

IL DIRITTO PENALE DELL'EMERGENZA "A CONTRASTO DEL CORONAVIRUS": PROBLEMATICHE E PROSPETTIVE ^(*)

di Roberto Bartoli

L'Autore analizza alcune delle problematiche che stanno emergendo dal diritto punitivo previsto ed applicato per contrastare la pandemia da coronavirus. Il punto centrale della riflessione sta nel vedere il tutto partendo dalla particolare tipologia di emergenza che stiamo affrontando: da rischio e a struttura colposa. Con conseguenze su assetto dei poteri, fonti del diritto punitivo, contenuto delle prescrizioni e responsabilità.

SOMMARIO: 1. Considerazioni introduttive. – 2. La tipologia di emergenza: da rischio a struttura colposa. – 3. La questione dell'assetto dei poteri. – 4. Le fonti legittimate a produrre diritto punitivo. – 5. Il contenuto delle prescrizioni e dei divieti. – 6. Le responsabilità. – 6.1. Le responsabilità derivanti dalla violazione delle prescrizioni generali. – 6.2 Le responsabilità in ambito medico sanitario e la questione dello scudo. – 7. Un'ultima, ma non ultima, considerazione sul carcere.

1. Considerazioni introduttive.

Intervenire sulle problematiche penalistiche poste dalla gestione dell'emergenza Covid-19 necessita di tre brevi premesse¹. Anzitutto, va da sé che la situazione è grave e che siamo in una fase di emergenza reale ed effettiva. A differenza di quanto avviene (ed è avvenuto) altre volte rispetto ad altri fenomeni (si pensi al contrasto del terrorismo internazionale), l'emergenza sanitaria in Italia, e non solo, è, purtroppo, visibile e tangibile in tutti i suoi effetti nefasti.

D'altra parte, la circostanza che ci si trovi in una conclamata situazione emergenziale non può e non deve esimere da valutazioni critiche su quanto fatto e quanto c'è da fare. Certo, realisticamente ci sono momenti in cui il decisionismo è indispensabile per la tempestività e l'efficacia delle risposte e in tali momenti lo stesso esercizio critico può risultare quanto meno inopportuno, se non addirittura controproducente. Tuttavia, è nostra convinzione che anche nei momenti di emergenza

^(*) È il testo scritto dell'intervento tenuto all'incontro *Profili costituzionali delle fattispecie penale antiCovid-19*, organizzato dai professori Enrico Mezzetti e Daniele Piva presso l'Università degli Studi Roma Tre, Corso di dottorato in Discipline Giuridiche.

¹ Per una prima riflessione di sistema sul tema e sulle molteplici problematiche, v. A. BERNARDI, *Il diritto penale alla prova della COVID-19*, in *Dir. pen. proc.*, in corso di pubblicazione, p. 1 ss. (del dattiloscritto).

ci sia il bisogno di alimentare la prospettiva critica e dialogica, e, si badi, non solo per ragioni di tutela delle “garanzie”, ma, come vedremo meglio in seguito, anche per la stessa efficacia degli strumenti necessari a perseguire gli obiettivi di tutela: insomma, la riflessione critica, oltre all’equilibrio, favorisce l’individuazione degli strumenti maggiormente idonei a contrastare il fenomeno che sta alla base di un’emergenza.

Ecco allora che, in secondo luogo, occorre evitare estremismi o partigianerie se non addirittura delegittimazioni delle posizioni “avverse”. Occorre evitare, cioè, che chi si esprime a favore dei provvedimenti fino ad ora adottati venga identificato per il contrasto del coronavirus, ma contro la democrazia e le garanzie e chi è contrario ai provvedimenti sia considerato per la democrazia e le garanzie, ma anche un alleato del coronavirus. Catalogazioni delegittimanti di questo tenore sono ciò che di più pericoloso potrebbe esserci proprio in questo momento storico. Piuttosto, occorre portare il più possibile la razionalità in un contesto in cui caos, confusione ed emotività rischiano di aumentare i danni invece di risolvere problemi.

Infine, a nostro avviso, una riflessione critica si rende oggi particolarmente necessaria anche perché si è ormai diffusa una sostanziale retorica che non fa per nulla bene al Paese. Insomma, se lo slogan “restiamo a casa” ha avuto la sua valenza soprattutto nei momenti iniziali dell’emergenza, e se l’idea che non si può perdere quanto fatto fino ad ora ha la sua plausibilità, adesso però è anche venuto il momento di pensare a qualcosa di più e di diverso di un totale immobilismo che oltre tutto, senza alcun dubbio, comprime diritti e libertà costituzionali, e questo qualcosa può essere elaborato soltanto attraverso la riflessione e il confronto.

2. La tipologia di emergenza: da rischio a struttura colposa

La prima considerazione che dobbiamo fare riguarda il tipo di emergenza che stiamo affrontando.

Ogni emergenza, qualsiasi emergenza, è sempre un momento delicatissimo perché offende o minaccia di offendere in modo diffuso beni primari ponendo la necessità di misure particolarmente efficaci rispetto alle quali non devono esserci troppi impedimenti. Ma la delicatezza deriva anche dal fatto che se il diritto penale tende all’abuso e alla strumentalizzazione, nel periodo dell’emergenza questa tendenza può farsi e si fa acutissima: elevandosi la forza del potere politico, il diritto e il controllo di legittimità sulla politica che contraddistingue il moderno costituzionalismo tendono inevitabilmente a recedere.

Molteplici sono i problemi posti dall’emergenza: esistenza o meno di una reale emergenza (come accennato, rispetto a questa emergenza tale problema non si pone); pericolo di mantenere la situazione di emergenza quando invece ormai è trascorsa; come anche il problema del permanere delle misure emergenziali quando l’emergenza risulta esaurita o addirittura di regolarizzare tali misure nate nella sostanza come eccezionali.

Ma soprattutto l’emergenza pone un problema di deroga alle garanzie. Se, infatti, nei periodi di normalità abbiamo un certo assetto di garanzie, nella fase dell’emergenza

questo assetto viene riconfigurato proprio in ragione dell'emergenza. Ponendosi così problemi per la stessa democrazia, per i diritti e per le libertà.

