

Giulio Baffa

*Grovigli normativi ed 'efficientismo' punitivo  
nella risposta sanzionatoria all'emergenza Covid-19.  
Una 'guerra' combattuta con le armi della decretazione d'urgenza*

ABSTRACT: L'emergenza epidemiologica da Covid-19 ha rappresentato il substrato di fatto per l'emanazione di atti normativi tanto di fonte primaria, quanto di fonte secondaria. Il legislatore ha predisposto un sistema punitivo che si snoda lungo il 'doppio binario' delle sanzioni penali e delle sanzioni amministrative, ferma restando l'applicabilità dei reati contro la salute pubblica, l'incolumità individuale e la vita. Con riguardo alla responsabilità penale da contagio e, in particolare, alla responsabilità del datore di lavoro e dell'operatore sanitario, l'impressione è che, almeno in alcuni casi, si sia persa l'occasione di un più efficace coordinamento sistematico.

*The epidemiological emergency caused by Covid-19 has represented the basis for the legislator to adopt legal acts both of primary source and secondary source. Therefore, the punitive system created to face the spread of Covid-19 consists in a 'double track' system made of criminal and administrative sanctions. It is part of the crimes against public health, individual safety and life. Considering the already existing discipline of criminal liability deriving from contagion, and, more specifically, the liability of the employer and healthcare professional, it seems that the legislator, using the Criminal Law of emergency, has missed an important chance to coordinate the whole system.*

PAROLE CHIAVE: Sistema sanzionatorio – Covid-19 – Responsabilità da contagio – Responsabilità del datore di lavoro – Responsabilità dell'esercente la professione sanitaria – Principio di legalità

KEYWORDS: Criminal System – Covid-19 – Criminal Liability – Contagion – Employer Liability – Healthcare Professional Liability – Principle of Legality

SOMMARIO: 1. Gli atti normativi dell'emergenza 'Coronavirus'. Delimitazione del campo di indagine – 2. Analisi ricostruttiva del sistema sanzionatorio previsto dal d.l. 26 febbraio 2020, n. 6 (conv. con modificazioni in l. 5 marzo 2020, n. 13), dal d.l. 25 marzo 2020, n. 19 (conv. con modificazioni in l. 22 maggio 2020, n. 35) e dal d.l. 16 maggio 2020, n. 33 (conv. con modificazioni in l. 14 luglio 2020, n. 74), nella scelta fra l'illecito amministrativo e l'illecito penale – 3. Gli inevitabili

problemi di coordinamento sollevati dal d.l. 25 marzo 2020, n. 19 e, seppur in parte, dal d.l. 16 maggio 2020, n. 33: a. l'operatività del principio di specialità di cui all'art. 9, l. n. 689 del 1981 – 3.1 *Segue*: b. le sanzioni amministrative 'dell'emergenza' al vaglio dei cc.dd. criteri *Engel* – 3.2 *Segue*: c. questioni di diritto intertemporale – 4. La responsabilità penale da contagio. Le fattispecie di epidemia di cui agli artt. 438 c.p. e 452 c.p. e le fattispecie contro l'incolumità individuale e contro la vita – 4.1. Salute e sicurezza nei luoghi di lavoro e di cura. Brevi cenni sulla responsabilità del datore di lavoro e sulla responsabilità dell'esercente la professione sanitaria – 5. Un primo bilancio. Regole, eccezioni e abusi. Stato di guerra nella legalità penale?

### 1. *Gli atti normativi dell'emergenza 'Coronavirus'. Delimitazione del campo di indagine*

L'assoluta e tristemente nota eccezionalità della situazione pandemica da diffusione del virus SARS-CoV-2 che lo Stato italiano si trova ormai da mesi a fronteggiare – paragonabile, secondo Alcuni, ad una guerra, come esempio tipico di presupposto di legislazione eccezionale e di emergenza<sup>1</sup> – ha rappresentato il substrato di fatto per l'emanazione 'bulimica' e 'farraginosa' (ma non per questo non necessaria) di atti normativi tanto di fonte primaria, quanto di fonte secondaria<sup>2</sup>.

L'obiettivo di queste considerazioni preliminari è anzitutto quello di

<sup>1</sup> Secondo la nota definizione fornita da L. CAIANI, voce *Analogia. b) Teoria generale*, in *Enc. dir.*, vol. II, Giuffrè, Milano, 1958, p. 369, per 'norme eccezionali' si intendono quelle «caratterizzate da una collisione o contrasto o deroga rispetto ai principi fondamentali di carattere politico-valutativo dell'ordinamento giuridico in cui sono inserite e di cui, sia pur in deroga, esse fanno parte». Sui rapporti tra guerra e diritto penale si rinvia all'indagine di M. TRAPANI, *Guerra e diritto penale. Sull'adeguatezza degli strumenti penalistici nei confronti del c.d. terrorismo islamico*, in *Politica criminale e cultura giuspenalistica. Scritti in onore di Sergio Moccia*, a cura di A. Cavaliere, C. Longobardo, V. Masarone, F. Schiaffo, A. Sessa, ESI, Napoli, 2017, pp. 246-250, mentre, in generale, sulla dialettica regola-eccezione v. E. RESTA, *Diritto vivente*, Editori Laterza, Bari, 2007, pp. 198-200. Si ricordi, in proposito, come il Consiglio dei Ministri abbia dichiarato il 31 gennaio 2020 lo stato di emergenza, per la durata di sei mesi, al fine di consentire l'emanazione delle necessarie ordinanze di Protezione Civile. Lo stato di emergenza, in scadenza il 31 luglio 2020, è stato prorogato in data 30 luglio 2020 fino al 15 ottobre 2020 e nuovamente in data 7 ottobre 2020 fino al 31 gennaio 2021.

<sup>2</sup> Fondamentali sul tema delle fonti del diritto dell'emergenza sanitaria e, in particolare modo, del rapporto tra la legge ordinaria e fonti secondarie le riflessioni di M. LUCIANI, *Il sistema delle fonti del diritto alla prova dell'emergenza*, in «Rivista AIC», 2/2020, pp. 1 ss. e di A. CARDONE, *La "gestione alternativa" dell'emergenza nella recente prassi normativa del governo: le fonti del diritto alla prova del Covid-19*, in «LP», 18 maggio 2020, pp. 15 ss.

ricostruire le 'tappe normative' più importanti in tema di contenimento del contagio<sup>3</sup>.

Per quel che qui maggiormente interessa, l'art. 3, co. 4, del d.l. 23 febbraio 2020, n. 6<sup>4</sup> puniva, «ai sensi dell'articolo 650 del codice penale» e salva l'integrazione di un più grave reato, il mancato rispetto delle misure urgenti per evitare la diffusione del virus SARS-CoV-2, adottate dalle Autorità competenti<sup>5</sup>, introducendo di fatto un nuovo reato contravvenzionale. Il primo e secondo comma dell'art. 1 individuavano delle macro-sfere di intervento a carattere non tassativo, come dimostra la stessa formulazione dell'art. 1 (co. 1: «[...] le autorità competenti sono tenute ad adottare ogni misura di contenimento e gestione adeguata e proporzionata all'evolversi della situazione epidemiologica»; co. 2: «tra le misure di cui al comma 1, possono essere adottate anche le seguenti [...]») e la disposizione di chiusura di cui all'art. 2 («Le autorità competenti possono adottare ulteriori misure di contenimento e gestione dell'emergenza, al fine di prevenire la diffusione dell'epidemia da COVID-19 anche fuori dai casi di cui all'articolo 1, comma 1»).

L'art. 3, co. 1, procedeva poi ad assegnare il relativo potere all'Autorità, identificando gli strumenti a carattere normativo (essenzialmente Decreti del Presidente del Consiglio dei Ministri) per l'emanazione dei provvedimenti necessari.

In attuazione del decreto-legge 23 febbraio 2020, n. 6, sono stati spasmodicamente emanati innumerevoli d.P.C.M.<sup>6</sup>, decreti e ordinanze

<sup>3</sup> Per un elenco di tutti i provvedimenti attualmente vigenti approvati dal Governo in seguito all'emergenza sanitaria internazionale, si rinvia al *link*: <http://www.governo.it/it/coronavirus-normativa>.

<sup>4</sup> Tra i primi commenti al d.l. n. 6 del 2020 v. in particolare, G.L. GATTA, *Coronavirus, limitazione di diritti e libertà fondamentali, e diritto penale: un deficit di legalità da rimediare*, in «Sistema penale», 16 marzo 2020; G. PIGHI, *La trasgressione delle misure per contrastare il coronavirus: tra problema grave e norma penale simbolica*, in «LP», 20 marzo 2020; B. ROMANO, *Il reato di inosservanza dei provvedimenti dell'Autorità al tempo del Coronavirus*, in «Ilpenalista.it», 16 marzo 2020; C. RUGA RIVA, *La violazione delle ordinanze regionali e sindacali in materia di coronavirus: profili penali*, in «Sistema penale», 3/2020, pp. 231 ss.

<sup>5</sup> Per maggiore chiarezza espositiva si riporta il testo dell'art. 3, co. 1, d.l. 23 febbraio 2020, n. 6: «Le misure di cui agli articoli 1 e 2 sono adottate, senza nuovi o maggiori oneri per la finanza pubblica, con uno o più decreti del Presidente del Consiglio dei Ministri, su proposta del Ministro della salute, sentito il Ministro dell'interno, il Ministro della difesa, il Ministro dell'economia e delle finanze e gli altri Ministri competenti per materia, nonché i presidenti delle regioni competenti, nel caso in cui riguardino esclusivamente una sola regione o alcune specifiche regioni, ovvero il Presidente della Conferenza dei presidenti delle regioni, nel caso in cui riguardino il territorio nazionale».

<sup>6</sup> Si pensi al d.P.C.M. 1 marzo 2020, al d.P.C.M. 4 marzo 2020, al d.P.C.M. 8 marzo

regionali, sindacali e della Protezione Civile, creando di fatto un reticolo normativo più che complesso, labirintico<sup>7</sup>.

Il decreto-legge è stato poi convertito, con modificazioni, in l. 5 marzo 2020, n. 13, lasciando tuttavia sostanzialmente immutato il sistema sanzionatorio *ivi* previsto.

Sullo sfondo di questo contesto legislativo e regolamentare si sono, tuttavia, collocate le dichiarazioni per certi versi ‘eccentriche’ di talune Procure della Repubblica Italiana che paventavano, al di là di ogni scelta legislativa, l’applicabilità del più grave reato di cui all’art. 260 r.d. 27 luglio 1934, n. 1265, T.U. leggi sanitarie (oltretutto non soggetto ad oblazione), frustrando così non solo il generale canone della *lex specialis derogat generali*, ma anche (e soprattutto) il principio della soggezione del giudice soltanto alla legge<sup>8</sup>.

La situazione normativa è sensibilmente mutata con l’entrata in vigore del decreto-legge 25 marzo 2020, n. 19<sup>9</sup> che, in premessa, rinviene

---

2020, al d.P.C.M. 9 marzo 2020 e al d.P.C.M. 11 marzo 2020. Si rinvia, per un’analisi più approfondita, a G. PIGHI, *La trasgressione delle misure per contrastare il coronavirus: tra problema grave e norma penale simbolica*, cit., pp. 10 ss. e a A. CARDONE, *La “gestione alternativa” dell’emergenza nella recente prassi normativa del governo: le fonti del diritto alla prova del Covid-19*, cit., pp. 1 ss.

<sup>7</sup> Sul punto, per tutti, R. CAVALLO PERIN, *Ordinanze d’emergenza e pandemia*, in «LP», 18 maggio 2020, pp. 1 ss.

<sup>8</sup> V., a titolo esemplificativo, AGENZIA ANSA del 25 marzo 2020, consultabile su <https://www.ansa.it>: «La Procura di Genova applicherà l’articolo 260 del testo unico delle leggi sanitarie per chi viola le restrizioni del decreto “io resto a casa”. Lo ha deciso il Procuratore capo Francesco Cozzi che ha inviato una direttiva alle forze dell’ordine. Sabato scorso la procura di Milano aveva valutato l’ipotesi di una stretta ulteriore per i “furbetti” del Dpcm. In pratica, a chi viene trovato in strada senza un valido motivo non verrà più contestato l’articolo 650 del codice penale ma l’articolo 260 del testo unico delle leggi sanitarie. La norma punisce chi non osserva un ordine “legalmente dato per impedire l’invasione o la diffusione di una malattia infettiva”. Il reato prevede una pena congiunta dell’arresto fino a 6 mesi e ammenda fino a 400 euro. A differenza dell’articolo 650, non ci sarà possibilità di oblazione e quindi di estinguere il reato». Ed ancora, v. l’articolo di cronaca pubblicato il 21 marzo 2020 su <https://www.ilgiorno.it>: «La Procura di Milano, guidata da Francesco Greco, starebbe valutando di applicare per l’emergenza Coronavirus una norma più dura dell’articolo 650 del codice penale, ossia l’articolo 260 del testo unico delle leggi sanitarie, che punisce chi non osserva un ordine “legalmente dato per impedire l’invasione o la diffusione di una malattia infettiva”. Un reato che prevede una pena congiunta dell’arresto “fino a 6 mesi” e dell’ammenda fino a 400 euro e che non è “oblabile”».

<sup>9</sup> Tra i numerosi commenti al d.l. n. 19 del 2020 si segnalano 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 «Sistema penale», 26 marzo 2020; A.R. CASTALDO, F. COPPOLA, *Profili penali del Decreto-legge n. 19/2020. “Coronavirus”: risolto il rebus delle sanzioni applicabili?*, in «Arch. pen. web», 1/2020, pp. 1 ss.; C. RUGA RIVA, *Il d.l. 25 marzo 2020, n. 19, recante «Misure urgenti per*

espressamente la sua 'legittimazione' legale nella disposizione derogatoria prevista dall'art. 16 Cost. («salvo le limitazioni che la legge stabilisce in via generale per motivi di sanità o di sicurezza»).

Quest'ultimo atto avente forza di legge, presentando una struttura pressoché parallela al precedente decreto, ha ampliato le sfere di intervento per le Autorità competenti (art. 1) e ha proceduto ad alcune specificazioni tecnico-giuridiche per l'attuazione delle misure di contenimento (artt. 2 e 3). Il decreto-legge è stato convertito con modificazioni in l. 22 maggio 2020, n. 35.

Occorre segnalare, per completezza, che il Governo italiano è intervenuto nuovamente sull'apparato punitivo volto a contrastare l'epidemia nella c.d. 'fase 2' dell'emergenza sanitaria, emanando il d.l. 16 maggio 2020, n. 33<sup>10</sup>, a cui ha fatto seguito il d.P.C.M. 17 maggio 2020. Il provvedimento d'urgenza, convertito con modificazioni in l. 14 luglio 2020, n. 74, non 'sostituisce', bensì 'affianca' il precedente d.l. n. 19 del 2020 e, in particolare, ridisegna – come si avrà modo di chiarire – la disciplina della 'quarantena'<sup>11</sup>, lasciando tuttavia sostanzialmente immutata tanto la risposta sanzionatoria amministrativa, quanto quella penale.

La disposizione che *prima facie* desta tuttavia maggiori perplessità è quella contenuta nell'art. 4, co. 1, del d.l. n. 19 del 2020. Il legislatore dell'urgenza, infatti, al comma primo, ha introdotto un nuovo illecito amministrativo punendo, con la sanzione amministrativa del pagamento di una somma da euro 400 a euro 3.000 (diminuita, in modo del tutto condivisibile, in sede di conversione a euro 1000<sup>12</sup>) e salvo che il fatto costituisca reato, il mancato rispetto delle misure di contenimento di cui all'art. 1, co. 2, individuate e applicate con i provvedimenti adottati ai sensi dell'art. 2, co. 1, ovvero dell'art. 3, precisando la non applicabilità delle sanzioni contravvenzionali

---

*fronteggiare l'emergenza epidemiologica da Covid-19»: verso una "normalizzazione" del diritto penale dell'emergenza?*, in «LP», 6 aprile 2020, pp. 1 ss.

<sup>10</sup> G.L. GATTA, *Emergenza COVID-19 e "fase 2": misure limitative e sanzioni nel d.l. 16.5.2020, n. 33 (nuova disciplina della quarantena)*, in «Sistema Penale», 18 maggio 2020.

<sup>11</sup> Pressoché letteralmente *ivi*, §§5.1 ss.

