

# Itinerari di Diritto Penale

*Collana diretta da*

E. Dolcini - G. Fiandaca - E. Musco - T. Padovani - F. Palazzo - F. Sgubbi

ANGELA DELLA BELLA

## IL LEGISLATORE PENALE DI FRONTE ALL'EMERGENZA SANITARIA

PRINCIPI PENALISTICI  
ALLA PROVA DEL COVID-19



G. GIAPPICHELLI EDITORE – TORINO

# Itinerari di Diritto Penale

*Collana diretta da*

E. Dolcini - G. Fiandaca - E. Musco - T. Padovani - F. Palazzo - F. Sgubbi

---

*Dove va il diritto penale, quali sono i suoi itinerari attuali e le sue prevedibili prospettive di sviluppo? Ipertrofia e diritto penale minimo, affermazione simbolica di valori ed efficienza utilitaristica, garantismo individuale e funzionalizzazione politico-criminale nella lotta alle forme di criminalità sistemica, personalismo ed esigenze collettive, sono soltanto alcune delle grandi alternative che l'attuale diritto penale della transizione si trova, oggi più di ieri, a dover affrontare e bilanciare.*

*Senza contare il riproporsi delle tematiche fondamentali relative ai presupposti soggettivi della responsabilità penale, di cui appare necessario un ripensamento in una prospettiva integrata tra dogmatica e scienze empirico-sociali.*

*Gli itinerari della prassi divergono peraltro sempre più da quelli della dogmatica, prospettando un diritto penale "reale" che non è più neppure pallida eco del diritto penale iscritto nei principi e nella legge. Anche su questa frattura occorre interrogarsi, per analizzarne le cause e prospettarne i rimedi.*

*La collana intende raccogliere studi che, nella consapevolezza di questa necessaria ricerca di nuove identità del diritto penale, si proponano percorsi realistici di analisi, aperti anche ad approcci interdisciplinari. In questo unitario intendimento di fondo, la sezione Monografie accoglie quei contributi che guardano alla trama degli itinerari del diritto penale con un più largo giro d'orizzonte e dunque – forse – con una maggiore distanza prospettica verso il passato e verso il futuro, mentre la sezione Saggi accoglie lavori che si concentrano, con dimensioni necessariamente contenute, su momenti attuali o incroci particolari degli itinerari penalistici, per cogliere le loro più significative spezzature, curvature e angolazioni, nelle quali trova espressione il ricorrente trascorrere del "penale".*

ANGELA DELLA BELLA

IL LEGISLATORE PENALE  
DI FRONTE  
ALL'EMERGENZA SANITARIA

PRINCIPI PENALISTICI  
ALLA PROVA DEL COVID-19



G. GIAPPICHELLI EDITORE – TORINO

© Copyright 2023 - G. GIAPPICHELLI EDITORE - TORINO  
VIA PO, 21 - TEL. 011-81.53.111 - FAX 011-81.25.100  
<http://www.giappichelli.it>

ISBN/EAN 979-12-211-0323-6  
ISBN/EAN 979-12-211-5329-3 (ebook - pdf)

*I volumi pubblicati nella presente Collana sono stati oggetto di procedura di doppio referaggio cieco (double blind peer review), secondo un procedimento standard concordato dai Direttori della collana con l'Editore, che ne conserva la relativa documentazione.*

*Volume pubblicato con il contributo del Dipartimento di Scienze Giuridiche "Cesare Beccaria".*

*Stampa:* Stampatre s.r.l. - Torino

Le fotocopie per uso personale del lettore possono essere effettuate nei limiti del 15% di ciascun volume/fascicolo di periodico dietro pagamento alla SIAE del compenso previsto dall'art. 68, commi 4 e 5, della legge 22 aprile 1941, n. 633.

Le fotocopie effettuate per finalità di carattere professionale, economico o commerciale o comunque per uso diverso da quello personale possono essere effettuate a seguito di specifica autorizzazione rilasciata da CLEARedi, Centro Licenze e Autorizzazioni per le Riproduzioni Editoriali, Corso di Porta Romana 108, 20122 Milano, e-mail [autorizzazioni@clearedi.org](mailto:autorizzazioni@clearedi.org) e sito web [www.clearedi.org](http://www.clearedi.org).

*A Pier e a Tommaso, Margherita e Caterina  
per la loro infinita pazienza*



*“Le malattie del futuro, ovviamente, sono motivo di grave preoccupazione per scienziati ed esperti di sanità pubblica. Non c’è alcun motivo di credere che l’AIDS rimarrà l’unico disastro globale della nostra epoca causato da uno strano microbo saltato fuori da un animale. Qualche Cassandra bene informata parla addirittura del Next Big One, il prossimo grande evento, come di un fatto inevitabile (per i sismologi californiani il Big One è il terremoto che farà sprofondare in mare San Francisco, ma in questo contesto è un’epidemia letale di dimensioni catastrofiche). Sarà causato da un virus? Si manifesterà nella foresta pluviale o in un mercato cittadino della Cina meridionale? Farà trenta, quaranta milioni di vittime? L’ipotesi è ormai così radicata che potremmo dedicarle una sigla, NBO. La differenza tra HIV-1 e NBO potrebbe essere, per esempio, la velocità di azione: NBO potrebbe essere tanto veloce a uccidere quanto l’altro è relativamente lento. Gran parte dei virus nuovi lavorano alla svelta...”*

(D. Quammen, *Spillover*, Gli Adelphi, 2012, p. 45)



# INDICE

	<i>pag.</i>
INTRODUZIONE	XV

## SEZIONE I STRATEGIE DI CONTRASTO ALLA PANDEMIA DA COVID-19

### CAPITOLO 1

#### I DIVERSI MODELLI DI CONTENIMENTO DEL CONTAGIO NELL'ESPERIENZA INTERNAZIONALE

1. Le prime concitate fasi della diffusione del <i>virus</i> e le diverse modalità di gestione dell'emergenza pandemica	3
1.1. Il 'modello cinese' della tolleranza zero	6
1.2. Il 'modello svedese' della libera convivenza con il <i>virus</i>	8
1.3. Il modello del compromesso tra contenimento dei contagi e tutela delle libertà individuali	10
2. Le diverse strategie di ricorso al diritto penale per rinforzare le politiche di contenimento del contagio	14

### CAPITOLO 2

#### L'ESPERIENZA ITALIANA

1. Il modello italiano di gestione dell'emergenza sanitaria	19
2. Le diverse fasi dell'emergenza. La prima fase: l'Italia in <i>lockdown</i>	23
2.1. La seconda fase: l'Italia 'a colori'	30
2.2. La terza fase: l'avvio della campagna vaccinale e la politica del <i>green pass</i>	32
2.3. La quarta fase: la fine dell'emergenza e il ritorno alla normalità	38

	<i>pag.</i>
3. Il sistema degli illeciti punitivi: gli illeciti amministrativi	41
3.1. La contravvenzione per la violazione della quarantena da parte del positivo	44
3.2. L'epidemia colposa e gli altri delitti di evento	47

**SEZIONE II**  
**I PRINCIPI PENALISTICI ALLA PROVA**  
**DELL'EMERGENZA SANITARIA**

**CAPITOLO 3**  
**I BENI GIURIDICI IN GIOCO E LE ESIGENZE**  
**DI TUTELA PENALE**

1. Considerazioni preliminari relative all'oggetto dell'indagine	57
2. I beni giuridici coinvolti in situazioni di emergenza sanitaria: le esigenze di anticipazione della tutela in presenza di un 'pericolo comune'	59
2.1. La salvaguardia del sistema sanitario come bene giuridico intermedio in contesti di emergenza sanitaria per la tutela della salute collettiva	64
3. Gli obblighi di tutela a carico dello Stato in una situazione di emergenza pandemica	70
4. La discrezionalità del legislatore nella scelta delle strategie di tutela, tra raccomandazioni e obblighi a carico del consociato: il tema dei doveri di solidarietà sociale <i>ex art. 2 Cost.</i>	73
5. La discrezionalità del legislatore tra paradigma preventivo e paradigma punitivo	79
5.1. Alcune riflessioni sull'utilizzo delle misure preventive nella materia del contenimento del contagio	84