Inoltre, almeno nel nostro ordinamento, il tema è complicato dalla circostanza che non esiste una disciplina espressa dell'emergenza. Secondo alcuni tale lacuna sarebbe un bene, perché proprio una disciplina espressa si presterebbe a possibili abusi. Secondo altri, la minoranza a dire il vero, una disciplina espressa consentirebbe di gestire un qualcosa che per l'appunto esiste sempre e di cui si può sempre abusare, risultando il vuoto normativo un buco riempito di volta a volta a piacimento di esercita il potere. A me pare, a ben vedere, che gli abusi connessi all'emergenza non dipendano tanto dall'esistenza o meno di una disciplina, ma dal fatto che l'emergenza è di per sé il trionfo della politica in contesto oltretutto di paura. Piuttosto una disciplina che sapesse definire alcuni puniti fermi in termini di garanzia potrebbe soltanto agevolare un controllo giurisdizionale sulle scelte della politica: si pensi soltanto ad una disciplina che prevedesse espressamente come condizione indispensabile termini di scadenza prestabiliti.

Al di là di questi aspetti, punto fondamentale è definire la tipologia di emergenza che si sta affrontando. Si tratta di una esigenza non tanto teorica, ma come vedremo, destinata ad avere importanti ricadute pratico-applicative su una pluralità di aspetti cruciali, a cominciare proprio dalla giustificazione delle deroghe.

A grandissime linee a me pare si possano distinguere almeno tre tipologie di emergenza. Anzitutto, v'è l'emergenza derivante da eventi naturali: si pensi ai terremoti, alle alluvioni e alle eruzioni. In queste situazioni di emergenza spesso si pone il problema di contrastare fenomeni criminali che – per così dire – approfittano della situazione di vulnerabilità e caos generata dalla calamità e l'emergenza può imporre la necessità di prevedere fattispecie *ad hoc* per rafforzare la tutela in quel particolare contesto, ma soprattutto impone misure amministrativo-procedurali derogatorie capaci di agevolare la ricostruzione, dentro le quali, poi, purtroppo, si infilano corruzione ed organizzazioni criminali. In secondo luogo, v'è l'emergenza derivante da aggressioni umane – per così dire – dolose e altamente offensive e che producono esse stesse l'emergenza: si pensi agli atti terroristici e a quelli bellici, come anche all'insidia delle organizzazioni criminali. Nel mezzo a queste due tipologie, sta un'emergenza che definirei da rischio, caratterizzata dal fatto che la minaccia proviene – per così dire – dalla natura, ma che poi si intreccia con le problematiche del comportamento umano, ponendo problemi – per così dire – di gestione di detto rischio. Questo tipo di emergenza potrebbe essere definita anche come strutturalmente colposa.

Ebbene, l'emergenza che noi stiamo affrontato è senz'altro riconducibile a questa terza tipologia. Da un lato, v'è il virus che si trova in natura e che si sparge tra gli uomini; dall'altro lato, v'è l'uomo, vittima del virus, ma anche attore, perché vettore, capace di trasmetterlo.

Ed eccoci al punto centrale: questo tipo di emergenza giustifica deroghe? Se sì, quali?

A ben vedere, noi abbiamo piuttosto chiara la problematica posta dalle prime due tipologie di emergenza, anche perché più volte ci siamo trovati a fronteggiarle.

Diversamente, rispetto all'emergenza sanitaria che stiamo vivendo manca una riflessione compiuta, anche perché, per fortuna, non ne abbiamo avuto esperienza.

Andando ancora più a fondo, si può dire che rispetto all'emergenza bellica/terroristica la problematica è maggiormente chiara e definita anche perché v'è l'art. 15 della Convenzione EDU, che prevede per l'appunto la clausola dell'emergenza la cui attivazione consente di derogare a determinati diritti e libertà (a dimostrazione di come sia salutare una disciplina ...). Inoltre, sul tema si è formata anche una giurisprudenza della Corte costituzionale (si ricordi in particolare la sentenza n. 15/1982) e della Corte EDU. Ebbene, in presenza di un attacchi offensivi dolosi le deroghe si giustificano perché tali comportamenti possono mettere in pericolo la stessa sopravvivenza di uno Stato, ponendosi così l'esigenza di potenziare l'azione di contrasto con strumenti maggiormente efficaci e penetranti. Da qui, soprattutto con riferimento al contrasto di fenomeni terroristici o mafiosi, le deroghe ai diritti e alle libertà, sia sul piano sostanziale che su quello processuale, e verrebbe da dire *in primis* sul piano processuale e poi su quello sostanziale, come dimostrato proprio dalla sentenza n. 15/1982. Senza potersi addentrare in dettagli, non si può fare a meno di osservare come rispetto a questa emergenza le deroghe siano nella sostanza assai tollerate, anche perché destinate a colpire proprio coloro che realizzano i fatti emergenziali. Il vero problema è quando si tende alla regolarizzazione di tali deroghe².

Ma rispetto ad una emergenza sanitaria, si può ragionare negli stessi termini? A ben vedere, la circostanza che si tratti di una emergenza da rischio pone problematiche in buona parte diverse, con ricadute su una molteplicità di fronti. Da un lato, in presenza di una emergenza sanitaria un'esigenza di potenziamento dell'azione dello Stato si pone ma non tanto in termini di ingresso particolarmente penetrante nelle sfere altrui per finalità di indagine o in termini di limitazioni diritti e libertà per anticipate esigenze di tutela, quanto piuttosto per rendere più efficace la gestione del rischio: vero che c'è la necessità di tutelare la vita dei consociati, è anche vero che tale tutela è contro – per così dire – un fenomeno colposo, non doloso. Dall'altro lato, non si può fare a meno di osservare come, *se attivate*, le misure emergenziali siano destinate a colpire tutti indistintamente, determinando alla fine una restrizione delle libertà molto più consistente di quella che si può avere rispetto ai fenomeni emergenziali dolosi. E non è un caso che l'unica limitazione prevista per motivi di sanità dalla nostra Costituzione riguardi la libertà di circolazione, da stabilirsi per legge e in via generale. Per certi aspetti paradossalmente, un rischio autentico per la democrazia si pone più per fronteggiare rischi colposi che attacchi dolosi, potendosi parlare di un moderno e per certi aspetti inedito "autoritarismo" da gestione del rischio: insomma, è interessante osservare come si sia passati da un rischio di autoritarismo – per così dire – doloso, volto a fronteggiare fenomeni dolosi e perseguito con piena cognizione e volontà, ad un rischio di autoritarismo colposo, derivante dal contrasto a fenomeni colposi e nella sua causa più accidentale che voluto.

