

SP

SISTEMA
PENALE

FASCICOLO

12/2021

DIRETTORE RESPONSABILE Gian Luigi Gatta
VICE DIRETTORI Guglielmo Leo, Luca Luparia

ISSN 2704-8098

COMITATO EDITORIALE Giuseppe Amarelli, Roberto Bartoli, Hervè Belluta, Michele Caianiello, Massimo Ceresca-Gastaldo, Adolfo Ceretti, Cristiano Cupelli, Francesco D'Alessandro, Angela Della Bella, Gian Paolo Demuro, Emilio Dolcini, Novella Galantini, Mitja Gialuz, Glauco Giostra, Antonio Gullo, Stefano Manacorda, Vittorio Manes, Luca Masera, Anna Maria Maugeri, Melissa Miedico, Vincenzo Mongillo, Francesco Mucciarelli, Claudia Pecorella, Marco Pelissero, Lucia Riscato, Marco Scoletta, Carlo Sotis, Costantino Visconti

COMITATO SCIENTIFICO (REVISORI) Alberto Alessandri, Silvia Allegrezza, Chiara Amalfitano, Ennio Amodio, Gastone Andreazza, Ercole Aprile, Giuliano Balbi, Marta Bargis, Fabio Basile, Alessandra Bassi, Teresa Bene, Carlo Benussi, Alessandro Bernardi, Marta Bertolino, Rocco Blaiotta, Manfredi Bontempelli, Renato Bricchetti, David Brunelli, Carlo Brusco, Silvia Buzzelli, Alberto Cadoppi, Lucio Camaldo, Stefano Canestrari, Giovanni Canzio, Francesco Caprioli, Matteo Caputo, Fabio Salvatore Cassibba, Donato Castronuovo, Elena Maria Catalano, Mauro Catenacci, Antonio Cavaliere, Francesco Centonze, Federico Consulich, Stefano Corbetta, Roberto Cornelli, Fabrizio D'Arcangelo, Marcello Daniele, Gaetano De Amicis, Cristina De Maglie, Alberto De Vita, Ombretta Di Giovine, Gabriella Di Paolo, Giandomenico Dodaro, Massimo Donini, Salvatore Dovere, Tomaso Emilio Epidendio, Luciano Eusebi, Riccardo Ferrante, Giovanni Fiandaca, Giorgio Fidelbo, Carlo Fiorio, Roberto Flor, Luigi Foffani, Désirée Fondaroli, Gabriele Fornasari, Gabrio Forti, Piero Gaeta, Marco Gambardella, Alberto Gargani, Loredana Garlati, Giovanni Grasso, Giulio Illuminati, Gaetano Insolera, Roberto E. Kostoris, Sergio Lorusso, Ernesto Lupo, Raffaello Magi, Vincenzo Maiello, Grazia Mannozi, Marco Mantovani, Marco Mantovani, Luca Marafioti, Enrico Marzaduri, Maria Novella Masullo, Oliviero Mazza, Claudia Mazzucato, Alessandro Melchionda, Chantal Meloni, Vincenzo Militello, Andrea Montagni, Gaetana Morgante, Lorenzo Natali, Renzo Orlandi, Luigi Orsi, Francesco Palazzo, Carlo Enrico Paliero, Lucia Parlato, Annamaria Peccioli, Chiara Perini, Carlo Piergallini, Paolo Pisa, Luca Pistorelli, Daniele Piva, Oreste Pollicino, Domenico Pulitanò, Serena Quattrococo, Tommaso Rafaraci, Paolo Renon, Maurizio Romanelli, Gioacchino Romeo, Alessandra Rossi, Carlo Ruga Riva, Francesca Ruggieri, Elisa Scaroina, Laura Scomparin, Nicola Selvaggi, Sergio Seminara, Paola Severino, Rosaria Sicurella, Piero Silvestri, Fabrizio Siracusano, Andrea Francesco Tripodi, Giulio Ubertis, Antonio Vallini, Gianluca Varraso, Vito Velluzzi, Paolo Veneziani, Francesco Viganò, Daniela Vigoni, Francesco Zacchè, Stefano Zirulia

REDAZIONE Francesco Lazzeri (coordinatore), Enrico Andolfatto, Enrico Basile, Silvia Bernardi, Carlo Bray, Pietro Chiaraviglio, Stefano Finocchiaro, Beatrice Fragasso, Alessandra Galluccio, Cecilia Pagella, Tommaso Trinchera, Maria Chiara Ubiali

Sistema penale (SP) è una rivista *online*, aggiornata quotidianamente e fascicolata mensilmente, ad accesso libero, pubblicata dal 18 novembre 2019.

La *Rivista*, realizzata con la collaborazione scientifica dell'Università degli Studi di Milano e dell'Università Bocconi di Milano, è edita da Progetto giustizia penale, associazione senza fine di lucro con sede presso il Dipartimento di Scienze Giuridiche "C. Beccaria" dell'Università degli Studi di Milano, dove pure hanno sede la direzione e la redazione centrale. Tutte le collaborazioni organizzative ed editoriali sono a titolo gratuito e agli autori non sono imposti costi di elaborazione e pubblicazione.

La *Rivista* si uniforma agli standard internazionali definiti dal *Committee on Publication Ethics* (COPE) e fa proprie le relative linee guida.

I materiali pubblicati su *Sistema Penale* sono oggetto di licenza CC BY-NC-ND 4.00 International. Il lettore può riprodurli e condividerli, in tutto o in parte, con ogni mezzo di comunicazione e segnalazione anche tramite collegamento ipertestuale, con qualsiasi mezzo, supporto e formato, per qualsiasi scopo lecito e non commerciale, conservando l'indicazione del nome dell'autore, del titolo del contributo, della fonte, del logo e del formato grafico originale (salve le modifiche tecnicamente indispensabili).

Il testo completo della licenza è consultabile su <https://creativecommons.org/licenses/by-nc-nd/4.0/>.

Peer review I contributi che la direzione ritiene di destinare alla sezione "Articoli" del fascicolo mensile sono inviati a un revisore, individuato secondo criteri di rotazione tra i membri del Comitato scientifico, composto da esperti esterni alla direzione e al comitato editoriale. La scelta del revisore è effettuata garantendo l'assenza di conflitti di interesse. I contributi sono inviati ai revisori in forma anonima. La direzione, tramite la redazione, comunica all'autore l'esito della valutazione, garantendo l'anonimato dei revisori. Se la valutazione è positiva, il contributo è pubblicato. Se il revisore raccomanda modifiche, il contributo è pubblicato previa revisione dell'autore, in base ai commenti ricevuti, e verifica del loro accoglimento da parte della direzione. Il contributo non è pubblicato se il revisore esprime parere negativo alla pubblicazione. La direzione si riserva la facoltà di pubblicare nella sezione "Altri contributi" una selezione di contributi diversi dagli articoli, non previamente sottoposti alla procedura di *peer review*. Di ciò è data notizia nella prima pagina della relativa sezione.

Di tutte le operazioni compiute nella procedura di *peer review* è conservata idonea documentazione presso la redazione.

Modalità di citazione Per la citazione dei contributi presenti nei fascicoli di *Sistema penale*, si consiglia di utilizzare la forma di seguito esemplificata: N. COGNOME, *Titolo del contributo*, in *Sist. pen. (o SP)*, 1/2020, p. 5 ss.

INDICE DEI CONTRIBUTI

J. DELLA VALENTINA, <i>La responsabilità penale medica negli scenari post Covid-19: appunti sulla natura dogmatica delle aree di esclusione della punibilità.....</i>	5
A. QUATTROCCHI, <i>Imparzialità del giudice e procedimento di prevenzione: la parola alle Sezioni unite.....</i>	35

LA RESPONSABILITÀ PENALE MEDICA NEGLI SCENARI POST COVID-19: APPUNTI SULLA NATURA DOGMATICA DELLE AREE DI ESCLUSIONE DELLA PUNIBILITÀ

di Jacopo Della Valentina

SOMMARIO: 1. Considerazioni introduttive: la genesi di nuovi scenari di responsabilità medica. – 2. I recenti assestamenti in materia di responsabilità penale medica. – 2.1. Le ultime ‘tappe’ normative sul tema – 2.2. Responsabilità penale e meccanismi di non punibilità. – 3. Le fonti del rischio penale in capo al personale sanitario. – 4. Il triage in emergenza pandemica e la figura dello stato di necessità. – 4.1. Il contesto emergenziale delle scelte tragiche. – 4.2. L’astratta applicabilità dello stato di necessità. – 4.3. La natura dello stato di necessità. – 4.3.1. Lo stato di necessità “giustificante”. – 4.3.2. Lo stato di necessità “scusante”. – 4.4. Primo bilancio dell’indagine: la tendenziale valenza del paradigma “scusante”. – 5. (segue) Le soluzioni proposte dalla dottrina in relazione alle restanti situazioni di errore colposo nell’esercizio dell’attività sanitaria. – 5.1. L’ineffettività dell’art. 590-*sexies*, c. 2 c.p. – 5.2. Le proposte dottrinali e parlamentari. – 6. La seconda fase della pandemia: l’attività di vaccinazione e le necessità d’introduzione del primo “scudo penale”. – 6.1. La natura dogmatica dell’art. 3. – 6.1.1. (segue) Scusanti in senso stretto e scusanti in senso lato. – 6.1.2. Il ruolo delle regole cautelari e il rapporto con le linee-guida. – 6.2. Il rapporto tra lo “scudo” per i vaccinatori e l’art. 590-*sexies*, c. 2 c.p. – 7. La rivisitazione “emergenziale” della responsabilità medica a seguito della l. n. 76 del 2021. – 7.1. L’art. 3-*bis* come causa di non punibilità in senso stretto. – 7.2. La struttura della fattispecie. – 8. Osservazioni conclusive.

1. Considerazioni introduttive: la genesi di nuovi scenari di responsabilità medica.

La sfera della responsabilità penale medica costituisce un ambito della ricerca penalistica dall’andamento carsico; i dibattiti relativi a tali tematiche, destinati a riemergere a più riprese nel giro di brevi intervalli temporali, vengono di volta in volta rinnovati dagli scenari dell’attualità, che stimolano conseguenti riflessioni sul piano giuridico. Non a caso, la dimensione – per così dire, tentacolare – del diritto penale emergenziale, sorto in relazione alle contingenze delle vicende epidemiche dell’ultimo anno, ha finito per disciplinare attivamente anche taluni aspetti della responsabilità penale del personale sanitario. Non diversamente dal resto delle riforme avvicendatesi in rapida successione, attraverso una produzione normativa alluvionale e sovente poco ponderata, anche gli interventi specificamente dedicati ai profili ora in esame hanno sollevato plurime incertezze interpretative e applicative, tanto in dottrina quanto in giurisprudenza.

Si allude, in particolare, al travagliato percorso che ha recentemente portato il legislatore ad adottare una coppia di disposizioni, entrambe ‘confidenzialmente’

etichettate dal dibattito giuridico come “scudo penale”, al dichiarato scopo di garantire una miglior tutela del ceto medico nei confronti del c.d. rischio penale¹.

2. I recenti assestamenti in materia di responsabilità penale medica.

Nel corso dell’ultimo anno e mezzo, gli esercenti le professioni sanitarie hanno dovuto fronteggiare situazioni del tutto nuove e imprevedute, spesso dovendo agire nella totale inadeguatezza delle risorse umane e oggettive, vedendosi persino costretti, talora, a compiere delle scelte tragiche, selezionando i soggetti da sottoporre immediatamente a terapia e quelli da escludere.

In siffatto scenario, le istanze di tutela sono sorte a seguito di episodi di cronaca – in materia di gestione dei posti cc.dd. di terapia intensiva, prima, di inoculazione dei vaccini, successivamente – indebitamente dilatati dai flussi mass-mediatici. Il personale sanitario ha così assistito ad una criticabile proliferazione di procedimenti penali a carico di appartenenti alla categoria, ai quali veniva addebitata una *mala gestio*, sotto forma di responsabilità colposa, nella gestione delle incombenze pandemiche.

L’ascrizione di addebiti penali in capo a molti medici, che pure si sono esposti a elevate probabilità di contagio e a turni di lavoro massacranti², è stata percepita come, ancor prima che scarsamente fondata nei profili giuridici, profondamente lesiva di fondamentali istanze di giustizia sostanziale.

Di conseguenza, l’esigenza di contenere il rischio penale gravante in capo al personale sanitario ha alimentato un fecondo dibattito³ intorno all’opportunità di

¹ Il tema trova compiuta trattazione nella recente Relazione n. 35/2021 dell’Ufficio del Massimario della Corte di Cassazione sulle norme “scudo” in materia di responsabilità sanitaria e Covid-19 (artt. 3 e 3-bis d.l. 44/2021), a cura di Aldo Natalini, reperibile in questa rivista, 25 giugno 2021.

² CUPELLI C. *Note a prima lettura sugli articoli 3 e 3-bis del d.l. 44/2021, convertito dalla l. 28 maggio 2021, n. 76 (in G.U. n. 128 del 31 maggio 2021), in questa rivista, 1 giugno 2021, p. 1.* Per un inquadramento generale sulle tematiche trattate, cfr., *ex multis*, PALAZZO F., [Pandemia e responsabilità colposa](#), in questa Rivista, 26 aprile 2020; BARTOLI R., [Il diritto penale dell'emergenza “a contrasto del coronavirus”: problematiche e prospettive](#), in questa Rivista, 24 aprile 2020; ID., [La responsabilità colposa medica e organizzativa al tempo del coronavirus. Fra la “trincea” del personale sanitario e il “da remoto” dei vertici politico-amministrativi](#), *ivi*, fasc. 7/2020, pp. 85 ss.; BERNARDI A., [Il diritto penale alla prova della Covid-19](#), in *Dir. pen. proc.*, 2020, pp. 441 ss.

³ AMATO G., [Scudo penale per i vaccinatori che somministrano le dosi. La responsabilità penale](#), in *Guida dir.*, n. 16/2021, pp. 47 ss.; CALETTI G.M., [Emergenza pandemica e responsabilità penale in ambito sanitario. Riflessioni a cavaliere tra “scelte tragiche” e colpa del medico](#), in questa Rivista, 5/2020; CAPUTO M., [La responsabilità penale degli operatori sanitari ai tempi del Covid-19. 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. Vita e pensiero*, a cura di FORTI G., Milano, 2020, pp. 109 ss.; ID., [Logiche e modi dell'esenzione da responsabilità penale per chi decide e opera in contesti di emergenza sanitaria](#), in *La legislazione penale*, 22 giugno 2020; CASTALDO A. – COPPOLA F., [Lo scudo \(dei medici\), la spada \(delle Procure\). La riforma mancata della colpa medica da coronavirus](#), in *Quotidiano giuridico*, 15 aprile 2020; CUPELLI C., [Emergenza Covid-19: dalla punizione degli “irresponsabili” alla tutela degli operatori sanitari](#), in questa Rivista, 30 marzo 2020; FIMIANI L., [Nuovo “scudo penale” \(decreto-legge 1° aprile 2021, n. 44\): è una norma tautologica?](#), in *Giurisprudenza penale web*, 4/2021; FURIA F., [Lo “scudo penale” alla prova della responsabilità da inoculazione del vaccino anti SARS-CoV-2](#), in *Arch. pen.*, n. 1/2021; GARGANI A., [La gestione dell'emergenza Covid-19: il “rischio penale” in ambito sanitario](#), in *Dir. pen. proc.*, 2020, pp. 887 ss.;

adottare delle norme *ad hoc*, capaci di tener conto dell'assoluta peculiarità delle precarie contingenze in cui la categoria ha dovuto operare. Sono state allora avanzate le prime proposte di introduzione di quello che è stato fin da subito definito – per vero, non correttamente, sotto un profilo strettamente giuridico – come scudo penale, ossia una sorta di meccanismo di esclusione della punibilità (ma ci riserveremo di tornare in seguito sull'esatta qualificazione di tale figura) al verificarsi di eventi avversi legati alla gestione della pandemia.

2.1. Le ultime 'tappe' normative sul tema.

Il percorso che ha portato all'attuale scenario normativo può essere agevolmente scisso in tre scansioni cronologiche.

a) Procedendo con ordine, nei primi mesi del 2020, le accorate richieste della Federazione Nazionale dell'Ordine dei Medici riguardo all'opportunità di introdurre un istituto sensibile alle assolute peculiarità del contesto in cui i sanitari erano costretti ad agire sembravano aver trovato ascolto da parte della classe politica. Accompagnate da accorti contributi dottrinali⁴ (che avevano intravisto in ciò, fra l'altro, un'occasione per il ripensamento *tout-court* della discussa disciplina della responsabilità penale medica⁵), tali istanze avevano portato a numerosi emendamenti parlamentari, inseriti nel d.d.l. AS 1766⁶. In sede di approvazione definitiva della legge, tuttavia, gli stessi non sono stati approvati e tali tematiche, per alcuni mesi, sono state accantonate.

b) Successivamente, con il riacutizzarsi del contesto pandemico e con le usuali dilatazioni mass-mediatiche sulle presunte possibili conseguenze lesive derivanti dalla somministrazione del vaccino, il personale sanitario "vaccinatore" ha conosciuto una seconda stagione di esposizione a rischio penale. Il legislatore, in questo caso, non è rimasto sordo alle legittime richieste del ceto medico, provvedendo ad introdurre quello che, nel corso della trattazione, con una convenzione stipulativa, definiremo come

LOSAPPIO G., [Responsabilità penale del medico, epidemia da "Covid-19" e "scelte tragiche" \(nel prisma degli emendamenti alla legge di conversione del d.l. c.d. "Cura Italia"\)](#), in *Giurisprudenza penale web*, n. 4/2020; PENCO E., ["Norma-scudo" o "norma-placebo"? Brevi osservazioni in tema di \(ir\)responsabilità penale da somministrazione del vaccino anti Sars-Cov 2](#), in questa *Rivista*, 13 aprile 2021; PIRAS P., [La non punibilità per gli eventi dannosi da vaccino anti Covid-19](#), in questa *Rivista*, 23 aprile 2021; RISICATO L., [La metamorfosi della colpa medica nell'era della pandemia](#), in *disCrimen*, 25 maggio 2020; ROIATI A., [Esercizio della professione sanitaria e gestione dell'emergenza covid-19: note minime per un ampliamento delle fattispecie di esclusione della responsabilità penale](#), in *Leg. pen.*, 19 maggio 2020; ROSSI N., [Sanitari: è possibile uno "scudo penale" più efficace dell'attuale?](#), in *Quest. giust.*, 10 aprile 2021; SCARAMELLINI L., [Palliativi e cure effettive: interventi proposti e proposte di intervento in tema di responsabilità penale degli esercenti le professioni sanitarie](#), in *Giurisprudenza penale web*, n. 4/2020.

⁴ CALETTI G.M., cit., p. 17; CUPELLI C., *Emergenza Covid-19*, cit., par. 5; ROIATI A., cit., pp. 9 ss. Riassume le posizioni favorevoli a tale orientamento GARGANI A., cit., pp. 2 ss.

⁵ CUPELLI C., *Emergenza Covid-19*, cit., *passim*, si pronuncia in senso favorevole ad una più radicale rivisitazione delle tematiche della responsabilità penale medica, mediante un auspicabile intervento del legislatore volto, finalmente, a valorizzare la rilevanza dei profili soggettivi della colpa.

⁶ In particolare, si trattava degli emendamenti 1.0.4., 1.0.5., 1.1., 1.2., 1.8., 13.0.1., 13.2., per la cui specifica analisi si rinvia a LOSAPPIO G., cit., pp. 2 ss.

“primo scudo penale”. L’art. 3, d.l. 1° aprile 2021, n. 44, prevede infatti l’esclusione della punibilità “per i fatti di cui agli articoli 580 e 590 del codice penale verificatisi a causa della somministrazione di un vaccino [...], quando l’uso del vaccino è conforme alle indicazioni contenute nel provvedimento di autorizzazione all’immissione in commercio emesso dalle competenti autorità e alle circolari pubblicate sul sito istituzionale del Ministero della salute relative alle attività di vaccinazione”.

c) La citata disposizione è stata infine tradotta in legge il 28 maggio 2021. Tuttavia, il provvedimento normativo, oltre a recepire in maniera pressoché identica all’art. 3 il citato scudo penale per i vaccinatori, vi pospone l’art. 3-bis⁷. In questo “secondo scudo penale” sembrano riecheggiare le originarie istanze della categoria, sfumate in emendamenti mai approvati: esso, infatti, persegue a propria volta una funzione di contenimento della responsabilità penale, limitando la risposta sanzionatoria, in relazione ai fatti di cui agli artt. 589 e 590 c.p., commessi da tutti gli esercenti una professione sanitaria nella situazione emergenziale, ai soli casi in cui essi abbiano agito con colpa grave.