**CAPITOLO 4**  
**LEGALITÀ PENALE IN CONTESTI**  
**DI EMERGENZA SANITARIA**

1. Le torsioni della legalità penale nel contesto dell'emergenza pandemica: i due aspetti del problema	87
2. Il principio della riserva di legge nella legislazione pandemica: il ruolo del decreto legge	93

2.1. Il grado della riserva di legge nella legislazione pandemica: considerazioni generali	99
2.1.1. Il modello della norma penale in bianco di cui al d.l. 6/2020	103
2.1.2. Il modello della riserva relativa di cui al d.l. 19/2020	105
2.1.3. Il modello (ipotetico) della riserva assoluta: pro e contro	109
2.2. Qualche riflessione conclusiva su emergenza sanitaria e riserva di legge, anche alla luce del modello tedesco di regolamentazione degli illeciti punitivi per violazione delle misure di contenimento	111
3. Il principio di precisione/determinatezza nella legislazione pandemica	115
3.1. Il deficit di precisione nella legislazione pandemica. Alcuni esempi: la disciplina del c.d. <i>lockdown</i>	118
3.2. ( <i>Segue</i> ): la disciplina della violazione della quarantena	122
3.3. Qualche riflessione conclusiva su emergenza sanitaria ed esigenze di precisione	125

## CAPITOLO 5

### I PRINCIPI DI IRRETROATTIVITÀ *IN MALAM PARTEM* E DI RETROATTIVITÀ *IN BONAM PARTEM* IN SITUAZIONI DI EMERGENZA SANITARIA

1. Considerazioni introduttive	129
2. La problematica inderogabilità del principio di irretroattività delle norme penali sfavorevoli in situazioni di emergenza: il caso della sospensione della prescrizione del reato	130
2.1. Irretroattività <i>in peius</i> delle sanzioni amministrative punitive in situazioni di emergenza	139
3. Sul principio di retroattività della <i>lex mitior</i> e sulla sua derogabilità nel contesto dell'emergenza sanitaria	143
3.1. L'applicabilità della disciplina relativa all'ultrattività delle leggi eccezionali/temporanee anche alle sanzioni amministrative punitive	146
3.2. Sulla ragionevolezza dell'ultrattività di sanzioni punitive, penali o amministrative, nel contesto dell'emergenza sanitaria	149
4. Norme eccezionali e temporanee di favore: il regime temporale delle 'norme-scudo' in materia di responsabilità del personale sanitario nel contesto dell'emergenza	151

**CAPITOLO 6**  
**PROPORZIONALITÀ ED OFFENSIVITÀ**  
**IN CONTESTI DI EMERGENZA SANITARIA**

1.	I limiti costituzionali sull' <i>an</i> e sul contenuto delle scelte punitive. Una premessa sull'insussistenza di obblighi di incriminazione	155
2.	La proporzionalità come criterio di sostenibilità costituzionale delle scelte punitive	160
2.1.	La centralità del principio di proporzionalità nelle scelte punitive in materia di contenimento del contagio	162
2.2.	Sulla possibile operatività della deroga <i>ex art.</i> 15 Cedu nel contesto dell'emergenza pandemica	165
2.3.	La proporzionalità degli illeciti punitivi in materia di contenimento del contagio: considerazioni preliminari sull'oggetto del bilanciamento	168
2.4.	La proporzionalità delle scelte punitive in contesti di emergenza sanitaria: i profili dell'idoneità, della necessità e della proporzionalità in senso stretto	172
2.4.1.	Sulla idoneità delle misure di contenimento del contagio	172
2.4.1.1.	Sulla idoneità degli obblighi vaccinali	175
2.4.2.	Sulla necessità delle misure di contenimento del contagio	179
2.4.3.	Sulla proporzionalità in senso stretto delle misure di contenimento del contagio	182
3.	L'offensività come criterio di sostenibilità costituzionale delle scelte di penalizzazione	186
3.1.	Considerazioni sulla meritevolezza di pena dei beni giuridici sottesi agli illeciti punitivi di contenimento del contagio	188
3.1.1.	Scelte di criminalizzazione incompatibili con il principio di offensività: la violazione delle misure di contenimento del contagio come reato di disobbedienza e l'utilizzo strumentale del diritto penale	192
3.2.	Il principio di offensività come criterio di controllo sulle tecniche di tutela penale: considerazioni generali	195
3.2.1.	I possibili modelli di tutela: il modello degli illeciti contravvenzionali di pericolo astratto	199
3.2.2.	Il modello del delitto di pericolo concreto 'a forma libera'	203
3.2.3.	Il modello del delitto di 'pericolo qualificato a forma vincolata'	205

**SEZIONE III  
CONSIDERAZIONI CONCLUSIVE**

**CAPITOLO 7**

**PROPOSTE PER LA COSTRUZIONE  
DI UN SISTEMA DI ILLECITI PUNITIVI  
A TUTELA DELLA SALUTE PUBBLICA  
IN UN CONTESTO DI EMERGENZA SANITARIA**

1.	Presentazione dei punti di arrivo della ricerca	215
2.	Per una regolamentazione anticipata di un sistema di illeciti punitivi a tutela della salute pubblica in presenza di un'emergenza sanitaria	217
3.	Le scelte legislative sul sistema degli illeciti punitivi a tutela della salute pubblica: criteri di politica criminale	219
4.	Il primo gradino del sistema: la scelta tra gli illeciti amministrativi e gli illeciti penali di pericolo astratto per sanzionare la violazione delle misure di contenimento	222
4.1.	La contravvenzione della violazione della quarantena del positivo: riflessioni nel senso di una sua depenalizzazione	225
5.	Il secondo gradino del sistema: l'introduzione di un reato di pericolo concreto di contagio	227
5.1.	I problemi della colpa nel contesto dell'emergenza sanitaria: la problematicità dell'art. 590 <i>sexies</i> c.p. e la disciplina emergenziale dell'art. 3 <i>bis</i> d.l. 44/2021	230
5.2.	Lezioni dall'esperienza pandemica nella prospettiva di una riforma della colpa medica	236
5.3.	Non solo colpa medica: la soluzione francese al problema della colpa nell'emergenza sanitaria	238
6.	Conclusioni	241
<b>BIBLIOGRAFIA</b>		247



## INTRODUZIONE

1. Questo lavoro si propone di individuare condizioni e limiti che si impongono al legislatore nel ricorso al diritto punitivo in un contesto di emergenza sanitaria.

Nell'affrontare il tema, abbiamo avuto sotto gli occhi la drammatica esperienza della pandemia da Covid-19, peraltro ad oggi non ancora esaurita: una pandemia causata da un virus sconosciuto, il SARS-CoV-2, che ha iniziato a circolare alla fine del 2019, presumibilmente in Cina, e si è poi diffuso assai rapidamente in tutto il mondo. Si è trattato di una tragedia immane che, nell'arco di tre anni, ha provocato la morte di 6,5 milioni di persone (15 milioni, stando alle stime dell'Organizzazione mondiale della sanità)<sup>1</sup>.