² Sul punto, sia consentito rinviare a R. BARTOLI, *Contro la "normalizzazione" delle deroghe: alcune proposte garantiste*, in *Dir. pen. proc.*, 2020, p. 153 ss.

Ecco allora che il cuore dell'emergenza da rischio sta proprio nella circostanza che si deve contenere un rischio e che non si deve perdere di vista questo obiettivo fondamentale, con la conseguenza che, nella nostra emergenza, il tutto deve concentrarsi sulla particolare lotta che deve essere "scagliata" contro il virus. Si è parlato di una emergenza come quella della guerra e di un virus come nemico: vero, ma proprio perché il nemico è il virus, esso si combatte attraverso una corretta e funzionale gestione del rischio.

Inoltre, occorre fare molta, ma molta attenzione nell'attivare deroghe da rischio colpose, proprio perché si tratta di emergenze che implicano misure destinate ad avere un impatto enorme sulla vita dei consociati.

Ebbene, se le emergenze da rischio pongono soprattutto problemi di gestione del rischio ed esigono – per così dire – estrema oculatezza nell'attivare le misure emergenziali, da ciò derivano importanti conseguenze su almeno quattro punti: assetto dei poteri; fonti legittimate a produrre diritto punitivo; contenuto delle misure; responsabilità.

3. La questione dell'assetto dei poteri.

In estrema sintesi, si può affermare che l'attuale Governo si è mosso nel senso di un consistente e per certi aspetti inedito accentramento dei poteri. Non solo infatti si è proceduto mediante la decretazione di urgenza (attività problematica, ma per la verità inevitabile), ma attraverso la decretazione di urgenza il potere è stato concentrato prevalentemente nelle mani del Presidente del Consiglio dei Ministri e del Ministro della salute. In buona sostanza, attraverso una decretazione di urgenza, strumento previsto dalla nostra Costituzione per fronteggiare per l'appunto anche l'emergenza, si sono configurati meccanismi normativi ulteriori a loro volto destinati a fronteggiare l'emergenza in deroga.

Ebbene, proprio in considerazione del fatto che si tratta di un'emergenza da rischio a carattere colposo e ad impatto fortissimo, ritengo che non ci fosse la necessità di un accentramento così forte dei poteri. Più precisamente, se è senz'altro plausibile un rafforzamento dell'esecutivo a discapito del Parlamento, tuttavia meglio sarebbe stato potenziare l'intero Governo piuttosto che il Presidente del Consiglio dei Ministri e il Ministro della salute, non solo perché il contenuto degli atti ha per l'appunto portata "politica" generale destinata ad incidere in modo diffuso e capillare su diritti e libertà; non solo perché Presidente del Consiglio e Ministro della salute sono organi monocratici; non solo perché, proprio in quanto emergenza da rischio, essa deve essere gestita da tutte le competenze politiche governative operanti nei diversi settori; ma anche perché il coinvolgimento del Governo avrebbe permesso un controllo minimo di garanzia, visto che soltanto i regolamenti governativi assumono la forma del d.P.R., coinvolgendo quindi la Presidenza della Repubblica nella sua funzione di organo di garanzia in ambito politico.

4. Le fonti legittimate a produrre diritto punitivo.

Per quanto riguarda le fonti, ritengo che il primo decreto legge n. 6/2020 sia stato un vero e proprio errore frutto di una svista e non è un caso che poi il Governo abbia deciso di cambiare rotta abrogandolo³. In particolare, l'errore decisivo è stato nell'utilizzo del diritto penale che ha posto poi un insuperabile problema di fonti.

Precisato che i problemi per la riserva di legge non si pongono in presenza di provvedimenti amministrativi individuali che si rivolgono al singolo, ma in presenza di fonti secondarie generali ed astratte, per impostare correttamente il tema si deve tener presente che i problemi di riserva di legge non sono problemi – per così dire – a due fonti, e cioè tra la legge che prevede il fatto tipico, composto da precetto e sanzione, e la fonte secondaria che va ad integrare il precetto del fatto tipico, ma si tratta di problemi a tre fonti, in quanto a queste due fonti appena citate, se ne deve aggiungere una terza, vale a dire la legge che in qualche modo disciplina la fonte secondaria, legge che si colloca al di fuori del fatto tipico e che può essere contenuta nella stessa legge che disciplina il fatto tipico oppure in un'altra legge. Così, nella nostra vicenda v'era: la fattispecie prevista dall'art. 3, comma 4, d.l. n. 6/2020; la fonte secondaria consistente nei DPCM prevista dall'art. 3, comma 1, d.l. n. 6/2020; ed infine, v'era la fonte legislativa che – per così dire – stava sopra i DPCM (nel nostro caso gli artt. 1 e 2, d.l. n. 6/2020).

Ebbene, stando alla giurisprudenza della nostra Corte costituzionale, l'integrazione della fonte secondaria è legittima a tre condizioni: non solo se v'è una fonte legislativa – per così dire – *extra* fatto tipico che per l'appunto disciplina la fonte secondaria⁴; non solo se tale fonte risulta sufficientemente determinata⁵; ma anche se l'integrazione è tale da non implicare una scelta valutativa significativa nel determinare il contenuto di disvalore del fatto ovvero se consiste in una specificazione – per così dire – meramente tecnica⁶.

³ In argomento, v., per tutti, G.L. GATTA, [Coronavirus, limitazione di diritti e libertà fondamentali, e diritto penale: un deficit di legalità da rimediare](#), in questa *Rivista*, 17.3.2020, p. 1 ss.; C. RUGA RIVA, [La violazione delle ordinanze regionali e sindacali in materia di coronavirus: profili penali](#), in questa *Rivista*, 2020, n. 3/2020, p. 231 ss.

⁴ Cfr. Corte cost., n. 36/1964.

