

I LIMITI SOSTANZIALI DEL POTERE PUNITIVO NELL'EMERGENZA PANDEMICA: MODELLI CAUSALI VS. MODELLI PRECAUZIONALI*

di Donato Castronuovo

(Professore ordinario di diritto penale presso l'Università di Ferrara)

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

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

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

Forte è la tentazione, allora, dinanzi alle gravi, gravissime e perduranti restrizioni alle libertà, alla loro spesso irragionevole mutevolezza nel tempo e nello spazio, alla diversificazione secondo tendenze da strapaese, in un'orgia di particolarismo che non ha probabilmente eguali all'ora attuale nel mondo conosciuto, dinanzi a tutto questo, dicevo, forte è la tentazione dell'afasia. E del ripiegamento verso fonti altre, del sapere più che del diritto. Per vedere se c'è un senso in questa cosa smisurata, ci si rivolge alla filosofia, si riprendono i classici, si inseguono delle reminiscenze, non tutte nobili, si rievoca Carl Schmitt (“sovrano è colui che decide sullo stato di eccezione”); o si rilegge Michel Foucault (i corpi come oggetto della biopolitica; la microfisica del potere; dall'esclusione dei lebbrosi alla inclusione degli appestati, oggetto di tecniche di biopotere come le quarantene; il potere “sorvegliante” – che in questi giorni può ricorrere a un novello *Panopticon* dal nome rassicurante, quasi carino: “Immuni”). Oppure, assecondando le proprie inclinazioni, e forse in definitiva con maggior profitto, ci si rivolge alla letteratura: a quella che viene in mente a chi non ha troppa originalità di ricerca, come il sottoscritto: Manzoni, e il suo indimenticabile *a fresco*

sulla peste milanese del 1630, dai *Promessi sposi* alla *Colonna infame*; Camus, la cui prosa asciutta restituisce immagini sorprendentemente speculari a quelle odierne (nel parlare della quarantena, definita “queste insopportabili vacanze”, e nel descrivere l’indecisione iniziale nel prendere e applicare le misure di chiusura della città, nel rendere quelle misure via via più “draconiane” col crescere delle evidenze...)¹.

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

* Testo, con l’aggiunta delle note, della relazione presentata al Web-Seminar organizzato da DiP-LaP (Laboratorio permanente Diritto e Procedura penale): *Emergenza Covid-19 fra diritto e processo penale*, 29-30 aprile 2020, destinato alla raccolta degli atti.

¹ Manzoni a parte, oltre alle raffigurazioni della piaga epidemica rinvenibili nell’antichità classica (in particolare, la peste di Atene del 430-429 a.C., raccontata da Tucidide, *La guerra del Peloponneso*, libro II, nonché da Lucrezio, *De rerum natura*, libro VI), si potrebbe rileggere, con eguale piacere, anche taluna tra le tante rappresentazioni distopiche e post-apocalittiche legate al flagello epidemico, a partire da un archetipo come *La peste scarlatta* di Jack London (*The Scarlet Plague*, 1912). O, anche, descrizioni più cronachistiche, come quella di Daniel Defoe, *Dario dell’anno della peste*, anche tradotto come *La peste di Londra (A Journal of the Plague Year, 1722)*, resoconto realistico dell’epidemia che colpì nel 1665 Londra e parte dell’Inghilterra. Difficile però trovare pagine più aderenti alla nostra drammatica attualità di quelle (letterarie, nel senso di immaginarie, benché permeate di realismo) di Albert Camus, pur nella diversità del flagello (non di origine virale, ma batterica, come è per la peste bubbonica e polmonare) e nella dimensione locale e non pandemica della pestilenza raffigurata nel romanzo del premio Nobel francese (*La peste*, Gallimard, 1947).