Per fronteggiare la pandemia, quasi tutti i Paesi del mondo hanno adottato, da subito, strategie di contenimento del contagio basate sull'imposizione di misure restrittive, che hanno limitato in modo significativo diritti e libertà personali: chiusura dei confini nazionali; divieto di circolazione sul territorio nazionale; divieto di uscire dal domicilio durante la notte o per l'intera giornata; limitazioni alle attività produttive e commerciali; divieto di assembramenti e di riunione, persino all'interno della propria abitazione; interruzione delle attività scolastiche, nonché di quelle sociali, religiose, culturali e ricreative.

In questa emergenza (che non ha, evidentemente, i tratti di un'emergenza criminale), il diritto penale 'entra in campo' nel momento in cui gli Stati decidono di impiegarlo, più o meno ampiamente, per garantire l'osservanza delle misure di contenimento del contagio, nel-

---

<sup>1</sup> La cifra 'ufficiale' è costituita dai decessi comunicati dai vari Stati all'Organizzazione mondiale della sanità, mentre i 15 milioni sono calcolati sulla differenza tra il numero di decessi che si sono verificati nel periodo di tempo preso in considerazione e il numero che ci si aspetterebbe in assenza della pandemia sulla base dei dati degli anni precedenti. La cifra così ricavata (15 milioni) comprende i decessi associati al Covid-19 direttamente (a causa della malattia) o indirettamente (a causa dell'impatto della pandemia sui sistemi sanitari e sulla società). Cfr. *14.9 million excess deaths associated with the COVID-19 pandemic in 2020 and 2021* (notizia pubblicata sul sito internet dell'OMS).

la consapevolezza che tale osservanza è essenziale per tutelare i soggetti più fragili, la cui vita sarebbe esposta a grave rischio laddove il contagio si diffondesse liberamente.

Da qui l'interesse del penalista, il quale si preoccupa di verificare che a tale istanza di espansione del diritto punitivo si dia soddisfazione entro i limiti di legittimità costituzionale e convenzionale e nel rispetto del principio di sussidiarietà.

L'adozione da parte degli organi governativi di politiche di contenimento del contagio implicanti gravose limitazioni di diritti e libertà costituzionalmente tutelati ha posto innanzitutto un problema di rispetto del principio di legalità ed ha costretto anche il penalista ad interrogarsi sulla legittimità di sanzioni punitive adottate in una situazione di sostanziale marginalizzazione del Parlamento: il problema è quindi quello delle fonti del diritto punitivo nella situazione di emergenza, nonché dei rapporti tra fonti primarie e fonti secondarie.

La previsione di sanzioni punitive per l'inosservanza di misure di contenimento del contagio ha posto poi, a volte con toni drammatici, il tema della proporzionalità delle scelte legislative, ossia della ragionevolezza del bilanciamento operato dal legislatore tra la tutela della salute pubblica da un lato e il sacrificio di diritti e libertà individuali costituzionalmente tutelati dall'altro: si tratta di problemi che riguardano il diritto costituzionale, ma che sono ineludibili anche per il penalista, posto che la legittimità delle scelte punitive discende dal fatto che non si sia realizzato un sacrificio eccessivo dei diritti e delle libertà individuali.

Anche nel nostro ordinamento, l'emergenza sanitaria ha portato alla formazione di un 'diritto punitivo pandemico', caratterizzato da un approccio a dire il vero mite, ma non sempre rispettoso dei principi e assai carente di effettività. L'emergenza sanitaria, tuttavia, se da un lato ha determinato un'espansione del diritto punitivo, dall'altro ne ha determinato una contrazione: contrariamente a quanto accade di regola durante le emergenze, il legislatore penale, infatti, ha ridotto l'area di rilevanza penale di alcune condotte, assecondando, per lo meno in parte, le richieste di protezione dal 'rischio penale' provenienti dalle categorie di soggetti (*in primis* gli operatori sanitari, ma anche i datori di lavoro, gli amministratori pubblici, i dirigenti scolastici ...) che, in quanto titolari di posizioni di garanzia, si sono trovati a dover gestire in prima persona la situazione pandemica.

Per la ricognizione dei diversi problemi posti dall'impiego del diritto punitivo nell'emergenza sanitaria, abbiamo attinto ampiamente anche alle esperienze di altri ordinamenti, che si sono trovati ad affrontare nello stesso momento gli stessi problemi: abbiamo raccolto

una grande quantità di informazioni, che ci ha consentito di comparare le soluzioni legislative adottate dai diversi Paesi, di conoscere le posizioni delle corti costituzionali su problemi comuni, di studiare le riflessioni sviluppate dalla dottrina su temi attinenti alla pandemia. Un prezioso contributo è venuto inoltre dalla Corte europea dei diritti dell'uomo, che ha avuto modo di pronunciarsi in più occasioni su questioni 'Covid-correlate'.

Ci preme sin da ora evidenziare che la prospettiva in cui ci siamo mossi nell'affrontare tale percorso di ricerca e nel 'rileggere' gli avvenimenti di questa sconvolgente esperienza, guarda al futuro: facendo tesoro delle lezioni dell'emergenza si vuole riflettere su come possa essere attrezzato l'ordinamento nell'evenienza di nuove, purtroppo non improbabili, emergenze sanitarie. Prima di illustrare, in estrema sintesi, gli snodi essenziali attraverso i quali si è svolto il percorso di ricerca, riteniamo opportuno fare due precisazioni.

2. Una prima precisazione riguarda l'ambito della nostra indagine. Nel ragionare sui limiti e sui modi dell'esercizio del potere punitivo dello Stato in una situazione di emergenza sanitaria, ci riferiamo alla nozione ampia di 'materia penale', di derivazione convenzionale: secondo tale prospettiva, nella categoria degli illeciti penali sono ricompresi tutti gli illeciti presidiati con sanzioni che, a prescindere dalla qualifica formale, possono considerarsi 'punitiva', alla luce dei criteri elaborati dalla giurisprudenza della Corte Edu. In relazione alle sanzioni previste per la violazione delle misure di contenimento, l'equivalenza funzionale tra pene e sanzioni amministrative punitive è, come cercheremo di dimostrare, quanto mai evidente: e ciò convince dell'opportunità di questa scelta.

3. Una seconda precisazione riguarda il concetto di 'emergenza sanitaria', che individua il presupposto in presenza del quale si pone l'esigenza di garantire il contenimento del contagio a tutela della salute pubblica. L'espressione 'emergenza sanitaria', utilizzata dal Governo sin dalla 'Dichiarazione dello stato di emergenza nazionale', deliberato dal Consiglio dei ministri il 31 gennaio 2020, è ormai entrata nel lessico comune e di fatto viene identificata con la vicenda pandemica del Covid-19.

Per cogliere con maggiore precisione il significato dell'espressione, occorre prendere le mosse dal Regolamento sanitario internazionale dell'Organizzazione mondiale della sanità, che, nell'art. 1, definisce come "Emergenza sanitaria pubblica di portata internazionale" un "evento straordinario che (...) si ritiene possa: (i) costituire un ri-

schio per la sanità pubblica in altri Stati a causa della diffusione internazionale di malattie, e (ii) richiedere potenzialmente una risposta internazionale coordinata”<sup>2</sup>. Sempre da tale Regolamento si ricava che gli elementi che fondano la decisione dell’OMS di effettuare la Dichiarazione di emergenza sanitaria internazionale sono, oltre al carattere insolito o inaspettato dell’evento, la gravità dell’impatto sulla sanità pubblica e la capacità della malattia di diffondersi rapidamente a livello internazionale. Benché nel preambolo del Regolamento dell’OMS si affermi che un’emergenza sanitaria potrebbe sussistere anche nel caso di diffusione di una malattia originata dal rilascio accidentale o deliberato di agenti biologici, chimici o radio-nucleari dannosi per la salute, di fatto sino ad oggi le emergenze sanitarie internazionali dichiarate dall’OMS sono state emergenze sanitarie pandemiche, riguardando la diffusione di malattie infettive<sup>3</sup>.

