diritti individuali a quella dei doveri collettivi; l'assunto della libertà della persona cede il passo a quello della intrinseca pericolosità e fragilità di *tutti* i corpi; la condotta individuale lascia il posto a quella della massa, o meglio a quella dell'individuo per i suoi effetti potenziali su quella della massa, sulla portata – lo dico sia in senso letterale che metaforico – "epidemica" che la condotta individuale potrebbe avere sulla massa.

Ecco allora affiorare il nodo che probabilmente tradisce il disorientamento dei giuristi e dei penalisti in particolare.

1. L'espressione è stata utilizzata da Martina Galli nell'introduzione della mia lezione "Emergenza Covid: la prospettiva di un giurista", tenuta nell'ambito del ciclo "Dieci Lezioni su cittadinanza e Costituzione" organizzato dall'Università della Tuscia per gli studenti delle scuole superiori e pubblicate su YouTube.

2. Centralità della massa e dei doveri collettivi, intrinseca pericolosità dei corpi.

Un diritto con queste premesse non è per nulla inedito e sconosciuto. Anzi più che noto è famigerato, perché queste sono le premesse su cui poggiano gli ordinamenti autoritari, totalitari ed etici².

Il penalista si forma pensando queste premesse come quelle di un diritto costituzionalmente bandito, di un diritto di uno stato totalitario. Anzi, il primo compito del penalista e del suo richiamarsi all'umanesimo giuridico e al personalismo penale è proprio quello di combattere il totalitarismo alla radice, quindi sin dalle sue premesse: mostrandone la loro *falsità* ideologica e materiale. Così quando un penalista vede queste premesse ha un immediato "riflesso pavloviano" di repulsione e di resistenza.

Il problema tuttavia è che in questa tragedia collettiva che stiamo vivendo queste premesse sono scientificamente fondate su dati di realtà, sono cioè *vere*; ed il diritto prodotto su di esse è necessario.

Da qui la difficoltà della sfida giuridica e culturale di comprendere come approcciarsi e valutare un diritto che poggia su premesse per un verso che siamo abituati a legare indissolubilmente a modelli autoritari, ma per altro verso che in questa eccezionale emergenza si presentano invece come *fondate e ragionevoli*, e in cui le misure normative previste per fronteggiarla appaiono come *necessarie*.

E questa difficoltà dalle premesse si ripresenta a più riprese. Si pensi, per richiamare un primo campo di osservazione, ai rapporti tra morale e diritto. Gli intrecci e le separazioni tra diritto e morale avvengono presupponendo comunque che la morale si sedimenti in regole sociali plasmate dal tempo e dall'esperienza.

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

Però questa forgiatura di regole sociali avviene anche battendo con il martello del diritto sanzionatorio, ed è qui che quel nodo si fa particolarmente delicato. Il diritto punitivo è infatti doverosamente afflitto dalla domanda sul "perché punire" ed è anzitutto nella risposta a questa domanda che trova la sua legittimazione. Una risposta che trova le sue coordinate, e con esse quindi la meritevolezza di un'opzione punitiva, come sappiamo bene, nell'importanza degli interessi in gioco e nel grado di offesa. Nel "diritto del lockdown", come abbiamo visto tutti, la scala di meritevolezza sembra invece ragionare in modo parzialmente diverso, perché, come dicevo, sono diverse le premesse. Facciamo un esempio.

Il castello di regole della "fase uno" aveva come scopo essenziale quello di garantire l'osservanza: di fare capire ai moltissimi che osservano le regole di essere nel giusto. Perché lo scopo primario era appunto di fabbricare una nuova moralità necessaria, che è l'impasto essenziale che possa sorreggere l'osservanza.

E se questo è lo scopo, il diritto punitivo chiamato a realizzarlo cambia pelle perché in questa prospettiva la sanzione ad una violazione non sarà meritevole solo in proporzione della intrin-

2. Cfr. M. DELMAS-MARTY, *Les grands systèmes de politique criminelle*, Paris, 1992, p. 166 s.

seca rischiosità di questa rispetto alla trasmissione del virus, ma in proporzione della sua capacità di destabilizzare le aspettative di chi invece le regole le rispetta.

Si comprende allora perché l'indignazione collettiva era paradigmatica nei confronti di chi faceva *jogging* o andava in spiaggia a prendere il sole, magari da solo; una condotta di per sé dal rischio virale estremamente basso, ma al contempo una condotta particolarmente visibile e destabilizzante della percezione di essere nel giusto da parte di chi invece restava chiuso in casa. Si comprende (forse) in questa logica perché l'illecito amministrativo introdotto dagli artt. 1 e 4 del d.l. 19 del 2020 mette assieme, sotto una unica cornice sanzionatoria da 400 a 3000 euro (poi ulteriormente assottigliata da 400 a 1000 euro dalla l. di conversione n. 35 del 22 maggio 2020), violazioni completamente diverse dal punto di vista del rischio virale (dall'organizzare un *rave party* a passeggiare da soli un poco troppo lontano da casa), ma evidentemente accostabili proprio in punto di destabilizzazione delle aspettative di chi osservava le regole.

Un modello insomma di prevenzione generale positiva integratrice³ che è un modello, prima del Covid, tipico del diritto punitivo di uno Stato etico. Ma qui quelle premesse sono fondate e quindi non si può più automaticamente sostenere che questo modello dell'osservanza di per sé ci porti verso uno Stato etico.

I dubbi su come approcciarsi a questo sono molti. Una cosa però, a mio avviso, è certa: un modello dell'osservanza che edifica un castello di regole che hanno come obiettivo primario di confermare a chi rispetta le norme di essere nel giusto è costituzionalmente supportabile a condizione che *non assuma tratti repressivi*. In altre parole se la sua componente afflittiva, *de iure e de facto*, resta del tutto marginale. Paradigma dell'osservanza e repressione penale si pongono quindi – *sempre* – anche in una eccezionale emergenza, *in relazione inversa*.

Se assumiamo anche questa come premessa la prospettiva (almeno in parte) cambia. Pensiamo in particolare a due norme, tra le più criticate e derise dalla stampa e anche da parte di molti giuristi, ma che, a mio del tutto personale avviso, si giustificano se vengono lette al netto di una sintassi repressiva.

Mi riferisco alla Circolare del ministro dell'interno del 31 marzo⁴ in cui si afferma che è possibile per un solo genitore alla volta passeggiare con i propri figli «in prossimità della propria abitazione» e alla locuzione “*congiunti*” dell'art. 1 lett. a) del DPCM del 26 aprile 2020 con cui si allargava anche a questi lo spettro di persone che poteva considerarsi necessario, e quindi giustificato, andare a fare visita (sempre ovviamente nel rispetto delle norme di distanziamento e portando le mascherine).

Sono disposizioni assolutamente indeterminate se le leggiamo con gli occhiali della responsabilità punitiva, se le osserviamo però con le lenti della responsabilità sociale io credo invece non siano così imprecise. Anzi, ci trasmettono a mio avviso un messaggio chiaro: “sapete voi chi vi è congiunto, ciò che è importante è che cercate di ridurre al minimo necessario i vostri contatti sociali; tracciate voi il perimetro delle vostre passeggiate, ma non andate in giro per ore per la città, perché se iniziamo a farlo tutti ci si rende conto degli effetti sulla trasmissione del virus”⁵. E sono regole, si badi, che hanno funzionato, perché il tasso di osservanza (il loro scopo) è stato altissimo.

È evidente che, tranne in caso violazione macroscopica, sono norme non accertabili nella loro violazione, e quindi *non sanzionabili*. Ma non sono illiberali per il fatto di essere non accertabili, lo sono se si pretende di garantirne l'osservanza mediante pena, cioè con il linguaggio della repressione.

3. Cfr. C. E. PALIERO, *Consenso Sociale e diritto penale* in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 1992, p. 854 s.

4. Circolare Ministero degli Interni 31 marzo 2020 “Misure urgenti in materia di contenimento e gestione dell'emergenza epidemiologica da COVID-19, applicabili sull'intero territorio nazionale. Divieto di assembramento e spostamenti di persone fisiche. Chiarimenti”

5. Trovo varie assonanze nel contributo di A. F. TRIPODI, *Il controllo del contagio nella prospettiva penalistica ovvero il diritto penale emergenziale in assenza di un nemico visibile - 14 maggio Unimc (webinar)* in E. Calzolaio, M. Meccarelli (cur.), *Il diritto al tempo della pandemia*, EUM 2020 ebook in corso di pubblicazione p. 5 (del dattiloscritto).

Possono esserci norme giuridiche non accertabili, l'importante è che sia chiaro che, almeno *de facto*, non sono sanzionabili e che facciano leva sulla responsabilità sociale e sull'assunto che i destinatari siano persone adulte e ragionevoli. Ciò che è davvero inconciliabile con il paradigma dell'osservanza è quindi il paternalismo: questo sì, porterebbe dritto nello Stato etico in cui diritto e morale finiscono per confondersi totalmente.

Queste sensazioni, come dicevo, mi lasciano con tanti interrogativi, anche su quali siano le domande giuste da porsi. Mi consegnano però una solida certezza: queste premesse, così lontane da quelle che disegnano il volto costituzionale del diritto penale sono fondate, ragionevoli e necessarie a fronte di questa eccezionale emergenza, ma restano comunque premesse non conciliabili con il diritto punitivo.

Divenendo centrale la dimensione dell'osservanza, quella del punire deve restare ai margini⁶. Di più: come mostrano i contributi di queste due giornate, il diritto penale ha mostrato di essere più problema da gestire (es. carceri, abrogazione della contravvenzione introdotta con il d.l. n. 6 del 2020), che strumento di gestione.

E questo si badi vale anche per "il dopo" cioè per la gestione della gestione del *lockdown*. Non è forse un caso allora, per riprendere quanto accennavo all'inizio, che i due concetti che più di tutti ho avuto quest'anno facilità a spiegare agli studenti dei miei corsi sono quelli della perniciosità della regola del senno di poi nella costruzione dell'imputazione colposa e del nostro bisogno collettivo di trovare un capro espiatorio su cui scaricare il nostro senso di impotenza e di angoscia⁷.

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

6. Cfr. i preziosi insegnamenti di D. PULITANÒ, *Lezioni dell'emergenza e riflessioni sul dopo. Su diritto e giustizia penale in Sistema Penale*, 28 aprile 2020 p. 4.
7. Su cui v. il monito, tanto lieve quanto profondo, di F. PALAZZO, *Pandemia e responsabilità colposa in Sistema penale*, 26 aprile 2020.

Capitolo II

Fonti del diritto penale e nuove incriminazioni anti-Covid 19: problemi di costituzionalità e questioni interpretative

di Carlo Ruga Riva

Sommario:

1. Il quadro normativo ante emergenza COVID-19 - 2. La prima disciplina in tema di emergenza epidemiologica da COVID-19 (d.l. n. 6/2020) - 3. La fase successiva: il d.l. n. 19/2020. - 3.1. Gli illeciti amministrativi punitivi - 3.2. La disciplina penale - 3.3. Profili di diritto punitivo intertemporale - 4. Sintesi delle questioni di costituzionalità. - 5. Un primo bilancio: verso una “normalizzazione” del diritto penale dell'emergenza?

1. Il quadro normativo ante emergenza COVID-19

Il nostro ordinamento presenta una pluralità di fonti attributive di poteri per contrastare emergenze sanitarie e pericoli per la pubblica incolumità.

Si pensi in particolare alla legge istitutiva del servizio sanitario nazionale (l. n. 883/1978), al testo unico delle leggi sanitarie (TULS, R.D. n. 1265/1934) al codice di protezione civile (d.lgs. n. 1/2018) e ai d.lgs. n. 112/1998 e 267/2000.

I soggetti cui le citate normative attribuiscono poteri di ordinanza sono molteplici: Sindaci, Presidenti di regione, Ministro della Salute, Capo della protezione civile, Presidente del Consiglio.

Il 31 gennaio 2020 il Consiglio dei Ministri ha dichiarato l'emergenza sanitaria ai sensi del Codice di protezione civile.

Sono quindi seguiti provvedimenti eterogenei (ordinanze del Capo della protezione civile, ordinanze del Ministro della Salute, ordinanze dei Presidenti di Regione e ordinanze sindacali), aventi fonte in tutte le discipline normative menzionate in apertura.

Si trattava evidentemente di un quadro normativo ricco di interferenze tra fonti e soggetti, e inevitabilmente foriero di confusione per i destinatari dei precetti.

2. La prima disciplina in tema di emergenza epidemiologica da COVID-19 (d.l. n. 6/2020).

La scena è cambiata con l'adozione del d.l. n. 6/2020, il quale costituisce il primo tentativo di razionalizzare la materia, attraverso il rinvio ai famigerati DPCM, croce e (poca) delizia del nostro vivere ai tempi della pandemia.

In estrema sintesi tale decreto contiene un elenco di misure tipizzate di contenimento del rischio, chiuso (si fa per dire) da una clausola aperta di rinvio ad altre misure, non meglio specificate, adottabili anche a livello regionale dai Presidenti di Regione.

Il compito di individuare le singole misure, o di crearne di ulteriori, è rimesso ai DPCM, ovvero ad un strumento nelle mani di un organo "monocratico".

In sostanza si instaura un inedito e anomalo schema che vede il DPCM in funzione attuativo-specificativa di un decreto legge, quasi a replicare il modello di integrazione legge delega/

decreto legislativo.

Dal 23 febbraio al 27 aprile 2020 si sono susseguiti ben 11 DPCM, strumento prima di allora poco noto al grande pubblico, e piuttosto trascurato dai costituzionalisti.

Contestualmente sono stati emanati molti altri provvedimenti da parte di altri soggetti¹, anche estranei al Governo, ed anche, come noto, in contrasto con esso: basti pensare alle ordinanze di taluni Presidenti di Regione e Sindaci.

Il centro della scena è stato dunque preso dal Presidente del Consiglio dei Ministri, con l'inedito strumento del DPCM, con il quale si è profondamente inciso sulle libertà e sui diritti fondamentali di tutti i cittadini, in modi e per tempi inusitati.

Ad una situazione eccezionale si è risposto con una architettura normativa nuova, che ha marginalizzato non solo il Parlamento, ma anche il Governo come organo collegiale.

Alla fase 1 rappresentata dal d.l.n. 6/2020 ha fatto da *pendant*, attraverso l'art. 4, co.3, una ampia penalizzazione di tutte le (violazioni delle) misure sopra citate (sia statali che regionali), la cui inosservanza era dichiarata punibile in base all'art. 650 c.p.

In circa un mese di vigenza si sono registrate oltre 115.000 denunce per il reato sopra menzionato².

Quanto ai profili costituzionali, il contrasto con l'art. 25 Cost., in riferimento alle «misure ulteriori» era evidente: il solo criterio finalistico (di contenimento del rischio epidemiologico) e i vaghissimi parametri di adeguatezza e proporzione delle misure di contenimento non rappresentavano «paletti» seri cui ancorare misure prevedibili e omogenee rispetto a quelle tipizzate. La disciplina richiamata si prestava a dare vita a fattispecie penali integrate da provvedimenti a carattere normativo e a destinatario indeterminato sostanzialmente non vincolati nel contenuto. Viceversa la disciplina penale della fase 1 non contrastava con l'art. 117, co. 2 lett. l) e con l'art. 3 Cost., essendo l'intervento regionale e comunale conforme al riparto di competenze legislative ed amministrative (sanità, protezione civile) previsto dalla Costituzione (artt. 117 e 118), e «preso in carico» dal legislatore statale.

Su di un diverso piano (quello delle limitazioni alla libertà di circolazione) è consolidato l'orientamento secondo il quale la riserva di legge ex art. 16 Cost. non è esclusivamente statale³: sono ad es. consentiti divieti regionali di circolazione di animali per rischio malattie contagiose, se ragionevoli e proporzionati, purchè ovviamente adottati nell'ambito di materie di propria competenza.

3. La fase successiva: il d.l. n. 19/2020.

Il d.l. 25 marzo 2020, n. 19 ha operato una profonda riorganizzazione delle competenze ad adottare provvedimenti di contenimento del rischio sanitario da coronavirus; come sopra visto, il d.l. n. 6/2020 non aveva chiaramente distinto e distribuito le competenze tra Governo (tramite DPCM, ordinanze del Ministero della salute), regioni e comuni (tramite, rispettivamente, ordinanze dei Presidenti di regione e ordinanze sindacali, entrambe contingibili e urgenti)⁴.

1. Nei primi due mesi circa di vigenza dello stato di emergenza sanitaria abbiamo contato salvo errori 26 provvedimenti «governativi» (decreti legge, DPCM, delibere del CdM) 18 ordinanze del Ministro della Salute, 57 ordinanze o decreti del Capo della Protezione civile, 19 provvedimenti del Ministro dell'Interno (circolari esplicative), varie circolari del Ministro di Giustizia, della Agenzia Entrate, della Banca d'Italia, di Inps, cui vanno aggiunti note, chiarimenti, comunicati, per un elenco complessivo di 17 pagine-video su sito del Ministro della Salute e molte centinaia di pagine in GU.

2. Cfr. *Coronavirus, per i centomila denunciati il reato cambia: pagheranno 200 euro al posto della denuncia*, in www.lastampa.it del 26 marzo 2020, ove si riporta il dato (fonte Ministero dell'Interno), di 115.138 denunciati a fronte di 2.675.113 controllati.

3. Cfr. C cost n. 51/1991.

4. Sulle due principali discipline penali in commento, per i profili che qui interessano, si vedano i commenti di G. GATTA, *Coronavirus, limitazione di diritti e libertà fondamentali, e diritto penale: un deficit di legalità da rimediare*, in *Sistema penale*, 16 marzo 2020; G. GATTA, *Un rinnovato assetto del diritto dell'emergenza*

In estrema sintesi, l'impianto complessivo del d.l. n. 6/2020 era stato criticato⁵ perché finiva con il rinviare in bianco a fonti secondarie, e in particolare ai DPCM, aspetti non certo di dettaglio, e tra questi anche la tipologia di misure di contenimento da adottare, misure tutte incidenti su diritti di libertà (circolazione, riunione, associazione, di impresa ecc.), in violazione della riserva di legge.

Agli occhi del penalista i profili sopra indicati impattavano, come accennato, sull'art. 3, co. 4 d.l. n. 6/2020, il quale incriminava le violazioni di tutte le misure di contenimento adottate dalle varie autorità competenti (anche regionali e comunali), richiamando *quoad poenam* l'art. 650 c.p.

Poiché l'atto avente forza di legge (il d.l. n. 6/2020) era inidoneo a precisare con sufficiente nettezza i contorni della fattispecie penale (integrata da provvedimenti a carattere normativo e a destinatario indeterminato sostanzialmente non vincolati nel contenuto), la violazione (anche) dell'art. 25, co. 2 Cost. era patente⁶.

La base legale del d.l. n. 19 del 25 marzo 2020⁷ è espressamente individuata, in premessa, nell'art. 16 della Costituzione, nel tentativo di mettere ordine tra le fonti e di distinguere i soggetti preposti all'adozione delle misure di contenimento del rischio sanitario.

L'art. 1, per la prima volta da quando è stato dichiarato lo stato di emergenza per il virus COVID-19, crea un catalogo chiuso delle misure di contenimento (co. 2).

Si tratta di 29 tipologie di misure, le quali toccano non solo la libertà di circolazione (come da preambolo), bensì anche la libertà personale più strettamente intesa (obbligo di quarantena precauzionale nonché divieto di allontanarsi dalla propria abitazione o dimora per le persone sottoposte a quarantena in quanto risultate positive al virus), la libertà di impresa (obblighi di chiusura per varie attività commerciali)⁸, ed altre libertà (di riunione⁹, di associazione ecc.).

L'art. 1, co. 3 prevede poi, a determinate condizioni, obblighi di svolgimento di determinate imprese o attività¹⁰, la cui inosservanza, per altro, a differenza delle violazioni di cui al co. 2, non pare sanzionata.

La scelta – tramite un atto avente forza di legge – della indicazione tassativa delle misure adottabili è da salutare con favore, perché rispettosa della riserva di legge e perché, limitando l'inesausta fantasia delle autorità competenti (abbiamo tutti sotto gli occhi alcune bizzarre ordinanze di Presidenti di regione e Sindaci) offre anche maggiori garanzie di certezza, di uniformità e di ponderato bilanciamento degli interessi in gioco (salute vs diritti di libertà e diritti sociali vari).

L'art. 2 “centralizza” – salvo le eccezioni di cui si dirà – l'attuazione delle misure di contenimento previste dall'art. 1 in capo alla Presidenza del Consiglio dei Ministri, con appositi

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*, 26 marzo 2020; G. PIGHI, *La trasgressione delle misure per contrastare il coronavirus: tra problema grave e norma penale simbolica*, in *Legislazionepenale.eu*, 20.3.2020; B. ROMANO, *Il reato di inosservanza dei provvedimenti dell'Autorità al tempo del Coronavirus*, in *www.ilpenalista.it*, 16 marzo 2020; C. RUGA RIVA, *La violazione delle ordinanze regionali e sindacali in materia di coronavirus: profili penali*, in *Sistema penale*, n. 3/2020, 231 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 *Legislazionepenale.eu*, 6 aprile 2020; D. PULITANO, *Problemi dell'emergenza. Legalità e libertà*, in *legislazione penale.eu*, 18.5.2020; BARTOLI, *Il diritto penale dell'emergenza “a contrasto del coronavirus”*: problematiche e prospettive, *SP* 24.4.2020; Piva, *Il diritto penale ai tempi del coronavirus: troppo su inosservanza e poco su carcere*, *Arch pen. web*, fasc. 1, 2 aprile 2020; A. CASTALDO, F. COPPOLA, *Profili penali del Decreto-legge n. 19/2020 “Coronavirus”: risolto il rebus delle sanzioni applicabili?* *Arch pen. web*, fasc. 1, 2 aprile 2020.

5. Si vedano ad es. i contributi pubblicati in *federalismi.it* di L. CUOCO (a cura di), *I diritti costituzionali di fronte all'emergenza Covid-19. Una prospettiva comparata*; M. CAVINO, *Covid-19. Una prima lettura dei provvedimenti adottati dal Governo*; L.A. MAZZAROLLI, “Riserva di legge” e “principio di legalità” in tempo di emergenza nazionale, nonché quello di F. FILICE-G.M. LOCATI, *Lo stato democratico di diritto alla prova del contagio*, in *Questione giustizia*, 27 marzo 2020.

6. G. GATTA, *Coronavirus*, cit., specie p. 4; C. RUGA RIVA, *La violazione delle ordinanze regionali*, cit., 243.

7. Per i primi commenti a tale decreto legge v. C. CUPPELLI, *Emergenza Covid-19: dalla punizione degli “irresponsabili” alla tutela degli operatori sanitari*, in *Sistema penale*, 30 marzo 2020; G. 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*, 26 marzo 2020; A. NATALE, *Il decreto legge n. 19 del 2020: le previsioni sanzionatorie*, in *Questione giustizia*, 28 marzo 2020.

8. Cfr. art. 1, co. 2 lett. u, v, z e aa.

9. Cfr. art. 1, co. 2 lett. f e lett. i.

10. Art. 1, co. 3: «Per la durata dell'emergenza di cui al comma 1, può essere imposto lo svolgimento delle attività non oggetto di sospensione in conseguenza dell'applicazione di misure di cui al presente articolo, ove ciò sia assolutamente necessario per assicurarne l'effettività e la pubblica utilità, con provvedimento del prefetto assunto dopo avere sentito, senza formalità, le parti sociali interessate».

DPMC, su iniziativa del Ministro della Salute o dei Presidenti delle regioni coinvolte, sentiti vari Ministri e, «di norma», il comitato scientifico insediato presso il Dipartimento della Protezione civile, limitatamente alla valutazione di adeguatezza e proporzione delle suddette misure. Eccezioni all'attuazione delle misure di contenimento tramite DPCM sono previste, nelle more della loro adozione, vuoi a favore del Ministero della salute¹¹ (tramite ordinanza ex art. 32 l. 833/1978) nei casi di «estrema necessità e urgenza», vuoi a favore delle Regioni¹² (tramite ordinanza contingibile e urgente), per misure di carattere regionale o infraregionale, «in relazione a specifiche situazioni sopravvenute di aggravamento del rischio sanitario verificatesi nel loro territorio o in una parte di esso».

Si è voluto in questo modo contemperare le esigenze di uniformità delle misure con eventuali specificità territoriali: all'interno delle misure tipizzate le regioni possono adottare misure più restrittive (*non meno* restrittive), senza comunque incidere «sulle attività produttive e su quelle di rilevanza strategica per l'economia nazionale».

Si tratta di un modello cooperativo già seguito, dalla giurisprudenza costituzionale, nella “materia” ambiente, rispetto alla quale le regioni possono introdurre livelli di tutela più elevati rispetto alle normative statali e agli standard *ivi* fissati.

D'altro canto il potere di ordinanza dei Sindaci, pur non inibito, è ingessato entro limiti stretti: essi «non possono adottare, a pena di inefficacia, ordinanze contingibili e urgenti dirette a fronteggiare l'emergenza in contrasto con le misure statali, né eccedendo i limiti di oggetto cui al comma 1.

Parrebbe quindi che le ordinanze sindacali possano al più specificare dettagli delle misure rientranti nell'elenco chiuso dell'art. 1 del decreto legge in commento, senza innovare in alcun modo.

L'art. 3 co. 3 preclude inoltre alle varie autorità competenti in materia di sanità (ad es. regioni e sindaci), l'impiego di poteri derivanti loro da altri fonti.

Quest'ultimo divieto dovrebbe togliere ogni dubbio sulla inesistenza di poteri residuali (ulteriori cioè a quelli specificamente previsti da singoli provvedimenti legislativi *ad hoc*, come quello in commento) in capo a regioni e comuni, tutt'altro che peregrino in vigenza del d.l. n. 6/2020¹³.

Parrebbero quindi preclusi a regioni e comuni i poteri di ordinanza previsti, in materia di sanità, dalla l. n. 833/1978, dall'art. 117 del d.lgs. n. 112/1998 e dal codice della protezione civile (d.lgs. n. 1/2018), normative più generali che cedono il passo alla disciplina speciale rappresentata dal d.l. in commento.

La leale collaborazione tra Stato e regioni viene assicurata attraverso uno schema agile, nel senso che i provvedimenti destinati a disciplinare di regola la materia (ovvero i DPCM) sono adottati «sentiti» i Presidenti di regione coinvolti o il Presidente della Conferenza delle regioni e delle province autonome, o su loro proposta, senza ovviamente intese formalizzate che sarebbero incompatibili con le tempistiche necessarie in tempi di emergenza.

La cattiva coscienza del legislatore, ben consapevole di avere esautorato il Parlamento dalle scelte sanitarie di contrasto al coronavirus, trova un lenitivo nell'art. 2, co.5, a tenore del quale «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 di una sorta di obbligo di informazione che dovrebbe responsabilizzare il Governo nell'uso prudente e davvero necessitato dei DPCM (o delle ordinanze del Ministero della salute).

11. V. art. 2, co 2.

12. Cfr. art. 3.

13. Cfr. sul punto C. RUGA RIVA, *La violazione delle ordinanze regionali*, cit., 235 ss.

L'art. 4 del testo in commento, rubricato «Sanzioni e controlli», introduce importanti novità nell'approccio repressivo alle violazioni delle misure di contenimento del rischio sanitario. In primo luogo si abbandona la "penalizzazione a tappeto" discendente dall'art. 3, co. 4 del

previgente d.l. n. 6/2020 (punito *quoad poenam* ai sensi dell'art. 650 c.p.), che è abrogato (cfr. art. 5).

Ora, per la violazione di 28 delle 29 tipologie di misure indicate nell'art. 1, co. 2 è prevista la sanzionata amministrativa pecuniaria da 400 a 3.000 Euro e, in taluni casi¹⁴, la sanzione interdittiva della chiusura dell'esercizio commerciale o delle attività da 5 a 30 giorni.

La sanzione penale è circoscritta alla violazione di una sola tra le misure elencate nell'art. 1, co. 2, e cioè 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» (lett. e).

Come noto taluni hanno sostenuto il contrasto della (scarna) disciplina della quarantena con il principio di legalità¹⁵, evidenziando l'assenza di una chiara e precisa base legale e l'assenza di tutela giurisdizionale non essendo prevista la convalida giudiziaria del provvedimento amministrativo che dispone la quarantena.

Altri, condivisibilmente, hanno con vigore negato ogni contrasto, sostenendo vuoi l'esistenza della base legale (individuata nella legge, che disporrebbe in via generale la quarantena senza necessità di un provvedimento amministrativo¹⁶), vuoi la diversità rispetto a provvedimenti come il TSO, provvedimento fortemente individualizzato, per il quale è necessaria la coercizione, con tutti i correlati rischi di arbitrio.

L'assenza di stigma e di coercizione diretta collocherebbero la quarantena fuori dalle garanzie dell'art. 13 Cost.

Sul distinto piano fattuale può aggiungersi che la quarantena ha portata generale (e l'art. 16 Cost. fa salve "le limitazioni che la legge stabilisce *in via generale per motivi di sanità*"), riguarda decine di migliaia di persone (105.255 al 28.4.2020, forse milioni di persone se si facessero campioni a tutti i potenziali positivi); la convalida giudiziaria (prevista dall'art. 13 ma non dagli art. 16 e 32 Cost.) pare inutile e impraticabile.

E' del resto difficile pensare ad abusi del medico o dell'ASL che arbitrariamente disponga la quarantena; piuttosto le ordinanze (es. quella nota della Regione Campania) che la dispongano per i non contagiati o al di fuori di altri casi specifici (c.d. quarantena precauzionale) saranno illegittime, e illegittimi e ricorribili al Tar i relativi provvedimenti (diffide ecc.).

Il d.l. n. 19/2020 è stato convertito con modificazioni nella l. n. 35/2020¹⁷.

La legge citata va coordinata con il d.l. n. 33/2020, il quale ha tra l'altro previsto espressamente che la quarantena sia imposta con provvedimento amministrativo, individuale e concreto, dell'autorità sanitaria.

Tale ultima normativa prevede una sanzione penale *ad hoc* in caso di inosservanza della nuova disciplina sulla quarantena da parte del contagiato, mentre prevede sanzioni amministrative per altre violazioni (tra le quali la violazione della quarantena precauzionale), alcune delle quali non previamente tipizzate, ma rimesse a fonti successive (DPCM, ordinanze regionali, ordinanze ministeriali¹⁸).

14. Si tratta della violazione delle misure previste dall'articolo 1, comma 2, lettere i, m, p, u, v, z e aa.

15. G. GATTA, *I diritti fondamentali alla prova del coronavirus. Perché è necessaria una legge sulla quarantena*, SP, 2 aprile 2020.

16. M. BIGNAMI, *Chiacchiericcio sulle libertà costituzionali al tempo del coronavirus*, QG, 7 aprile 2020; M. LUCIANI, *Il sistema delle fonti del diritto alla prova dell'emergenza*, in *Rivista AIC* n. 2/2020, specie p. 126.

17. Sulla legge di conversione v. per tutti Gatta, *COVID-19 e sanzioni: convertito in legge (n. 35/2020), con modificazioni, il d.l. 19/2020*, SP 25 maggio 2020.

18. G. GATTA, *Emergenza COVID-19 e "fase 2": misure alternative e sanzioni nel d.l. 16.5.2020, n. 33 (nuova disciplina della quarantena)*, SP 18 maggio 2020

3.1. Gli illeciti amministrativi punitivi.

Il d.l. n. 19/2020 ha puntato molto sulla sanzione amministrativa, forse anche alla luce delle molte critiche che erano state mosse all'art. 3, co. 4 del d.l. n. 6/2020, il quale rendeva applicabile l'art. 650 c.p. alla violazione di tutte le misure di contenimento all'epoca indicate in via (solo) esemplificativa, nonché di tutte le misure ulteriori adottate dalle molte autorità competenti.

La scelta di per sé è apprezzabile, perché proporzionata alla relativa scarsa offensività di molte delle violazioni riconducibili all'art. 1.

Non sembra invece che l'ingolfamento della macchina della giustizia, paventato in relazione all'ondata delle oltre 115.000 denunce sporte per il precedente reato sanzionato dall'art. 650 c.p., sia destinato a venire meno con la depenalizzazione.

E' infatti probabile che molti dei verbali redatti per gli illeciti amministrativi verranno impugnati in sede giurisdizionale, ingolfando altri settori della giustizia in sofferenza non inferiore rispetto al "penale".

L'art. 4 si apre con una doppia clausola di riserva: l'illecito amministrativo si applica «salvo che il fatto costituisca reato», e non si applicano comunque «le sanzioni contravvenzionali previste dall'articolo 650 del codice penale o da ogni altra disposizione di legge attributiva di poteri per ragioni di sanità, di cui all'articolo 3, comma 3».

La clausola di riserva posta in apertura mette fuori gioco la regola stabilita dall'art. 9 l. 689/1981 (secondo 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) e riguarda i casi nei quali la violazione di una delle misure di cui all'art. 1, co.2 integri di per sé reato: si pensi ad es., al caso della evasione della persona posta agli arresti domiciliari (art. 385 c.p.) che, così facendo, violi anche l'obbligo di quarantena precauzionale o altri divieti di circolazione, o naturalmente ai reati di epidemia (dolosa o colposa).

Il riferimento alle «sanzioni contravvenzionali previste dall'art. 650 c.p.», certo discutibile sul piano della tecnica normativa¹⁹, dipende probabilmente dal fatto che la contravvenzione di inosservanza di provvedimenti legalmente dati è stata richiamata dall'art. 3, co. 4 d.l. n. 6/2020 solo *quoad poenam*.

L'esclusione del campo di applicazione dell'art. 650 c.p. non sembra valere rispetto alla violazione di misure di contenimento, pur date per ragioni di sanità, *diverse* da quelle di cui all'art. 1, co. 2: si pensi ad es. al TSO disposto da un Sindaco nei confronti di un cittadino che, provato psicologicamente dalla situazione di emergenza, dia in escandescenze.

Più complesso è il caso di chi, violando una delle disposizioni generali e tipizzate di contenimento del rischio, divenga destinatario di provvedimenti *ad personam*: è il caso ad es. di chi, avendo violato il divieto di uscita dalla propria abitazione se non per giustificato motivo, sia sanzionato e diffidato, ad es., a rimanere in autoquarantena, come previsto da una ordinanza del Presidente della regione Campania²⁰.

Quid iuris se viola anche la diffida?

In linea generale la ripetuta violazione delle stesse misure (così è da intendersi l'espressione «reiterata violazione della medesima disposizione²¹»), sanzionata come illecito amministrativo, comporta il raddoppio della medesima sanzione amministrativa pecuniaria e, se del caso, l'applicazione della sanzione accessoria della chiusura dell'esercizio o attività nel limite massimo (art. 4, co. 5), fissato in 30 giorni²².

19. C. CUPELLI, *Emergenza Covid-19*, cit., 3 s.

20. Prescindiamo in questa sede, per motivi di spazio, dalla legittimità di tale ordinanza (sulla quale vedi C. RUGA RIVA, *La violazione delle ordinanze regionali*, cit., 240 ss.), nella parte in cui prevedeva l'obbligo di autoisolamento domiciliare anche per il non malato di coronavirus, così come dal tema della perdurante vigenza delle ordinanze anteriori all'entrata in vigore del testo in commento, sulla quale v. *infra*, 2.2.

21. G. GATTA, *Un rinnovato assetto*, cit., 10.

22. Dubita della legittimità di tale pena (in senso sostanziale) fissa, G. GATTA, *Un rinnovato assetto*, cit., 10. A ben vedere, però, si tratta da un lato di una misura di natura preventiva più che punitiva, rimessa all'autorità amministrativa in prima battuta e a quella giurisdizionale civile in eventuale seconda battuta; dall'altro

Va però osservato che, nel caso sopra esemplificato ed in altri consimili, può dubitarsi che la violazione sia esattamente la stessa: un conto è violare disposizioni rivolte a tutti indistintamente, un conto violare, successivamente, una disposizione rivolta ad un determinato soggetto destinatario di specifica diffida.

La formula «e da ogni altra disposizione di legge attributiva di poteri per ragioni di sanità, di cui all'articolo 3, comma 3» ricomprende anzitutto le fattispecie contravvenzionali previste dal testo unico delle leggi sanitarie (regio decreto 27 luglio 1934, n. 1265), con l'esclusione dell'art. 260 limitatamente al caso della violazione della misura più severa di cui all'art. 1, co. 2 lett. e, la quale è oggetto di apposita fattispecie penale (cfr. *infra*, 2.2.).

Se la violazione delle misure di cui all'art. 1, co. 2 è realizzata con un veicolo le sanzioni amministrative sono aumentata fino ad un terzo.

Il riferimento al plurale («le sanzioni») non è chiaro, posto che una sola è la sanzione (pecunia-ria) menzionata nell'art. 4, co. 1; d'altra parte il plurale non sembra potersi riferire alla diversa sanzione interdittiva prevista, appunto, solo al comma successivo.

L'aggravante appare bizzarra: non si capisce perché l'autista di un mezzo, che magari guida da solo in strade semideserte, sia reputato più pericoloso del pedone ciarliero che, magari, si intrattenga con chiunque gli capiti a tiro.

Se le violazioni riguardano esercizi commerciali o attività si applica altresì la sanzione amministrativa accessoria della chiusura dell'esercizio o dell'attività da 5 a 30 giorni.

L'applicazione della sanzione interdittiva può essere immediata, per una durata non superiore a cinque giorni: in tal caso il periodo di chiusura provvisoria è scomputato dalla corrispondente sanzione accessoria definitivamente irrogata.

L'art. 4 co. 1 soffre di due lacune, non è dato sapere quanto intenzionali.

Le sanzioni amministrative sono infatti previste per le violazioni delle sole misure indicate nell'art. 1, co. 2, adottate ai sensi dell'art. 2, co. 2 (con DPCM) o dell'art. 3 (con provvedimenti dei Presidenti di regione): non dunque per le violazioni delle ordinanze del Ministro della salute (adottate ex art. 2, co. 3), né, d'altra parte, sono previste sanzioni amministrative per le violazioni delle misure di cui all'art. 1, co. 3 (obblighi di esercitare determinate industrie e attività). La prima omissione può forse spiegarsi con la eccezionalità e caducità delle ordinanze del Ministro della salute, vevoli nelle more dell'adozione dei DPCM, e destinate a perdere efficacia con la loro emanazione²³; la seconda ponendo mente al fatto che l'omessa attività doverosa (ad. es. apertura di determinate industrie) di regola ha effetti non tanto sulla sanità pubblica, quanto sull'economia²⁴.

3.2 La disciplina penale.

La repressione penale è condivisibilmente circoscritta alla violazione di una sola delle molte misure elencate nell'art. 1, co. 2, ovvero a quella di maggior disvalore per il bene della salute e della incolumità pubblica.

Si tratta della 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. 1,

lato la misura fissa è comunque calcolata partendo da un *range* di base ragionevole (da 5 a 30 giorni). Il problema si pone rispetto a casi diversi, nei quali la prima violazione è già punita rispettivamente con il massimo o con il minimo del periodo di chiusura, poiché per entrambi la seconda violazione comporta la chiusura per il medesimo tempo massimo, cioè per ulteriori 30 giorni. E' dunque un problema di uguaglianza in senso stretto, più che di pena fissa.

23. Il carattere eccezionale e residuale vale peraltro anche per le ordinanze dei Presidenti delle regioni, che viceversa hanno tutela penale.

24. Vi sono naturalmente eccezioni: si pensi alle farmacie, alle aziende biomedicali ecc., che peraltro avranno tutto l'interesse a produrre.

co. 2 lett. e).

Il precetto è nuovo, mentre la sanzione penale, antica, è stata oggetto di *restyling*: la contravvenzione è infatti punita, oggi, con la pena dell'arresto da 3 a 18 mesi e dell'ammenda da 500 a 5.000 euro, così elevata dall'art. 4, co. 7.

Il richiamo all'art. 260 del r.d. n. 1265/1934 è *quoad poenam*, posto che il precetto è tutto contenuto nell'art. 4, co. 6 del testo in commento, e d'altra parte l'art. 260 del t.u.l.s., il quale esige ordini legalmente dati a soggetti determinati, non sarebbe stato applicabile a provvedimenti di contenuto normativo a soggetto indeterminato come sono da qualificare le misure di contenimento adottate ai sensi dell'art. 1, co. 2²⁵.

Il richiamo è così smaccatamente *quoad poenam* che la stessa pena è direttamente aumentata (per tutti i casi, non solo quelli riferiti alla fattispecie in esame) dall'art. 4, co. 7.

Il reato è di pericolo astratto: non rileva se il contagiato che si allontana dalla propria abitazione o dimora abbia o meno protezioni, se incontri qualcuno, nessuno o molte persone; nell'ultima ipotesi, se mai, potrebbe essere integrata la diversa fattispecie di epidemia, ove mai si riuscisse a provare che il "disobbediente" abbia effettivamente trasmesso il virus ad un numero indeterminato di persone prive di protezioni e prima sane.

La contravvenzione si applica «salvo che il fatto costituisca violazione dell'articolo 452 del codice penale o comunque più grave reato», e cioè salvo che il fatto integri il reato di epidemia colposa, o qualunque più grave reato (ad es. epidemia dolosa, lesioni ed omicidio).

La differenza con il delitto di epidemia, come accennato, dipende dalla prova della trasmissione del virus ad un numero indeterminato di persone con correlato pericolo per la incolumità pubblica, richiesta per l'epidemia e non per la nuova contravvenzione.

3.3 Profili di diritto punitivo intertemporale.

I profili di diritto punitivo intertemporale sono complessi.

L'art. 4, co. 8 precisa che «Le disposizioni del [presente] articolo che sostituiscono sanzioni penali con sanzioni amministrative si applicano anche alle violazioni commesse anteriormente alla data di entrata in vigore del presente decreto, ma in tali casi le sanzioni amministrative sono applicate nella misura minima ridotta alla metà. Si applicano in quanto compatibili le disposizioni degli articoli 101 e 102 del decreto legislativo 30 dicembre 1999, n. 507».

Le sanzioni amministrative previste per i nuovi illeciti amministrativi si applicano dunque retroattivamente, in luogo della sanzione penale prevista dall'art. 650 c.p. per la violazione dell'art. 3, co. 4 del d.l. n. 6/2020, contestualmente abrogato.

La riduzione alla metà della sanzione minima (art. 4, co. 8, pari a 200 euro, o meno in caso di pagamento in misura ridotta) garantisce che il *quantum* di sanzione (amministrativa) pecuniaria non ecceda la pena dell'ammenda precedentemente prevista per la violazione delle misure di contenimento²⁶.

La giusta cautela del legislatore presuppone la natura punitiva dei nuovi illeciti amministrativi; la disposizione in commento rispetta d'altro canto il requisito della prevedibilità della sanzione nel suo contenuto sostanziale (in questo caso il massimo della sanzione pecuniaria è di poco

25. C. RUGA RIVA, *La violazione delle ordinanze regionali*, cit., 244 s.

26. Per gli opportuni approfondimenti si rinvia a G. GATTA, *Un rinnovato assetto*, cit., 16s.; si ricorda che l'art. 650 c.p. prevede la pena alternativa dell'arresto fino a tre mesi o dell'ammenda fino a 206 euro.

inferiore al massimo della pena pecuniaria prevista dall'illecito previgente), in linea con la giurisprudenza della Corte Edu e della Corte costituzionale.

L'art. 4, co. 8 non esplicita se la "sostituzione" della vecchia contravvenzione con i nuovi illeciti amministrativi punitivi riguarda le violazioni delle sole disposizioni oggi rientranti nell'art. 4, co. 1 (che rinvia all'elenco rigido delle misure previste dall'art. 1, co. 2), e ieri riconducibili all'art. 3, co. 4 del d.l. n. 6/2020, o se, più ampiamente, riguarda tutte le misure (comprese le «ulteriori» ex art. 3, co. 2 d.l. n. 6/2020), adottate anche da Presidenti di regione, e in ipotesi non coincidenti con quelle oggi contenute nel citato elenco tassativo.

Poiché la norma transitoria si riferisce all'articolo 4, il quale rinvia alle (sole) misure di contenimento tipizzate nell'art. 1, co. 2, pare di dover concludere nel senso che la violazione di misure adottate precedentemente e non corrispondenti a quelle odierne non solo non costituisce più reato ai sensi dell'art. 3, co. 4 d.l. n. 6/2020, ma neppure illecito amministrativo.

Se mai ove la violazione (non corrispondente a quelle di cui all'art. 1, co. 2) fosse stata sanzionata autonomamente dalla Regione, con proprie sanzioni amministrative, queste ultime continueranno ad applicarsi anche a fatti previgenti.

A tal proposito va osservato che, conformemente all'articolo 2, comma 3, vengono fatti salvi gli effetti dei Dpcm e delle ordinanze (ministeriali, regionali e sindacali) sinora emanati sulla base del precedente decreto legge n. 6/2020; in particolare i Dpcm dell'8, 9, 11 e 22 marzo continuano ad applicarsi per i termini originariamente previsti, mentre gli altri atti restano applicabili per ulteriori dieci giorni dalla pubblicazione del decreto.

Tale disposizione non vale agli effetti penali, stante l'abrogazione dell'art. 3, co. 4 del d.l. n. 6/2020 e soprattutto stante la specifica norma che disciplina gli effetti intertemporali dettata dagli artt. 4 e 5 del decreto in esame.

La fattispecie prevista dall'art. 4 co. 6 costituisce un caso di scuola di legge penale temporanea ed eccezionale, soggetta alla disciplina derogatoria dell'art. 2, co. 5 c.p.²⁷

L'art. 1, co. 1, infatti, limita il termine di adottabilità delle misure di contenimento ancorandolo al termine massimo dello stato di emergenza, dichiarato fino al 31 luglio 2020.

Sicché la contravvenzione dell'art. 4 co. 6 sarà applicabile anche dopo lo spirare dello stato di emergenza, per tutti le violazioni delle misure adottate entro tale termine.

Lo stesso vale per gli illeciti amministrativi punitivi dell'art. 4, co. 1, nella misura in cui venga loro riconosciuta natura sostanzialmente penale.

V'è da chiedersi se possa qualificarsi come temporanea od eccezionale anche la precedente fattispecie prevista dall'art. 3, co. 4 d.l. n. 6/2020, oggetto di espressa abrogazione da parte del nuovo d.l. n. 19/2020 (art. 5).

L'eccezionalità della pandemia da COVID-19 è evidente a tutti, ed anche i mezzi escogitati dal nostro ordinamento giuridico multilivello sono stati non ordinari (dall'impiego massiccio di DPCM alla faticosa coabitazione tra questi e ordinanze contingibili e urgenti di Presidenti di regione e di Sindaci)

Inoltre, se è pur vero che nel precedente d.l. n. 6/2020 non compaiono espresse limitazioni temporali, né in riferimento alle misure adottabili dalle autorità competenti né in relazione alla fattispecie penale contemplata dall'art. 4, co. 3, è altrettanto vero che le misure di contenimento previste sono strettamente funzionali a contrastare l'emergenza da COVID-19, che può considerarsi (si spera) destinata ad una durata temporanea, come appunto tutto le emergenze; dall'altro lato il d.l. in questione rinvia a DPCM (e a ordinanze regionali e sindacali) che, numerose, hanno previsto svariate misure di contenimento, di durata limitata nel tempo, in un continuo susseguirsi di provvedimenti, anche contingibili e urgenti.

27. Lo osserva G. GATTA, *Un rinnovato assetto*, cit., 18.

Il carattere implicitamente temporaneo e comunque eccezionale della disciplina anche penale (art. 4, co. 3 d.l. n. 6/2020) sembra dunque caratterizzare anche la previgente disciplina²⁸.

Se così stanno le cose occorre verificare l'applicabilità al fenomeno successorio della disciplina dettata dall'art 2, co. 5 c.p.

Occorre distinguere due ipotesi.

La prima riguarda i fatti prima punibili ex art. 3, co. 4 d.l. n. 6/2020, oggi costituenti illecito amministrativo ai sensi dell'art. 4, co. 1 d.l. n. 19/2020.

Questa ipotesi copre tutte violazioni delle "vecchie" misure di contenimento del rischio sanitario, se e in quanto corrispondenti all'elenco contenuto nell'art. 1, co. 2 del d.l. n.6/2020.

In tale ipotesi è da ritenersi che la prima legge penale temporanea o comunque eccezionale (art. 3, co. 4 d.l. n. 6/2020) venga travolta dalla successiva legge temporanea o eccezionale, nella parte in cui depenalizza determinati fatti (artt. 4 e 5 d.l. n. 19/2020).

L'eccezione alla regola, stabilita dall'art. 2, co. 5, della irretroattività della legge abolitrice rispetto a leggi eccezionali o temporanee sembra sostenibile sia avendo riguardo al tema più generale della successione tra leggi eccezionali o temporanee, ammessa da una parte della dottrina²⁹ e dalla giurisprudenza più recente³⁰, sia con più specifico riferimento alla vicenda in esame.

In linea generale si è sostenuto che, avuto riguardo alla *ratio* della particolare disciplina derogatoria contenuta nell'art. 2, co. 5, «non dovrebbero esserci ostacoli alla applicazione retroattiva, – in ossequio alla regola generale (art. 2, c. 4) – delle eventuali modifiche in senso favorevole al reo contenute in una legge eccezionale o temporanea successiva che abbia ad oggetto la medesima situazione disciplinata dalla legge precedente»³¹.

In senso analogo si è ritenuto che una nuova legge eccezionale possa disporre essa stessa la propria retroattività, se e in quanto più favorevole al reo³².

Nel nostro caso un'apposita norma transitoria (art. 4, co. 8) ha appunto disposto da un lato la retroattività della legge eccezionale più favorevole (abolitrice: art. 5); dall'altro la retroattività dell'illecito amministrativo punitivo, comunque più favorevole (art. 4, co. 1,) rispetto all'illecito penale contravvenzionale contestualmente depenalizzato.