² Cfr. F. Bartoli, *Il diritto penale dell’emergenza “a contrasto del coronavirus”: problematiche e prospettive*, in *SP*, 24.4.2020, 4, dove scrive di «un moderno e per certi aspetti inedito “autoritarismo” da gestione del rischio”: insomma, è interessante osservare come si sia passati da un rischio di autoritarismo – per così dire – doloso, volto a fronteggiare fenomeni dolosi e perseguito con piena cognizione e volontà, ad un rischio di autoritarismo colposo, derivante dal contrasto a fenomeni colposi e nella sua causa più accidentale che voluto».

scientifici che paiono adepti di una scienza altrettanto smarrita di fronte all'emergenza, una scienza a tratti contraddittoria sul piano della *comunicazione del rischio*: mascherine inutili, mascherine fondamentali... (per fermarsi a un solo esempio).

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

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

³ Cfr. C. Musumeci, *"Il funesto delitto": il contagio e l'imbarazzo dei giuristi*, in *Historia et ius* 2017, 1 ss.

⁴ S. Givone, *Metafisica della peste. Colpa e destino*, Torino 2012. Il filosofo, «facendo interagire estetica, filosofia e letteratura si interroga sulla peste come infezione più della mente che del corpo poiché simbolicamente rappresenta il fato, il destino o la maledizione che grava sull'essere umano in quanto mortale» (così C. Musumeci, *op. cit.*, p. 2, nt. 8).

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

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

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

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

⁷ Cfr., ad es., GM. Caletti, *Emergenza pandemica e responsabilità penali in ambito sanitario. Riflessioni a cavaliere tra “scelte tragiche” e colpa del medico*, in *SP*, 5.5.2020; M. Caputo, *La responsabilità penale degli operatori sanitari ai tempi del Covid19. La gestione normativa dell’errore commesso in situazioni caratterizzate dall’emergenza e dalla scarsità di risorse*, in *Le regole e la vita: del buon uso di una crisi tra letteratura e diritto*, e-book, a cura di G. Forti, Milano 2020, 109 ss.; G. Losappio, *Responsabilità penale del medico, epidemia da “Covid19” e “scelte tragiche” (nel prisma degli emendamenti alla legge di conversione del d.l. c.d. “Cura Italia”)*, in www.giurisprudenzapenale.com, 14.4.2020.

⁸ Cfr., per tutti, F. Mucciarelli, *Finanziamenti garantiti ex d.l. 23/2020: profili penalistici*, in *SP*, 4.5.2020. Nell’analizzare le «principali direttrici lungo le quali si svilupperà il rischio penale nell’era *post-lockdown*», con speciale riferimento ai reati economici, si elencano, ad esempio, «le tematiche collegate al credito alle imprese, all’impatto dell’attuale crisi di liquidità sugli obblighi di versamento tributario e contributivo, alle valutazioni sulla continuità aziendale trasposte nelle scritture contabili e ai risvolti penal-fallimentari della crisi», nonché «all’aggiudicazione di commesse: dalla corruzione in ambito pubblico, alla corruzione privata, dalla turbata libertà degli incanti sino alle frodi commerciali»: così J. P. Castagno, A. A. Stigliano, *L’anno che verrà: che ruolo avrà il diritto penale nell’ambito della ripresa economica? Prima parte*, in www.giurisprudenzapenale.com, 1.5.2020 (i passi citati sono ripresi dall’*abstract*).

⁹ Cfr., ad es., A. R. Castaldo, F. Coppola, *Le mascherine vendute a prezzi gonfiati e l’improbabile richiamo al reato di cui all’art. 501 bis c.p.: la giurisprudenza si divide*, in *SP*, 1.5.2020.

¹⁰ Ad es., le categorie più esposte al contagio, come il personale sanitario, e le vittime di violenza domestica. Cfr. F. D’Alessandro, *Le vittime vulnerabili all’epoca del coronavirus: dalle vittime di violenza domestica agli operatori sanitari esposti al contagio*, in *Le regole e la vita*, cit., 99 ss.

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

considerazione esclusivamente i due profili che ritengo più strettamente e direttamente correlati al contrasto dell'epidemia: la (speciale) disciplina penale delle misure anti-Covid e la configurabilità delle (comuni) fattispecie di responsabilità in caso di contagio o di evento epidemico. Un binomio di questioni che, come ancora si vedrà, restituisce un'immagine di (opportuna) marginalità del diritto penale.