Nell’ordinamento italiano non esiste una definizione normativa di ‘emergenza sanitaria’, ma essa può ricavarsi dalla Delibera del Consiglio dei ministri del 31 gennaio 2020 con cui si è dato inizio allo ‘stato di emergenza nazionale’ nel nostro Paese<sup>4</sup>. In particolare, tale Delibera (adottata il giorno successivo alla Dichiarazione di emergenza internazionale di salute pubblica dell’OMS) ha ritenuto sussistente lo stato di emergenza in considerazione dei “rischi per la pubblica e privata incolumità connessi ad agenti virali trasmissibili, che stanno interessando anche l’Italia” e che impongono “l’assunzione immediata di iniziative di carattere straordinario ed urgente, per fronteggiare adeguatamente possibili situazioni di pregiudizio per la collettività presente sul territorio nazionale”.

Fanno riferimento al Regolamento dell’OMS anche ordinamenti

---

<sup>2</sup>La traduzione in italiano (non ufficiale) dell’*International Health Regulations (IHR)* del 2005 è disponibile sul sito del Ministero della salute.

<sup>3</sup>Dal sito internet dell’OMS ricaviamo che dal 2009 al 2022 sono state dichiarate sette emergenze internazionali (*Public Health Emergency of International Concern*, da cui l’acronimo *PHEIC*): la pandemia H1N1 (o influenza suina) del 2009, la poliomielite del 2014, l’epidemia di Ebola del 2014 in Africa occidentale, l’epidemia di virus Zika del 2015-2016, l’epidemia di Ebola nel Kivu del 2018-2020, la pandemia di Covid-19 e il vaiolo delle scimmie nel 2022. La SARS, il vaiolo, e la poliomielite sono considerate automaticamente ‘emergenze internazionali’ e quindi non richiedono una decisione dell’OMS per dichiararle tali.

<sup>4</sup>Lo stato di emergenza nazionale è stato dichiarato sulla base dell’art. 7 co. 1 lett. c) d.lgs. 1/2018 (Codice della protezione civile), che lo consente in caso di “eventi calamitosi di origine naturale (...) che in ragione della loro intensità o estensione debbono, con immediatezza d’intervento, essere fronteggiate con mezzi e poteri straordinari da impiegare durante limitati e predefiniti periodi di tempo”.

nei quali è presente una definizione di emergenza sanitaria nazionale: così, ad esempio, nell'ordinamento tedesco, l'emergenza sanitaria nazionale è definita come la situazione in cui "esiste un grave pericolo per la salute pubblica in tutta la Repubblica Federale di Germania perché: 1) l'Organizzazione Mondiale della Sanità ha dichiarato un'emergenza sanitaria di portata internazionale e vi è il rischio di introduzione di una malattia trasmissibile pericolosa nella Repubblica Federale di Germania, oppure 2) vi è la minaccia o è in atto la diffusione dinamica di una malattia trasmissibile pericolosa nella Repubblica Federale Tedesca"<sup>5</sup>.

Dunque, ciò che caratterizza un'emergenza sanitaria, e su cui va focalizzata l'attenzione per definire l'oggetto della nostra indagine, è la presenza di un 'rischio sanitario' come definito dal Regolamento dell'OMS, ovvero un rischio per la vita e la salute dell'intera collettività, determinato dalla diffusione di una malattia che si caratterizza per la sua spiccata capacità di propagazione e per la gravità delle patologie che può trasmettere.

Benché, come si è anticipato, il Regolamento dell'OMS non escluda l'ipotesi di emergenze sanitarie di natura chimica o radioattiva, ai nostri fini con l'espressione 'emergenza sanitaria' ci riferiamo all'ipotesi di emergenza sanitaria pandemica, ossia all'emergenza determinata dalla diffusione di una malattia altamente trasmissibile, che ponga un grave rischio per la salute pubblica, come nella definizione legislativa accolta nell'ordinamento tedesco.

4. Veniamo ora alla struttura del lavoro, che si articola in tre sezioni.

La prima contiene una ricognizione delle strategie di contenimento del contagio adottate dai vari Stati: in essa si dà conto, sommariamente, di alcune esperienze internazionali, per poi illustrare l'esperienza italiana, ove si descrive l'evoluzione del modello di gestione dell'emergenza sanitaria nelle diverse fasi della pandemia. Successivamente si procede ad un'analisi del sistema degli illeciti punitivi, amministrativi e penali, attraverso i quali la legislazione emergenziale ha inteso garantire l'osservanza delle misure di contenimento del contagio a tutela della salute pubblica.

La seconda sezione della monografia ne costituisce il cuore. È in questa parte che ci si interroga sui limiti costituzionali e convenzio-

---

<sup>5</sup> La definizione è contenuta nel § 5 (*Epidemische Lage von nationaler Tragweite*) della Legge sulla prevenzione ed il contrasto della diffusione di malattie infettive (*Infektionsschutzgesetz*, IfSG). La traduzione del testo della norma è nostra.

nali alla discrezionalità del legislatore nelle scelte punitive, prendendo in considerazione dapprima principi che impongono al legislatore penale limiti per così dire 'formali' (ossia il principio di legalità e i principi che regolano la successione delle norme penali nel tempo), successivamente, principi che riguardano le scelte di incriminazione e i loro contenuti (principi di proporzionalità ed offensività): l'analisi relativa a questi ultimi principi ci ha portato ad addentrarci in un delicato terreno, quello dell'*an* e del *quomodo* della punizione, dove si esprime in massima misura la discrezionalità del decisore politico.

La terza sezione contiene le nostre conclusioni. All'esito del percorso di ricerca ed avvalendoci di spunti di riflessione spesso suggeriti dal confronto con le esperienze di altri ordinamenti, ci siamo persuasi della necessità che l'ordinamento si doti stabilmente di un sistema di illeciti punitivi finalizzato al contenimento del contagio nelle situazioni di emergenza sanitaria. Di qui una serie di indicazioni rivolte al legislatore sulla fisionomia di tale sistema di illeciti: una volta individuati i limiti di legittimità costituzionale e convenzionale entro i quali muoversi, proponiamo, sulla base di valutazioni di politica criminale, scelte di tutela che possano risultare appaganti sotto il profilo del rapporto costi-benefici e che siano coerenti con il principio di sussidiarietà. A questo proposito, anche le esperienze straniere consentono di dimostrare che la predisposizione anticipata di un sistema di illeciti punitivi volto a fronteggiare le situazioni di emergenza sanitaria presenta dei vantaggi, che si apprezzano soprattutto sul piano della legalità e sul piano di un uso razionale e contenuto degli strumenti punitivi.

**SEZIONE I**

**STRATEGIE DI CONTRASTO  
ALLA PANDEMIA DA COVID-19**



## CAPITOLO 1

# I DIVERSI MODELLI DI CONTENIMENTO DEL CONTAGIO NELL'ESPERIENZA INTERNAZIONALE

SOMMARIO: 1. Le prime concitate fasi della diffusione del *virus* e le diverse modalità di gestione dell'emergenza pandemica. – 1.1. Il 'modello cinese' della tolleranza zero. – 1.2. Il 'modello svedese' della libera convivenza con il *virus*. – 1.3. Il modello del compromesso tra contenimento dei contagi e tutela delle libertà individuali. – 2. Le diverse strategie di ricorso al diritto penale per rinforzare le politiche di contenimento del contagio.