La seconda ipotesi concerne la successione tra "vecchia" (art. 3, co. 4 l. n. 6/2020) e nuova (art. 5, co. 6 d.l. n. 19/2020) fattispecie penale, nel caso (residuale) di violazione della misura dell'autoisolamento domiciliare da parte di persona che abbia contratto il virus³³, punibile ieri come oggi, ma con fattispecie penali diverse e diversamente sanzionate.

In questa seconda ipotesi la nuova disciplina penale è più sfavorevole, in quanto la più recente fattispecie penale prevede la pena congiunta dell'arresto da 3 a 18 mesi e dell'ammenda da 500 a 5.000 Euro, contro la più mite pena alternativa prevista dalla previgente fattispecie penale (arresto fino a tre mesi o ammenda fino a 206 Euro).

E' dunque pacifico che la nuova legge eccezionale più sfavorevole non possa applicarsi retroattivamente: siamo nell'ambito di disciplina dell'art. 1 c.p., e non dell'art. 2, che al co. 5 deroga solo alla retroattività della legge penale più favorevole, e non al divieto di retroattività della legge meno favorevole.

28. Si riferisce alla disciplina penale dettata dal d.l. n. 6/2020 come ad una disciplina eccezionale A. NATALE, *Il decreto legge n. 19 del 2020*, cit., 5.

29. Per una sintetica rassegna delle tesi sostenute in dottrina v. per tutti C. PECORELLA, in G. DOLCINI-G. GATTA (diretto da), *Codice penale commentato*, Milanofiori Assago, IV ed. 2015, *sub art. 2*, 143 s.

30. Cfr. ad es. Cass. penale sez. I, 30.1.2013, n.11994, in *Iusexplorer*; ; Cass. sez. I, 27.5.2008, n.26316, in *Iusexplorer*.

31. C. PECORELLA, *sub art. 2*, cit., 143.

32. M. ROMANO, *Commentario sistematico del codice penale*, vo. I, ART 1-84, II ed., Milano 2004, *sub art. 2*, 72.

33. E' vero che la misura della quarantena domiciliare, nel d.l. n.6/2020, non specificava che il soggetto in autoisolamento fosse malato; tuttavia in taluni casi poteva esserlo ed avere avuto la diffida a permanere in casa proprio per tale motivo, e in ogni caso le «ulteriori misure» adottabili dalle altre autorità competenti potevano selezionare proprio le stesse condotte oggi ricomprese nell'art. 1, co. 2 lett. e.

4. Sintesi delle questioni di costituzionalità.

L'analisi della (puntiforme) disciplina penale e della assai più ampia disciplina amministrativa-punitiva restituisce l'immagine di una disciplina sanzionatoria complessivamente equilibrata, approdata nella seconda fase (inaugurata dal d.l. n. 19/2020) ad una tipizzazione dell'unico illecito penale e dei tanti illeciti amministrativi sufficientemente precisa, perlomeno ove pensata sul (discutibile) binomio decreto legge/DPCM.

Ricapitolando, l'intervento delle fonti substatali, progressivamente limitato, è del tutto legittimo, traendo legittimazione in poteri legislativi e amministrativi loro assegnati dalla Costituzione.

A nostro avviso non erano riscontrabili violazioni nella disciplina della quarantena, sul presupposto, non condivisibile, che essa mancasse di una base normativa sufficientemente chiara e precisa e che non fosse comunque prevista una tutela giurisdizionale (convalida giudiziaria).

In ogni caso successivi interventi normativi hanno disegnato una disciplina più esauriente e esplicitato la necessità di un provvedimento puntuale della autorità sanitaria, ricorribile al TAR, ciò che pare sufficiente a garantire i diritti di colui che, peraltro, si presume sappia di essere contagiato e a cui si chiede un sacrificio ragionevole e funzionale alla pubblica incolumità. Ciò che però deve fare riflettere non è tanto il profilo sanzionatorio, quanto quello precettivo, ovvero l'incisione di diritti di libertà con intensità e durata inediti, attraverso un meccanismo che formalmente trova la propria base legale nella legge, ma che nella sostanza rimette ai DPCM (o *en passant* ai Presidenti di regione) poteri pervasivi su diritti fondamentali (di circolazione, di impresa, di culto ecc.).

Un problema di fonti, di soggetti istituzionali (il Presidente del Consiglio, o i singoli Presidenti di regione, o i singoli Sindaci), in una orgia, ci si passi il paradosso audace, cui tanti partecipano tenendo però un certo distanziamento l'uno dall'altro e senza coordinarsi, ciascuno geloso custode della propria brama di condizionamento, certo a fin di bene, della vita dei cittadini.

Da questo punto di vista la tipizzazione delle misure di contenimento del rischio sanitario è insufficiente, perché rimanda la vera scelta sulla maggiore o minore compressione di diritti fondamentali ad un uomo solo (o donna, ma non è il nostro caso attuale).

Prevedere, ad es., con decreto legge (poi convertito in legge) che l'ingresso dei luoghi di culto può essere limitato con DPCM (art. 1 lett h d.l. n. 19/2020) significa, nei fatti, demandare scelte politiche delicatissime al Presidente del Consiglio, senza alcuna discussione collegiale neppure interna al Governo; egli potrà in concreto vietare l'apertura delle chiese (o di altri luoghi di culto), o limitarne l'accesso subordinandolo a determinate modalità e tempi, a sua totale discrezione, sotto il cappello a larghissime falde dell'art. 1 d.l. n. 19/2020.

Lo stesso dicasi per la sospensione o limitazione del diritto di riunione o di assembramento in luoghi pubblici o aperti al pubblico (art. 1 lett f d.l. n. 19/2020), o per quasi tutti gli altri casi in cui ai DPCM è demandata la scelta tra soppressione o più mite limitazione dei diritti, con tutte le graduazioni nella loro compressione che sono (seppure a fatica) immaginabili.

5. Un primo bilancio: verso una “normalizzazione” del diritto penale dell'emergenza?

Nel complesso, il d.l. n. 19/2020 – cioè un atto avente forza di legge – introduce una base legale più chiara, razionalizzando il sistema di contrasto all'emergenza COVID-19, che diviene maggiormente “centralizzato” – pur in assenza di una esplicita avocazione di poteri amministrativi e legislativi ex art. 120 Cost. al livello statale – in capo al Governo, con l'attribuzione di un ruolo residuale e comunque tipizzato ai Presidenti di regione³⁴.

Parimenti apprezzabile è la tipizzazione, fin qui mancante, delle misure di contenimento del rischio sanitario, richiesta dal principio di legalità nella misura in cui esse incidono su diritti di libertà.

Come si è osservato³⁵, restava piuttosto da specificare, con legge o atto avente forza di legge, la disciplina della quarantena, la cui violazione, in un caso, costituisce reato.

Ciò è avvenuto successivamente, sebbene in modo non del tutto esauriente (d.l. n. 33/2020).

Sul piano sanzionatorio la risposta del legislatore appare equilibrata.

Largo impiego dell'illecito amministrativo punitivo, ricorso al diritto penale tramite una unica fattispecie contravvenzionale *ad hoc*, ferma restando la possibile (ma improbabile) applicazione di fattispecie delittuose tradizionali (epidemia, omicidio, lesioni).

La nuova fattispecie contravvenzionale, di mera condotta e di pericolo astratto, appare di facile prova (non occorre accertare che colui che viola la quarantena abbia effettivamente contagiato altri soggetti, né tanto meno che abbia causato un eventuale pericolo per l'incolumità pubblica), ed è punita con pena non elevata, tale da non consentire l'arresto in flagranza.

Il punto è assai delicato, perché colui che, positivo al virus, ha violato la quarantena e non faccia spontaneo ritorno nell'abitazione o dimora rappresenta un indubbio pericolo permanente per la salute e l'incolumità pubblica.

Di qui l'opportunità, ma anche la difficoltà di ampliare il ventaglio delle misure “precautelari” che consentano in tempi rapidi, e su base legale, l'immediato ritorno del trasgressore dell'obbligo di quarantena in un proprio domicilio, con cessazione della permanenza del reato.

Una prima soluzione, *de jure condendo*, consisterebbe nell'arricchire il catalogo dell'art. 381 c.p.p. con la nuova contravvenzione prevista dall'art. 4, co. 6 d.l. n. 19/2020³⁶.

De jure condito potrebbe forse valorizzarsi l'art. 4, co. 9 del d.l. in commento, ai sensi del quale «Il Prefetto...assicura l'esecuzione delle misure avvalendosi delle Forze di polizia e, ove occorra, delle Forze armate, sentiti i competenti comandi territoriali...», posto che tra le misure in questione vi è anche quella di cui all'art. 1, co. 2 lett f), ovvero il divieto assoluto di allontanamento dalla dimora per la persona sottoposta a quarantena perché risultata positiva al virus, la cui violazione costituisce appunto contravvenzione e la cui permanenza potrebbe così essere interrotta dalle forze di polizia tramite riaccompagnamento coattivo.

Certo la disposizione richiamata è assai scarna, e nulla dice in termini di modalità operative della misura e di sua eventuale tutela giurisdizionale, che, in ultima analisi, dipenderà dalla riconducibilità all'art. 32 Cost. (sul modello della procedura seguita in materia di TSO) o dell'art. 13 Cost., con tutto il corredo dei conseguenti obblighi di controlli successivi.

Di sicuro la già segnalata lacunosità della disciplina della quarantena tocca anche i profili della sua violazione, o meglio dei poteri di polizia evocati dall'art. 4, co. 9, che certo meriterebbero

34. Anche se le cronache sono ricche come tutti sanno di ordinanze regionali più o meno avanguardistiche probabilmente prese in violazione dei limiti teorici disegnati dal d.l. n. 19/2020: si veda C. RUGA RIVA, *Regioni vs Governo: fino a che punto possono spingersi le ordinanze regionali più restrittive? A proposito di mascherine e altre misure di contenimento del rischio epidemiologico*, SP, 6 aprile 2020.

35. G. GATTA, *I diritti fondamentali alla prova del coronavirus: perché è necessaria una legge sulla quarantena*, in *Sistema penale*, 2 aprile 2020.

36. Sulla problematica possibilità per il legislatore di integrare il catalogo degli artt. 380 e 381 c.p.p. con contravvenzioni si veda M. CHIAVARI, *Diritto processuale penale*, Milano, VIII ed., 2019, 899, e *ivi* nota 2, anche per cenni alla giurisprudenza costituzionale che si è occupata del tema. Se si volesse imboccare questa via bisognerebbe verosimilmente alzare il massimo edittale della contravvenzione, dagli attuali 18 mesi ad una misura superiore a 24 mesi, onde evitare che la misura precautelare finisca con l'essere una misura fine a se stessa, non idonea, data l'entità della pena prevista dalla attuale contravvenzione, e in rapporto ai limiti fissati dalla legge per l'applicazione di misure cautelari, a trasformarsi in arresti domiciliari o in altra misura coercitiva (cfr. sul punto Corte cost. n. 223/2004). Naturalmente una tale opzione legislativa dovrebbe accompagnarsi ad una rinnovata valutazione di maggiore gravità del fatto punito, onde evitare, ancora una volta, che mere esigenze cautelari condizionino (e strumentalizzino) le scelte di diritto penale sostanziale. I recenti studi che ipotizzano una particolare diffusività del virus COVID-19, con lunga persistenza nell'aria, potrebbero fondare un giudizio di relativa maggiore gravità della condotta di chi, positivo al virus, non rispetti la quarantena e si allontani dal domicilio.

maggior specificazione nel quadro di garanzie e procedure che necessariamente devono accompagnare ogni provvedimento limitativo della libertà personale.

Si badi, a scanso di equivoci, che l'opportunità di adottare misure di accompagnamento coattivo al domicilio, tutte da scriversi facendo salve le richiamate garanzie, potrebbe evitare una deriva ben più incidente sulla libertà personale del trasgressore all'obbligo di quarantena.

Non è infatti difficile immaginare che, ove l'art. 4 co. 9 d.l. n. 19/2020 non fosse reputato idoneo allo scopo, non resterebbe alle Procure che la contestazione – magari strumentale – di epidemia, o di altro grave delitto tale da giustificare l'arresto in flagranza del trasgressore errante, con il rischio concreto di (im)piegare il diritto sostanziale ad esigenze processuali, o meglio ad avvertite esigenze cautelari in funzione di tutela della salute pubblica.

La disciplina degli effetti intertemporali pare aver salvaguardato l'applicabilità di sanzioni pecuniarie anche ai fatti pregressi, in larga parte depenalizzati.

Va sottolineata con favore la deroga alla...deroga rappresentata dalla irretroattività della legge penale eccezionale più favorevole, stabilita dall'art. 2, co. 5 c.p.

Nel caso in esame la successiva legge eccezionale ha abrogato la precedente, parimenti eccezionale e più severa, e in altre parti l'ha "sostituita" con sanzioni amministrative, e lo ha fatto sulla base di un ragionevole ripensamento della complessiva risposta sanzionatoria allo stesso fenomeno, sempre in vigenza del periodo di proclamata emergenza, distinguendo, tra tutte le misure la cui violazione costituiva reato, le molte di scarso spessore offensivo dall'unica dotata di reale attitudine offensiva per il bene della salute e dell'incolumità pubblica.

In conclusione, il d.l. 25 marzo 2020, n. 19 rappresenta il tentativo, in buona parte riuscito, di "normalizzare" la disciplina penale dell'emergenza, e ancor prima il riparto di competenze amministrative e di attribuzioni tra le varie istituzioni ed autorità preposte alla tutela sanitaria.

I difetti più eclatanti del previgente assetto di disciplina sono stati superati, specie con riferimento al principio di legalità, anche dal punto di vista penalistico della riserva di legge.

Rimangono problemi rispetto alla disciplina giuridica della quarantena, che pure in parte accennata dal d.l. n. 33/2020 rimane scarna e frammentata, e la cui violazione, a certe condizioni, costituisce reato, impattando dunque anche sulla legalità o meno del provvedimento che la dispone e quindi a valle sull'applicazione della nuova fattispecie penale.

Rimane infine, pur attenuato, il rischio di convergenza di più fonti (DPCM e relative interpretazioni tramite circolari, ordinanze del Ministero della salute, ordinanze dei Presidenti di regione, e in misura minima ordinanze sindacali) su medesimi comportamenti, come già può intravedersi dalle polemiche sulla liceità delle c.d. passeggiate con bambino (e prima con il cane), vietate secondo alcuni Presidenti di regione e consentite secondo talune interpretazioni delle fonti statali.

Come evidente il rischio di divieti od obblighi non coincidenti è foriero di disorientamento per il cittadino tenuto a rispettare le misure di contenimento, sotto minaccia vuoi di sanzioni amministrative punitive vuoi di sanzioni penali.

Per il futuro, quando l'emergenza sarà alle spalle, occorrerà riflettere su di una disciplina "organica" dell'emergenza sanitaria (o forse dell'emergenza *tout court*³⁷), che tragga spunto dai difetti rilevati da molti osservatori e faccia tesoro delle prassi e delle regole virtuose che pure si sono intraviste.

In tale quadro anche il penalista dovrà apportare il proprio contributo, in termini di costruzione di risposte equilibrate e conformi ai principi, in un settore per definizione condizionato da pressanti esigenze di tutela forte di beni giuridici fondamentali.

37. Ad oggi l'emergenza interessa marginalmente il penalista: in riferimento all'art. 2, co. 5 c.p. e rispetto a singole normative disseminate nella legislazione complementare (sulle quali cfr. C. RUGA RIVA *Stato di emergenza e delimitazione territoriale. Verso un nuovo diritto penale dell'eccezione?* in *Riv. it. dir.proc.pen.*, 2009, 1089 ss). Più in generale il codice della protezione civile (d.lgs. n. 1/2018), che non prevede appendici penalistiche (incrimina solo, all'art. 30, l'indebito utilizzo dei segni distintivi della protezione civile), si è rivelato inidoneo a regolamentare i problemi nascenti dalla pandemia.

Capitolo III

I limiti sostanziali del potere punitivo nell'emergenza pandemica: modelli causali vs. modelli precauzionali

di Donato Castonuovo

Sommario:

1. Premessa critica: il ruolo del diritto penale al tempo del coronavirus. - 2. L'imputazione della responsabilità: modello causale vs. modello precauzionale. - 3. Per concludere, in via provvisoria.

1. Premessa critica: il ruolo del diritto penale al tempo del coronavirus.

Vorrei ringraziare gli amici di DiP-LaP per questa inedita occasione di conversazione a distanza. Ma anche esprimere subito il mio disagio.

Nell'emergenza, nello stato di eccezione, il giurista è a disagio più che mai. Beninteso: assai meno rispetto al personale sanitario in prima linea, ma è pur sempre in imbarazzo. Il giurista - anche durante la pestilenza - ha il compito di trovare una misura, una giustezza, in una situazione per definizione smisurata ed eccezionale. Nei diversi ruoli che può essere chiamato a giocare - consigliere del principe (di uno dei tanti, principi o satrapi sparsi per la penisola, isole comprese), interprete o critico di norme, difensore o consulente - si troverà pur sempre in una posizione scomoda, perso nei suoi "bilanciamenti perversi": diviso tra la tragica concretezza degli effetti mortiferi della pandemia e l'inedita compressione delle libertà fondamentali. E a furia di bilanciamenti... talvolta si diventa squilibrati.

Forte è la tentazione, allora, dinanzi alle gravi, gravissime e perduranti restrizioni alle libertà, alla loro spesso irragionevole mutevolezza nel tempo e nello spazio, alla diversificazione secondo tendenze da strapaese, in un'orgia di particolarismo che non ha probabilmente eguali all'ora attuale nel mondo conosciuto, dinanzi a tutto questo, dicevo, forte è la tentazione dell'afasia. E del ripiegamento verso fonti altre, del sapere più che del diritto. Per vedere se c'è un senso in questa cosa smisurata, ci si rivolge alla filosofia, si riprendono i classici, si inseguono delle reminiscenze, non tutte nobili, si rievoca Carl Schmitt ("sovrano è colui che decide sullo stato di eccezione"); o si rilegge Michel Foucault (i corpi come oggetto della biopolitica; la microfisica del potere; dall'esclusione dei lebbrosi alla inclusione, invece, degli appestati, oggetto questi ultimi di tecniche di biopotere come le quarantene; il potere "sorvegliante" - che in questi giorni può ricorrere a un novello *Panopticon* dal nome rassicurante, quasi carino: "Immuni"). Oppure, assecondando le proprie inclinazioni, e forse in definitiva con maggior profitto, ci si rivolge alla letteratura: a quella che viene in mente a chi non ha troppa originalità di ricerca, come il sottoscritto: Manzoni, e il suo indimenticabile *a fresco* sulla peste milanese del 1630, dai *Promessi sposi* alla *Colonna infame*; Camus, la cui prosa asciutta restituisce immagini sorprendentemente speculari a quelle odierne (nel parlare della quarantena, definita "queste insopportabili vacanze", e nel descrivere l'indecisione iniziale nel prendere e applicare le misure di chiusura della città, nel rendere quelle misure via via più "draconiane" col crescedelle evidenze...)¹.

1. Manzoni a parte, oltre alle raffigurazioni della piaga epidemica rinvenibili nell'antichità classica (in particolare, la peste di Atene del 430-429 a.C., raccontata

Queste confuse geremiadi – di cui mi scuso con gli amici di DiPLaP, che di nuovo ringrazio – per dire che ci sarebbe punto o poco da dire, assecondando invece il proprio sconcerto dinanzi all’epidemia. Uno smarrimento anche giuridico, che non trova parole al cospetto della compressione delle libertà, via via avvertita come sempre più pesante; e al cospetto dell’applicazione talora capricciosa, da parte dei tanti “sorveglianti” (in senso foucaultiano e, dunque, senza offesa...), di misure spesso indefinite, foriere dell’esercizio di un potere a tratti scempio, sciocco, senza misura, senza giustizia, come è prevedibile che sia in una situazione di confusione e indeterminatezza, eretta a (provvisorio) sistema da parte dei decisori pubblici a tutti i livelli. Col rischio che i provvedimenti adottati (contemplati “in cento gride”, per scomodare ancora il Manzoni) diventino una manipolazione della paura, forse involontaria², quindi ancor più pericolosa (uno stato di eccezione - se fosse davvero tale - sgangherato e maldestro). Col rischio, inoltre, che tali provvedimenti diventino occasionali - ma non meno gravi - atti di autoritarismo localistico; con occhiuto calcolo dei metri di distanza dal domicilio - quanti? i 200? i 500? Una ferocia instillata (di nuovo: sapientemente? involontariamente?) nei cittadini: per settimane, il *nemico pubblico numero uno* in Italia è stato il *jogger!* Provvedimenti presi alla luce di consulenti scientifici che paiono adepti di una scienza altrettanto smarrita di fronte all’emergenza, una scienza a tratti contraddittoria sul piano della *comunicazione del rischio*: mascherine inutili, mascherine fondamentali... (per fermarsi a un solo esempio).

E poi c’è il diritto penale, anche. Storicamente, la peste sembra avere un rapporto stretto con il diritto criminale: basti pensare alle “gride” oppure al processo agli untori durante la peste milanese di quattro secoli fa³. Forse v’è perfino una metafisica della peste che lega l’epidemia alla colpa⁴.

Nel caso delle misure anti-Covid, tuttavia, mi pare che il ruolo del penale sia, al momento, recessivo e marginale. Insomma, io non penso che il diritto penale stia «al centro di questo quadro a tinte fosche»⁵; con l’eccezione del settore del diritto penitenziario (la situazione del carcere e dei carcerati durante l’emergenza, quella sì, dovrebbe interessare ogni cultore del diritto e, per vero, ogni cittadino)⁶. Anche se, certamente, l’emergenza in atto e la sua gestione interpellano anche il penalista, benché - restando ai giuristi - assai meno di quanto interpellino il cultore del diritto costituzionale, del diritto amministrativo, del diritto pubblico in genere, del “diritto dei diritti umani”, del processualista, semmai della teoria e filosofia del diritto. Ma tant’è: complici anche le nuove e mai abbastanza lodate riviste *on line*, si è quasi subito innescata un’epidemia parallela al Covid (per fortuna, credo, benigna), rappresentata da una messe di contributi di colleghi penalisti (che nemmeno all’epoca di Taricco...), facendo del cultore

da Tuciddide, *La guerra del Peloponneso*, libro II, nonché da Lucrezio, *De rerum natura*, libro VI), si potrebbe rileggere, con eguale piacere, anche taluna tra le tante rappresentazioni distopiche e post-apocalittiche legate al flagello epidemico, a partire da un archetipo come *La peste scarlatta* di Jack London (*The Scarlet Plague*, 1912). O, anche, descrizioni più cronachistiche, come quella di Daniel Defoe, *Dario dell’anno della peste*, anche tradotto come *La peste di Londra* (*A Journal of the Plague Year*, 1722), resoconto realistico dell’epidemia che colpì nel 1665 Londra e parte dell’Inghilterra. Difficile però trovare pagine più aderenti alla nostra drammatica attualità di quelle (letterarie, nel senso di immaginarie, benché permeate di realismo) di Albert Camus, pur nella diversità del flagello (non di origine virale, ma batterica, come è per la peste bubbonica e polmonare) e nella dimensione locale e non pandemica della pestilenza raffigurata nel romanzo del premio Nobel francese (*La peste*, Gallimard, 1947).

2. Cfr. F. BARTOLI, *Il diritto penale dell’emergenza “a contrasto del coronavirus”: problematiche e prospettive*, in *Sist. pen.*, 24 aprile 2020, 4, dove scrive di «un moderno e per certi aspetti inedito “autoritarismo” da gestione del rischio”: insomma, è interessante osservare come si sia passati da un rischio di autoritarismo – per così dire – doloso, volto a fronteggiare fenomeni dolosi e perseguito con piena cognizione e volontà, ad un rischio di autoritarismo colposo, derivante dal contrasto a fenomeni colposi e nella sua causa più accidentale che voluto».

3. Cfr. C. MUSUMECI, “*Il funesto delitto*”: il contagio e l’imbarazzo dei giuristi, in *Historia et ius*, 2017, 1 ss.

4. V. S. GIVONE, *Metafisica della peste. Colpa e destino*, Einaudi, 2012. Il filosofo, «facendo interagire estetica, filosofia e letteratura si interroga sulla peste come infezione più della mente che del corpo poiché simbolicamente rappresenta il fato, il destino o la maledizione che grava sull’essere umano in quanto mortale» (così C. MUSUMECI, “*Il funesto delitto*”: il contagio e l’imbarazzo dei giuristi, cit., 2, nt. 8).

5. Così, invece, in un suo accurato editoriale, A. BERNARDI, *Il diritto penale al tempo della COVID-19*, in corso di pubblicazione in *Dir. pen. proc.*, ove si estendono i temi del «diritto penale del coronavirus» ben oltre la disciplina sanzionatoria per le violazioni delle prescrizioni adottate per fronteggiare l’epidemia e anche al di là dei problemi concernenti le forme di responsabilità colposa correlate al rischio epidemico, prendendo in considerazione anche «la tutela penale dei soggetti impegnati nel debellare il nuovo coronavirus e dei soggetti vulnerabili, gli uni e gli altri esposti a forme particolarmente odiose di criminalità» (furti e truffe commessi in tempo di “calamità”, per la repressione dei quali l’A. giudica inadeguate le attuali circostanze aggravanti); e, ancora, «la questione delle condotte di aggressione patrimoniale realizzate in stato di necessità» (es. assalti ai supermercati, invasioni di edifici). Ma sulla considerazione di quelli che, a mio avviso, sono “effetti collaterali” della crisi epidemica, si dirà subito nel testo.

6. Anche questo tema, il carcere al tempo della peste, s’affaccia nel romanzo di Camus, come quasi tutti gli altri temi così evidenti nella crisi odierna: l’organizzazione della quarantena, degli ospedali, dei lazzaretti, dei campi, della contabilità della peste, della comunicazione del rischio epidemico da parte delle autorità, dei funerali, dei tentativi di debellare il male, degli effetti collaterali del flagello sugli uomini e sulle donne della città, sulla solidarietà, su un dovere di fare che non si auto-percepisce come espressione di eroismo...

del penale sostanziale un attore tanto loquace nelle riviste di settore quanto silente (e ininfluen- te) sulla scena in cui si svolge il dibattito pubblico.

Se si volesse allargare lo sguardo a tutto lo spettro delle possibili ricadute penalistiche, intese quali “effetti collaterali” della crisi epidemica, è evidente che il diritto penale assumerebbe – e, facile vaticinio, assumerà a lungo – una sua *centralità* anche (e come potrebbe essere diversamente?) in questa epocale vicenda. Peraltro, le sequele economiche e sociali (ma anche politiche) della attuale crisi sanitaria saranno, prevedibilmente, di enorme portata, estendendosi dalle “scelte tragiche” imposte dalla scarsità di “risorse sanitarie” durante la fase più acuta dell’epidemia⁷, alle infiltrazioni della criminalità organizzata e ai vari profili penali degli interventi di sostegno pubblico alle attività produttive, alla disciplina della crisi d’impresa dopo l’emergenza sanitaria⁸, alle manovre speculative di vario genere⁹, fino alla tutela di (altre) possibili vittime vulnerabili durante il confinamento¹⁰. E gli esempi potrebbero moltiplicarsi (basta navigare su una qualsiasi delle riviste penalistiche consultabili in rete per rendersene agevolmente conto)¹¹.

Tuttavia, nelle presenti note “a caldo” sul diritto penale al tempo del coronavirus, come imposto anche dal tema specifico assegnatomi (modelli causali vs. modelli precauzionali di risposta sanzionatoria), si prenderanno in considerazione esclusivamente i due profili che ritengo più strettamente e direttamente correlati al contrasto dell’epidemia: la (speciale) disciplina penale delle misure anti-Covid e la configurabilità delle (comuni) fattispecie di responsabilità in caso di contagio o di evento epidemico. Un binomio di questioni che, come ancora si vedrà, restituisce un’immagine di (opportuna) marginalità del diritto penale.

Non nego che nei prossimi mesi e anni ci saranno problemi (anche formidabili!) legati alla gestione giudiziaria delle ipotesi di responsabilità penale legate alla pandemia (e sin da ora alla gestione politica e legislativa della crisi, si pensi alle questioni in tema di fonti¹² o alle ipotesi di scudo penale o alle altre forme di immunità o formule varie di limitazione della responsabilità del personale medico, di cui si discuterà nei prossimi interventi)¹³. Nego però che, oggi, il problema centrale sia di natura penale (*Silete poenologi!*, direbbe, forse, Massimo Pavarini); e ritengo, invece, che al centro della riflessione debbano stare i limiti alle draconiane riduzioni

7. Cfr., ad es., GM. CALETTI, *Emergenza pandemica e responsabilità penali in ambito sanitario. Riflessioni a cavaliere tra “scelte tragiche” e colpa del medico*, in *Sist. pen.*, 5 maggio 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 *Le regole e la vita: del buon uso di una crisi tra letteratura e diritto*, e-book, a cura di G. FORTI, Vita e pensiero, 2020, 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 *Giur. pen. web*, n. 4, 14 aprile 2020.

8. Cfr., per tutti, F. MUCCIARELLI, *Finanziamenti garantiti ex d.l. 23/2020: profili penalistici*, in *Sist. pen.*, 4 maggio 2020. Nell’analizzare le «principali direttrici lungo le quali si svilupperà il rischio penale nell’era post-lockdown», con speciale riferimento ai reati economici, si elencano, ad esempio, «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»: così J. P. CASTAGNO - A. A. STIGLIANO, *L’anno che verrà: che ruolo avrà il diritto penale nell’ambito della ripresa economica? Prima parte*, in *Giur. pen. web*, n. 5, 1 maggio 2020 (i passi citati sono ripresi dall’abstract).

9. Cfr., ad es., 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 *Sist. pen.*, 1 maggio 2020.

10. Ad es., le categorie più esposte al contagio, come il personale sanitario, e le vittime di violenza domestica. Cfr. F. D’ALESSANDRO, *Le vittime vulnerabili all’epoca del coronavirus: dalle vittime di violenza domestica agli operatori sanitari esposti al contagio*, in *Le regole e la vita: del buon uso di una crisi tra letteratura e diritto*, a cura di G. FORTI, cit., 99 ss.

11. Anche le responsabilità del datore di lavoro in caso di “lavoro agile” fanno parte di questa amplissima corona di effetti collaterali sul piano della responsabilità penale: cfr. S. TORDINI CAGLI, *Smart working, sicurezza e responsabilità penale. Alcuni spunti problematici*, in *Penale. Diritto e procedura*, 20.4.2020. Mi pare evidente, a questo punto, che, se intese in questo senso, le ricadute penalistiche della crisi sanitaria sembrano addirittura ingovernabili, come “normale” al cospetto di una vicenda “eccezionale” e di portata appunto epocale.

12. Sul quale, per tutti, con diversi svolgimenti: G. L. GATTA, *Coronavirus, limitazione di diritti e libertà fondamentali, e diritto penale: un deficit di legalità da rimediare*, in *Sist. pen.*, 16 marzo 2020; Id., *I diritti fondamentali alla prova del coronavirus. Perché è necessaria una legge sulla quarantena*, in *Sist. pen.*, 1 aprile 2020; 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 *Legisl. pen.*, 6 aprile 2020.

13. In relazione alla scarsità di risorse in ambito sanitario emersa drammaticamente durante le fasi acute dell’epidemia, la questione della responsabilità o della irresponsabilità potrebbe avere anche una “piega europea”, tanto sul piano della Convenzione e.d.u., con riferimento agli obblighi positivi di tutela del diritto alla vita e alla salute; nonché su quello della Carta dei diritti fondamentali dell’UE (artt. 2 e 35). Nel primo ambito, si veda la giurisprudenza richiamata in Corte e.d.u., G.C., 19 dicembre 2017, *Lopes de Sousa Fernandes c. Portugal*: al di là dell’esito di ritenuta non violazione del profilo sostanziale, ma solo di quello procedurale dell’art. 2 della Convenzione, la Corte, da un lato, ricorda come spetti comunque agli Stati la determinazione circa le allocazioni delle – limitate – risorse in ambito sanitario (§ 175) e come non basti la semplice constatazione della colpa medica degli operatori ai fini dell’affermazione della responsabilità delle Parti contraenti (§ 168 ss.); d’altro canto, la stessa ricorda come è stata invece ritenuta la violazione del diritto alla vita in casi – benché diversi da quelli ipotizzabili nell’attuale contesto eccezionale di crisi generalizzata su scala regionale o nazionale – di assenza totale di cure in ragione della mancanza di posti o di attrezzature adeguate quale effetto di disfunzioni sistemiche o strutturali del servizio ospedaliero derivanti da un difettoso «quadro di regolamentazione» (in part. §§ 179, 182 ss., 185-196). Sul punto si rinvia a V. FELISATTI, *La tutela della salute nel contesto della Convenzione europea dei diritti dell’uomo. Riflessioni sull’applicabilità del modello all’emergenza Covid-19*, contributo in corso di pubblicazione (in part., § 3.2.2).

della libertà (che interrogano anche – ma non prevalentemente, e, forse, anzi, soltanto marginalmente – il penalista)¹⁴; oppure, ribadisco, a voler cercare una questione da porre immediatamente al penalista (e non solo a questi), si fa presto a imbattersi e ad inciampare nella ingombrante questione carceraria e nella ricerca di soluzioni per fronteggiare l'attuale emergenza per quella umanità dolente¹⁵.

E va bene. Oramai sono qui (ovunque sia, nello spazio, questo “qui” elettronico), qualcosa dovrò dire; e, forse, potrò scrivere anch'io, ma più tardi, dopo più matura riflessione. Intanto, mi appunterò cose emergenziali, non sedimentate, superficiali, allo stato dell'*arte* – arte!, si fa per dire.

2. *L'imputazione della responsabilità: modello causale vs. modello precauzionale. Note minime.*

La questione del ricorso al diritto penale durante la crisi pandemica è stata risolta in maniera diversificata nei vari ordinamenti, muovendosi tra i poli opposti della auto-responsabilità o della coercizione punitiva, facendo prevalere ora l'uno ora l'altro. Il ricorso alla sanzione “punitiva” si mostra, inoltre, oscillante tra una risposta sanzionatoria panpenalistica o simbolico-espressiva e una più equilibrata valorizzazione della scalarità dell'offesa (da noi, questa seconda via è stata imboccata almeno dal d.l. n. 19 del 2020)¹⁶.

Ci si può chiedere: quanta prevenzione e quanta precauzione sono necessarie (e legittime) in situazioni di crisi sanitaria di questa (epocale) portata? La questione può essere rappresentata mediante la contrapposizione contenuta nella sapiente formulazione del tema assegnatomi dagli organizzatori di questo seminario: modelli causali (causalità anche solo potenziale, come negli illeciti di pericolo privi di evento dannoso) vs. modelli precauzionali.

I cultori di diritto penale che si sono sin qui occupati del *penale al tempo del Covid* si possono, forse, dividere in almeno tre gruppi (prendo spunto da talune acute riflessioni di GA De Francesco, semplificandole e usando una terminologia diversa)¹⁷.

Quelli che chiamerei i *legittimisti* (condividono le scelte sanzionatorie del governo, augurandosi un carattere più circoscritto e temporalmente limitato delle misure).

Poi ci sono i *rigoristi* (lamentano la scarsa efficacia deterrente delle norme adottate, auspicando soluzioni repressive più rigorose).

E in ultimo vengono i *garantisti* (preoccupati dalle derive da stato di eccezione, poiché il bilanciamento effettuato tra sicurezza e libertà finisce per assegnare una pericolosa prevalenza alle ragioni della prima a discapito di quelle della seconda).

Si potrebbero anche istituire analogie, come fanno diversi tra gli Autori che si sono già cimentati con l'attuale crisi sanitaria, tra situazioni già sperimentate, ad esempio l'emergenza terroristica e l'emergenza immigrazione, ambiti dove pure si è talora evocato – per lo più in maniera del tutto impropria - il ricorso al principio di precauzione. Ma questa, certo, non è un'emergenza come le altre¹⁸. Torniamo alle misure di oggi.

Quale la natura delle misure di “confinamento”? Hanno struttura precauzionale?

14. Tutto questo al netto della sempre possibile qualificazione come *matière pénale* dei divieti (incidenti sulle libertà economiche e di circolazione, riunione etc.) sanzionati in via amministrativa (sulla questione, in generale, AA.VV., *La «materia penale» tra diritto nazionale ed europeo*, a cura di M. DONINI - L. FOFFANI, Giappichelli, 2018; nonché L. MASERA, *La nozione costituzionale di materia penale*, Giappichelli, 2018).

15. Si veda, in merito, il documento dell'Associazione italiana dei professori di diritto penale (AIPDP), *Osservazioni e proposte del Consiglio direttivo AIPDP sull'emergenza carceraria da coronavirus*, 23 marzo 2020 (www.aipdp.it).

16. Cfr. C. CUPELLI, *Emergenza COVID-19: dalla punizione degli “irresponsabili” alla tutela degli operatori sanitari*, in *Sist. pen.*, 30.3.2020.

17. GA DE FRANCESCO, *Dimensioni giuridiche ed implicazioni sociali nel quadro della vicenda epidemica*, in *Legisl. pen.*, 23 aprile 2020, 1 s.

18. Cfr. GA DE FRANCESCO, *Dimensioni giuridiche ed implicazioni sociali nel quadro della vicenda epidemica*, cit., 2.

Si tratta di misure draconiane e inedite (scuole, università, biblioteche, musei, cinema, teatri chiusi; attività produttive e commerciali vietate; libertà di circolazione e di riunione annullate o ridotte al minimo...); ma di misure che sono (=debbono essere) anche provvisorie, adattive, dinamicamente variabili (in aumento o in diminuzione) sulla base dell'effettivo andamento del rischio epidemico, proporzionate in relazione all'adeguatezza specifica anche su base territoriale (proporzione e ragionevolezza da valutarsi sulla base dell'andamento epidemiologico del virus e sull'acquisizione di conoscenze tecnico-scientifiche via via aggiornate)¹⁹.

In realtà, attesa la *drammatica concretezza degli effetti sulla salute e sulla vita* (oltre che più in generale sulla tenuta del sistema sanitario), ma anche *l'incompletezza delle conoscenze scientifiche* che caratterizza la pandemia in corso, la situazione restituisce un'immagine chiaroscurale che mostra un intreccio forse inedito e *da manuale* tra precauzione e prevenzione, tra ancora ampia e profonda incertezza nomologica, tipica del principio di precauzione, e zone di maggiore solidità sul piano cognitivo, tipiche del principio di prevenzione²⁰.

Che cos'è, allora, questo *diritto penale al tempo della peste*?

Per la verità, le aree di pertinenza penale, all'ora attuale, sono circoscritte – con riferimento alla penalizzazione esplicita e diretta – alla sola violazione della quarantena obbligatoria da parte dei soggetti positivi, sanzionata mediante rinvio alla contravvenzione dell'art. 260 r.d. 27 luglio 1934, n. 1265, fattispecie già punita con la pena alternativa, irrobustita per l'occasione sul piano sanzionatorio. Così l'art. 4 comma 6 d.l. 25 marzo 2020, n. 19: «Salvo che il fatto costituisca violazione dell'articolo 452 del codice penale o comunque più grave reato, la violazione della misura di cui all'articolo 1, comma 2, lettera e, è punita ai sensi dell'articolo 260 del regio decreto 27 luglio 1934, n. 1265, Testo unico delle leggi sanitarie, come modificato dal comma 7»²¹.

Domanda: vista la drammaticità dell'emergenza sanitaria, anziché affidarsi per i casi *più gravi* alla fattispecie di epidemia colposa (art. 452 c.p.), richiamata espressamente nell'*incipit* della disposizione (art. 4 d.l. n. 19/2020), ma la cui applicabilità potrebbe rivelarsi difficoltosa (v. *infra*), si poteva immaginare un delitto di nuovo conio (una fattispecie di *contagio*), incentrato su un evento *contagio* qualificato dal pericolo di ulteriore diffusione?²². Domanda che lascio senza risposta, per mancanza di tempo (e, certo, anche un po' per pigrizia).

Al di là di quest'unico caso di rilevanza penale espressa (violazione della quarantena), resta il penale "implicito", quello "comune", in cui non servono norme speciali e *ad hoc*: ovverosia, la possibilità di configurare una responsabilità penale colposa (tralascerei per mancanza di tempo

19. Cfr. lo stesso art. 2 co. 1 d.l. 25 marzo 2020 n. 19.

20. Per brevità di discorso, sulla distinzione tra principio di precauzione e principio di prevenzione, e per la tematizzazione degli usi (terminologicamente e politicamente) impropri del secondo, si consenta di rinviare a precedenti contributi (*Le sfide della politica criminale al cospetto delle generazioni future e del principio di precauzione: il caso ogm*, in *Riv. Trim. dir. pen. econ.*, 2013, n. 3, 393 ss.; e già *Principio di precauzione e diritto penale. Paradigmi dell'incertezza nella struttura del reato*, Aracne, 2012, 25 ss.). E qui anche la dimostrazione dell'incompatibilità logica del principio di precauzione con le categorie classiche dell'imputazione penale, fondate sul paradigma della certezza nomologica (rischio, causalità, pericolo, colpa) (*ibidem*, 43 ss.); e l'accostamento, invece, delle fattispecie fondate sul principio di precauzione, al vecchio modello dei reati di mera disobbedienza, con l'aggiunta di taluni caratteri differenziali – la almeno iniziale valutazione scientifica del rischio, pur a fronte di una incompletezza del corredo cognitivo – capaci, eventualmente, di rendere più "razionali" tali innovative fattispecie rispetto al loro risalente antecedente (*ibidem*, 39 s.).

21. Questo il testo dell'art. 260 r.d. 27 luglio 1934 n. 1265 come modificato dall'art. 4 comma 7 d.l. 19/2020: «Chiunque non osserva un ordine legalmente dato per impedire l'invasione o la diffusione di una malattia infettiva dell'uomo è punito con l'arresto da 3 mesi a 18 mesi e con l'ammenda da euro 500 ad euro 5.000». Prima del d.l. 19/2020, si faceva riferimento all'art. 4 d.p.c.m. 8 marzo 2020, che, rispetto al divieto di circolazione per i soggetti positivi, stabiliva: «Salvo che il fatto costituisca più grave reato, il mancato rispetto degli obblighi di cui al presente decreto è punito ai sensi dell'articolo 650 del codice penale, come previsto dall'art. 3, comma 4, del d.l. 23 febbraio 2020, n. 6». Questa disposizione (al netto di tutti i problemi di legalità prontamente rilevati dalla dottrina), con la sua clausola di sussidiarietà, apriva già la strada, sebbene in maniera implicita, all'applicazione dell'art. 452 c.p. in caso di violazione della quarantena obbligatoria per soggetti positivi al coronavirus, come fa ora, in maniera esplicita, l'art. 4 d.l. 19/2020.

22. Come noto, il nostro codice conosceva una fattispecie delittuosa di contagio, limitatamente alla sifilide e alla blenorragia, ma con struttura del tutto "inutile" per fronteggiare le tipologie di contagio da Sars-Cov-2: art. 450 c.p., abr. dall'art. 22 l. 22 maggio 1978 n. 194 (legge sull'aborto), contestualmente all'abr. del famigerato titolo X, *Delitti c. l'integrità e la sanità della stirpe*. Se ne riporta il testo: art. 450 - *Contagio di sifilide e di blenorragia*: «Chiunque, essendo affetto da sifilide e occultando tale suo stato, compie su taluno atti tali da cagionargli il pericolo di contagio, è punito, se il contagio avviene, con la reclusione da uno a tre anni. /Alla stessa pena soggiace chi, essendo affetto da blenorragia e occultando tale suo stato, compie su taluno gli atti preveduti dalla disposizione precedente, se il contagio avviene e da esso deriva una lesione personale gravissima. /In ambedue i casi il colpevole è punito a querela della persona offesa. / Se il colpevole ha agito a fine di cagionare il contagio, si applicano le disposizioni degli articoli 583, 584 e 585».

il penale del dolo, capace di porre questioni più facili e insieme più difficili) di *semplici cittadini* (anche non sottoposti a quarantena obbligatoria), *operatori sanitari*²³, *dirigenti di ospedali o RSA, dirigenti di aziende sanitarie, datori di lavoro*²⁴, *enti collettivi* (ai sensi, verosimilmente, dell'art. 25-septies d.lgs. 8 giugno 2001, n. 231)²⁵, di *decisori politici* nazionali o locali. Una serie di soggetti a cui è demandato il compito, difficilissimo, del *governo della peste*²⁶: i vari “garanti”, definibili alla stregua di gestori, pro quota, del rischio Covid, ai diversi livelli di competenza (in questo senso, ogni singolo cittadino, nel perimetro delle pretese cautelari che l'ordinamento gli rivolge, potrebbe assumere il ruolo di “garante” in senso ampio rispetto al rischio di diffusione del contagio)²⁷.

Ora, partendo da questo diritto penale comune, e non emanato *ad hoc* per l'emergenza, il quesito parrebbe il seguente: come costruire una imputazione in caso di evento dannoso (morte, lesioni)? Esempio più plausibile: in un contesto di responsabilità del datore di lavoro (rispetto all'infezione patita dal medico di una struttura o dal cassiere di un supermercato), anche in presenza di violazioni alle regole cautelari (es. mancata fornitura di d.p.i. o mancato rispetto delle norme di distanziamento etc.), l'individuazione della fonte del contagio rimane difficile e forse impossibile in ragione dell'*ubiquità del rischio contagio*. Vero che taluni soggetti (medici, infermieri, ricoverati, ospiti di RSA, in misura minore anche, ad es., cassieri) sono esposti a una *quota aggiuntiva di rischio*, difficilmente misurabile, ma più o meno significativa a seconda della situazione concreta; vero anche che resta, tuttavia, la difficoltà, nella logica della causalità individuale, di ricondurre i singoli eventi di contagio ad una precisa condotta inosservante²⁸.

Dicevo che la strada della responsabilità per omicidio/lesioni, prima che per la ricostruzione della colpa (e anche in presenza di una “colpa oggettiva”), è forse impossibile già sul piano della causalità. Quel “forse” dipende da un dubbio (*apro una parentesi di... fantascienza*): si è letto sulla stampa del (formidabile) lavoro di investigazione che avrebbero svolto gli epidemiologi tedeschi per ricostruire la catena di contagi del primo focolaio individuato in Germania (Stockford, Baviera)²⁹. Ebbene, a quanto si legge, gli scienziati tedeschi avrebbero descritto, in un articolo, sottoposto (ma non so se, poi, pubblicato) alla prestigiosa rivista scientifica *the Lancet*, l'indagine epidemiologica, la quale sarebbe stata svolta ricavando informazioni sugli spostamenti e i contatti dei primi contagiati, ma anche ricorrendo al *sequenziamento dei geni del virus dei vari malati*. Domanda: considerando le mutazioni virali che si accumulano da un contagio all'altro, si potrebbe capire chi è stato infettato prima e chi dopo? Per ora è fantascienza, ma se, quando si celebreranno i processi per contagio da coronavirus, questa possibilità di accertamento fosse acclarata, direi che saremo tutti pronti a rivedere le nostre convinzioni più sedimentate in tema di causalità in casi come questi.

Nel modello causale rientra anche la fattispecie di epidemia colposa (artt. 438 e 452 c.p.), richiamata espressamente, come noto, nella clausola di sussidiarietà dell'art. 4 d.l. n. 19/2020 per la violazione della quarantena obbligatoria per i soggetti positivi al nuovo coronavirus; ma

23. Sulla inadeguatezza dell'art. 590-sexies C.p. rispetto allo scopo di una riduzione della responsabilità dei medici durante la crisi epidemica, C. CUPELLI, *Emergenza COVID-19: dalla punizione degli “irresponsabili” alla tutela degli operatori sanitari*, cit.

24. Sul datore di lavoro nel contesto ospedaliero, G. LOSAPPIO, *Covid-19 e infortuni sul lavoro in ambito ospedaliero*, in *Giur. pen. web*, n. 3, 23 marzo 2020.

25. Sul datore di lavoro in generale, anche nella prospettiva della responsabilità dell'ente collettivo, C. CORSARO - M. ZAMBRINI, *Compliance aziendale, tutela dei lavoratori e gestione del rischio pandemico*, in *Giur. pen. web*, 3, 26 marzo 2020.

26. L.A. MURATORI, *Del governo della peste e della maniera di guardarsene*, 1714.

27. Per la nozione di “garante” come gestore dello specifico rischio concretizzatosi nell'evento, anche a prescindere dalla forma omissiva impropria o commissiva della fattispecie, cfr. Cass. S.U., 24 aprile 2014, n. 38343 (caso ThyssenKrupp). In dottrina, la tematizzazione più approfondita della nozione di competenza (per il rischio) si rinviene in L. CORNACCHIA, *Concorso di colpe e principio di responsabilità penale per fatto proprio*, Giappichelli, 2004, *passim*, e in M. DONINI, *Imputazione oggettiva dell'evento. “Nesso di rischio” e responsabilità per fatto proprio*, Giappichelli, 2006, *passim*.

28. Con riferimento alla pandemia in corso, tra i primi a porre la questione dell'imputazione dell'evento nei delitti di omicidio e lesioni o in quello di epidemia, V. VALENTINI, *Profili penali della veicolazione virale: una prima mappatura*, in *Arch. pen.*, 8 aprile 2020.

29. Si veda, per es., E. DUSI, *Coronavirus, “Mi passi il sale?”*. *Cronaca di un contagio impossibile in una mensa di Monaco*, in www.repubblica.it (consultato il 9 aprile 2020).

che potrebbe essere contestata (in luogo dei – o in aggiunta ai – delitti di omicidio e lesioni) anche in altre ipotesi, ad es. quelle dei responsabili di RSA od ospedali o dei datori di lavoro, alle quali mi riferivo poc'anzi.

Il delitto di epidemia – al netto delle applicazioni che verranno – rientra pur sempre nel modello causale (non in quello precauzionale: quindi è - e dovrà restare – uno strumento da diritto penale di prevenzione), perché è un reato di evento (di evento di pericolo, rappresentato dall'epidemia: *chiunque cagiona un'epidemia*; necessario, quindi, un evento di contagio plurimo con ulteriore concreta capacità diffusiva). Questo, ovviamente, al di là delle controversie sulla natura della fattispecie presenti anche in dottrina; e al di là della gestione che volesse poi farne, nel prossimo futuro, la magistratura (e su questo saremo vigili: è il nostro lavoro di penalisti, sappiamo che non è decisivo, ma sappiamo pure che, quello sì, sarà compito nostro...).