<sup>12</sup> Sui possibili problemi di diritto intertemporale che potrebbero porsi in riferimento alla modifica della cornice editale attuata in sede di conversione *ivi*, §8.1. In argomento, cfr. A. MASSARO che in occasione dell'incontro «*La risposta sanzionatoria all'emergenza Covid-19*» tenutosi sulla piattaforma *Microsoft Teams* in data 8 aprile 2020 aveva, appunto, sottolineato come la cornice editale prevista dall'art. 4, co. 1, d.l. n. 19 del 2020, *ante* conversione in legge, fosse eccessivamente 'slabbrata', sollevando non pochi dubbi in relazione al principio di determinatezza della risposta sanzionatoria. *Amplius*, sul principio di determinatezza della pena, v. A. MASSARO, *Determinatezza della norma penale e calcolabilità giuridica*, ES, Napoli, 2020, pp. 470 ss.

previste dall'art. 650 c.p. o da ogni altra disposizione di legge attributiva di poteri per ragioni di sanità<sup>13</sup>. Alla stessa sanzione amministrativa soggiace altresì colui che viola le disposizioni del d.l. n. 33 del 2020, ovvero le disposizioni dei d.P.C.M., delle ordinanze del Ministero della Salute e delle ordinanze regionali, emanate in occasione del medesimo decreto-legge (art. 2, d.l. n. 33 del 2020: «sono punite con la sanzione amministrativa di cui all'art. 4, comma 1, del decreto-legge 25 marzo 2020, n. 19»).

Al comma sesto dell'art. 4, d.l. n. 19 del 2020, la violazione del divieto assoluto di allontanarsi dalla propria abitazione o dimora per le persone sottoposte alla misura della quarantena perché risultate positive (art. 1, co. 2, lett. e, c.d. obbligo di quarantena) è punita «ai sensi dell'art. 260 del regio decreto 27 luglio 1934, n. 1265, Testo Unico delle leggi sanitarie» (fattispecie contravvenzionale) e sempre che il fatto non integri l'art. 452 c.p. (Delitti colposi contro la salute pubblica) o comunque un più grave reato.

Il comma settimo, infine, ha proceduto ad un inasprimento complessivo della pena-base dell'art. 260 prevedendo l'arresto da 3 mesi a 18 mesi e l'ammenda da euro 500 ad euro 5.000, in luogo dell'arresto fino a 6 mesi e dell'ammenda da lire 40.000 a lire 800.000.

Quest'ultima cornice edittale – «ai sensi dell'art. 260 del regio decreto 27 luglio 1934, n. 1265», così come modificato dall'art. 4, co. 7, d.l. n. 19 del 2020 – è poi prevista anche dall'art. 2, co. 3, d.l. n. 33 del 2020 per l'inosservanza della 'nuova' misura della quarantena (art. 1, co. 6, d.l. n. 33 del 2020) che, rispetto all'art. 1, co. 2, lett. e), d.l. n. 19 del 2020<sup>14</sup>, richiede come presupposto di diritto un provvedimento dell'Autorità sanitaria, cioè un provvedimento amministrativo individuale e concreto adottato per motivi di salute<sup>15</sup>. Ora, posto che l'obbligo di quarantena di cui al d.l. n.

<sup>13</sup> Nello stesso co. 1 dell'art. 4 si prevede poi un aumento della sanzione amministrativa fino a un terzo qualora il mancato rispetto delle misure avvenga mediante l'utilizzo di un veicolo. Mentre il co. 5 stabilisce che in caso di reiterata violazione della disposizione di cui al comma 1 la sanzione amministrativa sia raddoppiata e quella accessoria è applicata nella misura massima.

<sup>14</sup> In realtà la 'discrasia' tra le due disposizioni succedutesi nell'arco di poche settimane sembra essere più apparente che reale, considerando che la necessità di un provvedimento amministrativo per l'applicazione della quarantena non solo era desumibile dalla normativa secondaria, ma è stata anche confermata dalla giurisprudenza amministrativa. Così, pressoché letteralmente, G.L. GATTA, *Emergenza COVID-19 e "fase 2": misure limitative e sanzioni nel d.l. 16.5.2020, n. 33 (nuova disciplina della quarantena)*, cit., §5.1.

<sup>15</sup> Questa era, in effetti, la soluzione auspicata da G.L. GATTA, *I diritti fondamentali alla prova del coronavirus. Perché è necessaria una legge sulla quarantena*, in «Sistema penale», 2 aprile 2020. *Contra* M. BIGNAMI, *Chiacchiericcio sulle libertà costituzionali al tempo del coronavirus*, in «Questione Giustizia», 7 aprile 2020, §5; M. LUCIANI, *Il sistema delle fonti del diritto alla prova dell'emergenza*, cit., pp. 125 ss.; D. PULITANO, *Lezioni dell'emergenza*

19 del 2020 non sembra sia stato oggetto di un'abrogazione né espressa, né tacita, né tantomeno implicita da parte del sesto comma dell'art. 1, d.l. n. 33 del 2020, l'unica soluzione interpretativa percorribile è quella di ritenere che la prima disposizione continui a disciplinare le misure della quarantena già adottate, mentre la 'nuova' regola rappresenti la base legale per la l'adozione della misura 'riformata'<sup>16</sup>.

Muovendo da questo quadro normativo, per così dire, 'intricato', anche in rapporto con le 'tradizionali' fattispecie previste all'interno del Codice Rocco ovvero di leggi speciali – e che richiede un necessario processo di 'eterointegrazione' normativa con gli atti dell'Autorità –, occorre verificare se e fino a che punto il sistema sanzionatorio si risolva in un apparato dissuasivo veramente effettivo, adeguato a far fronte ad una situazione epidemiologica tutt'altro che trascurabile.

*2. Analisi ricostruttiva del sistema sanzionatorio previsto dal d.l. 26 febbraio 2020, n. 6 (conv. con modificazioni in l. 5 marzo 2020, n. 13), dal d.l. 25 marzo 2020, n. 19 (conv. con modificazioni in l. 22 maggio 2020, n. 35) e dal d.l. 16 maggio 2020, n. 33 (conv. con modificazioni in l. 14 luglio 2020, n. 74), nella scelta fra l'illecito amministrativo e l'illecito penale*

Come in parte anticipato, l'art. 3 d.l. 23 febbraio 2020, n. 6 ha introdotto una nuova contravvenzione<sup>17</sup>, chiaramente posta in rapporto di specialità in astratto con il 'tradizionale' art. 650 c.p. «Inosservanza dei provvedimenti dell'Autorità» che in questo periodo di emergenza sanitaria sembra stia

---

*e riflessioni sul dopo. Su diritto e giustizia penale*, in «Sistema penale», 28 aprile 2020, pp. 4 ss., i quali hanno osservato come dovesse essere direttamente la legge, e non l'autorità amministrativa, a disporre la quarantena sulla base 'soltanto' di una situazione fattuale oggettiva (i.e. la positività al virus), così superando in un certo senso i problemi di costituzionalità relativi alla riserva di giurisdizione *ex art. 13 Cost.* Sul punto, v. G.L. GATTA, *Emergenza COVID-19 e "fase 2": misure limitative e sanzioni nel d.l. 16.5.2020, n. 33 (nuova disciplina della quarantena)*, cit., §5.1, al quale si rinvia per una ricostruzione puntuale delle varie posizioni dottrinali.

<sup>16</sup> G.L. GATTA, *Emergenza COVID-19 e "fase 2": misure limitative e sanzioni nel d.l. 16.5.2020, n. 33 (nuova disciplina della quarantena)*, cit., §5.1.

<sup>17</sup> G. PIGHI, *La trasgressione delle misure per contrastare il coronavirus: tra problema grave e norma penale simbolica*, cit., pp. 3-4, il quale ha espresso fin da subito forti perplessità sulla scelta legislativa di ricorrere alla sanzione penale, rimarcando una volta di più il carattere 'simbolico' della stessa.

vivendo una stagione di ‘seconda giovinezza’<sup>18</sup>. I dubbi di costituzionalità posti dalla fattispecie codicistica tanto sul versante della riserva di legge, quanto su quello della determinatezza/tassatività<sup>19</sup>, tuttavia, lungi dall’essere risolti, finiscono per essere in larga parte riversati sulla nuova regola. Entrambe le norme, infatti, presuppongono l’esistenza di un provvedimento da parte dell’Autorità, individuato soltanto nel *genus* e non anche nella *species*, secondo il modello delle disposizioni a carattere ‘meramente sanzionatorio’; entrambe rientrano così nella categoria delle norme penali in bianco, ossia di quelle regole il cui precetto è dato dal contenuto di un’altra norma diversa da quella incriminatrice che si limita a prevedere l’effetto sanzionatorio<sup>20</sup>; ed ancora, entrambe puniscono l’inosservanza di provvedimenti della pubblica Autorità rivolti a una o più soggetti determinati che sono obbligati ad osservarlo, rimanendo fuori dall’ambito applicativo le violazioni immediate di ‘norme giuridiche’, per loro natura generali ed astratte<sup>21</sup>. Detto altrimenti,

<sup>18</sup> Per un commento analitico della fattispecie di cui all’art. 650 c.p. risulta sempre attuale il rinvio a V. MANZINI, *Trattato di diritto penale*, vol. X, IV ed. aggiornata da P. Nuvolone, G.D. Pisapia, UTET, Torino, 1961, pp. 117 ss.

<sup>19</sup> Sul punto v. G. CARBONI, *L’inosservanza dei provvedimenti dell’autorità*, Giuffrè, Milano, 1970, spec. pp. 314 ss. Nella giurisprudenza costituzionale cfr. Corte cost., 14 giugno 1990, n. 282. In quell’occasione la Consulta ebbe a dichiarare l’illegittimità costituzionale del combinato disposto degli art. 1, co. 1, e 5, co. 1, l. 7 dicembre 1984, n. 818, ravvisando la violazione del principio costituzionale della riserva di legge in materia penale nella circostanza per cui la normativa impugnata demandasse alla amministrazione l’individuazione dei soggetti attivi del reato, attraverso il totale rinvio della legge penale ad un atto amministrativo già esistente, conservando del resto in capo alla stessa amministrazione il potere di modificare, sostituire o abrogare il suddetto atto.

<sup>20</sup> *Contra* M. GALLO, *Diritto penale italiano. Appunti di parte generale*, vol. I, Giappichelli, Torino, 2014, p. 49, secondo cui si è in presenza di una norma penale in bianco solo allorché la disposizione rinvia ad altra regola giudica di carattere generale ed astratto. Tutte le volte che la regola penale fa riferimento a provvedimenti individuali non si è in presenza di una norma penale in bianco. Secondo l’Autore, dunque, non è norma penale in bianco l’art. 650 c.p., qualora il provvedimento legalmente dato dall’Autorità per ragioni di giustizia o di sicurezza pubblica o d’ordine pubblico o di igiene, la cui inosservanza è punita, si rivolga ad uno o più destinatari individuati dal contenuto del provvedimento stesso. Diversamente, laddove il provvedimento in questione non individui la sfera dei destinatari e si ponga come generale ed astratto l’art. 650 c.p. può essere ricondotto all’interno della categoria *de qua*. Cfr., altresì, M. ROMANO, *Repressione della condotta antisindacale. Profili penali*, Giuffrè, Milano, 1974, p. 157.

<sup>21</sup> *Ex multis* Cass., Sez. I pen., 8 aprile 2013, n. 15936: «Ai fini della configurabilità del reato di cui all’art. 650 c.p. è necessario che: a) l’inosservanza riguardi un ordine specifico impartito ad un soggetto determinato, in occasione di eventi o circostanze tali da far ritenere necessario che proprio quel soggetto ponga in essere una certa condotta, ovvero si astenga da una certa condotta; e ciò per ragioni di sicurezza o di ordine pubblico, o di igiene o di giustizia; b) che l’inosservanza riguardi un provvedimento adottato in relazione

poiché si tratta di provvedimenti che si dirigono con forza obbligatoria a determinati individui, essi sembrano rientrare più propriamente nella categoria degli 'ordini'.

L'oggettività giuridica dell'art. 650 c.p. viene individuata tradizionalmente nell'interesse concernente la 'polizia di sicurezza' e l'ordine pubblico c.d. in senso generico – da intendere come «il buon assetto e il regolare andamento del vivere civile, cui corrisponde, nella collettività, l'opinione e il senso della tranquillità e della sicurezza»<sup>22</sup> –, che si vuole proteggere contro l'inosservanza di provvedimenti della pubblica Autorità, dati per ragione di giustizia, di sicurezza pubblica o di igiene<sup>23</sup>.

Non diversamente l'art. 3 che, all'interno del quadro sanzionatorio delineato dal decreto-legge 23 febbraio 2020, n. 6, si pone a tutela dell'ordine pubblico e della salute pubblica contro condotte inottemperanti ai provvedimenti dell'Autorità, emanati allo scopo di contenere il contagio da SARS-CoV-2.

È necessario ribadire, una volta di più, come l'art. 3 individua un'autonoma fattispecie di reato cui consegue la applicazione di una pena che è indicata *per relationem* con riferimento all'art. 650 c.p. Si tratta, in effetti, di un modello di costruzione delle fattispecie di illecito penale assai frequente nella c.d. legislazione speciale o 'complementare' e proprio in specifico rapporto all'art. 650 c.p. Si pensi, ad esempio, all'art. 17-ter, co. 5, T.U.L.P.S. «Chiunque non osserva i provvedimenti previsti dai commi 3 e 4, legalmente dati dall'autorità, è punito ai sensi dell'art. 650 del codice penale»: mentre l'art. 650 c.p. sanziona la inosservanza dei provvedimenti

---

a situazioni non prefigurate da alcuna specifica previsione normativa che comporti una specifica ed autonoma sanzione. Non ha le caratteristiche sopra indicate (e quindi la sua inosservanza non può integrare il reato di cui all'art. 650) una disposizione data in via preventiva ad una generalità di soggetti e a carattere regolamentare». Ed ancora, Cass., Sez. I pen., 27 settembre 1996, n. 9490: «La contravvenzione di cui all'art. 650 c.p. non è configurabile in caso di violazione di norme giuridiche generali ed astratte, essendo la sua sfera di operatività limitata ai provvedimenti impositivi di un determinato comportamento attivo od omissivo, i quali vengano rivolti ad un soggetto o ad una cerchia di soggetti ben determinati o determinabili (anche se non individuati), al fine di garantire esigenze di giustizia, sicurezza pubblica, ordine pubblico o igiene».

<sup>22</sup> *Relazione ministeriale sul progetto del codice penale*, II, 203.

<sup>23</sup> Pressoché letteralmente V. MANZINI, *Trattato di diritto penale italiano*, vol. X, cit., pp. 7 ss. Sul concetto di ordine pubblico v. E. CONTIERI, *I delitti contro l'ordine pubblico*, Giuffrè, Milano, 1961, *passim*; G. DE VERO, *Tutela penale dell'ordine pubblico*, Giuffrè, Milano, *passim*; ID., voce *Ordine pubblico*, in *Dig. disc. pen.*, vol. IX, 1995, pp. 76 ss.; V. ZAGREBELSKY, *I delitti contro l'ordine pubblico*, in *Giurisprudenza sistematica di diritto penale. Codice penale. Parte speciale*, diretta da F. Bricola-V. Zagrebelsky, vol. IV, II ed., UTET, Torino, 1996, pp. 533 ss.

dati dall'autorità per ragioni di giustizia, sicurezza pubblica, ordine pubblico ed igiene, l'art. 17-ter T.U.L.P.S. richiama la contravvenzione codicistica solo *quoad poenam* e non anche per il suo contenuto precettivo<sup>24-25</sup>.

Inoltre, seguendo lo stesso schema dell'art. 650 c.p., il citato art. 3 non punisce, malgrado ogni suggestione semantica<sup>26</sup>, le violazioni immediate del d.l. 23 febbraio 2020, n. 6, poiché la disposizione concerne esclusivamente – e non potrebbe essere diversamente – i provvedimenti dell'Autorità: si tratta invero di norme giuridiche, quelle contenute nel d.l. 23 febbraio 2020, n. 6, di carattere generico che attribuiscono una determinata funzione e assegnano il relativo potere all'Autorità. Sono dunque i provvedimenti dell'Autorità, dati nell'esercizio di quello specifico potere, ad essere tutelati della fattispecie contravvenzionale. Detto altrimenti la sanzione dell'art. 3 non si applica per l'inosservanza del decreto-legge, bensì per l'inosservanza del provvedimento, che da tale atto avente forza di legge è genericamente imposto o autorizzato.