Non nego che nei prossimi mesi e anni ci saranno problemi (anche formidabili!) legati alla gestione giudiziaria delle ipotesi di responsabilità penale legate alla pandemia (e sin da ora alla gestione politica e legislativa della crisi, si pensi alle questioni in tema di fonti¹² o alle ipotesi di scudo penale o alle altre forme di immunità o formule varie di limitazione della responsabilità del personale medico, di cui si discuterà nei prossimi interventi)¹³. Nego però che, oggi, il problema centrale sia di natura penale (*Silete poenologi!*, direbbe, forse, Massimo Pavarini); e ritengo, invece, che al centro della riflessione debbano stare i limiti alle draconiane riduzioni della libertà (che interrogano anche – ma non prevalentemente, e, forse, anzi, soltanto marginalmente – il penalista)¹⁴; oppure, ribadisco, a voler cercare una questione da porre immediatamente al penalista (e non solo a questi), si fa presto a imbattersi e ad

¹² Sul quale, per tutti, con diversi svolgimenti: G. L. Gatta, *Coronavirus, limitazione di diritti e libertà fondamentali, e diritto penale: un deficit di legalità da rimediare*, in *SP*, 16.3.2020; Id., *I diritti fondamentali alla prova del coronavirus. Perché è necessaria una legge sulla quarantena*, in *SP*, 1.4.2020; C. Ruga Riva, *Il D.L. 25 marzo 2020, n. 19, recante «misure urgenti per fronteggiare l'emergenza epidemiologica da Covid-19»: verso una "normalizzazione" del diritto penale dell'emergenza?*, in www.la legislazione penale.eu, 6.4.2020.

¹³ In relazione alla scarsità di risorse in ambito sanitario emersa drammaticamente durante le fasi acute dell'epidemia, la questione della responsabilità o della irresponsabilità potrebbe avere anche una "piega europea", tanto sul piano della Convenzione e.d.u., con riferimento agli obblighi positivi di tutela del diritto alla vita e alla salute; nonché su quello della Carta dei diritti fondamentali dell'UE (artt. 2 e 35). Nel primo ambito, si veda la giurisprudenza richiamata in C. eur. GC, 19.12.2017, *Lopes de Sousa Fernandes c. Portugal*: al di là dell'esito di ritenuta non violazione del profilo sostanziale, ma solo di quello procedurale dell'art. 2 della Convenzione, la Corte, da un lato, ricorda come spetti comunque agli Stati la determinazione circa le allocazioni delle – limitate – risorse in ambito sanitario (§ 175) e come non basti la semplice constatazione della colpa medica degli operatori ai fini dell'affermazione della responsabilità delle Parti contraenti (§ 168 ss.); d'altro canto, la stessa ricorda come è stata invece ritenuta la violazione del diritto alla vita in casi – benché diversi da quelli ipotizzabili nell'attuale contesto eccezionale di crisi generalizzata su scala regionale o nazionale – di *assenza totale di cure in ragione della mancanza di posti o di attrezzature adeguate quale effetto di disfunzioni sistemiche o strutturali del servizio ospedaliero* derivanti da un difettoso «quadro di regolamentazione» (in part. §§ 179, 182 ss., 185-196). Sul punto si rinvia a V. Felisatti, *La tutela della salute nel contesto della Convenzione europea dei diritti dell'uomo. Riflessioni sull'applicabilità del modello all'emergenza Covid-19*, contributo in corso di pubblicazione (in part., § 3.2.2).

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

inciampare nella ingombrante questione carceraria e nella ricerca di soluzioni per fronteggiare l'attuale emergenza per quella umanità dolente¹⁵.

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

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

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

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

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

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

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

¹⁵ Si veda, in merito, il documento dell'Associazione italiana dei professori di diritto penale (AIPDP), *Osservazioni e proposte del Consiglio direttivo AIPDP sull'emergenza carceraria da coronavirus*, 23.3.2020 (www.aipdp.it).