Il Covid-19 è una patologia infettiva che ha, in astratto, tutte le caratteristiche di diffusività che caratterizzano – sul piano oggettivo – il delitto di epidemia. Azzardo un'ipotesi: potrebbe essere significativo per la configurabilità della fattispecie di epidemia, in particolare per misurare la diffusività dell'agente patogeno, anche la considerazione del più o meno elevato indice R_0 (o, a seconda dei casi, R_t), il numero medio di infezioni secondarie prodotte da ciascun individuo infetto, che, come oramai noto, è variabile nelle varie fasi di un'epidemia³⁰. Bisognerà rifletterci meglio, ma forse l'indicatore R_0 (questa *matematica del contagio*, secondo la bella espressione dello scrittore Paolo Giordano)³¹ potrebbe essere utilizzato per dimostrare la specifica pericolosità in concreto del contagio nel singolo frangente temporale: soltanto con un R_0 o R_t elevato, per lo meno pari o superiore a 1, si potrebbe ravvisare, nel fatto che ha portato ai contagi, un effettivo pericolo di diffusività epidemica. Tale indicatore potrebbe assumere rilevanza anche sul piano dell'elemento soggettivo colposo o doloso, da verificare al momento della condotta di trasmissione del patogeno. Sin dall'inizio dell'epidemia si è invero detto che si tratta di una malattia molto contagiosa e ad elevata trasmissibilità. Nel momento in cui l'indice di trasmissibilità divenisse meno elevato o quasi esiguo, e tale dato fosse conosciuto o facilmente conoscibile, si potrebbe argomentare per un elemento psicologico meno intenso o insussistente? Ad esempio: soltanto colpa lieve (con rilevanza commisurativa) o nessuna colpa (con conseguente insussistenza del reato) in presenza di un indice di trasmissibilità esiguo al momento della condotta, pur a fronte di un focolaio epidemico poi effettivamente innescato.

Ovvio che anche in relazione al delitto di epidemia resteranno problemi di accertamento della causalità, che richiede pur sempre l'esclusione di decorsi etiologici alternativi. Trattandosi però di un evento di pericolo a dimensione collettiva potrebbe aprirsi, sebbene problematicamente, la possibilità di un accertamento della causalità su base epidemiologica. Ad esempio: molti operatori e pazienti od ospiti di quella data struttura sanitaria o assistenziale (o di quell'istituto penitenziario) si sono ammalati o sono morti per essersi ammalati di Covid-19; molti dipendenti di quell'impresa hanno subito la stessa sorte; in tutti i casi, le misure di prevenzione o riduzione del rischio non erano state osservate, almeno in una certa fase cronologicamente significativa (e in presenza di un indice di trasmissibilità ancora elevato). Forse, in tali ipotesi di macro-evento collettivo, l'accertamento della causalità dell'evento epidemico (rilevante ex art. 452 C.p.) potrebbe svolgersi mediante l'*accertamento alternativo* ottenuto sulla base del notevole incremento dei casi di mortalità/morbilità da Covid-19 nel contesto considerato³².

30. Secondo la definizione consultabile sul sito dell'Istituto Superiore di Sanità, R_0 (R con zero) o "numero di riproduzione di base" corrisponde al numero medio di infezioni secondarie prodotte da ciascun individuo infetto in una popolazione completamente suscettibile, cioè mai venuta a contatto con il nuovo patogeno emergente. Quanto all'andamento R_0 del Covid-19, se, per es., la Lombardia sembra aver raggiunto un indice R_0 pari a 3 (o 4 secondo stime più pessimistiche) nelle fasi più acute, attualmente l'indice a livello nazionale sembra invece assai più contenuto e comunque al di sotto di 1. Il parametro R_0 misura, dunque, la potenziale trasmissibilità di una malattia infettiva, quindi la capacità del virus di diffondersi in assenza di misure di contenimento; mentre il diverso parametro denominato R_t (R con t) indica l'indice di riproducibilità del virus in un dato momento in presenza di misure di contenimento.

31. P. GIORDANO, *Coronavirus, la matematica del contagio che ci aiuta a ragionare in mezzo al caos*, in www.corriere.it, 25 febbraio 2020 (modificato il 4 marzo 2020).

32. Il riferimento va allo schema di accertamento proposto, come noto, ma per la causalità nei delitti di evento dannoso (omicidio/lesioni), da L. MASERA, *Accerta-*

Restano anche dubbi sulla “convertibilità” in ipotesi omissiva impropria di questo reato che prevede una *modalità di lesione* (mediante la diffusione di germi patogeni). Anche se, in effetti, la caratterizzazione di questa modalità mi ha sempre lasciato perplesso: l’epidemia è davvero un illecito di modalità di lesione? Ma allora, con quali altre e diverse modalità si potrebbe cagionare l’evento epidemico?

Ancor meno convincenti mi paiono poi i dubbi – pure riproposti nei vari, tanti, forse troppi interventi pubblicati in queste ultime settimane – su cosa debba intendersi per *diffusione di germi patogeni*. Un tempo si riteneva che i germi dovessero essere “separati” dall’agente, oggi questo orientamento pare essere superato e si ammette la sussistenza della fattispecie di epidemia anche nel caso in cui i germi si trovino all’interno del corpo dell’agente-portatore, come accade per i soggetti positivi al coronavirus. Breve: in generale, non ravviso differenze significative tra chi veicola il patogeno in un’ampolla – es. bacillo della peste o dell’antrace – e chi lo veicola nel proprio corpo – es. Sars-Cov-2 – spargendo l’unzione con colpi di tosse, starnuti o toccando maniglie, corrimano, pulsanti, tastiere od oggetti vari.

Benché, forse, non si tratta sempre di ostacoli insuperabili, nondimeno l’applicazione del delitto di epidemia colposa dipenderà dalla risoluzione scrupolosa di tutte queste difficoltà e di altre ancora.

Per tutte queste ragioni si comprende come, almeno per i casi di violazione della quarantena, sia decisamente più agevole applicare la (vetusta) fattispecie contravvenzionale del regio decreto del 1934, piuttosto che utilizzare il (vecchio) delitto di cui all’art. 452 c.p., nonostante tale possibilità sia espressamente prevista dal d.l. 19/2020. In definitiva: la fattispecie delittuosa di epidemia colposa potrebbe principalmente prestarsi a coprire – ma solo se si supereranno le non marginali difficoltà sopra evocate – casi di “contagio epidemico” in contesti ove sia possibile isolare la responsabilità di soggetti quali datori di lavoro o dirigenti sanitari etc. che hanno violato regole o protocolli di sicurezza specifici, prendendo in debita considerazione anche la speciale difficoltà – tecnica e non solo – di decisioni assunte in un contesto di oggettiva e parziale incertezza e, talora, anche di straordinaria impellenza.

3. Per concludere, in via provvisoria.

Sebbene le misure imposte o raccomandate ai vari livelli abbiano una base epistemologica non concludente; sebbene ci si muova dunque in un ambito fortemente immerso in una (inevitabile) logica precauzionale, le difficili scelte sanzionatorie prese – se sembrano discutibili sul piano dei contenuti poiché davvero invasive – lo sono a mio avviso molto meno sul piano del diritto penale in senso stretto: la scelta di configurare una progressione offensiva e sanzionatoria secondo uno schema attento alla *extrema ratio*, assieme a quella di sottoporre (in maniera esplicita 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 variabile) diffusività della malattia.

mento alternativo ed evidenza epidemiologica nel diritto penale. Gestione del dubbio e profili causali, Giuffrè, 2017; e, in senso solo parzialmente analogo, sempre per le ipotesi di evento dannoso, da S. ZIRULIA, *Esposizione a sostanze tossiche e responsabilità penale*, Giuffrè, 2018. Si vedano, ma in prospettiva *de lege ferenda* in relazione alla prevista introduzione di una fattispecie di *disastro sanitario*, l’articolato e le linee guida elaborati dalla Commissione Caselli (*Linee guida per lo schema di disegno di legge recante “Nuove norme in materia di reati agroalimentari”*, 14 ottobre 2015, 33 s.) e vari scritti di M. DONINI al riguardo (da es., *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. - Riv. trim.*, 2016, n. 1, 4 ss., in part. 21). Per aperture verso l’utilizzo (anche *de lege lata*, in presenza di una fattispecie già esistente nell’ordinamento, come per l’appunto quella di epidemia) di un accertamento fondato su una “causalità epidemiologica” nei delitti (di evento collettivo di pericolo) contro l’incolumità pubblica, si consenta di rinviare a quanto sinteticamente esposto in D. CASTRONUOVO, *La causalité à l’épreuve du principe de précaution*, in *Principe de précaution et métamorphoses de la responsabilité*, a cura di L. D’AMBROSIO - G. GIUDICELLI-DELAGE - S. MANACORDA, Mare & Martin, 2018, 183 ss., in part. 192-196.

L'irruzione della precauzione, in senso anche deteriore, potrebbe avvenire più tardi, al momento della gestione giudiziaria della crisi pandemica in corso, specialmente se non esclusivamente in relazione ai casi non espressamente previsti (quindi estranei all'unica fattispecie incriminatrice introdotta *ad hoc*: la violazione della quarantena da parte di un "apestato"), in quanto demandati alle comuni fattispecie poste a tutela della vita e della salute individuale o collettiva³³. È specialmente su questa seconda fase del diritto penale al tempo del coronavirus – per ora, ahinoi!, ancora remota, in quanto la crisi sanitaria è ancora drammaticamente in corso – che dovrà esercitarsi l'acume del penalista (anche per identificare e respingere possibili curvature precauzioniste o modelli imputativi di stampo presuntivo nell'affermazione della responsabilità penale)³⁴. Il quale, per il momento, potrebbe limitarsi alla riflessione. E, magari, a qualche lettura. Preferibilmente, non di testi di diritto³⁵.

33. Preoccupazioni, condivisibili, su un possibile e futuro approccio panpenalistico ai postumi della crisi sono autorevolmente espresse da D. PULITANÒ, *Lezioni dell'emergenza e riflessioni sul dopo. Su diritto e giustizia penale*, in *Sist. pen.*, 28 aprile 2020. Cfr., inoltre, F. PALAZZO, *Pandemia e responsabilità colposa*, in *Sist. pen.*, 26 aprile 2020, a proposito dell'esercizio di *prudencia* al quale sarà chiamata la magistratura per mantenere la colpa «nel solco della responsabilità senza farla tracimare nello schema del capro espiatorio».

34. È appena il caso di ribadire che nessuna "cittadinanza" potrà essere riconosciuta nel contesto della responsabilità penale del datore di lavoro a presunzioni circa l'origine professionale del contagio da Sars-Cov-2, pure previste a fini assicurativi o indennitari (cfr. circolare INAIL n. 13 del 3 aprile 2020).

35. La quarantena come occasione per raccontare (o per leggere) novelle è, del resto, un "classico" sedimentato nella nostra cultura: basti pensare ai dieci giovani protagonisti del *Decamerone* che, rifugiatisi in campagna per sfuggire alla peste fiorentina del 1348, passano le giornate a novellare.

Capitolo IV

La responsabilità penale da contagio

di Antonio Vallini

Ringrazio gli organizzatori per avermi consentito l'accesso al loro rinomato "Laboratorio Permanente". Un laboratorio è luogo di sperimentazione, dove dunque si mettono alla prova ipotesi di ricerca, anche inizialmente azzardate o annebiate. Mi perdonerete se, in questi pochi minuti, riverserò sul tavolo dove tenete i vostri arnesi giusto qualche sparsa e improvvisata tesi, allo scopo precipuo di esporla alla falsificazione del dibattito che, spero, seguirà.

Il tema che mi è stato assegnato attiene alla responsabilità da contagio. Un paradigma di cui vorrei provare brevemente a definire i tratti distintivi, dando all'esposizione le cadenze classiche dell'analisi del reato; muovendo, insomma, dal piano oggettivo – e in primo luogo dalla questione della causalità – a quello dell'elemento psicologico.

La causalità, dunque. Essa deve essere considerata nella sua portata naturalistica, così come nelle sue definizioni e limitazioni normative. Tenendo conto che le fattispecie criminose di riferimento, in questo settore, sono evidentemente quelle dell'omicidio, delle lesioni personali e dell'epidemia.

Sono a tutti subito evidenti le enormi difficoltà che si prospettano dovendo provare, oltre ogni ragionevole dubbio, il nesso causale naturalistico tra una specifica condotta e un evento di contagio (con conseguente malattia, o morte, o pericolo per la salute pubblica). Basti pensare a quanto sia problematico escludere decorsi alternativi, tanto più quando l'agente patogeno sia già ampiamente e altrimenti "in circolo". Difficoltà non significa, tuttavia, impossibilità. Come dimostra una certa letteratura scientifico-forense americana, relativa alla materia affine della responsabilità per mancata vaccinazione del figlio minore, in taluni casi almeno si possono ben mettere a fuoco le dinamiche eziologiche che hanno portato alla trasmissione della malattia, analizzando le corrispondenze genetiche di virus o batteri motivo delle diverse infezioni, attentamente ricostruendo i movimenti degli attori della vicenda, la tempistica dell'insorgenza della patologia, la localizzazione dei contagi (specie quando queste dinamiche si siano esaurite in ambienti circoscritti: un reparto ospedaliero, o una scuola, ad esempio).

Dicendo "causalità normativa", voglio invece alludere ai limiti, normativo-penalistici appunto, di descrizione dell'evento tipico, e di selezione delle condizioni rilevanti.

Quanto alla descrizione dell'evento, rispetto al reato di lesioni personali merita evidenziare come una "malattia", se la si deve intendere nell'accezione medico-legale, non possa dirsi prodotta soltanto con la contrazione dell'agente patogeno (nel nostro caso, il coronavirus

SARS-CoV-2). Per la consumazione del reato è necessario che quell'agente patogeno dia poi effettivamente luogo alla correlata patologia (il Covid-19): sviluppo cui non sempre si assiste, essendovi come noto un'ampia percentuale di soggetti "positivi", ma asintomatici.

Per quel che concerne la definizione dell'evento del delitto di epidemia, niente aggiungerò a quanto già ampiamente e acutamente rilevato da Donato Castronuovo nell'intervento precedente. Mi limito qui ad alludere, come ulteriore spunto di riflessione, alla difficoltà di concepire e la causazione di una *epidemia* in un contesto generale già di *pandemia*: termine, quest'ultimo, che si riferisce a una "epidemia con tendenza a diffondersi ovunque, cioè a invadere rapidamente vastissimi territori e continenti" (dizionario Treccani), e quindi presuppone già avvenuto un salto di qualità di quella che poteva ritenersi una "ordinaria" epidemia; la quale ultima, dunque, per definizione parrebbe non più configurabile, o comunque non può ritenersi nuovamente "causabile". Come si è detto, è ben arduo, sul piano probatorio, dimostrare la produzione di un contagio, e di una conseguente epidemia, in un contesto già pandemico; forse, però, il problema attiene ancor prima al piano sostanziale della stessa delimitazione del "tipo" criminoso, in rapporto al lessico utilizzato dal legislatore per circoscrivere l'evento.

Un cenno merita poi d'essere dedicato al tema della demarcazione normativa delle condizioni penalmente rilevanti. In specie, la fattispecie peculiare della "responsabilità da contagio" sembrerebbe a prima vista terreno d'elezione per l'operatività dell'art.41 cpv c.p., dato che essa, per sua natura, si riferisce a "catene" di contagi, e dunque a successioni di cause (o, comunque, a dinamiche di espansione contestuale in differenti direzioni). Insomma, la misura normativa della responsabilità del primo "untore" potrebbe essere offuscata da quella di chi successivamente, essendo stato contagiato, contagi altri, che a loro volta possono contagiare altre persone ancora, e così via.

In realtà, ritengo che simili sviluppi non corrispondano all'ambito applicativo cui conviene riferire la sibillina disposizione codicistica in tema di "cause sopravvenute da sole sufficienti a determinare l'evento". Come in altre occasioni ho provato ad argomentare, essa deve essere riferita a quelle situazioni in cui soltanto l'ultima condotta avvia un decorso eziologico naturalistico, riconducibile a leggi scientifiche in senso stretto, mentre i precedenti contributi operano come mere "condizioni" non correlabili all'evento finale in termini scientifico-naturalistici, perché esse si sono limitate a indurre "psicologicamente" la condotta ultima realmente causale. Per tale ragione, il legislatore – proprio in ossequio a un'idea di causalità strettamente naturalistica - escluderebbe la tipicità di quelle "pre-condizioni" ai fini della fattispecie monosoggettiva causalmente orientata; esse, tutt'al più, andranno valutate alla stregua di contributi concorsuali, purché sussistano tutti i requisiti a tal fine richiesti.

Ebbene, accettate simili premesse, pare evidente che le progressioni causali del contagio niente hanno a che fare con l'ambito di applicazione dell'art.41 cpv. c.p.: già con il primo contagio, invero, si attiva un fattore causale "biologico", che i successivi contagi ulteriormente propagano. Tutta la catena, dalla primissima condotta all'ultimo evento, è dunque descrivibile senza indugi con il lessico della causalità naturalistica.

Passiamo, a questo punto, a ragionare della condotta e dei suoi presupposti. Il tema si complica in rapporto alla fattispecie di epidemia, di cui si discute se debba ritenersi "a forma vincolata", riferendosi solo a certe modalità di "diffusione". Per quanto qui, adesso, interessa, la domanda da porsi più in particolare è: può rispondere di questo reato già chi semplicemente "porti addosso" i "germi patogeni" (in quanto contagiato) e lasci che si diffondano, o è necessario avere il possesso del fattore infettivo inteso come qualcosa di esterno, "utilizzabile", che poi effettivamente viene impiegato verso una diffusione? (Si pensi a una provetta piena di batteri impiegata per contagiare la rete idrica di una grande città, ma anche a chi solleciti il figlio minore infetto,

su cui esercita la responsabilità genitoriale, affinché vada a trovare l'anziana nonna ricoverata in una RSA).

Sul punto, i decreti legge contenenti misure per fronteggiare l'emergenza epidemiologica ci offrono un interessante spunto sistematico, a sostegno della lettura estensiva. La clausola di riserva contenuta nella fattispecie di cui all'art.4, comma 6, d.l. 19/2020 e, poi, nell'art. 2, comma 3. d.l. 33/2020, che fa salva l'ipotesi dell'art.452 c.p., chiaramente presuppone la possibilità che "persone sottoposte alla misura della quarantena per provvedimento dell'autorità sanitaria in quanto risultate positive al virus COVID-19" (art.1, co.6, d.l. 33/2020) possano rispondere del reato di epidemia per essersi allontanate dal domicilio.

Nondimeno, se solo si affina un po' di più lo sguardo per guardare al di là di questo e di altri argomenti squisitamente esegetici, quel che si coglie è una drastica dicotomia di senso, destinata a influenzare anche le logiche dell'imputazione e reati di lesione o di omicidio. Per vero, se si immagina l'epidemia come a forma vincolata, si sta senza dubbio assumendo che la condotta tipica abbia natura tipicamente e soltanto *attiva*, in quanto connotata da specifiche modalità di condotta, con le quali fa insorgere *ex novo* un decorso causale: si ha "tra le mani", o nel proprio dominio, un "serbatoio" di germi patogeni, e lo si adopera così da produrre una catena di contagi che, altrimenti, non vi sarebbe stata. L'interpretazione estensiva, diversamente, apre a una responsabilità del contagioso per il fatto di tenere comportamenti, o atteggiamenti, del tutto riconducibili a un'area di adeguatezza sociale, costituenti l'esercizio di diritti minimali e fondamentali (farsi una passeggiata, fare la spesa, parlare); una responsabilità anche, magari, per il solo fatto di consentire che qualcuno si avvicini. In altri termini, adottando questa seconda impostazione, mi pare che il disvalore penalmente significativo non si colga tanto nell'aver fattivamente attivato decorsi eziologici, prima inesistenti, ma risieda, piuttosto, nel non aver contenuto l'espansione di un fattore patogeno eziologico preesistente, già pronto ad esplodere, e che era sotto il "controllo" del contagiato. Quel che si profila, insomma, è una responsabilità di carattere tipicamente omissivo, per non aver impedito un evento; una ricostruzione che, come già detto, potrebbe illuminare di diversa luce questioni attinenti anche alla responsabilità per la produzione di malattie, o morte.

Ricondurre il senso della "responsabilità da contagio" a paradigmi omissivi non è un puro esercizio teorico. Da questa scelta derivano conseguenze sistematiche e teleologiche di un certo rilievo. Per rispondere a titolo di omissione impropria – come ben noto – è infatti necessaria la previa titolarità di una posizione di garanzia, attribuita dalla legge (art.40, ult.co., c.p.). Ebbene, proprio questa potrebbe dirsi una delle cifre caratteristiche della fattispecie della responsabilità da contagio, sia in rapporto, ad esempio, all'omesso adempimento dell'obbligo vaccinale nei confronti del figlio minore, sia quando si tratti di una responsabilità del datore di lavoro, o del sanitario, per non aver impedito la circolazione del fattore patogeno, ma anche, infine, quando si discuta della responsabilità del contagioso per aver altri contagiato: in tutti questi casi serve individuare una posizione di garanzia, vale a dire la previa attribuzione istituzionale, da parte della legge, di un obbligo qualificato di prevenire l'estendersi della malattia, a chi abbia il potere effettivo di contribuire a questa missione.

Ma se è agevole individuare detta posizione di garanzia a carico del datore di lavoro, del sanitario, del padre rispetto al figlio malato, assai più complesso è ragionare di una posizione di garanzia del semplice contagiato: di una posizione di garanzia, in sostanza, su se medesimi, che assumerebbe i tratti di una posizione di controllo.

Con riferimento alla pandemia da Covid, la questione può essere così impostata: questo coacervo di norme, prefigurate dai decreti legge, concretizzate dai dpcm, talvolta espresse da atti normativi regionali o locali, prima ancora che delineare "regole cautelari" volte alla prevenzio-

ne del virus, disegnano, per caso, “posizioni di garanzia su se medesimi”, funzionali all’impedimento dell’evento?

Una risposta affermativa mi pare senz’altro possa darsi riguardo al già citato combinato disposto d.l. 19/2020 dell’art.1, comma 6, e 2, comma 3., d.l. 33/2020, riferiti a chi, a seguito di appositi test diagnostici, sia stato ufficialmente dichiarato portatore del virus suscettibile di diffusione. Egli ha “tra le mani” - lui personalmente - il fattore eziologico, e nei suoi confronti, forse, quell’“obbligo assoluto” di non allontanarsi dal proprio domicilio, di cui trattano le disposizioni del decreto legge (poi concretizzato da atti amministrativi *ad personam*), dà prima di tutto la misura di un obbligo di garanzia: sottintende l’attribuzione di una responsabilità istituzionale di controllo, che comincia ad operare non soltanto per il fatto di “essere positivo”, ma, più precisamente, quando al soggetto quella positività venga “ufficialmente” comunicata, con conseguente imposizione della quarantena. Vi è, dunque, un onere delle istituzioni pubbliche di attivarsi per porre i presupposti (diagnostici, informativi, prescrittivi) di una possibile corresponsabilizzazione del “comune” cittadino. In assenza di questo loro impegno, nessun privato potrà assumere un ruolo vicario, penalmente sanzionato, di contribuire al contenimento della pandemia sotto minaccia penale. Da questa ricostruzione derivano, insomma, conseguenze molto significative anche per quanto attiene la ricerca di un equilibrio tra responsabilità pubbliche, e private, rispetto alla gestione di un’emergenza sanitaria.

Che dire, invece, delle altre disposizioni e prescrizioni? Quelle, intendo, riferite a ogni consociato a prescindere dal suo stato di “positività” o da altre caratterizzazioni che ne denotino una particolare pericolosità, riguardanti, in termini generali e astratti, il distanziamento sociale, le regole di igiene personale, le modalità di accesso a un supermercato o a un parco pubblico, le attività sportive, e così via dicendo. Ebbene, viene a questo proposito in luce un altro requisito distintivo della “responsabilità da contagio”: il governo dell’espansione della malattia è prevalentemente operato sulla base di un coordinamento collettivo, rispetto al quale l’azione od omissione del singolo è indubbiamente funzionale, sebbene essa, singolarmente considerata, non abbia connotati necessari di causalità o pericolosità. Per intendersi: l’obbligo vaccinale ha senso se tutti si vaccinano, perché la miglior prevenzione della malattia si ottiene garantendo l’immunità di gregge; il distanziamento sociale e l’obbligo di mascherina hanno senso se tutti vi provvedono, per tagliare ogni strada possibile alla circolazione del virus; e, però, non si può assumere che il singolo inadempimento all’obbligo vaccinale, o il singolo aperitivo ravvicinato e senza mascherina, di per sé soli incrementino in modo sensibile la probabilità del verificarsi di un evento avverso, laddove quel coordinamento sociale (su cui il singolo non ha alcun controllo) comunque “tenga” nel suo complesso. Non si tratta, dunque, dell’imposizione di accorgimenti che, singolarmente considerati, valgono a contenere un pericolo attuale, a governare un fattore causale senz’altro esistente e a disposizione del singolo; quelle prescrizioni non attribuiscono “posizioni di garanzia” che sottintendono un “potere qualificato” di controllo sugli eventi (neppure, direi, in una fase successiva da esse si possono desumere regole cautelari, se non altro perché alla singola violazione non si accompagna una particolare prevedibilità, ma solo un teorico rischio, del contagio).

La funzione e, dunque, la natura della medesima regola potrebbe però variare in ragione del contesto. Uscire a far due passi senza mascherina e senza troppo badare alle distanze in una affollata “zona rossa” lombarda, nell’epicentro di un cluster epidemico, non è forse la stessa cosa che fare la medesima passeggiata in uno sperduto, affascinante, paese sui calanchi lucani, dimenticato anche dal Coronavirus.

Procedendo nella nostra analisi, è il momento, adesso, di dedicarsi alle questioni più interessanti in punto di elemento soggettivo. Il paradigma della responsabilità da contagio, se conside-

rato nelle sue relazioni con l'inquietante contesto contemporaneo della "post-verità", solleva ad esempio problemi peculiari inerenti alle ricadute di "credenze alternative". Per rammentarne giusto alcune, tra le più sapide: il virus non esiste, l'epidemia è un complotto come lo sono cure e vaccini, ammalarsi è salutare perché rinforza il sistema immunitario, diffondere il virus fa bene alla comunità. Tra le condotte che queste credenze possono sollecitare, si consideri, per tutte, l'inquietante fenomeno dei "Covid-Party"

Ogni radicata credenza che comporti una mancata rappresentazione delle dinamiche causali ("il virus non esiste, sono le antenne 5G a provocare la malattia"), o una mancata previsione dell'evento ("il contagio non provoca una malattia, anzi fa bene alla salute"), inevitabilmente mi pare comporti un errore sul fatto. Il dolo dovrebbe dunque dirsi escluso; più difficilmente la colpa, giacché l'agente modello si affida alle indicazioni scientifiche accreditate senza ritenerle il frutto di una cospirazione su scala planetaria, e non crede a qualsiasi idiozia reperibile in rete. Talora, tuttavia, le stesse indicazioni mediche ed epidemiologiche (specie per come "divulgate") possono risultare tra loro contraddittorie, sicché non è da escludere che anche soggetti più immuni alle ciarlatanerie incorrano in errori percettivi/valutativi non colposi, per affidamento scusabile in fonti intese come qualificate: la divulgazione scientifica compiuta da parte di diversi virologi e altri specialisti durante la pandemia da Covid, già allo studio dei sociologi della comunicazione per le sue aberrazioni, rende viepiù realistica e attuale questa ipotesi. In casi estremi, potrebbe infine porsi un problema di imputabilità: a leggere certi deliri complottisti, dal chiaro tenore paranoico, la mia potrebbe non essere soltanto una *boutade*.

Ambito elettivo per l'addebito di una responsabilità colposa da contagio è indubbiamente quello sanitario. Mi siano consentite due rapidissime osservazioni.

Cinicamente ed egocentricamente potrei dire che la tragedia del COVID qualche soddisfazione almeno me la ha data, rafforzando due argomenti che da tempo propongo, e ai quali sono particolarmente affezionato.

Primo argomento: non ha senso ridurre al solo caso della "colpa grave" la responsabilità del sanitario il quale *esegua* linee guida, così come, invece, propongono interpretazioni dell'attuale art. 590 sexies c.p. diffuse in dottrina e accreditate in giurisprudenza. Il limite della colpa grave ha motivo di operare ove appaiano fisiologici errori limitati nell'eseguire qualcosa che, comunque, si doveva eseguire: nello specifico, quando si tratti di gestire casi clinici di peculiare difficoltà, caratterizzati vuoi da rischi nuovi e in parte imperscrutabili o ingovernabili, vuoi da concitazione, urgenza, mancanza di adeguate risorse (salva restando una possibile "colpa per assunzione"). Ebbene, un atto clinico risulta di speciale difficoltà, casomai, quando rispetto ad esso il medico non disponga di un orientamento scientifico consolidato; quando, cioè, egli operi non in esecuzione, bensì, tutt'al contrario, al di fuori o in mancanza di linee guida e buone prassi consolidate. Tanto è accaduto, con drammatiche conseguenze, nei nostri nosocomi – letteralmente travolti da un'emergenza che ne ha messo a dura prova la logistica - almeno nelle prime fasi di gestione di una malattia del tutto "inedita", di cui erano in larga parte ignoti caratteristiche, decorso, rischi collaterali, terapie praticabili. All'evidenza, è in casi come questi che la clausola della colpa penale deve ragionevolmente operare, non in situazioni ampiamente governabili applicando raccomandazioni già confluite in protocolli operativi consolidati e scientificamente accreditati. Ci è voluta un'emergenza sanitaria tanto estrema per rendere a tutti palese come l'esimente dell'art.590 sexies, nel modo in cui è stata concepita e poi interpretata, non riesca ad operare proprio là dove ce ne sarebbe maggiormente bisogno, determinando grottesche disparità di trattamento. Così ci troviamo, oggi, a ragionare di nuovi, ulteriori, scudi penali, con la consueta inclinazione a inseguire i dettagli contingenti di qualcosa che è storicamente già accaduto, invece che predisporci ex ante ad inquadrare razionalmente, in termini

lati, prossime future vicende. Non si avverte in effetti l'esigenza di altre esimenti speciali, che inevitabilmente pongono problemi prima di individuazione dei requisiti salienti della fattispecie, poi di ragionevolezza ed eguaglianza; meglio finalmente prevedere in modo espresso, anche per l'ambito penale, una regola generale corrispondente all'attuale art.2236 c.c., come da tempo auspicato dalla migliore dottrina e dalla più accorta giurisprudenza (che già in fase di esegesi arriva a risultati analoghi, ma inevitabilmente, per questa sola via, precari).

Secondo argomento (collegato al primo): rispetto al tema della colpa medica, le linee guida, i protocolli formalizzati, le direttive operative di vario genere, non hanno a che vedere con il quantum di esigibilità dell'atto clinico conforme a *leges artis*. Simili "fonti di cognizione" incidono non sull'esecuzione materiale (non tengono la mano del chirurgo), bensì sulla scelta di regole cautelari, per il doveroso affidamento che comportano (affidamento addirittura "imposto" dalla legge, almeno con riferimento alle raccomandazioni di Linee Guida accreditate dal Sistema Nazionale). Esse, quindi, possono in casi particolari determinare un errore scusabile sull'individuazione della precauzione più adeguata. Sono queste dinamiche cognitive, dunque, che andrebbero piuttosto valorizzate, in funzione esimente, in quei settori ove quei documenti operano.

Anche a questo proposito, le drammatiche vicende con le quali ci stiamo confrontando offrono utili spunti. Stando ad alcune ricostruzioni, ora rimesse all'attenzione degli inquirenti, le linee guida del ministero della Salute di fine gennaio 2020 prescrivevano di effettuare un tampone solo su soggetti che avessero avuto contatti con la Cina. Al pronto soccorso di Codogno entra, in quei giorni, il "Paziente 1". I medici di quel reparto – certo non specialisti virologi, dai quali si potessero pretendere peculiari capacità di riconoscimento e gestione di un agente patogeno ancora poco noto all'intera comunità scientifica internazionale – si attengono fedelmente a quelle indicazioni e non praticano il tampone.

Cosa è successo a seguito di quella omissione, lo sappiamo; ma quella omissione non può dirsi, credo, connotata da colpa penale.

In chiusura di questo intervento, consentitemi qualche considerazione sul metodo.

Altra cosa che, attoniti spettatori, in questi tempi anomali abbiamo bene appreso, è la distinzione funzionale tra una medicina d'emergenza – o comunque "da corsia d'ospedale" - e una medicina, diciamo, più speculativa, "da laboratorio". Giocoforza imprecisa, concitata, limitata da tante inevitabili approssimazioni, la prima, e però costretta a intervenire, quasi eroicamente a tratti: è la medicina che gioca le sue scommesse per salvare concretamente vite, mettendo persino a repentaglio la salute dei suoi operatori. Meditata, metodica, meticolosa, estesa nel tempo la seconda: essa non cura, nell'immediato, ma dà sostanza e risorse scientifiche alla prima; finché, magari, nel lungo termine trova il vaccino o la cura che debellano la malattia.

Ritengo che anche noi giuristi accademici dovremmo articolare il nostro impegno su due analoghi livelli, in modo più strategico e consapevole.

Indubbiamente, lo sappiamo bene, non è il caso di confinarci tutti insieme in torri eburnee, arredate da polverose librerie, avvittandoci in discussioni erudite e autoreferenziali. L'avvocato, il magistrato (e, fosse mai, il legislatore) hanno bisogno di nostre indicazioni subito reperibili, fossero pure non particolarmente strutturate e approfondite, così come noi abbiamo bisogno di confrontarci con la loro quotidiana fatica per meglio intendere ciò di cui intendiamo disquisire. Dobbiamo, insomma, tener desta la nostra capacità di intervento immediato sulla, e la nostra sensibilità per, la realtà (le riviste telematiche hanno costituito l'occasione per un salto di qualità su questo fronte). Dogmatica e sistematica devono essere coltivate, ma è la casistica penalistica, anche la più spicciola, che pone in questione destini di esseri umani.

Bisogna però evitare l'eccesso contrario: che l'intera comunità scientifica si scopra, un giorno,

abbandonata all'inseguimento affannoso delle esigenze più immediate della prassi, ansiosa di divulgare, per "stare sul pezzo", le più improvvisate impressioni o intuizioni, per quanto preziose e intelligenti. Tanto più quando la sfida è enorme, epocale, urgente, quanto più c'è bisogno di una riflessione attenta e diluita nel tempo, di uno studio che vada oltre quel che è immediatamente reperibile e riversabile *on line*. Non appena le misure anti-Covid ce lo consentiranno, dovremo tornare nelle biblioteche, dedicare attenzione a tutte le voci, anche a quelle più complesse, remote e meno facilmente attingibili. Assumere tratti interdisciplinari, ma in modo serio; dialogare con medici e scienziati, per evitare fraintendimenti.

Insegna da sempre uno dei miei maestri, Tullio Padovani, che non di rado la sfida del momento ci sembra enorme, eccezionale e inedita solo perché abbiamo perduto la memoria del passato; è per amnesia, fondamentalmente, che come uomini ripetiamo gli stessi errori, e come giuristi ci attardiamo nell'inventarci punti di riferimento utili ad affrontare questioni magari, un tempo, già ampiamente impostate.

Per dirne una: che ne pensereste, ad esempio, se negli ambienti del vostro Laboratorio si inaugurasse un'indagine capace di flirtare con la storia, andando ad analizzare al microscopio le strategie di gestione giuridica delle grandi epidemie che, nei secoli, hanno flagellato la nostra specie?

Capitolo V

Logiche e modi dell'esenzione da responsabilità penale per chi decide e opera in contesti di emergenza sanitaria

di Matteo Caputo

Sommario:

1. Una premessa gradita e necessaria. - 2. Covid-19 e fonti dirette di contenzioso penale per gli esercenti le professioni sanitarie. - 3. Covid-19 e fonti indirette di contenzioso penale per gli esercenti le professioni sanitarie. - 4. L'ipotesi dello 'scudo penale' come soluzione legislativa ai timori (non solo) della classe medica e l'idea della non punibilità come ... extrema ratio. - 5. La 'cassetta degli attrezzi' del penalista e lo strano destino dell'art. 590-sexies c.p. - 6. L'art. 2236 c.c. e la giurisprudenza della IV Sezione della Corte di Cassazione. - 7. Le posizioni dell'AIPDP e della SIMLA. - 8. Gli accorgimenti di natura processuale. - 9. Considerazioni conclusive.

«L'eroe è colui che accende una grande luce nel mondo, che mette torce fiammeggianti nelle strade oscure, perché gli uomini possano camminare. Il santo è colui che cammina nelle strade buie del mondo, è egli stesso luce»

(F. ADLER, The essential of spirituality, 1908)

1. Una premessa gradita e necessaria.

Desidero rivolgere un sentito ringraziamento al Presidente e al vice-Presidente di DiPLaP, i proff. Fabio Cassibba e Giandomenico Dodaro, per un invito che mi onora - svolgere un intervento all'interno di un *panel* di amici e colleghi tanto qualificato - e al prof. Roberto Flor, per la sapiente regia tecnologica con la quale ha reso possibile realizzare in breve tempo un evento significativo sotto molteplici aspetti. Un saluto cordiale e riconoscente va ai tantissimi che si sono iscritti per prendere parte a questa interessante occasione di approfondimento, studio e confronto.

2. Covid-19 e fonti dirette di contenzioso penale per gli esercenti le professioni sanitarie.

La diffusione dell'epidemia ha profondamente inciso la vita di medici, infermieri, farmacisti, operatori sanitari e socio-sanitari. Gli esercenti le professioni sanitarie stanno affrontando i risvolti di una malattia che li ha messi in seria difficoltà¹, e che, al contempo, li ha esposti a un accresciuto rischio di errori, per le seguenti ragioni:

- a) Il virus SARS-CoV-2 e la patologia Covid-19 si diffondono velocemente e sono ancora relativamente poco conosciuti dalla scienza medica, che solo di recente ha cominciato a individuare taluni rimedi. Peraltro, qualora il soggetto superi l'infezione, può riportare lesioni permanenti, come un recupero respiratorio non completo, disturbi renali, gastrointestinali o neurologici;
- b) l'enorme e improvvisa quantità di malati si è rivelata molto superiore alla disponibilità delle risorse necessarie per affrontare il morbo: si pensi all'urgenza di reperire adeguati dispositivi di protezione individuale, e di approvvigionare i reparti ospedalieri di apparecchi di ventilazione forzata e di posti di terapia intensiva;
- c) si è dovuto fare massiccio ricorso, in supporto di infettivologi e rianimatori-intensivisti, a medici appartenenti ad altre specializzazioni, che si sono così trovati a operare al di fuori degli ambiti di propria competenza;

1. Il tema degli operatori sanitari come vittime vulnerabili dell'emergenza in corso è finemente indagato da G. LOSAPPIO, *Covid-19 e infortuni sul lavoro in ambito ospedaliero*, in www.giurisprudenzapenale.com, 23 marzo 2020; e 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*, Vita e Pensiero, 2020, 99 ss.

d) i professionisti della salute hanno spesso lavorato per molte ore consecutive, con ritmi massacranti, a volte anche con dispositivi di protezione inadeguati, esponendosi al rischio di infettarsi e morire².

3. Covid-19 e fonti indirette di contenzioso penale per gli esercenti le professioni sanitarie.

Accanto a queste prime, possibili fonti dell'errore clinico, ve ne sono altre, che mediano e intersecano le conseguenze che la gestione dell'emergenza ha riversato nella trattazione di pazienti 'no-Covid', ai quali non si è potuta garantire la normale assistenza, e nei cui confronti è ben possibile siano stati commessi errori. L'indotto dell'emergenza sanitaria comprende:

a) l'utilizzo estensivo, al fine di limitare al massimo le occasioni di contagio, del telefono e di altri strumenti di comunicazione, insieme con l'implementazione di strumenti di telemedicina, ancora non perfettamente calibrata sull'assistenza territoriale: un approccio assistenziale da remoto che porta con sé una quota significativa di aumento del rischio clinico.

b) Vi è poi la cancellazione di interventi chirurgici e la sistematica proroga a data da destinarsi di milioni di prestazioni specialistiche di secondo e terzo livello. È lecito aspettarsi, oltre all'allungamento e alla sovrapposizione delle future liste d'attesa, anche il verificarsi di ritardi diagnostici e di discontinuità nel *follow-up* dei malati cronici sia in età pediatrica sia nell'adulto. Si consideri che l'impossibilità di prescrivere visite specialistiche ed esami strumentali che non siano connotati dalle caratteristiche dell'emergenza-urgenza, di fatto in molti casi ha significato l'interruzione della continuità di cura e della presa in carico del paziente.

4. L'ipotesi dello 'scudo penale' come soluzione legislativa ai timori (non solo) della classe medica e l'idea della non punibilità come ... extrema ratio.

Di fronte a questo scenario, nella narrazione pubblica si è privilegiato il ricorso alla metafora bellica, attraverso una poderosa operazione di *framing*, volta a descrivere la reazione del sistema sanitario nazionale al virus. Una semplificazione comunicativa discutibile, ma assai efficace per dare forma e alimentare sentimenti di paura, ansia, gratitudine, ammirazione, coraggio, percepiti in rapporto al personale sanitario³.

Si è parlato di 'trincea negli ospedali', di 'fronte del virus', di 'prima linea', di 'reclutamento', di 'mobilitazione', di 'decimazioni', di 'bollettini di guerra', di 'munizioni', di 'eroi'.

E alla fine, non è mancata la comparsa di un elemento tipico dell'equipaggiamento militare - lo 'scudo' - invocato per proteggere gli operatori sanitari dagli attacchi che si teme vengano lanciati sul versante della *malpractice*⁴.

2. Una istruttiva rassegna è presente anche nel denso saggio di A. BERNARDI, *Il diritto penale alla prova della COVID-19*, in *Dir. pen. proc.*, n. 4, 2020, 451.

3. Sui risvolti critici del ricorso alla terminologia epica, cfr. A. TESTA, *Smettiamo di dire che è una guerra*, in *Internazionale*, 30 marzo 2020.

4. A favore di una soluzione legislativa si è autorevolmente pronunciato anche il Comitato Nazionale di Bioetica, con il parere dal titolo *Covid-19: La decisione clinica in condizioni di carenza di risorse e il criterio del "triage in emergenza pandemica"*, in www.bioetica.governo.it, 9 aprile 2020: «Il CNB segnala con preoccupazione la proliferazione di contenziosi giudiziari nei confronti dei professionisti della salute nel contesto dell'attuale emergenza pandemica. A tal proposito, ritiene che vada presa in considerazione l'idea di limitare eventuali profili di responsabilità professionale degli operatori sanitari in relazione alle attività svolte per fronteggiare l'emergenza Covid-19».

Come sapete, gli emendamenti proposti da forze politiche di diverso colore non hanno raggiunto la soglia della conversione in legge del c.d. decreto Cura Italia (d.l. 17 marzo 2020, n. 18, recante *‘Misure di potenziamento del Servizio sanitario nazionale e di sostegno economico per famiglie, lavoratori e imprese connesse all’emergenza epidemiologica da COVID-19’*, convertito con modificazioni dalla l. 24 aprile 2020, n. 27) e hanno anzi suscitato un vespaio di polemiche nel momento in cui si è ventilato di estendere l’esonero da responsabilità civile, penale e per danno erariale alla dirigenza, facendo credere che si volesse realizzare un colpo di spugna delle responsabilità, anche di livello politico⁵.

Dico subito che questa contrapposizione tra ‘fanti’ e ‘generalisti’ - per restare nella metafora - a mio avviso non aiuta: allontana dal principio di personalità della responsabilità penale, incoraggiando contestazioni a titolo di responsabilità da posizione o da status, che scivolano sul pendio del ‘senno di poi’, e rischia di favorire una strumentalizzazione del diritto penale per rese dei conti, rivendicazioni sindacali e faide politiche delle quali non si avverte il bisogno⁶.

L’idea dello scudo sembra muovere dal presupposto che il diritto penale sia impreparato a gestire l’emergenza, ossia che le strumentazioni della quali dispone non si rivelino adeguate a fronteggiare le peculiarità della situazione e la mole di azioni penali che si paventa piovè addosso alla classe medica. Come dire: le strumentazioni ordinarie valgono per i tempi di pace, non per i tempi di guerra.

A me pare che si tratti di un giudizio severo, che invita a un supplemento di riflessione, perché il diritto penale non è privo di norme, istituti e principi che, anche in momenti eccezionali, sanno mostrarsi utili⁷.

Da questo punto di vista, è forse possibile teorizzare una sorta di sussidiarietà penalistica capovolta, una *‘extrema ratio della non punibilità’*, ossia un ideale regolativo che impegna il legislatore e l’interprete a verificare l’esistenza e la tenuta di soluzioni di esonero o di mitigazione della responsabilità penale già presenti nel sistema, prima di... moltiplicare gli enti senza che sussista una reale necessità, anche al fine di evitare la creazione di aree di ingiustificato privilegio⁸.

5. La ‘cassetta degli attrezzi’ del penalista e lo strano destino dell’art. 590-sexies c.p.

Sebbene risulti verosimilmente un azzardo predire oggi ciò che accadrà nei prossimi mesi, non

5. Sui *pro* e *contra* dello scudo cfr. C. CUPELLI, *Emergenza COVID-19: dalla punizione degli “irresponsabili” alla tutela degli operatori sanitari*, in www.sistemapenale.it, 30 marzo 2020; G.M. CALETTI, *Emergenza pandemica e responsabilità penale in ambito sanitario. Riflessioni a cavaliere tra “scelte tragiche” e colpa del medico*, in www.sistemapenale.it, 5 maggio 2020; 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 www.giurisprudenzapenale.com, 14 aprile 2020; 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 www.lalegislazione-penale.eu; R. BARTOLI, *Il diritto penale dell’emergenza “a contrasto del coronavirus”: problematiche e prospettive*, in www.sistemapenale.it, 24 aprile 2020; M. CAPECCHI, *Coronavirus e responsabilità sanitaria: quali prospettive di riforma*, in www.rivistaresponsabilitamedica.it, 9 aprile 2020; A. CASTALDO - F. COPPOLA, *Lo scudo (dei medici), la spada (delle Procure). La riforma mancata della colpa medica da Coronavirus*, in www.quotidianogiuridico.it, 15 aprile 2020; A. BERNARDI, *Il diritto penale alla prova della COVID-19*, cit., 450 ss.; F. PALAZZO, *Pandemia e responsabilità colposa*, in www.sistemapenale.it, 26 aprile 2020; L. RISICATO, *La metamorfosi della colpa medica nell’era della pandemia*, in www.discrimen.it, 25 maggio 2020; L. SCARAMELLINI, *Palliativi e cure effettive: interventi proposti e proposte di intervento in tema di responsabilità penale degli esercenti le professioni sanitarie*, in www.giurisprudenzapenale.com, 16 aprile 2020. Per il punto di vista di un operatore sanitario cfr. G. TRIANNI, *Esplose già il post emergenza Covid-19: strutture sanitarie, manager, alti vertici regionali e politica con l’acqua alla gola*, in www.dirittopenaleuomo.org, 11 maggio 2020.

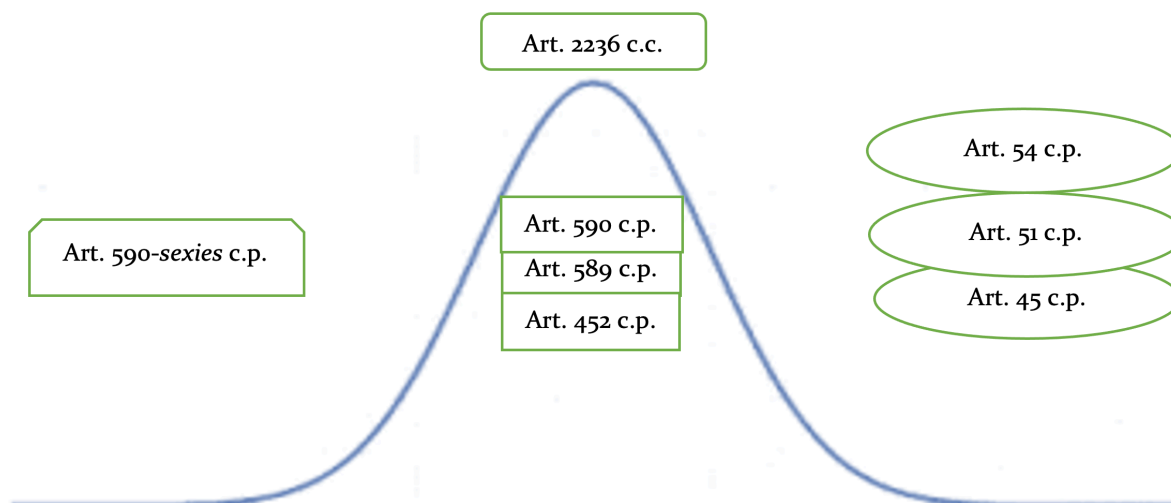
6. Sui rapporti tra giustizia e politica v. le sempre penetranti riflessioni di D. PULITANÒ, *Lezioni dell’emergenza e riflessioni sul dopo. Su diritto e giustizia penale*, in www.sistemapenale.it, 28 aprile 2020, 8 ss., che mette in guardia da una concezione dell’obbligatorietà dell’azione penale come «via libera per iniziative *ad explorandum*».

7. Così anche R. BARTOLI, *Il diritto penale dell’emergenza “a contrasto del coronavirus”*, cit., 13, che osserva: «E veniamo allo scudo. A me pare che in realtà non vi sia alcuna necessità di prevederlo, proprio per il ragionamento che abbiamo compiuto: è sufficiente applicare i principi generali. Va da sé che l’applicazione di questi principi con ogni probabilità porterà a una tendenziale irresponsabilità per il personale sanitario e all’apertura di margini di responsabilità per i vertici amministrativi e politici».