Probabilmente, per far fronte alle 'linee guida' proposte della magistratura inquirente nella scelta di contestare il più grave reato di cui all'art. 260 T.U.L.P.S.<sup>27</sup>, il legislatore è poi intervenuto nuovamente con il d.l. 25 marzo 2020, n. 19, fugando ogni dubbio interpretativo posto dalla precedente formulazione dell'art. 3 d.l. 23 febbraio 2020, n. 6. Resta tuttavia l'impressione per cui, anche in questo caso, si sia persa una necessaria

<sup>24</sup> «Il richiamo dell'art. 650, contenuto nel comma quinto del detto art. 17-ter, deve intendersi relativo alla sola misura della pena edittale e non anche al contenuto precettivo della norma ed agli elementi costitutivi della contravvenzione, essendo diversa, nelle due norme, la indicazione del fatto costituente reato. Il fatto sanzionato dall'art. 17-ter co. 5 è la inosservanza dei provvedimenti emessi a sensi dei precedenti commi 3 e 4, mentre invece il fatto previsto e sanzionato dall'art. 650 c.p. si riferisce alla inosservanza dei provvedimenti dati per uno dei quattro motivi specificamente indicati nella norma: giustizia, sicurezza pubblica, ordine pubblico, igiene. È pertanto manifestamente infondata le tesi [...] che pretende di applicare alla contravvenzione prevista dal detto art. 17-ter co. 5 i criteri di valutazione e di interpretazione validi per la diversa contravvenzione prevista dall'art. 650 c.p., norma quest'ultima che deve essere presa in considerazione solo "quoad poenam": Cass., Sez. I pen., 26 gennaio 1999, n. 3475.

<sup>25</sup> Ancora, il medesimo schema è riproposto dall'art. 10, l. n. 47 del 1948 (legge sulla stampa), il quale, rubricato «Giornali murali», dispone «Il giornale murale, che abbia un titolo e una normale periodicità di pubblicazione, anche se in parte manoscritto, è regolato dalle disposizioni della presente legge. Nel caso di giornale murale a copia unica, è sufficiente, agli effetti della legge 2 febbraio 1939, n. 374, che sia dato avviso della affissione all'autorità di pubblica sicurezza. L'inosservanza di questa norma è punita ai sensi dell'art. 650 del Codice penale. I giornali murali sono esenti da ogni gravame fiscale».

<sup>26</sup> Ci si riferisce, in particolare, all'espressione «il mancato rispetto delle misure di contenimento di cui al presente decreto».

<sup>27</sup> *Supra* §1.

occasione di coordinamento sistematico che avrebbe sicuramente assicurato una maggiore certezza del diritto.

Più nel dettaglio, con l'art. 4, d.l. 25 marzo 2020, n. 19 il Governo sembra aver segnato un decisivo passo 'indietro' (più apparente che reale) nell'ottica repressiva, escludendo la pena criminale dell'arresto o dell'ammenda («ai sensi dell'art. 650 c.p.») in favore della sanzione amministrativa del pagamento di una somma di denaro, attraverso il meccanismo della depenalizzazione dell'art. 3, co. 4, d.l. 23 febbraio 2020, n. 6<sup>28</sup>. La scelta, a ben vedere, si inserisce in modo del tutto coerente in quella linea di tendenza che, dal passaggio dello Stato di diritto allo Stato sociale di diritto, sta caratterizzando negli ultimi tempi l'avvio al processo di 'ricomposizione' degli illeciti contravvenzionali in illeciti amministrativi, al precipuo scopo di ridurre l'area dell'illecito penale secondo il principio di necessità (o di sussidiarietà e di *extrema ratio* del diritto penale<sup>29</sup>), di diminuire il carico della giustizia penale e di potenziare il sistema di prevenzione generale e speciale con la comminatoria di sanzioni elevate<sup>30</sup>.

L'opzione in favore dell'illecito amministrativo è stata poi confermata dall'art. 2, d.l. n. 33 del 2020.

Dato quindi il carattere sostanzialmente 'punitivo'<sup>31</sup>, gli illeciti amministrativi richiamati vanno ad integrare la categoria che la letteratura, con un'espressione tanto suggestiva quanto efficace, è solita identificare come 'diritto penale amministrativo'. L'ordinamento italiano, infatti, è ormai chiaramente caratterizzato da un apparato 'punitivo' che opera attraverso la dicotomia sanzione punitiva penale e sanzione punitiva amministrativa<sup>32</sup> che, non diversamente dalla prima persegue una finalità

<sup>28</sup> L'art. 3, d.l. 23 febbraio 2020, n. 6 è stato oggetto di esplicita abrogazione dall'art. 4, d.l. 25 marzo 2020, n. 19.

<sup>29</sup> Per tutti M. TRAPANI, *Considerazioni su legittimazione e limiti del diritto penale*, in Gian Luigi Falchi, Antonio Iaccarino (edd.), *Legittimazione e limiti degli ordinamenti giuridici*. XIV Colloquio Giuridico Internazionale, Lateran University Press, Città del Vaticano, 2012, p. 793 e pp. 803-804.

<sup>30</sup> Il riferimento è, anzitutto, alla l. n. 689 del 1981, vera e propria 'Parte generale del diritto punitivo amministrativo', ma anche alla l. n. 205 del 1999 e, da ultimo, al d.lgs. n. 8 del 2016. Cfr. F. MANTOVANI, *Diritto penale. Parte generale*, IX ed., Wolters Kluwer-Cedam, Assago, pp. 945 ss.

<sup>31</sup> La tematica richiama in modo ineludibile i cc.dd. criteri "Engel", *amplius*, *Infra* §3.1

<sup>32</sup> In argomento, obbligatorio il riferimento a M. SINISCALCO, *Dalla depenalizzazione di illeciti penali alla formazione di un sistema*, in «Riv. it. dir. proc. pen.», 2/1992, pp. 3 ss.; T. PADOVANI, *La distribuzione di sanzioni penali e di sanzioni amministrative secondo l'esperienza italiana*, in «Riv. it. dir. proc. pen.», 3/1984, p. 952; E. DOLCINI, *Sui rapporti tra tecnica sanzionatoria penale e amministrativa*, in «Riv. it. dir. proc. pen.», 4/1987, pp. 777 ss.; M. TRAPANI, *Relazione al Progetto di depenalizzazione e abrogazione dei reati minori*

repressiva e preventiva e non meramente risarcitoria<sup>33</sup>.

La disposizione dell'art. 4, co. 1, d.l. n. 19 del 2020, se da una parte individua nell'*incipit* l'operatività dell'illecito amministrativo «salvo che il fatto costituisca reato»<sup>34</sup> (clausola di sussidiarietà assolutamente indeterminata)<sup>35</sup>, dall'altra chiarisce che non troveranno applicazione le sanzioni contravvenzionali previste dall'art. 650 c.p. e da ogni altra disposizione di legge previgente attributiva di poteri per ragioni di sanità, così limitando di fatto l'ambito di efficacia della riserva iniziale.

Ora, se nessun dubbio suscita il richiamo all'art. 650 c.p. (soluzione alla quale si sarebbe pervenuti anche e soltanto alla stregua del generale principio di specialità di cui all'art. 9, l. n. 689 del 1981<sup>36</sup>), ben più ardua

---

*predisposto dalla "Commissione di studio per la riforma del codice penale" istituita con D.M. 1° dicembre 2001, in «Diritto penale XXI secolo», 2003, pp. 81 ss. Più di recente, anche in una prospettiva sovranazionale, A. MASSARO, Salute e sicurezza nei luoghi di detenzione: coordinate di un binomio complesso, in La tutela della salute nei luoghi di detenzione. Un'indagine di diritto penale intorno a carcere, REMS e CPR, a cura di A. Massaro, RomaTre-Press, Roma, 2017, pp. 49 ss.*

<sup>33</sup> Il diritto penale amministrativo, invero, interviene per uno scopo meramente sanzionatorio di norme regolanti istituti di diritto amministrativo, o di atti amministrativi (a.e. ordini) ovvero, quando ha carattere costitutivo, riflette interessi di polizia o di finanza regolati in via principale da norma amministrative. Detto altrimenti, il legislatore si 'serve' della 'pena' per colpire fatti che rappresentano mere violazioni delle prescrizioni amministrative, assicurando lo svolgimento dell'attività amministrativa (c.d. pene amministrative). Fondamentale il rinvio a P. NUVOLONE, *Il diritto punitivo nella nuova legislazione*, in «Ind. pen.», 1982, pp. 79 ss.; A. TESAURO, *Le sanzioni amministrative punitive*, Stabilimento Tipografico Tocco, Napoli, 1925, *passim*; V. MANZINI, *Trattato di diritto penale italiano*, vol. I., cit., pp. 117 ss.

<sup>34</sup> In riferimento all'ambito operativo della clausola di sussidiarietà v. A.R. CASTALDO, F. COPPOLA, *Profili penali del Decreto-legge n. 19/2020. "Coronavirus": risolto il rebus delle sanzioni applicabili?*, cit., pp. 4-5, i quali escludono l'esistenza di una 'sottofattispecie' comune, da una parte, tra l'illecito amministrativo con il diverso reato di cui all'art. 4, co. 6, d.l. n. 19 del 2020 (c.d. violazione dell'obbligo di quarantena) il quale richiede come elemento costitutivo la positività al tampone (e, conseguentemente, la consapevolezza di tale circostanza), dall'altra parte tra lo stesso illecito amministrativo di nuovo conio con le ipotesi di falsa autocertificazione o di false dichiarazioni rese al pubblico ufficiale, posto che queste fattispecie delittuose riguardano condotte aggiuntive e non specificative della trasgressione in sé della misura di contenimento. Detto altrimenti, il perimetro applicativo della clausola di riserva appare estremamente ridotto e potrebbe riguardare le sole ipotesi in cui il soggetto agente, inconsapevole di aver contratto il virus, violi le misure di contenimento.

<sup>35</sup> Sulla distinzione tra clausole di riserva determinate, relativamente indeterminate e assolutamente indeterminate v. M. TRAPANI, *La divergenza tra il "voluto" e il "realizzato"*, Giappichelli, Torino, 2006, pp. 258 ss.

<sup>36</sup> V. *amplius*, *Infra* §3.

appare l'individuazione delle altre disposizioni di legge attributive di poteri per ragioni di sanità.

A venire in considerazione è, anzitutto, l'art. 260 r.d. 1265 del 1934 (c.d. T.U. leggi sanitarie): «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 fino a sei mesi e con l'ammenda da lire 40.000 a lire 800.000. Se il fatto è commesso da persona che esercita una professione o un'arte sanitaria la pena è aumentata»<sup>37</sup>.

Ed ancora, l'art. 18 T.U.L.P.S. punisce l'inosservanza del divieto del questore per ragione di sanità pubblica, di tenere riunioni pubbliche di qualsiasi specie, funzioni, cerimonie, pratiche religiose o processioni<sup>38</sup>.

All'interno della 'consorella' disposizione di cui all'art. 2, co. 1, d.l. n. 33 del 2020, il legislatore dell'urgenza sembra invece impiegare una formulazione più 'snella' ma non per questo meno 'criptica', definendo l'ambito di applicabilità dell'illecito amministrativo «salvo che il fatto costituisca reato diverso da quello di cui all'art. 650 del codice penale» (clausola di sussidiarietà determinata): a ben vedere, anche in questo caso, i principi generali che regolano la materia del c.d. diritto punitivo amministrativo, e in particolare l'art. 9, l. n. 689 del 1981, avrebbero risolto *ab origine* qualsiasi problema di 'concorso' con l'art. 650 c.p. Ma tant'è.

Certamente più lineare e lucida appare, invece, la formulazione legislativa dell'art. 4, co. 6, d.l. 25 marzo 2020, n. 19. La fattispecie, come già anticipato, punisce la violazione del divieto assoluto di allontanarsi dalla propria abitazione o dimora per le persone sottoposte alla misura della quarantena perché risultate positive all'accertamento da tampone, richiamando – anche questa volta, solo *quoad poenam* – l'art. 260 r.d. 27 luglio 1934, n. 1265, come modificato dal successivo comma 7. La disposizione esordisce sia con una clausola di riserva determinata («Salvo che il fatto costituisca violazione dell'art. 452 del codice penale»<sup>39</sup>), sia con una

<sup>37</sup> Cass., 1 febbraio 1939, in *Giust. pen.*, II/1150: «L'inosservanza dell'ordinanza del sindaco che, per ragioni di profilassi antimalarica, ordina la copertura o soppressione di tutti gli acquitrini, ecc., è punibile a norma dell'art. 260 legge sanitaria, che è disposizione speciale in confronto all'art. 650 cod. pen.».

<sup>38</sup> Art. 18 «Il Questore, nel caso di omesso avviso ovvero per ragioni di ordine pubblico, di moralità o di sanità pubblica, può impedire che la riunione abbia luogo e può, per le stesse ragioni, prescrivere modalità di tempo e di luogo alla riunione. I contravventori al divieto o alle prescrizioni dell'autorità sono puniti con l'arresto fino a un anno e con l'ammenda da euro 206 (lire 400.000) a euro 413 (lire 800.000). Con le stesse pene sono puniti coloro che nelle predette riunioni prendono la parola».

<sup>39</sup> La medesima dizione era contenuta nell'*incipit* del terzo comma dell'art. 2 d.l. n. 33 del 2020, poi sostituita dall'espressione «salvo che il fatto costituisca reato punibile ai

relativamente indeterminata («o comunque più grave reato»). L'utilità della prima riserva appare, dunque, quantomeno dubbia<sup>40</sup>.

Le stesse considerazioni sembrano potersi svolgere, *mutatis mutandis*, in riferimento all'art. 2, co. 3, d.l. n. 33 del 2020.

Dando per presupposto – sia pur in termini di mera 'dichiarazione di intenti' – che le scelte di politica legislativa all'emergenza 'Covid-19' abbiano davvero approntato un apparato significativo e sufficientemente dissuasivo, altro e diverso discorso è indagare se l'arsenale 'punitivo' (*lato sensu* inteso, integrato cioè con gli illeciti amministrativi) si inserisca in modo coerente all'interno del sistema e, in particolare, rispetto ai principi generali dettati dalla l. n. 689 del 1981.

### 3. *Gli inevitabili problemi di coordinamento sollevati dal d.l. 25 marzo 2020, n. 19 e, seppur in parte, dal d.l. 16 maggio 2020, n. 33: a. l'operatività del principio di specialità di cui all'art. 9, l. n. 689 del 1981*

Gli sforzi normativi volti a contrastare la diffusione del virus SARS-CoV-2 attraverso la predisposizione di un autonomo arsenale 'punitivo' non sono stati sempre accompagnati da una chiarezza descrittiva nella formulazione delle fattispecie di illecito, suscitando serie perplessità sul piano ricostruttivo-sistematico.

L'interprete italiano, infatti, nell'applicazione degli illeciti amministrativi di cui all'art. 4, co. 1, d.l. 25 marzo 2020, n. 19 e all'art. 2, co. 1, d.l. 16 maggio 2020, n. 33 sarà necessariamente chiamato a confrontarsi con la l. n. 689 del 1981 – vera e propria 'Parte generale del diritto punitivo amministrativo' – che, in un'ottica di razionalizzazione di una disciplina organica (sostanziale e processuale), garantisce anche nei confronti del c.d. diritto penale amministrativo l'operatività del principio di legalità, nei suoi corollari del principio della riserva di legge, dell'irretroattività e della

---

sensi dell'art. 454 del codice penale» in sede di conversione in l. 14 luglio 2020, n. 74.

<sup>40</sup> 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?*, cit., p. 7, il quale sottolinea come il *discrimen* tra la 'nuova' contravvenzione e il delitto di epidemia si sostanzia nella prova della trasmissione del virus ad un numero indeterminato di persone, dal quale derivi un pericolo per l'incolumità pubblica, oggettività giuridica che non sembra riguardare, almeno *prima facie*, la fattispecie di cui all'art. 4, co. 6, incentrata per lo più sulla tutela di semplici 'funzioni' (v. *amplius*, *infra* §5).

determinatezza/tassatività, e del principio di colpevolezza<sup>41</sup>.

Disposizione cardine all'interno del sistema della l. n. 689 del 1981 è l'art. 9 che, pur richiamandosi al solo principio di specialità, risolve il problema della violazione di una sola norma o di più norme diverse (concorso eterogeneo) negli stessi termini del concorso apparente di norme penali, attraverso il principio generale del *ne bis in idem* sostanziale, estendendo di fatto quanto già previsto dall'art. 15 c.p. in sede penale<sup>42</sup>.

A questo proposito, si pone un problema non secondario, cui questo legislatore dell'emergenza non pare aver posto la dovuta l'attenzione: sembra, infatti, aver 'dimenticato' l'enorme potenzialità espansiva dell'articolo 9, l. n. 689 del 1981.