Questo, in sintesi, è lo scenario normativo che si palesa innanzi agli occhi dell’osservatore. Le due nuove disposizioni, all’evidenza, concorrono a rendere più frastagliato l’ambito della responsabilità penale medica, già caratterizzato dalla generale (si legga: non limitata alle contingenze pandemiche) clausola di non punibilità di cui all’art. 590-sexies c. 2 c.p. Pertanto, ecco che si conferma la configurazione “sottotraccia” del tema delle responsabilità penale medica di cui si è detto in apertura: si tratta di un settore ricco di dibattiti mai sopiti, ora riaccessi da nuove disposizioni che implicano un confronto con lo stato dell’arte vigente, rinnovandolo e complicandolo ulteriormente.

2.2. Responsabilità penale e meccanismi di non punibilità.

L’intento di questo contributo è quello di indagare, pur brevemente, i rapporti intercorrenti tra le plurime norme regolatrici della responsabilità penale, soffermandosi, in particolare, sulle “sacche” di non punibilità che si vengono a creare a seguito dell’interazione tra disposizioni. Evidentemente, la presenza di ben tre meccanismi di non punibilità (intesi, per ora, *lato sensu*) all’interno del medesimo settore impone un confronto fra i medesimi: lo scopo che si vuole ora perseguire è quello di analizzare la concreta natura dogmatica degli stessi, atteso che la loro riconduzione ad una

⁷ Art. 3-bis (Responsabilità colposa per morte o lesioni personali in ambito sanitario durante lo stato di emergenza epidemiologica da COVID-19). - 1. Durante lo stato di emergenza epidemiologica da COVID-19, dichiarato con delibera del Consiglio dei ministri del 31 gennaio 2020, e successive proroghe, i fatti di cui agli articoli 589 e 590 del codice penale, commessi nell’esercizio di una professione sanitaria e che trovano causa nella situazione di emergenza, sono punibili solo nei casi di colpa grave.

2. Ai fini della valutazione del grado della colpa, il giudice tiene conto, tra i fattori che ne possono escludere la gravità, della limitatezza delle conoscenze scientifiche al momento del fatto sulle patologie da SARS-CoV-2 e sulle terapie appropriate, nonché della scarsità delle risorse umane e materiali concretamente disponibili in relazione al numero dei casi da trattare, oltre che del minor grado di esperienza e conoscenze tecniche possedute dal personale non specializzato impiegato per far fronte all'emergenza.

determinata categoria può portare a conseguenze pratiche non indifferenti. Si sente l'esigenza, per così dire, tassonomica, di classificare dogmaticamente le nuove disposizioni, intrecciandole con alcuni istituti classici del diritto penale, afferenti al macrosistema della non punibilità, per dedurne le logiche conseguenze sul piano pratico-applicativo.

Pertanto, la trattazione muoverà, anzitutto, dall'individuazione delle situazioni-tipo a partire dalle quali possa sorgere un addebito di carattere penale a carico del personale sanitario. Tale ricognizione risulta prodromica alle successive considerazioni; soltanto una volta isolate le concrete fonti generatrici di rischio penale, potrà discutersi su quali siano le soluzioni, *de jure condendo* o *de jure condito*, che l'ordinamento contempla per arginare le risposte punitive e che meglio si attagliano ai casi di specie (*cf.* § 3). Successivamente, si passeranno in rassegna i tre principali rimedi approntati dal sistema in relazione a ciascuna situazione-tipo. In particolare, ci si soffermerà sulla figura dello stato di necessità, vagliandone la configurazione dogmatica: tale istituto è stato sovente invocato da quel filone della dottrina che, specie prima dell'introduzione dei due "scudi", riteneva di risolvere le criticità appellandosi a rimedi *in the books* (*cf.* § 4). Verrà poi analizzata la natura giuridica dei due scudi penali (rispettivamente, ai §§ 5 e 6), anche in rapporto alla dibattutissima figura dell'art. 590-*sexies* c. 2 c.p.

Sin d'ora, si tiene a precisare che l'opportunità di ripensare alcune recenti disposizioni alla luce delle categorie classiche del sistema (in particolare, facenti capo alle tre grandi aree della non punibilità: scriminanti, scusanti, cause di non punibilità in senso stretto) va oltre le mere esigenze classificatorie e le speculazioni giuridiche, atteso che la qualificazione in uno o in altri canali di non punibilità comporta sensibili differenze sul piano sostanziale e processuale.

3. Le fonti del rischio penale in capo al personale sanitario.

Se con gli sviluppi dell'emergenza pandemica la categoria degli esercenti le professioni sanitarie ha assunto un ruolo cardine nell'opera di tutela della salute collettiva, contestualmente si è assistito ad una dilatazione, in capo a questi, delle aree della responsabilità penale⁸.

Nella fase iniziale della pandemia, l'ingestibile diffusione del contagio ha colto il Sistema Sanitario Nazionale del tutto impreparato sia sotto il profilo medico, sia sotto il (conseguente) profilo del rischio penale. I numerosi eventi nefasti verificatisi all'esito del contagio da virus SARS-CoV-2 hanno infatti generato un elevato numero di denunce-querelle, con conseguente apertura di inchieste giudiziarie a carico del ceto medico, non

⁸ CALETTI G.M., cit., p. 11, pone in evidenza come l'opinione pubblica sia stata investita delle questioni trattate specie a seguito della rilevanza mediatica assunta dalla lettera indirizzata dal Presidente FNOMCeO22 al CNF. In questa, in particolare, si faceva riferimento all'increscioso episodio relativo alle iniziative pubblicitarie promosse da alcuni avvocati che, proclamandosi difensori delle vittime di Covid-19, proponevano di denunciare in sede penale presunte negligenze avvenute nel corso delle attività di prevenzione del contagio e/o di cura della malattia.

soltanto in relazione ai reati (più frequenti) di omicidio e lesioni colpose (articoli 589 e 590 c.p.), ma anche – come osservato in dottrina – per altre fattispecie, quali l’epidemia colposa (artt. 438 e 452 c.p.)⁹, il rifiuto di atti d’ufficio per ragioni di sanità (art. 328 c.p.), la morte o lesioni come conseguenza di altro delitto (art. 586 c.p.)¹⁰. A ben vedere, i timori della categoria del personale sanitario non soltanto trovano ragione nella percezione del rischio di una condanna penale: effetti pregiudizievoli vengono patiti sin dal momento, cronologicamente anteriore, dell’iscrizione dei soggetti nel registro degli indagati, atto la cui rilevanza viene esasperata dalla eco mass-mediatica al punto da essere snaturato, mutando da garanzia a tutela del diritto di difesa a – è stato detto¹¹ – ‘condanna anticipata’.

Successivamente, nei mesi in cui ha avuto inizio la consistente campagna di vaccinazione, alle citate istanze di tutela si sono sommate quelle relative ad una possibile esposizione a responsabilità penale a seguito di decessi avvenuti nel corso della campagna vaccinale. Questo fenomeno ha determinato l’apertura di ulteriori inchieste e la conseguente iscrizione del personale sanitario somministrante le dosi nel registro di cui all’art. 335 c.p.p., pur avendo trovato origine in sporadici episodi, per quanto acuiti dall’usuale clamore mass-mediatico.

In corrispondenza di queste due grandi aree potenzialmente generatrici di responsabilità penale a titolo di colpa medica, il dibattito intorno all’opportunità di tutelare maggiormente la categoria del personale sanitario si è differenziato, ora proponendo di recuperare rimedi interni al sistema, ora auspicando l’introduzione di soluzioni *ad hoc*.

4. Il triage in emergenza pandemica e la figura dello stato di necessità.

Nei primi mesi della pandemia, l’assoluta eccezionalità del contesto è stata offuscata dalla soverchiante esigenza di irrogare risposte punitive forti. Il costante e condiviso bisogno di trovare soddisfazione nel sacrificio di alcuni ‘capri espiatori’¹² ha impedito di considerare, da un lato, le frequenti “scelte tragiche” che gli operatori hanno dovuto affrontare nel doloroso *aut-aut* della decisione tra chi ricoverare e chi no; dall’altro lato, il maggior rischio di incorrere nella commissione di errori nell’esercizio dell’attività sanitaria, a causa delle plurime difficoltà con cui i medici si sono dovuti

⁹ PIRAS P., *Lo scudo penale Covid-19: prevista la punibilità solo per colpa grave per i fatti commessi dai professionisti sanitari durante l'emergenza epidemica*, in questa rivista, 1 giugno 2021, par. 2; GARGANI A., cit., p. 1.

¹⁰ PIRAS P., *ibidem*, cala le fattispecie di reato citate in una plausibile dimensione concreta, proponendo taluni esempi: in particolare, l’Autore ritiene astrattamente integrabile l’art. 328 c.p. in presenza di accertamenti diagnostici negati o terapie richieste e negate durante l'emergenza epidemica a determinati pazienti, per esempio, oncologici. Per quanto concerne l’art. 586 c.p., cita l’ipotesi in cui dal rifiuto d’atti d’ufficio sia derivata la malattia o la morte del richiedente la prestazione sanitaria.

¹¹ CUPELLI C., *Note a prima lettura*, cit., par. 5.

¹² FORTI G., *Coronavirus, la tentazione del capro espiatorio e le lezioni della storia*, in *Diritto penale e uomo*, 2020, VI, p. 35.

rapportare (profilo di cui ci occuperemo, specificamente, al § 7, in relazione al “secondo scudo penale”).

4.1. Il contesto emergenziale delle scelte tragiche.

La patologia del Covid-19 costituisce un fenomeno sino a pochi mesi fa ignoto alla scienza medica, non essendo mai stati svolti studi scientifici sul suo metodo di trattamento. L'impossibilità di conoscenza dello stesso, correlata alla celere diffusione del contagio, ha determinato, a catena, la genesi degli altri fattori. In assenza di mezzi idonei, il personale sanitario si è visto costretto ad agire del tutto *off label*, avvalendosi di medicinali pensati per la cura di patologie differenti¹³. Sono stati impiegati medici non infettivologi, specializzati in altre branche della medicina, oltretutto condannati a turni e orari insostenibili, in elevate situazioni di stress. Questo concorso di fattori (su tutti, la scarsità delle risorse umane e oggettive) ha sovente posto gli operatori di fronte alla necessità di compiere delle “scelte tragiche”, che ci portano a introdurre l'emblematico scenario c.d. del *triage* in emergenza pandemica¹⁴, uno degli aspetti più al centro delle attenzioni dei media.

Come è stato puntualmente osservato, dilemmi indissolubili si sono posti in relazione a due situazioni-tipo, verificatesi specie nei frangenti iniziali dell'emergenza¹⁵.

Si è presentato il caso in cui, presso la medesima struttura e contemporaneamente, più soggetti necessitassero del c.d. ricovero in terapia intensiva, ma non vi fosse un numero sufficiente di supporti ventilatori per tutti i pazienti. In tali situazioni, si poneva la tragica alternativa che avrebbe finito per escludere dal trattamento alcuni soggetti.

A tale ipotesi si aggiunge l'ulteriore scenario in cui alcuni soggetti, particolarmente anziani o con poche probabilità di sopravvivenza, fossero sottratti al trattamento di terapia intensiva, affinché venissero concessi i necessari supporti ad altri pazienti per cui si nutriva ancora una speranza di salvezza.

Quid juris, di fronte a simili situazioni? Quasi spontaneamente si è portati a domandarsi come ci si sarebbe comportati se ci si fosse trovati in un caso analogo, senza che si rinvenga una risposta al quesito. Si tratta di aree in cui il diritto fatica a trovare spazio, tant'è che, sovente, ci si richiama alle più basilari istanze di giustizia sostanziale, chiedendosi se si potesse pretendere una condotta alternativa da parte degli operatori.

¹³ FURIA F., cit., p. 4, definisce *off label* il vaccino utilizzato in maniera non conforme a quanto previsto specificamente dall'AIC: in tale eventualità, il medico agirebbe “sotto la sua diretta responsabilità” e con esclusione, di conseguenza, di quella della casa farmaceutica.

¹⁴ Cfr. CALETTI G.M., cit., nt. 8, cita il documento redatto dal CNB sul tema del *triage*, volto a definire tale situazione (cfr. CNB, *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).

¹⁵ CALETTI G.M., cit., p. 8, descrive tali situazioni come caratterizzate da una logica di “*Rechtsfreier Raum*”, inteso come zona franca, spazio libero da cui il diritto si ritira, lasciando spazio al “buon senso” dei singoli operatori sanitari.

4.2. L'astratta applicabilità dello stato di necessità.

Nelle situazioni descritte, il valore dei beni giuridici in gioco e la compressione che uno di questi sarà inevitabilmente destinato a subire sono di rilievo tale per cui si è posta la necessità di vagliare se esistessero delle soluzioni idonee a limitare i margini di punibilità di soggetti posti innanzi a conflitti irrisolvibili.

Proprio in relazione a queste zone franche, il sistema si rifà alla suggestiva e risalente figura dello stato di necessità. Non a caso, anche numerose voci della dottrina hanno proposto di regolare tali situazioni rifacendosi, *de jure condito*, al disposto dell'art. 54 c.p.¹⁶.

Preliminarmente, tuttavia, urge sgomberare il campo da possibili obiezioni o fraintendimenti. In ipotesi del tenore di quelle poc'anzi descritte, non soltanto è arduo reperire una *regula juris* di agevole applicazione, ma neppure potrà farsi ricorso alla causa di non punibilità di cui all'art. 590-*sexies* c. 2 c.p., concepita *ad hoc* in tema di responsabilità medica. Il motivo appare evidente: in relazione all'imprevedibile e devastante fenomeno della pandemia, non esistevano (non ne esistono di assodate ad oggi) adeguate linee-guida, prerequisite per l'applicazione della norma¹⁷. A tale scopo neppure avrebbero potuto giovare le indicazioni provenienti dagli organismi centralizzati di categoria, atteso che gli stessi criteri orientativi proposti dal Comitato Nazionale per la Bioetica sembrano cozzare con quelli della SIAARTI, rendendo ancor più complessi lo scenario e scelta dei medici. Da un lato, il CNB, dopo aver affermato la perdurante valenza dei principi di giustizia, equità e solidarietà, indirizza le scelte degli operatori sulla base del singolo criterio clinico, rifuggendo ogni altro parametro, quale l'età anagrafica, il sesso, la condizione e il ruolo sociale, perché eticamente inaccettabile¹⁸.

¹⁶ CAPUTO M., *Logiche e modi dell'esenzione*, cit., p. 5; GARGANI A., cit., nt. 23, considerano la figura dello stato di necessità ricollegandola all'inesigibilità di comportamenti alternativi leciti, categoria chiamata a riconoscere istanze di giustizia sostanziale che altrimenti non troverebbero applicazione nei casi concreti. Tra l'altro, questa figura ha spesso finito per ricollegarsi, nelle riflessioni della dottrina, all'ancor più radicale piano della tipicità del fatto, richiamando l'istituto della forza maggiore, dal momento che – si è ritenuto – l'inesigibilità costituirebbe espressione del principio *ad impossibilia nemo tenetur*. Ad ogni modo, volendo valorizzare l'impiego di un rimedio *in the books* come quello di cui all'art. 54 c.p., emerge l'esigenza di un equo bilanciamento con l'art. 2045 c.c. Il combinato disposto così costruito consentirebbe infatti di contemperare adeguatamente le istanze del personale medico con la riparazione delle conseguenze dannose a carico dell'interessato. Ricordiamo infatti che, anche qualificando lo stato di necessità come scriminante, il principio di unitarietà che caratterizza le cause di esclusione dell'antigiuridicità trova una pacifica deroga, in relazione all'art. 54 c.p., nell'art. 2045 c.c. Sul punto, cfr. CALETTI G.M., cit., p. 10. La stessa Relazione n. 35/2021 dell'Ufficio del Massimario (p. 19) fa riferimento alla figura dello stato di necessità – riferendosi tuttavia ad esso come causa di giustificazione – in relazione alle descritte ipotesi.

¹⁷ Sul ruolo che le linee-guida assumono nella struttura del giudizio di colpevolezza, cfr. *infra*, nt. 67 ss.

¹⁸ Cfr. CNB, *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 Comitato ritiene che nell'allocatione delle risorse si debbano rispettare i principi di giustizia, equità e solidarietà, per offrire a tutte le persone eguali opportunità di raggiungere il massimo potenziale di salute consentito», nonché «Quando ci si trova in una situazione, come quella attuale, di grave carenza di risorse, il CNB valuta il criterio clinico come il più adeguato punto di riferimento per l'allocatione delle risorse medesime: ogni altro criterio di selezione, quale ad esempio

Dall'altro lato, si pongono in direzione opposta le indicazioni provenienti dalla SIAARTI, che ammettevano la possibilità di porre un limite di età all'ingresso in terapia intensiva, in base ad un criterio di "massimizzazione dell'efficienza", ancorché eticamente difficile da accettare, riservando la corsia preferenziale ai soggetti che avessero maggiori *chances* di sopravvivenza¹⁹. Dunque, chiarita l'inapplicabilità dell'art. 590-*sexies* c. 2 c.p. (già di per sé assai problematico, come si vedrà nel prosieguo), ecco che la dottrina ha intravisto una strada salvifica nello stato di necessità.

Per quanto astrattamente ragionevole risulti un simile richiamo in relazione alle scelte tragiche, esso implica alcune precisazioni in merito alla concreta natura dell'esimente. Più specificamente, la peculiarità delle situazioni facenti capo al c.d. *triage* evoca la figura del conflitto di doveri all'interno del soccorso di necessità.

Confrontando i profili concreti dei casi esaminati con il testo dell'art. 54 c.p., notiamo numerose corrispondenze tra le ipotesi descritte e i requisiti previsti dall'esimente. Innanzitutto, l'agente (ossia l'operatore sanitario) risulta combattuto tra due situazioni, entrambe doverose, ciascuna delle quali gli impone di intervenire (*a*); egli opera a favore di soggetti terzi, ledendo il bene giuridico di un altro paziente²⁰ (*b*); vi è un'omogeneità dei beni giuridici in gioco (*c*) i quali hanno massimo rilievo, essendo attinenti alla sfera più intima dell'individuo e, pertanto, non prestandosi ad una compressione (*d*).

Nella pratica, nonostante i citati profili di emersione richiamino alcuni tratti caratterizzanti l'art. 54 c.p., la concreta applicabilità dello stato di necessità ai casi di specie si rivela compito assai complesso. Con ciò, non si vuole certo abbandonare questo itinerario: si ritiene infatti che la disposizione possa trovare spazio nelle ipotesi illustrate; tuttavia, ciò stimola, a monte, un'adeguata riflessione che tenga conto della concreta natura della disposizione.

4.3. La natura dello stato di necessità.

Un tema classico, che affonda le sue radici nel dibattito storico sulla teoria del reato e che ha interessato tutto il pensiero della penalistica moderna²¹, è quello che si propone di identificare la vera natura della esimente descritta all'art. 54 c.p.

l'età anagrafica, il sesso, la condizione e il ruolo sociale, l'appartenenza etnica, la disabilità, la responsabilità rispetto a comportamenti che hanno indotto la patologia, i costi, è ritenuto dal Comitato eticamente inaccettabile».

¹⁹ Cfr. SIAARTI, *Raccomandazioni di etica clinica per l'ammissione a trattamenti intensivi e per la loro sospensione in condizioni eccezionali di squilibrio tra necessità e risorse disponibili*, in www.quotidianosanita.it, 6 marzo 2020.

²⁰ Questa constatazione ci permette, più specificamente, di discorrere in relazione a tali situazioni di *soccorso di necessità*: il soggetto agisce per porre in salvo il bene giuridico di terzi, e non il proprio, con contestuale lesione o messa in pericolo dei beni di un altro individuo.

²¹ Le riflessioni che ora si svilupperanno traggono ispirazione, principalmente, da VIGANÒ F., *Stato di necessità e conflitti di doveri. Contributo alla teoria delle cause di giustificazione e delle scusanti*, Milano, 2000; MEZZETTI E., «Necessitas non habet legem?» *Sui confini tra "impossibile" ed "inesigibile" nella struttura dello stato di necessità*, Torino, 2000. Queste ponderose monografie, nella trattazione dello stato di necessità, ricostruiscono la figura

Una vasta area del diritto penale è dedicata al macrosistema della punibilità. Più specificamente, non volendo esondare dai confini dell'ordinamento interno, la più classica impostazione dottrinale suddivide tale branca in tre categorie fondamentali, distinguendo tra cause di giustificazione, cause scusanti e cause di non punibilità in senso stretto²². Rispetto a tale partizione, lo stato di necessità risulta conteso tra il campo delle cause di giustificazione e delle scusanti. Nella trattazione, si intende adottare l'impostazione che riconosce all'art. 54 c.p. una natura di Giano bifronte, capace di presentare connotati talora oggettivi, talora soggettivi²³. Si tratterà poi di vedere *quale* dei due volti lo stato di necessità assuma in relazione allo specifico scenario, sopra descritto, del *triage* nell'emergenza pandemica, dal momento che la scelta classificatoria comporta rilevanti conseguenze sul piano sostanziale²⁴.