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

¹⁷ GA De Francesco, *Dimensioni giuridiche ed implicazioni sociali nel quadro della vicenda epidemica*, in www.la-legislazionepenale.eu, 23.4.2020, 1 s.

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

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

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

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

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

Per la verità, le aree di pertinenza penale, all'ora attuale, sono circoscritte – con riferimento alla penalizzazione esplicita e diretta – alla sola violazione della quarantena obbligatoria da parte dei soggetti positivi, sanzionata mediante rinvio alla contravvenzione dell'art. 260 r.d. 27.7.1934, n. 1265, fattispecie già punita con la pena

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

¹⁹ Cfr. lo stesso art. 2 co. 1 d.l. 25.3.2020 n. 19.

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

alternativa, irrobustita per l'occasione sul piano sanzionatorio. Così l'art. 4 co. 6 d.l. 25.3.2020, n. 19: «Salvo che il fatto costituisca violazione dell'articolo 452 del codice penale o comunque più grave reato, la violazione della misura di cui all'articolo 1, comma 2, lettera e, è punita ai sensi dell'articolo 260 del regio decreto 27 luglio 1934, n. 1265, Testo unico delle leggi sanitarie, come modificato dal comma 7»²¹.

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

Al di là di quest'unico caso di rilevanza penale espressa (violazione della quarantena), resta il penale "implicito", quello "comune", in cui non servono norme speciali e *ad hoc*: ovverosia, la possibilità di configurare una responsabilità penale colposa (tralascerei per mancanza di tempo il penale del dolo, capace di porre questioni più facili e insieme più difficili) di *semplici cittadini* (anche non sottoposti a quarantena obbligatoria), *operatori sanitari*²³, *dirigenti di ospedali o RSA, dirigenti di*

²¹ Questo il testo dell'art. 260 r.d. 27.7.1934 n. 1265 come modificato dall'art. 4 co. 7 d.l. 19/2020: «Chiunque non osserva un ordine legalmente dato per impedire l'invasione o la diffusione di una malattia infettiva dell'uomo è punito con l'arresto da 3 mesi a 18 mesi e con l'ammenda da euro 500 ad euro 5.000». Prima del d.l.19/2020, si faceva riferimento all'art. 4 d.p.c.m. 8.3.2020, che, rispetto al divieto di circolazione per i soggetti positivi, stabiliva: «Salvo che il fatto costituisca più grave reato, il mancato rispetto degli obblighi di cui al presente decreto è punito ai sensi dell'articolo 650 del codice penale, come previsto dall'art. 3, comma 4, del d.l. 23 febbraio 2020, n. 6». Questa disposizione (al netto di tutti i problemi di legalità prontamente rilevati dalla dottrina), con la sua clausola di sussidiarietà, apriva già la strada, sebbene in maniera implicita, all'applicazione dell'art. 452 Cp in caso di violazione della quarantena obbligatoria per soggetti positivi al coronavirus, come fa ora, in maniera esplicita, l'art. 4 d.l.19/2020.

²² Come noto, il nostro codice conosceva una fattispecie delittuosa di contagio, limitatamente alla sifilide e alla blenorragia, ma con struttura del tutto "inutile" per fronteggiare le tipologie di contagio da Sars-Cov-2: art. 450 Cp, abr. dall'art. 22 l. 22.5.1978 n. 194 (legge sull'aborto), contestualmente all'abr. del famigerato titolo X, *Delitti c. l'integrità e la sanità della stirpe*. Se ne riporta il testo: art. 450 - *Contagio di sifilide e di blenorragia*: «Chiunque, essendo affetto da sifilide e occultando tale suo stato, compie su taluno atti tali da cagionargli il pericolo di contagio, è punito, se il contagio avviene, con la reclusione da uno a tre anni. /Alla stessa pena soggiace chi, essendo affetto da blenorragia e occultando tale suo stato, compie su taluno gli atti preveduti dalla disposizione precedente, se il contagio avviene e da esso deriva una lesione personale gravissima. /In ambedue i casi il colpevole è punito a querela della persona offesa. / Se il colpevole ha agito a fine di cagionare il contagio, si applicano le disposizioni degli articoli 583, 584 e 585».