La disposizione sancisce, come visto, la piena operatività del 'principio di specialità', sia in astratto che in concreto, fra disposizioni punitive penali (in senso stretto) e amministrative, quando siano entrambe previste da fonti statali; ossia tra disposizioni normative appartenenti a settori diversi dell'ordinamento<sup>43</sup>.

Ora, nei decreti in commento è prevista una 'clausola derogatoria' al citato art. 9, consentendo la prevalenza della sanzione penale che sarà sempre

<sup>41</sup> Sulla stessa linea di tendenza della legge n. 689 del 1981, si pone il Regolamento europeo n. 2988/95 il quale, riferendosi in particolar modo alle sanzioni amministrative decentrate, afferma al secondo comma dell'art. 2 che: «Nessuna sanzione amministrativa può essere irrogata se non stata prevista da un atto comunitario precedente all'irregolarità. In caso di successiva modifica delle disposizioni relative a sanzioni amministrative contenute in una normativa comunitaria si applicano retroattivamente le disposizioni meno rigorose».

<sup>42</sup> Sul meccanismo di operatività dell'art. 9, l. n. 689 del 1981, v. M. GALLO, *Diritto penale italiano*, cit., pp. 175-176; M. TRAPANI, *Riflessioni a margine del sistema sanzionatorio previsto dal c.d. codice dei beni culturali*, in *Patrimonio culturale. Profili giuridici e tecniche di tutela*, a cura di E. Battelli, B. Cortese, A. Gemma, A. Massaro, RomaTre-Press, Roma, 2017, pp. 251 ss.; M. DALLACASA, *Principio di specialità e nascita di un sistema di diritto dell'illecito amministrativo*, in «Ind. pen.», 1984, pp. 29 ss.; G. DE FRANCESCO, voce *Concorso apparente di norme*, in *Dig. disc. pen.*, vol. II, 1988, pp. 416 ss.

<sup>43</sup> Cass., Sez. I pen., 17 marzo 1993 n. 157: «A seguito dell'entrata in vigore, alla data del 1° gennaio 1993, del d.lg. 30 aprile 1992, n. 285, recante il nuovo codice della strada, l'inottemperanza, senza giustificato motivo, all'ordine dell'autorità di presentarsi, entro il termine da questa stabilito, ad uffici di polizia per fornire informazioni o esibire documenti ai fini dell'accertamento di violazioni amministrative del detto codice, già integrante l'elemento oggettivo del reato di cui all'art. 650 c.p., è ora punita con sanzione amministrativa dal VIII comma dell'art. 180 del medesimo codice. Siffatta tutela in via amministrativa dell'ordine in questione non si aggiunge a quella del dettato penale, ma la sostituisce integralmente, stante il principio di specialità che regola il concorso apparente tra norma penale e norma del sistema sanzionatorio amministrativo (art. 9, l. 24 novembre 1981, n. 689), essendo la violazione munita di sanzione amministrativa oggetto di norma speciale rispetto alla violazione di cui all'art. 650 c.p.».

dunque l'unica applicabile, con esclusione di quella amministrativa<sup>44</sup>, laddove invece, in contemporanea vigenza, la disposizione punitiva amministrativa costituirebbe, *rebus sic stantibus*, norma speciale rispetto alla regola penale (ad eccezione della nuova fattispecie contravvenzionale di cui al co. 6 dell'art. 4, d.l. 25 marzo 2020, n. 19 e al co. 3 dell'art. 2, d.l. 16 maggio 2020, n. 33).

Si ritornerebbe, invece, alla piena operatività del principio di specialità di cui all'art. 9, nel caso di convergenza degli illeciti amministrativi con le sanzioni contravvenzionali previste dall'articolo 650 c.p. o da ogni altra disposizione di legge – non meglio individuata – attributiva di poteri per ragioni di sanità.

### 3.1 Segue: *b. le sanzioni amministrative 'dell'emergenza' al vaglio dei cc.dd. criteri Engel*

Come già ampiamente precisato, le sanzioni amministrative di cui all'art. 4, co. 1, d.l. 25 marzo 2020, n. 19 e all'art. 2, co. 1, d.l. 16 maggio 2020, n. 33, collocandosi sulla medesima linea tracciata dalla l. n. 689 del 1981, presentano una natura punitiva: sono infatti degli strumenti di tutela che perseguono, non diversamente dalla sanzione 'criminale', una finalità general e special preventiva.

In generale, proprio in relazione alle sanzioni amministrative, questo carattere punitivo è stato da tempo evidenziato anche dalla Corte europea dei diritti dell'uomo, che – a partite dalla celeberrima sentenza *Engel*<sup>45</sup> – ha elaborato una nozione autonoma di materia penale (e, quindi, di pena), nozione che non considera decisiva la qualifica formalmente penale di una sanzione ma dà rilievo all'intrinseco contenuto punitivo della stessa<sup>46</sup>.

Muovendo proprio dai cc.dd. *Engel criteria* – sulla cui 'afferrabilità' si potrebbe quanto meno discutere<sup>47</sup> – la Corte EDU ha da tempo attratto le sanzioni amministrative punitive nella materia penale, estendendo di

<sup>44</sup> Così, 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?*, cit., p. 5.

<sup>45</sup> Corte EDU, Plenaria, 8 giugno 1976, ric. n. 5100/71, *Engel and Others v. the Netherlands* e, successivamente, per tutte, Corte EDU, 26 marzo 1982, ric. n. 8269/78, *Adolf v. Austria*.

<sup>46</sup> In argomento v. F. MAZZACUVA, *Le pene nascoste. Topografia delle sanzioni punitive e modulazione dello statuto garantistico*, Giappichelli, Torino, 2017, pp. 53 ss.

<sup>47</sup> Così A. MASSARO, *Salute e sicurezza nei luoghi di detenzione: coordinate di un binomio complesso*, cit., pp. 51 ss., alla quale si rinvia per i tutti i necessari riferimenti giurisprudenziali.

conseguenza quel 'catalogo' di garanzie già previste per le sanzioni criminali in senso stretto: in particolare, l'art. 7 CEDU (principio di legalità e di irretroattività/retroattività), l'art. 6 CEDU (principio del giusto processo) e l'art. 4, prot. 7, CEDU (principio del *ne bis in idem*).

Sono stati così messi in discussione tutti quei settori (ad esempio la disciplina delle manipolazioni di mercato) caratterizzati tanto da illeciti penali, quanto da illeciti amministrativi. Si tratta, detto altrimenti, del c.d. doppio binario in senso ampio<sup>48</sup> (caso Grande Stevens *docet*.<sup>49</sup>)

Ora, posto che i decreti-legge in commento non prevedono l'applicazione 'cumulativa' delle sanzioni penali e punitive amministrative in riferimento agli stessi fatti, l'affermazione secondo cui le sanzioni amministrative pecuniarie di cui all'art. 4, d.l. n. 19 del 2020 e art. 2, d.l. n. 33 del 2020 debbano considerarsi 'convenzionalmente' penali, secondo i cc.dd. criteri *Engel*, impone necessariamente l'innalzamento delle garanzie (già riconosciute alla sanzione 'criminale').

### 3.2 Segue: *c. questioni di diritto intertemporale*

Per quanto riguarda, infine, le sempre complesse questioni di diritto intertemporale, il d.l. 25 marzo 2020, n. 19 all'art. 4, co. 8, disciplina la successione della norma di depenalizzazione alla norma incriminatrice, affermando che «Le disposizioni del presente articolo che sostituiscono sanzioni penali con sanzioni amministrative si applicano anche alle violazioni commesse anteriormente alla data di entrata in vigore del presente decreto, ma in tali casi le sanzioni amministrative sono applicate nella misura minima ridotta alla metà. Si applicano in quanto compatibili le disposizioni degli articoli 101 e 102 del decreto legislativo 30 dicembre 1999, n. 507». Detto altrimenti, e lasciando in questa

<sup>48</sup> Si pensi, a titolo meramente esemplificativo, al testo unico in materia di intermediazione finanziaria all'interno del quale si prevede il reato di manipolazione del mercato (art. 185 T.U.I.F.). Condotta analoga è punita poi come illecito amministrativo dall'art 187-ter T.U.I.F. Premesso ciò, per esplicita indicazione legislativa («salve le sanzioni penali quando il fatto costituisce reato»), la sanzione amministrativa può applicarsi 'in aggiunta' a quella penale. Da notare come la clausola di cui all'art. 187-ter T.U.I.F. si pone in senso derogatorio alla disciplina generale dell'illecito amministrativo di cui all'art. 9 l. 689 del 1981, ove si prevede invece la sola applicabilità della disposizione speciale.

<sup>49</sup> Corte EDU, 4 marzo 2014, *Grande Stevens c. Italia*, ric. nn. 18640/10-18647/10, 18663/10-18668/10-18698/10, in «Dir. pen. cont.», 9 marzo 2014, con nota di A.F. TRIPODI, *Uno più uno (a Strasburgo) fa due. L'Italia condannata per violazione del ne bis in idem in tema di manipolazione del mercato*.

sede da parte ogni considerazione critica sulle sanzioni amministrative accessorie, la disposizione permette l'applicazione retroattiva della sanzione amministrativa del pagamento di una somma di denaro nella misura minima ridotta della metà (*i.e.* 200 Euro), con conseguente archiviazione dei procedimenti penali per le contestazioni «ai sensi dell'art. 650 codice penale» e trasmissione degli atti alle Prefetture competenti per l'irrogazione della sanzione amministrativa<sup>50</sup>.

Tale regime transitorio non sembra differire da quanto previsto dall'art. 40, l. n. 689 del 1981 per le depenalizzazioni *ivi* contemplate: «Le disposizioni di questo Capo si applicano anche alle violazioni commesse anteriormente all'entrata in vigore della presente legge che le ha depenalizzate, quando il relativo procedimento penale non sia stato definito»<sup>51</sup>.

In argomento, il Giudice delle leggi ha affermato anche di recente che, se una simile tecnica legislativa si sottrae a censure di illegittimità costituzionale – sulla base dell'assunto per cui il diritto penale si caratterizza sempre per la sua incidenza, attuale e potenziale, sul bene della libertà personale –, il generale maggior favore di un apparato sanzionatorio di natura formalmente amministrativa rispetto all'apparato sanzionatorio 'criminale' non può essere dato per pacifico in ogni singolo caso, ben potendosi porre in contrasto con gli artt. 25, secondo comma, e 117, primo comma, Cost., quest'ultimo in relazione all'art. 7 CEDU. Nulla esclude, infatti, che apparati sanzionatori formalmente amministrativi presentino sostanzialmente un'elevatissima carica afflittiva<sup>52</sup>.

Più nel dettaglio, con la sentenza n. 63 del 2019 la Corte costituzionale ha riconosciuto la piena operatività del principio di irretroattività della legge sfavorevole/retroattività della legge favorevole al settore del diritto penale amministrativo, ammettendo altresì la possibilità di deroghe al principio di retroattività della *lex mitior*, purché tale scelta si riveli

<sup>50</sup> *Amplius v. 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?*, cit., pp. 8 ss.

<sup>51</sup> Ed ancora, v. l'art. 100, d.lgs. n. 507 del 1999, anche richiamato dall'art. 4, co. 8: «Le disposizioni del presente decreto legislativo che sostituiscono sanzioni penali con sanzioni amministrative si applicano anche alle violazioni commesse anteriormente alla data di entrata in vigore del decreto stesso, sempre che il procedimento penale non sia stato definito con sentenza o con decreto divenuti irrevocabili».

<sup>52</sup> Corte cost., 25 ottobre 2018, n. 223 con commento di G.L. GATTA, *Non sempre depenalizzazione equivale a mitigazione. La Corte costituzionale sull'irretroattività delle sanzioni amministrative punitive più sfavorevoli di quelle penali*, in «Dir. pen. cont.», 13 dicembre 2018.

ragionevole rispetto agli interessi in gioco<sup>53</sup> (caso Scoppola *docet!*)<sup>54</sup>.

A ben vedere, tuttavia, il contrasto con il principio di irretroattività nel caso *de quo* è più apparente che reale<sup>55</sup>.

L'illecito amministrativo da depenalizzazione, invero, risulta certamente *lex mitior* rispetto alla regola penale previgente: se è vero che la sanzione amministrativa, secondo il criterio della riduzione, ammonta a Euro 200, rispetto alla somma di Euro 103 (somma risultante dalla metà del massimo dell'ammenda prevista dall'art. 650 c.p.) astrattamente irrogabile a seguito della applicazione al contravventore dell'istituto dell'oblazione facoltativa di cui all'art. 162-*bis* c.p., è ancor più vero che l'ammissione a tale rito con conseguente estinzione del procedimento penale è facoltativa ed è soggetta a limitazioni tanto di natura soggettiva, quanto di natura oggettiva<sup>56</sup>.

In conclusione appare pienamente condivisibile la scelta del legislatore

<sup>53</sup> Corte cost., 20 febbraio 2019, n. 63: «Rispetto, però, a singole sanzioni amministrative che abbiano natura e finalità “punitiva”, il complesso dei principi enucleati dalla Corte di Strasburgo a proposito della “materia penale” [n.d.r. si rinvia ai c.d. Criteri *Engel*] – ivi compreso, dunque, il principio di retroattività della *lex mitior*, nei limiti appena precisati (supra, punto 6.1.) – non potrà che estendersi anche a tali sanzioni. [...] L'estensione del principio di retroattività della *lex mitior* in materia di sanzioni amministrative aventi natura e funzione “punitiva” è, del resto, conforme alla logica sottesa alla giurisprudenza costituzionale sviluppatasi, sulla base dell'art. 3 Cost., in ordine alle sanzioni propriamente penali. Laddove, infatti, la sanzione amministrativa abbia natura “punitiva”, di regola non vi sarà ragione per continuare ad applicare nei confronti di costui tale sanzione, qualora il fatto sia successivamente considerato non più illecito; né per continuare ad applicarla in una misura considerata ormai eccessiva (e per ciò stesso sproporzionata) rispetto al mutato apprezzamento della gravità dell'illecito da parte dell'ordinamento. E ciò salvo che sussistano ragioni cogenti di tutela di controinteressi di rango costituzionale, tali da resistere al medesimo “vaglio positivo di ragionevolezza”, al cui metro debbono essere in linea generale valutate le deroghe al principio di retroattività *in mitius* nella materia penale», su cui si rinvia ai commenti di V. TIGANO, *Questioni aperte su retroattività in mitius e sanzioni amministrative punitive: verso l'affermazione di un principio nazionale di fonte sopranazionale?*, in «Arch. pen. web», 1/2020, pp. 1 ss. e di M. SCOLETTA, *Retroattività favorevole e sanzioni amministrative punitive: la svolta, finalmente, della Corte costituzionale*, in «Dir. pen. cont.», 2 aprile 2019.

<sup>54</sup> Corte EDU, Grande Camera, *Scoppola c. Italia* 17 settembre 2009, n. 10249/03. Si rinvia, per tutti, a M. GAMBARDELLA, *Il “caso Scoppola”: per la Corte europea l'art. 7 CEDU garantisce anche il principio di retroattività della legge penale più favorevole*, in «Cass. pen.», 5/2010, pp. 2020 ss.

<sup>55</sup> Così A.R. CASTALDO, F. COPPOLA, *Profili penali del Decreto-legge n. 19/2020. “Coronavirus”: risolto il rebus delle sanzioni applicabili?*, cit., pp. 6-7.

<sup>56</sup> Le stesse considerazioni possono essere svolte in riferimento al ‘nuovo’ illecito amministrativo si cui all'art. 2, co. 1, d.l. n. 33 del 2020 su cui v. G.L. GATTA, *Emergenza COVID-19 e “fase 2”: misure limitative e sanzioni nel d.l. 16.5.2020, n. 33 (nuova disciplina della quarantena)*, cit., §8.1.

d'urgenza di applicare retroattivamente la sanzione amministrativa depenalizzata, in quanto più favorevole<sup>57</sup>.

4. *La responsabilità penale da contagio. Le fattispecie di epidemia di cui agli artt. 438 c.p. e 452 c.p. e le fattispecie contro l'incolumità individuale e contro la vita*

L'ultimo aspetto che resta da esaminare attiene alla c.d. 'responsabilità penale da contagio', affidata, da una parte, alla categoria dei reati contro la salute pubblica e, in particolare, al delitto di epidemia, soprattutto nella forma dell'epidemia colposa; dall'altra parte alla più 'classica' categoria dei reati contro l'incolumità individuale e la vita e, quindi, sostanzialmente ai reati di omicidio e di lesioni personali, tanto sorretti dal coefficiente doloso, quanto dal coefficiente colposo.