### 1. *Le prime concitate fasi della diffusione del virus e le diverse modalità di gestione dell'emergenza pandemica*

Il 31 dicembre 2019 la Commissione Sanitaria Municipale di Wuhan, popolosa città della provincia cinese di Hubei, segnalava all'Organizzazione Mondiale della Sanità (OMS) un *cluster* di casi di polmonite a eziologia ignota.

Una settimana dopo l'OMS annunciava che le autorità sanitarie cinesi avevano identificato un nuovo *virus*, denominato "SARS-CoV-2", ritenuto responsabile del focolaio epidemico. L'ipotesi, fondata ma ancora in via di conferma definitiva, è che l'infezione abbia avuto origine in un vivace *wet-market* di Wuhan, ove si vendeva fauna selvatica e dove sarebbe presumibilmente avvenuto lo *spillover*, ossia il passaggio del *virus* dalla specie animale 'serbatoio' (presumibilmente una certa famiglia di pipistrelli) all'uomo<sup>1</sup>.

A distanza di qualche giorno da tale annuncio arrivava la conferma da parte delle autorità sanitarie cinesi che il *virus*, in grado di

---

<sup>1</sup>WOROBAY *et al.*, *The Huanan Seafood Wholesale Market in Wuhan was the early epicenter of the COVID-19 pandemic*, in *Science*, 377, 2022, pp. 951-959.

provocare una grave malattia respiratoria acuta, si trasmetteva da uomo a uomo.

In un brevissimo lasso di tempo, il *virus* varcava il confine della Cina e si diffondeva in Thailandia, Corea, Giappone<sup>2</sup>. Il 30 gennaio 2020 l'OMS, in considerazione della rapidissima propagazione del contagio<sup>3</sup> e della severità della malattia, rivelatasi in non pochi casi letale<sup>4</sup>, dichiarava lo stato di emergenza sanitaria internazionale, esortando caldamente gli Stati ad adottare le necessarie misure di contenimento per contrastare la diffusione del *virus*<sup>5</sup>.

Tale esortazione veniva poi ripetuta con toni ancora più decisi l'11 febbraio 2020, data in cui il direttore dell'OMS dichiarava che il Covid-19 rappresentava una pandemia globale ed invitava gli Stati a reagire alla situazione in corso, affermando che "*all countries must strike a fine balance between protecting health, preventing economic and social disruption, and respecting human rights. We urge all countries to take a comprehensive approach tailored to their circumstances, with containment as the central pillar*"<sup>6</sup>.

---

<sup>2</sup> Per un'efficace cronistoria della diffusione del *virus*, dalle primissime avvisaglie nella città di Whuan sino al 6 aprile 2021, si rinvia ad un report elaborato da *Il Sole 24 Ore*, dal titolo "*Cose che noi umani*", reperibile sul sito [www.lab24.ilssole24ore.com/storia-coronavirus](http://www.lab24.ilssole24ore.com/storia-coronavirus).

<sup>3</sup> Alla data del 30 gennaio i casi accertati erano 9.826 e i decessi 213. Dati statistici estremamente dettagliati, variamente aggregati ed aggiornati, possono essere reperiti sul sito dell'OMS. Con riferimento specifico all'Italia cfr. invece il *dashboard online* del Dipartimento della protezione civile.

<sup>4</sup> Secondo quanto riportato sul sito internet del Ministero della Salute, "i sintomi di Covid-19 variano sulla base della gravità della malattia, dall'assenza di sintomi (essere asintomatici) a presentare febbre, tosse, mal di gola, debolezza, affaticamento e dolore muscolare. I casi più gravi possono presentare polmonite, sindrome da distress respiratorio acuto e altre complicazioni, tutte potenzialmente mortali (...)". Con riferimento alle categorie di persone più a rischio, sempre sul sito del Ministero, si legge che "le persone anziane di età superiore ai 60 anni e quelle con patologie preesistenti, come ipertensione arteriosa, problemi cardiaci, diabete, malattie respiratorie croniche, cancro e i pazienti immunodepressi (per patologia congenita o acquisita, trapiantati o in trattamento con farmaci immunosoppressori) hanno maggiori probabilità di sviluppare forme gravi di malattia. Anche gli uomini di questi gruppi sembrano essere a un rischio leggermente maggiore rispetto alle donne".

<sup>5</sup> Cfr. il report dell'OMS del 30 gennaio 2020 (*Statement on the second meeting of the International Health Regulations Emergency Committee regarding the outbreak of novel coronavirus*), ove si legge che "*All countries should be prepared for containment, including active surveillance, early detection, isolation and case management, contact tracing and prevention of onward spread of 2019-nCoV infection*".

<sup>6</sup> Cfr. *WHO Director-General's opening remarks at the Mission briefing on COVID-*

A partire da questo momento, e di pari passo con la diffusione del *virus*, tutte le nazioni del mondo sono state chiamate a reagire alla pandemia in atto e ad elaborare in tempi strettissimi strategie volte al contenimento del contagio. Pur con una qualche sfasatura temporale, dettata dai diversi tempi di propagazione del contagio nelle varie aree del mondo, e con l'eccezione di alcuni Stati, ove è stata adottata come vedremo una strategia di 'convivenza' con il *virus*, la stragrande maggioranza degli ordinamenti all'arrivo della pandemia ha immediatamente puntato al contenimento dei contagi e ciò nell'attesa dello sviluppo di un vaccino che fosse in grado di impedire l'infezione o quantomeno di attenuarne le conseguenze. A questo fine, pur con i distinguo di cui si dirà, quasi ovunque nel mondo sono state adottate misure restrittive dai contenuti molto simili, ispirate all'obiettivo del 'distanziamento sociale'; misure che hanno implicato: chiusure dei confini nazionali; limitazioni alla libertà di circolazione dei cittadini sul territorio nazionale; divieti per l'intera popolazione di uscire dal domicilio in certe ore del giorno o – nelle fasi più drammatiche della pandemia – per l'intera giornata; limitazioni alle attività produttive e commerciali, salvo quelle considerate essenziali per la sopravvivenza; divieti di assembramenti e di riunione, persino all'interno della propria abitazione; interruzioni, variamente modulate nel tempo, delle attività scolastiche, nonché di quelle sociali, culturali e ricreative. Dunque, misure tali da comportare limitazioni assai gravose di diritti e libertà individuali a carico di tutti i membri della collettività.

Già da queste prime indicazioni si evincono i tratti, del tutto peculiari, di questa nuova emergenza globale: un'emergenza che si caratterizza innanzitutto per il suo contenuto, posto che ciò che la contraddistingue è la presenza di un rischio sanitario, ovvero di un rischio per la vita e la salute delle popolazioni, determinato dalla diffusione di una malattia infettiva, grave ed altamente contagiosa; in secondo luogo, per le particolari misure che devono essere adottate per contenerla, ossia misure tali da incidere sulla sfera personale degli individui, comprimendone in misura assai significativa diritti e libertà fondamentali.

Pur trattandosi di un'emergenza che ha investito con modalità straordinariamente simili tutti i Paesi del mondo e pur nella condivisione, salvo poche eccezioni, dell'obiettivo del contenimento del contagio, le strategie adottate dai vari Stati per garantire il successo delle

---

19, reperibile sul sito internet dell'OMS. È in questa comunicazione che viene per la prima volta utilizzato il termine *Coronavirus Disease 2019*, da cui poi l'acronimo Covid-19, per denominare la malattia provocata dal *virus* SARS-CoV-2.

proprie politiche di contrasto alla pandemia sono state molto diversificate, a seconda che si sia maggiormente posto l'accento sulla salvaguardia della vita e della salute dei soggetti esposti ai rischi pandemici, ovvero sulla tutela dei diritti e delle libertà individuali<sup>7</sup>.