8. Sulla normativa di favore della quale già oggi gode la classe medica sia consentito il rinvio a M. CAPUTO, *“Aritmie legislative” e nuovo statuto penale degli esercenti le professioni sanitarie*, in *Corti supreme e salute*, n. 1, 2020, 325 ss.

intendo sottrarmi al tentativo di rappresentare quale potrebbe essere, in assenza di modifiche normative, la sorte di alcune figure di parte generale e di parte speciale note ai penalisti perché capaci di assicurare l'esonero da pena nonostante la commissione di un fatto preveduto dalla legge come reato.

Mi farò aiutare da una curva gaussiana, confidando che renda più agevole la comprensione del mio dire⁹.



A destra e a sinistra vediamo censite norme che, probabilmente, andranno incontro a una applicazione più o meno contenuta: da una parte l'art. 590-*sexies* c.p.; dall'altra la forza maggiore, lo stato di necessità, l'adempimento del dovere. In mezzo, una quantità considerevole di fatti suscettibili di essersi inverati con il crisma della colpa lieve, proprio a seguito dell'impatto che gli effetti concreti dell'emergenza, esemplificati nei par. 2 e 3, hanno scaricato sul sistema sanitario nazionale.

Non ho tempo per soffermarmi sugli artt. 45 e 51 c.p. e spendo poche parole sull'art. 54 c.p., solo per sottolineare come - cosa nota - esso disciplini il c.d. stato di necessità e, tacendo delle controversie che investono la natura giuridica, in effetti aiuti a scriminare la condotta del medico che, trovandosi in uno stato di conflitto tra doveri, a causa di un improvviso afflusso di pazienti, superiore alle capacità ricettive della struttura, decida di intubare il paziente più giovane e, dunque, con maggiori possibilità di sopravvivenza, provocando con tale dolorosa scelta il decesso di quello più anziano¹⁰. Deve peraltro rilevarsi come lo stato di necessità non copra la condotta del personale sanitario che, ad esempio, a causa dello stress causato da condizioni lavorative emergenziali, compia un errore lieve che cagioni lesioni o la morte del paziente.

Pauca dicta anche sull'art. 590-*sexies* c.p., sottoposto dall'emergenza in atto a un autentico *stress test*, che ne ha reso ancor più manifesti i limiti che, sin dall'entrata in vigore della disposizione, ne hanno circoscritto l'operatività¹¹. Come ben rilevato dal prof. Cristiano Cupelli in un recente scritto, il precipitato penalistico della legge Gelli-Bianco è destinato a ottenere scarso riscontro, soprattutto in ordine a fatti occorsi nella prima parte dell'emergenza, perché

9. Il contributo non si occupa dei possibili illeciti commessi dagli operatori sanitari, bensì delle possibili ipotesi di esclusione della punibilità. La problematica contestazione del delitto di epidemia colposa è stata trattata, da par loro, negli interventi dei prof. D. CASTRONUOVO e A. VALLINI, ai quali rinvio. Si rende necessaria, peraltro, una notazione di metodo: l'evocazione delle accuse a titolo di artt. 589 e 590 c.p. attiva una riflessione sulle figure della non punibilità in quanto in precedenza si sia smarcato con esito positivo l'accertamento del profilo causale: un tema dalle indubbe asperità probatorie - come acutamente segnalato da V. VALENTINI, *Profili penali della veicolazione virale: una prima mappatura*, in www.archiviopenale.it, 8 aprile 2020 - che potrebbe già da solo segnare in radice la sorte di numerosi procedimenti penali, contribuendo a un significativo alleggerimento del carico giudiziario.

10. Sulle pieghe del ricorso all'art. 54 c.p. cfr. G. LOSAPPIO, *Responsabilità penale del medico, epidemia da "Covid19" e "scelte tragiche"*, cit., 11 ss.; L. RISICATO, *La metamorfosi della colpa medica nell'era della pandemia*, cit., 6 ss.; G.M. CALETTI, *Covid-19 e responsabilità penali degli operatori sanitari. Brevi riflessioni su come limitare la punibilità tra colpa professionale, stato di necessità e cure palliative*, in *Penale - Diritto e Procedura*, n. 1, 2020, 159 ss.

11. Art. 590-*sexies* c.p. - *Responsabilità colposa per morte o lesioni in ambito sanitario* - «1. Se i fatti di cui agli articoli 589 e 590 sono commessi nell'esercizio della professione sanitaria, si applicano le pene ivi previste salvo quanto disposto dal secondo comma.

confinato dall'interpretazione giudiziale a operare solo nei casi di imperizia lieve per errore esecutivo nell'applicazione di linee guida rettamente selezionate, e perché, non disponendo oggi che di pochissime linee guida validate dall'Istituto Superiore di Sanità, al più potrebbe valere rispetto a talune buone pratiche che, da qualche settimana, stanno affiorando nei reparti ospedalieri dove sono maturate positive esperienze di trattamento delle patologie Covid-19 correlate¹².

Anche se non va trascurato come, per un verso, ci troviamo in un frangente in cui lo stesso approccio alla gestione del rischio clinico vede di colpo mutare l'essenza stessa delle buone pratiche fin qui elaborate con fatica, alterandone improvvisamente i dogmi principali, per cui ciò che prima non era lecito, diventa ora addirittura indispensabile (pensate, per l'appunto, alla telemedicina, o ad alcune sperimentazioni *off label*); per altro verso, anche quando qualche linea guida non ancora validata cominci a circolare, le condizioni sono tali da non consentirne sempre una stretta osservanza (si pensi alle linee guida che raccomandano come mandatoria l'intubazione precoce in conseguenza di una ecografia polmonare su pazienti con sindrome interstiziale composta da multipli consolidamenti sub-pleurici e *sliding* ridotto)¹³... ma tutto sta, com'è ovvio, ad avere disponibili i macchinari per le intubazioni.

6. L'art. 2236 c.c. e la giurisprudenza della IV Sezione della Corte di Cassazione.

Pecca forse per eccesso di schematicismo, ma si rivela utile in sede espositiva, la distinzione di origine civilistica tra la categoria della "impossibilità della prestazione" e la categoria della "difficoltà della prestazione"¹⁴. L'impossibilità della prestazione rimanda ai già richiamati artt. 45 e 54 c.p., ma - come detto - quest'ultimo non pare possa regolare casi caratterizzati da violazioni di regole cautelari che non derivano da situazioni ingestibili, bensì dalla compresenza di elementi che rendono 'solo' (si fa per dire) ardua la gestione¹⁵.

È questo il regno dell'art. 2236 c.c., e sarei cauto nel congedarlo troppo presto dal ventaglio delle soluzioni normative praticabili per rispondere alle preoccupazioni dei professionisti della salute¹⁶. Come noto, sulla scia di una risalente pronuncia della Corte Costituzionale in tema di responsabilità sanitaria, la Cassazione ha da tempo allestito uno statuto della colpa in situazioni di emergenza che fa leva proprio su una rilettura illuminata della regola di esperienza compendiata nella disposizione civilistica¹⁷.

Le principali acquisizioni si rinvergono, fra le altre, in tre fondamentali pronunce della giurisprudenza di legittimità.

12. Cfr. C. CUPELLI, *Emergenza COVID-19: dalla punizione degli "irresponsabili" alla tutela degli operatori sanitari*, cit., 11 ss. In argomento v. anche G. M. CALETTI, *Emergenza pandemica e responsabilità penale in ambito sanitario*, cit., 10 ss.; A. ROIATI, *Esercizio della professione sanitaria e gestione dell'emergenza Covid-19*, cit., 5 ss.; 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 *Le regole e la vita*, cit., 109 ss.; G. LOSAPPIO, *Responsabilità penale del medico, epidemia da "Covid19" e "scelte tragiche"*, cit., 8 ss.; L. DELLA RAGIONE, *Emergenza Coronavirus e responsabilità penale dei sanitari*, in www.ilpenalista.it, 6 aprile 2020; L. RISICATO, *La metamorfosi della colpa medica nell'era della pandemia*, cit., 3 ss.; L. SCARAMPELLINI, *Palliativi e cure effettive*, cit., 11 ss.

13. Cfr. SSS Regione Lombardia - ASST Melegnano e Martesana, *Vademecum COVID-19 per personale medico area internistica*, versione del 30 marzo 2020, 4.

14. Anche se ricorre ad altre categorie per decrittare i rapporti tra colpa e tipologie di emergenza, trovo pienamente sintoniche le perspicue considerazioni svolte da R. BARTOLI, *Il diritto penale dell'emergenza a contrasto del Coronavirus*, cit., 2 ss.

15. Osserva correttamente A. ROIATI, *Esercizio della professione sanitaria e gestione dell'emergenza Covid-19*, cit., 19, che l'applicazione dell'art. 2236 c.c. sconta la verifica di una pre-condizione, tutt'altro da escludere nell'emergenza Covid-19: «il sanitario ha in ogni caso diritto ad essere giudicato assumendo quale elemento costitutivo del fatto tipico una regola cautelare di carattere "modale", preesistente, ed individuabile ex ante in concreto. Di conseguenza non potrebbe ritenersi configurato il fatto tipico colposo - o comunque dovrebbe escludersi la punibilità - in tutti i casi in cui, al momento dell'agire, la norma precauzionale non fosse predefinita e/o conoscibile dal sanitario, come in ipotesi di indicazioni terapeutiche basate su evidenze scientifiche incerte o comunque non sufficientemente diffuse e condivise».

16. Art. 2236 c.c. - *Responsabilità del prestatore d'opera* - «Se la prestazione implica la soluzione di problemi tecnici di speciale difficoltà, il prestatore d'opera non risponde dei danni, se non in caso di dolo o di colpa grave».

17. Cfr. in particolare R. BLAIOTTA, *La responsabilità medica: nuove prospettive per la colpa*, in *Reato colposo e modelli di responsabilità*, a cura di M. DONINI - R. ORLANDI, Bologna University Press, 2013, 324 ss.

Nella c.d. sentenza Cantore, si rammenta come la regola di esperienza - ma sarebbe preferibile considerarla alla stregua di una regola di giudizio - cui il giudice può attenersi valga non solo quando il caso implichi la soluzione di problemi tecnici di speciale difficoltà, ma anche in situazioni di emergenza, contraddistinte - si dice con linguaggio icastico - dalla «temperie intossicata dall'impellenza che rende quasi sempre difficili anche le cose facili».

«La norma civilistica può trovare considerazione anche in tema di colpa professionale del medico, quando il caso specifico sottoposto al suo esame impone la soluzione di problemi di specifica difficoltà, non per effetto di diretta applicazione nel campo penale, ma come regola di esperienza cui il giudice può attenersi nel valutare l'addebito di imperizia sia quando si versa in una situazione emergenziale, sia quando il caso implica la soluzione di problemi tecnici di speciale difficoltà».

«... da un lato le contingenze in cui si sia in presenza di difficoltà o novità tecnico-scientifiche; e dall'altro le situazioni nelle quali il medico si trovi ad operare in emergenza e quindi in quella temperie intossicata dall'impellenza che rende quasi sempre difficili anche le cose facili. Quest'ultima notazione, valorizzata come si deve, apre alla considerazione delle contingenze del caso concreto che dischiudono le valutazioni sul profilo soggettivo della colpa, sulla concreta esigibilità della condotta astrattamente doverosa»¹⁸.

Si registra così una promettente apertura, da tempo auspicata in dottrina, alla considerazione del contesto, delle circostanze del caso concreto, e della misura soggettiva della colpa, ossia della valutazione circa la effettiva esigibilità in capo al medico del comportamento alternativo doveroso che era possibile attendersi in quel particolare frangente¹⁹.

Segue la sentenza pronunciata in esito al processo intentato nei confronti dei componenti della commissione Grandi Rischi, per i fatti del terremoto aquilano:

«Vi è poi l'art. 2236 c.c., valevole per gli altri operatori del rischio (e per i sanitari medesimi, che non applichino il sapere consolidato in linee guida *et similia*) che si trovino a dover compiere attività in condizioni di speciale difficoltà; per essi la responsabilità penale per colpa risulta esclusa solo in caso di imperizia e da una regola di giudizio che ravvisa l'esigibilità del comportamento doveroso alla luce delle circostanze operative concrete, affermandola solo nel caso di colpa grave. Ma per contro prescinde dal rapporto intrattenuto dall'attività concretamente compiuta con eventuali linee guida o *best practices* di riferimento»²⁰.

È allora significativo rimarcare come l'art. 2236 c.c. esprima un principio generale, che ben può trovare applicazione tanto con riguardo a medici sprovvisti di linee guida, quanto con riferimento ad altri professionisti, diversi dai medici, ma che abbiano affrontato una prestazione di speciale difficoltà o una situazione di emergenza²¹.

La notazione è interessante perché consente di sdrammatizzare la contrapposizione tra 'vertici' e 'periferie', tra 'comandi' e 'prima linea'. Non si comprende per quale ragione il limite della colpa grave non dovrebbe valere anche per i decisori, ove si sia disposti ad ammettere che, nel fuoco dell'emergenza, anche le loro scelte sono state sofferte e possono aver affrontato la soluzione di problemi di speciale difficoltà.

Infine, le Sezioni Unite c.d. Mariotti, che oltre a ricordare quali siano i parametri ai quali in-

18. Cass., Sez. IV, 29 gennaio 2013, n. 16237, su cui v. C. CUPELLI, *I limiti di una codificazione terapeutica (a proposito di colpa grave del medico e linee guida)*, in www.penalecontemporaneo.it, 10 giugno 2013.

19. Sui rapporti tra art. 2236 c.c. e misura soggettiva della colpa, con sfumature diverse, v. anche M. CANEPA, *L'imputazione soggettiva della colpa*, Giappichelli, 2011, 186 ss.; D. CASTRONUOVO, *La colpa "penale". Misura soggettiva e colpa grave*, in *Reato colposo e modelli di responsabilità*, cit., 200 ss.; A. DI LANDRO, *Dalle linee guida e dai protocolli all'individualizzazione della colpa penale nel settore sanitario*, Giappichelli, 2012, 230 ss.; M. GROTTA, *Principio di colpevolezza, rimproverabilità soggettiva e colpa specifica*, Giappichelli, 2012, 293 ss.; M. CAPUTO, *Colpa penale del medico e sicurezza delle cure*, Giappichelli, 2017, 85 ss.; F. CENTONZE, *Per un diritto penale in movimento. Il problema dell'accertamento del "coefficiente minimo di partecipazione psichica del soggetto al fatto"*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2018, 1626 ss.; M. DONINI, *Prassi e cultura del reato colposo. La dialettica tra personalità della responsabilità penale e prevenzione generale*, in www.penalecontemporaneo.it, 13 maggio 2019; ID., *L'elemento soggettivo della colpa. Garanzie e sistematica*, in *Reato colposo e modelli di responsabilità*, cit., 231 ss.; D. MICHELETTI, *La responsabilità penale del medico tra colpa generica e specifica*, in www.discrimen.it, 8 maggio 2019, 36 ss.

20. Cass., Sez. IV, 25 marzo 2016, n. 12478, su cui v. C. PIERGALLINI, *voce Colpa (diritto penale)*, in *Annali dell'Enciclopedia del Diritto*, Giuffrè, 2017, 253 ss.

21. Sul principio di c.d. "equità solidale" come fondamento della regola di giudizio espressa dall'art. 2236 c.c., cfr. M. CAPUTO, *Colpa penale del medico e sicurezza delle cure*, cit., 316 ss.

formare il giudizio sul grado della colpa, segnalano il peso assunto dalle risorse economiche e organizzative disponibili nella ricostruzione del contesto:

«Nella demarcazione gravità/lievetà rientra altresì la misurazione della colpa sia in senso oggettivo che soggettivo e dunque la misura del rimprovero personale sulla base delle specifiche condizioni dell'agente e del suo grado di specializzazione; la problematicità o equivocità della vicenda; la particolare difficoltà delle condizioni in cui il medico ha operato; la difficoltà obiettiva di cogliere e collegare le informazioni cliniche; il grado di atipicità e novità della situazione; la impellenza; la motivazione della condotta; la consapevolezza o meno di tenere una condotta pericolosa».

«Ciò che del precetto merita di essere ancor oggi valorizzato è il fatto che, attraverso di esso, già prima della formulazione della norma che ha ancorato l'esonero da responsabilità al rispetto delle linee-guida e al grado della colpa, si fosse accreditato, anche in ambito penalistico, il principio secondo cui la condotta tenuta dal terapeuta non può non essere parametrata alla difficoltà tecnico-scientifica dell'intervento richiesto ed al contesto in cui esso si è svolto. Sicché l'eventuale addebito di colpa era destinato a venire meno nella gestione di un elevato rischio senza errori rimproverabili connotati da gravità.

Viceversa, quando non si fosse presentata una situazione emergenziale o non fossero da affrontare problemi di particolare difficoltà, non sarebbe venuto in causa il principio dell'art. 2236 c.c. e non avrebbe avuto base normativa la distinzione della colpa lieve. Ne conseguiva che il medico in tali ipotesi, come in quelle nelle quali venivano in considerazione le sole negligenza o imprudenza, versava in colpa, essendo pacifico che in queste si dovesse sempre attenere ai criteri di massima cautela.

Un precetto, quello appena analizzato, che mostra di reputare rilevante, con mai perduta attualità, la considerazione per cui l'attività del medico possa presentare connotati di elevata difficoltà per una serie imprevedibile di fattori legati alla mutevolezza del quadro da affrontare e delle risorse disponibili»²².

Insomma, la situazione di emergenza nella quale il personale sanitario si è trovato a operare²³-chiamato a garantire cure necessarie e appropriate ai pazienti affetti da Covid-19, nonostante i limiti delle conoscenze, evidenze e risorse disponibili - ben potrebbe portare al concretizzarsi, quanto meno nella grande maggioranza dei casi, di quella speciale difficoltà della prestazione che rappresenta il requisito per l'applicazione dell'art. 2236 c.c., e favorire una considerazione delle criticità del contesto organizzativo e strutturale che hanno fatto da sfondo all'esecuzione della prestazione sanitaria eventualmente dannosa²⁴.

Appartiene all'intelligenza dell'art. 2236 c.c. - a prescindere dalla disponibilità o meno di linee guida - la capacità di valorizzare il contesto, le risorse a disposizione, la variabile organizzativa, la misura soggettiva della colpa, il tipo di rischio e l'attitudine a trovare applicazione anche nei confronti di professionisti diversi dagli esercenti le professioni sanitarie, purché anch'essi esposti ai dilemmi della complessità.

Tutto ciò, peraltro, non significa che la situazione emergenziale innescata dall'epidemia si pre-

22. Cass., Sez. Un., 22 febbraio 2018, n. 8770, su cui v. 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.*, n. 1, 2018, 345 ss.

23. Cfr. la delibera del Consiglio dei Ministri del 31 gennaio 2020, recante la *'Dichiarazione dello stato di emergenza in conseguenza del rischio sanitario connesso all'insorgenza di patologie derivanti da agenti virali trasmissibili'*, con la quale si dichiara lo stato di emergenza della durata di sei mesi dalla data del provvedimento.

24. Da parte di molti, in dottrina, e non da ora, si suggerisce il ricorso all'art. 2236 c.c.: «L'adozione di quel parametro di giudizio viene indicata come la strada 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 creative per via giurisprudenziale». Così C. FIORE-S. FIORE, *Diritto penale*, Utet, 2020, 300 ss. Della stessa opinione L. RISICATO, *La metamorfosi della colpa medica nell'era della pandemia*, cit., 6 e 9; M. CAPUTO, *Colpa penale del medico e sicurezza delle cure*, cit., 417 ss.; B. ROMANO, *La responsabilità penale dell'esercente la professione sanitaria tra antichi dubbi e nuovi problemi*, in *La responsabilità penale nelle professioni sanitarie*, a cura di B. ROMANO, Pacini Giuridica, 2019, 13 ss.; A. MANNA, *Medicina difensiva e diritto penale*, Pisa University Press, 2014, 162 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 ed "antiche" incertezze*, in *www.penalecontemporaneo.it*, 9 aprile 2018, 44 ss. Talune perplessità in ordine al ricorso all'art. 2236 cc. sono state manifestate da F. BASILE, *Un itinerario giurisprudenziale sulla responsabilità medica colposa, tra art. 2236 c.c. e Legge Balduzzi*, in *www.penalecontemporaneo.it*, 23 febbraio 2017.

sti a costituire un paravento dietro il quale possano essere nascoste le responsabilità - a tutti i livelli, anche i più alti - conseguenti a episodi di autentica *malpractice*, o *maladministration*, che rimangono sempre astrattamente ipotizzabili, anche in simili contesti.

Al contrario, come la dottrina e la giurisprudenza hanno avuto occasione di affermare, il medico che si muova all'interno di una scena critica deve comunque fare quanto rientra nelle proprie possibilità per cercare di sopperire alle sfavorevoli circostanze in cui viene eseguito il trattamento e adottare, nei limiti in cui ciò sia tecnicamente possibile, misure e accorgimenti che siano in grado di porvi rimedio²⁵.

Qualora si riscontri che non abbia ottemperato a tale obbligo, anche un operatore sanitario impegnato nel contrasto alla Covid-19 ne dovrà rispondere, ma nei limiti della colpa grave.

Alla luce delle riflessioni fin qui svolte, sembra potersi affermare, con tutte le cautele del caso, che nell'attuale quadro normativo della responsabilità penale sanitaria non manchino strumenti idonei a tenere nella dovuta considerazione le peculiarità dell'emergenza epidemica.

Se tutto questo è vero sul piano della speculazione teorica, non si può negare che – a bocce ferme – una riflessione sulla colpa medica possa e debba essere ripresa, in modo da allineare il nostro sistema ad altri ordinamenti nei quali il penale sanitario viene innescato solo dalla colpa grave in su, mentre il resto costituisce materia demandata al civile e all'assicurativo.

7. Le posizioni dell'AIPDP e della SIMLA.

Sia consentito qui fare solo un breve cenno alla bozza di articolato dell'Associazione Italiana dei Professori di Diritto Penale, che il suo Presidente, il prof. Sergio Seminara, mi ha autorizzato a condividere, e che cerca di rimediare al principale inconveniente osservato nell'applicazione dell'art. 2236 c.c., sulla scorta di una lettura restrittiva che ne legittima l'operatività solo nei casi di imperizia²⁶.

Ebbene, proprio l'emergenza in atto potrebbe suggerire alla giurisprudenza, come sostenuto dalla dottrina, un'estensione di esperienza mutuata dal codice civile anche a casi di imprudenza e negligenza lievi (si pensi alle già menzionate situazioni di stanchezza, fatica, stress e urgenza, determinanti episodi di dimenticanza, superficialità, colpa per assunzione etc.), soprattutto se si riconosca che, in concreto, i confini fra le tre matrici della colpa generica sovente sfumano fino a dissolversi, e si riempia il concetto di imperizia delle nozioni di imprudenza e negligenza qualificate dalla violazione delle *leges artis*²⁷.

25. Per una attenta e aggiornata panoramica del rilievo assunto dall'art. 2236 c.c. in ambito civilistico, con riguardo al possibile impiego a favore degli operatori sanitari e all'incidenza dei deficit organizzativi, cfr. M. FACCIOLI, *Il ruolo dell'art. 2236 cc nella responsabilità sanitaria per danni da COVID-19*, in www.rivista-responsabilitamedica.it, 22 aprile 2020. V. anche le sempre puntuali considerazioni di G. PONZANELLI, *La responsabilità sanitaria e i possibili contenziosi da Covid*, in www.giustiziacivile.com, 19 maggio 2020. In prospettiva penalistica la carenza organizzativa della struttura sanitaria pubblica è analizzata da M. COLACURCI, *Dai colletti ai camici bianchi? Alcune riflessioni sulla responsabilizzazione dell'ente in ambito sanitario*, in www.lagelegislazionepenale.eu, 24 aprile 2020; D. PAGANI, *Responsabilità penali da rischi di contagio del Covid-19 nelle strutture sanitarie*, in www.archiviopenale.it, 19 maggio 2020. Sul tema, sempre più attuale, v. anche R. BARTOLI, *Individuale e collettivo nella individuazione delle responsabilità penali per difetti strutturali e organizzativi in ambito sanitario*, in *Riv. it. med. leg.*, n. 3, 2018, 793 ss.; G.M. CALETTI, *La responsabilità penale per carenze organizzative e strutturali in ambito sanitario*, in *Riv. it. med. leg.*, n. 2, 2016, 737 ss. 26. Cfr. AIPDP, *Materiali per la riforma dei delitti contro la persona*, sottogruppo composto dai proff. S. SEMINARA - D. PULITANO - M. CAPUTO, *Il regime di responsabilità penale dell'esercente una professione sanitaria*, in www.aipdp.it/documenti-reati-colposi-contro-la-persona, e in particolare la bozza di un futuribile, nuovo art. 590-sexies c.p. - *Non punibilità dell'esercente le professioni sanitarie* -

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.

Per un primo commento cfr. A. ROJATI, *Esercizio della professione sanitaria e gestione dell'emergenza Covid-19*, cit., 16.

27. Cfr. A. MASSARO, *L'art. 590-sexies c.p., la colpa per imperizia del medico e la camicia di Nesso dell'art. 2236 c.c.*, in www.archiviopenale.it, 18 settembre

Un aiuto sotto questo aspetto potrebbe giungere dai medici legali, richiamati recentemente dalla Società Italiana di Medicina Legale e delle Assicurazioni - in piena sintonia con la logica sottesa all'art. 2236 c.c. - alla necessità di fornire, nell'esercizio dell'ufficio di periti e consulenti tecnici, contributi ispirati «alla più prudente e cauta valutazione della condotta degli operatori sanitari impegnati in questo difficile momento e siano piuttosto rivolti, con indefettibile riferimento alle condizioni di oggettiva operatività, alla valutazione della complessiva gestione sanitaria del singolo caso»²⁸.

8. Gli accorgimenti di natura processuale.

Peraltro, è probabilmente l'area processuale che si candida, *de lege ferenda*, a ospitare gli interventi più efficaci.

I dati giudiziari disponibili con riferimento alla fase precedente all'emergenza segnalano che, nella maggior parte dei casi, i procedimenti relativi a ipotesi di colpa professionale si concludono nella fase delle indagini preliminari con la richiesta di archiviazione che il pubblico ministero solitamente formula dopo il deposito della relazione del consulente nominato ex art. 360 c.p.p.²⁹ Questi dati, al momento, non paiono smentiti dall'emergenza. Al netto della drammatica questione relativa ai fatti occorsi nelle Residenze Sanitarie Assistenziali (c.d. RSA), e ancorché sia prematuro formulare resoconti, il rischio di un'alluvione di denunce non sembra ancora essersi materializzato, forse perché i cittadini sono i primi a rendersi conto dello sforzo straordinario profuso dal personale sanitario.

Occorre allora coniugare la irrinunciabile ricerca della verità con esigenze di deflazione processuale, nella consapevolezza che ove si opti per un approccio non accusatorio, ma sensibile alla dimensione organizzativa in cui cova l'errore e alla prevenzione di future criticità, è più importante isolare la rete causale - il 'come' - che individuare il soggetto che ha preso decisioni sbagliate - il 'chi'.

Da questo punto di vista, merita di essere rimarcata la proposta del prof. Giuseppe Losappio di subordinare l'erogazione di un contributo statale a favore delle vittime alla rinuncia ad agire anche in sede penale per i reati procedibili a querela, tra i quali potrebbe essere compreso anche l'omicidio colposo, con specifico ed esclusivo riferimento ai quadri dell'emergenza rianimatoria, mentre il rischio residuo di un ingente numero di procedimenti potrebbe essere affrontato con un'accorta gestione dei criteri di priorità e con l'adozione di protocolli di indagine ben mirati³⁰.

Anche sotto il profilo processuale, peraltro, non si può fare a meno di osservare come sarebbe assai salutare, se non altro in chiave deflattiva, se i pubblici ministeri cominciassero a prendere in seria considerazione l'art. 2236 c.c., concependola non come una regola di giudizio devoluta alle cure esclusive della giurisdizione, da rispolverare una volta che la porta della camera di

2017; 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*, cit., 25 ss.; A. OLIVA - S. GRASSI - V.L. PASCALI, *L'imperizia dopo la Legge n. 24 del 2017: per avere un porto sicuro servono confini chiari*, in *Riv. it. med. leg.*, n. 1, 2019, 429 ss.; M. CAPUTO, *Le 'sabbie mobili' dell'imperizia e la 'viscosità' dell'art. 590-sexies c.p. Considerazioni de lege lata e de lege ferenda*, in *Riv. it. med. leg.*, n. 1, 2019, 443 ss.; A. PROVERA, "Omnis definitio in iure..." *La responsabilità medica e la problematica distinzione tra i tipi di colpa generica*, in *Riv. it. med. leg.*, n. 4, 2019, 1355 ss. Di notevole interesse, sebbene convalidi la necessità e la possibilità di distinguere con nettezza l'imperizia dalle altre species della colpa generica, si rivela Cass., sez. IV, 18 maggio 2020, n. 15258.

28. Così SIMLA, *Responsabilità medica e COVID19. Lettera ai medici legali italiani*, in www.simlaweb.it, 6 aprile 2020.

29. Assai indicativi di un trend condivisibile sono i dati e i commenti della dott.ssa T. Siciliano, Procuratore aggiunto della Procura di Milano, nell'intervista rilasciata a I. GITTARDI e consultabile su www.dirittopenaleuomo.org, 9 ottobre 2019.

30. G. LOSAPPIO, *Responsabilità penale del medico, epidemia da "Covid19" e "scelte tragiche"*, cit., 15 ss.

consiglio si sia chiusa, bensì alla stregua di un parametro che, combinato con l'art. 358 c.p.p., si mostra capace di orientare in modo decisivo le indagini, favorendone la completezza e facilitando la prognosi sulla capacità dell'accusa di reggere l'urto del dibattimento (argomento ex art. 125 disp. att. c.p.p.)³¹.

9. Considerazioni conclusive.

In conclusione, a me pare che l'art. 2236 c.c. sia degno di interesse tra gli addetti ai lavori³². Per usare le efficaci parole dei proff. Gabrio Forti e Giovannangelo De Francesco, è una di quelle norme capaci di realizzare «una dimensione intersoggettiva riferita ad un certo modo di atteggiarsi delle 'scelte di vita' corrispondenti all'esperienza personale propria di ognuno», di attivare «una dimensione narrativa della vita in comune»³³, di ricreare uno scenario di rapporti sociali e di raccontare una storia vera, evocando e rendendo palpabile nella mente di ciascuno di noi un lavoro febbrile e sfibrante, condizionato dalla inadeguatezza delle risorse alle quali attingere, in termini di conoscenze, strutture, tecnologie, organizzazione, misure di sicurezza, numero di operatori etc.

Detto ciò, non possono né devono essere taciute scelte inopportune, se non sciagurate. E occorrerà porsi alcuni interrogativi di fondo: quante delle difficoltà riscontrate nella fase emergenziale sono dovute alla impreparazione all'emergenza? Quanta parte di questa impreparazione è dovuta a insuperabili carenze di risorse, anziché a precise scelte allocative? Quanto era davvero imprevedibile l'emergenza? Fino a che punto il giudizio penale può spingersi a sindacare la discrezionalità politica e amministrativa nella gestione dei fondi pubblici? Quanti soldi siamo disposti a investire nel sistema sanitario, sottraendoli alla cura di altri interessi?³⁴

Forse, allora, il presupposto da cui origina il dibattito intorno alla proposta di scudo non è tanto la sfiducia nel diritto penale, quanto il timore nei confronti dei giudici, chiamati a farne applicazione. Un timore amplificato dalla preoccupazione che l'agire delle Procure possa essere strumentalizzato nel dialogo politico e condurre a una indebita alterazione degli equilibri che reggono la separazione tra poteri dello Stato³⁵.

Ebbene, a mio parere è da condividere quanto ha scritto, con la consueta lucidità, il prof. Francesco Palazzo, quando ha invitato ad avere fiducia nella magistratura, «chiamata - cito - a fare esercizio di quella *prudencia* che sola riesce a tenere in bilico la colpa generica nel solco della responsabilità, senza farla tracimare nello schema del capro espiatorio. E non dubitiamo che darà sicuramente prova di essere all'altezza del suo compito di custode della civiltà giuridica anche nel momento in cui l'ostilità della natura sembra scuotere finanche le nostre istituzioni giuridiche»³⁶. Fine della citazione e fine del mio intervento. Vi ringrazio molto per l'attenzione e per la pazienza.

31. Più in generale, sintomatica di un approccio ispirato a maggior cautela nella trattazione delle notizie di reato in materia di *malpractice*, appare la circolare della Procura della Repubblica presso il Tribunale di Roma, 2 ottobre 2017, n. 3225, a firma del dott. G. PIGNATONE, avente a oggetto l'*Osservanza delle disposizioni relative all'iscrizione delle notizie di reato*.

32. Rilevano come finora la giurisprudenza abbia fatto scarso impiego dell'art. 2236 c.c., degradato a mera «clausola di stile», C. CUPELLI, *Emergenza COVID-19: dalla punizione degli "irresponsabili" alla tutela degli operatori sanitari*, cit., 13; G. M. CALETTI, *Emergenza pandemica e responsabilità penale in ambito sanitario*, cit., 14.

33. Cfr. G. DE FRANCESCO, *Dimensioni giuridiche ed implicazioni sociali nel quadro della vicenda epidemica*, in www.lalegislazionepenale.eu, 23 aprile 2020, 3; G. FORTI, *La cura delle norme. Oltre la corruzione delle regole e dei saperi*, Vita e Pensiero, 2018, passim.

34. Su quest'ultimo e altri vertiginosi interrogativi cfr. le acute riflessioni di J. HABERMAS - K. GÜNTHER - V. MILITELLO, *Diritti fondamentali: "Nessun diritto fondamentale vale senza limiti"*, in www.giustiziainsieme.it, 30 maggio 2020.

35. Su questa scia anche R. BARTOLI, *Il diritto penale dell'emergenza "a contrasto del coronavirus"*, cit., 14. V. pure A. BERNARDI, *Il diritto penale alla prova della COVID-19*, cit., 447 s.

36. Cfr. F. PALAZZO, *Pandemia e responsabilità colposa*, cit. Sul rischio di generare capri espiatori ammonisce G. FORTI, *Introduzione. Un'attesa di luce, dalla carità, in Le regole e la vita*, cit., 12 ss. In tema v. diffusamente G. ZANCHI, *I giorni del nemico. Il grande contagio e altre rivelazioni*, Vita e Pensiero, 2020.

Capitolo VI

La responsabilità colposa medica e organizzativa al tempo del coronavirus *Fra la “trincea” del personale sanitario e il “da remoto” dei vertici politico-amministrativi* di Roberto Bartoli

SOMMARIO:

1. Emergenza colposa, rischi di capro espiatorio e colpa generica. – 2. Cinque considerazioni a carattere generale. – 2.1. I delitti che vengono in gioco e la problematica configurazione dell’epidemia colposa. – 2.2. Causalità. – 2.3. Rischio. – 2.4. Colpa specifica e colpa generica. – 2.5. L’emergenza tra panpenalismo e pannormativismo. – 3. Le responsabilità per le morti dei pazienti. – 3.1. Le responsabilità del personale sanitario. – 3.1.1. Emergenza covid come rischio normale. – 3.1.2. Emergenza covid come rischio emergenziale/eccezionale. – 3.1.3. La questione delle discipline ad hoc e del c.d. scudo. – 3.2. La responsabilità dei vertici amministrativi e politici. – 3.2.1. Le responsabilità dei vertici nei contesti di normalità. – 3.2.2. Le responsabilità dei vertici nei contesti emergenziali. – 3.2.3. La questione dello scudo dei vertici politico-amministrativi. – 4. Le responsabilità per le morti del personale sanitario. – 4.1. Una problematica inedita concernente i vertici: l’intreccio tra responsabilità per la morte dei pazienti e responsabilità per la morte del personale sanitario. – 5. Considerazioni conclusive.

1. Emergenza colposa, rischi di capro espiatorio e colpa generica.

Il tema assegnatomi fa tremare i polsi, per l'estrema delicatezza e la notevole complessità. Per delicatezza, anzitutto in ragione dell'immane tragedia e del dolore generati da questa pandemia: ad oggi, 27 giugno 2020, giorno in cui licenzio questo lavoro, si registrano in totale 240.436 contagiati, di cui 29.282 operatori sanitari e 34.744 decessi, di cui 171 medici. Se non ritengo calzante il paragone generale e generico della pandemia da covid a una situazione di guerra, tuttavia sono convinto che molti operatori appartenenti al personale medico, alla 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.

Ma delicatezza anche per le problematiche che si pongono nella individuazione di eventuali responsabilità per le morti che si sono verificate. Com'è noto, i rischi di strumentalizzazione, che si possono addirittura concretizzare nella punizione di un soggetto innocente, di un vero e proprio capro espiatorio, sono insiti nelle logiche repressive e questi rischi mutano, direi non solo quantitativamente, ma anche qualitativamente, a seconda dei diversi contesti in cui il diritto penale si trova ad operare.

In termini meramente tendenziali, ma comunque significativi, si può osservare come in presenza di fatti dolosi si vada a imporre una logica vendicativa che se, da un lato, spinge verso l'eccesso punitivo, dall'altro lato, però, proprio in quanto logica vendicativa, si salda comunque a un'istanza personalistica di “corretta” individuazione del responsabile: vendetta (legge del taglione) e poi retribuzione portano in sé strutturalmente una certa tensione personalistica. Al netto di esigenze repressive statali o comunque collettive che possono portare anche alla punizione di innocenti, secondo una logica che potremmo definire più di “faida” che di vendetta. Diversamente, è in presenza di fatti colposi che l'eccesso punitivo tende a sfociare nella ricerca di un capro espiatorio, come del resto è dimostrato da tutta una serie di vicende recenti che vanno dalla responsabilità del datore di lavoro per l'utilizzo di sostanze pericolose (si pensi ai processi per amianto) a vari incidenti/disastri che si sono verificati negli ultimi anni (si pensi al caso Thyssenkrupp, al disastro di Viareggio e al terremoto dell'Aquila). Se ciò può apparire paradossale, tuttavia trova una ragione nella componente di inspiegabilità fisiologicamente insita nelle dinamiche colpose, nonché nella paura derivante dall'ignoto e dalla perdita di controllo sulle vicende umane¹. Se poi alla inspiegabilità degli accadimenti si aggiunge la sensazione di

1. Sul tema, F. PALAZZO, *Pandemia e responsabilità colposa*, in *Sistema penale*, 26 aprile 2020, p. 1 ss.; G. FORTI, *Coronavirus, la tentazione del capro espiatorio*

smarrimento e incertezza determinati dall'emergenza, la ricerca di capri espiatori risulta funzionale proprio a una sorta di ripristino quantomeno simbolico del dominio sugli accadimenti. Ebbene, se tutto questo è in linea di tendenza vero, non c'è da meravigliarsi più di tanto se in questa tragedia del coronavirus in cui l'emergenza da pandemia si è combinata con la natura colposa delle eventuali responsabilità possano riaffiorare le arcaiche origini del punitivo in chiave addirittura sacrificale, dove l'attribuzione di una responsabilità è legata non tanto al coinvolgimento personalistico per un fatto commesso, ma direttamente alla applicazione/esecuzione della punizione (della violenza), al fine di placare la profonda inquietudine derivante dalla violenza sprigionata dalla natura, con ciò ribadendo un ordine e un dominio, riconducendo all'"umano" e dando la sensazione di colmare le lacune conoscitive: insomma, in questa prospettiva connaturata al punitivo, essere responsabili non è la causa della punizione, ma il mero effetto della sua applicazione.

E un episodio paradigmatico di questo modo di ragionare, l'abbiamo avuto con riferimento ai *runners*, che sono stati considerati come una sorta di moderni untori. Mentre la pandemia dilagava all'interno di ospedali ed RSA, per giorni il tema di telegiornali e *talk show* (ma anche purtroppo di qualche ordinanza) è stato quello di chi in solitudine nei parchi si dedicava alla corsa. Alla fin fine, nulla di nuovo, se si pensa a quanto scritto da Alessandro Manzoni nella *Storia di una colonna infame*.

Ma il tema assegnatomi fa tremare i polsi anche per la sua complessità, in quanto sul piano "tecnico-giuridico" siamo nel regno della colpa. E la colpa, come si sa, è tema davvero complesso, non solo perché esistono nella sostanza due tipi di colpa, quella generica e quella specifica; non solo perché colpa generica e colpa specifica tendono a intrecciarsi continuamente; ma anche perché alla fin fine la colpa è fortemente attratta da quella generica, sia nelle situazioni di normalità, a maggior ragione in contesti in cui lo stesso rischio risulta oscuro perché nella sostanza inedito.

In particolare, colpa specifica e colpa generica si possono considerare due forme di colpa a volte addirittura strutturalmente diverse: si pensi all'utilizzo del principio di precauzione nella formulazione delle regole cautelari, plausibile in presenza di regole cautelari scritte, disfunzionale rispetto a regole cautelari non scritte proprio in virtù della mancanza di conoscenze esplicative certe; oppure si pensi alla misura soggettiva della colpa, per cui mentre nella colpa generica è sufficiente la conoscenza/conoscibilità della situazione di pericolo per potersi parlare anche di una conoscenza/conoscibilità della regola cautelare, nella colpa specifica la conoscenza/conoscibilità della situazione di rischio non è detto che sia sufficiente a far conoscere la regola scritta, con la conseguenza che nonostante il rispetto della regola cautelare scritta può residuare un dovere di ulteriore informazione giuridica.

Inoltre, il tema della colpa è complesso anche perché colpa specifica e colpa generica si intrecciano costantemente in tutti i settori in cui la colpa viene in gioco. Anzi, potremmo dire che più si tende a prevedere regole cautelari scritte, più si porranno problemi di colpa generica: sia perché, nonostante il rispetto di regole cautelari scritte, a causa del mutamento della situazione del rischio determinato dalla presenza di particolari circostanze concrete, residua spesso una colpa generica (la violazione di regole cautelari scritte); sia perché più si positivizzano regole comportamentali, più si individua una situazione di rischio rispetto alla quale non si potranno che porre problemi di colpa e quindi anche di colpa generica.

Insomma, si ha voglia a richiedere una delimitazione della responsabilità colposa attraverso la positivizzazione delle regole cautelari: la realtà dei fatti normativi colposi – se così si può dire – è ben diversa, per cui la colpa specifica si trascina sempre dietro di sé come un'ombra la colpa

generica. Con la conseguenza che, più che concentrarsi sul modo di delimitare la colpa generica valorizzando le regole cautelari scritte destinate poi ad essere contraddette dalla mutevole realtà, la riflessione deve spostarsi su come gestire la colpa generica, in termini di razionalità e quindi di controllabilità. Non solo, ma in termini più generali e di sistema, e tuttavia contrariamente a quanto avviene nella realtà, lo stesso legislatore dovrebbe contenere la propria bulimia normativa e disciplinatoria.

Se a tutto questo si aggiunge che si possono determinare situazioni in cui il rischio si presenta ignoto, situazioni derivanti dallo stesso sviluppo tecnologico e dal progresso scientifico, come anche dalla comparsa di patologie prima sconosciute, non c'è da meravigliarsi se la colpa alla fin fine è soprattutto un problema di colpa generica.

Senza considerare gli effetti, che possono essere devastanti e perversi, del principio di precauzione, soprattutto se, nonostante le conoscenze scientifiche esplicative, si qualifica come ignoto ciò che è frutto di una prognosi di rischio (ogni prognosi di rischio ha in sé una componente ignota) oppure se, pur in assenza di conoscenze scientifiche esplicative, si prescinde da una minima traccia di pericolosità ricavata da evidenze epidemiologiche, con la conseguenza che si ragiona in termini precauzionali al solo fine di interdire totalmente l'esercizio di determinate attività. Insomma, il principio di precauzione, destinato a incrementare ulteriormente le situazioni di rischio (ancor di più se l'ignoto è dilatato fino a coincidere con ciò che non si può totalmente controllare), nell'impossibilità di offrire regole cautelari predeterminate spinge inevitabilmente verso un'unica regola cautelare scritta, vale a dire il blocco della attività ("state a casa"), ponendo così fine alla colpa generica, ma anche al regolare svolgimento delle attività.

2. Cinque considerazioni a carattere generale.

Entrando subito in *medias res*, nell'affrontare il tema della responsabilità colposa in ambito medico e organizzativo al tempo del coronavirus il ragionamento può essere impostato secondo due prospettive.

Da un lato, ci si può basare sulla tipologia di vittima, per cui si distingue tra la responsabilità per la morte del paziente e la responsabilità per la morte dell'operatore sanitario. In questa prospettiva, nell'ipotesi del paziente vittima, le eventuali responsabilità andranno ricercate tra il personale medico e i vertici organizzativi amministrativi e/o politici, mentre nell'ipotesi di personale medico vittima, la responsabilità andrà ricercata nei vertici organizzativi amministrativi e/o politici.

Dall'altro lato, ci si può basare sulla tipologia di autore, per cui occorre distinguere tra la responsabilità del personale sanitario e la responsabilità dei vertici amministrativi e/o politici. In questa prospettiva, mentre il personale medico può essere responsabile soltanto per la morte del paziente, i vertici organizzativi amministrativi e/o politici possono risultare responsabili sia della morte dei pazienti che del personale medico.

Ebbene, tra queste due diverse impostazioni, opterò per la prima. È senz'altro vero che la seconda, basata sulla tipologia di autore, consente di evidenziare meglio le problematiche che si pongono soprattutto sul piano organizzativo, visto che, come vedremo, in termini peraltro inediti a quanto ci consta, le problematiche di responsabilità dei vertici che si possono porre rispetto ai pazienti si intrecciano a quelle, sempre dei vertici, che si possono porre nei confronti del personale medico vittima.

Tuttavia, è altrettanto vero che la tipologia di vittima determina nella sostanza diversi “tipi” di responsabilità colposa, in quanto, mentre in presenza di pazienti vittime si pone anzitutto un problema di colpa medica, dove passaggio centrale è la ricostruzione della responsabilità/irresponsabilità del personale medico, al quale si allaccia il passaggio della responsabilità dei vertici, in presenza di personale medico vittima si pone un problema di colpa lavorativa che coinvolge “subito e direttamente” i vertici, con tutto quel che ne consegue sia sul piano delle responsabilità individuali (si pensi al tema delle posizioni di garanzia) che su quello delle responsabilità collettive, visto che in presenza di morti derivanti dalla violazione delle regole cautelari sul lavoro scatta anche la responsabilità del sistema 231.

Ma prima di entrare nel dettaglio di queste tematiche, è opportuno compiere alcune considerazioni – per così dire – a monte, su alcune questioni comuni a entrambe le ipotesi di responsabilità.

2.1. I delitti che vengono in gioco e la problematica configurazione dell'epidemia colposa.

Il primo profilo da chiarire riguarda le fattispecie incriminatrici che possono venire in gioco. Pacifica la rilevanza dell'omicidio e delle lesioni in forma colposa, problematico il delitto di epidemia colposa².

Sulla configurabilità dell'epidemia colposa mi limito a compiere due considerazioni. Anzitutto, nodo centrale nella ricostruzione della fattispecie è non solo – e non tanto – se si tratti di reato a forma libera oppure a forma vincolata, ma piuttosto, preliminarmente, se si tratti di delitto che presuppone il dominio sul germe patogeno oppure – per così dire – la mera relazione patologica tra una persona e il morbo, vale a dire l'essere contagiati.

Ebbene, anche in considerazione degli elevatissimi livelli edittali previsti dall'art. 452 c.p., a me pare che la signoria dell'agente sull'insorgenza e sullo sviluppo del morbo epidemico sia un requisito selettivo indispensabile³, per il semplice fatto che, diversamente, non solo si aprirebbe la stura alla responsabilità omissiva colposa, ma soprattutto, si creerebbero i presupposti per trasformare la fattispecie in un reato di contagio colposo, con il rischio che nella prassi sia ulteriormente trasformato in reato di mero pericolo di trasmissione di germi patogeni, potendosi nella sostanza incriminare colui che contagiato, tenendo condotte imprudenti, rischia di contagiare altri.

Il delitto quindi non è soltanto a condotta vincolata (mediante la diffusione del morbo), ma con un vincolo ancora più forte, dovendosi aggiungere che la diffusione presuppone il dominio sul morbo. Insomma, la fattispecie si riferisce a una attività lecita in cui si sta “gestendo” e “trattando” il virus e nell'esercizio di tale attività si violano regole cautelari determinando una diffusione di germi patogeni con conseguente infezione di più persone. Volendo, si potrebbe ritenere che la fattispecie può presupporre anche una patologia rispetto alla quale il soggetto è in grado di dominare il contagio e le modalità di trasmissione: si pensi allo sviluppo del contagio che si trasmette in modo specifico da rapporti che si instaurano da persona a persona, come nei casi di infezione da HIV, AIDS, epatite B e C: ma va da sé che rispetto a questi fatti sono le

2. In argomento, cfr. A. GARGANI, *La gestione dell'emergenza “Covid-19”: il “rischio penale” in ambito sanitario*, in *Dir. pen. proc.*, 2020, in corso di pubblicazione, p. 1 s. (del dattiloscritto); 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. proc. pen.*, in corso di pubblicazione, p. 1 (del dattiloscritto), p. 17 ss.; S. RAFFAELE, *Delitto di epidemia: l'affaire Coronavirus*, in *Diritto penale e uomo*, 3.06.2020, p. 1 ss.

3. A. GARGANI, *La gestione dell'emergenza “Covid-19”*, cit., p. 2 (del dattiloscritto).

fattispecie di lesioni/omicidio ad entrare in gioco. Diversamente, la trasmissione del covid presenta modalità diverse, che se da un lato sono connotate da maggiore contagiosità e diffusività, dall'altro lato, però non comportano un dominio diretto sull'agente patogeno.