Focalizzando l'attenzione sulla fattispecie di epidemia di cui agli artt. 438 e 452 c.p., la cui oggettività giuridica è da rinvenire nella pubblica incolumità e, precisamente, nella salute pubblica contro condotte dolose o colpose, che cagionino un'epidemia mediante la diffusione di germi patogeni<sup>58</sup>, si può constatare come si tratti di reati ad evento naturalistico – l'epidemia, appunto –, di danno (in relazione alla pubblica sanità) e, simultaneamente, di pericolo (in relazione alla minaccia di danno per tutti coloro i quali non siano ancora stati colpiti – ma che potenzialmente potrebbero – dal morbo)<sup>59</sup>. Il delitto, sia nella sua forma dolosa, sia nella sua forma colposa, è – accogliendo una concezione normativa del fatto di

<sup>57</sup> Questa soluzione non pare neppure superabile tramite il richiamo all'art. 2, co. 5, c.p., dal momento che l'art. 4, d.l. n. 19/2020 e l'art. 2, d.l. n. 33 del 2020 sono norme eccezionali al pari dell'art. 3, co. 4, d.l. n. 6/2020 emanate per far fronte alla medesima emergenza in atto, cfr. A.R. CASTALDO, F. COPPOLA, *Profili penali del Decreto-legge n. 19/2020. "Coronavirus": risolto il rebus delle sanzioni applicabili?*, cit., pp. 6-7.

<sup>58</sup> Così V. MANZINI, *Trattato di diritto penale*, cit., vol. VI, p. 363.

<sup>59</sup> In questi stessi termini v. Cass., Sez. IV pen., 12 dicembre 2017, n. 9133: «la materialità del delitto è costituita sia da un evento di danno rappresentato dalla concreta manifestazione, in un certo numero di persone, di una malattia eziologicamente ricollegabile a quei germi patogeni che da un evento di pericolo, rappresentato dalla ulteriore propagazione della stessa malattia a causa della capacità di quei germi patogeni di trasmettersi ad altri individui anche senza l'intervento dell'autore della originaria diffusione», ma anche Trib. Trento, 16 luglio 2004, Marcucci, RP 04, 1231, secondo cui ai fini della configurazione del reato non è sufficiente «un evento c.d. superindividuale, generico ed astratto, ossia avulso dalla verifica di casi concreti causalmente ricollegati alla condotta del soggetto agente».

reato – un illecito d'azione, ma nulla esclude l'integrazione delle fattispecie mediante condotte naturalisticamente omissive (si pensi al soggetto che lasci 'libera' la causa di diffusione degli agenti patogeni<sup>60</sup>), anche al di fuori dei casi di cui all'art. 40, cpv, c.p.

Secondo una condivisibile ricostruzione<sup>61</sup>, i reati di cui agli artt. 438 e 452 c.p. sarebbero poi da ricondurre all'interno della categoria dei reati causalmente orientati o, meglio, a forma libera e a mezzo vincolato: non è certo una questione di poco conto, se solo si consideri come, a seconda dell'impostazione che si ritenga prevalente, dipende l'applicabilità o meno della valvola di equivalenza contenuta nel capoverso dell'art. 40 c.p.<sup>62</sup>.

Sul concetto penalmente rilevante di 'epidemia', che riguarda esclusivamente le malattie umane, ad esclusione quindi dell'epizoozia o delle malattie diffusive sui vegetali, si può aderire alla definizione formulata in chiave fortemente 'tipizzante', secondo cui «*Epidemia* non è qualunque malattia infettiva o contagiosa, ma soltanto quella che è suscettiva di diffondersi nella popolazione, per la facile propagazione dei suoi germi, in modo da colpire in uno stesso contesto di tempo un grande numero di persone, con carattere di straordinarietà. [...] Esempi tipici di epidemie sono la peste, la lebbra, il colera, il vaiolo, la febbre gialla, il tracoma, l'influenza, il tifo e le febbri tifoidi, la difterite, l'encefalite letargica, la scabbia»<sup>63</sup>. Oltretutto, la giurisprudenza civile, pronunciatisi in un caso di

<sup>60</sup> V. MANZINI, *Trattato di diritto penale*, cit., vol. VI, p. 367.

<sup>61</sup> In questo senso, P. PATRONO, sub art. 438, in *Comm. breve Cod. Pen.*, Cedam, 2017; V. MANZINI, *Trattato di diritto penale*, cit., vol. VI, p. 363. *Contra* Cass., Sez. IV pen., 12 dicembre 2017, n. 9133, con la quale la Corte di cassazione ha ricondotto il delitto di epidemia nella categoria dei reati a forma vincolata, escludendo conseguentemente la possibile applicabilità dell'art. 40, comma secondo, c.p. Nello stesso senso anche G.I.P. Bolzano 12 luglio 2002, in «Cass. pen.», 12/2003, pp. 3940 e ss., con nota di N. STOLFI, *Brevi note sul reato di epidemia*, nonché S. ARDIZZONE, voce *Epidemia*, in *Dig. disc. pen.*, vol. IV, § 2. Sul punto v. L. AGOSTINI, *Pandemia e "penademia": sull'applicabilità della fattispecie di epidemia colposa alla diffusione del Covid-19 da parte degli infetti*, in «Sistema penale», 4/2020, pp. 232 ss.

<sup>62</sup> Cfr. A. MASSARO, *La responsabilità colposa per omesso impedimento di un fatto illecito altrui*, Jovene, Napoli, 2013, pp. 229 ss.

<sup>63</sup> V. MANZINI, *Trattato di diritto penale*, cit., vol. VI, p. 367, ma anche G. FIANDACA, E. MUSCO, *Diritto penale. Parte speciale*, Vol. 1, III ed., Zanichelli, Bologna, 2020, p. 516; C. ERRA, voce *Epidemia*, in *Enc. dir.*, vol. XV, 1966, p. 46 e S. ARDIZZONE, voce *Epidemia*, cit., vol. IV, p. 251; V. VALENTINI, *Profili penali della veicolazione virale: una prima mappatura*, in «Arch. pen. web», 1/2020, pp. 4 ss. Sostanzialmente negli stessi termini, di recente, Cass., Sez. I pen., 30 ottobre 2019, n. 48014, secondo cui l'epidemia è una «malattia contagiosa con spiccata tendenza a diffondersi sì da interessare, nel medesimo tempo e nello stesso luogo, un numero rilevante di persone, una moltitudine di soggetti, recando con sé, in ragione della capacità di ulteriore espansione e agevole

HCV e HBV<sup>64</sup>, ha precisato che il concetto di epidemia rilevante ai sensi del codice penale richiede «l'assenza di un fattore umano imputabile per il trasferimento da soggetto a soggetto». Premesso ciò, quindi, si potrebbe quantomeno discutere sulla possibilità o meno di ricondurre la malattia infettiva 'Coronavirus' all'interno della nozione di 'epidemia' degli artt. 438 e 452 c.p.

Nulla esclude inoltre la configurabilità del tentativo nel delitto doloso di cui all'art. 438 c.p. se, per le misure di contenimento adottate dall'Autorità o per altra causa, non si verifichi l'epidemia, benché sia stata posta in essere la condotta di diffusione degli agenti patogeni ovvero sia sorta la malattia in taluni soggetti<sup>65</sup>.

Da ultimo, il capoverso dell'art. 438 c.p., in relazione al delitto doloso, stabilisce che «se dal fatto deriva la morte di più persone» si applica la pena dell'ergastolo, mentre l'art. 452, comma primo, n. 1, c.p., in relazione al delitto colposo, prevede per la medesima ipotesi un aggravamento di pena da tre a dodici anni di reclusione. Diversamente nel caso in cui derivi la morte di una sola persona ovvero lesioni personali di due o più persone, volute o non volute, si applicheranno le fattispecie di omicidio o lesioni personali in concorso materiale con i delitti di epidemia.

Senza addentrarsi ulteriormente nell'analisi strutturale di queste fattispecie sono almeno due le questioni problematiche che meritano di essere accennate e sulle quali la (per fortuna, esigua) giurisprudenza di legittimità ha tentato di formulare delle risposte più o meno convincenti. Si fa riferimento, anzitutto, alle difficoltà probatorie dell'accertamento del rapporto causale che deve sussistere tra l'evento 'epidemia' e la condotta del soggetto attivo, sia nel caso del delitto doloso, sia in quello del delitto colposo; in secondo luogo, alla tematica controversa del confine fra dolo eventuale e colpa cosciente nelle ipotesi di trasmissione del virus da parte del soggetto consapevole del proprio stato di 'positività' (c.d. untore), che non rispetti le cautele necessarie al contenimento della trasmissione dell'agente patogeno.

---

propagazione del contagio, un pericolo di infezione per una porzione ancora più vasta di popolazione».

<sup>64</sup> Cass., Sez. un. civ., 20 novembre 2007, n. 576: «A ciò si aggiunga che elementi connotanti il reato di epidemia sono: a) la sua diffusività incontrollabile all'interno di un numero rilevante di soggetti, mentre nel caso dell'HCV e dell'HBV non si è al cospetto di malattie a sviluppo rapido ed autonomo verso un numero indeterminato di soggetti; b) l'assenza di un fattore umano imputabile per il trasferimento da soggetto a soggetto, mentre nella fattispecie è necessaria l'attività di emotrasfusione con sangue infetto; c) il carattere contagioso e diffuso del morbo, la durata cronologicamente limitata del fenomeno (poiché altrimenti si verrebbe in endemia)».

<sup>65</sup> V. MANZINI, *Trattato di diritto penale*, cit., vol. VI, p. 367.

Si tratta, a ben vedere, di problematiche per certi versi assimilabili a quelle che la giurisprudenza di merito e di legittimità si è trovata ad affrontare nei difficili casi di contagio sessuale del virus HIV<sup>66</sup>, seppur con specifico riferimento alle diverse fattispecie ora di omicidio<sup>67</sup>, ora di lesioni personali<sup>68</sup>.

Per ciò che attiene all'accertamento del nesso di causalità, quando si parli di trasmissione di agenti patogeni è pressoché inevitabile che il modello di sussunzione sotto leggi scientifiche risulti quanto mai evanescente<sup>69</sup>: ad esempio, si pensi alla legge scientifica la quale garantisce che, a seguito di un rapporto sessuale non protetto, la probabilità che si verifichi un contagio da

<sup>66</sup> *Amplius*, sul tema della rilevanza penale del contagio sessuale da HIV, A. LAURITO, *Le lesioni personali. Dolo eventuale e colpa cosciente nel contagio sessuale da HIV*, in *Delitti contro la persona. Delitti contro il patrimonio*, vol. II, a cura di M. Trapani, A. Massaro, Giappichelli, Torino, 2018, pp. 59 ss.

<sup>67</sup> In giurisprudenza per una condanna per omicidio doloso con dolo eventuale v. la sentenza del Tribunale di Cremona, 14 ottobre 1999 (caso Lucini), in «Foro it.», vol. II, 2000, pp. 348 ss., con nota di E. NICOSIA, *Contagio di Aids tra marito e moglie e omicidio doloso*; v. anche la sentenza della Corte di Appello di Brescia, 26 settembre 2000, in «Foro it.», vol. II, 2001, pp. 285 ss., con nota di E. NICOSIA, *Contagio di Aids tra marito e moglie riqualificato come omicidio colposo nel giudizio di secondo grado* e G. FORTE, *Morte come conseguenza di contagio da Hiv: profili soggettivi*, che ha riqualificato il fatto come omicidio colposo, riqualificazione confermata infine da Cass., Sez. I pen., 14 giugno 2001, n. 30425 con nota di E. DI SALVO, *Dolo eventuale e colpa cosciente*, in «Cass. pen.», 6/2003, pp. 1932 ss. e M. NISTICÒ, *Sul contagio venereo da virus hiv*, in *ivi*, 2/2004, pp. 515 ss.; sulla sentenza cfr. anche M. MASUCCI, *Fatto e valore nella definizione del dolo*, Giappichelli, Torino, 2004, pp. 13 ss.; sull'applicabilità dell'omicidio preterintenzionale v. *amplius* A.R. CASTALDO, *Aids e diritto penale: tra dommatica e politica criminale*, in «Studi Urbinate», 1988-1990, pp. 68 ss.; S. CANESTRARI, *Dolo eventuale e colpa cosciente. Ai confini tra dolo e colpa nella struttura delle tipologie delittuose*, Giuffrè, Milano, 1999, p. 171, nota 274; A. BONFIGLIOLI, *La responsabilità penale per contagio da virus HIV: profili oggettivi*, in *Nuove esigenze di tutela nell'ambito dei reati contro la persona*, a cura di S. Canestrari, G. Fornasari, Clueb, Bologna, 2001, p. 94; K. SUMMERER, *Contagio sessuale da virus HIV e responsabilità penale dell'Aids-carrier*, in «Riv. it. dir. proc. pen.», 1/2001, p. 307.

<sup>68</sup> Cfr. K. SUMMERER, *Aids*, cit., p. 428; G. MASOTTI, B. MAGLIONA, D. RASTELLI, *Infezione da HIV/AIDS per via sessuale e responsabilità penale. Aspetti medico legali*, in «Riv. it. med. leg.», 3-4/2003, p. 522; sulla rilevanza penale del solo contagio a titolo di lesioni gravissime v., *ex multis*, Cass, Sez. V pen., 25 ottobre 2012, n. 8351; sul problema v. anche O. DI GIOVINE, *Omicidio colposo. Lesioni personali colpose*, in *Reati contro la persona*, a cura di A. Manna, Giappichelli, Torino, 2007, p. 198 ss.; S. TORDINI CAGLI, *Art. 583*, in *Codice penale*, a cura di T. Padovani, t. II, Giuffrè, Milano, 2014, p. 3179; G. PAVAN, *Lesione personale*, in *Trattato breve di diritto penale. Parte speciale*, vol. I, *I reati contro le persone*, a cura di G. Cocco, E.M. Ambrosetti, Cedam, Padova, 2014, p. 104.

<sup>69</sup> D. CASTRONUOVO, *Limiti sostanziali del potere punitivo nell'emergenza pandemica: modelli causali vs. modelli precauzionali*, in «LP», p. 10 ss.

HIV oscilla tra lo 0,1 e il 3% di casi (probabilità statistica). Detto altrimenti, affinché possa dirsi provato il nesso di causalità, risulta necessario stabilire se l'evento concreto *hic et nunc* rientri proprio in quello 0,1/3% di casi (probabilità logica)<sup>70</sup>.

Nonostante lo storico intervento delle Sezioni Unite della Corte di Cassazione (sentenza Franzese<sup>71</sup>) volto in un certo senso a 'compensare' basse probabilità statistiche di verifica di un determinato evento lesivo con elevate probabilità logiche di verifica dello stesso, appare davvero arduo, nei casi di responsabilità da contagio, escludere l'esistenza di decorsi causali alternativi di modo che possa ritenersi provato, al di là di ogni ragionevole dubbio, il collegamento causale tra la condotta del soggetto agente e l'evento.

Ora, se è vero che i coefficienti probabilistici che regolano il contagio del virus SARS-CoV-2 risultano certamente più alti di quelli che regolano il contagio da HIV, è ancor più vero che escludere nei singoli casi concreti decorsi causali alternativi, come i ricoveri ospedalieri, i contatti con altre persone risultate positive magari 'asintomatiche', *etc.* potrebbe sostanziarsi in una *probatio diabolica*<sup>72</sup>.

L'altra questione controversa attiene, come anticipato, al labile confine fra dolo eventuale e colpa cosciente nelle ipotesi di trasmissione del virus. Anche in questo caso un rapido sguardo agli orientamenti giurisprudenziali sulla specifica tematica del contagio sessuale da HIV potrebbero suggerire interessanti spunti di riflessione rispetto al contagio da SARS-CoV-2<sup>73</sup>.

Se antecedentemente alla sentenza delle Sezioni Unite della Corte di Cassazione relativamente al caso *Thyssenkrupp*<sup>74</sup>, i giudici di legittimità

<sup>70</sup> A. LAURITO, *Le lesioni personali. Dolo eventuale e colpa cosciente nel contagio sessuale da HIV*, cit., pp. 63-64.

<sup>71</sup> Cass., Sez. Un. pen., 12 luglio 2002, Franzese, in «Foro it.», 2/2002, pp. 601 ss., con nota di O. DI GIOVINE, *La causalità omissiva in campo medico-chirurgico al vaglio delle sezioni unite*; per alcune considerazioni critiche v. F. STELLA, *Etica e razionalità del processo penale nella recente sentenza sulla causalità delle Sezioni Unite della Suprema Corte di Cassazione*, in «Riv. it. dir. proc. pen.», 3/2002, pp. 814 ss.