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

aziende sanitarie, datori di lavoro²⁴, enti collettivi (ai sensi, verosimilmente, dell'art. 25-septies d.lgs. n. 231/2001)²⁵, di decisori politici nazionali o locali. Una serie di soggetti a cui è demandato il compito, difficilissimo, del *governo della peste*²⁶: i vari "garanti", definibili alla stregua di gestori, pro quota, del rischio Covid, ai diversi livelli di competenza (in questo senso, ogni singolo cittadino, nel perimetro delle pretese cautelari che l'ordinamento gli rivolge, potrebbe assumere il ruolo di "garante" in senso ampio rispetto al rischio di diffusione del contagio)²⁷.

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

Dicevo che la strada della responsabilità per omicidio/lesioni, prima che per la ricostruzione della colpa (e anche in presenza di una "colpa oggettiva"), è forse impossibile già sul piano della causalità. Quel "forse" dipende da un dubbio (*apro una parentesi di... fantascienza*): si è letto sulla stampa del (formidabile) lavoro di

²⁴ Sul datore di lavoro nel contesto ospedaliero, G. Losappio, *Covid-19 e infortuni sul lavoro in ambito ospedaliero*, in www.giurisprudenzapenale.com, 23.3.2020.

²⁵ Sul datore di lavoro in generale, anche nella prospettiva della responsabilità dell'ente collettivo, C. Corsaro, M. Zambrini, *Compliance aziendale, tutela dei lavoratori e gestione del rischio pandemico*, in www.giurisprudenzapenale.com, 26.3.2020.

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

²⁷ Per la nozione di "garante" come gestore dello specifico rischio concretizzatosi nell'evento, anche a prescindere dalla forma omissiva impropria o commissiva della fattispecie, cfr. Cass. S.U. ud. 24.4.2014 (dep. 18.9.2014) n. 38343 (caso ThyssenKrupp). In dottrina, la tematizzazione più approfondita della nozione di competenza (per il rischio) si rinviene in L. Cornacchia, *Concorso di colpe e principio di responsabilità penale per fatto proprio*, Milano 2004, *passim*, e in M. Donini, *Imputazione oggettiva dell'evento. "Nesso di rischio" e responsabilità per fatto proprio*, Torino 2006, *passim*.

²⁸ Con riferimento alla pandemia in corso, tra i primi a porre la questione dell'imputazione dell'evento nei delitti di omicidio e lesioni o in quello di epidemia, V. Valentini, *Profili penali della veicolazione virale: una prima mappatura*, in www.archiviopenale.it, 8.4.2020.

investigazione che avrebbero svolto gli epidemiologi tedeschi per ricostruire la catena di contagi del primo focolaio individuato in Germania (Stockford, Baviera)²⁹. Ebbene, a quanto si legge, gli scienziati tedeschi avrebbero descritto in un articolo sottoposto (ma non so se, poi, pubblicato) alla prestigiosa rivista scientifica *the Lancet* l'indagine epidemiologica, la quale sarebbe stata svolta ricavando informazioni sugli spostamenti e i contatti dei primi contagiati, ma anche ricorrendo al *sequenziamento dei genomi del virus dei vari malati*. Domanda: considerando le mutazioni virali che si accumulano da un contagio all'altro, si potrebbe capire chi è stato infettato prima e chi dopo? Per ora è fantascienza, ma se, quando si celebreranno i processi per contagio da coronavirus, questa possibilità di accertamento fosse acclarata, direi che saremo tutti pronti a rivedere le nostre convinzioni più sedimentate in tema di causalità in casi come questi.