Un'analisi comparatistica, pur condotta a volo d'uccello, consente di individuare, a tal proposito, tre diversi 'modelli' di gestione della crisi sanitaria.

### 1.1. Il 'modello cinese' della tolleranza zero

Un primo atteggiamento può essere definito di 'tolleranza zero' verso il *virus*: negli ordinamenti che hanno adottato questo modello – il riferimento è *in primis* alla Repubblica popolare cinese – l'obiettivo della riduzione, anzi potremmo dire, in questo caso, dell'azzeramento dei contagi è stato perseguito 'a tutti i costi', senza considerazione cioè dei sacrifici imposti ai diritti e alle libertà individuali<sup>8</sup>.

La misura paradigmatica, adottata ripetutamente in diverse città e regioni del Paese nelle fasi più critiche della pandemia, è stato il c.d. *total lockdown*, per effetto del quale ad ampie fette della popolazione (a volte intere città, abitate da decine di milioni di persone<sup>9</sup>) è stato imposto il divieto assoluto di allontanarsi dal domicilio in qualsiasi ora del giorno e della notte. Nel corso di questi *lockdown* qualsiasi attività è stata sospesa: le attività produttive, il commercio, i trasporti, le attività scolastiche e qualsiasi attività sportiva, ricreativa o culturale. Per provvedere alle esigenze della popolazione, alla quale era impedito di uscire per qualsiasi motivo, è stato predisposto un mastodontico servizio di distribuzione e di consegna al domicilio dei

---

<sup>7</sup> Si è osservato che la crisi sarebbe stata affrontata meglio in tutti i suoi aspetti se, anziché lasciarne completamente la gestione alla singola nazione, si fosse operato attraverso l'azione di organizzazioni e istituzioni internazionali, cfr. A. NETO, *El Derecho penal ante el coronavirus: entre el estado de emergencia y la gobernanza global*, *Almacen de derecho*, 15 aprile 2020.

<sup>8</sup> Sulla "zero-Covid strategy" attuata nella Repubblica cinese cfr. S. YUAN, *Zero COVID in China: what next?*, in *The Lancet*, 399, 2022, nonché CROTTI, *La lunga marcia verso la politica zero-Covid: il lockdown di Shanghai*, 31 agosto 2022, inchiesta pubblicata sul sito internet del 'Centro Studi per la promozione della cultura internazionale'.

<sup>9</sup> Si consideri ad esempio il *lockdown* che ha interessato l'intera città di Shanghai con i suoi 26 milioni di abitanti, durato dalla fine di marzo alla fine di maggio del 2022. Sul punto cfr. D. NORMILE, *China refuses to end harsh lockdowns*, in *Science*, 376, 2022, p. 333 ss.

beni di prima necessità. Quotidianamente o quasi la popolazione sottoposta al *lockdown* veniva sottoposta a *screening* presso il domicilio per l'accertamento del *virus*, con conseguente accompagnamento forzato dei soggetti risultati infetti in appositi centri di isolamento o, se necessario, in centri ospedalieri, fino all'avvenuta guarigione<sup>10</sup>.

Nei periodi nei quali il *lockdown* è stato sospeso o comunque allentato, sono stati utilizzati sistemi di sorveglianza di massa molto invasivi per il tracciamento dei contagi. In Cina (ma anche in altri ordinamenti nei quali tali sistemi di tracciamento sono stati massimamente sviluppati), il monitoraggio è stato centralizzato, essendosi le autorità governative assicurate la possibilità di disporre dei dati relativi agli spostamenti e ai contatti dei singoli cittadini: ciò attraverso il posizionamento di un elevatissimo numero di telecamere di sorveglianza per le strade, negli uffici pubblici o nei locali, il tracciamento dei dati delle carte di credito e l'utilizzazione di sofisticati sistemi di geolocalizzazione attivati sui dispositivi mobili. Ad ogni cittadino – obbligato a scaricare un'applicazione per il tracciamento dei propri spostamenti – è stato attribuito un '*health code*' (verde, giallo o rosso) elaborato da un algoritmo sulla base dell'età, dello stato di salute, degli spostamenti e degli eventuali contatti con persone positive: qualsiasi attività, come ad esempio la possibilità di salire su un mezzo di trasporto o di entrare in un supermercato, è stata quindi subordinata al possesso di un '*codice verde*'<sup>11</sup>.

È anche interessante notare come la strategia '*zero-Covid*', basata sull'isolamento, il distanziamento della popolazione ed il tracciamento dei contagi, sia stata attuata con rigore anche dopo la diffusione e la commercializzazione dei vaccini anti-Covid, perdurando dunque anche quando tutti gli altri Paesi avevano abbandonato o comunque molto mitigato la strategia del distanziamento sociale a favore di politiche vaccinali considerate meno dispendiose e più risolutive<sup>12</sup>.

---

<sup>10</sup> Cfr. D. NORMILE, *China refuses to end harsh lockdowns*, cit.

<sup>11</sup> Paradigmatico il caso della Corea del Sud su cui J. FENDOS, *Covid19 Contact Tracing: Why South Korea's Success is Hard to Replicate*, in *Georgetown Journal of International Affairs*, 12 ottobre 2020, ove il successo nel contenimento dei contagi si deve al capillare sistema di tracciamento dei contagi reso possibile dalla disponibilità in capo al Ministero della Salute di tutti i dati gps dei cellulari della popolazione e soprattutto dei movimenti delle carte di credito (sistema che si è dimostrato particolarmente efficace in questo Paese ove le transizioni economiche avvengono nel 96% dei casi senza contanti). In tema cfr. anche G. MOLINARI, *Covid-19: tra sorveglianza di massa e privacy*, in *Analytica for intelligence and security studies*, 2021.

<sup>12</sup> Secondo quanto riportato dalla stampa, a settembre del 2022 erano ancora

## 1.2. Il 'modello svedese' della libera convivenza con il virus

Agli antipodi del modello che abbiamo denominato della tolleranza zero, si collocano i modelli seguiti dagli Stati che hanno scelto la strategia della 'convivenza con il virus', che ha consentito di ridurre al minimo le limitazioni dei diritti e delle libertà individuali. È questo l'approccio che è stato seguito, ad esempio, in Svezia, ove non sono stati imposti divieti di circolazione alla popolazione, né sotto la forma di *lockdown*, né di coprifuochi; non è mai stato imposto l'obbligo di indossare dispositivi di protezione personale, né sono mai stati prescritti obblighi di distanziamento sociale; non sono mai state sospese le attività produttive, le attività commerciali, le attività scolastiche, i trasporti e in generale tutti i servizi pubblici e nemmeno le attività sociali, ricreative e culturali, salvo qualche minima restrizione in casi del tutto eccezionali e comunque per brevissimi lassi di tempo<sup>13</sup>.

La politica portata avanti dal governo svedese è stata quella di isolare, comunque in misura sempre molto relativa, le fasce più fragili della popolazione (prevedendo, ad esempio, il divieto di visita all'interno delle residenze sanitarie o nelle case di cura ove erano ricoverate le persone anziane), lasciando invece sostanzialmente 'libero' il resto della popolazione.

Le autorità infatti, anziché imporre prescrizioni vincolanti, hanno rivolto alla popolazione semplici raccomandazioni. Così, si è raccomandato (e non imposto o vietato): di evitare viaggi di piacere, di limitare la partecipazione ad eventi sociali e di astenersene qualora ultrasettantenni, di mantenere una certa distanza interpersonale, di lavarsi regolarmente le mani, di lavorare quando possibile da casa, di non uscire in presenza di sintomi riconducibili al Covid-19. Quanto all'uso dei dispositivi di protezione individuale (le 'mascherine'), queste sono state addirittura sconsigliate, in quanto considerate inefficaci ed anzi controproducenti; solo in un secondo momento si è ritenuto di doverne raccomandare l'utilizzo, negli ospedali e nelle case di cura, per il trattamento di casi di Covid-19 accertati o sospetti.