4.3.1. Lo stato di necessità "giustificante".

In linea generale, le *rationes* che connotano le scriminanti e le scusanti risultano profondamente lontane, nonostante l'effetto pratico ultimo converga verso l'esclusione della punibilità dell'agente. Lo stato di necessità, in particolare, è stato letto in un'ottica giustificante, adottando l'impostazione più classica in materia di cause di esclusione dell'antigiuridicità. In via di prima approssimazione, le cause di giustificazione si fondano su di una logica comparativa di interessi²⁵: laddove si ponga l'alternativa di

sin dalle codificazioni ottocentesche e dagli influssi di matrice filosofica che ne hanno plasmato la struttura.
²² Cfr. per tutti, ROMANO M., *Commentario sistematico del codice penale*, I, Milano, 2012, pp. 520 ss. Riducendo ai minimi termini ogni riflessione sul punto, le scriminanti operano sul piano dell'antigiuridicità, escludendo il reato già dal punto di vista oggettivo, alla luce di un bilanciamento tra beni o interessi "interni" alla meritevolezza di pena. Diversamente, le scusanti intervengono in uno stadio successivo, concernente la particolare situazione soggettiva in cui versò l'agente, la quale ne esclude la rimproverabilità: si ha qui un fatto che, sotto il profilo oggettivo, rimane illecito, tuttavia il soggetto viene scusato. Da ultimo, le cause di non punibilità in senso stretto vengono anche definite, non a caso, cause di esclusione della sola pena: in altre parole, esse non intaccano la struttura del reato, che conserva tutto il disvalore originario, risultando perfetto nei suoi elementi sia oggettivi che soggettivi. Cionondimeno, lo Stato opta per escludere la punibilità dell'agente per ragioni "esterne" alla meritevolezza della pena, (per valutazioni di opportunità, di convenienza pratica, etc.).

²³ Per un'autorevole ricostruzione "ibrida" dello stato di necessità, cfr. FIORE C., *Diritto penale. Parte generale*, I, Milano, 1993, p. 338.

²⁴ Classicamente, la penalistica italiana coeva e successiva all'entrata in vigore del codice Rocco risultava scissa in due filoni fondamentali, che davano una lettura rispettivamente in senso oggettivo e soggettivo della disposizione. Lungo il primo versante, anche in conformità alla progressiva diffusione della teoria normativa della colpevolezza, si schierava la visione del Delitala (e nello stesso senso, del Musotto), che valorizzava l'assenza di rimproverabilità dell'agente, pur a fronte della permanente antigiuridicità del fatto, sul piano obiettivo. Analogamente, Scarano e Santamaria vedevano nell'art. 54 c.p. la codificazione del principio di inesigibilità, punto di emersione di un valore immanente all'ordinamento. Tra le letture in senso oggettivo, spiccavano le ponderose monografie del Molari e del Grosso, che incentravano la critica all'impostazione 'soggettivistica' sul fatto che il turbamento nel processo motivazionale dell'agente costituiva una ragione sostenibile solo in relazione ai fatti concernenti soggetti affettivamente vicini all'agente, mentre l'art. 54 generalizzava la figura del soccorso di necessità. Per approfondimenti in tal senso e per i riferimenti bibliografici relativi agli Autori citati, si rinvia *funditus* a VIGANÒ F., cit., pp. 124 ss.

²⁵ Sulle cause di esclusione dell'antigiuridicità cfr., in generale, FIANDACA G., MUSCO E., *Diritto penale. Parte*

tutela tra due beni giuridici, il fatto che verrà integrato sacrificando l'interesse minore, pur costituendo astrattamente reato, non potrà considerarsi antigiuridico, in quanto ha salvaguardato il bene ritenuto più meritevole di tutela²⁶. In altre parole, la causa di giustificazione costituirebbe disciplina di una condotta generatrice di un conflitto tra norme: la medesima azione ricade, allo stesso tempo, nella facoltà e nel divieto; tuttavia, per un bilanciamento *ex ante* fissato normativamente, prevarrà la prima, dacché la condotta dell'agente non rileverà già sul piano oggettivo, risultando *secundum ius*²⁷. Questa classica impostazione avrebbe poi subito una virata, vedendo come principio ispiratore di fondo dello stato di necessità come causa di giustificazione una valutazione dell' "economicità" della condotta rispetto ai valori dell'ordinamento²⁸.

Prescindendo ora dalle evoluzioni delle letture in senso esclusivamente oggettivo, possiamo agevolmente osservare come simili impostazioni – sia che si dia rilevanza al disvalore della condotta, sia che se ne dia al disvalore dell'evento – entrino in crisi nel momento in cui i beni da salvaguardare siano della medesima natura e appaiano incompressibili. Risulterebbe inaccettabile sostenere che vi sia un'indifferenza di fondo dell'ordinamento²⁹ innanzi alla morte di un cittadino rispetto ad un altro che ha invece potuto ricevere il trattamento di terapia intensiva.

Dunque, una lettura che vedesse nell'art. 54 c.p. unicamente la natura di scriminante si rivelerebbe perlomeno riduttiva. La logica di comparazione tra beni (o modalità di aggressione ai medesimi) risulta ipotizzabile laddove questi conservino diverso valore (come un bene patrimoniale, di fronte al bene della vita o integrità fisica); tuttavia, ad un caso come quello del *triage* in emergenza pandemica sembra molto meglio attagliarsi una visione dello stato di necessità scusante: le condizioni di scarsità delle risorse, umane e oggettive, che hanno portato a scelte tragiche, si presentano come autentiche fonti di turbamenti motivazionali operanti sul piano intellettuale dell'agente, che non potrà essere rimproverato.

Vediamo il perché.

4.3.2. Lo stato di necessità "scusante".

Una rilettura dello stato di necessità in senso scusante, perlomeno limitatamente a condotte connotate da dinamiche simili a quelle delle scelte tragiche in ambito

generale, Torino, 2019, p. 273 s.; in relazione, specificamente, allo stato di necessità, cfr. NUVOLONE P., *I limiti taciti della norma penale*, Padova, 1972, pp. 90 ss.; ANTOLISEI F., *Manuale di diritto penale, Parte generale*, Milano, 2003, p. 302 s.

²⁶ ROMANO M., *Cause di giustificazione, cause scusanti, cause di non punibilità*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1991, p. 46 s.

²⁷ Su tali riflessioni si consuma lo stesso dibattito relativo ai modelli teorici delle scriminanti, contese tra elementi negativi del fatto tipico e norme non penali dotate di finalità ben distinte da quelle incriminatrici: sul punto, si rinvia a VIGANÒ F., cit., pp. 227 ss.

²⁸ Il riferimento è alla preziosa elaborazione di DE FRANCESCO G.V., *La proporzione nello stato di necessità*, Napoli, 1978, pp. 42 ss.

²⁹ ANTOLISEI F. cit., pp. 302 ss.

pandemico, impone di risalire all'originaria differenziazione tra i piani di anti giuridicità e colpevolezza. Già nell'impostazione del Frank – quantomeno a partire dal Commentario del 1901³⁰ – si rinviene la citata tripartizione della non punibilità in cause obiettive di esclusione della pena, operanti sul piano del fatto (tra le quali si annoverava, ad esempio, la legittima difesa), cause personali di esclusione della pena (categoria corrispondente alle attuali cause di non punibilità in senso stretto) e cause di esclusione della colpevolezza, rispetto alle quali il fatto resta anti giuridico.

Tale ultima categoria ricomprendeva ipotesi che incidevano sulla sussistenza dell'elemento soggettivo dell'agente, quali l'errore di fatto o l'imputabilità, fattispecie ancor oggi rilevanti. Tuttavia, è solo dal 1903 che si compie un decisivo passaggio ulteriore: viene infatti inserita tra le scusanti la figura della coazione morale (oggi regolata all'art. 54, c. 3 c.p.), ipotesi peculiare del *genus* di condotte afferenti allo stato di necessità. La scelta di campo è qui fondamentale, perché segna il punto di svolta per il passaggio da una concezione meramente psicologica della colpevolezza ad un'impostazione normativa, secondo cui la colpevolezza costituisce un concetto complesso, comprensivo di elementi subiettivi e della possibilità di muovere un rimprovero al soggetto. All'evidenza, nel citato caso della coazione morale si ha dolo, ma il singolo non potrà essere punito perché non rimproverabile e, dunque, scusabile, in quanto ha commesso il fatto in circostanze concomitanti all'azione del tutto anormali (ossia, la *vis* psicologica di terzi).

La straordinaria capacità espansiva della rimproverabilità, come concetto capace di graduare il livello di colpevolezza dell'agente e, coerentemente, l'eventuale risposta sanzionatoria, porta il Frank a includere tra le scusanti, nell'edizione del Commentario risalente al 1907, tutte le ipotesi del *genus* stato di necessità³¹.

Proprio il parametro della normalità delle circostanze concomitanti all'azione incoraggerà, negli anni successivi, l'adozione della categoria dell'inesigibilità, come quarto elemento della colpevolezza, ultroneo rispetto all'elemento psicologico, all'imputabilità e alla conoscibilità delle norme³². L'impostazione fornita dalla dottrina tedesca alla struttura della colpevolezza costituirà un punto d'appoggio fondamentale per l'affermazione piena del concetto di rimproverabilità dell'agente, anche per come ricostruito nella storica³³ sentenza n. 364/1988 della Corte costituzionale. In tale ottica, l'inesigibilità risulta idonea a ricondurre ogni situazione afferente lo stato di necessità alle cause che escludono la colpevolezza, valorizzando quelle circostanze che turbano i processi motivazionali dell'agente, uscendo dall'area della normalità.

Il punto – che ci sentiamo di condividere – per cui quest'impostazione non sembra accoglibile nella sua interezza è che la nozione di “normalità” costituisce un

³⁰ FRANK R., *Das Strafgesetzbuch für das Deutsche Reich*, I ed., 1897, pp. 73 ss. Per l'esautiva ricostruzione della progressiva evoluzione dei profili della colpevolezza nei Commentari del Frank si rinvia a VIGANÒ F., cit., pp. 153 ss.

³¹ VIGANÒ F., cit., p. 156.

³² Più specificamente, la nozione di 'esigibilità' di una condotta conforme a diritto si deve a FREUDENTHAL B., *Schuld und Vorwurf im geltenden Strafrecht*, 1922.

³³ PULITANÒ D., *Nota a sent. 364/1988*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1988, p. 690.

parametro normativo vuoto, suscettibile di generare ulteriori incertezze applicative, essendo afflitta da un “congenito *deficit* di precisione”³⁴.

4.4. Primo bilancio dell’indagine: la tendenziale valenza del paradigma “scusante”.

Dunque, alla luce di questo pur fugace richiamo alle letture in senso esclusivamente soggettivo od oggettivo dello stato di necessità, pare che nessuna delle due opposte teorie risulti accettabile *in toto*. Da un lato, generalizzare la teoria oggettiva significherebbe abbandonarsi ad un criterio eccessivamente volatile e dunque foriero di incertezza; dall’altro lato, la lettura in senso esclusivamente soggettivo non fornirebbe adeguata giustificazione per i casi dei conflitti irrisolvibili in relazione a beni del medesimo rango. Sicché, pare che un’impostazione ‘ibrida’ possa costituire il compromesso più accettabile: in particolare, se lo stato di necessità può tendenzialmente concepirsi come causa di giustificazione, nel momento in cui i beni siano parimenti incomprimibili, l’agente dovrà essere invece scusato, sul piano della colpevolezza, rimanendo la sua condotta antigiuridica.

Calando questo approccio nel campo delle scelte tragiche nel *triage*, dal momento che incombe in capo al medico un dovere – non una mera facoltà – di agire, una lettura in senso “giustificante” non potrebbe risultare idonea³⁵. Dunque, si può ritenere che tra le pieghe dell’ordinamento sia già reperibile il rimedio volto ad evitare la punibilità dell’operatore sanitario che abbia intrapreso una scelta tragica, purché lo stesso sia letto alla luce del principio di inesigibilità, scusando una condotta caratterizzata da un forte turbamento nel processo motivazionale.

In relazione alla coppia di ipotesi in apertura accennate, la citata impostazione risulta ben applicabile al caso in cui il medico abbia “scelto” uno dei due pazienti, entrambi bisognosi di un trattamento sanitario d’urgenza. I beni sono infatti omogenei (le vite dei due pazienti), dacché non potrebbe ragionevolmente sindacarsi la condotta dell’operatore, atteso che non si sarebbe potuta esigere dal medesimo un’azione che potesse portare ad un esito più vantaggioso (o meno tragico) di quello ottenuto nel concreto, salvando uno dei due soggetti.

A ben vedere, piuttosto, maggiori complicazioni emergerebbero in relazione al secondo scenario. In particolare, il conflitto di doveri toccherebbe l’apice nel caso in cui l’agente avesse deciso, in base ad una valutazione di “efficienza”, di “staccare” dal dispositivo pazienti già collegati, ma con flebili probabilità di sopravvivenza, a favore di nuovi pazienti la cui condizione fosse invece “recuperabile”³⁶. Il *punctum dolens* sta nel fatto che, in tal caso, al dovere di non uccidere si contrapporrebbe quello di tutelare la vita di soggetti in pericolo. L’impostazione maggioritaria, in siffatte ipotesi, tende a far

³⁴ VIGANÒ F., cit., pp. 292 ss.

³⁵ Conclude in tal senso VIGANÒ F., cit., p. 474.

³⁶ CALETTI G.M., cit., p. 8: sul punto, ricordiamo la divergenza nei criteri orientativi del CNB e del SIAARTI, sopra trattati: le disposizioni del SIAARTI, in particolare, ammettevano l’impiego anche di criteri ulteriori rispetto a quello clinico, al fine di sciogliere la scelta tragica del *triage*.

prevalere il primo dei due doveri: la condotta dell'operatore che "staccasse" dal dispositivo il soggetto già ricoverato risulterebbe allora punibile, benché essa abbia congiuntamente determinato la salvezza di un terzo. In altre parole, a parità di beni giuridici in pericolo, il divieto di ledere uno dei due beni mediante condotte commissive (consistenti, nell'esempio, nel sottrarre il soggetto al supporto ventilatorio) prevarrebbe sull'obbligo di attivarsi a tutela dell'analogo bene di un terzo. Ciò risulta sostenibile in quanto il soggetto che già gode del trattamento gode della pretesa *erga omnes* all'astensione dalla lesione del suo bene giuridico-vita, logicamente superiore rispetto alla pretesa del soggetto che invece si aspetti che un qualunque terzo si attivi *ad hoc* per tutelare, con una condotta in positivo, il suo bene-vita³⁷. Cionondimeno, la stessa dottrina, comprensibilmente, risolve l'*impasse* riconoscendo la non punibilità anche nell'ipotesi da ultimo descritta, ritornando persino al piano dell'antigiuridicità. In particolare, la ragione risiederebbe nel fatto che, in tali scenari, non esisterebbe *tout-court* un modello di condotta predisposto dall'ordinamento, derivandone che qualunque scelta venisse presa non potrebbe considerarsi *contra ius* (in totale mancanza, per l'appunto, di *ius*)³⁸.

Dunque, eccezion fatta per l'ultima, peculiare, ipotesi descritta, in generale sembra potersi ritenere che le scelte tragiche del *triage* in emergenza pandemica, innanzi alle quali erano stati posti numerosi esponenti del ceto medico, possano trovare un'area ragionevole di non punibilità nella salvifica figura dello stato di necessità. Tali condotte, cionondimeno, risulteranno *scusabili*, rimanendo tendenzialmente antigiuridiche sul piano oggettivo, ma trovando l'applicazione del principio d'inesigibilità, come forma di espressione della colpevolezza, che permette di escludere il terzo elemento della teoria del reato.

5. (segue) Le soluzioni proposte dalla dottrina in relazione alle restanti situazioni di errore colposo nell'esercizio dell'attività sanitaria.

Eccezion fatta per il tema del *triage* che, per l'eccezionalità delle dinamiche che lo connotano, merita di essere trattato in separata sede, le altre condotte che, nel corso delle vicende pandemiche, hanno portato a eventi lesivi nei confronti dei pazienti sono state tendenzialmente integrate a seguito della commissione di errori. Abbiamo già avuto modo di sottolineare come l'assoluta singolarità delle circostanze in cui gli operatori sono stati costretti ad agire abbia giocato un ruolo preponderante nel rendere più elevato il margine di errore³⁹.

³⁷ VIGANÒ F., cit., p. 542, si rifà all'impostazione propria della dottrina tedesca (*ex multis*, Gropp, Küper) che riconosce al divieto di ledere attivamente il bene giuridico peso specifico maggiore rispetto all'obbligo di attivazione per la salvaguardia di un bene di pari valore.

³⁸ VIGANÒ F., cit., p. 540.

³⁹ Sulla molteplicità dei fattori di rischio che avrebbero esposto il personale sanitario a un più elevato margine di errore, rispetto alle situazioni, per così dire, 'ordinarie', v. CUPELLI C., *Emergenza Covid-19*, cit., par. 4.

Proprio a seguito delle numerose inchieste avviate a carico di diversi esponenti del ceto medico, le associazioni di categoria hanno richiesto un intervento ragionato del legislatore, sul presupposto dell'assenza di una disciplina idonea, capace di fornire adeguata tutela ai soggetti del Sistema Sanitario nazionale. Il riferimento va, evidentemente, alla troppo incerta e discussa causa di non punibilità introdotta dalla legge *Gelli-Bianco*.

5.1. L'ineffettività dell'art. 590-sexies, c. 2 c.p.

Per esigenze espositive, precisiamo che, se l'intento di tale contributo è quello di analizzare i profili dogmatici delle attuali aree di non punibilità in ambito medico, dovremo ora trattare dei due scudi penali introdotti nel sistema ad opera del decreto-legge n. 44/2021, convertito in legge n. 76/2021. Cionondimeno, prima di intraprendere questo itinerario, occorre brevemente ricostruire le vicende che hanno portato all'adozione delle due figure di non punibilità.

I tragici scenari pandemici hanno "risvegliato" il tema sempreverde della deresponsabilizzazione da colpa professionale. Sul punto, parte della dottrina⁴⁰, condividendo la proposta di introdurre una nuova disposizione *ad hoc*, capace di regolare le specificità delle attuali contingenze, vi ha contestualmente intravisto l'opportunità per ripensare, più in generale, i lineamenti della responsabilità professionale medica. Per la verità, anche rispetto alle posizioni che accoglievano una linea di pensiero più propensa ad un approccio di stampo conservativo, attraverso il richiamo a rimedi già reperibili nell'ordinamento penale, in un certo senso *in the books*⁴¹, comune denominatore risultava il senso di inappagamento verso l'art. 590-sexies, c. 2 c.p., anche per come rivisto secondo i principi di diritto enunciati dalle Sezioni Unite *Mariotti*⁴².

⁴⁰ CUPELLI C., cit., par. 5; CALETTI G.M., nt. 55.

⁴¹ Parte della dottrina ha cercato di dare nuovo vigore al modello della c.d. misura soggettiva della colpa, pur in un contesto di iper-oggettivizzazione della colpevolezza, attraverso il recupero del paradigma di cui all'art. 2236 c.c., espressione del principio di razionalità nell'esercizio di professioni di particolare difficoltà, 'valvola respiratoria' del sistema la cui perdurante validità è stata a più riprese confermata dalla stessa classe giurisprudenziale. In generale, la misura soggettiva della colpa persegue il fine di conferire adeguato rilievo ai profili di rimproverabilità del singolo: nonostante, astrattamente, operatori non specializzati abbiano assunto un rischio che, secondo i generali principi della teoria del reato, imporrebbe di astenersi dall'agire, non si può certo prescindere dal fatto che una tale condotta fosse volta ad arginare eventi altrimenti non gestibili da parte di un numero troppo esiguo di soggetti. Si tratterebbe, in altre parole, di valorizzare il profilo dell'inesigibilità di una condotta differente (già richiamato in ordine alla crisi del c.d. *triage*), facendo prevalere il concreto parametro dell'*eadem condicio* sul troppo astratto valore dell'agente modello, alla luce dell'assoluta singolarità della situazione. Sul punto, si rinvia, per tutti, a BARTOLI R., cit., *passim*; CAPUTO M., *Logiche e metodi dell'esenzione*, cit., *passim*. In realtà, quest'impostazione è stata criticata in quanto, benché condivisibile sul piano teorico, scontrerebbe un'ineffettività di fondo sul piano applicativo, a causa della scarsa considerazione della medesima da parte della giurisprudenza (cfr. CUPELLI C., cit., par. 4.2).