In secondo luogo, e conseguentemente, la fattispecie è del tutto inconferente rispetto alla situazione che si è venuta a creare con il covid, quanto meno in Italia, dove la diffusione del morbo è dovuta al contagio tra persone in assenza di un dominio sul germe. Insomma, una volta che il morbo è penetrato all'interno della società, per affermare una responsabilità si dovrebbe ritenere che le stesse persone infette sono in qualche modo "germi patogeni" sui quali è possibile esercitare una sorta di dominio. Prospettiva questa davvero problematica, non solo per l'equiparazione, ma anche per ciò che implicherebbe sul piano delle limitazioni delle libertà.

Prospettiva, a dire il vero, che tuttavia alla fin fine non sembra del tutto estranea alla filosofia di fondo con cui è stata ed è gestita questa emergenza, orientata, come vedremo, ad inserire il rischio patogeno-trasmissivo in ogni attività e quindi ad estendere il controllo praticamente su tutto, comprese per l'appunto le singole persone potenziali vettori, mediante penetranti limitazioni della loro libertà.

2.2 Causalità.

In secondo luogo, qualche riflessione in tema di causalità. Tema centrale e altamente problematico. Centrale perché senza l'accertamento della sussistenza del decorso causale reale, non si può procedere all'accertamento dei gradi successivi della responsabilità e quindi della colpa. Altamente problematico, perché non dobbiamo dimenticare la tendenza di una prassi, soltanto in parte ormai superata, volta a bypassare o comunque semplificare l'accertamento della causalità anche in ambito medico.

Ebbene, occorre ribadire con forza che l'accertamento del nesso causale in senso stretto, inteso come decorso causale reale, come catena che si è effettivamente verificata e che va dall'evento al comportamento (decorso oltretutto identico quale che sia il tipo di comportamento, attivo od omissivo, e quale che sia l'elemento soggettivo, doloso o colposo), si compone di due momenti: da un lato, quello relativo alla spiegazione scientifica del legame tra i diversi anelli, il momento c.d. generalizzante, avente carattere sostanziale (di diritto penale sostanziale), governato dal principio di personalità della responsabilità penale e quindi reclamante una certezza che non esitiamo a definire assoluta; dall'altro lato, v'è il momento della prova del decorso causale che si ritiene effettivamente verificatosi, il momento individualizzante, che si gioca su un piano probatorio/processuale, governato dal principio dell'oltre ogni ragionevole dubbio e quindi reclamante una certezza basata sulla credibilità logico-argomentativa⁴.

Ebbene, i problemi posti dal nesso causale reale possono attenersi al primo momento oppure al secondo, potendosi affermare che mentre nella colpa stradale il decorso causale reale alla fin fine non è mai problematico, né sul piano della spiegazione né su quello della prova; e mentre nella colpa in ambito lavorativo tende ad essere problematico soprattutto il piano della spiegazione scientifica (si pensi ai problemi posti dall'amianto); nella colpa medica risulta problematico soprattutto il piano probatorio.

Ed infatti, nella colpa medica, sul piano scientifico, si è sempre praticamente in grado di conoscere con certezza la *causa mortis*, mentre sul piano probatorio non è facile provare oltre ogni

4. In tema di causalità, di recente e per tutti, cfr. S. ZIRULIA, *Esposizione a sostanze tossiche e responsabilità penale*, Milano, 2018, *passim*. Inoltre, sia consentito rinviare a R. BARTOLI, *Diritto penale e prova scientifica*, in G. CANZIO-L. LUPARIA (a cura di), *Prova scientifica e processo penale*, Milano, 2018, p. 75 ss.

ragionevole dubbio che nel caso concreto si è sviluppato proprio quel determinato decorso causale che conduce alla responsabilità di un autore. Non è facile, ma è comunque possibile, in virtù del ragionamento basato sulla credibilità razionale.

Premesso tutto questo, si deve ritenere che anche nelle vicende covid, rispetto al nesso causale, si porrà non tanto un problema sul piano della spiegazione scientifica astratta, visto che siamo in grado di ricostruire scientificamente se una morte è dovuta alla “attività” di questo virus, quanto piuttosto sul piano probatorio, come avviene anche per il contagio da hiv, dove sul piano scientifico la morte è spiegabile con certezza assoluta, ma si pongono problemi di prova in ordine al contagio.

In particolare, anzitutto, difficoltà si potranno porre in virtù della mancanza di autopsie. D’altra parte, proprio perché problema probatorio, pacifica in giurisprudenza la possibilità di ricostruire la *causa mortis* in termini induttivi.

In secondo luogo, si potrà porre un problema di concause (patologie pregresse sulle quali gli effetti del coronavirus si sono innestati). D’altra parte, anche su questo punto si deve registrare come la giurisprudenza tenda ad affermare comunque la responsabilità andando ad aggiungere i fattori causali.

Per inciso, non si può fare a meno di osservare come il tema della concausalità sia da attenzionare non soltanto in ambito medico, ma in termini generali, riguardando però più il piano scientifico-esplicativo che quello probatorio. In particolare, questa problematica non può essere confusa con il tema della cooperazione colposa che si pone nei settori della circolazione stradale e del lavoro, con riferimento al ruolo della vittima, oppure nel settore medico, con riferimento ad eventuali ulteriori autori (per esempio medici intervenuti prima o dopo)⁵: la cooperazione colposa è un problema che attiene alla colpa. Piuttosto, riguardo alla concausalità c’è da chiedersi se si possa davvero considerare del tutto irrilevante la circostanza che su un piano rigorosamente oggettivo, causalistico, un evento sia il frutto di una pluralità di fattori, aspetto forse da prendere in considerazione non tanto sul piano dell’esclusione della responsabilità, ma piuttosto della sua quantificazione: si pensi alle ipotesi dell’amianto con riferimento al fattore fumo. Inoltre, in ambito medico, se non si vuole prendere in considerazione sul piano del decorso causale reale, tuttavia la concausalità potrebbe rilevare sul piano della colpa, quanto meno come indice di peculiare complessità della situazione di rischio da affrontare.

Infine, sempre sul piano probatorio, si potrà porre il problema della esclusione dei decorsi causali alternativi: se da un lato l’accusa potrà affermare che il contagio è avvenuto in una certa maniera risalendo fino a una condotta, dall’altro lato, la difesa tenderà ad affermare che il contagio è avvenuto secondo altro decorso che esclude la riferibilità a una condotta. E trattandosi di contagio oltretutto dovuto a rapporti relazionali tra persone – per così dire - piuttosto generici e indeterminati (non, ad esempio, il contatto ematico come nelle ipotesi di HIV), vi sono ampi spazi per insinuare il dubbio che esso possa essere avvenuto secondo una catena diversa da quella prospettata dall’accusa.

Insomma, se da un lato è possibile affermare con una certezza scientifica assoluta che la morte è dovuta a covid o comunque anche a covid, dall’altro lato sarà possibile, ancorché assai problematico, dimostrare che il contagio è riconducibile a un determinato comportamento. C’è da ritenere che le ipotesi in cui sarà possibile escludere i decorsi causali alternativi saranno comunque rarissime (ad esempio ricovero in un ambiente di persone certamente non contagiate e prive di contatti con l’esterno, di una persona certamente contagiata).

5. Con riferimento alla cooperazione della vittima in ambito lavorativo, v. per tutti Di GIOVINE, *L'autoresponsabilità della vittima come limite alla responsabilità penale*, in www.legislazionepenale.eu, 13.5.2019, p. 1 ss.; D. CASTRONUOVO, *Profili relazionali della colpa nel contesto della sicurezza sul lavoro. Autoresponsabilità o paternalismo penale?*, in *Arch. pen.*, 2019, n. 2, p. 1 ss.; riguardo alla “cooperazione” della vittima in ambito stradale, cfr. G. MARINO, *Il contributo contra se della vittima, con particolare riferimento all’investimento del pedone imprudente*, in www.legislazionepenale.eu, 17.1.2019, p. 1 ss.; circa la cooperazione nella colpa medica, cfr. per tutti A. VALLINI, *Colpa medica, concause sopravvenute e competenza per il rischio: qualcosa di nuovo, anzi d’antico*, in *Dir. pen. proc.*, 2015, p. 1537 ss.

2.3 *Rischio.*

In terzo luogo, una considerazione generale deve essere compiuta sul tema del rischio. Tema chiave per la colpa, tema chiave per la colpa medica in virtù della sua costante modificabilità e che si intreccia alle problematiche già accennate dei rapporti tra colpa specifica e colpa generica.

In particolare, la questione di fondo che si pone è se il rischio affrontato durante la fase dell'emergenza abbia costituito o meno un rischio peculiare, specifico, emergenziale.

Vorrei riportare sinteticamente, quanto ha affermato il dott. Luigi Cavanna, considerato ormai un pioniere della lotta al coronavirus in trincea: «nelle settimane successive al 21 febbraio il pronto soccorso di Piacenza era in una situazione apocalittica. Lei [si rivolge all'intervistatore] ha presente un pronto soccorso in cui ogni stanza, ogni posto libero, ogni ripostiglio è occupato dai malati? C'erano tubi che portavano ossigeno dappertutto e c'erano ambulanze in fila che dovevano aspettare per poter scaricare i pazienti»⁶.

La definizione della situazione di rischio che è stata di volta in volta affrontata è un passaggio che possiamo considerare davvero decisivo, perché, come vedremo, a nostro avviso, a seconda della sua qualificazione cambiano non solo le regole cautelari che vengono in gioco, ma forse anche gli istituti, creandosi i presupposti per l'ingresso di disposizioni orientate ad escludere la responsabilità (ad esempio, caso fortuito e forza maggiore). Inoltre, la definizione della situazione di rischio in termini emergenziali, se da un lato potrebbe determinare l'esclusione di responsabilità mediche, dall'altro lato, potrebbe determinare proprio l'attivazione di responsabilità organizzative, là dove siano riscontrabili doveri organizzativi, magari disciplinati con norme positivizzate (colpa specifica) orientate ad affrontare l'emergenza.

2.4. *Colpa specifica e colpa generica.*

Eccoci quindi alla quarta considerazione, relativa alla colpa⁷. Nella vicenda coronavirus si pone soltanto un problema di colpa generica aggravata dall'emergenza oppure si pongono anche problemi di colpa specifica? Come avremo modo di vedere, a mio parere, occorre distinguere. Se ci occupiamo della colpa medica in senso stretto, riferibile al personale sanitario, non c'è dubbio che si pone essenzialmente un problema di colpa generica oltretutto "aggravata" dall'emergenza, con tutto quel che ne consegue soprattutto sul piano della prudenza necessaria a maneggiare siffatta tipologia di colpa.

In particolare, quando si deve affrontare la configurazione di una responsabilità per colpa generica, occorre essere sempre prudentissimi, già nelle situazioni di normalità, figuriamoci in quelle caratterizzate dall'emergenza. Il problema si pone non solo perché la regola cautelare non essendo scritta non è formalmente predeterminata *ex ante* al momento in cui il soggetto agisce, ma anche, e conseguentemente, perché, a causa della mancanza di una regola scritta, il giudice rischia di operare con il senno di poi. Il giudice, cioè, tende a ricostruire la regola cautelare sulla base di quanto già accaduto e non sulla base di quanto accadeva al momento della condotta. E senno di poi significa non solo la "calma e freddezza" di chi non ha vissuto da protagonista gli eventi, ma anche per l'appunto accadimenti già verificatisi, e quindi totale conoscenza di tutti i fattori oltretutto ricostruiti processualmente con le dinamiche di un contraddittorio, con

6. G. CEDRONE, "A piacenza onda d'urto impressionante, per questo abbiamo il più alto numero di morti". Parla il pioniere della lotta al virus Luigi Cavanna, in www.sanitainformazione.it, 28 aprile 2020.

7. In argomento, v. per tutti, C. PIERGALLINI, voce Colpa (diritto penale), in *Enc. dir., Annali*, vol. X, Milano, 2017, p. 222 ss.; D. CASTRONUOVO, *La colpa penale*, Milano, 2009, passim; M. GROPPA, *Principio di colpevolezza, rimproverabilità soggettiva e colpa specifica*, Torino, 2012; A. PERIN, *Prudenza, dovere di conoscenza e colpa penale. Proposta per un metodo di giudizio*, Napoli, 2020. Con specifico riguardo alla colpa medica e una particolare attenzione alla prassi giurisprudenziale, v. D. MICHELETTI, *La responsabilità del medico tra colpa generica e specifica*, in *disCrimen*, 8.5.2019, p. 1 ss.

la conseguenza che con il senno di poi è quasi sempre individuabile un comportamento che si sarebbe dovuto/potuto tenere per evitare la verifica dell'evento.

Ecco allora, che nella ricostruzione della responsabilità per colpa generica, al netto delle ipotesi in cui possono intervenire vere e proprie cause di esclusione della responsabilità (ad esempio caso fortuito), ci si deve muovere in una prospettiva che potremmo definire di selezione della rilevanza degli errori commessi: se, da un lato, è indubbio che qualcosa è andato storto e che possono esserci stati errori, tuttavia non ogni errore implica necessariamente una colpa e una responsabilità, assumendo rilevanza soltanto quell'errore che corrisponde effettivamente alla violazione di regole cautelari alle quali ci si doveva attenere al momento dell'esercizio della attività rischiosa: insomma, si tratta di selezionare un comportamento che fosse davvero capace di impedire *ex ante*, al momento della condotta, la verifica dell'evento.

Ebbene, la trattazione della colpa generica implica due passaggi fondamentali. Da un lato, una chiave di lettura della problematica è costituita ancora una volta dal rischio. Ogni volta che si deve individuare una regola cautelare, è la situazione di rischio che deve essere ben definita. Ciò vale in termini davvero decisivi, là dove si ponga un problema di residuo della responsabilità generica nonostante l'assenza della colpa specifica ovvero un problema di residuo di regole non scritte violate nonostante l'osservanza di quelle scritte: in queste ipotesi il rischio che deve fronteggiare la regola cautelare non scritta deve essere, per la presenza di peculiari fattori ulteriori, diverso da quello che si sarebbe dovuto affrontare con la regola scritta, con la conseguenza che per una corretta impostazione delle cose si dovrebbe addirittura comparare con rigore il rischio sotteso alla regola cautelare scritta che si è rispettata, con quello sotteso alla regola cautelare non scritta che si ritiene violata. Ma ciò vale anche là dove si ponga "immediatamente" un problema di colpa generica: occorre ricostruire la situazione concreta, le circostanze e i fattori complessivi in cui si è inserita l'attività, dando massima attenzione al fatto e alle sue dinamiche e conseguentemente alla conoscibilità di tale rischio. Con la conseguenza che la colpa generica apre soprattutto alla problematica della riconoscibilità della situazione di rischio e della misurazione soggettiva della colpa, visto che per la maggior parte dei fattori di rischio "in più" rispetto alla situazione che doveva fronteggiare la regola cautelare scritta si pone un problema di conoscibilità/prevedibilità della peculiare situazione di rischio⁸.

Dall'altro lato, proprio alla luce delle circostanze concrete deve essere individuata comunque la condotta concreta e "specificata" che l'autore avrebbe dovuto tenere: colpa generica significa che la regola cautelare viene forgiata nella sostanza dal giudice *ex post* ma in prospettiva *ex ante*, mentre non significa che deve essere contenutisticamente generica, indeterminata, anzi: essa deve essere puntualmente definitiva e individuata dal giudice con una formula di determinatezza propria delle regole cautelari scritte e rigide. Insomma, la regola cautelare non scritta deve essere individuata con una determinatezza, concretezza e dettaglio nella sostanza analoghi a quelli utilizzati dai poteri che pongono regole cautelari scritte.

Ma nella vicenda covid si pone soltanto un problema di colpa generica? Ebbene, sul piano organizzativo la questione è molto più complessa di quel che possa apparire a prima vista. Ed infatti, non c'è alcun dubbio che, di regola, potremmo dire in situazioni di normalità, risulta davvero difficile configurare regole cautelari per l'attività dei vertici, siano essi amministrativi o politici, anche perché proprio la combinazione dell'ampia discrezionalità che contraddistingue tali attività organizzative con la colpa generica, determina una vera e propria impossibilità a predeterminare regole comportamentali. Ma è proprio nelle situazioni di emergenza che le cose possono mutare, perché in tali situazioni è ben possibile che scattino normative destinate a delineare comportamenti finalizzati ad affrontare eventuali emergenze, dando luogo a regole cautelari scritte che disciplinano attività che altrimenti sarebbero ampiamente discrezionali.

8. Assolutamente persuasive l'analisi e le conclusioni di D. MICHELETTI, *La responsabilità del medico tra colpa generica e specifica*, cit., p. 33 ss.

2.5. L'emergenza tra panpenalismo e pannormativismo.

Infine, anche alla luce di queste ultime considerazioni, un accenno al rischio panpenalistico, con conseguente rischio di capro espiatorio. Ebbene, come abbiamo visto, non c'è dubbio che tale rischio si pone, soprattutto se poi la responsabilità tende in qualche modo a salire. E non è un caso che sul punto siano intervenuti con la solita lucidità esemplare Maestri come Palazzo e Pulitanò. In particolare, il primo ha affermato che «riguardo agli amministratori, il fatto che la istituzionale discrezionalità delle loro scelte non può per principio convertirsi in fonte di responsabilità penale sol perché sarebbe stato possibile scegliere meglio per la tutela più efficace della vita e della salute: l'errore non è per ciò solo sempre e necessariamente colpevole. L'esercizio della discrezionalità genera responsabilità penale solo quando nella decisione sia grossolanamente alterato l'ordine dei valori-scopo per la cui ponderazione è conferito quel potere discrezionale»⁹. Pulitanò ha ulteriormente precisato: «se vi è una responsabilità di "governo" (anche a livello di alta amministrazione) che passa per decisioni da adottare in condizioni di incertezza, implicanti valutazioni discrezionali e bilanciamenti d'interessi, la sfera di autonomia e responsabilità politica va salvaguardata. Vi è uno spazio della politica che non può essere sottoposto a scrutinio diverso da quello politico, della sfera pubblica politica. Dove si collochi il confine, può essere un problema difficile. Ma un confine è necessario, altrimenti si apre la strada a un *panpenalismo di principio*»¹⁰.

Ebbene, queste affermazioni non possono che essere condivise, ma a mio modestissimo avviso necessitano di due integrazioni su cui riflettere. Da un lato, oltre a un rischio panpenalistico vedo anche un rischio pannormativistico e pancautelaristico nella gestione dell'emergenza complessivamente intesa, che finisce per incrementare problemi di colpa e istanze di responsabilizzazione. Ciò emerge evidentissimo nel momento in cui, in una prospettiva addirittura precauzionale, nonostante le conoscenze scientifiche, si sono disciplinati comportamenti "generali ed astratti" lontanissimi dalle situazioni di rischio, imponendo a volte divieti che nella sostanza impedivano in modo assoluto addirittura l'esercizio di diritti, presidiando tali divieti con sanzioni punitive amministrative. Ma ciò emerge anche quando si è andati a disciplinare aspetti organizzativi che nella sostanza stanno a monte rispetto a chi doveva affrontare la vera situazione di rischio sanitario: si pensi alla disciplina relativa alla istituzione delle zone rosse. Ed emerge, infine, come vedremo, nel momento in cui la presenza del virus viene elevata a fattore di rischio onnipervasivo e onnipresente.

Dall'altro lato, non si può fare a meno di osservare come rientri tra i compiti di una buona amministrazione l'organizzazione di attività per fronteggiare l'emergenza. Insomma, manutenzione ed emergenza costituiscono le due attività fondamentali alle quali un'amministrazione si deve dedicare. Ponendosi poi il problema della prevedibilità della verifica dell'emergenza: ma questo è un tutt'altro problema.

Insomma, là dove emergono discipline indirizzate anche alle amministrazioni o addirittura alla politica, gli spazi della discrezionalità si riducono potendo aumentare quelli per una eventuale responsabilità.

3. Le responsabilità per le morti dei pazienti.

Per quanto riguarda le responsabilità per le morti dei pazienti, occorre distinguere a seconda che si ritengano soggetti responsabili il personale medico oppure i vertici politico-amministrativi.

9. F. PALAZZO, *Pandemia e responsabilità colposa*, cit., p. 3.

10. D. PULITANÒ, *Lezioni dell'emergenza e riflessioni sul dopo. Su diritto e giustizia penale*, in *Sistema penale*, 28 aprile 2020, p. 8.

3.1. Le responsabilità del personale sanitario .

Per quanto riguarda le responsabilità del personale sanitario, come abbiamo accennato, il primo tema centrale che si pone riguarda la definizione del rischio che tale personale si è trovato ad affrontare.

In termini molto sintetici imposterei la questione così. Se il rischio viene qualificato come “normale”, è indubbio che viene in gioco la colpa medica “normale” e quindi nella sostanza l’art. 590-*sexies* c.p. così come interpretato dalla giurisprudenza a seguito della sentenza delle Sezioni Unite Mariotti, nonché da quella successiva che sta dicendo cose importanti ad integrazione della sentenza delle Sezioni Unite. Se invece il rischio viene qualificato come rischio “anormale”, “anomalo”, emergenziale, eccezionale, si pone un problema di eventuale irresponsabilità del medico, da affrontare o mediante i principi e gli istituti “normali” che consentono di attribuire rilevanza alle situazioni emergenziali nella sostanza imprevedibili oppure mediante norme *ad hoc* direttamente disciplinate dal legislatore (non solo la questione dello scudo, ma anche l’idea di una disciplina che senza negare *tout court* la responsabilità medica si attagli però alla particolare situazione covid).

3.1.1. Emergenza covid come rischio normale.

Ebbene, per quanto riguarda la prima prospettiva (rischio normale), mi siano consentite alcune battute, su due direttrici diverse, su un piano generale, relativo alla problematica della delimitazione della responsabilità medica, e su un piano specifico, relativo alla problematica del Covid. Su un piano generale, non posso che ribadire le mie perplessità rispetto a una disciplina che ha tentato di delimitare la responsabilità del medico operando sul piano delle fonti delle regole cautelari attraverso la valorizzazione delle regole scritte, invece che su quello soggettivo del grado della colpa¹¹. Le due riforme legislative, soprattutto quella del 2012, ma anche, nonostante qualche correttivo, quella del 2017, al fine di restringere gli spazi di responsabilità del medico, hanno puntato sul rispetto delle linee guida e quindi nella sostanza, come spirito di fondo, sulla colpa specifica, ponendosi tuttavia in contrasto con le stesse caratteristiche fisiologiche della colpa medica, contraddistinta da un dinamismo così spinto da richiedere necessariamente un costante adattamento delle regole comportamentali alla mutevolezza della situazione¹². Non è un caso che il primo grande problema che la giurisprudenza si è trovata ad affrontare dopo la riforma del 2012 sia stato proprio quello dell’adattamento delle linee guida al caso concreto¹³. Bene ha fatto quindi la sentenza Mariotti a riportare la questione più che sul rispetto delle linee guida, sulla gradazione della colpa, assumendo come pilastro del suo ragionamento, nella sostanza, la complessità tecnica della situazione di rischio da affrontare su cui poi calibrare valutazioni in merito al grado della colpa¹⁴. La giurisprudenza ha dovuto – per così dire – spostare l’asse della disciplina dalla legalità delle regole cautelari alla situazione di rischio e quindi al

11. Sia consentito rinviare a R. BARTOLI, *Riforma Gelli-Bianco e Sezioni Unite non placano il tormento: una proposta per limitare la colpa medica*, in *Dir. pen. contemp.*, n. 5/2018, p. 233 ss.

12. In argomento, per un quadro complessivo delle riforme, cfr. G. FORTI-M. CAPUTO, *La responsabilità penale degli esercenti le professioni sanitarie dopo la l. 24/2017 e i primi consuntivi giurisprudenziali*, in *Diritto e difesa in ostetricia e ginecologia*, Roma, 2019, p. 209 ss.; L. RISICATO, *Il nuovo statuto penale della colpa medica: un discutibile progresso nella valutazione della responsabilità del personale sanitario*, in www.legislazionepenale.eu, 5.6.2017; A. DI LANDRO, *La problematica sorte della colpa grave e lo sviluppo del sistema linee guida*, *ivi*, 17.1.2018, p. 1 ss.; A. MERLI, *Il quadro della responsabilità penale colposa in campo medico dopo la legge Gelli-Bianco. Qualche incertezza e tanti dubbi irrisolti*, *ivi*, 17.1.2020, p. 1 ss.

13. Cass. pen., Sez. IV, 29 gennaio 2013-9 aprile 2013, Cantore, n. 16237/2013.

14. Cass. pen., SS.UU., 21 dicembre 2017-22 febbraio 2018, Mariotti, n. 8770/2018. In argomento, v. per tutti 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. contemp.*, 1.3.2018; 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*, *ivi*, 9.4.2018; M. CAPUTO, *Le Sezioni Unite alle prese con la colpa medica: nomofilachia e nomopoesi per il gran ritorno dell’imperizia lieve*, in *Riv. it. med. leg.*, 2018, p. 345 ss.; R. BLAIOTTA, *Niente resurrezioni, per favore. A proposito di s.u. Mariotti in tema di responsabilità medica*, *ivi*, 1.6.2018; C. BRUSCO, *Responsabilità medica penale: le Sezioni Unite applicano le regole sulla responsabilità civile del prestatore d’opera*, in *Dir. pen. proc.*, 2018, p. 646 ss.; A. ROIATI, *Il compromesso interpretativo praeter legem delle Sezioni unite in soccorso del nuovo art. 590-*sexies* c.p.*, in *Arch. pen.*, 2018, n. 2, p. 1 ss.

grado della colpa, dovendosi soffermare preliminarmente proprio sulla individuazione della situazione di rischio che può giustificare un'esenzione dalla responsabilità.

Mi pare, inoltre, che la giurisprudenza più recente spinga nel senso di rafforzare ulteriormente i punti fermi della sentenza Mariotti, depotenziando il ruolo delle linee guida, smorzando la distinzione tra valutazione ed esecuzione, ampliando il concetto di imperizia e più in generale "smontando" pericolosi automatismi come ad esempio quello per cui errori diagnostici pongono di per sé fuori dalle linee guida e sono connotati da negligenza e imprudenza¹⁵.

Insomma, a me pare che si dovrebbe operare ben al di là della distinzione tra imperizia e imprudenza/negligenza, come anche della distinzione tra valutazione ed esecuzione, trattandosi di distinzioni che ancora una volta sono disfunzionali rispetto alle dinamiche dell'attività medica. Non solo, ma se si considera che, come dimostra proprio questa vicenda del covid, esigenze di delimitare la responsabilità medica si pongono soprattutto in presenza di situazioni di rischio nuove e complesse, vale a dire in situazione in cui, guarda caso, non vi sono linee guida, appare evidente come sia soprattutto l'idea di una situazione complessa accompagnata da una colpa grave a poter fondare una responsabilità, a prescindere proprio dall'esistenza di linee guida. Da condividere quindi *in toto* la proposta formulata dalla Associazione dei Professori di diritto penale¹⁶.

3.1.2. Emergenza covid come rischio emergenziale/eccezionale.

Venendo alla specifica vicenda covid, punto centrale non è soltanto che l'art. 590-*sexies* c.p. risulta inadeguato rispetto a questa vicenda, ponendosi la necessità di una normativa *ad hoc*; ma anche – e direi soprattutto – che questa normativa non può essere applicata alla situazione di specie, perché la situazione di rischio che il personale medico si è trovato ad affrontare non era complessa in un contesto di normalità, ma era complessa in un contesto emergenziale.

Sul piano della complessità del rischio: malattia nella sostanza ignota, mancanza di farmaci specifici per il suo trattamento, difficoltà di ricostruire l'interazione con altre patologie, mancanza di linee guida e raccomandazioni consolidate, basta pensare alla questione del ricovero o meno¹⁷.

Ma soprattutto contesto emergenziale: affluenza improvvisa e consistente di pazienti nei pronto soccorsi; assenza di dispositivi di protezione individuale per il personale; necessità di impiegare anche medici afferenti a diverse specializzazioni richiamando all'attività chi è andato in pensione e prevedendo assunzioni di personale sanitario in deroga alle normali procedure.

Insomma: un conto è il caso complesso che arriva ad un pronto soccorso e a un presidio ospedaliero in situazione di normalità; un conto è il caso complesso anche perché nella sostanza ignoto che arriva ad un pronto soccorso e ad un presidio ospedaliero nel caos perché vi sono

15. Cass. pen., Sez. IV, 11 febbraio 2020-18 maggio 2020, n. 15258/2020. Sulla giurisprudenza successiva alla sentenza Mariotti, cfr. P. PIRAS, *L'accertamento della colpa medica nella giurisprudenza post Mariotti*, in *Dir. pen. contemp.*, 18.1.2019, p. 1 ss.; M. SCHIAVO, *La persistente imprevedibilità delle pronunce sulla colpa medica a due anni dall'entrata in vigore della legge Gelli-Bianco*, *ivi*, 3.5.2019, p. 1 ss.

16. Cfr. S. SEMINARA-D. PULITANO-M. CAPUTO, *Il regime di responsabilità penale dell'esercente una professione sanitaria, in 3° gruppo – Reati colposi contro la vita e l'integrità*, www.aipdp.it, p. 1 ss.

17. Ad essere puntigliosi, si dovrebbe parlare addirittura di indicazioni contraddittorie. Come ricostruisce G. BOVI, *La colpa del medico ai tempi del COVID-19: la soluzione nei principi generali?*, in *Giustizia insieme*, 27.5.2020, p. 4, «un primo provvedimento rilevante e recante indicazioni per l'individuazione dei casi sospetti di Covid-19 è stata la Circolare n. 1997 del 21 gennaio 2020, per la quale soggetti sospetti erano coloro che avessero collegamenti diretti/indiretti con la Cina nonché coloro che avessero manifestato "un decorso clinico insolito o inaspettato, soprattutto un deterioramento improvviso nonostante un trattamento adeguato, senza tenere conto del luogo di residenza o storia di viaggio, anche se è stata identificata un'altra eziologia che spiega pienamente la situazione clinica". Tuttavia, nella successiva Circolare n. 2302 del 27 gennaio 2020, il predetto elenco sparisce e, invece, i due requisiti figuravano in rapporto reciproco: prova ne è che sono stati letteralmente posti in congiunzione con la lettera "E" in maiuscolo».

tanti altri casi complessi identici.

La situazione emergenziale ha generato una situazione di rischio che non poteva essere fronteggiata con le normali cautele, rispetto alla quale la violazione di cautele “normali” non può essere imputata – per così dire – *tout court*: inesigibilità, *ad impossibilia nemo tenetur*, caso fortuito/forza maggiore, stato di necessità perdurante. Si definisca come si vuole, il punto è che le situazioni che si sono create hanno determinato i presupposti per un’esonazione da responsabilità che va ben oltre la problematica dell’operatività dell’art. 590-*sexies*, il quale riguarda situazioni di complessità che attengono comunque alla normalità.

3.1.3. La questione delle discipline ad hoc e del c.d. scudo.

Vero tutto questo, a me pare che sarebbe sufficiente applicare questi principi¹⁸. Tuttavia sono state formulate proposte di riforma legislativa orientate ad introdurre norme *ad hoc*. Ebbene, all’interno di queste proposte occorre distinguere.

Da un lato, v’è chi, facendo leva sull’inadeguatezza della disciplina vigente, auspica una norma *ad hoc* che nella sostanza si affianca all’art. 590-*sexies* per le specifiche situazioni di covid¹⁹. La proposta è interessante e plausibile, ma, da un lato, vedendo anche come formulata, attiene più al sistema in generale che alla vicenda covid o comunque alla vicenda covid in un contesto di normalità, più che a quanto accaduto nei giorni della vera e propria emergenza. Insomma, quando si prospetta di limitare la responsabilità penale degli operatori sanitari alle sole ipotesi di colpa grave, senza distinzione tra imperizia e imprudenza/negligenza, e di introdurre una definizione di colpa grave nella quale si dia peso rilevante ai fattori contestuali emergenziali, ebbene una proposta del genere potrebbe addirittura sostituire lo stesso art. 590-*sexies* c.p., soprattutto se si decidesse di abbandonare qualsiasi riferimento al rispetto delle linee guida²⁰, a meno che non si voglia indicare come indice particolarmente significativo per una valutazione di lievità della colpa²¹. Ecco allora che in questa prospettiva, persuade ancor di più la proposta di applicare direttamente l’art. 2236 c.c., basato sulla colpa grave di chi si è trovato a fronteggiare situazioni di “speciale difficoltà”²².

Dall’altro lato, v’è il tema del c.d. scudo. Ebbene, quale l’obiettivo di tale scudo? A ben vedere, infatti, proprio se ci si muove lungo la linea dei presupposti e dei principi che ho provato a delineare in precedenza, non sembra esserci la necessità di una norma *ad hoc*: la responsabilità in contesti complessi che non sono di normalità, ma di emergenza, può essere esclusa senza la necessità di previsioni peculiari.

Problemi si possono porre là dove venisse messa in discussione l’esistenza dell’emergenza: ecco allora che la previsione costituirebbe uno strumento per chiarire in anticipo ciò che dovrebbe emergere senza problemi, magari anche con la finalità di non esporre nemmeno a procedimento chi si è impegnato in prima linea nel contrastare l’emergenza. Insomma, si tratterebbe di una scelta di politica criminale volta a rafforzare la lettura emergenziale della vicenda e a

18. Nello stesso senso si esprime G. BOVI, *La colpa del medico ai tempi del COVID-19: la soluzione nei principi generali*, in *Giustizia insieme*, 26 maggio 2020, richiamando “lo stato di eccezione” come paradigma che gioca a favore del reo.

19. C. CUPELLI, *Emergenza Covid-19: dalla punizione degli “irresponsabili” alla tutela degli operatori sanitari*, in *Sistema penale*, 30.3.2020, p. 1 ss.; 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 www.legislazionepenale.eu, 19.5.2020, p. 1 ss.; G.M. CALETTI, *Emergenza pandemica e responsabilità penale in ambito sanitario: riflessioni a cavaliere tra “scelte tragiche” e colpa del medico*, in *Sistema penale*, n. 5/2020, p. 1 ss.

20. G.M. CALETTI, *Emergenza pandemica e responsabilità penale in ambito sanitario*, cit., p. 19.

21. Sul punto, sia consentito rinviare a R. BARTOLI ????

22. In questo senso M. CAPUTO, *Logiche e modi dell’esonazione da responsabilità penale per chi decide e opera in contesti di emergenza sanitaria*, in *questo Volume*, p. ???.

definire il prima possibile l'esenzione dalla responsabilità.

D'altra parte, una previsione del genere potrebbe porre altri problemi. Oltre alle difficoltà di formulazione, il rischio di fondo è di tipizzare in forma astratta ciò che può emergere soltanto in concreto: insomma, si ripresenta la solita tensione tra astratto (legislatore) e concreto (giudice), dove se l'astratto consente di dare indicazioni "forti", tuttavia, proprio perché astratto, ha in sé una componente presuntiva che rischia di non attagliarsi perfettamente ai casi concreti; mentre il concreto, grazie alla discrezionalità attribuita al giudice, consente di adattare al meglio il diritto al fatto, potendosi intravedere rischi di arbitrio soprattutto se la giurisprudenza non riesce con autorevolezza e prontezza a dare indicazioni uniformi.

Ma il vero problema posto da una norma del genere sarebbe un altro, e cioè costituirebbe un ostacolo all'accertamento delle eventuali reali responsabilità dei vertici. Proviamo a spiegarci. Di primo acchito si potrebbe dire che una volta prevista l'esenzione per i medici, questa previsione può tendere a salire. Ma in realtà le cose sembrano stare esattamente al contrario: vero problema è che se non si muove dalla questione della responsabilità/irresponsabilità del personale sanitario non si è in grado di salire nell'accertamento di eventuali responsabilità dei vertici. Anzi, in termini ancora più brutali, si può affermare che poiché risulta a tutti evidente come non si possa chiamare a rispondere il personale medico, proprio tale circostanza può costituire un fattore che impedisce di individuare eventuali ulteriori responsabilità organizzative. Ecco aprirsi allora il tema della responsabilità dei vertici, amministrativi e politici.

3.2. *La responsabilità dei vertici amministrativi e politici.*

Per quanto riguarda le eventuali responsabilità dei vertici, vorrei osservare come le cose stiano in termini davvero peculiari.

Preliminarmente si deve osservare come non possano sussistere preclusioni ad affermare le responsabilità dei vertici, non soltanto amministrativi, ma anche politici. Un conto è l'invito alla prudenza²³, un conto è chiudere pregiudizialmente alle responsabilità anche penali di organi politici²⁴.

Il tema è delicatissimo, ma non può essere eluso. Ebbene, anzitutto si deve osservare come il grande progresso delle moderne società democratico-costituzionali è l'aver posto vincoli giurisdizionali non tanto al carattere politico della scelta, ma alla scelta come conseguenza della decisione politica. Ciò vale anzitutto per le scelte legislative, sindacate dalla Corte costituzionale, ma vale anche per l'operato di tutti i vertici istituzionali diversi dal legislatore, i quali non possono operare *legibus solutus*, ma all'interno di un contesto normativo che pone limiti e vincoli: com'è stato efficacemente affermato, «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»²⁵. Non potendosi del resto fare a meno di osservare come scelta e carattere politico della scelta vengano a coincidere soprattutto per quanto riguarda la gestione delle risorse finanziarie.

Altra questione è il rischio che la magistratura entri nella valutazione politica ritenendo *contra legem* una scelta che in realtà è conforme alla legge, sconfinando così in un sindacato politico

23. F. PALAZZO, *Pandemia e responsabilità colposa*, cit., p. 3; D. PULITANÒ, *Lezioni dell'emergenza e riflessioni sul dopo*, cit., p. 12 ss.; A. BERNARDI, *Il diritto penale alla prova del Covid-19*, in *Dir. pen., proc.*, 2020, p. 448; inoltre, volendo, R. BARTOLI, *Il diritto penale dell'emergenza "a contrasto del coronavirus": problematiche e prospettive*, in *Sistema penale*, 24.4.2020, p. 13.

24. C. CUPELLI, in E. ANTONUCCI, *La stolta frontiera del panpenalismo: immaginare responsabilità penali per scelte politiche*, in *Il Foglio*, 12 giugno 2020; A. GARGANI, *La gestione dell'emergenza "Covid-19"*, cit., p. 11.

25. G. PIGNATONE, *Il giudice penale nella zona rossa*, in *La Repubblica*, 21 giugno 2020.

che non è ammissibile.

Il tema diviene quindi quello del sindacato sulla discrezionalità amministrativa, per cui più la disciplina legale è dettagliata, maggiori sono i vincoli per la discrezionalità, come anche i vincoli per la magistratura; se invece la disciplina è generica, aumentano gli spazi per la discrezionalità, come anche quelli della valutazione giurisdizionale. Tornando a porsi così i problemi di rapporto tra colpa specifica e colpa generica.

Ebbene, in estrema sintesi, la riflessione che vorrei condividere e sviluppare è la seguente: se nelle situazioni di normalità si riscontrano spesso errori organizzativi dei vertici rispetto ai quali mancano tuttavia, per una serie di circostanze di cui diremo in seguito, gli estremi per l'affermazione di una responsabilità colposa; nelle situazioni di emergenza, invece, sembrano crearsi le condizioni per valutare l'operato organizzativo anche in termini di colpa.

3.2.1. Le responsabilità dei vertici nei contesti di normalità.

In particolare, che nelle situazioni di normalità si verifichino errori organizzativi – per così dire – da attenzionare, emerge dal fatto che spesso l'evento lesivo è sì diretta conseguenza della prestazione medica, ma il difettoso esercizio dell'attività sanitaria è connesso a un difetto organizzativo che sta a monte. Si pensi all'ipotesi in cui siano stati organizzati in termini disfunzionali le degenze, all'ipotesi in cui manca un macchinario, fino addirittura all'assetto dei presidi sanitari allorquando si sono poste soluzioni alternative e la scelta è caduta su un'opzione che poi si è rivelata del tutto inadeguata.

Tuttavia, rispetto a queste ipotesi si registra una polarizzazione della responsabilità sul singolo medico, vale a dire, nella sostanza, sull'anello “finale” della catena delle responsabilità. Diversamente da quanto accade per le imprese, dove la ricerca dell'allocazione della responsabilità tende a salire verso gli apicali, nelle strutture organizzative sanitarie la tendenza è a scendere, ad arrestare la responsabilità sui livelli più bassi, dovendosi registrare una perdurante ritrosia ad ampliare gli ambiti di rilevanza penale riconducibili alla sfera gestoria e/o amministrativa, tanto che le imputazioni rimangono tendenzialmente concentrate sul singolo operatore.

Le ragioni di questa tendenza sono molteplici²⁶. Anzitutto, l'attività del medico, pur condizionata dal contesto organizzativo in cui si inserisce, tende sempre a venire in evidenza in virtù del particolare rapporto con il paziente, come se il rapporto che si viene a instaurare tra il paziente e il medico, basato su una posizione di protezione, esaurisse l'intera vicenda, assorbendo quello che intercorre tra medico e struttura e a maggior ragione tra paziente e struttura. Insomma, se all'interno delle imprese le dinamiche responsabilizzanti si collocano in una direzione interamente verticale, in considerazione del fatto che l'intera organizzazione non fa altro che distribuire una posizione di controllo, nelle strutture sanitarie le dinamiche responsabilizzanti conoscono una direzione verticale, circa gli organizzativi (posizione di controllo), ma poi una direzione – per così dire – orizzontale (posizione di protezione), circa il personale sanitario.

In secondo luogo, si crea una convergenza di interessi ad accentrare la responsabilità sul singolo medico. Da un lato, sono le spinte provenienti dalla vittima e dai familiari che inevitabilmente tendono a concentrare la loro attenzione sul soggetto con il quale si è avuto il rapporto più diretto e immediato. Dall'altro lato, gli stessi vertici sanitari potrebbero essere portati a scaricare tutte le responsabilità sul singolo medico, permettendo di mantenere inalterata la

26. Si sviluppano qui ulteriormente prime riflessioni sul tema, compiute in R. BARTOLI, *Individuale e collettivo nella individuazione delle responsabilità penali per difetti strutturali e organizzativi in ambito sanitario*, in *Riv. it. med. leg.*, 2018, p. 793 ss.

struttura gestionale ed il sottostante assetto di potere.

In terzo luogo, si deve registrare una sorta di tensione tra responsabilità del personale medico e gestionale, dovuta al rapporto più alternativo che cumulativo che intercorre tra di esse, nel senso che, anche in ragione della diversa natura della posizione di garanzia, esiste una correlazione inversa tra responsabilità del medico e responsabilità della struttura: tanto più è da ritenersi rilevante il *deficit* organizzativo sull'operato del medico, tanto meno sarà quest'ultimo a dover rispondere dell'eventuale esito infausto, ovvero, nel momento in cui si sale nell'individuazione della responsabilità coinvolgendo coloro che appartengono al c.d. secondo livello, si riducono i margini per affermare la responsabilità del medico.

Inoltre, tra le ragioni che spingono ad arrestare la responsabilità verso il basso, v'è il modo particolare in cui operano le dinamiche giuridico-processuali della responsabilità individuale in presenza di prestazioni mediche intrecciate a difetti organizzativi. Da un lato, il difetto organizzativo muta la situazione di rischio che il medico deve comunque fronteggiare, con la conseguenza che il medico tende a sopperire ad eventuali difetti organizzativi e nella valutazione della sua responsabilità questi stessi difetti passano in secondo piano, non giocando alcun ruolo nell'escluderla o anche solo nell'attenuarla. Insomma, la necessità di fronteggiare il rischio, ancorché "aggravato dalle inadempienze altrui", costringe il medico ad adoperarsi facendo velo alla rilevanza dei difetti organizzativi. Dall'altro lato, risulta persistente la difficoltà ad attribuire rilevanza all'accertamento dell'efficacia del comportamento alternativo lecito, dovendosi tuttavia osservare come sia proprio l'analisi del comportamento alternativo lecito, della sua efficacia e quindi dei fattori che possono neutralizzarla, *in primis* per l'appunto i difetti strutturali e organizzativi, a far emergere eventuali difetti organizzativi e gestionali.

Ma i maggiori problemi per una responsabilità dei vertici in situazioni di normalità derivano da aspetti giuridici. Da un lato, anche a causa della difficoltà a chiarire gli obblighi informativi all'interno dello stesso personale medico, il difetto organizzativo non è detto che sia portato a conoscenza dei vertici, con la conseguenza che i vertici non sono in grado di riconoscere la situazione di rischio. Le ipotesi in cui la conoscenza della situazione di rischio prescinde dalla segnalazione sono quelle in cui si pone un problema di manutenzione, rispetto alle quali grava – per così dire – un autonomo obbligo organizzativo di tipo conoscitivo.

Dall'altro lato, la maggiore difficoltà ad imputare una eventuale responsabilità colposa in capo ai vertici deriva dalla combinazione di una colpa generica con l'ampia discrezionalità politico-amministrativa, soprattutto sul piano delle scelte di spesa: anzi, potremmo dire che assenza di regole cautelari scritte ed ampia discrezionalità finiscono per essere nella sostanza due facce della stessa medaglia. In particolare, sia amministrativi che politici godono di una discrezionalità proprio in virtù del fatto che la loro attività prescinde da una normazione. E la combinazione di colpa generica e discrezionalità costituisce non soltanto una miscela che invita alla prudenza, ma addirittura una miscela che restringe i margini di responsabilità, soprattutto quando la discrezionalità attiene a scelte su come impiegare risorse le risorse economiche disponibili. La situazione che si viene a creare è molto simile a quanto accade sul piano della colpa allorquando opera il principio di precauzione. Far valere il principio di precauzione in assenza di regole cautelari scritte sarebbe disfunzionale, perché in presenza di incertezza scientifica, soltanto il legislatore può prevedere regole comportamentali magari sanzionate, ponendosi del caso problemi di proporzione. Alla stessa stregua, difficile se non impossibile individuare comportamenti dovuti non scritti, là dove la scelta è contraddistinta da un'ampia discrezionalità.

3.2.2. Le responsabilità dei vertici nei contesti emergenziali.

Ebbene, se tutto questo è vero nelle situazioni di normalità, nelle situazioni di emergenza lo scenario è destinato a mutare, e muta, a nostro avviso, in termini tali da creare i presupposti per una valutazione dell'operato organizzativo.

Anzitutto, occorre evidenziare come si possano porre problemi di difetto macroscopico. Già nei contesti di normalità, vi sono ipotesi in cui l'evento lesivo costituisce conseguenza – per così dire – diretta e immediata del difetto organizzativo: si pensi in particolare alle ipotesi di totale mancata manutenzione di macchinari, errori nella progettazione ed esecuzione di lavori di impianti elettrici, assenza di personale per l'assistenza notturna. Ed infatti, le poche volte in cui in situazioni di normalità si è risaliti, o quanto meno tentato di risalire, anche alle responsabilità dei vertici organizzativi in ambito sanitario sono state quelle in cui si era in presenza di eventi lesivi direttamente riconducibili al difetto organizzativo. Ebbene, nell'ipotesi di emergenza può aggallare proprio un difetto organizzativo macroscopico, una inadempienza – per così dire – strutturale.

In secondo luogo, se nelle situazioni di normalità è fisiologico che il medico sopperisca al difetto organizzativo, nell'emergenza si viene a creare una difficoltà operativa del medico che non gli consente di adattarsi alla situazione di rischio e di sopperire al difetto, il quale finisce per emergere e stagliarsi in primo piano. E ciò vale a maggior ragione per le ipotesi in cui il medico diventa nella sostanza addirittura vittima insieme al paziente. Se nella situazione di normalità il medico costituisce una sorta di schermo tra paziente e organizzazione e che quindi compensa e rimedia i difetti organizzativi, con l'emergenza si crea una situazione in cui paziente e medico stanno dalla stessa parte contrapposti – per così dire – agli assetti organizzativi.

In terzo luogo, e conseguentemente, proprio l'emergenza fa deflagrare la correlazione inversa tra responsabilità del medico e responsabilità della struttura, per cui essendo senz'altro esente da responsabilità il medico, i difetti organizzativi risultano esaltati ponendosi il problema di eventuali responsabilità della struttura.

Ma soprattutto, infine, ci sono fattori – per così dire – normativi davvero significativi. Da un lato, c'è da interrogarsi se esista un vero e proprio dovere in capo agli organi amministrativi e politici di organizzare determinati settori per fronteggiare eventuali emergenze: insomma, come emerge ormai sempre di più un dovere “diretto e immediato” di manutenzione (si pensi a quanto accaduto con il crollo del ponte c.d. Morandi a Genova), alla stessa stregua ha senso che esista un dovere di organizzarsi nell'eventualità in cui si verificano emergenze. Dall'altro lato, si deve osservare come con l'emergenza incrementi la dimensione normativa, sia perché ben prima dell'emergenza possono esistere doveri di disciplina e discipline dettate per fronteggiare l'emergenza all'interno delle quali sono riscontrabili regole cautelari organizzative, sia perché durante l'emergenza può esservi la tendenza alla normazione finalizzata a fronteggiare l'emergenza stessa, venendo così delineate ulteriori regole cautelari scritte destinate a ridurre i margini di discrezionalità.

In particolare, sotto il primo profilo, si deve ritenere che un dovere di organizzare determinati settori in previsione di emergenze esista, come del resto confermato dalla esistenza di piani nazionali e regionali per le emergenze. Tali piani, inoltre, impongono comportamenti da adottare, con la conseguenza che “sul punto” la discrezionalità è in qualche modo disciplinata.

Così, ad esempio, tra i molti piani nazionali di prevenzione, esiste il Piano nazionale di preparazione e risposta a una pandemia influenzale elaborato dal Centro nazionale per la Prevenzione e il Controllo delle Malattie del Ministero della salute, aggiornato l'ultima volta nel 2010.