<sup>72</sup> Così D. CASTRINUOVO, *Limiti sostanziali del potere punitivo nell'emergenza pandemica: modelli causali vs. modelli precauzionali*, in «LP», pp. 10 ss; in riferimento al contagio da HIV, *ex multis*, M. ROMANO, *Nesso causale e concretizzazione delle leggi scientifiche in diritto penale*, in *Scritti per Federico Stella*, vol. I, Jovene, Napoli, 2007, p. 904.

<sup>73</sup> Ancora sul punto A. LAURITO, *Le lesioni personali. Dolo eventuale e colpa cosciente nel contagio sessuale da HIV*, cit., pp. 73 ss.

<sup>74</sup> Cass., Sez. Un. pen., 24 aprile 2014, n. 38343 in «Dir. pen. cont.», 6 novembre 2014, con nota di A. AIMI, *Il dolo eventuale alla luce del caso ThyssenKrupp*; sulla sentenza v., *ex multis*, G. FIANDACA, *Le Sezioni Unite tentano di diradare il "mistero" del dolo eventuale*, in «Riv. it. dir. proc. pen.», 4/2014, pp. 1938 ss.; R. BARTOLI, *Luci ed ombre della sen-*

tendevano a rifarsi, nella distinzione fra dolo eventuale e colpa cosciente, alla tesi secondo cui la colpa cosciente si fonda su una previsione negativa ovvero sulla sicura fiducia che l'evento non si verificherà<sup>75</sup> (si pensi al caso Lucini<sup>76</sup> ed al caso Dall'Olio)<sup>77</sup>, nelle pronunce successive si è registrato un costante richiamo al principio di diritto formulato dalle Sezioni Unite che, muovendo dalla teoria della volontà, sul piano dell'elemento rappresentativo richiede, per il dolo eventuale, la previsione della significativa possibilità di verificazione dell'evento concreto realizzatosi, mentre, per la colpa cosciente, la previsione da parte del soggetto agente che l'evento previsto rientri tra quelli che la regola cautelare mirava ad evitare<sup>78</sup>. Certamente un ruolo fondamentale, in sede di accertamento processuale del dolo, ricoprono poi quegli indici (condotta, personalità, storia e precedenti esperienze del reo, *etc.*), già valorizzati nella parte motiva della sentenza *Thyssenkrupp*.

Sul versante invece delle fattispecie contro l'incolumità personale e contro la vita, a venire in considerazione sono, come già anticipato, le fattispecie di omicidio e di lesioni, tanto sorrette dal coefficiente doloso, quanto dal coefficiente colposo. È chiaro a questo punto che, trattandosi di fattispecie ad evento naturalistico previste sia nella forma dolosa che nella forma colposa, i problemi applicativi che potrebbero sorgere sono gli stessi già sottolineati in relazione alle fattispecie di epidemia<sup>79</sup>.

*tenza delle Sezioni unite sul caso Thyssenkrupp*, in «Giur. it.», 11/2014, pp. 2566 ss.; G. DE VERO, *Dolo eventuale e colpa cosciente: un confine tuttora incerto*, in «Riv. it. dir. proc. pen.», 1/2015, pp. 77 ss.; M. ROMANO, *Dolo eventuale e Corte di cassazione a Sezioni Unite: per una rivisitazione della c.d. accettazione del rischio*, in *ivi*, 2/2015, pp. 559 ss.; L. EUSEBI, *Formula di Frank e dolo eventuale in Cass., S.U., 24 aprile 2014 (ThyssenKrupp)*, in *ivi*, 2/2015, pp. 623 ss.; K. SUMMERER, *La pronuncia delle Sezioni unite sul caso Thyssenkrupp. Profili di tipicità e colpevolezza al confine tra dolo e colpa*, in «Cass. pen.», 2/2015, pp. 490 ss.

<sup>75</sup> Rileva questo aspetto L. RISICATO, *La colpa*, in *Trattato teorico pratico di diritto penale*, diretto da F. Palazzo, C.E. Paliero, vol. I, *La legge penale, il reato, il reo, la persona offesa*, a cura di G. De Vero, Giappichelli, Torino, 2010, p. 218; sui diversi orientamenti giurisprudenziali v. R. BLAIOTTA, *Art. 43, in Codice penale. Rassegna di giurisprudenza e di dottrina*, vol. II, *Il reato*, diretto da G. Lattanzi, E. Lupo, Giuffrè, Milano, 2015, pp. 217 ss.

<sup>76</sup> Cass., Sez. I pen., 14 giugno 2001, n. 30425.

<sup>77</sup> Cass., Sez. V pen., 17 settembre 2008, n. 44712; in questo senso v. anche Cass., Sez. V pen., 25 ottobre 2012, n. 8351; Cass., Sez. V pen., 16 aprile 2012, n. 38388; Cass., Sez. V pen., 17 dicembre 2008, n. 13388 ha ritenuto sufficiente anche un solo rapporto sessuale non protetto per l'imputazione a titolo di dolo eventuale.

<sup>78</sup> Cass., Sez. V pen., 19 novembre 2014, n. 5597; Cass., Sez. V pen., 23 febbraio 2015, n. 23992.

<sup>79</sup> In argomento V. VALENTINI, *Profili penali della veicolazione virale: una prima mappatura*, cit., pp. 4 ss.; D. CASTRINUOVO, *Limiti sostanziali del potere punitivo nell'emergenza pandemica: modelli causali vs. modelli precauzionali*, cit., pp. 6 ss.

4.1. *Salute e sicurezza nei luoghi di lavoro e di cura. Brevi cenni sulla responsabilità del datore di lavoro e sulla responsabilità dell'esercente la professione sanitaria*

A questo punto, risulta fondamentale analizzare più da vicino la responsabilità del datore di lavoro e dell'operatore sanitario, ferma restando comunque, una loro eventuale responsabilità ai sensi del delitto di epidemia, soprattutto nella forma colposa secondo lo schema di illecito di omissione impropria ai sensi del combinato disposto dell'art. 40, cpv, c.p. e dell'art. 452 c.p., sempre che si ritenga compatibile l'operatività della clausola di equivalenza su tale fattispecie incriminatrice.

La trattazione congiunta delle due situazioni è anche in quest'occasione giustificata non sono dal modello di responsabilità che potrebbe venire in considerazione che non raramente richiama la teoria del reato colposo, ma anche dagli auspicati (o – a seconda della prospettiva da cui si muove – paventati) strumenti volti a scongiurare ovvero ridimensionare l'area del penalmente rilevante a carico di tali soggetti (cc.dd. scudi penali)<sup>80</sup>.

Per quanto attiene al contagio del virus SARS-CoV-2 in ambito lavorativo, il dibattito scientifico si è inizialmente polarizzato intorno all'art. 42, co. 2, d.l. 17 marzo 2020, n. 18 del 2020 (c.d. decreto *Cura Italia*, conv. con modificazioni in l. 24 aprile 2020, n. 27), che ha equiparato l'infezione da Coronavirus in occasione di lavoro all'infortunio lavorativo<sup>81</sup>, soluzione alla quale si sarebbe potuti pervenire senza particolari traumaticità anche per via meramente interpretativa<sup>82</sup>. Se la *ratio* era (soltanto) quella di assicurare al lavoratore 'positivo' la tutela predisposta dall'ordinamento al lavoratore 'infortunato' e, in particolare, le prestazioni INAIL, la disposizione ha

<sup>80</sup> Per considerazioni di carattere generale sulla colpa penale e sui cc.dd. scudi penali nell'attuale situazione pandemica, F. PALAZZO, *Pandemia e responsabilità colposa*, in «Sistema penale», 26 aprile 2020.

<sup>81</sup> Su cui v. O. DI GIOVINE, *Coronavirus, diritto penale e responsabilità datoriali*, in «Sistema penale», 22 giugno 2020; D. AMATO, *Contagio da Covid-19 "in occasione di lavoro" e responsabilità datoriale: è davvero necessario uno scudo penale*, in «Giurisprudenza penale Web», 6/2020, pp. 1 ss.; S. DOVERE, *La sicurezza dei lavoratori in vista della fase 2 dell'emergenza da Covid-19*, in «Giustizia insieme», 4 maggio 2020; L. GESTRI, *Il rapporto fra la normativa emergenziale e dei protocolli Covid-19 ed il sistema prevenzionistico e di sicurezza sui luoghi di lavoro: nuovi obblighi ed ipotesi di responsabilità penale per il datore di lavoro?*, in «Sistema penale», 6/2020, pp. 1 ss.; C. CUPELLI, *Obblighi datoriali di tutela contro il rischio di contagio da Covid-19: un reale ridimensionamento della colpa penale*, in «Sistema penale», 15 giugno 2020.

<sup>82</sup> Così R. RIVERSO, *Vero e falso sulla responsabilità datoriale da Covid-19. Aspetti civili, penali e previdenziali*, in «Questione giustizia», 19 maggio 2020, §4.

trovato una significativa (a tratti, eccessiva) eco nel sistema di responsabilità penale del datore di lavoro.

Una precisazione pare doverosa: l'intervento del legislatore dell'urgenza non ha modificato il sistema di responsabilità del datore di lavoro<sup>83</sup> già predisposto dall'arsenale punitivo del codice penale e, in particolare, dai reati omissivi impropri di omicidio colposo e lesioni colpose, aggravati dalla violazione delle norme per la prevenzione degli infortuni sul lavoro e costruiti per il tramite della valvola di cui all'art. 40, comma secondo, c.p. (combinato disposto tra l'art. 40, cpv, c.p. e, rispettivamente, l'art. 589, comma secondo, c.p. e l'art. 590, comma terzo, c.p.).

A questo punto, sembrano emergere, inesorabili, le 'classiche' questioni problematiche del reato omissivo improprio colposo, ossia l'individuazione degli obblighi di garanzia relativi alla responsabilità del garante per infortuni sul lavoro, l'accertamento del nesso di causalità e la responsabilità colposa dell'agente (*recte*: del datore di lavoro) o, meglio, la rilevanza causale dell'omissione colposa (c.d. causalità della colpa).

Quanto alla normativa in materia di sicurezza nei luoghi di lavoro, obblighi di garanzia sono certamente ricavabili dalla regola dell'art. 2087 c.c. e dalla disciplina del d.lgs. n. 81 del 2008. In argomento, risultano ben noti i pericoli di regressione verso forme di responsabilità oggettiva quando a venire in rilievo sia la responsabilità per omissione colposa di soggetti posti al vertice di organizzazioni lavorative complesse.

In questa specifica situazione emergenziale, a riempire di contenuto la (generica) regola contenuta nell'art. 2087 c.c. è la dubbio, in termini di utilità<sup>84</sup>, disposizione dell'art. 29-*bis* («Obblighi dei datori di lavoro per la

<sup>83</sup> Sul tema in generale della salute e sicurezza sui luoghi di lavoro e sulla responsabilità del datore di lavoro, v. A. MASSARO, *La responsabilità colposa per omesso impedimento di un fatto illecito altrui*, cit., pp. 357 ss.; V. altresì I. LEONCINI, *L'obbligo di impedire l'infortunio*, in *Il nuovo diritto penale della sicurezza sui luoghi di lavoro*, a cura di F. Giunta, D. Micheletti, Giuffrè, Milano, 2010, pp. 116 ss. O. DI GIOVINE, *Sicurezza sul lavoro, malattie professionali e responsabilità degli enti*, in «Cass. pen.», 3/2009, pp. 13255 ss.; N. PISANI, *La "colpa per assunzione" nel diritto penale del lavoro. Tra aggiornamento scientifico e innovazione tecnologica*, Jovene, Napoli, 2012; ID., *Posizioni di garanzia e colpa d'organizzazione nel diritto penale del lavoro*, in «Riv. trim. dir. pen. econ.», 2009, pp. 123 ss.; D. VENTURI, *I datori di lavoro privati*, in *Il testo unico della salute e della sicurezza nei luoghi di lavoro. Commentario al decreto legislativo 9 aprile 2008, n. 81*, a cura di M. Tiraboschi, Giuffrè, Milano, 2008, pp. 153 ss.; D. PULITANÒ, voce *Igiene e sicurezza del lavoro (tutela penale)*, in *Dig. disc. pen.*, Aggiorn. I, UTET, Padova, 2000, pp. 388 ss.; S. TORDINI CAGLI, *I soggetti responsabili sul lavoro: profili penali*, a cura di D. Castronuovo, F. Curi, S. Tordini Cagli, V. Torre, V. Valentini, Giappichelli, Torino, 2019, pp. 79 ss.

<sup>84</sup> Così O. DI GIOVINE, *Coronavirus, diritto penale e responsabilità datoriali*, cit., §1: «Nella prospettiva penalistica, la previsione parrebbe scontata e come tale inutile (di che

tutela contro il rischio di contagio da COVID-19»), l. 5 giugno 2020, n. 40, inserita in sede di conversione del d.l. 8 aprile 2020, n. 23, secondo cui: «Ai fini della tutela contro il rischio di contagio da COVID-19, i datori di lavoro pubblici e privati adempiono all'obbligo di cui all'articolo 2087 del codice civile mediante l'applicazione delle prescrizioni contenute nel protocollo condiviso di regolamentazione delle misure per il contrasto e il contenimento della diffusione del COVID-19 negli ambienti di lavoro, sottoscritto il 24 aprile 2020 tra il Governo e le parti sociali, e successive modificazioni e integrazioni, e negli altri protocolli e linee guida di cui all'articolo 1, comma 14, del decreto-legge 16 maggio 2020, n. 33, nonché mediante l'adozione e il mantenimento delle misure ivi previste. Qualora non trovino applicazione le predette prescrizioni, rilevano le misure contenute nei protocolli o accordi di settore stipulati dalle organizzazioni sindacali e datoriali comparativamente più rappresentative sul piano nazionale».

Non poche incertezze sussistono poi in ordine all'accertamento della causalità materiale: è, in effetti, impraticabile la via di un giudizio controfattuale capace di dimostrare che l'osservanza da parte del datore della normativa di sicurezza in ambito lavorativo avrebbe impedito l'infortunio (*recte*: il contagio del virus SARS-CoV-2), considerando – come rilevato in precedenza – l'esistenza di indefiniti e incontrollabili decorsi causali alternativi al contagio in sede lavorativa<sup>85</sup>. Né tantomeno, risulta agevole l'accertamento della causalità della colpa che già a fatica riesce a 'ritagliarsi', all'interno della teoria del reato omissivo colposo, autonomi spazi sistematici, rispetto all'accertamento della causalità materiale<sup>86</sup>.

Si pensi alla casistica relativa alle malattie professionali (morte o lesioni) derivanti dall'esposizione prolungata del lavoratore a sostanze nocive<sup>87</sup>,

---

altro potrebbe riempirsi, nell'attuale emergenza, la clausola vuota dell'art. 2087 c.c.? Non certo delle previsioni del T.U. 81/2008 o di precedenti protocolli sulla sicurezza, vista la novità della situazione e quindi della tipologia di cautele») Nello stesso senso anche C. CUPELLI, *Obblighi datoriali di tutela contro il rischio di contagio da Covid-19: un reale ridimensionamento della colpa penale*, cit., § 4.3., il quale parla di «norma di indirizzo, dal valore "pedagogico", quale guida dell'interpretazione giurisprudenziale nei casi complessi di contagio da Covid-19 in ambito lavorativo».

<sup>85</sup> Valga per tutti il rinvio a O. DI GIOVINE, *Coronavirus, diritto penale e responsabilità datoriali*, cit., §3.

<sup>86</sup> Cfr. A. MASSARO, *La responsabilità colposa per omesso impedimento di un fatto illecito altrui*, cit., pp. 342 ss. alla quale si rinvia per indicazioni ulteriori, anche di carattere generale.

<sup>87</sup> *Ex pluribus*, Pretura di Torino, 9 febbraio 1995, e App. Torino, 15 ottobre 1996, Barbotto Beraud entrambe in «Riv. it. dir. proc. pen.», 1997, pp. 1447 ss., con nota di C. PIERGALLINI, *Attività produttive e imputazione per colpa: prove tecniche di «diritto penale del rischio»*; Cass., Sez. IV pen., 19 settembre 1997, Barbotto Beraud, in «Ind. pen.», 1998, pp. 541 ss., con nota di P. VENEZIANI, *Utilizzazione di amianto ed omessa adozione di misure prevenzionali*:

per molti aspetti assimilabile a quella relativa al contagio del virus sui luoghi di lavoro: si deve anzitutto dimostrare se la morte del lavoratore da neoplasia polmonare, secondo la scienza ufficiale al momento del giudizio, sia derivata, oltre ogni ragionevole dubbio, dall'esposizione dello stesso alle sostanze nocive (accertamento causale *ex post*); a seguire, è necessario verificare se, durante il periodo di esposizione alle sostanze nocive all'interno dell'ambiente di lavoro, esistessero delle regole cautelari che imponessero al datore di lavoro di scongiurare o comunque eliminare il pericolo di inalazione delle sostanze venefiche (comportamento alternativo doveroso) e se la predisposizione dei presidi di sicurezza avrebbe impedito l'inalazione delle stesse e, quindi, della morte. Infine, per ciò che più specificatamente concerne l'elemento soggettivo, bisogna accertare la prevedibilità *ex ante* da parte dell'agente modello, che si assume essere l'*homo eiusdem condicionis et professionis* pur integrato dalle maggiori conoscenze possedute dall'agente concreto, dell'evento morte *hic et nunc*<sup>88</sup>.