⁴² Specie negli ultimi dieci anni, il tema della responsabilità medica ha conosciuto una perpetua oscillazione tra le innovazioni di matrice legislativa e i successivi interventi giurisprudenziali. Nel 2012, il nostro ordinamento conosce l'introduzione, ad opera della legge n. 189 (c.d. *Balduzzi*), di una causa di non

Circa l'inadeguatezza dell'approdo delle Sezioni Unite nel fronteggiare le esigenze di contenimento responsabilitario del medico, si è osservato come la causa di non punibilità coniata dalla legge *Gelli-Bianco* non possa adattarsi ai casi in cui gli operatori abbiano agito nelle circostanze pandemiche, presupponendo linee-guida ufficialmente riconosciute o, perlomeno, buone pratiche clinico-assistenziali che, all'evidenza, ancora non esistono in relazione al presente fenomeno emergenziale (a). Non copre le ipotesi di negligenza e imprudenza, le quali ben potrebbero sorgere, accanto all'imperizia, in relazione all'estenuante lunghezza dei turni cui il personale è costretto, o con riguardo all'impiego anche di medici non specializzati nel settore della rianimazione (b). Inoltre, come evidenziato in apertura, le inchieste hanno toccato titoli di reato – come l'epidemia colposa – ultronei rispetto agli artt. 589 e 590 c.p., uniche due fattispecie contemplate da detta causa di non punibilità (c)⁴³.

5.2. Le proposte dottrinali e parlamentari.

Proprio a partire dalle citate criticità, già si è detto che parte della dottrina aveva proposto la riformulazione dell'art. 590-*sexies* c. 2 c.p. traendo anche ispirazione dal recupero di un paradigma che, negli anni, ha conosciuto vicende alterne, trovando talora il favore della classe giurisprudenziale⁴⁴. Il riferimento va all'art. 2236 c.c., espressione del c.d. principio di razionalità in relazione al caso in cui gli operatori del rischio adempiano le proprie prestazioni in condizioni di particolare difficoltà⁴⁵, capace, nella

punibilità per imperizia nello svolgimento di attività medica. Tuttavia, l'oscurità nella formulazione della fattispecie, dovuta al riferimento, per la prima volta, alle linee-guida e alle buone pratiche medico-assistenziali come norme eventualmente cautelari, nonché all'apparente contraddizione contenuta nella disposizione stessa, ha reso necessario un primo intervento della Cassazione, con la sentenza *Cantore*, la quale ne ha esteso l'applicazione anche ai contesti emergenziali. La disposizione, fondata sul discrimine tra colpa lieve e grave, specie a causa del mancato recepimento di un adeguato sistema di linee-guida e buone pratiche, ha indotto il legislatore a ritornare sul tema con l'introduzione dell'art. 590-*sexies*, c. 2 c.p., per mezzo della legge n. 24 del 2017 (c.d. *Gelli-Bianco*), di cui tratteremo *funditus infra*. Basti ora rammentare che il testo del comma secondo, superando la dicotomia colpa lieve/colpa grave, pur basandosi su di un istituzionalizzato sistema di accreditate linee-guida, è risultato così criptico da ingenerare un acceso contrasto giurisprudenziale, ricomposto dalle Sezioni Unite con un intervento, a sua volta, creativo. In particolare, la non punibilità del personale sanitario è stata ridotta ai soli casi in cui l'evento si sia verificato per *colpa lieve da imperizia nell'esecuzione di raccomandazioni, linee-guida o buone pratiche clinico-assistenziali adeguate, tenendo conto del grado di rischio da gestire e delle speciali difficoltà dell'atto medico*: un'area certo troppo ridotta per costituire una garanzia efficace a favore del personale sanitario operante nella recente situazione di gravissima emergenza. Per esaustivi approfondimenti e ricostruzioni sul tema, si rinvia a CARRARO L., [II problema, antico ma sempre attuale, della responsabilità penale del medico](#), in *Arch. pen. web*, 1/2021.

⁴³ CUPELLI C., *Note a prima lettura*, cit., par. 5.

⁴⁴ Cfr. CAPUTO M., cit., 6: «sulla scia di una risalente pronuncia della Corte costituzionale in tema di responsabilità sanitaria (C. cost. sent. 166/1973), la Cassazione ha da tempo allestito uno statuto della colpa in situazioni di emergenza che fa leva su una rilettura illuminata della regola di esperienza compendiata nella disposizione civilistica». Per i riferimenti alla giurisprudenza di legittimità, anteriori alla sentenza *Mariotti*, v. *infra*, nt. 92.

⁴⁵ FIANDACA G., MUSCO E., *Diritto penale. Parte generale*, cit., pp. 576 ss.

sua formulazione, di adattarsi duttilmente alle esigenze emergenziali, salvaguardando un giudizio di colpevolezza soggettivo⁴⁶, sul modello dell'art. 27 c. 3 Cost.⁴⁷.

Tali istanze, pur confluite, in un primo momento, in più o meno interessanti proposte parlamentari, non hanno trovato attuazione. Più specificamente, erano stati avanzati numerosi emendamenti⁴⁸ – dapprima alla legge di conversione del d.l. n. 18 del 2020 (c.d. Decreto Cura Italia), successivamente al d.l. n. 34 del 2020 (c.d. Decreto Rilancio) – riconducibili a due categorie fondamentali: a quelli, meno ragionati, che volevano un'esclusione della responsabilità *tout-court*, se ne aggiungevano altri, volti a ridefinire l'area della colpa medica nel contesto emergenziale.

Il primo nucleo di proposte ha conosciuto aspre critiche, specie laddove andava a prevedere pianamente una forma di non punibilità *tout-court*, tanto da guadagnarsi la definizione di «puerile tentativo di organizzazione della irresponsabilità ad ampio spettro»⁴⁹. D'altro lato, il secondo filone di emendamenti si presentava conforme alle proposte della dottrina sopra richiamata, mirando ad una ridefinizione del campo di applicazione dell'art. 590-*sexies*, c. 2 c.p. alla luce di un canone di razionalità⁵⁰. Purtroppo, nessuno dei due filoni ha trovato codificazione e la tematica, per alcuni mesi, non è stata più presa in considerazione.

6. La seconda fase della pandemia: l'attività di vaccinazione e le necessità d'introduzione del primo "scudo penale".

Come anticipato nel corso del primo paragrafo, nel periodo della pandemia interessato dalla campagna di vaccinazione il d.l. n. 44 del 2021 ha creato una nuova – perlomeno all'apparenza – "zona franca" di non punibilità. Questa, tuttavia, non ha toccato le fattispecie di errore colposo sovraesposte, incentrandosi piuttosto sull'esclusione della punibilità per eventi di morte o lesioni riconducibili alla attività di somministrazione di vaccini, quando la stessa sia stata conforme alle indicazioni contenute nel provvedimento di autorizzazione all'immissione in commercio e alle circolari pubblicate sul sito istituzionale del Ministero della Salute relative alle attività di vaccinazione⁵¹.

⁴⁶ RISICATO L., cit., p. 6.

⁴⁷ CAPUTO M., cit., p. 8.

⁴⁸ LOSAPPIO G., cit., pp. 2 ss., nel descrivere i diversi emendamenti opera, per la verità, una tripartizione, contemplando, oltre alle due categorie riportate nel testo, anche l'insieme degli emendamenti volti a prevedere forme di monetizzazione dei rischi biologici di contagio cui sono esposti i dirigenti medici e i sanitari.

⁴⁹ Così LOSAPPIO G., cit., p. 7.

⁵⁰ Per i fautori di un tale modello, cfr. C. CUPELLI, *Emergenza Covid-19*, cit., par. 4.1; LOSAPPIO G., cit., p. 9 s.

⁵¹ Art. 3 – 1. Per i fatti di cui agli articoli 589 e 590 del codice penale verificatisi a causa della somministrazione di un vaccino per la prevenzione delle infezioni da SARS-CoV -2, effettuata nel corso della campagna vaccinale straordinaria in attuazione del piano di cui all'art. 1, comma 457, della legge 30 dicembre 2020, n. 178, la punibilità è esclusa quando l'uso del vaccino è conforme alle indicazioni contenute nel provvedimento di autorizzazione all'immissione in commercio emesso dalle competenti autorità e alle circolari ((pubblicate nel sito internet istituzionale)) del Ministero della salute relative alle attività di

La disposizione – oggi definitivamente consolidata grazie alla conversione in legge del citato decreto ad opera della l. n. 76 del 2021 – è stata accolta con l’appellativo di “scudo per i vaccinatori”, poiché introdotta al dichiarato scopo di costituire un “placebo”⁵² con finalità ansiolitiche⁵³ avverso il timore dell’esposizione al rischio di procedimenti penali nei confronti degli operatori sanitari deputati all’inoculazione del vaccino. Questa prospettiva, indebitamente ingigantita – come sovente accade – dalle fonti mass-mediatiche, avrebbe altrimenti rischiato di indurre, come effetto collaterale, un diffuso atteggiamento di medicina difensiva, sotto forma di astensione dalla somministrazione delle dosi, con gravi complicazioni sul piano della campagna vaccinale⁵⁴.

6.1. La natura dogmatica dell’art. 3.

La struttura dello “scudo penale” poggia su tre punti cardine: innanzitutto, il campo oggettivo d’applicazione è contenuto ai soli eventi di morte o lesioni (a); questi, poi, dovranno essere eziologicamente riconducibili all’attività di somministrazione dei vaccini avverso il virus *Sars-CoV-2* (si fissano, così, il perimetro soggettivo e il nesso causale) (b). Chiariti i profili oggettivi e soggettivi, la disposizione prevede come effetto ‘benefico’ la non punibilità degli agenti, purché l’inoculazione sia stata eseguita secondo i crismi delle regole cautelari sancite *ad hoc* (c).

Occorre dunque vagliare se tale disposizione possa a ragione definirsi “scudo” ovvero se, piuttosto, presenti diversi connotati. Una simile indagine postula – analogamente a quanto fatto in relazione alle scelte tragiche del *triage* – l’analisi dell’intrinseca natura caratterizzante l’art. 3 d.l. n. 44/2021. A tal proposito, non possiamo che riprendere lo schema che tripartisce la non punibilità in cause di giustificazione (scriminanti), cause di esclusione della colpevolezza (scusanti) e cause di non punibilità in senso stretto⁵⁵.

Osservando l’art. 3, l’alternativa oscilla tra la seconda e la terza categoria: si tratta di comprendere se il legislatore abbia deciso di non punire condotte pur oggettivamente delittuose in quanto difettano di un *quid* sul piano soggettivo – risultando in tal modo scusabili – ovvero per altre ragioni, “esterne” alla meritevolezza della pena (per valutazioni di opportunità, di convenienza pratica, *etc.*).

Nonostante sembri riecheggiare una vaga assonanza con il testo dell’art. 590-*sexies*, c. 2 c.p. – causa di non punibilità in senso stretto – pare potersi affermare che il “primo scudo” presenti natura di scusante, essenzialmente, per una ragione

vaccinazione.

⁵² PENCO E., “Norma-scudo” o “norma-placebo”?, cit., *passim*.

⁵³ PIRAS P., *La non punibilità*, cit., p. 3.

⁵⁴ CUPELLI C. *Note a prima lettura*, cit., par. 2.1, identifica come fattore principale che sarebbe concorso a generare indebite manifestazioni di medicina difensiva la temporanea sospensione, in via cautelare, del vaccino AstraZeneca, evento che suscitato un rilevantissimo clamore mediatico negli ultimi mesi.

⁵⁵ ROMANO M., *Commentario sistematico*, cit., pp. 520 ss.; FIANDACA G., MUSCO E., *Diritto penale*, cit., p. 272.

fondamentale. Come affermato dalla prevalente dottrina⁵⁶, nella fattispecie delineata all'art. 3 d.l. n. 44 del 2021 il vaccinatore non viene punito nel momento in cui abbia rispettato le regole cautelari dettate nel merito; detto altrimenti, lo Stato non può muovere alcun rimprovero alla condotta del soggetto perché la medesima deve ritenersi non colposa. Dunque, non si ha uno "scudo" che copre determinate condotte delittuose garantendone l'impunità; si ha, piuttosto, uno "scudo" concernente condotte che dappprincipio non possono risultare punibili.

6.1.1. (segue) Scusanti in senso stretto e scusanti in senso lato.

Brevemente, una volta chiarita la natura scusante della suddetta fattispecie, si potrebbe astrattamente accennare ad un percorso ulteriore. Parte della dottrina⁵⁷, nello studio delle dinamiche della teoria del reato, ritiene doveroso scindere le scusanti "in senso stretto" da quelle "in senso lato"⁵⁸. Questa bipartizione coinvolge le articolate 'tassonomie' in materia di terzo elemento del reato.

La colpevolezza, nell'ordinamento italiano, costituisce la 'somma' di quattro fattori concomitanti: imputabilità, elemento psicologico (sotto forma di dolo o colpa), conoscibilità del precetto, assenza di cause scusanti⁵⁹. Tale concezione non è che una sorta di compromesso tra il modello della colpevolezza normativa del Frank e quello di origine angloamericana⁶⁰. La corrente dottrinale citata, lavorando su tale apparato quadripartito, composto da tre elementi positivi ed uno (l'assenza di scusanti) negativo, riconduce a quest'ultimo pilastro unicamente le scusanti in senso stretto, riconoscendo in esse l'espressione del principio d'inesigibilità di una condotta alternativa. Diversamente, le scusanti in senso lato non rappresenterebbero che meri rovesci negativi dei tre pilastri positivi della colpevolezza stessa. In altre parole, esse andrebbero a inficiare, alternativamente, l'imputabilità, l'elemento psicologico o la conoscibilità del precetto (si pensi rispettivamente alle figure della cronica intossicazione da sostanze stupefacenti, dell'errore di fatto, dell'ignoranza inevitabile della legge), senza assurgere ad autonomo elemento negativo. Proprio in quest'ottica muovevano le prime teorie, di matrice tedesca, che riconoscevano la natura puramente scusante dello stato di necessità⁶¹. Dunque, accogliendo tale teoria, potremmo ipotizzare di incasellare la figura dello "scudo penale" nel novero delle scusanti *lato sensu*, atteso che essa si limita a negare

⁵⁶ PIRAS P., *Lo scudo penale*, cit., par. 1; CUPELLI C., *Note a prima lettura*, cit., par. 2.2; PENCO E., cit., par. 4. In tal senso propende anche la stessa Relazione n. 35/2021 dell'Ufficio del Massimario della Cassazione (p. 11), in quanto la norma sembrerebbe mirare ad una ri-descrizione dei profili colposi.

⁵⁷ MARINUCCI G., *Il reato come azione*, 1971, pp. 219 ss.; Viganò F., cit., pp. 265 ss.

⁵⁸ VIGANÒ F., op. cit., p. 256.

⁵⁹ Cfr. FIANDACA G., MUSCO E., *Diritto penale*, cit., p. 343.

⁶⁰ VIGANÒ F., cit., p. 259, illustra la bipartizione tra i due modelli: nella ricostruzione del Frank, a imputabilità, elemento soggettivo e conoscibilità si sommerebbe, in positivo, la normalità delle circostanze concomitanti; nel modello angloamericano, diversamente, all'elemento positivo della *mens rea* (o, eventualmente, della *negligence*) si aggiungerebbe l'assenza di *defences*, ossia di cause scusanti.

⁶¹ Cfr. *supra*, nt. 31 ss.

la sussistenza dell'elemento psicologico in capo all'agente (nello specifico, la colpa), 'rovesciandolo'. Per la verità, l'attuabilità pratica di siffatta impostazione, per quanto suggestiva, si rivela tutt'altro che lineare: a chi scrive pare che la categoria dell'inesigibilità, più che costituire un autonomo elemento positivo, vada ricostruita, in *unum* con la rimproverabilità, come nozione capace di permeare trasversalmente e addolcire le asperità dei primi tre pilastri della colpevolezza, intervenendo in un'ottica di razionalità⁶². Essa coinciderebbe dunque con l'assenza di cause scusanti (suscettibili di inficiare i primi tre elementi positivi), come quarto elemento negativo della colpevolezza. Tale assunto troverebbe conferma nella stessa sentenza n. 364/1988, ove la rimproverabilità gioca un ruolo fondamentale proprio in rapporto ad uno dei tre fattori positivi della colpevolezza – la conoscibilità del precetto –, permettendo di volgere la presunzione di cui all'art. 5 c.p. da assoluta a relativa.

6.1.2. Il ruolo delle regole cautelari e il rapporto con le linee-guida.

Ritornando al tema della natura scusante di tale "scudo penale", la dottrina sul punto risulta piuttosto uniforme. Nonostante ciò, sembra interessante ripercorrere la diversità di argomentazioni dei primi commenti a margine della neo-nata disposizione i quali, pur condividendo tale aspetto, finiscono tuttavia per far derivare da esso conclusioni in parte divergenti.

Da un lato, si è ritenuto che l'art. 3 costituisca una norma vuota⁶³. Il fatto che il vaccinatore non risulti punibile perché ha rispettato le regole cautelari prescritte viene considerato come una sorta di ragionamento circolare: in assenza di violazione di regole cautelari sarebbe evidente la mancanza dell'elemento soggettivo, non essendovi, di base, alcuna condotta colposa. Tale teoria conclude, logicamente, ritenendo la fattispecie inutile dal punto di vista dell'innovazione legislativa, in quanto si potrebbe pervenire alle medesime conclusioni soltanto facendo appello alla lettera dell'art. 43, c. 1, alinea terzo, c.p.⁶⁴. Dunque, anche tralasciando le innegabili difficoltà probatorie insite nell'individuazione di un valido nesso causale tra l'attività di somministrazione del vaccino e l'evento nefasto (ad oggi, mancano del tutto leggi scientifiche di copertura che permettano di ricondurre le rare ipotesi di trombosi all'inoculazione dei vaccini)⁶⁵, le categorie del diritto penale generale si presenterebbero come perfettamente autosufficienti.

⁶² Sembrano concludere in tal senso anche VIGANÒ F., cit., pp. 298 ss. e GROTTO M., *Principio di colpevolezza, rimproverabilità soggettiva e colpa specifica*, Torino, 2012, p. 330.

⁶³ PIRAS P., *La non punibilità*, cit., par. 2.

(64) PIRAS P., *Lo scudo penale*, cit., par. 1, afferma che questo 'scudo' si rivela inutile nella misura in cui operi per condotte che già di per sé non sono *tout-court* colpose, citando come esempio il caso in cui perda la vita un paziente Covid-19, curato a domicilio da un'USCA: se la cura è stata conforme alle circolari del Ministero della Salute, non c'è alcun bisogno dello scudo, poiché già non si rientra nel campo dell'art. 43 c.p.

⁶⁵ PENCO E., cit., par. 4.

Il secondo percorso argomentativo⁶⁶ ritiene lo “scudo” una causa scusante proprio sulla base della scarsa precisione con cui la lettera della disposizione è formulata. In particolare, mancando qualsiasi riferimento al grado della colpa (lieve o grave) e alla qualità della medesima (negligenza, imprudenza od imperizia) si instaura di fatto una “presunzione di assenza di colpevolezza” ogniqualvolta il vaccinatore abbia rispettato le indicazioni sovrammenzionate. In altre parole, se queste non risultano violate, non occorrerà alcun vaglio ulteriore sulla sussistenza dell’elemento soggettivo, da reputarsi, per ciò solo, mancante. Si è infatti osservato che l’art. 3 prescinde, in sede di accertamento, “dall’indagine su regole cautelari diverse da quelle indicate espressamente, dal momento che non sarà esigibile altra condotta rispetto a quella pedissequamente conforme alle stesse, pur se l’osservanza di una norma prudenziale diversa avrebbe potuto impedire, nel caso di specie, il verificarsi dell’evento”. Di conseguenza, tale disposizione risulterà di certo migliorativa rispetto all’art. 590-*sexies* c. 2 c.p., poiché essa fa riferimento ad un numero limitato di regole cautelari, il rispetto delle quali (e di queste soltanto) impedirà di sindacare eventuali condotte che potrebbero risultare anche gravemente colpose.

Le due impostazioni, che ragionevolmente considerano la natura dell’art. 3 come scusante, si fondano sul presupposto per cui le indicazioni e le circolari possano adempiere in via satisfattiva al ruolo di regole cautelari, assumendo così un ruolo persino più rilevante di quello ricoperto dalle linee-guida in rapporto all’art. 590-*sexies* c. 2 c.p.: il rispetto di queste ultime – è ormai noto – potrà ben concorrere con la commissione di condotte colpose⁶⁷; l’osservanza delle indicazioni e delle circolari, invece, dovrebbe escludere per ciò solo il vaglio dell’elemento soggettivo.

Questo punto concorre ad innestare ulteriori incertezze sulla bontà della nuova disposizione. Nel settore della responsabilità medica – lo abbiamo accennato – la causa di non punibilità introdotta dalla legge *Gelli-Bianco* è stata interpretata in modo da conciliare la “convivenza” del rispetto delle linee-guida e di una condotta colposa. All’evidenza, ciò è stato reso possibile solo negando alle linee-guida lo *status* di regole cautelari, generatrici di colpa specifica sottoforma di “discipline”, come recita l’art. 43 c.p. Ora, appare quantomeno anomalo che, contrariamente, le circolari Ministeriali possano assumere una funzione effettivamente prescrittiva, di concrete regole cautelari, risultando così più pregnanti dell’accreditato – benché discusso – apparato delle linee-guida⁶⁸.