A livello regionale, di grande interesse esemplificativo è il piano della Regione Lombardia elaborato nel 2010 per affrontare l'emergenza suina. Tra le molteplici azioni previste dal piano si segnalano testualmente le seguenti: “predispone protocollo per la sorveglianza dei viaggiatori provenienti da aree infette (se non definito dal livello nazionale)”; “censire e monitorare i posti

letto U.O. malattie infettive e reparti medicina”; “definire accordo-quadro gestori RSA per aumento assistenza medica e infermieristica finalizzata al contenimento dei ricoveri”; “definire in base ai differenti livelli di allarme l’adozione di misure generali: utilizzo mascherine in ambito sanitario; limitazioni raduni o accesso a strutture sanitarie o socio sanitarie; interruzione della frequenza scolastica”. Ed ancora: “individuare appropriati percorsi per malati o sospettati tali”; “disponibilità di dispositivi meccanici per l’assistenza ai pazienti”.

Ebbene, muovendo da questo scenario di fondo, v’è chi ha osservato come nella gestione dell’emergenza, proprio con riferimento ai piani, vi siano state possibili violazioni. In particolare, si sono evidenziati eventuali profili di responsabilità che meritano senz’altro attenzione nelle seguenti attività organizzative: nella predizione e nell’attuazione di misure di fronte all’*outbreak* pandemico di Covid-19; nell’approvvigionamento di idonei DPI, da parte di tutti i cittadini, ma soprattutto da parte degli operatori sanitari; nella mancata formazione obbligatoria degli operatori sanitari sul Covid-19; nella mancata protezione delle fasce di protezione di protezione maggiormente a rischio; nella assoluta carenza di test virologici/seriologici per il controllo della epidemia; nel mancato controllo delle informazioni da fornire alla popolazione; nella operatività delle Terapie intensive, dei Pronto soccorso e dei reparti covid anche alla luce del documento SIAARTI del 6 marzo 2020²⁷.

Vero tutto questo, allora la questione si sposta su un altro punto problematico, quello che considero davvero decisivo, sempre, quale che sia la situazione di normalità o di emergenza, in ordine al tema della responsabilità dei vertici: la prevedibilità/conoscibilità della situazione di rischio, nonché il problema della eventuale sottovalutazione del rischio. Si pensi a quanto avvenuto rispetto al caso Thyssenkrupp, come anche al disastro di Viareggio e alla vicenda del terremoto dell’Aquila.

Non è nostro compito ricostruire i fatti, ma alcuni passaggi significativi sono già stati ricostruiti. Così, c’è chi ricorda come «da tempo l’Organizzazione Mondiale della Sanità mette in guardia sull’arrivo di una nuova pandemia. Dal 2011, l’OMS ha creato il PIP, *Panic Influenzal Preparedness*, in cui si legge che “l’implementazione di misure di risposta possono essere rafforzate con attività di preparazione avanzata [...] del resto è vero che il Covid-19 è un virus nuovo, ma SARS e MERS, anch’essi coronavirus, sono noti da tempo. Per tutto il 2019 fioccano report dell’OMS, puntualmente riportati dal Ministero della Salute, su casi di MERS nei Paesi mediorientali in cui si incoraggia “la sorveglianza delle infezioni respiratorie acute” e si invita a “rivedere con attenzione eventuali ricorrenze insolite», per concludere, riportando le parole del professor Pierfrancesco Belli: «dal 2009 il Ministero della Salute ha registrato una successione di allarmi e di infezioni virali con i connessi rischi pandemici (e relative azioni su servizi di sorveglianza, risposta rapida, prevenzione e controllo) per suina, aviaria, nuovo coronavirus (n.CoV), Mers, Sars e ora Covid-19. Eppure non è stato fatto nulla»²⁸.

Sotto il secondo profilo, relativo alla normazione successiva allo scoppio dell’emergenza, si può pensare alle eventuali responsabilità derivanti dalla violazione della disciplina contenuta nei decreti legge poi convertiti, nei d.p.c.m. e nelle varie ordinanze: ecco perché abbiamo parlato di pannormativismo.

Così, ad esempio, il 30 gennaio l’OMS dichiara l’emergenza pandemica, tempestivamente il 31 gennaio 2020 il Governo compie la stessa dichiarazione, dopo di che si apre un lungo periodo di indubbia inerzia accompagnata dall’invito da parte di tutte le autorità a “vivere una vita normale”; il 21 febbraio si registrano i casi di Codogno e si passa *d’emblée* da “è un’influenza

27. M. IANNUCCI, *Come una crisi infettiva epidemica può trasformarsi in una apocalisse*, in *Diritto penale e uomo*, 17.06.2020, p. 1 ss.

28. G. CEDRONE, *Avvisi ignorati, zero scorte di dpi, scarsa sorveglianza epidemiologica: il flop del Piano pandemico fermo a dieci anni fa*, in www.sanitainformazione.it, p. 1, dove nelle ulteriori dichiarazioni del prof. Belli si può leggere: «gli obiettivi di sanità pubblica non sono rispettati già dalla fase 0 del periodo interpandemico per sottovalutazione del rischio e quindi dei livelli 0 e 1 e a calare tutte le fasi successive non avrebbero identificato i rischi [...] nella fase iniziale interpandemica che nel nostro caso corrisponde più o meno al mese di febbraio, si sottolinea nel piano la necessità di individuare “appropriati percorsi per i malati o sospettati tali” e “censire le disponibilità di dispositivi meccanici per l’assistenza ai pazienti”».

normale” al blocco totale e allo “state a casa”; il 23 febbraio viene adottato il d.l. n. 6/2020, poi abrogato dal d.l. n. 19/2020, mentre è soltanto dopo il provvedimento del 21 marzo relativo ai *runners*, che il 25 marzo viene adottata l’ordinanza che prescrive tamponi a tutto il personale medico. Se alcune Regioni, come il Veneto (16 marzo 2020), hanno anticipato il Ministero della salute, altre, come la Lombardia, lo hanno imposto molto tempo dopo, vale a dire il 13 aprile. Senza considerare, per concludere, che se dovessimo accedere all’idea che tutta questa normazione precedente e concomitante all’emergenza pone regole cautelari anche scritte, si apre poi la questione dell’eventuale profilo della colpa generica, non potendosi dimenticare che, in ordine alle modalità di gestione dell’emergenza, si tende ormai a distinguere tra il modello Veneto e quello Lombardia²⁹.

3.2.3. *La questione dello scudo dei vertici politico-amministrativi.*

Per quanto riguarda il tema dello scudo, vedo problematica la sua estensione ai vertici amministrativi e/o politici, per una ragione fondamentale: se appartiene proprio ai doveri amministrativi e politici organizzare gli strumenti per fronteggiare eventuali emergenze, prevedere uno scudo sarebbe disfunzionale e irragionevole e suonerebbe come una sorta di immunità politica riconosciuta *ex post* ponendosi così anche problemi di legittimità sul piano della ragionevolezza.

Piuttosto, in termini generali, sembra essere venuto il momento di aprire una riflessione sulla responsabilità politico/amministrativa pubblica colposa, anche per verificare se tale responsabilità necessiti di un trattamento peculiare in virtù di alcune sue caratteristiche. Insomma, è ormai a tutti evidente come non si possa più parlare di colpa, ma di colpe, a seconda dei settori in cui la colpa viene in gioco, modulando in termini diversi le responsabilità: nella colpa medica deve essere ormai considerato un dato acquisito la necessità di delimitarla ad ipotesi peculiari in ragione di indiscutibili peculiarità del rischio medico colposo; nella circolazione stradale, risulta plausibile un incremento di responsabilità soprattutto in presenza della violazione di regole cautelari che alterano l’intera attività (ubriachezza ed effetto stupefacente), mentre altre scelte orientate a parificare gravi violazioni cautelari alla guida in stato di ebbrezza suscitano notevoli perplessità, in considerazione – tra l’altro – della componente di casualità insita nella colpa stradale; ed infine, in ambito lavorativo, è la particolare vulnerabilità del lavoro a giustificare una maggiore gravità delle morti o lesioni cagionate dal datore di lavoro in violazione delle norme sulla sicurezza nei luoghi di lavoro.

Ebbene, la questione diventa: la particolare attività organizzativa di tipo amministrativo e/o politico può legittimare una peculiare disciplina della responsabilità colposa dei vertici organizzativi orientata a delimitare la responsabilità per ipotesi peculiari oppure ad attenuarla in ragione di particolari caratteristiche? Oppure addirittura si dovrebbe concludere per una responsabilità più grave? Tutte questioni che è legittimo porre e che è venuto il momento di affrontare.

29. M. TEDESCHI, *Il Grande flagello. Covid-19 a Bergamo e Brescia*, Brescia, 2020, p. 36 ss. e p. 40 ss.

4. Le responsabilità per le morti del personale sanitario.

Questo tema si può considerare estraneo alla mia relazione, perché si passa da problematiche di responsabilità dei vertici connesse alla colpa medica a problematiche di responsabilità connesse alla sicurezza nei luoghi di lavoro.

Ma mi siano consentite alcune riflessioni per impostare il ragionamento in un ambito che ci risulta nella sostanza inedito.

La questione covid sicurezza lavoro si pone oggi soprattutto per la fase *post* emergenza, con riferimento alle attività imprenditoriali diverse da quelle sanitarie: con l'apertura della fase 2 e il ritorno all'esercizio delle attività, si è operato in modo tale che alla fin fine il rischio covid entrasse nella nuova organizzazione a tutela del lavoratore.

Diversamente, una riflessione relativa alla fase dell'emergenza concernente covid lavoro con specifico riferimento alle attività sanitarie sembra passata del tutto in secondo piano, nonostante le forti tensioni che si sono venute a creare ad esempio a Bergamo tra il personale medico e la dirigenza sanitaria³⁰.

In particolare, per quanto riguarda le responsabilità da coronavirus del datore di lavoro in fase *post* emergenza, si tratta di un tema di estrema rilevanza anche per le problematiche che si pongono proprio in tema di colpa e può costituire un esempio concretissimo di quanto abbiamo detto all'inizio di questo lavoro, allorquando si è affermato che il pannormativismo non solo incrementa le ipotesi di responsabilità colposa, ma anche gli spazi per la colpa generica³¹.

Ed infatti, muovendo dall'idea che le previsioni contenute nelle lettere z) e gg) dell'art. 1, comma 2, d.l.n. 19/2020 «operano una positivizzazione della regola cautelare da adottare per lo specifico rischio, nel peculiare contesto delle attività di impresa la cui prosecuzione è consentita» e che quindi «il legislatore ha identificato un fattore produttivo di rischio e una misura in grado di ridurre tale rischio», con grande acume e rigore concettuale non solo si è affermato che «l'enunciazione della regola segnala l'esistenza del rischio e la necessità della adozione della misura impone di riconsiderare l'intera morfologia aziendale»; ma «di più: la regola positivizzata della quale stiamo trattando ha in realtà carattere elastico», con la conseguenza che «le misure concordate tra le parti sociali e condivise dal Governo si pongono come punto di riferimento per l'individuazione delle misure prevenzionistiche ritenute allo stato, necessarie per ridurre il rischio Covid-19, ma ciò non esclude che esse possano essere insufficienti quando emerga che rappresentano non già le misure suggerite dalla scienza e dalla tecnica del tempo presente, ma l'esito di un compromesso tra esigenze economiche ed esigenze di tutela della salute individuale e collettiva»: e se da un lato ciò significa che «solo una esplicita presa di posizione del legislatore può permettere che un nucleo di misure, che non esauriscono le cautele disponibili, sia valutato come integrale adempimento dell'obbligazione prevenzionistica», dall'altro lato, lascia intendere che il rispetto delle regole cautelari scritte non è risolutivo potendo residuare una colpa generica³².

Ebbene, due considerazioni sul punto. Da un lato, deve imporre una riflessione attenta l'inserimento del rischio covid nella valutazione del rischio di qualsiasi attività. Nonostante i suoi ritardi, superata l'emergenza attraverso il coinvolgimento dell'intera popolazione, il Governo sembra voler coinvolgere chiunque anche nella fase 2 nell'opera di contenimento del virus, intendendosi per chiunque non soltanto il singolo in un controllo verso se stesso, ma il singolo in un controllo verso gli altri: aspetto normativo delicatissimo su cui occorre indagare approfondi-

30. V. ancora ampiamente M. TEDESCHI, *Il Grande flagello*, cit., p. 109 ss.

31. Il tema sembra essere letteralmente esploso: S. DOVERE, *Covid-19: sicurezza del lavoro e valutazione dei rischi*, in *Giustizia insieme*, 21.06.2020, p. 1 ss.; ID., *La sicurezza dei lavoratori in vista della fase 2 dell'emergenza da Covid-19*, ivi, p. 1 ss.; C. CUPELLI, *Obblighi datoriali di tutela contro il rischio di contagio da Covid-19: un reale ridimensionamento della colpa penale?*, in *Sistema penale*, 20.06.2020, p. 1 ss.; O. DI GIOVINE, *Coronavirus, diritto penale, responsabilità datoriali*, ivi, 24.06.2020, p. 1 ss.; V. MONGILLO, *Salute e sicurezza nei luoghi di lavoro in tempi di pandemia*, ivi, n.6/2020, p. 305 ss.; L. GESTRI, *Il rapporto fra normativa emergenziale e dei protocolli Covid-19 ed il sistema prevenzionistico di sicurezza sui luoghi di lavoro: nuovi obblighi ed ipotesi di responsabilità penale per il datore di lavoro?*, ivi, n. 6/2020, p. 271 ss.

32. S. DOVERE, *Covid-19: sicurezza del lavoro e valutazione dei rischi*, cit., p. 6 ss.

tamente. Dall'altro lato, attenzione a non far residuare la colpa generica sulla base di maggiori pretese conoscitive piuttosto che sulla base della trasformazione del rischio. Problema questo che si pone costantemente quando nonostante il rispetto di regole cautelari forgiate sulla conoscenza media si fa residuare regole cautelari forgiate su un parametro superiore, oppure quando a regole cautelari scritte basate sulla precauzione si fanno residuare regole non scritte magari comprensive del dovere di informazione: si tratta di orientamenti che devono essere censurati con rigore.

Ebbene, buon senso vorrebbe che da un lato si individuassero poche regole, ma chiare e ferree la cui adozione si deve considerare necessaria e sufficiente a fronteggiare il rischio covid al netto di trasformazioni di rischio che devono tuttavia attenere alla sua presenza e diffusione; dall'altro lato, e questo è forse l'aspetto centrale su cui si dovrebbe lavorare, ma del tutto assente nel dibattito anche pubblico, si dovrebbero elaborare vere e proprie soglie di rischio attraverso parametri e procedure trasparenti in presenza delle quali si fanno scattare – per così dire – quasi automaticamente, corrispondenti misure da considerare necessarie e sufficienti.

Sotto il secondo profilo della responsabilità datoriale per le morti del personale sanitario, nonostante che il tema sembri essere passato in secondo piano, problemi di responsabilità dei vertici se ne potrebbero porre e seriamente, proprio in virtù dei piani di emergenza. Insomma, quanto affermato per le responsabilità dei vertici con riferimento alla colpa medica vale, e forse a maggior ragione, per la colpa lavorativa. Dovendosi osservare come, superati i non pochi problemi in ordine all'accertamento della causalità a cui abbiamo accennato, in queste ipotesi le responsabilità possano davvero salire, in quanto gli eventuali vertici amministrativi potrebbero far valere la propria irresponsabilità evidenziando i difetti organizzativi dei vertici politici.

4.1. Una problematica inedita concernente i vertici: l'intreccio tra responsabilità per la morte dei pazienti e responsabilità per la morte del personale sanitario.

Con riferimento alla responsabilità dei vertici per le morti del personale medico, non si può fare a meno di osservare come, in forma per la verità inedita a quanto ci consta, tale questione si possa intrecciare a quella della responsabilità sempre dei vertici per le morti dei pazienti.

Sul piano della colpa, là dove si salisse nella individuazione delle responsabilità sia per le morti dei pazienti sia per le morti del personale medico, una delle questioni che si potrebbe porre attiene all'auto-esposizione a pericolo da parte del medico come causa di esclusione della responsabilità dei vertici, sia riguardo alla morte dei pazienti che alla morte dello stesso personale medico: si pensi al personale medico che ha compiuto la propria attività senza i dispositivi di protezione individuale oppure consapevole della propria positività.

In buona sostanza, come avviene all'interno della responsabilità del datore di lavoro, ci dobbiamo confrontare con quello che potremmo definire il comportamento anormale del medico.

Ebbene, ancora una volta a me pare decisiva la questione del rischio. Si deve infatti considerare che se si assume come esistente un rischio del tutto peculiare a carattere emergenziale, tale situazione determina un riassetto delle cautele, per cui il comportamento del medico non risulta anormale ma alla fin fine perfettamente consentaneo al rischio che deve essere fronteggiato.

Anche perché l'auto-esposizione è finalizzata a salvare vite: insomma, come abbiamo già visto, il personale medico non è un lavoratore qualunque, ma è un lavoratore che ha una posizione di protezione nei confronti del paziente.

Detto diversamente, non si creda che vi sia contraddizione tra l'escludere la responsabilità del medico per la morte del paziente in ragione dell'emergenza e il far permanere una eventuale responsabilità del datore per difetto organizzativo allorché il medico ha affrontato l'emergenza. Anzi, si deve ritenere che vi sia perfetta coerenza, proprio perché la situazione di rischio emergenziale che esclude la responsabilità del medico allarga alla responsabilità dei vertici, là dove si possa parlare di prevedibilità della situazione di rischio.

5. *Considerazioni conclusive.*

Per concludere vorrei compiere tre riflessioni.

La prima, generalissima, che potremmo definire addirittura di "giustizia distributiva", riguarda per l'appunto la distribuzione complessiva delle responsabilità per fronteggiare il rischio coronavirus. Ebbene, non si può fare a meno di osservare come ancora una volta si vengano a creare dei veri e propri paradossi. Un paradosso concernente la fase dell'emergenza, per cui se non si esita a porre problemi di responsabilità del personale medico per la morte dei pazienti, si esita invece a porre problemi di responsabilità dei vertici, non solo per la morte dei pazienti, ma anche per la morte del personale medico. Un paradosso, inoltre, nella comparazione tra distribuzione delle responsabilità nella fase 1 dell'emergenza e nella fase 2 successiva, per cui mentre nella fase 1 dell'emergenza c'è per l'appunto la tendenza a trascurare la rilevanza del rischio covid nella attività organizzativa e politica nonostante la presenza di Piani nazionali e regionali per affrontare testualmente "pandemie influenzali", nella fase 2 non si esita a inserire il rischio covid ovunque. Se poi si considera che sono proprio i vertici politici tendenzialmente irresponsabili per la fase dell'emergenza a prevedere le regole della fase 2 gravanti sui datori di lavoro, il tutto crea quella sensazione di frustrazione che si genera ogni volta in cui il peso delle responsabilità è interamente tolto dalle spalle dei vertici per essere interamente collocato sulle spalle della popolazione.

In secondo luogo, è evidente che la responsabilità colposa sta penetrando e si sta diffondendo ovunque. Il vero tema diviene la giustificazione, il fondamento e la ragionevolezza della distinzione tra realtà private e realtà pubbliche, tra vertici imprenditoriali e vertici politico/amministrativi. Stesso problema si pone per la responsabilità degli enti. Insomma, da un lato, rispetto a realtà imprenditoriali private si è congegnata una responsabilità ampia, onnicomprensiva, a volte dal volto anche molto duro, sia sul piano individuale che collettivo. Dall'altro lato, rispetto a realtà alla fin fine organizzative come quelle private si congegnano una responsabilità fortemente monca, ancora una volta sempre sul piano individuale e collettivo. La domanda è: tutto questo ha senso? Quali sono le differenze che giustificano un trattamento così differenziato?

Infine, il rischio covid. Se ha senso che questo rischio penetri nella nostra attività quotidiana, tuttavia è necessario che, da un lato, siano individuate poche regole e chiare alle quali attenersi e da considerare necessarie e sufficienti per escludere qualsiasi responsabilità, e che, dall'altro lato, siano determinate soglie di rischio con procedure controllabili e trasparenti alle quali corrispondano queste regole chiare, da far valere anzitutto in ambiti territoriali ben definiti. Ciò consentirebbe non solo di trovare un equilibrio in ambito colposo, ma anche sul piano delle libertà, al fine di evitare due cose: la grande incertezza di questa fase, in cui esiste sempre l'emergenza, ma sta riprendendo la vita normale e la normazione prodotta non si sa a quale situazione di rischio si riferisca, se a quella che ha caratterizzato il lockdown oppure quella per l'appunto successiva; e che in presenza di eventuali focolai si adottino misure esorbitanti sia

sul piano spazio-temporale, che sul piano contenutistico, non potendosi dimenticare il rischio di strumentalizzazione politica che sta dietro a ogni situazione di emergenza.

Sessione 2
Versante processuale

Capitolo VII

Giustizia penale e pandemia: note introduttive

di Gabriella Di Paolo

Giustizia penale e pandemia: un titolo ambizioso per note introduttive volutamente brevi e semplici, per non sottrarre tempo alle relazioni che seguiranno. Si tratta infatti di un tema che evoca, non solo per l'esperto del processo penale, ma anche per il comune cittadino, tanti e importanti profili problematici, sia di levatura teorico-sistematica che di carattere strettamente applicativo.

Prima di provare ad entrare - sia pur per brevi cenni - in un orizzonte così vasto e impegnativo, permettetemi di impiegare pochi secondi per rivolgere un sentito ringraziamento agli Amici e Colleghi del direttivo di DiPLaP, e al suo Presidente, il prof. Fabio Cassibba, per aver organizzato questo seminario, nonché per il gradito invito a parteciparvi, in veste di moderatore, nella sessione dedicata agli aspetti processuali. Un sentito ringraziamento va anche all'Università di Verona, che virtualmente ci ospita, e in particolare all'amico Roberto Flor, che ha lavorato instancabilmente per rendere tecnicamente possibile questa iniziativa.

Sono davvero lieta di poter partecipare a questo WebSeminar. Non solo e non tanto perchè ci offre l'occasione di incontrare di nuovo, almeno virtualmente, tanti Amici e Colleghi, e ci permette quindi - come bene è stato detto ieri - di non perdere il senso della comunità in un momento avverso come quello attuale. Credo che questa iniziativa sia importante anche e soprattutto perchè ci consente di dare un contributo - grazie alle nostre diverse sensibilità e competenze - sulle criticità delle misure emergenziali via via adottate in materia di svolgimento dell'attività giudiziaria nel contesto dell'emergenza sanitaria "coronavirus"¹.

Come sappiamo, dal 9 marzo l'Italia si è fermata. Tutti noi siamo stati chiamati, come cittadini, a dare personalmente un contributo alla lotta contro la pandemia restando a casa.

Anche la giustizia penale si è fermata. Infatti, con la decretazione d'emergenza - in particolare con il decreto legge noto nella vulgata come "Cura Italia"² e con i decreti legge successivi³ -

¹In argomento si vedano i documenti "Osservazioni e proposte del Consiglio direttivo AIPDP sull'emergenza carceraria da coronavirus", del 23 marzo 2020, reperibile, tra l'altro, in *Arch. Pen.*, 2020, n. 1, nonché il documento del Direttivo dell'Associazione tra gli Studiosi del Processo Penale "G.D. Pisapia" del 30 marzo 2020, "Emergenza Covid-19 e custodia cautelare in carcere: perplessità e proposte, anche in vista della conversione del d.l.n. 18/2020", in *Sistema penale*, 2 aprile 2020, e le successive "Osservazioni dell'Associazione tra gli Studiosi del Processo Penale "G.D. Pisapia" sulle disposizioni eccezionali per la giustizia penale nell'emergenza COVID-19" del 13 aprile 2020, in *Sistema penale*, 14 aprile 2020.

² Cfr. art. 83 del d.l. 18 marzo 2020, n. 18, che sostituisce quanto previsto dal d.l. 11 del 2020.

³ Cfr. d.l. 8 aprile 2020 n. 23; d.l. 30 aprile 2020 n.28; d.l. n. 34 del 19 maggio 2020. Per un quadro generale sui contenuti del d.l. n. 18 del 2020 e dei decreti successivi, G. GAETA, *Relazione sulle novità processuali relative alla gestione dell'emergenza sanitaria da Coronavirus*, in *Arch. pen. web*, n. 1, 2 aprile 2020; B. PETRALIA, *Emergenza COVID-19, processo penale e proroga dei termini all'11 maggio 2020: note sparse sull'art. 36 del d.l. n. 23 dell'8 aprile 2020*, in *Sistema penale*, 14 aprile 2020; G. PICARO, *Il virus nel processo penale. Tutela della salute, garanzie processuali ed efficienza dell'attività giudiziaria nei d.l. 18 e 23 del 2020*, in *Sistema penale*, 17 aprile 2020; B. PETRALIA, *Emergenza COVID-19, processo penale e proroga dei termini all'11 maggio 2020: note sparse sull'art. 36 del d.l. n. 23 dell'8 aprile 2020*, in *Sistema penale*, 14 aprile 2020; S. BELTRANI, *I procedimenti penale e i dd.ll dell'emergenza Covid-19*, in <https://www.unicost.eu/>. Dopo lo svolgimento del WebSeminar, E. AMODIO - E. CATALANO, *La resa della giustizia penale di fronte alla bufera del contagio*, in *Sistema penale*, 20 maggio 2020; G. SPANGHER, *Nel disastro si vede chiaro, in Penale. Diritto e procedura*, 21 aprile 2020, 9.

è stato disposto il rinvio d'ufficio di tutte le udienze - civili e penali - pendenti presso gli uffici giudiziari. Parallelamente è stata disposta anche la sospensione dei termini per il compimento degli atti processuali. Tutto ciò inizialmente sino al 15 aprile, data poi prorogata all'11 maggio⁴, e salvo alcune limitate eccezioni: casi, per così dire di indifferibilità dell'udienza.

Si pensi, ad esempio, alle udienze di convalida di arresto o fermo, oppure ai procedimenti a carico di persone detenute, per le quali è stata assicurata continuità giudiziaria. Ed è proprio in questo ambito – cioè dove si è cercato la continuità – che si annida, come vedremo, una delle criticità della drammatica situazione emergenziale in corso: quella dell'eccessivo ricorso al processo da remoto, mediante video-conferenza⁵, di fatto eletto a modalità privilegiata di svolgimento delle udienze, almeno in base ai protocolli o linee guida elaborate dai tribunali o dai vertici degli uffici giudiziari.

Ciò premesso, va sottolineato che la decretazione d'emergenza di cui stiamo parlando rappresenta un *unicum* nel nostro sistema processuale. Perché se è vero che la misura del “blocco” delle udienze non è una soluzione completamente inedita per il nostro Paese, in quanto riprende il metodo d'intervento già collaudato nelle zone terremotate in occasione dei grandi eventi sismici che hanno lacerato il nostro Paese⁶, è anche vero che la disciplina varata per gestire l'emergenza pandemia va ben oltre le misure contemplate dalla disciplina anti-sisma.

E non solo per la dimensione nazionale del blocco. Nel decreto “Cura Italia” sono state introdotte ulteriori misure, molto delicate. Si introduce, in particolare, la sospensione del corso dei termini di prescrizione⁷. E ancora - molto importante - si dispone la sospensione dei termini massimi di durata della custodia cautelare in carcere e delle altre misure cautelari personali⁸. Si tratta - è bene sottolinearlo - di meccanismi di notevole gravità, che addossano sulle spalle della persona colpita dalla misura cautelare – e dunque privata della propria libertà – il peso della paralisi della giustizia.

Inoltre, la decretazione d'urgenza si occupa anche delle fasi future - cioè del periodo successivo all'11 maggio 2020, in cui viene meno l'obbligatorietà della sospensione generalizzata dei procedimenti -. In proposito, si prevede una fase di transizione in cui l'adozione delle misure di prevenzione del rischio da contagio sarà affidata esclusivamente ai provvedimenti dei dirigenti degli uffici giudiziari e in cui si prospetta (salvo ripensamenti di cui si sta già parlando⁹) la possibilità di una generalizzata celebrazione dei processi penali da remoto, mediante collegamento audio-video.

E ancora: se il fenomeno da affrontare è un nemico invisibile come il virus - ed è quindi vitale praticare il distanziamento sociale - occorre porsi il problema del carcere. Occorre chiedersi se sia possibile (e come) contribuire alla prevenzione del rischio da contagio riducendo la presenza in carcere per effetto dell'applicazione di misure cautelari o di pene detentive.

Il tema è estremamente delicato, come dimostra la nota del Procuratore Generale della Corte di Cassazione del 1° aprile 2020¹⁰, le recenti polemiche politico-mediatiche sulla scarcerazione

4. Proroga disposta con l'art. 36 d.l. 23 dell'8 aprile 2020.

5. In argomento vedi O. MAZZA, *Distopia del processo a distanza*, in *Arch. pen.*, 2020, n. 1 (4 aprile 2020); G. SANTALUCIA, *La tecnica al servizio della giustizia penale. Attività giurisdizionale a distanza nella conversione del decreto “Cura Italia”*, in <https://giustiziainsieme.it> (10 aprile 2020). Sulle vicende successive al WebSeminar, ossia con riferimento ai ripensamenti del legislatore e alla questione di legittimità costituzionale sollevata dal Tribunale di Spoleto, cfr. G. SANTALUCIA, *All'esame della Consulta i ripensamenti sul processo da remoto*, in *Sistema penale*, 1° giugno 2020.

6. Cfr. F. MALAGNINO, *Sospensione dei termini nel procedimento penale in pandemia Covid-19*, in *Giurisprudenza penale web*, 2020, 4, 18 aprile 2020.

7. Cfr., *inter alia*, O. MAZZA, *Sospensioni di primavera: prescrizione e custodia cautelare ai tempi della pandemia*, in *Arch. pen.*, 2020, n. 1 (16 aprile 2020);

E. DOLCINI – G. GATTA, *Carcere, coronavirus, decreto “Cura Italia”: a mali estremi, timidi rimedi*, in *Sistema penale*, 20 marzo 2020. Successivamente al WebSeminar, il Tribunale di Siena ha sollevato questione di legittimità costituzionale dell'art. 83, co. 4 d.l. n. 18/2020, convertito con modificazioni dalla l. n. 27/2020, per contrasto con il principio di irretroattività della legge penale sfavorevole all'agente (art. 25, co. 2 Cost.), “là dove è previsto che il corso della prescrizione dei reati commessi prima del 9 marzo 2020 rimanga sospeso, per un periodo di tempo pari a quello per cui sono sospesi i termini per il compimento di qualsiasi atto dei procedimenti penali”. Cfr. G. GATTA, *Sospensione della prescrizione ex art. 83, co. 4 d.l. n. 18/2020: sollevata questione di legittimità costituzionale*, in *Sistema penale*, 20 maggio 2020.

8. A. SCALFATI, *La custodia cautelare durante l'emergenza sanitaria: leggi confuse e illiberali*, in *Arch. pen.*, 2020, n. 2, p. 1 (7 maggio 2020).

9. Si allude, ad esempio, alla proposta di escludere dalla possibilità di celebrazione del processo penale da remoto per certi tipi di attività, come ad esempio per l'intera istruttoria dibattimentale, per le discussioni e le conseguenti camere di consiglio, in risposta alle aspre riserve manifestate dall'Unione Camere Penali (cfr. la lettera dell'UCPI del 1° aprile 2020 al Ministro Bonafede, pubblicata in https://www.camerepenali.it/cat/10448/no_al_processo_penale_virtuale_il_prossimo_lo_facciamo_su_facebook_la_lettera_al_ministro_bonafede.html)

10. Cfr. La Nota del Procuratore Generale della Corte di Cassazione ai Procuratori Generali presso le Corti d'Appello “Il Pubblico ministero e la riduzione della

di boss mafiosi (talvolta sottoposti al c.d. “carcere duro”, ai sensi dell’art. 41-bis ord. penit.), e il decreto legge annunciato questa notte e di cui dà notizia la stampa, che dovrebbe riguardare - il condizionale è d’obbligo perché il testo non è ancora disponibile - anche l’ordinamento penitenziario¹¹.

Non posso e non voglio dilungarmi ancora sui tanti aspetti della decretazione d’emergenza. Il programma di questo WebSeminar è stato sapientemente costruito dagli organizzatori per toccare tutti i temi appena menzionati. Mi preme però sottolineare la necessità di monitorare attentamente i futuri sviluppi normativi. Si avverte infatti il rischio che, sotto l’egida dell’efficienza processuale, alcune misure di carattere temporaneo varate sull’onda dell’emergenza - misure, è bene ricordarlo, fortemente sbilanciate a sfavore dell’imputato/indagato - vengano stabilizzate, trasformando ciò che era eccezionale in ordinario¹².

presenza carceraria durante l’emergenza coronavirus”, del 1° aprile 2020, in *Sistema penale*, 3 aprile 2020. Si segnala anche il documento del Consiglio d’Europa, *Principi relativi al trattamento delle persone private della libertà personale nell’ambito della pandemia del coronavirus (COVID-19)* del 20 marzo 2020, in *Proc. pen. giust.*, 2 aprile 2020.

11. Ci si riferisce al d.l.10 maggio 2020, n. 29. Le disposizioni di tale decreto legge sono già state oggetto di questioni di legittimità costituzionale. Cfr. M. GIALUZ, *Il d.l. anticarcerazioni alla Consulta: c’è spazio per rimediare ai profili di illegittimità costituzionale in sede di conversione*, in *Sistema penale*, 5 giugno 2020.

12. Rischio paventato da molti. Cfr., ad esempio, G. SPANGHER, *Nel disastro si vede chiaro*, cit., 10.

Capitolo VIII

Dall'addebito provvisorio all'azione penale: l'accusa ai tempi del Covid-19

di Stefano Marcolini

Desidero innanzitutto ringraziare l'Associazione DiPLaP, il suo Presidente e gli organizzatori del presente webinar.

Prima di entrare nel merito della mia relazione vorrei svolgere due premesse.

La prima: la materia di cui ci occupiamo è, per definizione, in magmatico cambiamento, sottoposta com'è alla disciplina del decreto-legge nonché alla tirannia della sua conversione; ed anzi, allo stratificarsi di più decreti-legge e di successive conversioni.

La seconda: non si può prescindere da quanto i cultori di diritto penale sostanziale hanno detto nella sessione di ieri, 29 aprile 2020, a maggior ragione con riguardo al tema della presente relazione, ossia l'imputazione, che è uno dei punti di intersezione tra il diritto penale ed il diritto processuale¹. Questo ruolo di "ponte" tra il diritto ed il processo, che l'imputazione costitutivamente ha, si percepisce nel suo essere una "fattispecie giudiziale", ossia un segmento di vita, di condotta storica *concreta*, selezionato sulla base della sua rilevanza rispetto alla norma incriminatrice *astratta*. Detto altrimenti, l'imputazione, la cui descrizione è frutto di una selezione sulla base della norma *astratta*, deve al tempo stesso possedere la *concretezza* storica necessaria a fungere da "delimitatore" dell'attività probatoria dibattimentale².

Nel presente intervento, dunque, intendo prendere rapidamente in rassegna, dall'angolo visuale del processualista, le nuove, possibili incriminazioni che, in questo particolare periodo, siamo costretti ad affrontare. Ora, di fronte alla pandemia acuta che ci affligge - od alla endemia cronica che non cesserà di affliggerci - il Governo ed il Legislatore hanno reagito con energia, anche adottando misure eccezionali. Non è questa la sede per giudicare la compatibilità delle misure adottate con la Costituzione, nel quadro del sistema delle fonti (il - comprensibile - ricorso ai decreti-legge; il collaterale, sistematico - e meno accettabile - impiego del DPCM; il ruolo delle Regioni rispetto alle competenze dello Stato centrale): alcuni spunti di riflessione sono stati forniti nella giornata di ieri³ ed altri sono reperibili in rete⁴.

Nel mio intervento, inoltre, mi occuperò delle situazioni di rischio di sanzione a carico di tutti i

1. Le due giornate di webinar sono visionabili al seguente link: <https://labdirpen.wixsite.com/diplap>.

2. È lo stesso confine tra le due discipline a dover essere oggi rimeditato: la c.d. "saga Taricco", in materia di prescrizione, dimostra l'importanza di una maggiore interlocuzione tra i cultori del diritto e quelli del processo. Analoga spinta proviene anche dalla materia della responsabilità medica.

3. Si veda l'intervento del prof. C. RUGA RIVA, consultabile al link <https://labdirpen.wixsite.com/diplap>.

4. Sul carattere obiettivamente eccezionale degli interventi normativi posti in essere e, quindi, sul metro per giudicarli una interessante visione è quella di T. EPIDENDIO, *Il diritto nello "stato di eccezione" ai tempi dell'epidemia da Coronavirus*, in giustiziainsieme.it, che parla di stato di eccezione "in senso debole". Sul punto si vedano anche le riflessioni di D. PULITANO, *Lezioni dell'emergenza e riflessioni sul dopo. Su diritto e giustizia penale*, in sistemapenale.it. Proprio a ridosso del presente incontro (il 28 aprile 2020), anche la Presidente della Corte costituzionale, Marta Cartabia, è in qualche modo intervenuta sul punto nella sua Relazione su "L'attività della Corte costituzionale nel 2019", affermando che la Costituzione non contemplerebbe un diritto speciale per i tempi eccezionali, ma offrirebbe la bussola per "navigare per l'alto mare aperto" nei tempi di crisi (cortecostituzionale.it/documenti/relazione_cartabia/1_relazione.pdf, pag. 26).

cittadini (*uti cives*), ma non di quelle eventualmente settoriali (*uti medici, uti milites, etc.*), che nel concitato periodo che viviamo evocano anche la prospettiva di scudi penali.

Il quadro delle incriminazioni che si sono succedute nel tempo e che oggi sono vigenti è già stato ben tracciato in due interventi di ieri⁵.

Sin da subito, i migliori strumenti per combattere il morbo sono parsi il distanziamento sociale e la quarantena: *habitus* non solo suggerito, quindi, ma sin da subito munito di sanzione. Quanto alle condotte di disobbedienza pura, ossia di chi viola le prescrizioni di quarantena (o di confinamento o di isolamento sociale, come si preferisca), in un primo periodo, in quella che ieri è stata chiamata la “fase #1”, ossia nella vigenza del primo decreto-legge, il 23 febbraio 2020, n. 6⁶, è stato applicabile *quoad poenam* il noto art. 650 c.p. La mitezza della pena ivi prevista, tra l’altro sempre oblazionabile, ha suggerito, nelle ricostruzioni di alcune Procure della Repubblica⁷, la possibile contestazione alternativa rappresentata dall’art. 260 r.d. n. 1256 del 1934, c.d. Testo Unico Leggi Sanitarie (di seguito TULS), reato pur sempre contravvenzionale ma almeno punito più gravemente, con pena congiunta e non alternativa. Il recupero di questa seconda norma era possibile grazie alla clausola di sussidiarietà presente nell’art. 3, comma 4 d.l. n. 6/2020: «4. *Salvo che il fatto non costituisca più grave reato*, il mancato rispetto delle misure di contenimento di cui al presente decreto è punito ai sensi dell’articolo 650 del codice penale»⁸.

Sopraggiunge la “fase #2”: appunto per la debole deterrenza rappresentata dalle pene contravvenzionali, alternativamente indicate dall’art. 650 c.p., il successivo decreto-legge 25 marzo 2020, n. 19 (convertito, con modificazioni, dalla legge 22 maggio 2020, n. 35), prende una via diversa: l’illecito di “disobbedienza” - sia consentito di chiamarlo così per comodità e brevità - viene degradato da penale ad amministrativo, nella convinzione che questo secondo strumento sia più efficace. Resta perseguibile penalmente una limitata ipotesi, quella del soggetto positivo, contagiato, che trasgredisca l’obbligo di quarantena: così l’art. 4, comma 6 d.l. 19/2020 (convertito, con modificazioni, dalla legge 22 maggio 2020, n. 35⁹), che comunque prevede un illecito contravvenzionale, rinviando *quoad poenam* al già citato art. 260 TULS.

In questo sistema, sia durante la fase #1 sia durante la fase #2, le ragioni che legittimavano l’uscita di casa sono sempre state fissate dallo Stato (ed in parte dalle Regioni).

Il primo, interessante spunto di riflessione riguarda proprio la deterrenza: al fine di garantire che tutti i cittadini rispettino la quarantena, il diritto penale, cui inizialmente si fa ricorso, viene ritenuto poco efficace ed abbandonato a favore di uno strumento, la sanzione amministrativa, sulla carta meno grave ma in realtà più “performante”. Come giuristi, siamo perfettamente consapevoli che, in molte situazioni, il diritto penale si presenta come un cannone, che spesso però spara a salve ed in ritardo, attraverso la lenta macchina del processo; meglio quindi un’arma più leggera ma rapida e precisa (anche se, sotto questo profilo, devono essere considerate anche le garanzie a favore di chi viene colpito dalla sanzione). Occorrerebbe fare tesoro di queste sperimentazioni del legislatore, nel denegato caso in cui il morbo si riaffacci il prossimo autunno, mostrando il suo volto stagionale, e si debba nuovamente provvedere a sigillare una o più porzioni del nostro Paese.

5. C. RUGA RIVA e D. CASTRINUOVO, in <https://labdirpen.wixsite.com/diplap>.

6. Pubblicato in Gazz. Uff. n. 45 del 23 febbraio 2020; la legge di conversione è la legge 5 marzo 2020, n. 13, in Gazz. Uff. n. 61 del 9 marzo 2020 (ove è presente anche il testo coordinato).

7. Fonte peraltro giornalistica: cfr. https://www.ansa.it/lombardia/notizie/2020/03/21/covid-pm-reato-piu-duro-su-violazioni_d8f87dc7-ab96-4f9d-8f07-c974fab50631.html.

8. Per nessuno dei due reati erano - né sono - possibili l’arresto in flagranza o misure cautelari. Il che, se rappresenta un limite, da taluni segnalato, all’efficacia dell’azione di prevenzione (non vi sarebbe nessuno strumento impiegabile per far interrompere, *nell’immediato*, l’azione di chi volesse pervicacemente violare ogni giorno la quarantena), consente di ricostruire in termini equilibrati la retrostante concezione dei rapporti tra cittadino ed autorità nel nostro sistema, che ripudia scenari in cui reati di mera disobbedienza ad ordini governativi consentono repentine limitazioni della libertà da parte della polizia. Sulla base di una diversa concezione di questi rapporti, in altri ordinamenti, come quello statunitense, si consente alla polizia un potere di arresto molto più diffuso (anche se circoscritto nel tempo); ma i fatti scaturiti dall’omicidio dell’afroamericano George Floyd ne mostrano tutti i limiti.

9. Vale la pena di precisare che l’art. 4, comma 6, citato nel testo, non ha subito modifiche in sede di conversione.

Il secondo spunto, a fronte dell'introduzione di un reato sia pure contravvenzionale prima e di un illecito amministrativo poi, concerne quella distinzione che si fa sempre - a livello didattico - sulla attività di polizia: distinzione che corre tra l'attività di polizia preventiva o di sicurezza, da un lato, e quella di polizia giudiziaria, dall'altro. Ad un posto di blocco, o comunque in occasione di un ordinario controllo, gli operanti di polizia hanno una doppia veste: prima e sempre, effettuano appunto un controllo di sicurezza di tipo preventivo; laddove si imbattano in una violazione, assumono la veste di polizia giudiziaria, redigono la notizia di reato e procedono ai primi adempimenti (ad esempio, quelli di cui all'art. 161 c.p.p.)¹⁰.

A questo proposito, però, se a monte le circostanze che consentono di allontanarsi dalla propria abitazione, in deroga alla quarantena, sono fumose (in questi giorni è nell'occhio del ciclone la nozione di "congiunti", rarefatta poi in "affetti stabili", come persone che si possono andare a visitare; ma va ricordato che clausole elastiche come l'assoluta urgenza o la situazione di necessità sono sempre state previste dalla normativa), e se, in secondo luogo, le discipline variano nel tempo (tutti noi, che abbiamo vissuto la quarantena in Italia, ricordiamo l'avvicinarsi un tantino schizofrenico di diverse versioni dei moduli per le autocertificazioni), si finisce per consegnare agli operanti di polizia un margine forse eccessivo di discrezionalità nel decidere se ci si trova di fronte o meno ad una notizia di reato (ora, notizia di illecito amministrativo).

In altri termini, l'iscrizione di detta notizia di reato (ora, la contestazione dell'illecito amministrativo) viene a dipendere, forse più di quanto sia opportuno, dall'iniziativa e dallo zelo del singolo operante di polizia, chiamato in ciò sia ad effettuare delle prime operazioni di accertamento (verifico le ragioni di lavoro o mediche che la persona adduce per uscire dalla quarantena o mi accontento di quello che dichiara?) sia ad anticipare valutazioni giuridiche più proprie dell'autorità giudiziaria. Situazione di particolare delicatezza che ha avuto anche eco giornalistica: faccio riferimento a notizie su verbali di infrazione prima elevati e poi annullati perché frutto di "palese" ingiustizia¹¹.

Sul versante statistico, i dati segnalati ieri¹² sono i seguenti: nella "fase #1" si sono avute oltre 115.000 denunce di reato; nella "fase #2", invece, si sono avuti 242.355 illeciti amministrativi, 532 notizie di reato per la nuova contravvenzione del contagiato che lasci la quarantena e 1745 notizie per reati di falso. Sono soprattutto quegli oltre duecentomila illeciti amministrativi che debbono mettere in guardia. La leva sanzionatoria amministrativa, di sopravvenuto impiego perché ritenuta più efficace, potrebbe portare con sé il rischio di frode delle etichette; l'illecito amministrativo potrebbe essere considerato "penale" agli effetti dell'art. 7 CEDU, in base agli "Engel criteria" (ma, in effetti, al momento trattasi di uno scenario eccessivamente futuribile). Del nuovo illecito amministrativo di disobbedienza, introdotto nella "fase #2", va segnalata anche la formulazione linguistica. Secondo l'art. 4, comma 1 d.l. n. 19/2020, «1. *Salvo che il fatto costituisca reato*, il mancato rispetto delle misure di contenimento di cui all'articolo 1, comma 2, individuate e applicate con i provvedimenti adottati ai sensi dell'articolo 2, comma 1, ovvero dell'articolo 3, è punito con la sanzione amministrativa del pagamento di una somma da euro 400 a euro 3.000 e non si applicano le sanzioni contravvenzionali previste dall'articolo 650 del codice penale o da ogni altra disposizione di legge attributiva di poteri per ragioni di sanità, di cui all'articolo 3, comma 3. Se il mancato rispetto delle predette misure avviene mediante l'utilizzo di un veicolo le sanzioni sono aumentate fino a un terzo»¹³.

10. Nella degradazione della condotta di disobbedienza da reato ad illecito amministrativo, ora evidentemente non si redigerà più alcuna notizia di reato, ma un verbale di trasgressione.

11. Coronavirus, Polstrada: annullare la multa ai genitori in viaggio per la visita medica della figlia - Una famiglia toscana multata dalla polizia per uno spostamento vietato dalle misure per il Covid-19, aveva in realtà diritto a recarsi in ospedale per cure necessarie. Le scuse della polizia e sanzione di 530 euro annullata. La notizia si legge in <http://www.rainews.it/dl/rainews/articoli/polstrada-annullare-multa-genitori-viaggio-visita-medica-figlia-covid19-79862029-c948-4a26-8334-e-4b9ecf0eced.html>.

12. Segnatamente, dal prof. C. RUGA RIVA nel suo intervento (visibile a <https://labdirpen.wixsite.com/dioplaf>).

13. La legge di conversione n. 35/2020 ha introdotto modeste modifiche alla norma, che si riporta per completezza nella versione attualmente vigente: «1. Salvo che il fatto costituisca reato, il mancato rispetto delle misure di contenimento di cui all'articolo 1, comma 2, individuate e applicate con i provvedimenti adottati

In particolare, due sono le osservazioni.

La prima: siamo di fronte ad un sistema sanzionatorio penale-amministrativo che ambisce ad essere perfettamente integrato, in cui si esclude *expressis verbis* la possibilità di contestare l'art. 650 c.p., perché ritenuto risposta pur penale ma troppo blanda.

La seconda osservazione riguarda l'incipit della norma che introduce il nuovo illecito amministrativo, ossia la clausola di sussidiarietà ("*salvo che il fatto costituisca reato*"), nei suoi rapporti in particolare con i reati di falso. Sono reperibili sul web dei commenti a prima lettura secondo cui, in forza di questa clausola di sussidiarietà, l'illecito amministrativo cederebbe e non troverebbe applicazione, esemplarmente, nel caso in cui emergano reati di falsità nell'autocertificazione. Io non sono affatto d'accordo. A prescindere dalla questione relativa alla possibilità o meno di configurare un reato di falso e quale (l'art. 495 c.p.? o l'art. 483 c.p.?), che è oggetto di discussione e che qui non interessa approfondire, mi limito ad affermare con ogni chiarezza possibile che qui non siamo in presenza dello stesso fatto. La condotta elusiva, punita in via amministrativa, è sempre presente per prima: consiste appunto nel circolare in violazione del divieto. Il reato di falso, invece, è una condotta successiva, tra l'altro meramente eventuale, perché si integra solo se si viene fermati e controllati e si compila e si presenta l'autocertificazione. E la prova che siano - davvero pacificamente - fatti diversi è che è evidente anche la loro connessione *ex art. 12, comma 1, lett. c) c.p.p.*: si commette il secondo fatto (la dichiarazione mendace) al fine di occultare il primo (l'allontanamento ingiustificato). Essendo quindi fatti diversi, restano punibili entrambi: in via amministrativa l'uno, in via penale l'altro. A questo punto occorrerebbe chiedersi, piuttosto, se sussistano le condizioni di cui all'art. 24 della legge 698 del 1981, affinché sia il giudice penale ad attrarre la cognizione anche della violazione amministrativa; e probabilmente la risposta è positiva, perché l'esistenza stessa del reato dipende dall'esistenza dell'illecito a monte.