I passaggi logico-giuridici in questione dovrebbero presidiare anche l'accertamento della responsabilità del datore di lavoro per il contagio del lavoratore dal virus SARS-CoV-2, provando ad allontanare il rischio di facili meccanismi presuntivi, tanto sul versante della causalità materiale, tanto sul versante del criterio soggettivo della colpa. A tutto ciò si aggiunge una particolare circostanza: la generalizzata incertezza da parte della comunità

---

*una recente pronuncia della Cassazione in tema di responsabilità per omicidio colposo*; Cass., Sez. IV pen., 11 maggio 1998, Calamandrei, in «Foro it.», II/1999, II, c. 236, con nota di R. GUARINELLO, *I tumori professionali nella giurisprudenza di legittimità*; Cass., Sez. IV pen., 25 settembre 2001, n. 1652, Covili, in «Riv. it. dir. proc. pen.», 2002, pp. 740 ss.; Cass., Sez. IV pen., 11 luglio 2002, n. 953, Macola, in «Cass. pen.», 2003, pp. 3383 ss., con nota di R. BLAIOTTA, *Causalità e neoplasie da amianto*; Cass., Sez. IV pen., 15 maggio 2003, n. 27975, Eva, in «Cass. pen.», 2005, pp. 424 ss., con nota di E. DI SALVO, *Tumori da amianto e nesso di causalità*; Cass., Sez. IV pen., 24 maggio 2012, n. 33311, in «Dir. pen. cont.», con nota di S. ZIRULIA, *Ancora oscillazioni nella giurisprudenza di legittimità per "morti da amianto"*. In termini invece di condotta commissiva Cass., Sez. IV pen., 17 settembre 2010, n. 43786, Cozzini, in «Dir. pen. cont.», 12 gennaio 2011, con nota di S. ZIRULIA, *L'accertamento del nesso causale tra il cumulo di esposizioni ad amianto e l'accelerazione della cancerogenesi nel mesotelioma pleurico: la Quarta Sezione indica i criteri per la scelta della legge scientifica più affidabile, nonché per lo svolgimento del giudizio di cd. causalità individuale*. In questo senso, M. DONINI, *La causalità omissiva e l'imputazione "per l'aumento del rischio". Significato teorico e oratico delle tendenze attuali in tema di accertamenti eziologici probabilistici e decorsi causali ipotetici*, in «Riv. it. dir. proc. pen.», 1999, pp. 67-68.; R. BLAIOTTA, *La causalità nella responsabilità professionale*, Giuffrè, Milano, 2004, 205; L. GIZZI, *Il comportamento alternativo lecito nell'elaborazione giurisprudenziale*, in «Cass. pen.», 2005, p. 4124.

<sup>88</sup> Pressoché letteralmente, ancora, A. MASSARO, *La responsabilità colposa per omesso impedimento di un fatto illecito altrui*, cit., pp. 342 ss.

scientifiche sulle reali caratteristiche del virus.

Per far fronte a queste difficoltà della prassi applicativa, si è discusso in sede politica sulla possibilità o meno di introdurre in via ‘eccezionale’ un’esplicita esenzione da responsabilità del datore di lavoro in caso di osservanza della normativa INAIL (c.d. ‘scudo penale’ del datore di lavoro)<sup>89</sup>. Si è ritenuto, a tal fine, di poter affidare proprio all’art. 29-*bis*, l. 5 giugno 2020, n. 40, il difficile ruolo di causa di non punibilità<sup>90</sup>, nel senso di ritenere che il datore di lavoro che adempie all’obbligo di cui all’articolo 2087 c.c. mediante l’applicazione delle prescrizioni contenute nei protocolli richiamati – sulla cui correttezza e efficacia generale si può quantomeno discutere<sup>91</sup> –, non andrà incontro ad un addebito di responsabilità per i contagi dei suoi dipendenti. La ricostruzione, a ben vedere, non pare pienamente condividibile sia perché il legislatore, qualora avesse voluto escludere in sussistenza di determinate condizioni la responsabilità del datore di lavoro, sarebbe dovuto intervenire *expressis verbis*<sup>92</sup>, sia perché, qualora il datore di lavoro adempisse ai suoi doveri, mancherebbe la regola cautelare violata, indi per cui sarebbe già preclusa *a priori* una contestazione per colpa e, anzi, ancor prima mancherebbe una condotta omissiva penalmente rilevante. Ne discende che la disposizione, lungi dall’aver mutato il contesto normativo della responsabilità penale del datore di lavoro, sembra assumere un ruolo di norma meramente ‘dichiarativa’ e nulla più<sup>93</sup>. Oltretutto non pare nemmeno auspicabile un’opzione legislativa in questo senso. Come è stato autorevolmente sostenuto, infatti, l’esenzione positivizzata della responsabilità datoriale sarebbe stata, da una parte, inutile in quanto non avrebbe impedito l’instaurazione dei procedimenti penali<sup>94</sup>, posto che in ogni caso la verifica sul corretto adempimento degli obblighi prescritti dai protocolli andrebbe comunque calata sul singolo

<sup>89</sup> Cfr. l’articolo <https://www.ipsoa.it/documents/lavoro-e-previdenza/sicurezza-del-lavoro/quotidiano/2020/05/08/contagio-covid-19-serve-introdurre-scudo-penale-datori-lavoro>.

<sup>90</sup> Così D. AMATO, *Contagio da Covid-19 “in occasione di lavoro” e responsabilità datoriale: è davvero necessario uno scudo penale*, cit., pp. 7 ss.

<sup>91</sup> O. DI GIOVINE, *Coronavirus, diritto penale e responsabilità datoriali*, cit., §4.

<sup>92</sup> S. DOVERE, *Le misure anti Covid-19 nei luoghi di lavoro: dalla (sicura) emergenza sanitaria alla (temuta) emergenza sanzionatoria*, in «LaBoUR&Law Issues», Vol. 6, 1/2020, p. I.14. Negli stessi termini anche C. CUPELLI, *Obblighi datoriali di tutela contro il rischio di contagio da Covid-19: un reale ridimensionamento della colpa penale*, cit., §4.2.

<sup>93</sup> Così O. DI GIOVINE, *Coronavirus, diritto penale e responsabilità datoriali*, cit., §§1 e 4; C. CUPELLI, *Obblighi datoriali di tutela contro il rischio di contagio da Covid-19: un reale ridimensionamento della colpa penale*, cit., §4.3.

<sup>94</sup> In questi termini critici O. DI GIOVINE, *Coronavirus, diritto penale e responsabilità datoriali*, cit., §4.

caso concreto<sup>95</sup>; dall'altra parte, una tale scelta sarebbe stata 'dannosa', poiché avrebbe veicolato forme presuntive sul versante dell'accertamento della causalità materiale, focalizzando l'attenzione sul solo accertamento del comportamento colposo<sup>96</sup>.

Le considerazioni fin qui esposte trovano ulteriori conferme nel settore dell'attività sanitaria e, quindi, nella discussione su un'eventuale responsabilità dell'esercente la professione sanitaria per i soggetti che, all'interno della struttura, sono stati esposti al contagio.

Tra le questioni maggiormente problematiche viene necessariamente in considerazione quella della responsabilità da contagio per errore sanitario, aprendo così il 'vaso di Pandora' della colpa medica<sup>97</sup>.

Come è ampiamente noto, la disciplina è stata oggetto di recenti interventi di riforma, volti in qualche modo a 'restringere' l'area del penalmente rilevante per il tramite della causa di esclusione della punibilità di cui all'art. 590-*sexies* c.p.<sup>98</sup>. Si è sottolineato da più parti come la 'nuova' fattispecie abbia sollevato vari dubbi sul piano interpretativo e applicativo<sup>99</sup>, dubbi che non sono certamente destinati ad essere superati nella situazione emergenziale in corso<sup>100</sup>.

<sup>95</sup> Questo profilo è stato sottolineato da S. DOVERE, *La sicurezza dei lavoratori in vista della fase 2 dell'emergenza da Covid-19*, cit., *passim*.

<sup>96</sup> Ancora O. DI GIOVINE, *Coronavirus, diritto penale e responsabilità datoriali*, cit., §4.

<sup>97</sup> Sulla specifica questione della 'colpa medica' in questa situazione emergenziale v. C. CUPELLI, *Emergenza COVID-19: dalla punizione degli "irresponsabili" alla tutela degli operatori sanitari*, in «Sistema penale», 30 marzo 2020; R. BARTOLI, *La responsabilità colposa medica e organizzativa al tempo del coronavirus. Fra la "trincea" del personale sanitario e il "da remoto" dei vertici politico-amministrativi*, *ivi*, 7/2020, pp. 96 ss.; *Id.*, *Il diritto penale dell'emergenza "a contrasto del coronavirus": problematiche e prospettive*, cit., pp. 12 ss.; M. CAPUTO, *Logiche e modi dell'esenzione da responsabilità penale per chi decide e opera in contesti di emergenza sanitaria*, in «LP», 22 giugno 2020, pp. 1 ss.; A. ROIATI, *Esercizio della professione sanitaria e gestione dell'emergenza Covid-19: note minime per un ampliamento delle fattispecie di esclusione della responsabilità penale*, *ivi*, 19 maggio 2020, pp. 1 ss.

<sup>98</sup> Amplius A. MASSARO, *L'art. 590-*sexies* c.p., la colpa per imperizia del medico e la camicia di Nesso dell'art. 2236 c.c.*, in «Arch. pen. web», 3/2017, pp. 39 ss. ma anche EAD., *La responsabilità colposa per morte o lesioni personali in ambito sanitario. Quale rilevanza per il grado della colpa penale?*, in *Temi penali*, cit., pp. 141 ss., alla quale si rinvia per una lettura critica della disposizione *de qua* e per tutti gli ulteriori riferimenti bibliografici e diffusamente M. CAPUTO, *Colpa penale del medico e sicurezza delle cure*, Giappichelli, Torino, 2017.

<sup>99</sup> Valga per tutti il rinvio a A. MASSARO, *L'art. 590-*sexies* c.p., la colpa per imperizia del medico e la camicia di Nesso dell'art. 2236 c.c.*, cit., pp. 39 ss. e a A. ROIATI, *Esercizio della professione sanitaria e gestione dell'emergenza Covid-19: note minime per un ampliamento delle fattispecie di esclusione della responsabilità penale*, cit., pp. 5 ss.

<sup>100</sup> C. CUPELLI, *Emergenza COVID-19: dalla punizione degli "irresponsabili" alla tutela degli operatori sanitari*, cit., §4.1

Per ciò che in questa sede maggiormente interessa, l'art. 590-*sexies* c.p. potrebbe trovare operatività soltanto in relazione alle fattispecie di omicidio e di lesioni colpose e soltanto se l'evento dannoso si sia verificato per colpa 'non grave' da imperizia nell'esecuzione di raccomandazioni di linee-guida o di buone pratiche clinico-assistenziali, adeguate alla specificità del caso concreto. Detto altrimenti, l'area di punibilità colposa del sanitario che si trova ad operare in questa fase di contrasto al virus SARS-CoV-2 risulta del tutto sproporzionata rispetto alle circostanze emergenziali in atto<sup>101</sup>.

Per fronteggiare irragionevoli incoerenze applicative, le strade percorribili sono essenzialmente due. La prima sarebbe quella di introdurre per via legislativa una 'eccezionale' causa di esclusione della punibilità, disegnata 'a maglie più larghe' rispetto a quella prevista dall'attuale art. 590-*sexies* c.p., capace in un certo senso di 'blindare' il sanitario da eventuali contestazioni in sede penale<sup>102</sup>.

Una soluzione alternativa sarebbe invece quella di valorizzare – a dispetto delle letture proposte dalla giurisprudenza di legittimità – una misura più marcatamente soggettiva della colpa e, quindi, un «giudizio di responsabilità svolto in chiave individualizzata e individualizzante»<sup>103</sup>, capace di attribuire rilevanza alle particolarità e all'eccezionalità della situazione concreta in cui gli operatori sanitari si sono trovati ad intervenire per far fronte all'emergenza 'Coronavirus'. Emergenza che per di più, in diverse occasioni, ha posto il sanitario di fronte alla 'scelta tragica' di quale paziente attaccare al respiratore artificiale o all'apparecchio di rianimazione, in considerazione del numero esiguo di strumentazione biomedica a disposizione delle strutture ospedaliere<sup>104</sup>.

<sup>101</sup> Pressoché letteralmente C. CUPELLI, *Emergenza COVID-19: dalla punizione degli "irresponsabili" alla tutela degli operatori sanitari*, cit., §4.1.

<sup>102</sup> Per una più ampia riflessione su un eventuale 'nuovo' scudo penale, si rinvia a R. BARTOLI, *La responsabilità colposa medica e organizzativa al tempo del coronavirus. Fra la "trincea" del personale sanitario e il "da remoto" dei vertici politico-amministrativi*, cit., pp. 99 ss.; M. CAPUTO, *Logiche e modi dell'esenzione da responsabilità penale per chi decide e opera in contesti di emergenza sanitaria*, cit., pp. 2 ss.; A. ROIATI, *Esercizio della professione sanitaria e gestione dell'emergenza Covid-19: note minime per un ampliamento delle fattispecie di esclusione della responsabilità penale*, cit., pp. 10 ss.

<sup>103</sup> A MASSARO, *Colpa penale e attività plurisoggettive nella più recente giurisprudenza: principio di affidamento, cooperazione colposa e concorso colposo nel delitto doloso*, in «LP», 8 maggio 2020, p. 23. La soluzione è quella proposta dalla stessa Autrice in occasione dell'incontro «La risposta sanzionatoria all'emergenza Covid-19» tenutosi sulla piattaforma *Microsoft Teams* in data 8 aprile 2020.

<sup>104</sup> Per una più ampia analisi della questione v. G. LOSAPPIO, *Responsabilità penale del medico, epidemia da "Covid19" e "scelte tragiche" (nel prisma degli emendamenti alla legge di conversione del d.l. c.c. "Cura Italia")*, in «Giurisprudenze penale web», 4/2020, pp. 1 ss.;

Pressoché automatico è, in queste ipotesi, il richiamo all'art. 54 c.p. «Stato di necessità», nel cui ambito applicativo sono da ricondurre anche i casi del c.d. conflitto di obblighi (o di doveri)<sup>105</sup>: la condotta del medico che, per adempiere all'obbligo di assistere un paziente, viola necessariamente l'obbligo di curarne un altro, è da considerarsi scriminata proprio ai sensi dell'art. 54 c.p.

Sono rarissimi i casi in cui ad entrare in giudizio bilanciamento – secondo il criterio della proporzione –, siano obblighi ‘eterogenei’ in termini di valore/rilevanza, posto che in gioco vi sarebbe sempre la vita umana (si pensi al medico che si trova costretto a scegliere se salvare la vita di un adolescente ovvero quella di un anziano signore, già affetto da pregresse patologie gravissime che da lì a poco determinerebbero comunque, a prescindere da una positività al virus, la morte del soggetto); si tratta per lo più di obblighi ‘equivalenti’, per i quali la scelta del sanitario assume i contorni, appunto, di tragicità.

Un ultimo spunto di riflessione riguarda le cc.dd. case di riposo (R.S.A.): la questione, per come è venuta a configurarsi, si pone in effetti a metà strada tra la responsabilità dell'operatore sanitario e le questioni legate al carcere<sup>106</sup>, se non altro per la particolare ‘ristrettezza’ alla quale risultano soggette le persone ricoverate in tali strutture. Oltre agli schemi di responsabilità fin qui analizzati<sup>107</sup>, le tristemente note vicende di cronaca sembrano

G.M. CALETTI, *Emergenza pandemica e responsabilità penali in ambito sanitario. Riflessioni a cavaliere tra “scelte tragiche” e colpa del medico*, in «Sistema penale», 5/2020, pp. 7 ss.