⁶⁶ CUPELLI C., *Note a prima lettura*, cit., par. 2.2.

⁶⁷ CARRARO L., *Il problema*, cit., *passim* e, in particolare, pp. 20 e 47, sottolinea l’apparenza mera dell’inconciliabilità tra il rispetto delle linee-guida e la sussistenza di una condotta colposa da parte del medico. Come evidenziato in Cass. pen., Sez. IV, 29 gennaio 2013, n. 16237, *Cantore*, pur nella vigenza del precedente decreto *Balduzzi*, le linee-guida non possono valere come regole cautelari scritte, non potendo così essere annoverate nell’area semantica delle “discipline” di cui all’art. 43 c.p., dando luogo a colpa specifica. Da qui, ne deriva che il mancato rispetto non comporta *de plano* la necessità di un rimprovero colposo come, all’opposto, la relativa osservanza non esclude comunque un addebito a titolo di colpa generica. Il sistema di accreditamento delle linee-guida, si è detto, non può comportare una tipizzazione della responsabilità per colpa.

⁶⁸ Come osservato alla nota precedente, infatti, le linee-guida accreditate inserite ad opera della legge *Gelli-Bianco* potrebbero, al più, costituire un indice sintomatico dell’elemento soggettivo colposo, ancora

6.2. Il rapporto tra lo “scudo” per i vaccinatori e l’art. 590-sexies, c. 2 c.p.

Il carattere criptico della disposizione, peraltro, fa residuare talune perplessità anche con riferimento ai rapporti con la figura inserita all’art. 590-sexies c. 2 c.p. Ciò implica, pertanto, un doveroso raffronto con essa: sulle relazioni intercorrenti tra le due fattispecie, la miglior dottrina si è espressa con toni differenti.

Quanti hanno ravvisato nello scudo una norma migliorativa, capace di scusare anche le condotte gravemente colpose, hanno riconosciuto tra le due disposizioni la sussistenza di un rapporto di specialità⁶⁹. In particolare – si è osservato – lo scudo, nella sua genericità, non menziona l’imperizia, né “l’adeguatezza alla specificità del caso concreto” e, inoltre, richiamerebbe fonti ben più *floue* delle accreditate linee-guida di cui discorre la legge *Gelli-Bianco*⁷⁰, godendo così di un più vasto campo di applicazione.

Secondo chi, all’opposto, ritiene che lo “scudo” non sia che un vuoto contenitore⁷¹, poiché si limiterebbe a ribadire regole già recuperabili mediante il richiamo alle generali categorie del sistema penale, non potrebbe concepirsi alcun rapporto tra l’art. 3 e l’art. 590-sexies. L’argomento fondante risiederebbe nel fatto che la fattispecie introdotta dalla legge *Gelli-Bianco* si astiene dal punire condotte che, per quanto lievi, sono colpose. Infatti, nella lettura data all’art. 590-sexies, c. 2 c.p. dalle Sezioni Unite *Mariotti*, il legislatore omette di punire un soggetto che ha agito con imperizia non grave, nella fase esecutiva di un trattamento governato da linee-guida (correttamente selezionate e) adeguate al caso concreto⁷²: ma una colpevolezza, per quanto attenuata, sotto forma di imperizia lieve, c’è, tant’è che l’art. 590-sexies, c. 2 c.p. si qualifica come causa di non punibilità. Nel caso dello scudo penale, invece, non si può parlare di colpa (non a caso, come visto, la miglior dottrina concorda sulla natura di causa di esclusione della colpevolezza), perché il vaccinatore ha rispettato le regole cautelari richieste. Quindi, da un lato, avremmo una condotta imperita, ancorché lieve (e perciò, non punibile); dall’altro lato, una condotta non colposa⁷³.

In generale, a ben vedere, si potrebbe valorizzare soprattutto questa seconda ricostruzione. La ragione è lineare: appare arduo poter discorrere di specialità laddove

pienamente da accertarsi nel concreto. Sul punto, si rinvia a Carraro L., cit., p. 47, nonché a CIVELLO G., voce *Responsabilità colposa per morte o lesioni personali in ambito sanitario*, in *Dig. Pen., Agg. X*, Milano, 2018, 723. Cionondimeno, ad una prima lettura della Relazione n. 35/2021 dell’Ufficio del Massimario (p. 15) pare che anche le stesse indicazioni dell’AIC possano andare a costituire regole cautelari specifiche, nonostante ciò faccia sorgere, per la verità, più di qualche perplessità.

⁶⁹ CUPELLI C., *Note a prima lettura*, cit., par. 2.2. Nello stesso senso anche la Relazione n. 35/2021 dell’Ufficio del Massimario (p. 13) la quale parla di specialità bilaterale in ordine ai perimetri applicativi delle due fattispecie.

⁷⁰ Come visto, a suscitare dubbi sullo *status* di vere regole cautelari in capo alle circolari è proprio la logica fortemente elastica che le connota.

⁷¹ PIRAS P., *La non punibilità*, cit., *passim*.

⁷² Cfr. CARRARO L., cit., p. 39.

⁷³ PIRAS P., cit., par. 3.

le fattispecie posseggano una natura intrinsecamente diversa (rispettivamente, causa scusante e causa di non punibilità *stricto sensu*)⁷⁴. Abbiamo già osservato che è perlomeno incerto se l'art. 3 contempra solo condotte sin dappprincipio non colpose⁷⁵ o, all'opposto, condotte anche gravemente colpose ma scusabili, in quanto rispettose delle sole indicazioni e delle circolari, senza che occorra indagare su regole cautelari ulteriori⁷⁶. Qualsiasi interpretazione voglia accogliersi, la conclusione sarà sempre nel senso di affermare che lo "scudo penale" vada a scusare determinate condotte, ritenute perciò scevre da colpevolezza. In altre parole, sia che si veda nello scudo una norma vuota, che contempla già dappprincipio azioni non colpose, sia che esso scusi determinate condotte presuntamente ritenute non colpose per il sol fatto di rispettare le indicazioni e le circolari, il risultato finale è il medesimo, ossia l'assenza di colpevolezza. All'opposto, l'art. 590-*sexies* costituisce pacificamente una causa di non punibilità in senso stretto, omettendo di punire condotte che, per quanto lievi, risultano colpose.

Peraltro, ulteriore argomento spendibile a favore dell'incomunicabilità genetica tra le due fattispecie potrebbe attenersi alla natura della colpa in esse contemplata. Se effettivamente, in relazione allo "scudo penale", le indicazioni e le circolari assurgessero allo *status* di autentiche regole cautelari⁷⁷, fondative di un idoneo *standard* di

⁷⁴ Dunque, la ragione che potrebbe ritenersi decisiva, nel senso di escludere una relazione logico-strutturale in termini di specialità, attiene alla intrinseca e diversa natura delle due disposizioni. Il punto, tuttavia, coinvolge tematiche densissime, concernenti il microsistema del concorso apparente di norme. Non ci si può ora soffermare su di una disamina approfondita delle relazioni intercorrenti tra lo scudo penale e l'art. 590-*sexies* c.p., considerando anche che sarà l'applicazione pratica della prima fattispecie a fornire indizi su di un eventuale rapporto di specialità tra norme. Ad ogni buon conto, sembra ragionevole propendere per la tesi dell'incompatibilità strutturale tra fattispecie, alla luce di un confronto di carattere rigorosamente astratto tra le medesime. In particolare, ricordiamo che il principio per cui si avrebbe specialità qualora una fattispecie, rientrando in una disposizione, fosse ricompresa in un'altra, laddove la prima non esistesse, fa propria una concezione di "stessa materia", parametro fissato all'art. 15 c.p., operante sul piano astratto. In altre parole, è necessario che tra le due norme si instauri una relazione raffigurabile secondo i diagrammi di Eulero-Venn, ossia a cerchi concentrici. Una simile concezione sottende una nozione di specialità in senso stretto (senza, tuttavia, sfociare negli orientamenti c.d. monisti valoriali), ricomprendendovi solo la categoria c.d. unilaterale e, eventualmente, accogliendo diversi criteri per le ipotesi di interferenza e bilateralità. Fatta propria una tale impostazione, sembra comunque che tra le due disposizioni non si possa individuare la richiamata struttura a cerchi concentrici, in quanto, al di là della natura intrinsecamente diversa, altri elementi si pongono in rapporto di reciproca incompatibilità (si pensi alle linee-guida accreditate, contenute nell'art. 590-*sexies* c.p. ma non nell'art. 3, che contempla invece circolari ministeriali e autorizzazioni AIC le quali, francamente, ci paiono divergere dalle prime, come si è osservato nel testo). Sul principio di specialità, sulle relative problematiche e sui rapporti con altri criteri, cfr. l'ampia ed esaustiva ricerca di SILVA C., *Sistema punitivo e concorso apparente di illeciti*, Torino, 2018, in particolare pp. 101-150. Si rinvia inoltre, per tutti, ad AMBROSETTI E.M., *Materia regolata da più leggi penali o da più disposizioni della medesima legge penale. Il principio di specialità*, in RONCO M., AMBROSETTI E.M., MEZZETTI E. (a cura di), *La legge penale. Fonti, tempo, spazio, persone*, Bologna, 2016, pp. 439 ss., nonché ROMANO M., *Commentario sistematico*, cit., pp. 171 ss.

⁷⁵ *Ibidem*.

⁷⁶ CUPELLI C., cit., par. 2.

⁷⁷ Il tema dell'equazione regole cautelari-linee guida, prima e dopo la legge *Gelli-Bianco*, ha costituito terreno di feconde riflessioni dottrinali. Il dibattito trova nelle attuali circolari Ministeriali dello scudo penale nuova linfa, aumentando queste i punti problematici. Per posizioni di diverso tenore si rinvia, rispettivamente, a CIVELLO G., *Responsabilità medica e rispetto delle "linee-guida", tra colpa grave e colpa lieve (la nuova disposizione del "decreto sanità")*, in *AP*, 1/2013, pp. 85 ss. e [P. PIRAS, In culpa sine culpa. A proposito dell'art. 3 co. 1 l. 8](#)

prevedibilità della colpa⁷⁸, la divergenza dall'art. 590-*sexies* c. 2 c.p. sarebbe ancor più evidente, contemplando queste uniche forme di colpa generica (tant'è che fa esplicito riferimento alla categoria dell'imperizia), dal momento che le linee-guida della legge Gelli-Bianco hanno natura meramente orientativa. Sennonché, ribadiamo che questa argomentazione risulta solamente ipotetica, atteso che, come sopra sottolineato, appare arduo affermare che delle mere circolari Ministeriali possano godere, a differenza delle accreditate linee-guida, dello *status* di "discipline", come regole cautelari pienamente rilevanti per i canoni della colpa specifica, *ex* art. 43 c.p.

Dunque, parlare di causa scusante in relazione all'art. 3 non fa che porre in risalto ancor maggiore l'inappropriatezza del termine "scudo", con cui si usa definirla: uno scudo penale viene inteso come un *quid* che si erge a difesa di un soggetto quando, pur essendo il reato *perfetto in ogni suo elemento soggettivo e fattuale*, per le più disparate ragioni (scarsa rilevanza del fatto, meritevolezza dei motivi per cui è stato compiuto, *etc.*), lo Stato decida di non infliggere la sanzione. La non rimproverabilità⁷⁹ per assenza di colpa (in qualunque modo ciò venga inteso, come visto) è concetto ben distinto (tant'è che la formula assolutoria sarà quella per cui il fatto non costituisce reato). Si può allora concludere che, effettivamente, la disposizione è stata introdotta al precipuo scopo di tranquillizzare la categoria⁸⁰, cercando di fronteggiare le pressioni derivanti, *in primis*, dal soffocante flusso mass-mediatico.

7. La rivisitazione "emergenziale" della responsabilità medica a seguito della l. n. 76 del 2021.

La rassegna delle aree di non punibilità a favore degli operatori sanitari nell'emergenza pandemica si chiude con l'esame dell'art. 3-*bis* d.l. n. 44 del 2021 – introdotto ad opera della legge di conversione n. 76 – il quale confina la punibilità per i fatti di cui agli articoli 589 e 590 c.p., avvenuti durante lo stato di emergenza epidemiologica, commessi nell'esercizio della professione sanitaria e che trovano causa nella situazione di emergenza, alle sole ipotesi di colpa grave.

Trascorso più di un anno, in modo forse inatteso, le istanze originariamente avanzate dalla categoria del personale sanitario e portate avanti dalla dottrina sembrano

[novembre 2012, n. 189 \(linee guida, buone pratiche e colpa nell'attività medica\)](#), in *Dir. pen. cont.*, 26 novembre 2012, contributo nel quale l'Autore già sostiene, nella vigenza del Decreto *Balduzzi*, l'inconciliabilità del rispetto delle linee-guida (concepandole come regole cautelari) con una condotta colposa.

⁷⁸ Sulle componenti della colpa, tra le quali vengono ricomprese la prevedibilità e l'evitabilità dell'evento, cfr. CARRARO L., *cit.*, p. 11.

⁷⁹ CARUSO G., *Ignoranza ed errore sulla legge penale*, in RONCO M. (a cura di), *Il reato*, Torino, 2011, pp. 787 ss.

⁸⁰ PENCO E., "Norma scudo" o "norma placebo"?, *cit.*, nt. 15, 16, rileva che lo scudo di cui all'art. 3 sarebbe fallito nell'intento *ab origine* perseguito, come emergerebbe dalle stesse dichiarazioni espresse dal ceto medico, in quanto la misura avrebbe riguardato soltanto la fase della somministrazione dei vaccini anti-Covid, aspetto che «se ha fatto molta presa sui media, non preoccupava più di tanto i medici, abituati ad assumersi responsabilità in tutte le campagne vaccinali» (queste le parole del Presidente della Federazione nazionale degli Ordini dei Medici Chirurghi e Odontoiatri, Filippo Anelli).

aver finalmente trovato attuazione, dopo che i relativi emendamenti parlamentari erano sfumati.

7.1. *L'art. 3-bis come causa di non punibilità in senso stretto.*

Ancor più del “primo scudo penale”, tale disposizione impone uno stretto confronto con la “generale” fattispecie di non punibilità nel settore medico, ossia l'art. 590-*sexies*, c. 2 c.p. Analogamente a quanto si è cercato di fare in relazione all'art. 3, anche la suddetta ipotesi dovrà, in via prodromica, trovare compiuta classificazione all'interno delle categorie generali del macrosistema della non punibilità penale.

Sembra, a tutti gli effetti, che l'art. 3-*bis* possa ricondursi all'area delle cause di non punibilità in senso stretto, ponendosi così in una relazione di specialità rispetto alla figura introdotta dalla legge *Gelli-Bianco*⁸¹. Sostanzialmente, il legislatore riconosce che una condotta pur penalmente rilevante, ma caratterizzata da una colpa lieve, non possa essere sanzionata, per le assolute peculiarità del contesto in cui si inserisce. Pertanto, a ben vedere, è l'art. 3-*bis* a costituire l'autentico scudo – se ci si volesse avvalere di una simile nomenclatura –, astenendosi dal punire una condotta perfetta nei suoi profili oggettivi e soggettivi, a differenza dell'art. 3, che si qualifica invece come causa scusante⁸².

7.2. *La struttura della fattispecie.*

Tali constatazioni vengono ulteriormente corroborate laddove ci si soffermi sulla struttura della disposizione.

Un raffronto con l'art. 590-*sexies*, c. 2 c.p. ci induce a ritenere che tra le due cause di non punibilità sussista un rapporto di specialità. Innanzitutto, una dimensione di confronto può essere instaurata proprio per il fatto che le due disposizioni sono caratterizzate da una omogeneità nella natura dogmatica. Si tratta allora, una volta confermata la comparabilità delle norme, di cogliere quali siano gli elementi specializzanti contenuti nell'art. 3-*bis*.

In primis, appare evidente la peculiarità delle contingenze temporali, dal momento che l'art. 3-*bis* si applica unicamente *durante lo stato di emergenza epidemiologica da SARS-Cov-2, dichiarato con delibera del Consiglio dei Ministri del 31 gennaio 2020 e successive proroghe*: pertanto, ad oggi, la disposizione conserva una valenza per i fatti (non, beninteso, per gli eventi) ricompresi nell'arco temporale tra il 31 gennaio 2020 e il 31 dicembre 2021⁸³ (*a*).

⁸¹ CUPELLI C., *Note a prima lettura*, par. 6.

⁸² PIRAS P., *Lo scudo penale*, cit., par. 1.

⁸³ Attualmente, lo stato di emergenza è prorogato sino al 31 dicembre 2021, ad opera del d.l. n. 105/2021, convertito con legge n. 126/2021.

In relazione al profilo, per così dire, funzionale⁸⁴, le condotte che esulano dalla sfera di punibilità sono soltanto quelle incasellabili negli articoli 589 e 590 c.p. (omogeneamente, pertanto, all'art. 590-*sexies*, c. 2 c.p.)⁸⁵, purché integrate nell'esercizio di una professione sanitaria durante lo stato di emergenza e che trovano causa nel medesimo. Questa delimitazione gioca un ruolo di assoluta rilevanza, in quanto permette di ricomprendere tra le condotte non punibili anche quelle relative a patologie non correlate strettamente al virus, ma *la cui efficienza sia sfiorita* a causa della situazione d'emergenza generata dalla pandemia⁸⁶ (b).

Per quanto attiene ai profili dell'elemento psicologico della colpa, le considerazioni da svolgere operano su due binari, i quali paiono porsi in una relazione, per così dire, di specialità bilaterale.

Sotto il primo versante, l'art. 3-*bis* omette qualsiasi riferimento alle categorie della colpa, intese come negligenza, imprudenza, imperizia. Ciò implica, all'evidenza, l'operatività in senso migliorativo del "secondo scudo" penale rispetto all'art. 590-*sexies*, dal momento che esulano dal cono della punibilità anche le condotte negligenti o imprudenti, purché di lieve gravità, oltre che quelle imperite.

Questo profilo risulta fortemente evocativo, poiché pare prescindere dalle scivolose distinzioni semantiche che intercorrono tra le citate figure, foriere di incertezze applicative⁸⁷. Se, astrattamente, l'imperizia viene definita come la declinazione di negligenza e imprudenza nell'ambito di attività professionali pericolose e di peculiare difficoltà⁸⁸, all'atto pratico l'individuazione della medesima risulterà tutt'altro che agevole. Il legislatore dell'emergenza si è dunque dimostrato consapevole di come, se si fosse mantenuta la tripartizione in materia di colpa generica, ciò avrebbe esposto a forti rischi penali tutti i medici impiegati, a causa della scarsità delle risorse umane, in settori esulanti dalle loro competenze specifiche. Astrattamente, le loro condotte si sarebbero dovute ricondurre alle ipotesi di negligenza ed imprudenza, con conseguente punibilità, atteso che, applicando rigidamente le generali categorie del sistema penale, essi si sarebbero assunti un rischio⁸⁹ che pur sapevano di non poter gestire e dal quale, pertanto, si sarebbero dovuti astenere.

La scelta in tal senso compiuta dal legislatore risulta tanto più apprezzabile nel momento in cui si rammenta che essa pare recuperare l'orientamento giurisprudenziale

⁸⁴ CUPELLI C., cit., par. 6.1, parla di profili 'oggettivo-funzionali' della causa di non punibilità in esame.

⁸⁵ Esula anche dallo specchio della nuova fattispecie il delitto di epidemia colposa (artt. 438 e 452 c.p.) che, come visto nei paragrafi precedenti, ha pur costituito ipotesi di reato in alcune inchieste aperte negli ultimi mesi.

⁸⁶ CUPELLI C., *idem*, par. 6.1.

⁸⁷ La difficoltà di distinguere tra negligenza, imprudenza ed imperizia aveva già indotto la giurisprudenza di legittimità (Cass. pen., Sez. IV, 11 maggio 2016, n. 23283, *Denegri*) a superare tali partizioni, a causa della "inettitudine euristica di ogni tentativo di delimitazione delle forme di colpa generica". La legge Gelli-Bianco ha riesumato le predette difficoltà concettuali, cancellando l'apprezzabile intervento giurisprudenziale. Sul punto, cfr. CARRARO L., cit., pp. 22 ss., 62 ss.

⁸⁸ RISCATO L., cit., par. 4, parla di "delicata latitudine concettuale", facendo riferimento al perimetro della nozione di imperizia.

⁸⁹ FIANDACA G., MUSCO E., cit., 583 s.; CUPELLI C., *Emergenza Covid-19*, cit., par. 4.

di ampio respiro che, seguendo la *ratio* del classico principio di razionalità, nella vigenza del decreto Balduzzi prescindeva dalla tripartizione in tema di colpa generica⁹⁰ (c1).