⁵ Corte cost., sent. n. 26/1966, dove la Corte ha chiarito che «il principio di legalità della pena non può mai considerarsi soddisfatto quando non sia una legge (o atto equiparato) dello Stato – non importa se proprio la medesima legge che prevede la sanzione penale o un'altra legge – a indicare con sufficiente specificazione i presupposti, i caratteri, il contenuto e i limiti dei provvedimenti dell'autorità non legislativa, alla trasgressione dei quali deve seguire la pena».

⁶ Corte cost., sent. n. 282/1990, dove, nel dichiarare costituzionalmente legittima una integrazione che comportava nella sostanza l'individuazione dei soggetti attivi, la Corte ha affermato quanto segue: «la norma descrive una fattispecie di reato proprio, riferita al "titolare di una delle attività di cui al decreto ministeriale 16 febbraio 1982"; in questo modo essa rimette al regolamento la determinazione della cerchia degli obbligati, che rappresenta peraltro il nucleo fondante il contenuto d'illecito del reato proprio, in quanto tale contenuto discende essenzialmente dal rapporto funzionale intercorrente tra la posizione del soggetto e l'interesse tutelato dalla norma. Nell'ipotesi di specie, viene così demandata all'amministrazione la determinazione di tutti i termini normativi rilevanti per l'individuazione del fatto tipico, contraddicendo l'esigenza che sia la legge, e solo la legge dello Stato, a stabilire, con sufficiente precisione, gli estremi del fatto». In senso analogo, cfr. Corte cost., sent. n. 61/1969.

Se tutto questo è vero si deve ritenere che una fonte secondaria generale ed astratta non può mai individuare la condotta da incriminare, anche se al di sopra della fonte secondaria c'è una fonte legislativa che determina i criteri per la sua individuazione ed anche la fonte legislativa se individua molteplici condotte (per la verità generiche) all'interno delle quali la fonte secondaria può di volta in volta scegliere quale sanzionare, compiendo nella sostanza una valutazione discrezionale. E ciò per la semplice ragione che la condotta è il perno indefettibile attorno al quale ruota tutto il contenuto di disvalore di qualsiasi fatto ed esprime senz'altro, sempre e comunque, una scelta valutativa.

La *ratio* di una riserva di legge così concepita è senza dubbio di tipo democratico, a salvaguardia cioè delle scelte politiche discrezionali che competono a chi è stato democraticamente eletto. Ma non si può trascurare anche una *ratio* basata sull'assicurare un controllo da parte della Corte costituzionale. Se, da un lato, è vero che la Corte non può sindacare il provvedimento amministrativo, e che, per stessa giurisprudenza della Corte costituzionale, è assolutamente pacifico che sia il giudice a "sindacare" la legittimità del provvedimento, disapplicandolo se illegittimo⁷, tuttavia, dall'altro lato, proprio la circostanza che sopra la fonte secondaria debba esserci una legge sufficientemente determinata che non delega scelte valutative, consente al giudice anche di sollevare rispetto a tale legge una eventuale questione di legittimità costituzionale in ragione della sua indeterminatezza o della delega di scelte valutative.

Se quanto detto è vero, ne discende che il primo decreto legge poneva senz'altro problemi di legittimità proprio perché non soltanto indeterminato, ma anche perché attribuiva al DPCM il potere di individuare il comportamento incriminato. Non è un caso che si sia parlato di decreto legge "fuori dal diritto". Andando ancora più a fondo, si può osservare come nella sostanza il rapporto tra le fonti si fosse ridotto a due, a una questione cioè tra il fatto tipico che rinviava interamente al DPCM, con la conseguenza che si è trattata di una ipotesi in cui il diritto penale è stato addirittura direttamente previsto da una fonte secondaria.

Bene ha fatto quindi il Governo a correggere il tiro attraverso il d.l. n. 19/2020⁸, e la correzione fondamentale, a nostro avviso, non è stata fornita tanto dal fatto che si è andati a rendere più determinata la fonte legislativa che sta al di sopra della fonte secondaria, specificando le condotte da cui il potere secondario può scegliere a seconda delle esigenze che si pongono di volta in volta, ma soprattutto, si è andati a mutare la natura della responsabilità da penale ad amministrativa.

In buona sostanza, posto che, come ben noto, lo statuto costituzionale dell'illecito punitivo amministrativo è diverso dal diritto penale, una delle differenze sta anche

⁷ In questo senso già Corte cost., sent. n. 8/1956.

⁸ In argomento, v. per tutti G.L. GATTA, [Un rinnovato assetto del diritto dell'emergenza COVID-19, più aderente ai principi costituzionali, e un nuovo approccio al problema sanzionatorio: luci ed ombre nel d.l. 25 marzo 2020, n. 19](#), in questa *Rivista*, 2.04.2020, p. 1 ss.; D. PIVA, *Il diritto penale ai tempi del coronavirus: troppo su inosservanza e poco su carcere*, in *Arch. pen.*, 2020, p. 1 ss.; A.R. CASTALDO-F. COPPOLA, *Profili penali del Decreto-legge n. 19/2020 "Coronavirus": risolto il rebus delle sanzioni applicabili*, ivi, 2020, p. 1 ss.; C. RUGA RIVA, *Il d.l. 25 marzo 2020, n. 19*, in www.legislazionepenale.it, p. 1 ss.

proprio nella diversa portata della riserva di legge, per cui, per rispettare la riserva di legge rispetto agli illeciti punitivi amministrativi, sono sufficienti i primi due requisiti delineati dalla giurisprudenza della Corte costituzionale, potendo mancare il terzo, là dove si consente alla fonte secondaria di scegliere tra tutta una serie di condotte già predeterminate. Diversamente, per il diritto penale, la riserva di legge impone che il potere esecutivo non possa mai compiere scelte che incidono sul disvalore del fatto, ma soltanto specificazioni di tipo tecnico.

E bene ha fatto il Governo a prevedere nel secondo decreto legge n. 19/2020 l'applicazione retroattiva della legge favorevole, che ha consentito – per così dire – di sanare *in toto* gli errori, essendo il tutto legittimo trattandosi di successione di leggi nello stesso arco temporale emergenziale e quindi non trovando applicazione l'art. 2, comma 5, c.p. che invece si riferisce alle ipotesi in cui la successione riguarda non solo le fonti, ma prima ancora le tipologie di periodo a cui le fonti si riferiscono: normalità che succede all'emergenza o viceversa.