<sup>105</sup> ‘Cattivo’ e facile profeta, in questo senso, M. ROMANO, *Commentario sistematico del Codice penale*, Vol. 1: Art. 1-84, III ed., Giuffrè, Milano, 2004, p. 576: «Nell'ambito dello stato di necessità sono da discutere anche i casi più importanti del c.d. conflitto di obblighi (o di doveri), che si ha quando un soggetto, per adempiere un obbligo di salvataggio, viola necessariamente un altro obbligo; il conflitto può instaurarsi tra un obbligo di azione e uno di omissione, oppure tra due obblighi di azioni. [...] Es.: il medico H deve attaccare entrambi i feriti gravissimi I e L all'apparecchio di rianimazione, ma questo ne può accogliere uno solo». In argomento, altresì, i lavori monografici di F. VIGANÒ, *Stato di necessità e conflitti di doveri: contributo alla teoria delle cause di giustificazioni e delle scusanti*, Giuffrè, Milano, 2020; E. MEZZETTI, *Necessitas non habet legem? Sui confini tra «Impossibile» ed «Inesigibile» nella struttura dello stato di necessità*, Giappichelli, Torino, 2020.

<sup>106</sup> Per un ampio esame della questione carceraria e per tutti i necessari riferimenti si rinvia, per tutti, a C. CONGESTRI, *L'emergenza Covid-19 negli istituti penitenziari*, in *questo volume*.

<sup>107</sup> In queste ipotesi è bene sottolineare come l'accertamento del nesso causale sia in un certo senso ‘facilitata’: decorsi causali alternativi al contagio ‘interno’ alla struttura infatti sono pressoché da escludersi, considerando il carattere ‘chiuso’ di tali strutture e la lunga degenza delle persone ricoverate. Così O. DI GIOVINE, *Coronavirus, diritto penale e responsabilità datoriali*, cit., §3; D. AMATO, *Contagio da Covid-19 “in occasione di lavoro” e responsabilità datoriale: è davvero necessario uno scudo penale*, cit., nota 13.

suggerire l'applicabilità di fattispecie incriminatrici ulteriori, anche nella loro forma aggravata, quali, a titolo meramente esemplificativo, l'art. 591 c.p. «Abbandono di minori o incapaci» e l'art. 572 c.p. «Maltrattamenti contro familiari o conviventi».

##### 5. *Un primo bilancio. Regole, eccezioni e abusi. Stato di guerra nella legalità penale?*

Cercando di tirare le fila delle considerazioni svolte fino a questo momento, al di là di ogni esercizio di retorica, 'chi fa sbagliare', soprattutto laddove i tempi di intervento non possono (e non devono) essere trascurati. La storia insegna che dietro decisioni giuste, ma prese troppo tardi, non raramente si celino decisioni sbagliate: la posta in gioco dell'interesse (superiore?) della sicurezza pubblica e della salute pubblica è probabilmente troppo elevata<sup>108</sup>.

Detto ciò, da una analisi complessiva del sistema sanzionatorio, unitamente inteso, l'impressione generale è che si sarebbe potuto intervenire meglio e più efficacemente.

Con specifico riguardo alla contravvenzione di cui al comma 6 dell'art. 4, d.l. 25 marzo 2020 (violazione dell'obbligo di quarantena) – ma le medesime considerazioni, forse in maniera più evidente, sono riferibili anche alla 'nuova' fattispecie di violazione dell'obbligo di quarantena prevista dall'art. 2, co. 3, d.l. n. 33 del 2020 –, è chiaro come la disposizione sia deputata alla tutela di 'funzioni', piuttosto che di 'beni', mostrando profili di criticità tanto in relazione al principio di precisione della formulazione legislativa, quanto in relazione al principio

---

<sup>108</sup> Critico sulle scelte legislative nell'opera di bilanciamento dei valori costituzionali coinvolti nell'emergenza v. M. GUALTIERI, *Il sistema sanzionatorio di contrasto al Covid-19: profili costituzionali*, in «Arch. pen. web», 2/2020, *passim* e in partic. p. 5: «[...] il punto di equilibrio per la ragionevolezza e proporzionalità delle scelte normative ed operative avrebbe dovuto essere trovato nella corretta applicazione dell'unico parametro sul quale vi era la concordanza degli scienziati, vale a dire il distanziamento sociale, che avrebbe permesso il bilanciamento tra i vari valori costituzionalmente protetti ed evitato che la tutela della salute collettiva assumesse una posizione "tiranna" di preminenza assoluta, sacrificando il "nucleo essenziale" degli altri diritti». Così, anche, G.L. GATTA, *Coronavirus, limitazione di diritti e libertà fondamentali, e diritto penale: un deficit di legalità da rimediare*, cit., §§1 ss. Cfr., in argomento, G. BATTARINO, *Decreto-legge "COVID-19", sistemi di risposta all'emergenza, equilibrio costituzionale*, in «Questione Giustizia», 1 marzo 2020, *passim*, ma anche D. PULITANÒ, *Problemi dell'emergenza. Legalità e libertà*, in «LP», 18 maggio 2020, pp. 1 ss.

di necessaria offensività<sup>109</sup>.

Emerge, infatti, una posizione 'ancillare' della sanzione criminale, la quale risulta posta a presidio della mera disobbedienza di prescrizioni amministrative (c.d. natura sanzionatoria o ulteriormente sanzionatoria del diritto penale<sup>110</sup>): la peculiare formulazione legale dimostra come l'oggetto immediato della tutela penale non sia infatti l'ordine pubblico (in senso specifico), l'igiene o la salute ma, piuttosto, l'osservanza dei provvedimenti dell'Autorità e, quindi, lo svolgimento dell'attività amministrativa.

Probabilmente, anche in questo caso, salvo che il fatto costituisca reato (ad esempio il reato di cui all'art. 452 c.p.), la via da seguire avrebbe potuto essere quella della depenalizzazione, posto che, come si è visto, il c.d. diritto penale amministrativo persegue, in modo più immediato, una finalità di prevenzione generale e speciale, anche attraverso la comminatoria di sanzioni elevatissime<sup>111</sup>.

Di 'chiarezza' e di 'accessibilità' è difficile poi parlare di fronte a disposizioni normative che si avvalgono della tecnica del rinvio 'a catena' a norme extrapunitive amministrative, con tutto ciò che ne consegue in termini di errore e di ignoranza, da parte del soggetto agente, del provvedimento dell'Autorità, presupposto per l'applicabilità tanto degli illeciti penali, quanto degli illeciti amministrativi<sup>112</sup>.

Non pare invece degna di biasimo la scelta del legislatore dell'urgenza di depenalizzare il reato di cui all'art. 3, d.l. 23 febbraio 2020, n. 6, soprattutto laddove la fattispecie non tutela interessi giuridici ma 'semplici' funzioni. Escludere la pena criminale detentiva non significa per ciò solo

<sup>109</sup> In generale, sulla distinzione tra 'tutela di funzioni' e 'tutela di beni', si rinvia alle fondamentali riflessioni di T. PADOVANI, *Tutela di beni e tutela di funzioni nella scelta fra delitto, contravvenzioni ed illecito amministrativo*, in «Cass. pen.», I/1987, pp. 670 ss.; S. MOCCIA, *Dalla tutela di beni alla tutela di funzioni: tra illusioni postmoderne e riflussi illiberali*, in «Riv. it. dir. proc. pen.», 2/1995, p. 343; F. PALAZZO, *I confini della tutela penale: selezione dei beni e criteri di criminalizzazione*, in «Riv. it. dir. proc. pen.», 2/1992, pp. 468 ss.

<sup>110</sup> Sulla natura 'meramente sanzionatoria' o 'ulteriormente sanzionatoria' del diritto penale, v. per tutti, M. GALLO, *Diritto penale italiano*, cit., pp. 22 ss.; M. TRAPANI, *Riflessioni a margine del sistema sanzionatorio previsto dal c.d. codice dei beni culturali*, in *Patrimonio culturale*, cit., p. 246.

<sup>111</sup> Interessanti sull'argomento le riflessioni di D. PULITANÒ, *Lezioni dell'emergenza e riflessioni sul dopo. Su diritto e giustizia penale*, cit., pp. 1 ss.

<sup>112</sup> Nessuno infatti può mettere seriamente in dubbio che da questo modello di costruzione delle fattispecie di illecito il quale abbisogna di un necessario procedimento di 'eterointegrazione normativa', possa derivare un'insopportabile oscurità delle norme applicabili e conseguentemente un'inaccessibilità, già sul piano oggettivo, del testo legislativo da parte degli interessati. In argomento, in generale, eloquenti le considerazioni di A. MASSARO, *Determinatezza della norma penale e calcolabilità giuridica*, cit., pp. 168-169.

che il sistema sanzionatorio si risolva in un apparato dissuasivo inefficace. Anzi la prassi degli ultimi anni sembra insegnare il contrario: il crescente carico della giustizia penale e la proliferazione delle leggi penali (a dispetto del principio di ‘necessarietà’ del diritto criminale) ha reso ineffettivo, di fatto, proprio l’arsenale penalistico<sup>113</sup>.

Come in parte già anticipato, sullo sfondo di ogni disamina tecnico-dogmatica sull’apparato sanzionatorio aleggia inesorabilmente la tematica delle fonti del diritto e, in particolar modo, del rapporto tra la legge ordinaria e fonti secondarie, nel più ampio contesto delineato dalla legalità penale<sup>114</sup>.

Non pare seriamente dubitare che anche in quest’occasione l’uso (*recte*: abuso) della decretazione d’urgenza continui a sgretolare la tenuta del principio della riserva di legge. Ma probabilmente non è questo il tempo per interrogarsi su un difetto sistemico ben stratificato nella prassi legislativa penale<sup>115</sup>, profusa da una ‘perenne emergenza’<sup>116</sup>. Quindi, *Nihil sub sole novum*, soprattutto se, come in questo caso, i presupposti di ‘necessità’ ed ‘urgenza’ non faticherebbero ad essere rinvenuti in una situazione pandemica di rara entità.

D’altro canto, la supremazia delle norme secondarie è un dato che si impone in maniera fin troppo evidente agli occhi dell’interprete che cerchi di districarsi tra le maglie del sistema delle fonti ‘dell’emergenza’: si tratta dell’ennesima conferma di una tendenza che assegna alla fonte subordinata un ruolo cardine nella descrizione della fattispecie incriminatrice e disvela per sempre la ‘nobile menzogna’ delle mere specificazioni tecniche, a dispetto del principio di riserva assoluta di legge in materia penale.

Detto altrimenti, era già tutto perduto e di certo non si sarebbe potuto recuperare in un tempo in cui la ‘crisi’ non investe soltanto la legalità penale, ma taglia trasversalmente ogni ambito del vivere comune.

<sup>113</sup> Così, lucidamente, G. PIGHI, *La trasgressione delle misure per contrastare il coronavirus: tra problema grave e norma penale simbolica*, cit., pp. 4-5.

<sup>114</sup> In argomento v. per tutti R. BARTOLI, *Il diritto penale dell’emergenza “a contrasto del coronavirus”: problematiche e prospettive*, in «Sistema penale», 24 aprile 2020, pp. 6 ss.; G. FLORA, “COVID REGIT ACTUM”. *Emergenza sanitaria, norme eccezionali e deroghe (“ragionevoli?”) ai principi costituzionali*, in «Penale Diritto e Procedura», 12 maggio 2020, §1.

<sup>115</sup> Si pensi, a titolo meramente esemplificativo, alla fattispecie di cui all’art. 612-*bis* c.p., introdotto all’interno del codice penale dal d.l. 23 febbraio 2009, n. 11, conv. in l. 23 aprile 2009, n. 38 e all’art. 603-*bis* c.p., introdotto dal d.l. 13 agosto 2011, n. 138, conv. in l. 14 settembre 2011, n. 148. Sul punto diffusamente C. CUPELLI, *La legalità delegata. Crisi e attualità della riserva di legge nel diritto penale*, ESI, Napoli, 2012, *passim*.

<sup>116</sup> La fortuna espressione appartiene a S. MOCCIA, *La perenne emergenza. Tendenze autoritarie nel sistema penale*, ESI, Napoli, 2000, al quale si rinvia anche per un’analisi critica dei paradigmi della legislazione emergenziale.

Se l'esigenza di garanzia del diritto, intesa nella sua accezione 'classica' come baluardo del principio di riserva di legge in materia penale, è ormai violata fin dalle sue fondamenta, discorso diverso è da farsi in relazione all'esigenza di certezza del diritto<sup>117</sup>, da intendere come «riconoscibilità della regola di condotta o, se si vuole, come chiara predeterminazione delle direttive di comportamento»<sup>118</sup>, e quindi, conseguentemente, in relazione al principio di determinatezza e di irretroattività.

Si pensi, a titolo meramente esemplificativo, all'art. 4, co. 1, d.l. n. 19 del 2020 che punisce, seppur con la sanzione amministrativa pecuniaria, la violazione delle disposizioni previste dal decreto in questione e, quindi, dei decreti e delle ordinanze emanati in attuazione dello stesso. Si rinvia dunque a provvedimenti dell'Autorità futuri ed incerti che, lungi dal ricoprire il ruolo di mere specificazioni tecniche, sono deputati a definire i contorni della condotta illecita, considerando il carattere tutt'altro che tassativo delle macro-sfere di intervento affidate dal decreto-legge al potere amministrativo.

Si potrebbe, allora, quantomeno dubitare che la tecnica del rinvio a provvedimenti futuri, rimessi in fase esecutiva alla completa discrezionalità dell'Autorità competente, assicuri un sufficiente grado di riconoscibilità/predeterminazione della regola di condotta.

In questi casi, a venire in considerazione potrebbe essere, ancora una volta, l'annoso problema della successione mediata di leggi e, di conseguenza, la disciplina dell'art. 2 c.p. ovvero, muovendo da premesse in parte differenti, l'art. 5 c.p.<sup>119</sup>, sia pur dopo l'intervento additivo da parte della Corte costituzionale con la sentenza n. 364 del 1988: nessuno infatti può mettere seriamente in discussione che queste ipotesi costituiscano un caso tipico di *ignorantia legis* inevitabile, ossia di 'incalcolabilità', già sul piano oggettivo, della norma, alla stregua del parametro dell'interprete

<sup>117</sup> Sulla necessità di tenere distinti la *ratio* di garanzia del diritto in riferimento al principio di riserva assoluta di legge e la *ratio* di garanzia del diritto in riferimento al principio di irretroattività (ferma una 'ovvia' esigenza di garanzia) v. M. GALLO, *Diritto penale italiano*, cit., pp. 34 ss. e pp. 83 ss. Cfr., anche per alcune considerazioni critiche su questa netta differenziazione, A. MASSARO, *Determinatezza della norma penale e calcolabilità giuridica*, cit., pp. 102 ss.

<sup>118</sup> A. MASSARO, *Determinatezza della norma penale e calcolabilità giuridica*, cit., pp. 102 ss., alla quale si rinvia per i necessari riferimenti nella giurisprudenza costituzionale.

<sup>119</sup> Per una lettura oggettiva dell'art. 5 c.p. come limite di efficacia della norma penale e non di validità formale A. MASSARO, *Determinatezza della norma penale e calcolabilità giuridica*, cit., pp. 167 ss. Ma anche M. GALLO, *Diritto penale italiano*, cit., p. 460; M. TRAPANI, *Creazione giudiziale della norma penale e suo controllo politico. Riflessioni su Cesare Beccaria e l'interpretazione della legge penale 250 anni dopo*, in «Arch. pen. web», 1/2017, p. 56 e in partic. nota 118.

modello, da intendere come il soggetto in possesso delle conoscenze 'tecniche' necessarie ad attribuire un significato all'enunciato linguistico<sup>120</sup>.

In definitiva, l'emergenza è – o, meglio, dovrebbe essere – il prodotto di una mera contingenza: la chiave di lettura alla quale affidarsi, allora, potrebbe essere quella di ristabilire i luoghi e i tempi della dialettica regola/ eccezione, al fine di scongiurare che l'ordinario luogo dell'emergenza diventi quello della vita quotidiana e che il principio di legalità si tramuti nel suo contrario, la 'guerra' nelle fonti del diritto<sup>121</sup>.

---

<sup>120</sup> *Amplius* A. MASSARO, *Determinatezza della norma penale e calcolabilità giuridica*, cit., pp. 138 ss.

<sup>121</sup> Interessanti sul punto le considerazioni di R. BARTOLI, *Il diritto penale dell'emergenza "a contrasto del coronavirus": problematiche e prospettive*, cit., pp. 1 ss.; ID, *Contro la "normalizzazione" delle deroghe: alcune proposte garantiste*, in «Dir. pen. proc.», 2020, pp. 153 ss.