Il secondo profilo della colpa concerne invece il grado della medesima, bipartita tra grave e lieve. Nonostante il silenzio della lettera dell'art. 590-*sexies* c. 2 c.p. sul punto, una comparazione tra fattispecie può nuovamente concepirsi, grazie all'intervento chiarificatore delle Sezioni Unite *Mariotti* con cui è stato re-introdotto in via pretoria (dopo la legge *Balduzzi*) il *discrimen* tra i livelli di colpa.

Ancora una volta, il nuovo scudo si presenta come migliorativo rispetto all'art. 590-*sexies* c. 2 c.p., considerando non punibili tutte le condotte caratterizzate da colpa lieve (e non soltanto quelle per imperizia lieve nell'esecuzione di linee-guida pur correttamente scelte ed adeguate al caso concreto, come dispone la *regula juris* delle Sezioni Unite del 2018). Tale scelta è ben giustificata, dal momento che l'assoluta eccezionalità delle circostanze all'interno delle quali gli operatori sanitari hanno agito non può passare sotto silenzio, costituendo un fattore determinante per vagliare la dinamica delle condotte degli stessi.

Proprio in tale ottica, il legislatore si è fatto altresì carico di fornire, al secondo comma dell'art. 3-*bis*, una sorta di decalogo di parametri orientativi, imprescindibili per il giudice nel processo di ponderazione del grado della colpa⁹¹.

Si tratta, specificamente, 1) della limitatezza delle conoscenze scientifiche al momento del fatto sulle patologie da SARS-CoV-2, fattore che, a monte, impedisce il reperimento di idonee linee-guida alle quali l'operatore dovrebbe rifarsi, come invece avviene nell'ipotesi *standard* dell'art. 590-*sexies*, c. 2 c.p.; 2) della scarsità delle risorse umane e materiali concretamente disponibili in relazione al numero dei casi da trattare e 3) del minore grado di esperienza e conoscenze tecniche possedute dal personale non specializzato impiegato per far fronte all'emergenza, fattore, quest'ultimo, che costituisce diretta attuazione della scelta di ricomprendere nei casi di non punibilità anche la negligenza e l'imprudenza lievi, come già osservato⁹².

Anche sotto tale profilo, è agevole notare come il legislatore abbia cercato di codificare i migliori approdi di origine giurisprudenziale che, negli ultimi anni, avevano

⁹⁰ Nella vigenza del decreto *Balduzzi*, il *discrimen* tra negligenza, imprudenza e imperizia nella colpa medica era stato introdotto da Cass. pen., Sez. IV, 29 gennaio 2013, n. 16237, *Cantore*; successivamente, questa impostazione aveva conosciuto un progressivo mutamento grazie a Cass. pen., Sez. IV, 9 ottobre 2014, n. 47289, *Stefanetti*; Sez. IV, 1 luglio 2015, n. 45527, *Cerracchio* e n. 23283, *Denegri*, cit.

⁹¹ CUPELLI C., *Note a prima lettura*, cit., par. 6.2.

⁹² PIRAS P., *Lo scudo penale*, cit., par. 3, svolge taluni utili esempi volti a meglio circoscrivere l'area di operatività del parametro della colpa grave. Il primo fattore, ossia l'assenza di adeguate conoscenze, opererebbe nel caso di omessa somministrazione di eparina quando ancora non si conosceva il meccanismo patogenetico del SARS-CoV-2 attivante coagulopatia o, più in generale, nelle ipotesi di somministrazione di farmaci *off label*, non fondata su letteratura internazionalmente accreditata, perché ancora assente. La scarsità delle risorse umane e materiali renderebbe non punibili condotte che avrebbero portato alla morte di alcuni pazienti a seguito dell'obbligato *triage* pandemico. Ancora, l'impiego di personale non specializzato inciderebbe su condotte astrattamente punibili, come il mancato isolamento di un paziente sintomatico Covid-19, nel momento in cui, all'inizio del 2020, ancora era ignoto che il via respiratoria di contagio, con conseguente diffusione del virus in capo a terzi.

cercato di stilare dei decaloghi strumentali al vaglio concreto dei giudici nella valutazione della colpa medica⁹³. (c2).

Tali pur fugaci annotazioni sulla struttura del nuovo art. 3-*bis* permettono di tracciarne un giudizio complessivamente positivo, a differenza dello scudo a favore dei vaccinatori. Si tratta di una norma di buon senso⁹⁴, che accetta di sostituire all'applicazione di una disposizione macchinosa come quella dell'art. 590-*sexies*, c. 2 c.p. una figura sensibile alla peculiarità delle attuali circostanze.

In essa, il legislatore, conscio della miglior giurisprudenza affermatasi nella vigenza del decreto *Balduzzi* prima, della legge *Gelli-Bianco* poi⁹⁵, ha tentato di ricondurre *ad unum* le divergenti soluzioni avanzate, mediando tra le opposte opinioni. Infatti, a fronte di un versante della dottrina che sollecitava un intervento esplicito, volto a incidere sui profili della responsabilità medica (eventualmente, anche, ripensandola nelle sue fattezze generali), un altro filone propendeva per rinvenire dei rimedi *in the books, de jure condito* – come esaminato nei paragrafi precedenti – sovente richiamando la valorizzazione dell'art. 2236 c.c., che conferisce vigore alla sbiadita, ma fondamentale, misura soggettiva della colpa.

Coerentemente, la formulazione dell'art. 3-*bis* consente di conferire rilievo, nei processi decisionali del giudice, alle criticità del contesto organizzativo e strutturale, al contesto, alle risorse disponibili, al tipo di rischio che l'art. 2236 c.c., anche in assenza di linee-guida, si dimostra in grado di valorizzare⁹⁶. Dall'altro lato, dando ascolto anche a quella parte della dottrina che auspicava l'adozione di un rimedio *ad hoc*, la neo-nata disposizione, oltre a positivizzare, sia pur in una norma a valenza temporale limitata, il principio di razionalità in sede specificamente penale, lo integra, superando la lettura restrittiva che ne escludeva la sussistenza in relazione alle ipotesi di negligenza e imprudenza⁹⁷.

⁹³ In particolare, è la sentenza *Cantore*, cit., a fissare un elenco di indicatori utili per valutare la gravità della colpa, con una tecnica simile a quella che avrebbero assunto le stesse Sezioni Unite nella di poco successiva sentenza *ThyssenKrupp*. Tali criteri sono stati poi ripresi dalle Sezioni Unite *Mariotti*, nella vigenza del successivo art. 590-*sexies* c. 2 c.p. Sul punto, v. CARRARO L., cit., p. 58.

⁹⁴ CUPELLI C., cit., par. 7.

⁹⁵ Il principio di razionalità ha trovato un primo riconoscimento in ambito medico grazie alla sentenza n. 166/1973 della Corte costituzionale. Il paradigma è saltuariamente riemerso negli anni successivi per trovare una nuova stagione di apprezzamento nei periodi più recenti. Se già sotto il decreto *Balduzzi* la sentenza *Cantore* ha avuto modo di richiamarne la rilevanza, anche nella vigenza dell'attuale art. 590-*sexies* c. 2 c.p. la sentenza *Tarabori-De Luca* prima, le Sezioni Unite *Mariotti*, da ultimo, ne hanno confermato la perdurante validità.

⁹⁶ CAPUTO C., *Logiche e metodi dell'esenzione*, cit., p. 9, si rifà, in ordine alla valorizzazione del parametro *ex art. 2236 c.c.*, alle considerazioni di FIORE C., FIORE S., *Diritto penale*, Torino, 2020, pp. 300 ss.: «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 creativa per via giurisprudenziale».

⁹⁷ CAPUTO M., cit., nt. 26.

8. Considerazioni conclusive.

Anche se sarà soltanto la concreta applicazione giurisprudenziale a fornire una risposta in ordine all'efficienza di tali aree di non punibilità, sembra che, quantomeno in prospettiva, l'attuale contesto normativo sia in grado di porsi come argine alle istanze carcerocentriche indebitamente sorte in questo frangente temporale, alimentate dai flussi mass-mediatici.

Abbiamo avuto modo di isolare tre aree di non punibilità che, *de jure condendo* o *de jure condito*, si sono venute ad affermare in questi ultimi mesi. Nonostante la diversa qualificazione dogmatica delle stesse, ricostruita mediante il richiamo alle categorie generali del sistema, possiamo ritenere che la loro intersezione, nel complesso, riesca a tessere una "rete di protezione" piuttosto efficiente avverso i frequenti rischi penali.

All'evidenza, i giudizi relativi a ciascuna delle tre aree sono di diverso tenore. Se il richiamo allo stato di necessità, forse, risulta la figura di più ardua applicazione pratica, rilevantisime sono le implicazioni di cui essa gode sul piano dogmatico, della teoria generale del reato.

Meno positivo appare il bilancio relativo al "primo scudo" penale. Al di là delle profonde incertezze ermeneutiche cui esso dà luogo, sembra che la sua concreta funzione sia stata quella di operare in un'ottica specificamente "rassicurativa" nei confronti del personale sanitario. Peraltro, la disposizione non è neppure riuscita a incontrare l'accoglimento, sul piano della scelta di politica legislativa, da parte dello stesso personale medico, che riteneva ancora di essere eccessivamente responsabilizzato, pur dopo l'entrata in vigore del decreto-legge⁹⁸.

Ben altra risulta la valutazione relativa al "secondo scudo" penale di cui all'art. 3-bis d.l. n. 44 del 2021, per i motivi ampiamente evidenziati. Per la verità, l'appellativo di scudo non appare comunque il più idoneo a rappresentare compiutamente la concreta *ratio* della norma, dal momento che il citato lemma evoca fisiologicamente la concessione di una norma di favore, di una sorta di amnistia preventiva⁹⁹, di immunità sostanziale¹⁰⁰. Risulta dunque fuorviante riferirsi all'art. 3-bis nei predetti termini, in quanto esso sembra costituire la ragionevole e attesa risposta alle inadeguatezze del paradigma di cui all'art. 590-sexies, c. 2 c.p. Piuttosto, è auspicabile che tale disposizione, finalmente codificando taluni indici troppo a lungo rimasti soltanto all'interno di ragionevoli sentenze della Suprema Corte, possa rappresentare l'occasione per una riforma *ex professo* della responsabilità penale medica, settore che mai davvero è riuscito a trovare una regolazione esaustiva e sensibile alle difficoltà con cui il personale sanitario quotidianamente, e più che mai in questi mesi, si deve confrontare.

⁹⁸ Cfr. PENCO E., cit., nt. 14.

⁹⁹ GARGANI A., cit., p. 2, ancorché tale valutazione fosse stata fatta in relazione al "primo scudo" penale.

¹⁰⁰ Cfr. ROIATI A., cit., p. 11, con il *caveat* dello stesso tenore di quello inserito nella nota precedente.

IMPARZIALITÀ DEL GIUDICE E PROCEDIMENTO DI PREVENZIONE: LA PAROLA ALLE SEZIONI UNITE

Nota a [Cass., Sez. 5, ord. 5 ottobre 2021 \(dep. 28 ottobre 2021\), n. 38902, Pres. Miccoli, rel. De Marzo, ric. Lapelosa](#)

di Alessandro Quattrocchi

SOMMARIO: 1. Note introduttive. – 2. La fattispecie concreta. – 3. L’orientamento interpretativo tradizionale. – 4. L’opzione ermeneutica di più recente emersione. – 5. Riflessioni conclusive: verso il “giusto procedimento di prevenzione”?

1. Note introduttive.

L’iter di adeguamento del sistema della prevenzione *ante delictum* ai principi costituzionali e convenzionali, costellato tanto dalle novelle legislative quanto dai pronunciamenti delle giurisdizioni superiori¹, ha ridefinito non solo il perimetro

¹ Si allude a quelle pronunce giurisprudenziali della Corte di cassazione e della Corte costituzionale che hanno contribuito a rifondare la materia della prevenzione, quali ricadute interne sortite dalla sentenza della Corte Edu, Grande Camera, sent. 23.2.2017, De Tommaso c. Italia, con nota di F. VIGANÒ, [La corte di Strasburgo assesta un duro colpo alla disciplina italiana delle misure di prevenzione personali](#), in *Dir. pen. cont.*, n. 3 del 2017, p. 370 ss., che per prima ha censurato l’insufficiente prevedibilità delle conseguenze penali della condotta del sottoposto alla sorveglianza speciale con obbligo di soggiorno in relazione alla violazione delle cc.dd. prescrizioni generiche (quelle di “vivere onestamente” e “rispettare le leggi”). In tale solco si sono progressivamente iscritte: Cass. Pen., Sez. Un., n. 40076 del 27.4.2017, con nota di F. VIGANÒ, [Le Sezioni unite ridisegnano i confini del delitto di violazione delle prescrizioni inerenti alla misura di prevenzione alla luce della sentenza De Tommaso: un rimarchevole esempio di interpretazione conforme alla CEDU di una fattispecie di reato](#), in *Dir. pen. cont.*, n. 9 del 2017, p. 146 ss., che ha conseguentemente negato la rilevanza penale della violazione delle menzionate prescrizioni generiche imposte al sorvegliato speciale; Cass. Pen., Sez. Un., n. 111 del 4.1.2018, con nota di A. QUATTROCCHI, [Lo statuto della pericolosità sociale sotto la lente delle Sezioni unite](#), in *Dir. pen. cont.*, n. 1 del 2018, p. 51 ss., che ha statuito il principio per cui nel procedimento applicativo delle misure di prevenzione personali, anche nei confronti degli indiziati di appartenere ad una associazione di tipo mafioso, è necessario accertare il requisito della attualità della pericolosità del proposto; Cass. Pen. Sez. U., n. 51407 del 13.11.2018, con nota di A. QUATTROCCHI, [Prevenzione personale e detenzione di lunga durata: per le Sezioni Unite è necessaria la rivalutazione della pericolosità](#), in *Dir. pen. proc.*, n. 8 del 2019, p. 1069 ss., con cui si è reputata necessaria la rivalutazione dell’attualità della pericolosità sociale del sottoposto alla misura di prevenzione personale a seguito di una detenzione di lunga durata affinché possa essere integrato il reato di violazione degli obblighi di cui all’art. 75 D.Lgs. n. 159/2011; Cass. Pen., Sez. U., n. 46595 del 28.3.2019, con nota di A. QUATTROCCHI, [Il divieto di partecipazione a pubbliche riunioni imposto con la misura di prevenzione della sorveglianza speciale: le Sezioni unite compongono il contrasto](#), in *Dir. pen. proc.*, n. 4 del 2020, p. 491 ss., con cui si è stabilito che il divieto di partecipare a pubbliche riunioni si riferisce esclusivamente alle riunioni in

sostanziale della materia ma altresì quello procedimentale, determinandone la progressiva giurisdizionalizzazione con graduale allineamento ai principi propri del giusto processo².

Ciò, del resto, ha costituito coerente riflesso dell'evoluzione della natura giuridica delle misure di prevenzione, che – pur introdotte nell'ordinamento giuridico quali strumenti di polizia – hanno dapprima assunto lo statuto giuridico dei provvedimenti amministrativi per acquisire, infine, quello di autentiche misure giurisdizionali³, ben distanti dall'alveo di “paragiurisdizione” nel quale il relativo procedimento applicativo era originariamente incanalato⁴.

“luogo pubblico”, con conseguente inconfigurabilità del reato di violazione degli obblighi inerenti alla sorveglianza speciale di cui all'art. 75 D.Lgs. n. 159/2011 in ipotesi di partecipazione ad una manifestazione sportiva, trattandosi di riunione in “luogo aperto al pubblico”. Sulla stessa scia si pongono, infine, due rilevanti pronunce della Corte costituzionale, le nn. 24 e 25 del 24.1.2019, con cui è stata dichiarata l'illegittimità costituzionale, da un lato, della sottoposizione alle misure di prevenzione personali e patrimoniali degli indiziati di traffici delittuosi e, dall'altro, della fattispecie incriminatrice di cui all'art. 75 D.Lgs. n. 159/2011 limitatamente alla violazione, da parte del sottoposto alla sorveglianza speciale, delle prescrizioni generiche del “vivere onestamente” e “rispettare le leggi”.

² Per una ricostruzione delle problematiche concernenti il procedimento di prevenzione ed il suo rapporto con il principio del giusto processo, cfr. A. MANGIONE, *Le misure di prevenzione anti-mafia al vaglio del giusto processo: riflettendo sull'art. 111 Cost.*, in F. Cassano (a cura di), *Le misure di prevenzione patrimoniali dopo il “Pacchetto Sicurezza”*, Roma, 2009, pp. 3-28.

³ In termini M. NADDEO, *Un passo avanti verso il consolidamento garantistico del processo di prevenzione*, in *Dir. pen. proc.*, 2010, p. 829. Sul tema della giurisdizionalizzazione delle misure preventive v., altresì, A.D. DE PALMA, *Manuale delle misure di prevenzione. Linee teoriche e operative*, Rimini, 2008, p. 124 e ss. *Contra*, cfr. A. Cairo, *Le misure di prevenzione patrimoniale. Amministrazione giudiziaria, fallimento, tutela dei terzi*, Napoli, 2007, p. 15 e ss. Per una ricognizione del procedimento di prevenzione in generale, cfr., tra gli altri, F. MENDITTO, *Le misure di prevenzione personali e patrimoniali*, Milano, 2019, p. 238 e ss.; M.F. CORTESE – L. FILIPPI, voce *Procedimento di prevenzione*, in *Dig. disc. pen.*, III Agg., Torino, 2005, p. 1090 e ss.; G.P. DOLSO – F. FIORENTIN – F. GAMBINI, *Le misure di prevenzione*, Torino, 2006; L. FILIPPI, *Il procedimento di prevenzione patrimoniale*, Padova, 2002; R. GUERRINI – R. MAZZA – S. RIONDATO, *Le misure di prevenzione, profili sostanziali e processuali*, Padova, 2004; A. MANGIONE, *La misura di prevenzione patrimoniale fra dogmatica e politica criminale*, Padova, 2001. Al riguardo, la prima tappa di tale articolato (ed ancora non interamente compiuto) percorso è stata segnata dalla Legge n. 1423/1956 – testo legislativo fondamentale in tema di misure di prevenzione, quanto meno sino all'emanazione del D.Lgs. n. 159/2011, c.d. Codice antimafia – con cui è stata sancita la competenza dell'autorità di polizia esclusivamente in ordine alla proposta della misura preventiva, mentre la funzione applicativa è stata attribuita al giudice ordinario, in ossequio ai dettami di Corte Cost., 14 giugno 1956, n. 2, in *www.cortecostituzionale.it*. Così, Corte Cost., 29 maggio 1968, n. 53, in *Giur. cost.*, 1968, p. 802 ha affermato che, amministrativo o giurisdizionale che sia il procedimento nel quale il diritto alla libertà personale viene in questione davanti a un giudice, al soggetto spetta sempre il diritto allo svolgimento di una difesa integrale, di talché, Corte Cost., 25 maggio 1970, n. 76, in *Giur. cost.*, 1970, p. 1031, – affermata l'illegittimità costituzionale dell'art. 4, co. 2, della Legge n. 1423/1956 per omessa previsione dell'assistenza tecnica obbligatoria del difensore al proposto – ha ritenuto obbligatoria l'assistenza tecnica del proposto da parte di difensore. Inoltre, Corte Cost., 25 marzo 1975, n. 70, in *Giur. cost.*, 1975, p. 759, ha statuito che il principio del contraddittorio costituisce canone non solo del processo penale, ma altresì del procedimento di prevenzione. Infine, Corte Cost., 29 maggio 1986, n. 53, in *Giur. it.*, 1986, I, p. 1, ha esteso la disciplina dettata per l'avviso di fissazione dell'udienza al meccanismo applicativo delle misure preventive.

⁴ In quanto attuazione di “poteri amministrativi esercitati con forme processuali a tutela degli interessati”. Così F. CORDERO, *Procedura penale*, Milano, 2001, p. 1241.

Nella direzione della compiuta giurisdizionalizzazione del procedimento di prevenzione depongono, del resto, gli stessi caratteri del provvedimento con cui la misura viene applicata: formalmente esso assume la veste giuridica del decreto, cui nondimeno corrispondono la natura sostanziale e l'efficacia di sentenza⁵.

Tuttavia, a dispetto del graduale ammodernamento e adeguamento del sistema della prevenzione agli standard costituzionali e convenzionali anche sotto il versante procedimentale, a lungo sono residuati nella normativa di riferimento taluni elementi anacronistici, retaggio della primigenia configurazione della materia⁶.

Su tutte le anomalie (dis)funzionali è paradigmaticamente e durevolmente spiccata l'assenza di pubblicità dell'udienza⁷, atteso che il dettato normativo era inequivoco nello stabilire che il procedimento per l'applicazione delle misure di prevenzione, tanto personali quanto patrimoniali, avesse luogo in camera di consiglio, che, a norma dell'art. 127 c.p.p., si svolge senza la presenza del pubblico.