Poco resta da dire sulla possibilità di configurare - e contestare - altri reati, ossia le lesioni o l'omicidio colposi o dolosi derivanti dal contagio, così come la strage colposa o dolosa. Sul piano penale sostanziale, segnatamente sanzionatorio, si tratta di reati che, nel passaggio dalla colpa al dolo, hanno un range di gravità della sanzione applicabile davvero amplissimo, il che desta perplessità. Ma ipotizzare, sul piano processuale, arresti in flagranza o misure cautelari per questo genere di reati appare arduo: anche a voler ritenere superati i limiti edittali, il COVID che uno porta su di sé e con il quale potrebbe "fare l'untore" passa relativamente in fretta, rispetto ad esempio all'HIV, che accompagna tutta la vita¹⁴; e i tempi per l'applicazione di una misura cautelare appaiono troppo lunghi, in Italia, per fronteggiare una tale situazione. Nel merito, ritengo che si tratti di contestazioni di reato che impegneranno, se mai vi saranno, poche risorse ed avranno una valenza più che altro simbolica¹⁵.

Un'ultima cosa va detta con riguardo all'attività probatoria necessaria all'accertamento delle violazioni di cui si è discusso fin qui.

Il tema è ovviamente quello delle indagini tecnologiche. Nelle scorse settimane si è sentito parlare di droni, di programmi di controllo facciale, di app di localizzazione ("Immuni"), queste ultime attive dalla "fase #3". E la narrativa impiegata è stata sovente quella di ordine bellico:

ai sensi dell'articolo 2, commi 1 e 2, ovvero dell'articolo 3, è punito con la sanzione amministrativa del pagamento di una somma da euro 400 a euro 1.000 e non si applicano le sanzioni contravvenzionali previste dall'articolo 650 del codice penale o da ogni altra disposizione di legge attributiva di poteri per ragioni di sanità, di cui all'articolo 3, comma 3. Se il mancato rispetto delle predette misure avviene mediante l'utilizzo di un veicolo la sanzione prevista dal primo periodo è aumentata fino a un terzo».

14. Il parallelismo è consentito dal fatto che, scorrendo la recente casistica giurisprudenziale, vengono alla mente almeno tre aree di problematica distinzione tra la punizione in via dolosa od in via colposa delle condotte: l'omicidio o le lesioni stradali, magari commessi sotto l'influsso di alcol o sostanze stupefacenti (la giurisprudenza di legittimità sembra orientata ad ammettere, in astratto, la possibilità del dolo, ma a negarla decisamente nei casi concreti sottoposti al suo esame: Cass., sez. IV, 8 marzo 2018, n. 14663, in *CED Cass.*, n. 273014); l'omicidio o le lesioni sul luogo di lavoro (si richiami, in quest'ottica, la vicenda ThyssenKrupp), ed appunto il contagio da HIV, che si presta al collegamento di cui al testo (celebre il c.d. caso Talluto, in cui una persona sieropositiva è accusata di aver contagiato più di 30 donne, su cui cfr. Cass., sez. I, 30 ottobre 2019, n. 48014, in *CED Cass.*, n. 277791).

15. Parzialmente diverso, invece, potrebbe essere il quadro delle incriminazioni per omicidio, lesione o strage a carico di medici, sanitari, amministratori o politici, derivante dalle loro scelte di gestione dell'emergenza: quadro che, in parte per la situazione di emergenza ancora non risolta, in parte anche per rispetto alle tante vittime si vuole tenere estraneo alla presente trattazione.

simili misure si giustificerebbero perché “è come se fossimo in guerra”.

Anche qui va tenuta presente la distinzione tra attività di polizia di sicurezza e di polizia giudiziaria: i droni, ad esempio, rappresentano una modalità di controllo e monitoraggio del territorio dalla natura eminentemente preventiva; ma, nel momento in cui colgono qualcuno nell’atto di fare qualcosa che non deve, essi cristallizzano la prova, che certamente la giurisprudenza definirà come “documentale” *ex art. 234 c.p.p.* od “atipica” *ex art. 189 c.p.p.*, consentendone in ogni caso l’impiego in sede giudiziaria, anche dibattimentale¹⁶.

La riflessione che qui va fatta è sulla proporzionalità di simili misure rispetto agli obiettivi e sulla scarsa attenzione del nostro legislatore per il tema. Vorrei in proposito ricordare che una forma di localizzazione geografica delle nostre utenze mobili è già tecnicamente effettuabile, su base assolutamente non volontaria, attraverso il ben noto *data retention*. Esso avviene oggi in forza dell’art. 132 d.lgs. n. 196 del 2003 (c.d. Codice privacy), applicabile a tutti i reati¹⁷, quindi - paradossalmente - anche per accertare delle mere contravvenzioni, come potrebbe essere l’art. 650 c.p. (se fosse rimasto contestabile). È quindi tragicamente ironico che il legislatore abbandoni la contravvenzione dell’art. 650 c.p. per puntare sulla sanzione amministrativa, perché ritenuta più efficace sul piano della deterrenza, senza avere presente che ciò, sul piano dell’accertamento, comporta minori possibilità di indagine.

Sarebbe auspicabile che, appena depositata la polvere del terremoto che ha scosso tutte le nostre esistenze, si dedicasse del tempo - certo a moltissime attività, tutte urgenti, ma tra esse almeno - a fare ordine nella legislazione relativa all’impiego delle tecnologie nel processo penale, nel rispetto degli standard di cui all’art. 8 CEDU; ma probabilmente ciò non resterà appunto che un pio auspicio.

16. Credo sia destinata a rimanere celebre, nell’immaginario collettivo, la visione, sui telegiornali nazionali, del filmato del controllo delle spiagge di Rimini, avvenuto appunto mediante droni: <https://www.corriereromagna.it/coronavirus-a-rimini-controlli-con-i-droni-il-video/>.

17. L’art. 132, comma 1 d.lgs. n. 196 del 2003, segnatamente, recita: «(...) per finalità di accertamento e repressione dei reati (...)».

Capitolo IX

Distopia del processo a distanza

di Oliviero Mazza

Sommario:

1. Il virus dell'emergenza. - 2. Il processo distopico. - 3. Il processo ostacolo e la negoziazione delle regole del gioco. - 4. La norma processuale in bianco e il vuoto della legge. - 5. Dal processo smaterializzato a quello virtuale: i diritti dietro allo schermo.

1. Il virus dell'emergenza

Le situazioni di emergenza sono sempre state accompagnate da uno stato d'eccezione per le regole processuali. La trentennale parabola del codice di procedura penale ne è la migliore riprova. Questa volta, però, l'emergenza è del tutto inedita, non legata alla recrudescenza di fenomeni criminali o a mutamenti sociopolitici. La pandemia da Covid-19, da più parti assimilata, per gravità, a un vero e proprio evento bellico, rischia di essere la tempesta perfetta in grado di giustificare la cancellazione dell'idea stessa di processo penale.

Il distanziamento sociale necessario a prevenire la diffusione del virus ha fornito al Governo lo spunto per proporre la smaterializzazione del processo trasformato in uno *smart working* procedurale.

Questo, in estrema sintesi, è il contenuto degli emendamenti che hanno portato all'attuale formulazione dell'art. 83 d.l. 17 marzo 2020, n. 18 convertito con modificazioni in l. l. 24 aprile 2020, n. 27 e ulteriormente modificato dal d.l. 30 aprile 2020, n. 28, conv. in l. 25 giugno 2020, n. 70.

Dopo la prima fase di sospensione delle attività giudiziarie non urgenti fino all'11 maggio 2020, si è aperto un periodo transitorio che nelle intenzioni dovrebbe preludere al ritorno alla normalità.

In questa finestra temporale, ad oggi prevista fino al 30 giugno 2020, il Governo vorrebbe sperimentare il processo a distanza, una pericolosa evoluzione della già deprecabile partecipazione al dibattimento a distanza riservata agli imputati detenuti dall'art. 146-*bis* norme att. c.p.p.

2. Il processo distopico

Di fronte alla proposta del Ministro della Giustizia si possono formulare una serie di rilievi critici che spaziano dai dubbi di legittimità costituzionale della stessa alle questioni di natura più strettamente applicativa.

Nell'analisi della disciplina del processo a distanza occorre, tuttavia, evitare l'errore di farsi condizionare dall'entusiasmo, già inopinatamente diffuso, per la novità tecnologica. La retorica imperante dello *smart work*, dell'era digitale, della vita 2.0 o successivi, rischia di travolgere

il processo penale e di trasformarsi in un futuro prossimo distopico, nel *brave new world*¹ in cui tutto è sacrificabile a un malinteso mito del progresso.

È fin troppo facile prevedere che il formidabile laboratorio di sperimentazione che si vorrebbe allestire nel periodo più o meno lungo che ci separerà dal graduale ritorno alle regole ordinarie potrebbe produrre una creatura informe, ma di forza smisurata, che, come accadde al dottor Victor Von Frankenstein², continuerà a perseguire il suo creatore ben oltre la fine dell'emergenza.

La partecipazione a distanza potrebbe, quindi, divenire in futuro la nuova modalità di celebrazione dei processi penali, quantomeno di quelli non particolarmente complessi e di natura eminentemente cartolare.

Proprio nel timore che questa creatura tecnologica possa sfuggire ai limiti temporali in cui la si vorrebbe rinchiudere, bisogna chiedersi, anzitutto, se sia davvero opportuna una disciplina processuale temporanea che, salvo errori, costituirebbe un *unicum*.

Pur nella piena consapevolezza della drammaticità della situazione che il Paese sta vivendo e, in particolare, alcune regioni del nord, non si può tacere una banalissima considerazione riguardante la ridotta pericolosità della celebrazione di un processo penale *de praesenti* che coinvolga un numero limitato di persone, in aule pulite e ben areate, mantenendo distanze di sicurezza e impiegando dispositivi di protezione personale. Certamente una situazione del genere sarebbe meno azzardata per la diffusione del virus di quanto non lo siano altre incombenze alle quali tutti siamo chiamati quotidianamente.

Dunque, davvero vale la pena deformare ulteriormente il già deturpato processo penale per soddisfare una presunta esigenza di tutela della salute che si ritiene, a torto, non altrimenti soddisfacibile?

3. Il processo ostacolo e la negoziazione delle regole del gioco.

La risposta al quesito impone di scavare più a fondo nelle ragioni che spingono il Governo a una scelta dalla quale discende un non secondario effetto paradossale: disciplinare il processo a distanza, pur con i limiti di cui si dirà, attesta, *a contrario*, che nella prima fase dell'emergenza i processi celebrati sulla base dei cosiddetti protocolli non avevano base legale e, dunque, sarebbero da considerarsi radicalmente nulli.

L'*occasio legis* è l'emergenza epidemiologica in atto, ma il substrato culturale è ben altro e non ha nulla a che vedere con la tutela della salute. Non è difficile scorgere una evidente progressione nelle scelte politiche che, a partire dal 1992, hanno portato fuori dalle aule di udienza i collaboratori e i testimoni di giustizia, gli agenti sotto copertura, gli imputati connessi, gli atti di ricognizione, gli imputati detenuti e, ora, addirittura il processo nel suo complesso.

L'idea di fondo che sorregge questo disegno riformista è l'idiosincrasia per le forme processuali. Il rito è considerato poco più che un intralcio lungo il percorso che separa l'imputazione dalla condanna, secondo la sempiterna intuizione manziniana per cui «è logico presumere che le imputazioni siano generalmente fondate sopra un sufficiente accertamento preliminare» e da ciò «ne deriva che il processo penale si presenta come un mezzo principalmente diretto a rendere possibile la punizione del colpevole»³. Da luogo d'elezione della cognizione, il processo

1. HUXLEY, *Il mondo nuovo. Ritorno al mondo nuovo* (1932), Milano, 2016.

2. SHELLEY, *Frankenstein ovvero il moderno Prometeo* (1818), Milano, 1999.

3. MANZINI, *Trattato di diritto processuale penale italiano*, VI ed. agg. da Conso – Pisapia, I, a cura di D. Pisapia, Torino, 1967, 224.

si sta progressivamente trasformando in sede deputata al mero esercizio del potere punitivo, con la conseguente e fisiologica deformalizzazione del rito. Il puro esercizio del potere non tollera ostacoli e predilige la semplificazione più congeniale alla necessaria libertà d'azione. Se volessimo condensare in uno slogan la questione potremmo parlare del "processo ostacolo" che si frappone alla realizzazione del "processo di scopo".

Nel valutare la proposta di riforma occorre, tuttavia, tenere ben distinti il piano assiologico da quello puramente tecnico.

Se ci limitassimo al secondo, cadremmo nell'errore di prospettiva di chi ha siglato i vari protocolli che hanno costituito il canovaccio degli emendamenti governativi. Non va infatti dimenticato che, nella fase della sospensione generalizzata, le udienze urgenti e indifferibili, ad esempio quelle di convalida delle misure precautelari, si sono già tenute nelle forme del processo a distanza, al di fuori di ogni previsione legale. È inutile sottolineare l'atipicità di tali processi non regolati dalla legge, ma solo da accordi intercorsi fra magistrati e avvocati, come se le forme processuali fossero materia negoziabile.

Quanto è accaduto rappresenta un precedente gravissimo, che va ben oltre lo stato d'eccezione, in quanto si pone al di fuori dei limiti costituzionali che, anche nell'emergenza, impongono comunque il primato della legge (eccezionale o temporanea che sia).

Il tema delle fonti spurie della procedura penale non può essere affrontato in questa sede come meriterebbe, ma rimane il fatto che le deviazioni nate dalla contrattazione sulle regole del gioco rischiano di incrinare il valore di fondo rappresentato proprio dalla legalità processuale.

4. La norma processuale in bianco e il vuoto della legge.

Passando all'esame delle nuove disposizioni, va denunciato, anzitutto, che il processo a distanza non viene compiutamente disciplinato dalla legge. L'art. 83 comma 12-*bis* d.l. n. 18 del 2020 è una disposizione in bianco che rinvia a un decreto nemmeno del Ministro della giustizia, ma del Direttore generale dei sistemi informativi del Ministero.

Il primo errore d'impostazione è, dunque, quello di non regolamentare per legge le modalità tecniche di svolgimento di un processo che si connota proprio per la sua veste tecnologica. Per essere più chiari, il processo a distanza si qualifica per la tecnologia impiegata e per le regole di gestione della stessa che non possono essere lasciate alle determinazioni di un dirigente amministrativo.

Il legislatore non può limitarsi ad imporre che «lo svolgimento dell'udienza avv[enga] con modalità idonee a salvaguardare il contraddittorio e l'effettiva partecipazione delle parti», demandando al funzionario ministeriale il compito di decidere quali concrete modalità siano rispettose dei principi costituzionali invocati. Se si vuole smaterializzare l'atto processuale, la sua nuova consistenza tecnologica finisce per costituire proprio l'oggetto della disciplina che non può essere delegato a una fonte amministrativa. Questo è un modo di legiferare che aggira la riserva di legge (art. 111 comma 1 Cost.), rinviando a fonti secondarie che ricordano molto da vicino quelle atipiche sulla cui base si sono già svolti in questi giorni i primi esperimenti di alchimia processuale.

Chi deciderà se la tecnologia sarà in grado di salvaguardare il diritto delle parti di partecipare al processo e di esercitare il contraddittorio? Un dirigente dei sistemi informativi del Ministero in luogo del Parlamento?

L'emendamento propone altre novità dirompenti che conviene esaminare schematicamente.

A) Il difensore diventa, a tutti gli effetti, pubblico ufficiale incaricato di attestare l'identità del suo assistito libero e presente nella postazione remota difensiva. Cambia così il ruolo del difensore, ormai pubblico ufficiale, con relative responsabilità anche penali, in un processo a cooperazione necessaria che mette in crisi il concetto classico di assistenza difensiva. Per comprendere l'avventatezza del cambiamento basta chiedersi cosa dovrà fare il difensore posto dinanzi al dilemma di un processo per sostituzione di persona? Quale identità attesterà? Ma sono anche altri i quesiti destinati a rimanere senza risposta da parte della legge. Nella postazione remota della difesa i microfoni saranno sempre aperti? Chi potrà gestirli? Cosa accadrebbe nel caso in cui il collegamento dovesse interrompersi? E' prevista la rinnovazione degli atti compiuti in costanza di un collegamento insoddisfacente? Se la postazione difensiva avesse problemi di connessione il processo verrebbe rinviato con sospensione dei termini? Se il difensore non avesse a disposizione *hardware* e *software* adeguati, quali sarebbero le conseguenze? Verrà imposto un vero e proprio dovere di *compliance* tecnologica al difensore, con relativi costi a suo carico?

Affrontare seriamente la complessità tecnologica del processo a distanza significa dare risposta, per legge, a un'infinità di quesiti, senza scegliere la soluzione pilatesca di scaricare sul malcapitato dirigente dei sistemi informativi il peso di scelte altamente politiche che spettano al Parlamento. Questioni tecniche che, come detto, diventano la materia di cui sarà composto il nuovo processo a distanza.

La previsione della postazione remota della difesa si espone anche a una considerazione critica di più ampio respiro: se l'obiettivo è garantire il distanziamento fra le persone, perché difensore e imputato dovrebbero condividere lo stesso spazio fisico? L'ufficio della difesa rende forse immuni dal contagio del virus? E ancora, perché il difensore, magari costretto a non allontanarsi dal luogo di abitazione, dovrebbe ospitare a casa sua l'assistito?

B) L'udienza di convalida per arrestati e fermati non trasferiti in carcere, ma lasciati ai domiciliari, si può tenere con postazione remota collocata presso gli uffici di polizia. Non è chiaro, anzitutto, se questa possibilità sia rimessa alla scelta della difesa e, nel caso, come debba essere formulata la relativa richiesta oppure se la locuzione «possono partecipare da remoto all'udienza di convalida anche dal più vicino ufficio della polizia giudiziaria attrezzato» sia da intendersi come possibilità offerta all'autorità procedente. Ad ogni modo, c'è il rischio concreto che la navetta fra uffici di polizia in occasione dell'esecuzione della misura precautelare, assegnazione ai domiciliari e ritorno nel volgere di poche ore presso gli stessi uffici per l'udienza si trasformi, nella prassi, in un trattenimento prolungato presso la sede della polizia, con buona pace delle ragioni garantistiche che hanno indotto il codice a limitare al massimo la disponibilità temporale del corpo dell'arrestato nelle mani della polizia (art. 386 comma 3 c.p.p.). Che dire, poi, dell'udienza che si celebra con la difesa confinata nelle caserme di polizia? Un'immagine quantomeno poco rassicurante se raffrontata all'estetica del processo celebrato a palazzo di giustizia.

C) Nel processo "telematico" quali saranno le modalità di documentazione? Sarà sufficiente il verbale riassuntivo redatto dal cancelliere, unico privilegiato che potrà varcare l'ingresso del tribunale? O sarà il già citato dirigente a decidere in piena autonomia quale traccia resterà del processo *on line*? Il vuoto di tutela è macroscopico.

D) L'apogeo della nuova disciplina è indubbiamente la camera di consiglio a distanza (art.

83 comma 12-*quinquies* d.l. n. 18 del 2020) che potrà vedere impegnati i collegi a deliberare sentenze e ordinanze. Da tempo si lamenta il rarefarsi della collegialità, questa riforma sarà il colpo di grazia a un principio garantista e democratico. Ciò nondimeno, la disciplina tace su aspetti cruciali, quali, ad esempio, i protocolli tecnici in grado di garantire la segretezza della discussione *on line* all'interno della camera di consiglio. Senza dimenticare che la medesima segretezza dovrà essere garantita presso l'abitazione dei singoli giudici: come, con quali modalità, con quale attestazione non è dato sapere. Chi può escludere, ad esempio, che dietro la *webcam* del giudice popolare non si nasconda un losco figuro intento a condizionarne la volontà?

L'emendamento proposto non stabilisce, soprattutto, in quale luogo fisico si troverà il fascicolo per il dibattimento che costituisce la base documentale della decisione. Nelle camere di consiglio tradizionali è sul tavolo attorno al quale si riuniscono i giudici, in quelle virtuali dove si troverà? Sarà a disposizione del giudice futuro redattore o del presidente? E gli altri giudici dovranno chiedere lumi a chi detiene gli atti e la loro conoscenza? O, più facilmente, la mancanza della disponibilità degli atti per tutti i giudici sarà il più potente stimolo alla monocraticità di fatto della decisione?

A monte di tutto ciò, quando nel corso del processo venisse richiesta l'acquisizione di una prova documentale, come si procederà alla materiale apprensione del documento? Come potranno i giudici decidere sull'ammissibilità della prova non fisicamente disponibile, magari per valutarne la genuinità? Ovviamente sarà il solerte direttore dei servizi informativi a stabilire riti e forme del processo a distanza.

- E) Lo svolgimento del processo a distanza è condizionato dalla circostanza che non debbano presenziare soggetti diversi dalle parti private, dai difensori, dal pubblico ministero, dagli ausiliari del giudice, da ufficiali o agenti di polizia giudiziaria, da interpreti, consulenti o periti. Altra condizione è che l'udienza non sia istruttoria o di discussione, salvo che le parti vi acconsentano. Ciò significa, sia pure nella contorta prosa legislativa, che non si potrà comunque procedere, nemmeno con il consenso, all'assunzione delle testimonianze che vedano quale fonte di prova un soggetto diverso dagli operanti o anche alle ricognizioni, alle ispezioni e ai confronti nelle medesime condizioni, per tacere degli esperimenti giudiziali. L'istruzione probatoria appare, quindi, ontologicamente incompatibile con il processo a distanza, a meno che non si tratti di assumere le deposizioni degli operanti che già oggi sono ridotte a un simulacro di prova costituenda per effetto della generosa concessione giudiziale alla riproduzione degli atti di indagine. Questa ontologica incompatibilità può trasformarsi o nella limitazione dell'operatività del processo a distanza (soluzione auspicabile) o nella limitazione del diritto alla prova (soluzione deprecabile), *tertium non datur*. Il rischio, concreto, è che l'enfasi per il distopico processo telematico possa spingere i giudici a una ulteriore indebita limitazione di quel diritto alla prova che ha già subito l'affronto dell'art. 190-bis c.p.p. Vale la pena ricordare che una delle idee cardine della riforma del 1989 era proprio la consacrazione del diritto di difendersi provando, teorizzato già sotto la vigenza del c.p.p. del 1930⁴. Abbandonare il diritto alla prova per abbracciare il processo smaterializzato sarebbe il più grave dei tradimenti non solo dello spirito accusatorio della riforma di trent'anni fa (art. 190 c.p.p.), ma anche del giusto processo scolpito nella costituzione con lo scalpello del contraddittorio poetico per la prova (art. 111 commi 3 e 4 Cost.).
- F) L'ombra sinistra del progresso tecnologico si staglia anche sulla Cassazione (art. 83 comma 12-*ter* d.l. n. 18 del 2020). Le udienze camerali partecipate sono trasformate

4. G. VASSALLI, *Il diritto alla prova nel processo penale* (1967), in ID., *Scritti giuridici*, III, *Il processo e le libertà*, Milano, 1997, p. 445 ss.

d'imperio in camerale con contraddittorio meramente cartolare. Il *vulnus* è profondo, pensando che tra le materie trattate vi è normalmente quella altamente sensibile della libertà personale che può segnare il destino di un individuo e anche del suo processo, quando in discussione vi sia la gravità indiziaria posta a base della cautela. Il ricorrente può, però, chiedere la trattazione nelle forme partecipate che, a questo punto, si trasformano nel processo a distanza. Quando la richiesta proviene dal difensore sono sospesi i termini di custodia cautelare e di prescrizione per il tempo in cui il procedimento è rinviato. Questa previsione appare del tutto ingiustificata, considerando che la richiesta del difensore integra la fisiologia del procedimento camerale partecipato, mentre l'eccezione è quella prevista in via temporanea dalla legge. Non si comprende, dunque, per quale ragione scaricare sull'imputato, addirittura detenuto, il costo, in termini di tempo, richiesto per assicurare la garanzia minima della partecipazione in forma orale. Ma è il segno dei tempi e del ben noto *arrière-pensée* ministeriale.

Anche al giudizio in Cassazione si applica, in via ordinaria, la previsione della partecipazione a distanza, compresa la fase della deliberazione della decisione che verrà assunta in teleconferenza dai cinque giudici collocati presso le rispettive abitazioni. I dubbi che da tempo i mal pensanti avanzano sulla collegialità della Corte assediata dai 50.000 ricorsi annui potrebbero trovare nuova linfa. Occorre poi chiedersi come potranno i giudici remotizzati disporre degli atti del processo necessari per la discussione. Ognuno di loro si vedrà recapitato a casa il fascicolo del processo? Come faranno a garantire la collegialità della decisione senza avere sul tavolo fisico della camera di consiglio gli atti. Questa osservazione vale, ovviamente per ogni decisione collegiale, e non solo per quelle a cui è chiamata la Cassazione

5. *Dal processo smaterializzato a quello virtuale: i diritti dietro allo schermo.*

Quelle che precedono sono solo alcune riflessioni a prima lettura, nella consapevolezza che il testo delle disposizioni di matrice governativa costituisce una fonte inesauribile di quesiti senza risposta e di perplessità tecnico-giuridiche.

Volendo concludere questo breve intervento, appare però necessario uno sguardo d'insieme che tenga conto degli scenari proiettati sul futuro post-emergenziale.

Si dice che spesso dalle crisi profonde derivino cambiamenti altrettanto intensi. In questo caso la tragica emergenza potrebbe mietere una vittima in più, il processo inteso come forma, rito e garanzia.

Il rischio è che il processo a distanza si trasformi per carenza di tipicità normativa e per prevedibili deviazioni applicative in un processo virtuale, un simulacro di processo, assecondando così quella pericolosa tendenza a considerare la sacralità delle forme del rito solo un ostacolo da rimuovere sul cammino caratterizzato dall'efficienza processuale.

Il passo che separa il processo smaterializzato dal processo virtuale è breve e il mostro tecnologico, oggi salutato con favore da appassionati futurologi, potrebbe ben presto ritorcersi contro gli stessi fautori della modernità.

Non è ovviamente una battaglia fra progressisti e conservatori, fra innovatori e reazionari. In gioco ci sono i diritti e le garanzie - si badi bene, non solo dell'imputato - che per essere tali devono avere una consistenza materiale, devono rispettare lo spazio fisico del processo penale:

«la scena accusatoria lega i contendenti a date forme ... l'affare inquisitorio le dissolve tutte»⁵. Il contraddittorio è partecipazione dialettica delle parti al processo (art. 111 comma 2 Cost.) «ossia quel gioco di interventi alternativi o contestuali, quell'andirivieni di domande e di repliche, di asserzioni e negazioni, che costellano l'iter del processo verso la fine»⁶. Il contraddittorio processuale può effettivamente trovare attuazione solo a patto che la contesa dialettica si svolga fra le parti poste in condizioni di parità *dinanzi al giudice* terzo e imparziale, non certo dinanzi a un computer che costituisce un diaframma fra le parti e fra loro e il giudice. L'immediatezza (art. 111 comma 3 Cost.) è strutturalmente inconciliabile con il processo a distanza. Anche il più sofisticato *software* di video conferenza non sarà mai in grado di restituire l'immediatezza di cui necessita il processo e di garantire l'effettività del contraddittorio. Ma come detto, la delicata valutazione di compatibilità fra nuove tecnologie ed effettivo rispetto dei diritti fondamentali del contraddittorio e della partecipazione al processo è rimessa dalla legge all'oscuro funzionario ministeriale che dovrà farsi carico di una decisione pressoché impossibile. Perché il limite e il baco del disegno governativo sta proprio nella previsione che lo svolgimento dell'udienza avvenga con modalità tecniche idonee a salvaguardare il contraddittorio e l'effettiva partecipazione delle parti. Posto che nessuna tecnologia potrà mai surrogare la necessaria immediatezza su cui poggiano il diritto di difesa, il contraddittorio e la decisione del giudice, l'impossibilità di garantire tali valori è la negazione stessa della possibilità del processo a distanza.

La conclusione rischia, però, di essere semplicistica. Il tema si presenta molto più complesso, non essendo in gioco tanto la negazione dei diritti fondamentali, quanto la loro attenuazione. Se è facile negare diritto di cittadinanza a un processo penale che escluda in radice i diritti costituzionali appena ricordati, non altrettanto agevole è stabilire fino a che punto il loro concreto esercizio possa risultare limitato dallo schermo, in senso proprio, del processo a distanza senza intaccarne l'essenza stessa. Il tema, tutto sommato nuovo, è quello dei diritti attenuati a causa dell'emergenza sanitaria, dei diritti dietro allo schermo.

Rimane poi un altro quesito, forse ancora più importante, in prospettiva: siamo sicuri che questa sperimentazione cessi con l'emergenza e non lasci una pericolosa eredità? Il Governo, ossia il vero legislatore di questo momento storico, con un semplice tratto di penna potrebbe cancellare la data di scadenza del processo a distanza e renderlo una legge di riforma a regime ordinario. Il rischio è concreto e lo è ancor di più se si considera come i giudizi di impugnazione, per loro natura, si presterebbero agevolmente a trasformarsi nel processo virtuale. Il miglior terreno di coltura del processo a distanza è un giudizio d'appello in cui la relazione introduttiva è stata di fatto abrogata per desuetudine, la discussione è sempre più spesso eventuale, per responsabilità degli avvocati che si riportano ai motivi scritti nell'intento di lucrare un'indebita precedenza nel ruolo di trattazione, la collegialità è all'incirca un dogma di fede. Più l'attività processuale è rarefatta e più la smaterializzazione informatica appare agevole e indolore. Quando il giudizio d'appello perde la sua accezione di grado processuale di merito per trasformarsi in puro atto decisorio, con la complicità di buona parte del ceto forense, allora si creano i presupposti per un processo a distanza che sopravviva agli angusti limiti della norma temporanea dettata dall'emergenza.

Occorre meditare sulla singolare coincidenza di progetti di riforma che, da un lato, vorrebbero svilire il giudizio d'appello a rito monocratico e cartolare, riducendo gli spazi per il contraddittorio tanto poetico quanto argomentativo, mentre dall'altro, propongono un uso delle tecnologie in grado di trasformare le aule di giustizia nelle finestrelle di un computer. Non è difficile intravedere una pericolosa sinergia fra le proposte avanzate da un Governo sempre

5. CORDERO, *Riti e sapienza del diritto*, Roma-Bari, 1981, 762.

6. FERRUA, *Il 'giusto processo'*, Bologna, 2012, 100.

più apertamente ispirato, o condizionato, da visioni parziali della giustizia penale, nel duplice senso di limitate e di parte.

Ma non è solo il giudizio d'appello la vittima predestinata del processo a distanza. La stessa previsione distopica si può formulare per il giudizio dinanzi alla Cassazione che, in quanto giudice unico nazionale, sconta la difficoltà di formare collegi con giudici provenienti da ogni parte d'Italia. Già nel corso dell'attuale fase di sospensione, si ha notizia della formazione di collegi "romani" per tenere le udienze indifferibili, ciò in conseguenza delle limitazioni incontrate negli spostamenti dai giudici non residenti nella Capitale, con buona pace del principio di precostituzione. Queste problematiche logistiche potrebbero rappresentare la maggior spinta alla stabilizzazione del processo a distanza.

Il pericolo che la norma nata temporanea si trasformi in una riforma di carattere ordinario, anche solo dei giudizi d'impugnazione, è concreto e deve indurre ad abbandonare quanto prima una distorsione del processo nei suoi fondamentali valori costituzionali rappresentati dall'effettività del diritto di difesa, che presuppone l'altrettanto effettiva partecipazione al processo e l'insopprimibile esigenza di comunicare tempestivamente e in via riservata fra difensore e assistito, dal diritto alla prova nella sua massima espansione, dall'immediatezza nei rapporti fra le parti processuali, il giudice e le fonti di prova personali, dal contraddittorio poetico e argomentativo, fino alla collegialità delle decisioni e alla pubblicità delle udienze. In gioco c'è l'essenza stessa del rito penale che poggia su forme e garanzie impensabili senza la consistenza fisica del processo.

Accettare la vigenza per due mesi circa di una norma temporanea, ma anche di natura eccezionale rispetto ai principi del sistema processuale penale, significa rischiare ben di più che la sospensione delle garanzie costituzionali nei processi celebrati *medio tempore*.

E comunque occorre sottolineare l'irrazionalità e l'insostenibilità costituzionale della stessa norma temporanea che, quand'anche fosse destinata a rimanere tale, si presterebbe a serie censure nel necessario bilanciamento di valori fra tutte le opzioni possibili. La remotizzazione del processo, così dimezzato, non è, infatti, una scelta necessitata. Nel periodo di transizione sarebbe agevolmente praticabile, senza particolare dispendio di energie e senza richiedere atti di eroismo, la celebrazione dei processi *de praesenti* in grado di assicurare adeguati standard di sicurezza sanitaria unitamente al differimento oltre il 30 giugno 2020 della trattazione dei procedimenti postergabili specificamente individuati dalla legge.

D'altronde, non si comprende per quale ragione quasi tutte le pubbliche funzioni hanno continuato a svolgersi secondo modalità tradizionali, mentre la giustizia potrebbe proseguire solo da remoto e per via telematica, attraverso un processo reso virtuale dalla tecnologia, con innumerevoli problemi attuativi. Forse la volontà è proprio quella di cogliere l'occasione dell'emergenza pandemica per sperimentare il processo che verrà.

Capitolo X

La custodia cautelare nell'emergenza sanitaria: una legislazione confusa e illiberale

di Adolfo Scalfati

Sommario:

1. Compilatori allo sbando – 2. I detenuti in attesa di giudizio restano in carcere. – 3. Termini di custodia sospesi: una scelta irragionevole. – 4. La richiesta di trattazione: nodi problematici

1. *Compilatori allo sbando*

Dinanzi all'emergenza sanitaria, la disciplina in tema di misure cautelari è stata regolata dall'art. 83 d.l. 17 marzo 2020 n. 18, istituendo una paralisi dei termini di custodia parallela alla sospensione dell'attività giudiziaria; la previsione riguardava il periodo 9 marzo – 15 aprile 2020 ed è seguita da tre interventi legislativi che generano tortuosi percorsi di lettura.

In ordine cronologico, il primo correttivo, l'art. 38 d.l. 8 aprile 2020, n. 27, ha prorogato i tempi di sospensione giudiziaria dal 16 aprile all'11 maggio 2020, tuttavia, facendo salvi i casi in cui i termini di custodia cautelare contemplati *dall'art. 304 c.p.p. scadano nei sei mesi successivi all'11 maggio 2020*. Così scritta, la regola lasciava aperti due interrogativi: se ci si riferisse (questione già sorta sull'analoga disciplina sancita dall'art. 83, comma 3, lett. b), d.l. 17 marzo 2020, n. 18) alla scadenza dei tempi di sospensione *intermedi* o a quelli *complessivi*, entrambi stabiliti dall'art. 304 comma c.p.p.; se il *dies a quo*, al quale agganciare il computo dei termini custodiali dal quale dipende l'eccezione alla paralisi, dovesse effettivamente coincidere con l'11 maggio 2020, senza tener conto della sospensione giudiziaria iniziata già il precedente 9 marzo. La seconda modifica è avvenuta con l'art. 1 della legge di conversione (24 aprile 2020 n. 27) del d.l. 17 marzo 2020 n. 18 che, però, non ha tenuto conto della menzionata proroga temporale introdotta dall'art. 38 d.l. 8 aprile 2020 n. 27; pertanto, essendo la legge di conversione successiva al d.l. 8 aprile 2020, si potrebbe sostenere che la sospensione dell'attività giudiziaria da quest'ultimo prolungata (fino all'11 maggio 2020) venga meno a partire dalla data di efficacia della disciplina posteriore (appunto, la legge 24 aprile 2020 n. 27, entrata in vigore il 30 aprile 2020). Stesso fenomeno quanto alla non operatività della sospensione giudiziaria quando i termini massimi di custodia siano prossimi a scadere: l'art. 83 comma 3 lett. b) d.l. 17 marzo 2020 n. 18, nel testo convertito dalla legge 24 aprile 2020 n. 27, continua a stabilire che la paralisi non si realizza se *durante i tempi previsti per la sospensione maturino i termini di custodia previsti dall'art. 304 c.p.p.*; cosicché, per la successione temporale delle leggi, appare superato nuovamente il disposto dell'art. 38 dl 8 aprile 2020 n. 27 nella parte in cui neutralizza la sospensione dei tempi procedurali per le vicende in cui i termini di custodia di cui *all'art. 304 c.p.p. scadano nell'ambito dei sei mesi successivi all'11 maggio 2020*.

Infine, nel tentativo maldestro di rimediare ai vistosi difetti di coordinamento, l'art. 3 d.l. 30 aprile 2020 n. 28 comma 1 lett. a) e b) è ancora intervenuto sull'art. 83 d.l. 17 marzo 2020 n. 18 modificato dalla legge di conversione 24 aprile 2020 n. 27, non sostituendo il termine finale della paralisi giudiziaria originariamente stabilito (15 aprile 2020) ma manipolando il solo art. 83 comma 6 («*le parole 16 aprile sono sostituite dalle seguenti: 12 maggio*») laddove sancisce i compiti degli uffici giudiziari per fronteggiare l'emergenza sanitaria; la qual cosa potrebbe indurre nuovamente a pensare che dal 30 aprile 2020 (data di entrata in vigore della legge 24 aprile 2020 n. 27) la sospensione dell'attività forense non sia più attuale. Quest'ultimo intervento legislativo, in ogni caso, chiarisce finalmente che la neutralizzazione dei termini giudiziari non opera se *durante il periodo di sospensione o nei sei mesi successivi maturino i tempi complessivi di custodia contemplati dall'art. 304 comma 6 c.p.p.*, con chiaro riferimento allo scadere dei soli limiti massimi e non anche di quelli intermedi.

Insomma, quattro provvedimenti normativi influiscono sul decorso dei tempi procedurali e dei termini di custodia, manifestando con evidenza la pessima fattura normativa e il disorientamento di un legislatore destinato rincorrere i propri errori in una materia che pretende un elevato tasso di determinatezza.

2.1 detenuti in attesa di giudizio restano in carcere

Nel complesso, la manovra legislativa è sorda alle tutele fondamentali: diritto alla salute e libertà personale, quest'ultima, anche in rapporto alla presunzione di non colpevolezza.

L'art. 123 commi 1, 2 e 3 d.l. 17 marzo 2020 n. 18 (convertito con modificazioni dalla legge 24 aprile 2020 n. 27) permette, a talune condizioni, di sostituire al carcere il regime domiciliare verso chi ha un residuo pena di sei mesi (nella legge di conversione, possono diventare sette) e subordina lo stesso beneficio al monitoraggio elettronico per il condannato che deve scontare da sei mesi e un giorno a 18 mesi di carcere. Il legislatore, all'opposto, non ha previsto misure di "sffollamento" per i detenuti in attesa di giudizio e, così, l'imputato, nonostante sia garantito dalla presunzione di non colpevolezza, è trattato peggio del condannato: quest'ultimo - stante l'attuale *status* di recluso che, pertanto, non ha conseguito nemmeno misure alternative alla detenzione - può ottenere un regime meno contenitivo, pur se rivelasse una maggiore pericolosità rispetto all'imputato *in vinculis* verso il quale non è stata prevista, in funzione dell'emergenza sanitaria, alcuna misura non carceraria.

Si tratta di una scelta che lede l'eguaglianza di trattamento dinanzi al diritto alla salute, anche in un'ottica di tutela collettiva; senza dire, sul non innocuo versante pratico, che l'indirizzamento dei "braccialetti elettronici" verso i detenuti condannati sottrae risorse per il loro impiego ai bisogni cautelari, accrescendo di fatto il ricorso alla misura custodiale più grave.

Sorprende la prospettiva fortemente autoritaria concernente l'uso dello strumento processuale. L'assenza di una disciplina volta a limitare l'impiego della cautela carceraria (ricoveri in luoghi di cura o presso le REMS) - né al momento impositivo della misura, né nell'ottica di sffoltimento penitenziario per la custodia in atto - è priva di ragionevolezza laddove manca di bilanciare il grado delle esigenze cautelari con il generale rischio di contaminazione virale. Non era difficile pensare ad una soluzione di salvaguardia, dinanzi ai gravi pericoli per la salute; non mancano esempi nella disciplina codicistica dove il contenimento cautelare trova un punto di equilibrio tra la peculiare gravità del *periculum* e la tutela sanitaria.

Durante il periodo emergenziale, indipendentemente dalla sensibilità che mostrerà la magistra-

tura, la stessa adozione della misura carceraria, incluse le pre-cautele laddove presentino margini di discrezionalità, avrebbe dovuto essere disciplinata secondo un criterio di proporzionalità dinanzi all'esigenza di non accrescere rischi per la salute quale prerogativa meta-individuale.

3. *Termini di custodia sospesi: una scelta irragionevole*

All'opposto, non solo mancano soluzioni di sfooltimento carcerario, ma i provvedimenti sinora varati disciplinano la materia cautelare prescrivendo che durante il tempo di paralisi giudiziaria dovuta all'emergenza sanitaria i termini di custodia cautelare non decorrano, salvo che la difesa chieda di procedere.

Ed ecco il punto più serio: si tratta di una linea decisamente censurabile che non tiene conto dei valori in gioco.

Per meglio valutare tale profilo, occorre non trascurare il complesso della disciplina codicistica in tema di sospensione dei tempi custodiali. Questa costituisce un utile *tertium comparationis* laddove, nel contemplare quattro distinte categorie di "prolungamento" dei termini, approda a forme di contemperamento tra la durata della privazione cautelare ed *esigenze funzionali intrinseche* alla dinamica dei tempi giudiziari; lungi dal postulare automatismi, la disciplina codicistica appare differenziata in ragione di distinte *rationes*, operando talvolta sui c.d. termini di fase, talaltra anche o solo sui termini complessivi, ed è perlopiù garantita dall'intervento del giudice. Nessuna previsione, in definitiva, paralizza indiscriminatamente il decorso dei termini, per di più, in rapporto a *fattori esterni* (es., un terremoto, il crollo del palazzo di giustizia) sganciati dalla gestione delle singole vicende processuali. E così, innanzitutto, si contempla il c.d. congelamento dei termini intermedi (c.d. termini di fase) nei giorni in cui si sono tenute le udienze e di quelli impiegati per deliberare la sentenza (art. 297 comma 4 c.p.p.). Poi, è prevista la sospensione dei termini di fase e di durata massima nelle ipotesi di rinvio del dibattimento dovuto alla richiesta o alla mancanza dell'imputato o del difensore o nei casi di stesura non contestuale della motivazione in giudizio (art. 304 comma 1 lett. a), b), c) c.p.p.). Inoltre, è prescritta la sospensione dei termini anche intermedi per i giorni d'udienza e per quelli necessari a deliberare la sentenza, quando si procede per delitti di peculiare allarme sociale (art. 304 comma 2 c.p.p.). Infine, è stabilita la proroga dei termini intermedi per l'espletamento di prova peritale o nell'ipotesi di particolare complessità delle indagini preliminari (art. 305 c.p.p.).

Ferma restando, in termini assoluti, l'apprezzabilità o meno di ciascuna scelta legislativa che prolunga la custodia *ante iudicium*, nel complesso, le differenziate clausole poste al fondo della disciplina codicistica per fronteggiare il rischio di scarcerazione dovuto a decorrenza termini si spiega secondo tre macro-cause: le manovre dilatorie della difesa volte a differire la durata del giudizio; l'accertamento di delitti a gravissimo allarme sociale, secondo una logica largamente diffusa della "pluralità dei binari di trattamento", al quale sono di solito legati processi più duraturi; e, infine, la presenza di tempi oggettivamente lunghi in funzione della complessità di specifiche esigenze istruttorie.

Tornando alla normativa ai tempi del virus, l'art. 83 comma 4 d.l. n. 18 del 2020 convertito dalla l. 24 aprile 2020 n. 27, come anticipato, prevede che durante la sospensione dei termini giudiziari sia automaticamente neutralizzato anche il decorso dei tempi di custodia, sia intermedi sia di durata complessiva (art. 303 c.p.p.). Rispetto alla trama codicistica - la quale raggruppa nell'insieme clausole sospensive funzionali a necessità *differenziate intrinsecamente connesse all'accertamento giudiziale* - il dato normativo emergenziale postula una ragion d'essere (si

fa per dire) del tutto eccentrica: il prolungamento della custodia dipende dalla sospensione dell'attività giudiziaria indotta da *cause extraprocedurali* ed è *indiscriminatamente* diretto ad evitare che la maggior durata delle procedure spiani la via ad una più agevole scarcerazione per decorso dei termini. L'esigenza sanitaria, *fattore estrinseco* che ha sospinto il legislatore a disciplinare la paralisi giudiziaria, si riflette indistintamente sullo *status custodiae* e si nutre di ragioni tutt'altro che assimilabili a quelle che, secondo la legge processuale, permettono di neutralizzare i termini cautelari.

Peraltro, la sospensione assume un carattere automatico, sganciato da un intervento giudiziale che valuti se, stante il prolungamento custodiale e il rischio epidemiologico, l'esigenza cautelare possa essere fronteggiata con una misura non carceraria, secondo un rapporto di proporzione in concreto; l'assenza di ogni gradualità nella recente scelta legislativa sulla sospensione dei termini di custodia si abbatte irragionevolmente sul custodito per cause indipendenti dal suo *status* di imputato.

Sotto tale profilo, non modifica le cose la statuizione secondo la quale la paralisi dell'attività giudiziaria non opera quando l'imputato chieda che si proceda (art. 83, comma 3 lett. b) n. 2, e comma 4, d.l. n. 18 del 2020), scelta che neutralizzerebbe anche la sospensione dei termini di custodia: si tratta di regola irrispettosa delle libertà individuali perché rimette all'interessato un'opzione traumatica tra l'aumento del rischio per la salute di tutti i partecipanti – incluso il suo difensore - connesso alla prosecuzione dell'attività giudiziaria e il prolungamento della custodia qualora egli presti acquiescenza; né, al riguardo, si potrebbe obiettare che, in tali casi, il rischio è temperato dalla possibilità di partecipare agli atti da remoto, considerando che la trattazione può coinvolgere, nell'unico processo, imputati liberi o agli arresti domiciliari per i quali la partecipazione assume una veste materiale o, comunque, meno protetta.

In chiave più generali, non sfugge che la disciplina attribuisce all'imputato (e, persino al suo difensore) il diritto di regolare *in pejus* i tempi relativi alla propria libertà personale nel contesto giudiziario, mostrando di ritenere disponibile una prerogativa che la Carta fondamentale tutela con una "doppia riserva". Non si potrebbe replicare, sul punto, la incensurabilità della statuizione perché, in linea di fondo, l'individuo può scegliere di auto-limitare la propria libertà: un conto è l'opzione "privata" sull'*an*, il *quando* e il *quomodo*, altro è che si degradi a disponibile un *diritto inviolabile del contesto giudiziario*, il quale può essere compresso solo a determinate condizioni. Se non si distinguono i due profili, si potrebbe con irragionevolezza sostenere la legittimità di un'ipotetica previsione che sancisse, per esempio, la facoltà dell'imputato di recarsi in carcere volontariamente, in assenza di una misura impositiva, perché preferisce attendere lì l'esito irrevocabile del giudizio.

Un ulteriore termine di raffronto, che irrobustisce l'irragionevolezza delle regole appena introdotte in materia, è costituito dalla disciplina del periodo feriale, laddove la sospensione dei termini del procedimento non implica la paralisi dei tempi di custodia, evitando che il rinvio della trattazione, connesso a fattori estrinseci, non funzionali alle singole vicende giudiziale, ricada a svantaggio dell'imputato detenuto. Se è vero che l'emergenza sanitaria non è comparabile alle ragioni poste a base della paralisi disciplinata durante il periodo feriale, ciò non induce a ritenere legittima un'incondizionata simmetria tra il "fermo" dell'attività giudiziaria e la sospensione del tempo custodiale.

Tutto ciò dal 9 marzo all'11 maggio 2020, l'effetto sospensivo può durare circa due mesi.

Ma la disciplina si presenta persino sconcertante quando aggancia il mancato decorso dei termini custodiali, nel periodo 12 maggio - 31 luglio 2020, alle scelte adottate dai singoli apparati giudiziari nella trattazione del carico; stando all'art. 83 commi 7 e 9 d.l. n. 18 del 2020 (convertito in legge e successivamente manipolato dall'art. 3 comma 1 lett i) d.l. 30 aprile 2020 n. 28), i capi degli uffici stilano linee guida vincolanti per fissare e rinviare le udienze. Anche in

tali casi, resta sospeso il decorso dei termini intermedi e complessivi della custodia cautelare (art. 303 c.p.p.). Qui la disciplina, nella parte in cui si affida alla *soft law*, viola direttamente l'art. 13 comma 2 Cost. laddove stabilisce una riserva assoluta di legge in ordine ai casi di privazione della libertà, area nella quale rientrano anche le ipotesi di prolungamento della custodia. Insomma, sempre che l'imputato o il suo difensore non chiedano di procedere, saranno le linee guida di ciascun ufficio a prevedere, in modo intuitivamente difforme da sede a sede, quando trattare il processo e, pertanto, a stabilire quali imputati subiranno una custodia di più lunga durata.

Secondo un calcolo a spanne, l'emergenza sanitaria potrebbe determinare un prolungamento custodiale automatico di circa quattro mesi e 20 giorni. Un intervento d'illegittimità costituzionale della disciplina - che, considerati i tempi della eventuale decisione della Corte, potrebbe più facilmente riflettersi sul decorso "ora per allora" dei tempi complessivi - non sarebbe nemmeno garantito dalla riparazione per ingiusta detenzione, perlomeno secondo la disciplina attuale.

4. La richiesta di trattazione: nodi problematici

Si è già detto che la paralisi giudiziaria si neutralizza se l'imputato o il difensore chiedono di procedere, con l'effetto di inibire la sospensione dei termini di custodia. Innanzitutto, la disciplinata sospensione dell'attività forense riguarda ogni atto del procedimento, incluse le indagini preliminari; pertanto, se il diritto di presentare la domanda di "procedere" non allude solo alle udienze, ma riguarda ogni segmento procedurale, l'immunità dalla sospensione dei termini può essere fatta valere a partire dalla data di entrata in vigore della disciplina. Detto in altri termini, il decorso dei termini custodiali sono paralizzati fin quando il diritto a chiedere la trattazione non venga esercitato, circostanza temporale che non coincide necessariamente con la realizzazione di un atto o di un'udienza.