Anche il tracciamento dei contagi è stato pressoché nullo: muovendo dal presupposto della non contagiosità 'dei positivi asintomati-

---

decine di milioni le persone chiuse in casa a causa di *lockdown* parziali o totali, in almeno 30 regioni diverse. Cfr. V. ARCOVIO, *Cina: milioni di persone in lockdown senza cibo e medicine*, in *Sanità informazione*, 13 settembre 2022.

<sup>13</sup> Cfr. BRUSSALEARS *et al.*, *Evaluation of science advice during the COVID-19 pandemic in Sweden*, in *Humanities and Social Science Communications*, 9, 2022, p. 91 ss.; G. VOGEL, *Sweden's gamble*, in *Science*, 370, 2020, p. 159 ss.

ci', non è stato imposto alcun obbligo di comunicare alle autorità sanitarie il proprio stato di positività, né sono state imposte delle misure di contenimento per i contatti stretti dei soggetti accertati come positivi<sup>14</sup>.

Per interferire il meno possibile sulla quotidianità di chi, presumibilmente, non correva gravi rischi per effetto del contatto con il *virus*, gli obblighi e i divieti sono stati limitati al minimo, sia nella tipologia sia nella durata: oltre ai divieti di visita nelle case di cura per gli anziani, di cui si è già detto, gli unici altri divieti che sono stati introdotti in Svezia con la legislazione pandemica hanno riguardato gli assembramenti superiori ad una certa dimensione (che era inizialmente di 300 persone e poi, quando il numero dei decessi ha cominciato a salire in misura preoccupante, è passato a 50 e a 8 per i locali al chiuso). Sono stati inoltre ridotti gli orari di apertura dei locali notturni e degli spacci di bevande alcoliche, e poco altro.

Le ragioni che hanno indotto il governo svedese ad adottare questa strategia, in controtendenza rispetto a tutti gli altri Stati europei, non sono mai state esplicitate. Presumibilmente sono da ricondursi al concorrere di più fattori. Un primo fattore è rappresentato dai presupposti scientifici su cui si è fondato il decisore politico svedese: l'Agenzia per la salute svedese (ossia l'organo chiamato a formulare pareri sulla politica di prevenzione dei contagi) sembrerebbe aver fatto riferimento ad acquisizioni scientifiche divergenti da quelle su cui è maturato il consenso della comunità internazionale (si pensi alle tesi sostenute dal governo svedese circa la mancanza di efficacia delle mascherine, o sulla non trasmissibilità del *virus* da parte dei soggetti asintomatici e pre-sintomatici, sull'impossibilità delle reinfezioni o ancora sul ruolo ininfluenza dei bambini come vettori di trasmissione del *virus*)<sup>15</sup>.

---

<sup>14</sup> M. PATERLINI, *Covid-19: l'esperienza della Svezia*, pubblicato sul sito dell'Ordine dei Medici Chirurghi e degli Odontoiatri della provincia di Brescia.

<sup>15</sup> Cfr. in questo senso BRUSSALEARS *et al.*, *Evaluation of science advice*, cit., secondo cui nella gestione della pandemia il governo si sarebbe affidato totalmente alle decisioni dell'Agenzia di sanità pubblica, che avrebbe agito in modo completamente autoreferenziale, basando le proprie affermazioni (su cui poi si sono fondate le decisioni governative) su acquisizioni scientifiche spesso in contrasto con quelle progressivamente acquisite dalla comunità internazionale, senza accettare mai il confronto con opinioni scientifiche divergenti. Così, sarebbe frutto di un'aprioristica chiusura verso le risultanze oramai acquisite dalla comunità scientifica internazionale, la posizione negativa assunta dall'Agenzia di sanità pubblica circa: la trasmissibilità del *virus* da parte dei soggetti asintomatici e pre-sintomatici; l'importanza dei test e della rintracciabilità; l'efficacia delle maschere faccia-

In secondo luogo, nella strategia adottata dal governo svedese sembrerebbe aver giocato un ruolo importante un fattore di tipo culturale: il forte senso di appartenenza alla comunità e la generalizzata fiducia nell'operato delle istituzioni si traduce in una spiccata attitudine dei cittadini a seguire le raccomandazioni delle autorità competenti<sup>16</sup>.

In terzo luogo, secondo un'opinione ancora diversa, la mancata adozione di misure di contenimento obbligatorie potrebbe spiegarsi anche con la difficoltà di legittimare da un punto di vista costituzionale la limitazione di diritti e libertà fondamentali dell'individuo in funzione della tutela della salute collettiva ed in particolare delle persone più fragili ed esposte al contagio<sup>17</sup>: legittimazione che è invece possibile, come vedremo, laddove i doveri di solidarietà sociale su cui si fonda una collettività organizzata vengano elevati ad obblighi giuridicamente rilevanti.

Deve infine aggiungersi che, a partire dalla seconda fase della pandemia, ossia a partire dal momento in cui le autorità governative hanno potuto contare sulla accessibilità di un vaccino in grado di immunizzare, per lo meno parzialmente, la popolazione, l'anomalia svedese si è alquanto ridimensionata, nel senso che, come in molti altri ordinamenti, anche in Svezia la politica di contrasto alla pandemia si è concentrata sull'obiettivo della più ampia copertura vaccinale possibile.

### ***1.3. Il modello del compromesso tra contenimento dei contagi e tutela delle libertà individuali***

La stragrande maggioranza degli Stati ha seguito una strategia mediana che si colloca, pur con infinite variazioni, tra il modello della tolleranza zero e quello della libera convivenza con il *virus*, nel tentativo, più o meno riuscito, di contenere i contagi con il minor sacrificio possibile dei diritti e delle libertà individuali.

---

li; la possibilità della reinfezione; il ruolo delle scuole e dei bambini nella diffusione delle infezioni.

<sup>16</sup> In tema cfr. J. PIERRE, *Nudges against pandemics: Sweden's COVID-19 containment strategy in perspective*, in *Policy and Society*, 39(3), (2020), p. 478 ss.

<sup>17</sup> O.L. LARSSON, *The Swedish Covid-19 strategy and voluntary compliance: Failed securitisation or constitutional security management?*, in *European Journal of International Security*, 7, 2022, p. 226 ss. Nel senso che "the executive does not have the option to generally suspend fundamental rights", cfr. anche T. MATSSON et al, *Sweden: Legal Response to Covid-19*, in *Oxford Constitutional Law*, 2021.

In linea generale, possiamo osservare che gli ordinamenti che si collocano in questo gruppo 'di mezzo' hanno articolato una strategia in due tempi: in una prima fase, che ha coinciso con l'arrivo del *virus* e la sua tumultuosa diffusione, l'obiettivo è stato quello di contenere il contagio attraverso il distanziamento sociale e la sospensione delle attività produttive, commerciali e sociali; in una seconda fase, caratterizzata dal calo dei contagi e dalla minor pericolosità del *virus* per effetto della progressiva copertura vaccinale della popolazione, l'obiettivo è stato quello di garantire la ripresa delle attività economiche e sociali convivendo 'in sicurezza' con il *virus*.

Tra le misure più severe che sono state adottate nella prima fase della pandemia occorre senz'altro menzionare il *lockdown*, espressione utilizzata per indicare il divieto di uscire dall'abitazione giorno e notte, imposto all'intera popolazione per più settimane consecutive quando non addirittura per mesi<sup>18</sup>. In alcuni ordinamenti, tuttavia, il *lockdown* è stato limitato al solo orario notturno (c.d. coprifuoco)<sup>19</sup>.