Nel modello causale rientra anche la fattispecie di epidemia colposa (artt. 438 e 452 Cp), richiamata espressamente, come noto, nella clausola di sussidiarietà dell'art. 4 d.l. n. 19/2020 per la violazione della quarantena obbligatoria per i soggetti positivi al nuovo coronavirus; ma che potrebbe essere contestata (in luogo dei – o in aggiunta ai – delitti di omicidio e lesioni) anche in altre ipotesi, ad es. quelle dei responsabili di RSA od ospedali o dei datori di lavoro, alle quali mi riferivo poc'anzi.

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

Il Covid-19 è una patologia infettiva che ha, in astratto, tutte le caratteristiche di diffusività che caratterizzano – sul piano oggettivo – il delitto di epidemia. Azzardo un'ipotesi: potrebbe essere significativo per la configurabilità della fattispecie di epidemia, in particolare per misurare la diffusività dell'agente patogeno, anche la considerazione del più o meno elevato indice R_0 (o, a seconda dei casi, R_t), il numero medio di infezioni secondarie prodotte da ciascun individuo infetto, che, come oramai noto, è variabile nelle varie fasi di un'epidemia³⁰. Bisognerà rifletterci meglio, ma forse

²⁹ Si veda, per es., E. Dusi, *Coronavirus, "Mi passi il sale?". Cronaca di un contagio impossibile in una mensa di Monaco*, in www.repubblica.it (consultato il 9.4.2020).

³⁰ Secondo la definizione consultabile sul sito dell'Istituto Superiore di Sanità, R_0 (R con zero) o "numero di riproduzione di base" corrisponde al numero medio di infezioni secondarie prodotte da ciascun individuo infetto

l'indicatore R_0 (questa *matematica del contagio*, secondo la bella espressione dello scrittore Paolo Giordano)³¹ potrebbe essere utilizzato per dimostrare la specifica pericolosità in concreto del contagio nel singolo frangente temporale: soltanto con un R_0 elevato, per lo meno pari o superiore a 1, si potrebbe ravvisare, nel fatto che ha portato ai contagi, un effettivo pericolo di diffusività epidemica. Tale indicatore potrebbe assumere rilevanza anche sul piano dell'elemento soggettivo colposo o doloso, da verificare al momento della condotta di trasmissione del patogeno. Sin dall'inizio dell'epidemia si è invero detto che si tratta di una malattia molto contagiosa e ad elevata trasmissibilità. Nel momento in cui l'indice di trasmissibilità divenisse meno elevato o quasi esiguo, e tale dato fosse conosciuto o facilmente conoscibile, si potrebbe argomentare per un elemento psicologico meno intenso o insussistente? Ad esempio: soltanto colpa lieve (con rilevanza commisurativa) o nessuna colpa (con conseguente insussistenza del reato) in presenza di un indice di trasmissibilità esiguo al momento della condotta, pur a fronte di un focolaio epidemico poi effettivamente innescato.

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

in una popolazione completamente suscettibile, cioè mai venuta a contatto con il nuovo patogeno emergente. Quanto all'andamento R_0 del Covid-19, se, per es., la Lombardia sembra aver raggiunto un indice R_0 pari a 3 (o 4 secondo stime più pessimistiche) nelle fasi più acute, attualmente l'indice a livello nazionale sembra invece assai più contenuto e comunque al di sotto di 1. Il parametro R_0 misura, dunque, la potenziale trasmissibilità di una malattia infettiva, quindi la capacità del virus di diffondersi in assenza di misure di contenimento; mentre il diverso parametro denominato R_t (R con t) indica l'indice di riproducibilità del virus in un dato momento in presenza di misure di contenimento.

³¹ P. Giordano, *Coronavirus, la matematica del contagio che ci aiuta a ragionare in mezzo al caos*, in www.corriere.it, 25.2.2020 (modificato il 4.3.2020).