La richiesta di procedere dev'essere "espressa": non valgono formule generiche e sono rischiose quelle equipollenti o sostitutive, come potrebbe essere la semplice domanda dell'imputato di partecipare ad un atto tramite collegamento da remoto.

Se la sospensione dei termini custodiali cessa con la domanda di procedere, si deve ritenere che il *dies a quo* coincida con il momento in cui l'atto di parte perviene all'ufficio giudiziario, aspetto che, per i detenuti in carcere e per i custoditi presso il domicilio, rispettivamente, corrisponde alla data della presentazione presso l'ufficio penitenziario o agli organi di polizia giudiziaria (art. 123 c.p.p.). La volontà di procedere, una volta manifestata, non richiede ulteriori conferme dinanzi ad atti successivi a quelli per i quali è stata espressa. Non essendo immutabile per legge, niente, invece, impedisce che, una volta proposta, la richiesta di procedere sia successivamente revocata, facendo salvi gli atti già compiuti e i termini decorsi fino al *contrarius actus*.

Passando ad altro fronte, non sono trascurabili taluni provvedimenti emanati dai responsabili degli uffici giudiziaria, laddove stabiliscono che, per ragioni organizzative, la richiesta di trattazione delle udienze deve pervenire, per essere accolta, con congruo anticipo. Per quanto non sia innocuo subordinare il diritto di procedere dell'imputato ad un termine non stabilito dalla legge, sarebbe contrario ai principi della Carta fondamentale (artt. 13 comma 2 e 111 comma 2 Cost.) sostenere che la richiesta pervenuta oltre i termini sanciti da un ordine amministrativo resti priva di effetti anche sul terreno dei tempi cautelari.

E ancora, non è semplice sciogliere il nodo relativo all'effetto sui coimputati della richiesta di trattazione proveniente solo da alcuni di essi. Determinando implicazioni sulla libertà personale – profilo non disponibile ad opera di terzi - la domanda di procedere dovrebbe comportare la paralisi del decorso dei termini custodiali solo verso chi la propone. Tale soluzione è legata alla scelta di consentire il proseguimento dell'attività giudiziaria solo nei confronti di chi lo abbia richiesto: nell'ipotesi di procedimenti plurisoggettivi, non è pensabile che la prosecuzione avvenga anche verso chi, per motivi connessi al rischio sanitario, non presenti alcuna richiesta. Del resto, il diritto alla salute, di rango primario, non può essere compromesso da esigenze di funzionalità che indurrebbero alla trattazione congiunta del procedimento.

Interrogativi distinti pone la richiesta che, in alternativa all'imputato, può essere avanzata dal difensore, anche d'ufficio. Il primo punto riguarda l'ipotesi del professionista che non si attiva, senza un previo concerto con l'assistito; l'inerzia potrebbe generare la pretesa risarcitoria qualora l'imputato accampasse di non essere stato adeguatamente informato circa gli effetti della mancata richiesta, circostanza che induce prudenzialmente ad un'intesa scritta. Inoltre, all'opposto, la domanda di procedere avanzata dal difensore potrebbe diventare inefficace se il custodito manifestasse una volontà susseguente.

Più delicato è il quesito sulla permanenza dell'obbligo difensivo del professionista d'ufficio quando l'imputato avanzi la richiesta di procedere; è difficile dire se il rischio di contaminazione virale connesso all'attività forense legittimi un diniego del ruolo (la domanda, in realtà, si potrebbe estendere al caso di qualunque altra persona chiamata a svolgere la funzione giudiziaria, innestando un tema del tutto nuovo sul piano di un inedito bilanciamento degli interessi in campo). La risposta, perlomeno sulla base dell'attuale disciplina processuale, appare negativa. Il professionista affidatario del *munus* d'ufficio, considerata la sua dimensione schiettamente pubblicistica, può essere sostituito solo per giustificato motivo (art. 97 comma 5 c.p.p.), previsione che allude a ragioni specifiche riferibili al singolo avvocato, ma non anche a cause astrattamente in grado di giustificare il diniego professionale da parte dell'intera categoria com'è, appunto, il rischio del contagio; naturalmente, diverso è il caso del singolo professionista affetto da patologie che aumentino il pericolo di ammalarsi, dove potrebbe concretamente ricorrere il "giustificato motivo" della sostituzione.

Da ultimo, spicca la regola secondo cui, nelle vicende dinanzi alla corte di cassazione, la richiesta di procedere può essere avanzata solo da parte del difensore e non autonomamente dall'imputato (art. 83 comma 3 *bis* d.l. 17 marzo 2020 n. 18, aggiunto dalla legge di conversione); peraltro, è inibito l'esercizio della facoltà da parte di un professionista non abilitato, perlomeno così sembra doversi tradurre la scelta di legittimare «il difensore che (...) rappresenta [l'imputato] dinanzi alla Corte». Si tratta di un omaggio alla magistratura superiore che risponde alle esigenze manifestate dai vertici dell'ufficio giudiziario. Tuttavia, se può capirsi la *ratio* di affidare l'iniziativa di stimolare la procedura all'unico soggetto che assume la veste di partecipante difensivo nel giudizio di legittimità - non avendo l'imputato un autonomo *jus postulandi* (art. 613 commi 1 e 2 c.p.p.) - il precludere il diritto al custodito non si giustifica dinanzi agli effetti sul decorso dei tempi di custodia che produce la mancata richiesta. All'imputato – colui che subisce il prolungamento cautelare dovuto alla sospensione dei termini – è sottratta la facoltà di evitare la più estesa privazione *de libertate* attraverso una disciplina che, pertanto, si presenta in serio attrito con l'eguaglianza di trattamento.

Capitolo XI

Carcere e coronavirus: intorno a ciò che emerge dall'emergenza

di Stefania Carnevale

Sommario:

1. Meritare la vita: la situazione delle carceri fra percezioni distorte e ossessioni giustizialiste. – 2. La vacuità della nuova ipotesi di detenzione domiciliare e il soccorso delle misure esistenti. – 3. La sospensione dei caratteri costituzionali della pena e i rimedi per la “fase due” del carcere.

1. Meritare la vita: la situazione delle carceri fra percezioni distorte e ossessioni giustizialiste.

Il termine «emergenza» evoca anche ciò che emerge, ciò che viene alla luce ed è reso manifesto. In questi mesi l'emergenza epidemica ha lasciato emergere con drammatica nitidezza la realtà carceraria, le sue carenze profonde, i suoi difetti strutturali, i molti nodi insoluti che la inquinano.

Improvvisamente il sovraffollamento, la mancanza di spazi, la conseguente impraticabilità del distanziamento sociale richiesto alla generalità dei consociati, insieme alla povertà di risorse, alla cronica assenza di detersivi e detergenti, al sempre difficoltoso reperimento di indumenti di ricambio, sino all'impossibilità di apprestare cure adeguate all'interno dei penitenziari sono assurte a questioni di rilevanza pubblica, in grado di toccare e coinvolgere l'intero consorzio civile per i rischi che simile miscela porta con sé.

Al contempo, è affiorata la convinzione, diffusa in larghi settori dell'opinione pubblica e del mondo politico, che la vita e la salute vadano *meritate*, ossia che non spettino a ciascun uomo in quanto tale e a prescindere dai suoi comportamenti, ma siano sempre e comunque da soppesare sulla bilancia della giustizia.

A fronte dell'inaspettata e deflagrante propagazione dell'epidemia l'adozione di provvedimenti clemenziali sarebbe stata invero pienamente giustificata¹. Si poteva legittimamente, sensatamente, opportunamente imboccare questa via, prevista dalla Carta fondamentale, disciplinata dalla legge penale e processuale e perciò parte integrante, e nobile, del nostro ordinamento costituzionale. Ma il solo richiamare concetti come clemenza e grazia è diventato da tempo scandaloso², quasi immorale, persino al cospetto di una pandemia epocale, pure a fronte dell'impellenza di salvare vite umane e finanche ipotizzando come beneficiari condannati con un residuo di pena brevissimo e perciò destinati a un imminente rientro nel mondo libero³. In Italia *grazia* e *giustizia* sono un binomio spezzato da oramai trent'anni, stagione contrassegnata da pervicaci ossessioni punitive⁴ e nel corso della quale il secondo termine ha

1. Seppure complicata non solo per l'elevata maggioranza richiesta dall'art. 79 Cost., ma anche per la difficoltà di riunire un tale numero di parlamentari in questo particolare frangente. Così A. PUGIOTTO, *La bomba carceraria e i suoi artificieri*, in *Diritto virale. Scenari e interpretazioni delle norme per l'emergenza Covid-19*, vol. I, 4, in www.giuri.unife.it/coronavirus/diritto-virale, che suggerisce comunque l'adozione di provvedimenti di grazia presidenziale cumulativa. La soluzione è proposta anche in ID., *Il virus nel carcere e le grazie del Quirinale*, *ibidem*, 59 s.

2. Se ne rammarica R. DE VITO, *Il vecchio carcere ai tempi del nuovo colera*, in *Quest. giust.*, 11 marzo 2020. La questione è analizzata da diverse prospettive in AA.VV., *Costituzione e clemenza. Per un rinnovato statuto di amnistia e indulto*, a cura di S. ANASTASIA - F. CORLEONE - A. PUGIOTTO, Ediesse, 2018.

3. Che da sempre rappresentano una fetta rilevante della popolazione penitenziaria: il 31 dicembre 2019 su 41.531 detenuti definitivi, ben 8.682 (il 20,9%) dovevano scontare un residuo di pena inferiore a un anno. Il 40,5% dei condannati in via definitiva (16.828) sarebbe tornato in libertà entro i due anni.

4. Fra i molti, v. F. SGUBBI, *Il diritto penale totale. Punire senza legge, senza verità, senza colpa. Venti tesi*, il Mulino, 2019; E. AMODIO, *A furor di popolo*, Donzelli, 2019; S. ANASTASIA - M. ANSELMINI - D. FALCINELLI, *Populismo penale: una prospettiva italiana*, CEDAM, 2020. La tendenza non è solo nostrana: v. per tutti, D. FASSIN, *Punire. Una passione contemporanea*, Feltrinelli, 2018.

totalmente fagocitato il primo⁵, sino a renderlo parola impronunciabile nel dibattito pubblico e orizzonte chiuso al discorso politico.

La soluzione più indicata non è perciò mai stata presa nemmeno in considerazione. Ci si è invece mossi, da subito, nel solo solco della giustizia, ossia delle procedure singolari, delle valutazioni individualizzate, dei pronunciamenti caso per caso della magistratura, su cui si è - di fatto - integralmente addossato il difficile compito di rendere, in tempi rapidi, le carceri luoghi compatibili con l'emergenza. In un momento del tutto straordinario, si è fatto assegnamento sugli ordinari strumenti disponibili e su coloro che sono chiamati ad applicarli avendo a disposizione risorse da sempre sottodimensionate rispetto ai traboccanti fabbisogni. Governo e Parlamento non hanno assunto alcuna responsabilità nei confronti delle decine di migliaia di persone totalmente sottoposte al potere statale e compresse in spazi inadeguati nemmeno alla consueta quotidianità detentiva. Alla magistratura, di cognizione e di sorveglianza, si è conferito il tacito mandato di sopperire – e velocemente – agli endemici deficit del sistema carcerario e di contenere un relevantissimo rischio per la salute pubblica⁶.

Che in gioco vi sia la salute pubblica non è, per vero, stato colto da tutti. Circola infatti la rassicurante descrizione del mondo penitenziario come luogo più sicuro dove soggiornare in questi difficili giorni, perché chiuso, riposto, isolato, serrato. Si tratta nondimeno di un'immagine illusoria, tanto fantasiosa quanto pericolosa da coltivare⁷.

Chiuso, dal punto di vista della società esterna, il carcere lo è stato subito: tutte le attività intramurarie diverse dai servizi di istituto e tutti i colloqui *de visu* sono stati immediatamente interrotti, in alcune regioni già dal 26 di febbraio⁸ e per tutti gli istituti italiani dai primi di marzo⁹. Simile repentino e comprensibile arroccamento non impedisce tuttavia a decine di migliaia di persone di entrare e uscire quotidianamente dagli stabilimenti penitenziari. Le carceri, improvvidamente dipinte come microcosmi impermeabili all'esterno, sono invece sedi di lavoro per una composita moltitudine di operatori che condividono con chi risiede nei reparti detentivi spazi angusti, non areati, in condizioni igieniche spesso carenti e tali da determinare fra chi subisce la pena e chi ne sorveglia l'esecuzione condizioni di pronunciata promiscuità. Si tratta in massima parte di personale di polizia, che sovente si trova a sua volta a vivere "accasermato" e, per la natura stessa delle mansioni svolte, difficilmente può mantenere le distanze raccomandate per scongiurare contagi¹⁰. In percentuale più ridotta ma significativa si avvicinano negli istituti detentivi educatori, personale amministrativo e sanitario, quest'ultimo spesso non impegnato in carcere in via esclusiva e perciò possibile veicolo di infezioni, come accaduto in molte altre comunità chiuse.

Mentre la maggior parte delle persone durante il *lockdown* si è trovata ad avere contatti una-

5. Sulla questione si veda, volendo, S. CARNEVALE, *Della Grazia e della Giustizia: riflessioni sulla rottura (simbolica, lessicale e giuridica) di una diade*, in *Costituzione e clemenza collettiva. Per un rinnovato statuto dei provvedimenti di amnistia e indulto*, cit., 91 ss.

6. Si veda a riguardo il documento del Procuratore generale presso la Corte di Cassazione del 1° aprile 2020, che suggerisce possibili linee di intervento per sgravare la situazione delle carceri, reperibile in *Sist. pen.*, 3 aprile 2020 (*Il ruolo del pubblico ministero nella riduzione delle presenze in carcere durante l'emergenza coronavirus: un documento della Procura Generale della Cassazione*).

7. Come immediatamente evidenziato dalle linee guida emanate dall'Organizzazione mondiale della sanità il 15 marzo 2020 per la prevenzione e il controllo del contagio nelle carceri e negli altri luoghi di detenzione (*Preparedness, prevention and control of COVID-19 in prisons and other places of detention. Interim guidance, 15 March 2020*), dove si evidenzia in premessa che le persone private della libertà sono potenzialmente più vulnerabili alla malattia da coronavirus rispetto al resto della popolazione per via della situazione di confinamento prolungato in cui si trovano. Il documento sottolinea come le strutture penitenziarie e i luoghi affini, in cui ci si trova raggruppati a stretto contatto, possano diventare centri di infezione, amplificazione e diffusione di malattie infettive sia all'interno che all'esterno del loro perimetro.

8. Una nota del Capo del Dipartimento dell'amministrazione penitenziaria (nota del 26 febbraio 2020 n. 0067298, *Indicazioni specifiche per la prevenzione del contagio da Coronavirus*), recepita dai Provveditorati regionali delle zone più colpite dal virus, ha imposto la sospensione dei colloqui di persona e delle attività coinvolgenti la comunità esterna.

9. Il d.l. 8 marzo 2020, n. 11 ha stabilito l'interruzione di tutti i colloqui in presenza, da sostituire per quanto possibile con videochiamate (art. 2 comma 8). Al contempo, si è concessa la possibilità di incrementare il numero delle telefonate oltre i limiti di una alla settimana ordinariamente previsti dall'art. 39 reg. penit. Alla magistratura di sorveglianza si è dato il potere di sospendere, sino al 31 maggio 2020, la concessione dei permessi premio e della semilibertà, ossia delle misure che comportano l'uscita e il reingresso in carcere e dunque la possibilità di veicolare l'entrata del virus. Sulla moltitudine dei provvedimenti emanati successivamente dal governo e dall'amministrazione penitenziaria, v. A. LORENZETTI, *Il carcere ai tempi dell'emergenza Covid-19*, in *Osservatorio AIC*, 2020, n. 3, 49 ss.

10. Come rimarcato dal Comitato europeo di prevenzione della tortura (CPT) nel documento emanato il 20 marzo 2020 (*Statement of principles relating to the treatment of persons deprived of their liberty in the context of the coronavirus disease COVID-19 pandemic*), occorre intraprendere ogni possibile azione per proteggere la salute e la sicurezza delle persone private della libertà, nella consapevolezza che simili interventi contribuiscono anche a preservare la salute e la sicurezza del personale.

ni sporadici e rarefatti, limitati alla stretta cerchia dei conviventi, la brulicante quotidianità carceraria non può prescindere da interazioni continue¹¹. Basti pensare alla condivisione dei locali doccia, degli spazi (e degli apparecchi) per le telefonate, alla giornaliera distribuzione dei pasti, della posta, dei beni acquistati al sopravvitto e ancora al divieto di tenere medicinali in cella, che impone sistematici passaggi in infermeria e distribuzioni ripetute delle terapie, oltre alla generale esigenza di rivolgersi continuamente al personale per attendere ai più banali bisogni di vita. Persino nelle sezioni dove le normali regole di trattamento sono sospese ex 41 bis ord. penit. i detenuti, benché completamente isolati dall'esterno, sperimentano un contatto particolarmente stretto con la polizia penitenziaria, tenuta a reiterate perquisizioni personali e degli ambienti, oltre a continui passaggi di oggetti, dato che quasi ogni strumento necessario alle occorrenze quotidiane viene custodito fuori dalle camere. Accade così che i corpi e le cose risultino maneggiati anche più di quanto avvenga nelle sezioni comuni.

Fatta eccezione per i grandi ospedali, non si danno insomma nelle nostre città altri luoghi dove permanga a stretto contatto e per periodi tanto prolungati una così grande folla di persone, molte delle quali, muovendosi anche all'esterno, in grado di diventare vettori inconsapevoli dell'infezione. Centinaia sono infatti i contagi che si registrano fra il personale e i detenuti, a cui è da aggiungere un numero ancor più cospicuo di persone ristrette tenute in isolamento all'interno degli istituti per ragioni sanitarie legate alla pandemia¹².

Il principale scopo delle invocate misure deflattive¹³, anch'esso rimasto in ombra e frainteso, è perciò non solo o non tanto creare condizioni di minimo distanziamento umano nelle sezioni, bensì ricavare gli spazi indispensabili per praticare separazioni cautelative (per i nuovi ingressi, le persone trasferite da altri istituti, per coloro che abbiano avuto contatti con chi abbia contratto il virus, per i sintomatici di cui si attende l'esito dei tamponi) e isolamenti sanitari (per i positivi che non necessitino di ricovero). Senza il tempestivo intervento della magistratura, di cognizione e sorveglianza, che ha adottato dove possibile misure extracarcerarie, sarebbe risultato impossibile trovare reparti destinabili a questi scopi¹⁴. Le aree faticosamente individuate restano comunque insufficienti e spesso inadeguate, se si pensa ad esempio a come le docce all'interno delle camere di pernottamento rappresentino una assoluta eccezione.

I provvedimenti volti a calmierare le presenze in carcere vanno pertanto collocati in questo complicato e drammatico quadro, in cui la decisione sul singolo finisce per andare a beneficio non soltanto del diretto destinatario, ma anche degli altri detenuti, del personale operante negli istituti e della collettività intera, perché estesi focolai penitenziari graverebbero in modo insostenibile sulla sanità pubblica. L'attuale situazione si connota così per una spiccata singolarità: la misura individualmente applicata è suscettibile di acquistare una inedita efficacia *erga omnes*, ancor più percepibile rispetto ai tempi dell'emergenza sovraffollamento, perché in quegli *omnes* è da ricomprendere la generalità dei consociati. La pandemia ha legato a doppio filo le nostre sorti, giacché le risorse limitate e il sistema sanitario allo stremo fanno sì che il destino dei detenuti si ripercuota su quello collettivo.

11. Vivide descrizioni della realtà carceraria si trovano in R. DE VITO, *Il vecchio carcere ai tempi del nuovo colera*, cit.; M. BRUCALE, *Coronavirus. Rivolte in carcere: dalla violenza, la violenza*, in *Giur. pen. web*, 2020, n. 3 e in L. MANCONI, *Carceri, il coraggio che non c'è*, in *La Repubblica*, 19 marzo 2020.

12. Alla data del 30 aprile 2020, risultavano 250 casi di positività fra il personale a diverso titolo operante negli istituti penitenziari e 150 casi nella popolazione detenuta. Gli unici dati disponibili sono forniti dai bollettini del Garante nazionale dei diritti delle persone detenute o private della libertà, reperibili in <http://www.garantenazionaleprivatiliberta.it/gnpl/it/covid19.page>.

13. Invocate dal Comitato europeo per la prevenzione della tortura nel documento del 20 marzo 2020 (v. *supra* nota 10), dove si sollecitano sforzi concertati da parte di tutte le autorità responsabili per ricorrere a misure alternative alla detenzione, approccio ritenuto «imperativo, in particolare, in situazioni di sovraffollamento» (principio n. 5); dal Commissario per i diritti umani del Consiglio d'Europa nel suo documento del 6 aprile 2020 (*COVID-19 pandemic: urgent steps are needed to protect the rights of prisoners in Europe*, in <https://www.coe.int/en/web/commissioner>), che ha invitato al più ampio ricorso a misure alternative per alleggerire l'affollamento delle carceri; dai Tribunali di Sorveglianza di Milano e Brescia nella loro segnalazione al Ministro della Giustizia, dove si chiedono provvedimenti normativi di immediata applicazione, che non richiedano il vaglio della magistratura (reperibile in *Giur. pen. web*, 22 marzo 2020); dalla Conferenza dei Garanti territoriali delle persone private della libertà nell'appello del 30 marzo 2020, riportato da numerose testate giornalistiche, dove pure si insiste per l'adozione di misure «di pressoché automatica applicazione, in grado di portare nel giro di pochi giorni la popolazione detenuta sotto la soglia della capienza regolamentare effettivamente disponibile».

14. Il 29 febbraio 2020 erano presenti nelle carceri 61.230 detenuti, a fronte di una capienza regolamentare di meno di 50.000 posti, mentre al 26 aprile 2020 risultano ristrette 53.658 persone, con un decremento di 7.572 unità (il 12%). I dati sono ancora tratti dai bollettini del Garante nazionale delle persone detenute o private della libertà.

2. La vacuità della nuova ipotesi di detenzione domiciliare e il soccorso delle misure esistenti.

Eppure, il solo strumento varato nell'intento di far scemare le presenze in carcere¹⁵ appare estremamente povero e limitato¹⁶. Anzitutto perché si rivolge ai soli detenuti definitivi, dimenticando quel terzo della popolazione penitenziaria rappresentato dagli imputati in custodia cautelare¹⁷. Ma anche perché sono tanti e tali i limiti apposti al suo concreto funzionamento da rendere la soluzione un involucro vuoto e vano.

Il governo si è affidato alla stessa misura deflattiva forgiata nel corso dell'emergenza sovraffollamento, l'esecuzione della pena presso il domicilio per le pene entro i diciotto mesi¹⁸, da cui si è tratta una nuova costola, piccola e sghemba. La variante, che accosta la misura originaria¹⁹, si caratterizza per ulteriori semplificazioni procedurali, che dovrebbero velocizzare un rito già di per sé molto snello. Ma si connota altresì per un maggior numero di preclusioni e per l'obbligo di ricorrere alla sorveglianza elettronica in tutti i casi in cui il fine pena superi la soglia dei sei mesi²⁰.

I vantaggi del nuovo strumento sono perciò solo procedurali. La competenza resta monocratica, il rito è *de plano*, ma si assottiglia il materiale probatorio su cui il giudice è chiamato a decidere. Può infatti essere omessa la relazione sul comportamento del condannato e con essa il vaglio sul pericolo di fuga e recidiva, sostituito da un più indeterminato scrutinio sulla «mancanza di gravi motivi ostativi alla concessione»: formula oscura, ma che vorrebbe indicare una regola di giudizio facilitata e un onere motivazionale alleggerito²¹. La certificazione sull'idoneità del domicilio, che è requisito-chiave per la concessione della misura, è poi affidata alla polizia penitenziaria il cui ausilio può ulteriormente velocizzare l'accertamento.

Questa maggiore rapidità d'intervento è però del tutto offuscata e vanificata dal lievitare delle preclusioni e dall'obbligo di braccialetto elettronico, requisiti che assottigliano drammaticamente la rosa dei possibili fruitori.

La legge in questo caso, diversamente da quanto prevede il codice di rito, non schiude a un vaglio giudiziale sulla necessità del controllo elettronico, in relazione alla natura e al grado dei rischi prospettabili nel caso concreto (art. 275-*bis*, comma 1, c.p.p.). È questa una clausola che avrebbe potuto proficuamente essere trapiantata in sede esecutiva, dove invece non è lasciato al magistrato di sorveglianza alcun margine di apprezzamento della pericolosità ai fini dell'applicazione del supplemento di sorveglianza, poiché manca la relazione sul punto. Gli spazi valutativi concessi al giudice possono sfociare solo in un diniego della misura, per le ricordate gravi ragioni ostative; laddove non possono essere ravvisati motivi per giudicare il condannato controllabile solo con l'occhio umano e per concedere perciò la detenzione domestica anche in caso di mancanza di dispositivi elettronici. Si tratta di una sfasatura nei poteri cognitivi che contraddice la *ratio* deflattiva della misura.

Il presupposto tacito della scelta normativa è che i controlli di polizia siano per forza carenti.

15. Art. 123 del d.l. 17 marzo 2020, n. 18, (conv. in l. 24 aprile 2020, n. 27) recante «disposizioni in materia di detenzione domiciliare». Gli è affiancato l'art. 124, che prevede la possibilità di estendere fino al 30 giugno 2020 le licenze premio concesse ai condannati in regime di semilibertà, anche in deroga agli ordinari limiti temporali massimi, così da consentire una permanenza presso il domicilio durante il *lockdown*. Da sempre piuttosto esigua è tuttavia la percentuale dei condannanti ammessi a quest'ultima misura (1.028 il 31 dicembre 2019).

16. Strumento caratterizzato da «assoluta inadeguatezza» per G. GIOSTRA, *Gli effetti della pandemia di Covid-19 sulla realtà dei penitenziari e le soluzioni possibili*, in *L'Avvenire*, 21 marzo 2020 e in *Sist. pen.*, 22 marzo 2020.

17. Il 29 febbraio 2020 su 61.230 detenuti, 18.952 (il 31%) erano privati della libertà a titolo di custodia cautelare. L'indifferenza mostrata verso questa fetta così rilevante delle persone ristrette in carcere ha sollevato le critiche dell'Associazione fra gli studiosi del processo penale "G. Pisapia" nei documenti varati dal Direttivo il 30 marzo 2020 (v. *Documento dell'Associazione tra gli Studiosi del Processo penale: Emergenza COVID-19 e custodia in carcere: perplessità e proposte, anche in vista della conversione del d.l. n. 18/2020*, in *Sist. pen.*, 2 aprile 2020) e il 13 aprile 2020 (v. *Le osservazioni dell'Associazione tra gli Studiosi del Processo Penale "G.D. Pisapia" sulle disposizioni eccezionali per la giustizia penale nell'emergenza COVID-19*, *ivi*, 14 aprile 2020).

18. L. 26 novembre 2010, n. 199, modificata dalla l. 17 febbraio 2012, n. 9. La misura, concepita come temporanea, è stata stabilizzata dalla l. 21 febbraio 2014, n. 10.

19. F. GIANFILIPPI, *Le disposizioni emergenziali del DL 17 marzo 2020 n. 18 per contenere il rischio di diffusione dell'epidemia di COVID19 nel contesto penitenziario*, in *Giustizia insieme*, 18 marzo 2020; M. PASSIONE, *"Cura Italia" e carcere: prime osservazioni sulle (poche) risposte all'emergenza*, in *Questione giustizia*, 19 marzo 2020.

20. Condizione che ha sollevato critiche unanime. Per tutti, v. E. DOLCINI - G.L. GATTA, *Carcere, coronavirus, decreto "cura Italia": a mali estremi, timidi rimedi*, in *Sist. pen.*, 20 marzo 2020, che prospettano dubbi di illegittimità costituzionale legati a questo limite. In sede di conversione, la l. 27/2020 ha adottato un lieve correttivo, che non sposta i termini della questione: vi si prevede che «nel caso in cui la pena residua non superi di trenta giorni la pena per la quale è imposta l'applicazione delle procedure di controllo mediante mezzi elettronici o altri strumenti tecnici, questi non sono attivati».

21. Per F. GIANFILIPPI, *Le disposizioni emergenziali del DL 17 marzo 2020 n. 18 per contenere il rischio di diffusione dell'epidemia di COVID19 nel contesto penitenziario*, cit., dovrebbe trattarsi di «accertamento minimale, da compiersi allo stato degli atti, che ad esempio potrebbe riguardare la contemporanea sussistenza di provvedimenti cautelari».

È dunque una disciplina che muove da un assunto di inefficienza e povertà di risorse, dato per scontato, addirittura eretto a presupposto degli stessi testi di legge, che finiscono per non incarnare più un *dover essere*, ma dare atto di uno sgangherato *essere*. Se ne trova conferma anche nell'espresso riferimento alla progressiva, futuribile fornitura delle apparecchiature elettroniche²², da sempre introvabili.

In questo quadro desolante, la magistratura di sorveglianza ha dribblato l'ostacolo continuando ad applicare la precedente versione dell'esecuzione della pena presso il domicilio, che non richiede l'obbligatoria vigilanza elettronica, anche talvolta sovrapponendo e mescolando il vecchio strumento e il nuovo, con una combinazione utile all'alleggerimento della popolazione penitenziaria²³.

Il *novum* è in effetti fortemente indebolito dallo sconsiderato accumulo di preclusioni, che tagliano fuori già in astratto un alto numero di possibili beneficiari. Oltre alle liste di reati ostativi, che sono state ingrossate²⁴, compare una inedita esclusione legata ai procedimenti disciplinari subiti, o anche solo avviati: chi ha patito sanzioni per alcune infrazioni gravi intercorse nell'ultimo anno non può accedere allo strumento di nuovo conio. È poi sufficiente un mero rapporto disciplinare che prospetti il coinvolgimento nelle rivolte di marzo, senza nemmeno che il rito si sia instaurato, per impedire la fruizione della misura.

Al di là dell'ovvia *ratio*, è la prima volta che la legge conferisce una esplicita efficacia preclusiva alle vicende disciplinari. Con l'inedito effetto – per una decisione dell'autorità amministrativa, quasi mai reclamata – di vincolare la magistratura di sorveglianza, impedendone in radice il vaglio.

La soluzione comporta problematici rapporti con i procedimenti penali in vista della cui celebrazione il giudizio disciplinare potrebbe essere stato sospeso (art. 79 reg. penit.). Gli illeciti considerati dalla legge, difatti, hanno tutti una doppia rilevanza trattandosi di condotte sanzionabili come reato e infrazioni punibili nel contesto penitenziario²⁵. La sospensione, in taluni casi, è infatti comprensibilmente scattata, dato che le rivolte sono fenomeni di ardua ricostruzione sotto il profilo delle effettive e personali responsabilità. Ne deriva un groviglio di pregiudizialità: il procedimento penale vincola quello disciplinare, ma basta il mero rapporto a bloccare il magistrato di sorveglianza. La soluzione stride con il diritto di difesa, che in ambito penitenziario difetta di una sede dove poter essere esercitato prima del prodursi delle conseguenze negative in termini di accesso alla libertà; e con la presunzione di innocenza, poiché la legge tratta come colpevoli delle sollevazioni di marzo persone la cui effettiva partecipazione ai disordini non è stata ancora accertata. Si possono certo proporre letture correttive della nuova preclusione, almeno dando per scontato che se il consiglio di disciplina, ad accertamento compiuto, non deliberasse alcuna sanzione, l'istanza di accesso all'esecuzione esterna del detenuto non potrebbe essere dichiarata inammissibile²⁶. E tuttavia, nel caso inverso in cui l'organo ritenesse integrata l'infrazione disciplinare, i tempi del reclamo e delle eventuali successive impugnazioni continuerebbero a inibire l'applicazione di una misura concepita per essere disposta in via tempestiva e per ragioni di salute pubblica. Analogo impedimento, per periodi ancor più prolungati, giungerebbe dal protrarsi del giudizio penale nelle ipotesi di sospensione di quello disciplinare.

L'emergenza ha così portato allo scoperto il peso, assai consistente, di un rito scarno, som-

22. Art. 123, comma 5, d.l. 18/2020.

23. Per una panoramica delle decisioni adottate, e dei criteri accolti, v. A. DELLA BELLA, *La magistratura di sorveglianza di fronte al COVID: una rassegna dei provvedimenti adottati per la gestione dell'emergenza sanitaria*, in *Sist. pen.*, 29 aprile 2020.

24. Si aggiungono, alle già molte fattispecie previste dalla misura originaria, le condanne per maltrattamenti in famiglia e atti persecutori.

25. L'art. 123, comma 1, lett. d, d.l. 18/2020 considera in particolare, rinviando ad alcune infrazioni previste dall'art. 77 reg. penit., la promozione di disordini e sommosse, la partecipazione a simili eventi, l'evasione e altri fatti previsti dalla legge come reato, commessi in danno di compagni, di operatori penitenziari o di visitatori.

26. C. MINNELLA, *Coronavirus ed emergenza carceri*, in *Dir. pen. uomo*, 2020, n. 4, 199 s.

mario, poverissimo di controlli, spoglio di garanzie, eppure di assai comune insaturazione nel contesto carcerario e in grado di marciare fortemente il percorso di reinserimento sociale dei detenuti. Le sanzioni irrogate, difatti, giocano un ruolo, spesso determinante, nei giudizi di concessione di misure alternative o permessi. Il venire alla luce, nel testo normativo, di una realtà evidente nella prassi applicativa ha almeno il pregio di ridestare l'attenzione su questa porzione troppo trascurata della legislazione penitenziaria, che tende a restare nascosta allo sguardo degli interpreti e dovrebbe invece essere maggiormente sorvegliata.

Le preclusioni legate ai procedimenti disciplinari non vigono, di nuovo, per la misura ordinaria e possono pertanto essere schivate, almeno in astratto, grazie all'applicazione della matrice primigenia dell'esecuzione presso il domicilio. Anche questa, va ricordato, era stata configurata dalla legge come un quasi-automatismo per essere poi progressivamente assimilata dalla giurisprudenza alle altre misure alternative, mediante progressivi incrementi del tasso di discrezionalità esercitata in sede di concessione²⁷. L'emergenza ha indotto a recuperarne la natura originaria, così come è accaduto per gli altri strumenti di espiazione extramuraria, che sono apparsi tutti vivificati dalle decisioni rese dalla magistratura di sorveglianza all'affacciarsi dell'epidemia²⁸. Ci si trova così al cospetto di un'ennesima emersione: le norme già in vigore, se fossero applicate nel pieno delle loro potenzialità, e interpretate alla luce dei parametri costituzionali e convenzionali, sarebbero sufficienti a deflazionare le presenze in carcere e a rendere il sistema più vivibile.

Di certo il rischio epidemico è entrato – inevitabilmente – fra gli ingredienti dotati di spiccata rilevanza nelle argomentazioni delle ordinanze concessive di misure alternative. In particolare, e non potrebbe essere altrimenti, in quelle riguardanti gli strumenti umanitari²⁹. Le scarcerazioni in questo caso puntano a tutelare il singolo, ossia il gravemente malato, colui che rischia la vita in caso di contagio³⁰. Ed è singolare che sia solo grazie all'armamentario pre-bellico del codice del 1930 (artt. 146 e 147 c.p.), ovvero ad istituti risalenti, di epoca autoritaria, modernizzati dalla detenzione domiciliare in surroga (art. 47 *ter*, comma 1 *ter*, ord. penit.), che si sia potuto salvaguardare l'umanità della pena e tutelare il diritto primario alla salute e alla vita. La magistratura di sorveglianza ha utilizzato questi arnesi secondo le chiare coordinate della giurisprudenza europea e di legittimità, già cristallizzate da tempo, ma tante volte pretermesse dalle decisioni di merito e dalle relazioni peritali sui cui esse si fondano. Secondo queste direttrici, le condizioni di pericolo per la salute o per la vita non vanno valutate guardando soltanto ai parametri medici, ma anche alle condizioni ambientali in cui il malato si trova a vivere, alla loro specifica idoneità e alle effettive, concrete possibilità di cura³¹.

Anche in questo caso, le misure adottate hanno in verità assunto una dimensione collettiva. L'emergenza, ancora una volta, ha fatto emergere un fenomeno ampio e largamente sottovalutato.

27. V. ancora F. GIANFILIPPI, *Le disposizioni emergenziali del DL 17 marzo 2020 n. 18 per contenere il rischio di diffusione dell'epidemia di COVID19 nel contesto penitenziario*, cit.; C. MINNELLA, *Coronavirus ed emergenza carceri*, cit., 186 ss. Sulla natura controversa dell'esecuzione della pena presso il domicilio, v. per tutti, P. RENON, *Art. 1 l. 26 novembre 2010, n. 199, in Ordinaro penitenziario commentato*, a cura di F. DELLA CASA - G. GIOSTRA, 6ª ed., CEDAM, 2019, 1325 s. Il dilemma sorge sempre dall'ambiguo atteggiamento del legislatore che, anche a fronte di emergenze inaudite, vorrebbe puntare su modalità esecutive diverse dal carcere per pene brevi, senza avere il coraggio di farlo. Ne scaturiscono norme opache che si prestano inevitabilmente a letture differenti.

28. V. ancora A. DELLA BELLA, *La magistratura di sorveglianza di fronte al COVID: una rassegna dei provvedimenti adottati per la gestione dell'emergenza sanitaria*, cit.; C. MINNELLA, *Coronavirus ed emergenza carceri*, cit., 213 ss.

29. Sul punto, V. MANCA, *Esecuzione della pena ed emergenza Covid-19: le prime ordinanze dei Tribunali di sorveglianza*, in *www.quotidianogiuridico.it*, 9 aprile 2020; C. MINNELLA, *Coronavirus ed emergenza carceri*, cit., 217 ss.

30. Sulla condizione delle persone malate in carcere insiste il Commissario europeo per i diritti umani nel suo *statement* del 6 aprile 2020, *COVID-19 pandemic: urgent steps are needed to protect the rights of prisoners in Europe*, cit.. Vi si osserva che «in many European countries the pandemic strikes in a context of overcrowded prisons and poor detention conditions in cramped, collective cells, with unsatisfactory health services, as well as higher rates of infectious and chronic diseases among detainees, such as tuberculosis, diabetes and HIV». Ne consegue la forte raccomandazione a tutti gli Stati di utilizzare alternative alla detenzione, nell'adozione delle quali «particular consideration should be given to those detainees with underlying health conditions».

31. Secondo la giurisprudenza europea, oltre al principio generale secondo cui lo stato di malattia e la sua gestione intramuraria non devono provocare un livello di sofferenza tale da ledere la dignità umana, le cure mediche somministrate negli istituti devono essere adeguate ed efficaci e gli ambienti di detenzione devono essere adatti, o adattati, alle particolari esigenze e ai bisogni specifici del detenuto. È infatti qui in gioco il fondamentale diritto sancito all'art. 3 CEDU. V., fra le molte, Corte e.d.u., 2 dicembre 2004, Farbtuhs c. Lettonia; Corte e.d.u., 9 settembre 2010, Xiros c. Grecia; Corte e.d.u. 17 luglio 2012, Scoppola c. Italia. Sulla questione, v. L. CESARIS, *Nuovi interventi della Corte europea dei diritti dell'uomo a tutela della salute delle persone detenute*, in *Rass. penit. crim.*, n. 3, 2012, 213 ss.; F. CECCHINI, *La tutela del diritto alla salute in carcere nella giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo*, in *Dir. pen. cont.*, 23 gennaio 2017. Quanto alla giurisprudenza di legittimità, v. ad es. Cass., Sez. I, 9 aprile 2018, n. 37062, in *CED Cass.*, n. 273699; Cass., Sez. I, 17 maggio 2019, n. 27352, in *CED Cass.*, n. 276413.

Dalle viscere delle nostre carceri è affiorata una moltitudine di persone malate gravemente, con patologie croniche serie o serissime, grazie al primo grande censimento dei quadri clinici drammatici, avviato d'urgenza dal DAP³². Ha dell'incredibile che tale necessario scrutinio, invece di essere salutato favorevolmente, abbia sollevato stridule critiche da parte di tribunali mediatici all'uopo allestiti per lucrare sensazionalismo da vicende umane travagliate. È emerso così quanto siamo intrisi delle idee kantiane, terribili nella loro ferocia retributiva: «*anche quando la società civile si dissolvesse*» (come sta quasi accadendo in questi difficilissimi giorni) «*l'ultimo assassino che si trovasse ancora in prigione dovrebbe prima essere giustiziato*»³³. Mentre la Costituzione e la Convenzione europea – piaccia o no – non ammettono di giustiziare gli assassini, neanche mediante un virus.

La magistratura di sorveglianza, intenta a respingere con lo scudo della Costituzione questa arcaica visione kantiana della giustizia, è stata denigrata, persino sbeffeggiata, senza essere criticata nel merito delle decisioni, delicatissime, che ha dovuto prendere, bensì attaccata sul piano dei principi, alti, a cui è chiamata istituzionalmente ad attenersi³⁴.

3. La sospensione dei caratteri costituzionali della pena e i rimedi per la "fase due" del carcere.

Proprio avendo riguardo alle fonti sovraordinate che regolano la materia penitenziaria, non si può non rilevare come in questi mesi, in carcere, vengano espilate pene che non rispondono ai parametri costituzionali e convenzionali. Di simile protratta anomalia dovrà tenersi conto non appena sarà possibile un progressivo ritorno alla normalità anche per gli istituti detentivi.

Anzitutto occorrerà scrupolosamente verificare, alla luce dell'accaduto, se sia stato rispettato l'art. 3 CEDU. Per le persone detenute che si trovano a vivere in spazi al limite della soglia dei tre metri quadrati senza poter più uscire dalle camere c.d. di pernottamento – ritornate vere e proprie celle – né fruire delle consuete attività risocializzative, potranno essere instaurati nuovi procedimenti ex art. 35-ter ord. penit., volti a verificare, e se del caso compensare, il travalicamento dei confini convenzionali dell'umanità della pena. Istanze rigettate in passato proprio perché l'assenza di spazi è stata bilanciata con la permanenza, per un certo numero di ore al giorno, al di fuori delle anguste stanze detentive potranno essere ripresentate facendo valere il drastico mutamento delle condizioni di vita sperimentate in questi mesi.

Sarà poi indispensabile misurarsi con la sospensione dell'art. 27 Cost., nella parte in cui impone il recupero dei condannati mediante idonei interventi risocializzativi, che lo Stato è tenuto ad apprestare. Si stanno invece eseguendo, per decine di migliaia di persone, pene che non rieducano: mancano le attività di istruzione, quelle ricreative, culturali, sportive e ogni contatto con il mondo esterno. Sono ormai mesi che l'art. 27 della Costituzione è sospeso e si scontano pertanto pene non rispondenti ai parametri fondanti che governano l'ordinamento penitenziario.

Con questo periodo di coma indotto dell'istanza rieducativa occorrerà necessariamente confrontarsi, a emergenza conclusa. Non si potranno ad esempio tollerare decisioni della magistratura di sorveglianza posticipate per assenza di osservazione della personalità nei mesi della

32. Direzione generale dei detenuti e del trattamento, circolare del 21 marzo 2020, dove si invitano le direzioni degli istituti a segnalare con solerzia alla magistratura di sorveglianza i nominativi di persone affette da una serie di patologie croniche e gravi, a cui è possibile riconnettere un elevato rischio di complicità nel caso in cui l'infezione fosse contratta.

33. I. KANT, *La metafisica dei costumi*, trad. a cura di G. Vidari, Bari, Laterza 1989, p. 166 s.

34. Tanto da doversi difendere con una presa di posizione pubblica: v. Coordinamento Nazionale Magistrati di Sorveglianza (CONAMS), comunicato del 28 aprile 2020.

pandemia, addossando sui detenuti le conseguenze nefaste di una sospensione del loro diritto al reinserimento sociale.

Si dovrà poi ritenere non indispensabile la sequenza – quasi obbligatoria per il diritto vivente ma non prevista dalla legge³⁵ – fruizione di permessi-concessione di misure alternative, se dei primi non si è potuto beneficiare per fini di contenimento dei rischi di contagio.

La liberazione anticipata per questi giorni di vuoto costituzionale andrà sicuramente riconosciuta, anche se non è integrato il parametro normativo che dovrebbe supportare la decisione, ossia il profitto tratto dalla partecipazione alle occasioni di risocializzazione (art. 54 ord. penit. e art. 103 reg. penit.), per forza maggiore mancate. La magistratura non potrà allora che dare per positivi i comportamenti, pur passivi, tenuti in questo lasso temporale, mentre il legislatore farebbe bene a riconoscere liberazioni anticipate speciali, non tanto per sfollare le carceri, ma per ripagare i detenuti di una pena privata della sua fisionomia costituzionale. Il sistema contempla infatti un rimedio compensativo sotto il profilo dell'umanità³⁶, ma non sotto quello della rieducazione pretermessa, od oscurata.

E si dovrà infine vigilare affinché l'attuale situazione non si protragga oltre lo strettamente necessario. Si avverte il rischio che il ritorno a uno stato pre-costituzionale e pre-convenzionale di esecuzione della pena dia nuova linfa a concezioni autoritarie, già sin troppo diffuse, del mondo detentivo. In questi mesi, purtroppo, si sta realizzando il sogno di molti, che non va in alcun modo accarezzato: celle inesorabilmente chiuse, assenza di attività e ingressi dall'esterno, destini personali affidati ai procedimenti disciplinari, la cui presenza pregiudica l'accesso alle misure alternative e la cui assenza sarà l'unico parametro per valutare il comportamento tenuto dai detenuti in questi mesi.

Ci troviamo sospesi in un vuoto di costituzionalità, in un'assenza di respiro costituzionale. In questo contesto, l'attenzione dei giuristi deve essere elevatissima, perché quell'ossigeno torni a scorrere presto e il sistema penitenziario possa nuovamente permearsi dell'aria dei diritti fondamentali, anche di quello al recupero sociale.

35. Seppure ne sia stata proposta di recente una canonizzazione: v. Commissione Giostra, *Il Progetto di riforma penitenziaria*, Nuova Editrice Universitaria, 254.

36. Il meccanismo di cui all'art. 35 *ter* ord. penit.

Saluti di chiusura

Fabio Cassibba e Giandomenico Dodaro

Al termine di queste due ricche giornate di studio desidero rivolgere un sincero ringraziamento ai nostri brillantissimi relatori, ai moderatori e a tutte le persone che sono ancora collegate su questa piattaforma. Tra ieri e oggi abbiamo avuto più di 700 persone collegate tra Zoom e live streaming. La qualità delle relazioni e del dibattito testimoniano la buona riuscita di questo incontro, che ha definito un comune denominatore di cui eravamo già consapevoli, ossia un sentimento di preoccupazione alquanto diffusa per una generalizzata attenuazione delle garanzie costituzionali, come ha detto il Prof. Mazza, cui stiamo assistendo a seguito dei vari provvedimenti normativi. Un'attenuazione delle garanzie e delle libertà in nome della tutela della salute. Questo dato, credo, metta a fuoco una sfida, un impegno per tutti, di rimanere vigili nella valutazione costante della legittimità costituzionale delle scelte politiche del legislatore in tempi di emergenza sanitaria secondo criteri di proporzionalità e ragionevolezza. Come ha detto la Corte costituzionale nella sentenza n. 85 del 2013, «[t]utti i diritti fondamentali tutelati dalla Costituzione si trovano in rapporto di integrazione reciproca e non è possibile pertanto individuare uno di essi che abbia la prevalenza assoluta sugli altri. La tutela deve essere sempre “sistemica e non frazionata in una serie di norme non coordinate ed in potenziale conflitto tra loro” [...]. Se così non fosse, si verificherebbe l'illimitata espansione di uno dei diritti, che diverrebbe “tiranno” nei confronti delle altre situazioni giuridiche costituzionalmente riconosciute e protette, che costituiscono, nel loro insieme, espressione della dignità della persona».

Ringraziamenti finali volevo rivolgere, a nome del Direttivo, a tutti coloro che hanno speso parole di apprezzamento per questa iniziativa e in particolare ai professori Scalfati e Mazza, che hanno usato parole molto lusinghiere verso il Di.P.La.P., che abbiamo molto apprezzato.

Concludo con questa osservazione. Ogni generazione ha un ruolo all'interno della propria comunità. Nel 2013, quando decidemmo di fondare l'associazione, eravamo più giovani e scrivemmo nello statuto, potete leggerlo anche come motto sul sito dell'associazione, che costituivamo il Di.P.La.P. con lo scopo, queste le parole che abbiamo usato, di aggregare e rispondere alle esigenze di rinnovamento della ricerca e del dibattito penalistico. Potemmo forse allora essere fraintesi, forse anche male intesi, però devo dire che la coesione e la capacità di inclusione e la serenità che ha sempre caratterizzato questo direttivo, come quelli del passato, ci ha permesso di dimostrare che non eravamo giovani velleitari, ma facevamo sul serio e proprio queste due belle giornate credo che abbiano offerto un servizio, spero, a favore della comunità, della quale ci sentiamo parte ed eravamo parti attive sin da quando abbiamo iniziato a studiare e a collaborare dopo la laurea.

Il motto della mia università, l'Università di Milano-Bicocca, perdonate questa debolezza, recita *Audentes fortuna iuvat*. Credo che audacia e passione costituiscano parte del dna della nostra associazione e speriamo di essere riusciti a trasmettere fattivamente questi valori.

Ringrazio tutti per la paziente e spero di rivedervi presto di persona.



Laboratorio Permanente di Diritto e Procedura Penale
Via Fontana, 28 – 20122 Milano (Italia)
C.F. 97664840150
www.labdirpen.wix.com/diplap

Di.P.La.P. è un'associazione fondata da un gruppo di studiosi italiani di diritto e procedura penale per aggregare e rispondere alle istanze di rinnovamento e democratizzazione della ricerca e del dibattito penalistici. Valori costitutivi sono l'autonomia e l'indipendenza organizzativa e scientifica, la multidisciplinarietà, l'apertura al mondo extra-accademico e professionale, la solidarietà intergenerazionale.