Nondimeno, tale assetto normativo è stato reputato contrastante con il principio del giusto processo ex art. 111 Cost.⁸ e, altresì, con il principio di pubblicità dei

⁵ Detto provvedimento, infatti, conclude con carattere decisivo una fase del giudizio ed è suscettibile di appello e di ricorso per cassazione. Inoltre, sussiste un obbligo di motivazione, in forza del quale il provvedimento deve rendere adeguatamente conto degli obiettivi elementi di fatto, concretamente indizianti della pericolosità sociale del proposto, con esclusione delle mere valutazioni subietive del giudice. Da ultimo, i principi del contraddittorio e della tutela giurisdizionale dei diritti hanno implicato l'estensione del principio della corrispondenza della misura preventiva applicata agli addebiti contestati in sede di proposta applicativa. In argomento, cfr. A. CELOTTO, *La prevenzione speciale, i principi costituzionali e le garanzie europee*, in S. Furfaro (a cura di), *Misure di prevenzione*, Torino, 2013, p. 35.

⁶ Tra questi, la dottrina tradizionale segnalava la totale discrezionalità dell'azione di prevenzione, la mancanza di termini di durata delle indagini e la natura ordinatoria dei termini del giudizio, in violazione del principio di ragionevole durata del processo; ma altresì l'inosservanza del principio dell'immutabilità del giudice, la disciplina della formazione della prova e dell'intervento del proposto in udienza. Cfr. L. FILIPPI, *La confisca di prevenzione: un'anomalia tutta italiana*, in *Dir. pen. proc.*, 2005, 3, p. 270 e ss.

⁷ In generale sul principio di pubblicità del processo cfr., per tutti, G. ANDREAZZA, *I nuovi assetti del principio di pubblicità del processo*, in *Libro dell'anno del Diritto 2015*, Roma, 2015, p. 614 e ss. A tal riguardo, la norma di riferimento, costituita dall'art. 4, co. 6, Legge n. 1423/1956, stabiliva laconicamente che sulle proposte di applicazione delle misure di prevenzione "il tribunale provvede, in camera di consiglio, con decreto motivato, entro trenta giorni dalla proposta". A sua volta, l'art. 2-ter della legge n. 575/1965, nel disciplinare l'applicazione delle misure di prevenzione patrimoniali nei confronti degli indiziati di appartenenza ad associazioni di tipo mafioso, operava un espresso riferimento al procedimento previsto dalla Legge n. 1423/1956, statuendo, inoltre, al quinto comma, che, ove i beni oggetto di sequestro adottato in via cautelare appartengano a terzi, questi sono chiamati dal tribunale ad intervenire nel procedimento e "possono, anche con l'assistenza di un difensore, [...] svolgere in camera di consiglio le loro deduzioni".

⁸ Invero, la lettera della Carta costituzionale non contempla *ex professo* il principio della pubblicità delle procedure giudiziarie (cfr. il dibattito svoltosi nella seduta del 27 novembre 1947 in *Assemblea costituente, Aula*, resoconto della seduta n. 308 del 27 novembre 1947, p. 2551 e ss., ora in www.camera.it). Nondimeno, tale principio vanta una incontestabile rilevanza costituzionale e rappresenta una fondamentale acquisizione di civiltà giuridica, come sancito da Corte Cost., 10 febbraio 1981, n. 17, in *Giur. cost.*, 1981, p. 91. Se ne trae la conclusione che le deroghe al principio, in seno al processo penale possano essere ammesse solo a garanzia di altri beni anch'essi a rilevanza costituzionale (in termini, cfr. Corte Cost., 2 febbraio 1971, n. 12, in *Giur. cost.*, 1971, p. 103). Sul punto v. altresì G. DI CHIARA, «Against the administration of justice in secret»: la pubblicità delle procedure giudiziarie tra corte europea e assetti del sistema italiano, in A. Balsamo – R.E. Kostoris (a cura di), *Giurisprudenza europea e processo penale italiano*, Torino, 2008, p. 293 e ss.

procedimenti giudiziari sancito dall'art. 6, par. 1, della CEDU, come interpretato dalla Corte europea dei diritti dell'uomo⁹. Quest'ultima, di fatti, allorché investita della questione, ha rilevato il contrasto della procedura applicativa delle misure preventive prevista dall'ordinamento italiano con la citata disposizione CEDU¹⁰; contrasto cui non ha tardato a fare eco la Consulta, che con la sentenza n. 93 del 2010 ha dichiarato l'incostituzionalità delle norme sul procedimento di prevenzione per contrasto con il principio di pubblicità dell'udienza di cui all'art. 6, per. 1, CEDU, quale parametro interposto ex art. 117, co. 1, Cost.¹¹, *“nella parte in cui non consentono che, su istanza degli interessati, il procedimento per l'applicazione delle misure di prevenzione si svolga, davanti al tribunale e alla corte d'appello, nelle forme dell'udienza pubblica”*¹².

⁹ Quest'ultima disposizione stabilisce, infatti, che *“ogni persona ha diritto a che la sua causa sia esaminata equamente, pubblicamente ed entro un termine ragionevole da un tribunale indipendente e imparziale (...)”*, garantendo tutte le persone soggette a una giurisdizione contro una giustizia segreta che sfugge al controllo del pubblico. Occorre precisare, peraltro, che lo svolgimento del procedimento di prevenzione nel segreto della camera di consiglio non era un'opzione discrezionale del giudicante, ma regola non derogabile in quanto legislativamente prevista con crisma di imperatività. Per l'effetto, venivano meno le garanzie proprie della pubblicità dell'udienza, quali il controllo del pubblico, con una inevitabile compressione dei principi ai quali un'amministrazione giudiziaria trasparente e un processo giusto dovrebbero ispirarsi. Infatti, come la Corte costituzionale ha avuto modo di sottolineare in più di un'occasione, la pubblicità del giudizio integra il fondamento democratico sul quale si basa l'amministrazione della giustizia in nome del popolo ex art. 101, co. 1, Cost. Cfr. Corte Cost., 13 maggio 1993, n. 235, in *Giur. cost.*, 1993, p. 1720; Corte Cost., 27 luglio 1992, n. 373, in *Giur. cost.*, 1992, p. 1980; Corte Cost., 8 febbraio 1991, n. 69, in *Giur. cost.*, 1991, p. 499; Corte Cost., 16 febbraio 1989, n. 50, in *Foro it.*, 1989, I, c. 823; Corte Cost., 24 luglio 1986, n. 212, in *Foro it.*, 1986, I, c. 2972 (ove si traccia altresì un sintetico profilo storico della garanzia); Corte Cost., 10 febbraio 1981, n. 17, in *Giur. cost.*, 1981, p. 91; Corte Cost., 2 febbraio 1971, n. 12, in *Giur. cost.*, 1971, p. 103.

¹⁰ Corte Edu., Sez. 2, 13 novembre 2007, Bocellari e Rizza c. Italia, in *Cass. pen.*, 2008, p. 828; Corte Edu., Sez. 2, 8 luglio 2008, Perre c. Italia, in *Cass. pen.*, 2008, p. 4412.

¹¹ La declaratoria di illegittimità costituzionale ha riguardato tanto l'art. 4 della Legge n. 1423/1956, quanto l'art. 2-ter della legge n. 575/1965, in quanto violativi del parametro interposto di cui all'art. 6 CEDU. Così facendo, la Corte costituzionale ha fatto applicazione dell'ormai consolidato orientamento interpretativo in forza del quale il giudice nazionale, in caso di contrasto tra una norma interna e una norma della CEDU, deve dapprima tentare una interpretazione convenzionalmente conforme della prima disposizione; solo in subordine deve sollevare questione di legittimità costituzionale per violazione dell'art. 117, co. 1, Cost., il quale impone il rispetto da parte della legislazione nazionale degli obblighi internazionali, al cui novero afferiscono le convenzioni come la CEDU. Tale è l'insegnamento propugnato dalla Corte costituzionale a far data dalle sentenze nn. 348 e 349 del 2007, sulle quali sia consentito rinviare, per tutti, a D. TEGA, *Le sentenze della Corte costituzionali nn. 348 e 349 del 2007: la Cedu da fonte ordinaria a fonte “sub-costituzionale” del diritto*, in *Quad. cost.*, 2008, p. 133 e ss. Posizione, quella del giudice delle leggi, ulteriormente ribadita a seguito dell'entrata in vigore del Trattato di Lisbona, il quale, in forza del nuovo art. 6 TFUE, ha sussunto definitivamente i diritti fondamentali enunciati nella CEDU tra i “principi generali” del diritto dell'Unione al pari delle tradizioni costituzionali comuni agli Stati membro.

¹² In termini Corte Cost., 12 marzo 2010, n. 93, in *Giur. cost.*, 2010, p. 1053. Sicché, nella prospettiva della Corte costituzionale, le istanze che il principio di pubblicità delle udienze intende soddisfare vengono in rilievo proprio relativamente al procedimento di prevenzione, al cui esito *“il giudice è chiamato ad esprimere un giudizio di merito, idoneo ad incidere in modo diretto, definitivo e sostanziale su beni dell'individuo costituzionalmente tutelati, quali la libertà personale (art. 13, primo comma, Cost.) e il patrimonio (quest'ultimo, tra l'altro, aggredito in modo normalmente “massiccio” e in componenti di particolare rilievo [...]), nonché la stessa libertà di iniziativa economica, incisa dalle misure anche gravemente “inabilitanti” previste a carico del soggetto cui è applicata la misura di prevenzione (in particolare, dall'art. 10 della legge n. 575 del 1965)”*.

Anche la giurisprudenza di legittimità ha fornito un rilevante contributo ermeneutico al percorso di progressiva giurisdizionalizzazione del procedimento di prevenzione, che si è gradualmente inverteo nell'estensione ad esso di istituti tipici del processo penale, quali: a) l'obbligo di rimessione degli atti a sezione della stessa Corte diversa da quella che ha emesso il decreto annullato ai sensi dall'art. 623, co. 1, lett. c), c.p.p.¹³; b) l'applicazione del principio di correlazione tra contestazione e pronuncia previsto dall'art. 521 c.p.p.¹⁴; c) l'obbligo di preventiva contestazione dell'addebito nell'avviso di convocazione¹⁵.

In conclusione, la disamina della giurisprudenza sovranazionale e domestica, costituzionale e di legittimità, rende manifesto come la disciplina in materia di misure di prevenzione abbia intrapreso un laborioso percorso di correzione e adeguamento alla luce dei principi costituzionali e convenzionali, sollecitato, tra l'altro, dal dirimente intervento delle Corti, che, con il proprio "dialogo"¹⁶, hanno permesso di superare i profili strutturali che portavano a dubitare della compatibilità degli istituti afferenti a tale ramo ordinamentale con le Carte dei diritti fondamentali.

2. La fattispecie concreta.

Le coordinate ermeneutiche che precedono consentono di inquadrare compiutamente l'orizzonte entro il quale si staglia l'ordinanza di rimessione in commento¹⁷, la quale prende le mosse dal ricorso per cassazione avverso l'ordinanza della Corte d'appello di Potenza che ha dichiarato inammissibile la ricusazione del giudice componente il collegio della Sezione misure di prevenzione della medesima Corte, il quale, secondo la prospettazione del ricorrente, aveva espresso una valutazione, in sede di merito, sullo stesso reato posto a fondamento del procedimento di prevenzione (trasferimento fraudolento di beni).

Il ricorso, in particolare, è affidato a tre motivi: con il primo, il ricorrente denuncia la violazione di legge consistita nell'aver la Corte territoriale reputato inapplicabile al procedimento di prevenzione la causa di ricusazione di cui all'art. 37, co. 1, c.p.p.; con il secondo ed il terzo motivo, poi, si censurano, rispettivamente, la ritenuta tardività della ricusazione ex art. 38, co. 2, c.p.p. e l'addotta aspecificità dei motivi posti a fondamento della stessa ex art. 38, co. 3, c.p.p., nei termini tratteggiati nell'ordinanza gravata.

¹³ Cfr. Cass. Pen., Sez. 6, n. 40999 dell'1.10.2015, in *CED*, n. 264742.

¹⁴ Cfr. Cass. Pen., Sez. 1, n. 32032 del 10.06.2013, in *CED*, n. 256451.

¹⁵ Cfr. Cass. Pen., Sez. 1, n. 1722 del 14.4.1986, in *CED*, n. 172684 e n. 25701 del 28.6.2006, in *CED*, n. 234847.

¹⁶ Nella vasta letteratura dedicata alla citata metafora dialogica, cfr., per tutti, A. RUGGERI, *Il "dialogo" tra le Corti: una precisazione di metodo per una nozione apparentemente bonne à tout faire*, in *Consulta* (web), n. 3 del 2021.

¹⁷ L'ordinanza in rassegna risulta già annotata, tra gli altri, da D. ALBANESE, [Alle sezioni unite due questioni in tema di imparzialità del giudice della prevenzione. Un'altra tappa lungo il sentiero della 'giurisdizionalizzazione'?](#), in questa *Rivista*, 16 novembre 2021. Cfr., altresì, D. GALASSO, *Ricusazione e procedimento di prevenzione*, in *Dir. & Giust.*, n. 208 del 2021, p. 9.

La Corte di cassazione investita del ricorso inverte l'ordine dell'esame dei motivi proposti, attesa la natura pregiudiziale ed assorbente delle ultime due doglianze: l'inammissibilità della riconsunzione per tardività o aspecificità, infatti, precluderebbe la disamina del fondamento della questione concernente l'applicazione dell'istituto di cui all'art. 37 c.p.p. al procedimento di prevenzione.

In questa prospettiva ricostruttiva, innanzitutto, il giudice di legittimità esclude la tardività, osservando che la denunciata insorgenza della causa di riconsunzione è stata correttamente proposta solo dopo che il membro del collegio della Sezione misure di prevenzione aveva partecipato alla decisione di merito, in seno al giudizio di impugnazione concorrente con quello di prevenzione.

In via graduata, la Cassazione dissente dalla Corte territoriale altresì sotto il profilo della (a)specificità, ritenendo soddisfatto il requisito formal-contenutistico dell'indicazione dei motivi esposti a fondamento della riconsunzione, essendo stato precipuamente eccepito che il membro del collegio chiamato a conoscere della proposta applicativa della misura di prevenzione risultava gravato dal pregiudizio discendente dalla sua partecipazione al processo di appello, celebrato (e concluso) a carico del medesimo proposto in ordine allo stesso reato sul quale si imperniava la proposta applicativa della misura di prevenzione.

Giungendo quindi al fulcro del ricorso, la Corte Suprema, conformemente alle conclusioni scritte depositate dal Procuratore generale, prende atto della sussistenza di un contrasto giurisprudenziale sufficientemente consolidato sull'applicabilità degli istituti posti a presidio del principio di imparzialità del giudice al procedimento di prevenzione e, ai sensi dell'art. 618, co. 1, c.p.p., rimette alle Sezioni Unite le due seguenti questioni:

1) *“Se la disciplina delle cause di incompatibilità del giudice contenuta nel codice di procedura penale è interamente applicabile, in quanto compatibile, anche al procedimento di prevenzione, attesa la natura giurisdizionale dello stesso, ovvero se, in ragione della tipologia e dell'oggetto del procedimento di prevenzione, non possono ritenersi applicabili le disposizioni dell'art. 34 c.p.p. diverse dal comma 1, pur richiamate dall'art. 36 alla lettera g), cod. proc. pen.”;*

2) *“Se al procedimento di prevenzione è applicabile il motivo di riconsunzione previsto dall'art. 37, comma 1, cod. proc. pen. nel caso in cui il giudice abbia in precedenza espresso valutazioni di merito sullo stesso fatto nei confronti del medesimo soggetto in altro procedimento di prevenzione o in un giudizio penale”.*

3. L'orientamento interpretativo tradizionale.

Alla formulazione dei predetti quesiti la Sezione rimettente della Corte di cassazione perviene passando in rassegna i due contrapposti orientamenti interpretativi afferenti al delicato tema del rapporto tra procedimenti di cognizione e di prevenzione sotto il profilo dell'imparzialità formale del giudice, alla luce della portata normativa assunta dall'art. 37, co. 1, c.p.p. a valle della sentenza della Corte costituzionale, n. 283 del 2000, che ha dichiarato l'illegittimità costituzionale della citata disposizione codicistica *“nella parte in cui non prevede che possa essere riconsunto dalle parti il giudice che,*

*chiamato a decidere sulla responsabilità di un imputato, abbia espresso in altro procedimento, anche non penale, una valutazione di merito sullo stesso fatto nei confronti del medesimo soggetto*¹⁸.

Ciò posto, l'ordinanza di rimessione rileva che il provvedimento impugnato si allinea al tradizionale principio di diritto secondo cui *“non è applicabile al procedimento di prevenzione la causa di ricusazione prevista dall'art. 37, comma primo, lett. b) cod. proc. pen. nel caso in cui il giudice abbia in precedenza espresso una valutazione di merito sullo stesso fatto nei confronti del medesimo soggetto in un altro procedimento di prevenzione o in un giudizio penale*¹⁹.

L'orientamento ermeneutico in questione constata che, non essendo stato il procedimento di prevenzione storicamente modellato sull'archetipo del processo penale, permane fra i due una sensibile diversità di oggetto e di scopo che legittima scelte diversificate in punto di conformazione normativa del diritto di difesa del soggetto proposto per l'applicazione della misura di prevenzione.

Ne discende l'impossibilità di trasporre l'intera disciplina posta a presidio dell'imparzialità del giudice penale in sede di prevenzione, dovendosi semmai riflettere – in termini generali – sulla possibile identificazione di talune regole normative, la cui portata generalizzante ne consente l'applicazione nei due procedimenti (penale e di prevenzione) e, successivamente, sottoporre a verifica il caso in trattazione, allo scopo di verificare se rientri o meno tra queste.

In quest'ottica, viene valorizzato il dato normativo costituito dal rinvio operato dall'art. 7, co. 9, D.Lgs. n. 159/2011 (c.d. Codice antimafia), che disciplina il procedimento di prevenzione, alla regolamentazione del procedimento di esecuzione cui all'art. 666 c.p.p., il quale individua un modulo procedurale che non solo non prevede la facoltà di ricusazione, ma addirittura valorizza il rapporto tra giudice della cognizione e giudice dell'esecuzione.

¹⁸ Cfr. Corte Cost., 14 luglio 2000, n. 283, in *Giust. pen.*, 2000, p. 1890.

¹⁹ Cfr. Cass. Pen., Sez. 1, n. 43081 del 27.5.2016, in *CED*, n. 268665, fattispecie relativa alla presentazione di un'istanza di ricusazione di un componente del collegio incaricato dell'impugnazione di una misura di prevenzione che aveva già espresso considerazioni sulla posizione del proposto, in ordine al medesimo fatto, in altro precedente procedimento di prevenzione; conf. Cass. Pen., Sez. 2, n. 37060 dell'11.1.2019, in *CED*, n. 277038, ove la dichiarazione di ricusazione aveva riguardato due giudici già componenti del collegio del Tribunale del riesame che aveva confermato una misura cautelare personale applicata al proposto con riferimento ai reati di usura ed estorsione; Cass. Pen., Sez. 5, n. 23629 del 25.5.2018, in *CED*, n. 273281, concernente la dichiarazione di ricusazione nel procedimento di prevenzione nei confronti di giudici che avevano fatto parte del collegio che aveva condannato il ricorrente per il delitto di associazione mafiosa; Cass. Pen., Sez. 6, n. 51793 del 13.9.2018, in *CED*, n. 274576, in relazione alla dichiarazione di ricusazione di un componente della sezione misure di prevenzione che aveva giudicato la posizione degli istanti in altro procedimento di prevenzione connesso; Cass. Pen., Sez. 1, n. 15834 del 19.3.2009, in *CED*, n. 243747, che in termini perentori statuisce l'inapplicabilità delle cause di ricusazione, stante il carattere eccezionale e tassativo delle relative disposizioni, al procedimento in materia di applicazione di misure di prevenzione; Cass. Pen., Sez. 6, n. 22960 del 30.1.2008, in *CED*, n. 240363, con la quale è stata esclusa la situazione di incompatibilità di cui all'art. 37, co. 1, lett. b), c.p.p., in relazione ad una istanza di ricusazione proposta nei confronti dei componenti il collegio della Sezione misure di prevenzione chiamati a decidere sulla proposta di applicazione della misura patrimoniale della nonostante si fossero già pronunziati su quella personale e sulla richiesta di revoca del sequestro.

A tale impostazione consegue, nondimeno, l'individuazione di alcuni attributi ineliminabili della "giurisdizionalità" del procedimento di prevenzione, alla stregua dei quali vengono in ogni caso ritenute *"applicabili al procedimento di prevenzione le norme in tema di incompatibilità, astensione e ricusazione del giudice dettate dagli artt. 34, comma primo, 35, 36, comma primo, lett. a, b, c, d, f, h, e 37, comma secondo, cod. proc. pen., e non, per converso, le disposizioni dell'art. 34 diverse dal comma primo, pure richiamate dall'art. 36 alla lett. g, in ragione della tipologia e dell'oggetto del procedimento di prevenzione"*²⁰.