Non solo, ma si finisce anche per prevedere un modello di disciplina decisamente interessante, forse anche da replicare proprio in presenza delle situazioni emergenziali da rischio quanto meno a carattere sanitario.

Resta comunque il problema che il potere normativo è stato attribuito a un organo monocratico in assenza di un controllo di garanzia a livello politico, aspetto che oltretutto si pone in contrasto con il tipo di emergenza da rischio che deve essere affrontata, la quale, come accennato, necessita dal coinvolgimento di tutte le competenze nei diversi settori della vita del Paese, visto che le misure sono destinate ad incidere in modo diffuso sulla libertà dei cittadini.

Non solo, ma anche la stessa tensione che si è creata tra potere centrale e poteri non centrali (regionali, comunali) alla fin fine nasce proprio dal fatto che un accentramento che scavalca le ragioni non ha molto senso rispetto al tipo di emergenza che si deve affrontare, visto che il rischio, oltretutto sanitario, deve essere gestito proprio da coloro che vi si trovano in prossimità. Ed è in questo senso che, a mio avviso, deve essere letta la fortissima tensione che si è creata tra Stato e Regioni.

5. Il contenuto delle prescrizioni e dei divieti.

Il secondo tema che si deve affrontare riguarda il contenuto delle prescrizioni.

Una emergenza da rischio, come accennato, non può essere affrontata che fronteggiando il rischio. In estrema sintesi, si possono distinguere due tipologie di misure: da un lato, quelle specifiche, quelle prossime al rischio, quelle cioè destinate ad operare soprattutto nelle realtà in cui si sviluppa o può svilupparsi la patologia; dall'altro lato, quelle generali, più lontane dal rischio. Proprio perché si tratta emergenza da rischio, è il rischio concreto che deve essere primariamente fronteggiato: luoghi (ospedali, luoghi di ricovero latamente intesi, abitazioni), protezione del personale sanitario; modalità di trasmissione del virus; modalità/meccanismi di trasmissione (mappatura dei contatti, tamponi). Dopo di che, a seconda delle esigenze, possono intervenire anche misure generali che possono andare a limitare una serie di attività –

per così dire – più lontane dal rischio, dovendosi sempre tenere presente, come accennato, il fortissimo impatto che tali misure possono avere sulla società.

Il rapporto tra queste due misure non è facile da definire. Ma alcuni punti possono essere definiti con una certa chiarezza: il perno sul quale deve ruotare una efficace politica di contrasto non può essere costituito che dalle misure specifiche. Inoltre, misure generali senza misure specifiche rischiano di essere del tutto inefficaci o addirittura controproducenti. Non solo, ma le stesse misure generali possono essere adottate anche a seguito della cattiva gestione del rischio specifico o addirittura per la sottovalutazione dello stesso rischio emergenza. Ed anche il nostro *lockdown* potrebbe essere considerata una misura estrema derivante da una precedente sottovalutazione del rischio.

Vero questo, si deve osservare come l'azione governativa si sia concentrata soprattutto sulle misure generali invece che su quelle specifiche. È sufficiente vedere alcuni atti significativi adottati nel cruciale mese di marzo per rendersi conto come ci si sia concentrati più sulle prescrizioni generiche che su quelle specifiche: è del 21 marzo il provvedimento del Ministro della salute relativo ai *runners*; mentre è del 25 marzo quello che finalmente impone il tampone a tutto il personale medico. Senza considerare i problemi derivanti dall'aver dichiarato l'intera Italia zona rossa, con conseguente fuga dal nord verso il sud.

Quanto accaduto comincia ad emergere piuttosto chiaramente anche per l'alto numero dei morti. Il contagio si è sparsa soprattutto negli ospedali e nelle RSA, anche per la mancata dotazione del personale dei mezzi di protezione e per il ritardo nei tamponi e nella strategia diagnostica.

Se quanto detto è vero, emerge evidente come l'individuazione del contenuto delle prescrizioni altro non sia che l'individuazione di una serie di regole cautelari orientate a contenere il rischio contagio. Qui emerge tutto il carattere strutturalmente colposo del fenomeno che si deve gestire con tutte le problematiche tipiche della modernità colposa.

Con riferimento alla gestione del rischio specifico, viene in gioco il rapporto tra sapere scientifico e scelte politiche. Ma più in generale si pone soprattutto il problema di come organizzare nel complesso la gestione del rischio specifico, a cominciare dai presidi ospedalieri, passando dai medici di base, fino alle RSA.

Con riferimento alla gestione del rischio generale, il vero tema è la scelta tra un modello di auto-responsabilizzazione oppure di intimidazione e in questa prospettiva viene in gioco il principio di precauzione e le problematiche di bilanciamento tra gli interessi in gioco.

Un'altra cosa si può considerare certa: più ci si allontana dal rischio e si impongono divieti, più si va verso la precauzione. Ma precauzione vuol dire anche prevalenza assoluta accordata a determinati interessi a totale discapito di altri, come anche diminuzione della reale efficacia delle misure che allontanandosi dal rischio finiscono per operare nella sostanza in termini del tutto casuali.

6. Le responsabilità.

L'ultima tematica che dobbiamo affrontare riguarda le responsabilità.

Ancora una volta la maggioranza del dibattito pubblico si è concentrata molto sulle responsabilità derivanti dalla violazione delle misure generali, ma il vero tema attiene alle responsabilità specifiche in ambito sanitario.

6.1. Le responsabilità derivanti dalla violazione delle prescrizioni generali.

Circa le responsabilità generali, abbiamo già detto alcune cose. Adesso si tratta di esaurire l'argomento entrando in alcuni dettagli.

Da apprezzare l'operato del Governo là dove con il secondo decreto è andato a graduare la responsabilità, secondo tre livelli: illecito punitivo amministrativo, reato/contravvenzione e reato/delitto.