³² Il riferimento va allo schema di accertamento proposto, come noto, ma per la causalità nei delitti di evento

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

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

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

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

dannoso (omicidio/lesioni), da L. Masera, *Accertamento alternativo ed evidenza epidemiologica nel diritto penale. Gestione del dubbio e profili causali*, Milano 2017; e, in senso solo parzialmente analogo, sempre per le ipotesi di evento dannoso, da S. Zirulia, *Esposizione a sostanze tossiche e responsabilità penale*, Milano 2018. Si vedano, ma in prospettiva *de lege ferenda* in relazione alla prevista introduzione di una fattispecie di *disastro sanitario*, l’articolato e le linee guida elaborati dalla Commissione Caselli (*Linee guida per lo schema di disegno di legge recante “Nuove norme in materia di reati agroalimentari”*, 14 ottobre 2015, 33 s.) e vari scritti di M. Donini al riguardo (da es., *Il progetto 2015 della commissione Caselli. Sicurezza alimentare e salute pubblica nelle linee di politica criminale della riforma dei reati agroalimentari*, in *DPC-riv. trim.*, 1/2016, 4 ss., in part. 21). Per aperture verso l’utilizzo (anche *de lege lata*, in presenza di una fattispecie già esistente nell’ordinamento, come per l’appunto quella di epidemia) di un accertamento fondato su una “causalità epidemiologica” nei delitti (di evento collettivo di pericolo) contro l’incolumità pubblica, si consenta di rinviare a quanto sinteticamente esposto in D. Castronuovo, *La causalité à l’épreuve du principe de précaution*, in *Principe de précaution et métamorphoses de la responsabilité*, a cura di L. d’Ambrosio, G. Giudicelli-Delage, S. Manacorda, Paris 2018, 183 ss., in part. 192-196.

in un contesto di oggettiva e parziale incertezza e, talora, anche di straordinaria impellenza.

3.- Sebbene le misure imposte o raccomandate ai vari livelli abbiano una base epistemologica non concludente; sebbene ci si muova dunque in un ambito fortemente immerso in una (inevitabile) logica precauzionale, le difficili scelte sanzionatorie prese – se sembrano discutibili sul piano dei contenuti poiché davvero invasive – lo sono a mio avviso molto meno sul piano del diritto penale in senso stretto: la scelta di configurare una progressione offensiva e sanzionatoria secondo uno schema attento alla *extrema ratio*, assieme a quella di sottoporre (in maniera espressa e diretta) a sanzione criminale soltanto la violazione della quarantena da parte del soggetto positivo, mantiene, seppure problematicamente, l'opzione penalistica all'interno della logica della prevenzione, vista la (benché variabile) diffusività della malattia.

L'irruzione della precauzione, in senso anche deteriore, potrebbe avvenire più tardi, al momento della gestione giudiziaria della crisi pandemica in corso, specialmente se non esclusivamente in relazione ai casi non espressamente previsti (quindi estranei all'unica fattispecie incriminatrice introdotta *ad hoc*: la violazione della quarantena da parte di un "appestato"), in quanto demandati alle comuni fattispecie poste a tutela della vita e della salute individuale o collettiva³³.

È specialmente su questa seconda fase del diritto penale al tempo del coronavirus – per ora, ahinoi!, ancora remota, in quanto la crisi sanitaria è ancora drammaticamente in corso – che dovrà esercitarsi l'acume del penalista. Il quale, per il momento, potrebbe limitarsi alla riflessione.

E, magari, a qualche lettura. Preferibilmente, non di testi di diritto³⁴.

³³ Preoccupazioni, condivisibili, su un possibile e futuro approccio panpenalistico ai postumi della crisi sono autorevolmente espresse da D. Pulitanò, *Lezioni dell'emergenza e riflessioni sul dopo. Su diritto e giustizia penale*, in *SP*, 28.4.2020. Cfr., inoltre, F. Palazzo, *Pandemia e responsabilità colposa*, in *SP*, 26.4.2020, a proposito dell'esercizio di *prudencia* al quale sarà chiamata la magistratura per mantenere la colpa «nel solco della responsabilità senza farla tracimare nello schema del capro espiatorio».

³⁴ La quarantena come occasione per raccontare (o per leggere) novelle è, del resto, un "classico" sedimentato nella nostra cultura: basti pensare ai dieci giovani protagonisti del *Decamerone* che, rifugiatisi in campagna per sfuggire alla peste fiorentina del 1348, passano le giornate a novellare.