La ragion d'essere di siffatta soluzione riposa nel fatto che la tutela della apparenza di imparzialità va garantita in tutte le ipotesi in cui la persona chiamata a giudicare si trovi in una delle condizioni di "appannamento" della suddetta condizione, di cui all'art. 36, lett. a), b), c), d), e), f), c.p.p., giacché in detti casi è del tutto evidente che, anche in sede di procedimento di prevenzione, non possono nutrirsi dubbi sull'applicazione dell'istituto della ricusazione, in ipotesi di mancato esercizio del dovere di astensione.

Viceversa, una conclusione diversa viene affermata con riferimento al limitrofo ma distinto tema del rapporto tra le valutazioni espresse dal giudice penale in una fase diversa del medesimo procedimento (art. 34 c.p.p. in tema di incompatibilità del giudice determinata da atti compiuti nel procedimento, disposizione richiamata dall'art. 36, lett. g), e dall'art. 37 c.p.p.) e la disciplina del procedimento di prevenzione.

Ciò perché, in quest'ultimo caso, rilevano aspetti di regolamentazione normativa dei modelli procedurali, caratterizzati (tra procedimento penale e di prevenzione) da profonde differenze, correlate al diverso contenuto del giudizio: invero, il procedimento penale è luogo di più elevato tasso di garanzia in rapporto alle sue caratteristiche ontologiche (ricostruzione compiuta del fatto dedotto nella imputazione) e finalistiche (l'eventuale inflizione di una pena); di contro, il procedimento di prevenzione risulta strutturato secondo un modello contraddistinto da una maggiore elasticità di forme e finalizzato non alla ricostruzione di uno specifico fatto, bensì alla formulazione, attraverso la cognizione delle condotte del proposto, di una prognosi, positiva o negativa, di pericolosità attuale e/o di illecita accumulazione patrimoniale.

4. L'opzione ermeneutica di più recente emersione.

L'orientamento interpretativo appena passato in rassegna è avversato da una differente esegesi proposta da alcune recenti pronunce di legittimità, che hanno affermato il contrapposto principio di diritto alla cui stregua *"la disciplina delle cause di incompatibilità del giudice contenuta nel codice di procedura penale è applicabile anche al procedimento di prevenzione, attesa la natura giurisdizionale dello stesso e l'incidenza su diritti di rilievo costituzionale, che impone l'osservanza delle garanzie del giusto processo, tra le quali rilievo primario va riconosciuto all'imparzialità del giudice"*²¹.

²⁰ Cfr. Cass. Pen., Sez. 1, n. 43081 del 27.5.2016, *cit.*

²¹ Cfr. Cass. Pen., Sez. 1, n. 4330 del 10.12.2020, in *CED*, n. 280753, fattispecie nella quale la causa di ricusazione invocata, ai sensi dell'alt. 37, co. 1, lett. b), c.p.p., nel corso di un procedimento di prevenzione,

Con maggior impegno esplicativo, tale opzione ermeneutica prende le mosse dalla ritenuta giurisdizionalizzazione, compiuta e globale, del procedimento di prevenzione, nel cui senso deporrebbe tanto la più recente giurisprudenza costituzionale²² quanto la giurisprudenza della Corte EDU²³, a detto fine valorizzandosi l'attitudine della materia ad incidere su diritti fondamentali quali – per le misure personali – la libertà personale (art. 13 Cost.) e la libertà di circolazione (art. 2 del Prot. n. 4 CEDU), nonché – per le misure patrimoniali – il diritto di proprietà e di iniziativa economica (artt. 41 e 42 Cost., nonché art. 1, Prot. addiz. CEDU).

In tale prospettiva ricostruttiva, la giurisdizionalizzazione del procedimento di prevenzione è precipuamente dovuta al rango primario dei diritti che vengono ad esserne significativamente condizionati, consentendo, con riferimento al modulo organizzativo prescelto, l'assimilazione alla tipologia penale.

Individuato in tal modo il referente costituzionale e convenzionale della giurisdizionalizzazione del procedimento applicativo delle misure di prevenzione e, conseguentemente, dell'estensione allo stesso dei principi del “giusto processo”, tra questi ultimi rilievo assolutamente primario viene riconosciuto all'imparzialità del giudice, il difetto della quale comporterebbe lo svuotamento sostanziale del significato proprio di tutte le regole e le garanzie processuali, che si risolverebbero in un mero e formalistico simulacro, privo di alcuna reale incidenza sul corretto esercizio della funzione dello *ius dicere*.

A suffragio di tale conclusione viene addotta la già citata sentenza n. 283 del 2000 della Consulta, le cui motivazioni rilevano come il pregiudizio per l'imparzialità-neutralità del giudicante possa verificarsi anche nei rapporti tra il procedimento penale e quello di prevenzione, sia quando la valutazione pregiudicante sia stata espressa nel

traeva origine dal fatto che il destinatario della dichiarazione aveva partecipato al collegio giudicante che aveva emesso le decisioni nei procedimenti di prevenzione precedentemente instaurati a carico di persone individuate, unitamente al proposto, quali esponenti di una cosca mafiosa; conf. Cass. Pen., Sez. 6 n. 41975 del 2.4.2019, in *CED*, n. 277373, che ha ritenuto sussistente il motivo di ricasazione, previsto dall'art. 37, co. 1, lett. b), c.p.p. in relazione al componente del collegio chiamato a decidere dell'impugnazione avverso il decreto applicativo della misura di prevenzione patrimoniale della confisca che, in precedenza, quale giudice per le indagini preliminari, aveva applicato nei confronti del proposto la misura cautelare della custodia cautelare in carcere per i medesimi fatti posti a fondamento della proposta; Cass. Pen., Sez. 6, n. 15979 dell'8.3.2016, in *CED*, n. 266533; Cass. Pen., Sez. 1, n. 32492 del 10.7.2015, in *CED*, n. 264621, concernente il giudice di prevenzione che, in altro procedimento dello stesso tipo, aveva espresso una valutazione di merito sullo stesso fatto e nei confronti del medesimo soggetto; Cass. Pen., Sez. 5, n. 32077 del 21.7.2014, in *CED*, n. 261643, relativa al caso in cui il giudice chiamato a pronunciarsi sulla richiesta di applicazione della misura di prevenzione della confisca aveva in sede penale rigettato l'istanza di riesame presentata dall'indagato ed accolto l'appello del pubblico ministero; Cass. Pen., Sez. 5, n. 3278 del 16.10.2008, in *CED*, n. 242942, concernente un caso di dichiarazione di ricasazione nei confronti di un giudice componente della sezione per l'applicazione delle misure di prevenzione, perché lo stesso aveva anticipato il suo giudizio quando, come giudice dello stesso tribunale, aveva condannato il medesimo soggetto per il delitto costituente presupposto della proposta. Volendo, v. altresì Cass. Pen., Sez. 6, n. 23605 del 24.6.2020, in *Foro it.*, n. 7-8, p. 487 e ss., con nota di A. QUATTROCCHI, *La giurisdizionalizzazione del procedimento di prevenzione e l'imparzialità del giudice*.

²² Da ultimo, cfr. Corte Cost., 27 febbraio 2019, n. 24, in *Giur. cost.*, 2019, p. 332.

²³ Corte Edu, Grande Camera, sent. 23.2.2017, *De Tommaso c. Italia*, *cit.*

primo in sede di accertamento dei gravi indizi di colpevolezza, quale condizione di applicabilità delle misure cautelari (sentenza n. 306 del 1997²⁴), sia quando il rapporto di successione temporale tra attività pregiudicante e funzione pregiudicata sia invertito, per avere il giudice – chiamato a pronunciarsi sulla responsabilità penale di un imputato del delitto di associazione di stampo mafioso – già espresso nell’ambito del procedimento di prevenzione una valutazione sull’esistenza dell’associazione e sull’appartenenza ad essa della persona imputata nel successivo processo penale (ordinanza n. 178 del 1999²⁵).

In altri termini, la disciplina informatrice della materia deve essere idonea ad evitare che il decidente chiamato a svolgere funzioni di giudizio possa essere, o anche solo apparire, condizionato da precedenti valutazioni espresse sulla medesima *res iudicanda* tali da esporlo alla forza della prevenzione derivante dalle attività giudiziarie precedentemente espletate.

Opinare diversamente significherebbe relegare il procedimento di prevenzione in un ambito contraddistinto da minor tutela, a fronte di un sistema di garanzie – quello, appunto, sull’imparzialità del giudice – che è naturalmente ed inscindibilmente connesso allo *ius dicere* in senso proprio.

5. Riflessioni conclusive: verso il “giusto procedimento di prevenzione”?

Attendendo che la Corte di Cassazione, nella sua più autorevole composizione, componga le contrapposte prospettive interpretative appena illustrate, sembra opportuno svolgere alcune osservazioni sul nodale principio di imparzialità del giudice, che, come visto, è declinato in seno all’ordinamento attraverso gli istituti della incompatibilità, dell’astensione e della riconsuazione²⁶.

Più precisamente, la disciplina in tema d’incompatibilità si propone di tutelare l’imparzialità della funzione giudicante, preservandone l’autonomia e la distinzione rispetto ad attività compiute in gradi e fasi precedenti del medesimo processo, evitando che in capo al decidente si sovrappongano ruoli ed attività che devono restare distinti onde non ingenerare il sospetto di un pregiudizio rispetto all’esercizio della giurisdizione²⁷.

²⁴ Cfr. Corte Cost., 1 novembre 1997, n. 306, in *Giur. cost.*, 1997, p. 2875, con nota di P.P. Rivello, *Tre concomitanti pronunce di inammissibilità della Corte costituzionale: l’astensione e la riconsuazione come alternative all’incompatibilità*.

²⁵ Cfr. Corte Cost., 18 maggio 1999, ord. n. 178, in *Giur. cost.*, p. 1747.

²⁶ Nell’ampia letteratura sull’argomento, cfr., tra gli altri, D. CARCANO, *L’incompatibilità del giudice penale, l’astensione e la riconsuazione*, in *Il giudice unico. Le nuove norme ordinamentali, civili, processuali e amministrative*, Milano, 2000, p. 291; G. DI CHIARA, *L’incompatibilità endoprocessuale del giudice*, Torino, 2000; G. PICA, *Riconsuazione e astensione del giudice*, voce del *Digesto pen.*, Torino, 1997, XII, p. 227; P.P. Rivello, *L’incompatibilità del giudice penale*, Milano, 1996; T. TREVISSON LUPACCHINI, *La riconsuazione del giudice nel processo penale*, Milano, 1996; E. ZAPPALÀ, *La riconsuazione del giudice penale*, Milano, 1989.

²⁷ Corte Cost., 1 novembre 1997, n. 306, *cit.*

Siffatta disciplina opera esclusivamente all'interno del processo penale, su di un piano astratto, in quanto le ipotesi che la integrano sono delineate unicamente dal fatto di aver svolto determinate attività in seno allo stesso giudizio, indipendentemente dal concreto atteggiarsi di tale attività.

Di contro, gli istituti dell'astensione e della ricsuzione – fatta eccezione per il richiamo alle situazioni d'incompatibilità compiuto dall'art. 36, lett. g), c.p.p., nonché dal successivo art. 37, co. 1, lett. a), c.p.p. – si collocano su di un piano differente, poiché prescindono dalla struttura e dall'articolazione del processo ed attengono a situazioni "personali" del giudice, ovvero all'esistenza di suoi comportamenti, tenuti entro o fuori il processo stesso, che per il loro concreto contenuto sono tali da poter fare ritenere la sussistenza di un pregiudizio in capo al decidente rispetto alla causa da decidere.

Dette cause sono previste in modo da operare non in astratto, ma nella specificità della singola vicenda processuale: il che si correla al fatto che l'ordinamento riconosce alla stessa iniziativa del giudice (esercizio della facoltà d'astensione), ovvero della parte interessata (istanza di ricsuzione), l'avvio della procedura funzionale alla rimozione della situazione di pregiudizio, laddove, nel caso dell'incompatibilità, è la stessa organizzazione dell'ufficio ad essere potenzialmente idonea ad evitare l'insorgere delle situazioni normativamente contemplate, subentrando l'iniziativa personale solo in assenza del detto strumento organizzativo.

Tanto rilevato sul versante domestico, sul piano sovranazionale e, segnatamente, del diritto convenzionale, mette conto rilevare che l'art. 6, par. 1, CEDU, sancisce il diritto di ogni individuo ad essere giudicato *"da parte di un tribunale indipendente e imparziale"*, con la precisazione che l'imparzialità va apprezzata come assenza di pregiudizi o preconcetti, suscettibile di accertamento in diversi modi²⁸.

Inoltre, relativamente ai criteri di valutazione dell'imparzialità, la Corte EDU ha teorizzato la distinzione fra *"approccio soggettivo"* e *"approccio oggettivo"*: il primo è diretto ad accertare la manifestazione della personale convinzione del magistrato sul caso di cui trattasi, ovvero la sussistenza di un interesse del magistrato medesimo nel giudicare lo specifico caso; il secondo è invece volto a determinare se il giudice abbia offerto garanzie tali da dissipare ogni legittimo dubbio in ordine alla sua imparzialità²⁹.

²⁸ Corte Edu, Grande camera, Kyprianou c. Cipro, 15 dicembre 2005, n. 73797/01, par. 118; Corte Edu, Grande camera, Micallef c. Malta, 15 ottobre 2009, n. 17056/06, par. 93.

²⁹ Corte Edu, Grande camera, Kyprianou c. Cipro, *cit.*; Corte Edu, 1 ottobre 1982, Piersack c. Belgio, n. 8692/79, par. 30; Corte Edu, Grande camera, Grieves c. Regno Unito, 4 giugno 2002, n. 57067/00, par. 69. La stessa Corte EDU ha comunque rappresentato che le due nozioni non sono suscettibili di una netta separazione, atteso che la condotta tenuta da un magistrato potrebbe far sorgere dubbi sulla sua imparzialità dal punto di vista dell'osservatore esterno (approccio oggettivo), ma potrebbe anche essere spia sintomatica del personale convincimento di cui il suddetto è portatore (approccio soggettivo). In concreto, peraltro, stante la riconosciuta difficoltà di dimostrare la violazione dell'art. 6 CEDU sotto il profilo dell'assenza d'imparzialità soggettiva – in considerazione, altresì, del fatto che la personale imparzialità del giudice va presunta fino a prova contraria –, la Corte ha principalmente concentrato il proprio sindacato sull'esame obiettivo, a tale riguardo venendo in considerazione tipicamente l'accertamento di rapporti gerarchici o di diverso tipo fra il giudice e le altre parti coinvolte nel procedimento, tali da giustificare obiettivamente dubbi circa l'imparzialità del decidente, che in una società democratica deve godere della fiducia dei cittadini e degli utenti della Giustizia, come pure l'esercizio di differenti funzioni da parte del giudice nel medesimo

L'efficacia persuasiva, oltre che tendenzialmente vincolante, di tali coordinate normative ed ermeneutiche dovrebbe indurre, allora, a preferire la soluzione che, allineandosi ai principi generali testé illustrati, opti per la "bi-direzionalità" della "forza pregiudicante" tra giudizio penale e procedimento di prevenzione.

Per l'effetto, sussisterà incompatibilità del giudice nel processo penale allorché questi sia chiamato a conoscere di un fatto e si sia già espresso, in merito alla sua ascrivibilità all'imputato, in seno al procedimento di prevenzione; specularmente, nell'ambito del procedimento di prevenzione, sussisterà incompatibilità del decidente allorché la piattaforma indiziaria del giudizio di pericolosità si impervi sugli stessi fatti già scrutinati, in sede di merito, nell'ambito del giudizio penale.

Tuttavia, occorrerà tratteggiare attentamente – se necessario con enunciazione casistica – i margini di estensione di incompatibilità siffatte, tenendo in debita considerazione le peculiarità strutturali del procedimento di prevenzione³⁰, atteso che la valutazione di pericolosità sociale del proposto ben può basarsi su fonti di conoscenza diverse (e più ampie) rispetto a quelle alla base del giudizio di responsabilità penale, potendosi inferire indizi di pericolosità sociale del proposto non solo dalle sentenze contenenti statuizioni condannatorie ma, altresì, da decisioni assolutorie³¹, pure irrevocabili³², oltre che da procedimenti archiviati³³.

procedimento, eccettuata l'ipotesi della pronuncia di decisioni di tipo meramente formale e procedurale.

³⁰ Si allude ai criteri di formazione e valutazione del compendio indiziario che, in ragione delle conseguenze particolarmente afflittive sortite dall'applicazione delle misure preventive, secondo parte della dottrina andrebbero omologate a quelli del processo ordinario; così A. BARGI, *Il procedimento di prevenzione e i principi del giusto processo*, in S. Furfaro (a cura di), *Misure di prevenzione*, cit., p. 66. Al riguardo, mette conto rammentare che l'art. 111, co. 1, Cost. stabilisce che la giurisdizione si attua attraverso il giusto processo regolato dalla legge, della cui riferibilità anche al procedimento di prevenzione non si dubita. Piuttosto, è in discussione l'applicazione dell'art. 111, co. 2, Cost., laddove è scolpito il principio del contraddittorio tra le parti. Segnatamente, una parte della dottrina (per tutti, cfr. A. BALSAMO, *Il procedimento di prevenzione patrimoniale*, in A. Balsamo – V. Contraffatto – G. Nicastro, *Le misure patrimoniali contro la criminalità organizzata*, Milano, 2010, p. 154) ritiene che non sia applicabile al procedimento di prevenzione il contraddittorio in senso forte, cioè nella formazione della prova, quale condizione generale di utilizzabilità del materiale probatorio, reputando sufficiente e legittimo il ricorso a un contraddittorio differito. Ciò sulla scorta di un peculiare bilanciamento tra interessi costituzionalmente fondati, quelli sottesi agli artt. 41 e 42 Cost., in rapporto all'esigenza di prevenzione e sicurezza sociale ex artt. 13, 16 e 17 Cost., che giustificerebbe i limiti al contraddittorio in senso forte e il diverso livello di certezza probatoria richiesto. Altra parte della dottrina (così, paradigmaticamente, A. BARGI, *op. ult. cit.*, p. 70), viceversa, reputa che l'attuazione del principio di giurisdizionalità del procedimento di prevenzione vada valutata alla stregua del principio di effettività e della generale accettazione e osservanza della norma. Di talché, laddove l'art. 111 Cost. stabilisce che la giurisdizione si attua mediante il giusto processo regolato dalla legge e che ogni processo è caratterizzato dal contraddittorio tra le parti in condizioni di parità davanti a un giudice terzo e imparziale, la giurisdizionalizzazione del procedimento di prevenzione esige la simmetrica parità delle parti. Ciò affinché ciascun contraddittore, esercitando i diritti riconosciuti dalla legge, possa esercitare il proprio controllo e parallelamente subire i controlli degli altri, concorrendo sinergicamente a determinare il contenuto del provvedimento decisorio.

³¹ Cass. Pen., Sez. 2, n. 31549 del 6.6.2019, in CED, n. 277225.

³² Cass. Pen., Sez. 1, n. 6636 del 7.1.2016, in CED, n. 266364; *contra*, Cass. Pen., Sez. 5, n. 182 del 30.11.2020, in *Foro. it.*, n. 9 del 2021, p. 520 s., con nota di A. QUATTROCCHI, *L'autonoma valutazione del giudicato penale nel procedimento di prevenzione*.

³³ Cass. Pen., Sez. 6, n. 49750 del 4.7.2019, in CED, n. 277438.

Al riguardo va in ogni caso osservato che, pur essendo diverso l'oggetto dell'accertamento (un fatto di reato nel processo penale, una valutazione di pericolosità nel procedimento di prevenzione), tale differenza, al più, potrebbe riverberarsi sull'autonomia dei procedimenti ma non dovrebbe giustificare un diverso livello di tutela diritti fondamentali della situazione giuridica soggettiva del proposto.

Sicché, pur ammettendo la distinzione con il processo penale ordinario, in forza della diversità di natura e finalità del procedimento di prevenzione, dovrebbe rimanere fermo il rispetto dello zoccolo duro della cultura del giusto processo anche nell'ambito del giudizio orientato all'accertamento della pericolosità sociale, includendovi per primo il fondamentale principio di imparzialità del giudice, il cui pieno ossequio consentirebbe di muovere un ulteriore ed importante passo alla volta dell'auspicata introduzione del "giusto procedimento di prevenzione"³⁴, a garanzia di una piena tutela giurisdizionale delle situazioni giuridiche soggettive ritenute meritevoli di protezione nel vigente sistema multilivello di tutela dei diritti.

³⁴ In termini v. A. BARGI, [*La ricusazione nel procedimento di prevenzione: ancora giustificato il ritardo dell'introduzione del "giusto procedimento preventivo"?*](#), in *Arch. pen. (web)*, n. 3 del 2019.