In particolare, per quanto riguarda il primo livello, come accennato si tratta di illeciti punitivi amministrativi, vale a dire di violazioni di prescrizioni molto lontane dal rischio. Quindi opportuna la qualificazione di tali violazioni come illeciti punitivi amministrativi, non solo per le ragioni di fonti già viste, ma anche per ragioni di proporzione, trattandosi di illeciti di pericolo astratto dove l'astrazione è per scelta del legislatore. Insomma, si tratta di punire la violazione di regole cautelari che oltretutto, come accennato, sono lontane dal rischio, risultando soltanto potenziale ed eventuale.

Rispetto a queste violazioni si pone un consistente problema di determinatezza, soprattutto là dove si utilizzano espressioni come "in prossimità della propria abitazione", "necessità", che nella sostanza rimettono nelle mani dell'autorità amministrativa un vero e proprio sindacato sulla libertà dei soggetti. D'altra parte, anche questa indeterminatezza finisce per essere un corollario inevitabile del modello di normazione che si è deciso di adottare, volto a dare flessibilità e quindi ingresso al buon senso, dovendosi tuttavia riconoscere come là dove manchi il buon senso, la disciplina finisca per operare in termini prevaricatori e vessatori. Insomma, proprio perché l'intimidazione si ispira alla precauzione, o il modello è autenticamente rigido, determinandosi tuttavia il rischio di limitazioni eccessive se non addirittura illegittime, oppure ha in sé margini di flessibilità da gestire per l'appunto con il buon senso, anche perché si tratta di misure lontane dal rischio reale che si deve fronteggiare.

A cavaliere tra amministrativo e penale si pongono i problemi penalistici derivanti dalla c.d. autodichiarazione: il penale scatterebbe infatti per rafforzare l'amministrativo. Ebbene, a me pare che, nonostante i moduli diffusi (non è un modulo che rende pubblica o privata una dichiarazione), l'autodichiarazione in esame altro non sia che una scrittura privata suscettibile di falsità ideologica, come tale non punibile in assenza di una fattispecie *ad hoc*. Anche perché, senza dubbio non si tratta di dichiarazione sostitutiva di certificazione essendo mancanti le preesistenti certificazioni, con la conseguenza che il fatto non è punibile ai sensi dell'art. 483 c.p. Inoltre, la circostanza che la dichiarazione vada poi nelle mani del pubblico ufficiale non la rende per ciò solo un atto pubblico. Non risulta applicabile nemmeno l'art. 495 c.p. perché tale

fattispecie attiene pur sempre a dinamiche documentatorie da parte del pubblico ufficiale: si tratta nella sostanza di un'ipotesi speciale di cui all'art. 483 c.p. sul piano dell'oggetto delle dichiarazioni rese dal privato al pubblico ufficiale⁹. Piuttosto, sembra possibile applicare l'art. 496 c.p. là dove si dichiara al pubblico ufficiale falsamente di non essere positivi al coronavirus quando invece lo si è.

Un altro livello è costituito dal penale all'interno del quale si può poi ulteriormente distinguere tra la contravvenzione di violazione della quarantena e i delitti di epidemia colposa/dolosa.

Per quanto riguarda l'inosservanza della quarantena¹⁰, anzitutto non si può fare a meno di evidenziare la caotica modalità di previsione. Farraginoso è non solo e non tanto il rinvio all'art. 260 r.d. n. 1265/1934, ma soprattutto il fatto che si rinvia all'art. 2, comma 1, lett. e) dello stesso decreto legge n. 19/2020, vale a dire a una norma che contiene le prescrizioni che possono essere adottate da futuri D.P.C.M.: tanto valeva prevedere direttamente una fattispecie di inosservanza.

In secondo luogo, è indubbio che manca una disciplina della misura della quarantena, disciplina che non può che essere contenuta all'interno di una legge. Piuttosto mi domando se una disciplina della misura della quarantena necessiti di una convalida da parte dell'autorità giurisdizionale. A me pare che le esigenze di disciplina della quarantena siano diverse da quelle del TSO che implica un problematicissimo impiego della coercizione, che invece non è necessario che sia previsto – per così dire – in prima battuta, per la quarantena. Insomma, sembra che il legislatore avesse in mente la costituzione di un divieto di allontanamento da parte di chi risulta positivo al coronavirus attraverso la stessa fattispecie. Ecco allora che forse sarebbe stato più opportuno prevedere una fattispecie molto più semplice, senza la necessità di avvalersi di una disciplina amministrativa, avente il seguente tenore: «chiunque, risultato positivo al Covid-19, si allontana dal luogo indicato dal personale medico per trascorrere la degenza è punito». Fattispecie comunque affetta da notevole indeterminatezza superabile mediante dettagliamenti che non si possono compiere in questa sede.

Infine, per quanto riguarda la fattispecie di epidemia colposa, al di là dei problemi che si possono porre sul piano del decorso causale reale (si pensi ai percorsi alternativi leciti) e del comportamento alternativo lecito, si devono mettere in evidenza due aspetti che rendono la fattispecie applicabile soltanto in casi del tutto peculiari¹¹. Da un lato, l'epidemia passa da un effettivo contagio di persone che a loro volta devono creare condizioni di pericolo per la salute di altre persone. Detto diversamente, non è sufficiente il comportamento di chi agisce privo di cautele, essendo necessario un effettivo contagio, come anche non è sufficiente lo stesso effettivo contagio, essendo necessaria una ulteriore pericolosità per ulteriori soggetti. Dall'altro lato, ci si deve

⁹ Per una dettagliata ricostruzione della portata dell'art. 495 c.p., sia consentito rinviare a R. BARTOLI, *Le falsità personali*, in M. Pelissero – R. Bartoli (a cura di), *Reati contro la fede pubblica*, Torino, 2011, p. 384 ss.

¹⁰ V. ampiamente G.L. GATTA, [I diritti fondamentali alla prova del coronavirus. Perché è necessaria una legge sulla quarantena](#), in questa *Rivista*, 2.04.2020, p. 1 ss.

¹¹ Cfr. ampiamente A. GARGANI, *Reati contro l'incolumità pubblica*, Tomo II, *Reati di comune pericolo mediante frode*, Milano, 2013, p. 203 ss.

chiedere se gli agenti patogeni devono trovarsi o meno in un dominio diretto dell'egente. E forse è questo il punto maggiormente problematico della fattispecie. E fino ad ora la poca giurisprudenza che ha applicato questa fattispecie ha richiesto per così dire un diretto dominio sugli agenti patogeni, con la conseguenza che occorre qualcosa di più che il risultare semplicemente positivi ad un virus.

Nel complesso si deve osservare come tutta questa legislazione si riveli particolarmente distonica e disfunzionale rispetto agli obiettivi di contenimento del rischio virus. Una sorta di incompatibilità di fondo tra la scelta precettistico/intimidatrice presidiata da sanzioni e il contrasto/contenimento del virus: illeciti punitivi amministrativi lontani dal rischio e necessariamente generici, con rischi di abuso se invece del buon senso il sindacato da parte dell'autorità viene esercitato con rigidità; impossibilità, salvo casi del tutto peculiari, di utilizzare le falsità documentali; la violazione della quarantena costruita sulla base della violazione di una misura di cui manca però completamente la disciplina amministrativa di cui forse si poteva fare a meno; la fattispecie di epidemia fino ad oggi interpretata sulla base del dominio diretto degli agenti patogeni.

Andando ancora più a fondo, si può osservare come la violazione delle prescrizioni generali realizzate in questo periodo siano destinate ad essere guardate con occhi ben diversi una volta superata l'emergenza, con la conseguenza che, diversamente da quanto disposto dall'art. 2, comma 5, una normativa di favore potrebbe avere una sua plausibilità, e ciò a dimostrazione, ancora una volta, di come sia peculiare l'emergenza che stiamo affrontando: da rischio e strutturalmente colposa. È vero anche che se nel futuro non si vorranno invalidare le normative "eccezionali", la retroattività delle successive norme di favore in tempo di normalità difficilmente potrà operare.

6.2. *Le responsabilità in ambito medico sanitario e la questione dello scudo.*

Ma, come dicevamo, e come emerge sempre di più dalla cronaca giudiziaria, il vero tema attiene alle responsabilità specifiche, alle responsabilità in ambito medico/sanitario da intendersi latamente, comprensive anche delle RSA.

E qui i nodi vengono davvero al pettine sotto il profilo della particolarità dell'emergenza sanitaria da rischio. Da un lato, v'è il problema della responsabilità del personale sanitario per omicidio colposo ai danni dei pazienti; dall'altro lato, v'è la responsabilità per i difetti organizzativi che può vedere come protagonisti i vertici non solo amministrativi e gestionali ma anche politici, responsabilità che possono derivare sia dalla morte dei pazienti, come anche dalla morte dello stesso personale sanitario.

Il tema è delicatissimo e anzitutto vorrei ragionare stando al sistema – per così dire – vigente, vale a dire in assenza di scudi.

Per quanto riguarda la responsabilità degli operatori sanitari, medici, infermieri, etc. ritengo che vi siano tutti gli estremi per escludere ipotesi di responsabilità¹². Il tema

¹² In argomento cfr. C. CUPELLI, [Emergenza Covid-19: dalla punizione degli "irresponsabili" alla tutela degli](#)

non è tanto quello di riservare la responsabilità alle ipotesi di colpa grave, quanto piuttosto di escludere la responsabilità *tout court* in virtù della peculiare situazione di emergenza che può essere considerata una sorta di perdurante stato di necessità che elimina la possibilità di adempiere secondo le cautele dovute.

Restringere la responsabilità alle ipotesi di colpa grave è giusto, ma ciò deve valere per i contesti di normalità in cui si verificano situazioni complesse. Ma non è questa l'ipotesi che viene in gioco. In queste ipotesi viene in gioco il principio di esigibilità per cui ad *impossibilia nemo tenetur*. Si tratta in sostanza di una situazione di emergenza "necessitante" caratterizzata da una permanenza, con conseguente esclusione di qualsiasi responsabilità, anche di quella grave.

Sempre in assenza di scudi, decisamente diverse le problematiche concernenti la responsabilità di chi ha ruoli organizzativi di vertice, anche perché, come accennato, oltre a problemi di responsabilità per la morte di pazienti, si può porre anche il problema della responsabilità in quanto datori di lavoro con riferimento alla mancata dotazione del personale sanitario degli strumenti per affrontare in sicurezza l'emergenza. E qui si possono distinguere due livelli, quello più a carattere amministrativo e quello addirittura politico.

Ebbene, posto che l'emergenza potrebbe senza dubbio scusare, il tema vero diviene quello della prevedibilità della situazione di rischio da emergenza: l'emergenza poteva essere prevista? Sono stati attivati e con la giusta tempistica i piani di emergenza? Per quanto riguarda i dirigenti amministrativi, il punto nodale è offerto soprattutto dalla conoscenza/conoscibilità della situazione di rischio. Per quanto riguarda i vertici politici, se nelle situazioni di normalità è senz'altro difficile giungere a una responsabilizzazione in virtù della discrezionalità politica, nelle ipotesi di emergenza la situazione cambia: da un lato, si pone sempre e comunque anche a loro carico il problema della prevedibilità dell'emergenza; dall'altro lato, proprio la situazione di emergenza riduce i margini della discrezionalità, sia sul piano dell'attivazione delle risorse che su quello delle misure da adottare.

Più in generale, là dove si chiamassero persone a rispondere, si porranno problemi sul piano della causalità nello stabilire la causa della morte; come anche problemi di efficacia del comportamento alternativo lecito e di misura soggettiva della colpa. Centrale potrà essere anche il tema della colpa per assunzione.

E veniamo allo scudo. A me pare che in realtà non vi sia alcuna necessità di prevederlo, proprio per il ragionamento che abbiamo compiuto: è sufficiente applicare i principi generali. Va da sé che l'applicazione di questi principi con ogni probabilità porterà a una tendenziale irresponsabilità per il personale sanitario e all'apertura di margini di responsabilità per i vertici amministrativi e politici.

Se proprio si volesse prevedere uno scudo, sempre sulla base delle considerazioni già fatte, a me pare che esso sarebbe plausibile senz'altro per i medici, in un'ottica di anticipare una volta per tutte soluzioni ed esiti a cui si giungerebbe magari

[operatori sanitari](#), in questa *Rivista*, 30 marzo 2020; G. LOSAPPIO, *Responsabilità penale del medico, epidemia da "Covid19" e "scelte tragiche" (nel prisma degli emendamenti alla legge di conversione del s.l. c.d. "Cura italia")*, in www.giurisprudenzapenale.it, 2020, p. 1 ss.

a seguito di un processo. In particolare, si potrebbe determinare un problema nella interpretazione della valenza dell'emergenza, ragion per cui si potrebbe ritenere che essa non operi, aprendosi così spazi per l'esclusione della responsabilità soltanto per le ipotesi di colpa grave. Ma come abbiamo accennato, la situazione che i medici si sono trovati a fronteggiare deve essere ritenuta diversa dalla "mera" complessità del caso concreto, vale a dire dall'urgenza che si presenta nelle situazioni che sono comunque di normalità soprattutto sul piano del complessivo assetto organizzativo: insomma, molti presidi sono andati davvero in tilt! Al contrario, ritengo che non sarebbe plausibile per i vertici, anche perché rischierebbe di costituire un vero e proprio privilegio, visto che rientra nei compiti istituzionali dei vertici gestire secondo cautele ed a volte anche prevedere le situazioni di rischio¹³.

A me pare che, ancora una volta, purtroppo, il tema dello scudo sia inquinato dallo scontro politico: da un lato, c'è il timore di un uso strumentale della giurisdizione e più in generale il timore di una strumentalizzazione di una parte politica di possibili vicende giudiziarie coinvolgenti vertici amministrativi o politici appartenenti agli schieramenti politici avversi; dall'altro lato, c'è la resistenza del mondo politico ad accettare i principi del diritto che possono porre limiti anche al suo operato. Ebbene, posto che i limiti del diritto non possono non valere anche per la politica, sarebbe sufficiente utilizzare buon senso da parte di tutti per evitare siffatti problemi: che la magistratura compia la sua attività andando alla ricerca delle vere e proprie responsabilità, che la politica si astenga dallo strumentalizzare a fini politici inchieste giudiziarie.

7. Un'ultima, ma non ultima, considerazione sul carcere.

Se quanto abbiamo detto in precedenza ha una sua plausibilità, appare evidente come anche il tema del carcere debba essere affrontato in termini di gestione del rischio, dovendosi riconoscere che anche per la gestione del carcere si possono porre problemi analoghi a quelli della gestione degli ospedali e delle RSA, compresi, a nostro avviso, responsabilità per eventuali vertici politici-amministrativi, in considerazione della particolare condizione degradata delle nostre carceri.

Le misure adottate fino ad ora sono state riconosciute da tutti insufficienti. E sono state moltissime le proposte avanzate per rendere più efficace la gestione del fenomeno¹⁴.

¹³ In senso analogo, v. A. BERNARDI, *Il diritto penale*, cit., p. 13 (del dattiloscritto), secondo il quale le perplessità per uno scudo aumentano «in relazione a certi emendamenti volti ad ampliare a dismisura le categorie di soggetti beneficiari di un siffatto "scudo penale", sino a ricomprendervi anche i titolari di organi di indirizzo e gestione, e dunque non solo i soggetti con mansioni esecutive, ma anche quelli con funzioni politiche e politico-gestionali».

¹⁴ ASSOCIAZIONE TRA GLI STUDIOSI DEL PROCESSO PENALE, documenti del 20 marzo 2020 e del 13 aprile 2020; ASSOCIAZIONE ITALIANA DEI PROFESSORI DI DIRITTO PENALE, documento del 23 marzo 2020, tutti pubblicati in questa Rivista; E. DOLCINI – G.L. GATTA, [Carcere, coronavirus, decreto "Cura Italia": a mali estremi, timidi rimedi](#), in questa Rivista, 22 marzo 2020, p. 1 ss.; V. MAIELLO, *La funzione terapeutico-costituzionale di una clemenza generale nella quarantena dello stato di diritto*, in *Il riformista*, 26 marzo 2020; S. MOCCIA, *Riflessioni di un penalista*

Tuttavia si tratta di misure che riguardano soprattutto chi sta scontando la pena definitiva.

A me pare invece che ci sia un'altra enorme priorità, quella di chi si trova in custodia cautelare in carcere, nella sostanza persone innocenti in attesa di giudizio. Certo, sarebbe già un grande risultato se fosse introdotta una disciplina che imponga al giudice di tener di conto, al momento della scelta della misura cautelare, anche dell'attuale emergenza sanitaria legata al coronavirus, cosa che peraltro la magistratura sta già facendo in via interpretativa. Ma occorrerebbe avere il coraggio di assumere un provvedimento generale basato su un bilanciamento definitivo tra presunzione di innocenza sulla quale si innesta prepotentemente il diritto alla salute e le esigenze cautelari, in un contesto di sovraffollamento che già di per sé costituisce un'emergenza, sul quale si innesta l'emergenza del coronavirus. In un momento in cui lo slogan imperante è divenuto "stare a casa", in un momento in cui la stessa politica ha parlato di condizioni di guerra, di emergenza epocale, etc., ebbene, in un momento di questo tenore si deve ritenere che il diritto alla salute non possa non prevalere se accompagnato al principio della presunzione di innocenza in un contesto in cui all'emergenza del sovraffollamento si somma quella del coronavirus.

Insomma, a ben vedere, ci troviamo davanti a un inquietante paradosso: da un lato, nel nome della pericolosità del virus si prevedono misure mai adottate prima e destinate ad incidere sulla libertà delle persone; dall'altro lato, tutta questa pericolosità scompare quando si parla di carcere e di detenuti, adottando misure che, considerata la nostra emergenza da sovraffollamento, dovrebbero essere adottate nella normalità.

Ebbene, occorre fare molta attenzione, anche perché, ancora una volta, potrà essere la Corte europea ad accertare eventuali responsabilità del nostro Stato incapace di gestire questa peculiare situazione di rischio, direi più che prevedibile.

ai tempi del coronavirus, in *Penale diritto e procedura*, 5 aprile 2020; A. PUGIOTTO, *Il virus nel carcere e le grazie del Quirinale*, in *disCrimen*, 19 aprile 2020.