A differenza del *total lockdown* tipico del modello cinese, l'isolamento domiciliare imposto nei Paesi che si possono collocare in questo diverso modello è stato generalmente connotato da un carattere relativo, nel senso che alla popolazione è sempre stato consentito allontanarsi dall'abitazione, almeno una volta al giorno, per ragioni di lavoro, di salute o non meglio definite ragioni di necessità<sup>20</sup>: una possibilità che, in molti ordinamenti, è stata subordinata al possesso di una 'autocertificazione' in cui si dichiarassero le ragioni dello spostamento<sup>21</sup>.

I divieti di uscire dal domicilio hanno assunto carattere assoluto solo nei confronti di specifiche categorie di soggetti: oltre ovviamente ai soggetti positivi, ne sono stati spesso destinatari i soggetti che avessero avuto 'contatti stretti' con soggetti positivi o viaggiatori pro-

---

<sup>18</sup> Cfr. A. SANDFORD, *Coronavirus: Half of humanity now on lockdown as 90 countries call for confinement*, in *Euronews*, secondo cui ad aprile del 2020 "more than 3.9 billion people, or half of the world's population, have now been asked or ordered to stay at home by their governments to prevent the spread of the deadly COVID-19 virus".

<sup>19</sup> Così ad esempio in Germania.

<sup>20</sup> Così in Italia, Francia, Romania, Regno Unito e Spagna. Le informazioni circa le diverse misure di contenimento adottate negli ordinamenti europei sono tratte dai bollettini periodici (*Coronavirus pandemic in the EU – Fundamental Rights Implications – Bulletin*), pubblicati sul sito della *European Union Agency for Fundamental Rights*.

<sup>21</sup> Così, ad esempio, in Italia, Francia, Romania.

venienti da Paesi a rischio. Raramente tali misure hanno avuto carattere coercitivo: di regola infatti gli ordinamenti si sono limitati a prevedere sanzioni (amministrative o penali) per il caso dell'inadempimento. In alcuni casi, tuttavia, la normativa emergenziale ha attribuito alle forze di polizia il potere di eseguire coattivamente le misure restrittive: così ad esempio nell'ordinamento del Regno Unito, ove ai *police officers* è stato attribuito il potere di fare perquisizioni nel domicilio o di fermare e riportare coattivamente nell'abitazione i soggetti che avessero violato obblighi di isolamento domiciliare<sup>22</sup>.

Oltre a queste misure di isolamento domiciliare, e ad altre forme di limitazione del diritto di circolazione sul territorio nazionale, gli ordinamenti appartenenti a questo gruppo hanno in genere sperimentato altre misure di contenimento che si sono tradotte, tra l'altro, nell'obbligo di indossare la mascherina (in alcuni casi solo al chiuso, in altri anche all'aperto), in obblighi di distanziamento sociale, nel divieto di riunirsi anche laddove tale riunione fosse preordinata all'esercizio di diritti politici (come nel caso delle assemblee sindacali) o religiosi (come nel caso della celebrazione comunitaria dei riti) e nel generale divieto di assembramento.

A tali misure si sono poi aggiunte, per lunghissimi mesi, anche la sospensione (variamente modulata) delle attività produttive non essenziali, delle attività commerciali, dei servizi pubblici come ad esempio i trasporti, nonché la chiusura delle scuole e dei luoghi nei quali si svolgono attività culturali, sportive o ricreative.

Nei Paesi riconducibili a questo modello il sistema di tracciamento dei contagi non ha giocato un ruolo rilevante nella prevenzione e nel controllo sulla diffusione del *virus*: nella stragrande maggioranza dei casi, infatti, il tracciamento si è fondato sulla adesione volontaria dei cittadini, tramite apposite applicazioni da installare sui dispositivi mobili.

Con l'avvento del vaccino, la strategia di contenimento del contagio è sostanzialmente mutata, nel senso che l'obiettivo primario dei governi è stato quello di garantire un'ampia copertura vaccinale e di consentire di pari passo una graduale ripresa della vita sociale ed economica. Se questo è stato un tratto unificante tra le varie espe-

---

<sup>22</sup> Secondo quanto stabilito dal §16.21 del Coronavirus Act "Where a person is required to remain at a place under paragraph 14(3)(d) or (e) the requirement may be enforced – (a) by a constable or public health officer removing the person to the place; (b) by a constable or public health officer keeping the person at the place; (c) if the person absconds, by a constable taking the person into custody and returning them to that place or another place a public health officer may specify".

rienze, occorre però evidenziare che le modalità con le quali le autorità governative hanno promosso la copertura vaccinale della popolazione sono state molto diverse: in alcuni Stati il vaccino è stato solo raccomandato<sup>23</sup>, mentre in altri sono stati introdotti obblighi vaccinali selettivi, cioè diretti a specifiche categorie della popolazione, individuate sulla base dell'età o dell'attività lavorativa<sup>24</sup>. Solo in un ordinamento – l'Austria – è stato introdotto, per un lasso di tempo molto breve, un obbligo di vaccinazione generale, ossia diretto all'intera popolazione<sup>25</sup>.

La copertura vaccinale di una parte (poi sempre più ampia) della popolazione ha consentito di differenziare il trattamento dei soggetti vaccinati, garantendo a costoro spazi sempre maggiori di libertà, in quanto soggetti meno esposti al contagio e meno capaci di contagiare rispetto a coloro che (per scelta o perché impossibilitati per ragioni di salute) non si sono sottoposti al vaccino. Pur con grande varietà di forme, nella quasi totalità degli ordinamenti la possibilità di accedere a determinati luoghi o a determinate attività è stato subordinato al possesso di una apposita certificazione (denominata 'certificazione verde' o 'pass sanitario'), attestante la negatività al test per l'accertamento del *virus*, o l'effettuazione del vaccino, ovvero la guarigione dalla malattia. Tale certificazione è stata introdotta anche a livello europeo (la c.d. certificazione digitale Covid), con lo scopo di facilitare la libera circolazione all'interno dell'UE<sup>26</sup>.

In alcuni ordinamenti, come ad esempio in Germania o in Austria, sono state infine introdotte forme (molto discusse) di *lockdown* dei non vaccinati, ossia obblighi di isolamento domiciliare imposti solamente alla popolazione non vaccinata.

---

<sup>23</sup> Così, ad esempio, nel Regno Unito.

<sup>24</sup> Obblighi di vaccinazione selettivi sono stati introdotti, tra l'altro, in Francia, in Germania, in Grecia, oltre che in Italia.

<sup>25</sup> Un obbligo generale di vaccinazione (per i soli maggiorenni) in Austria: la legittimità di tale scelta è stata confermata dalla Corte costituzionale austriaca nella sentenza VfGH G 37/2022, 23 giugno 2022 (su cui *infra*, cap. 6, par. 2.4.1.1).

<sup>26</sup> Sul tema cfr. B. ROSSILLI, *L'obbligo vaccinale per gli operatori sanitari al vaglio della Corte di Giustizia dell'Unione europea: qualche breve valutazione sulla legittimità, sulla proporzionalità della misura e sui suoi effetti non discriminatori*, in *Giustiziaisieme.it*, 9 giugno 2022.

## 2. Le diverse strategie di ricorso al diritto penale per rinforzare le politiche di contenimento del contagio

L'impiego di sanzioni punitive anche penali per assicurare l'osservanza delle misure di contenimento del contagio ha accomunato, pur con grande diversità di accenti, la quasi totalità degli ordinamenti.

Una parziale eccezione è stata segnata da alcuni Paesi, come la Svezia ove, come si è visto, le misure di contenimento hanno assunto tipicamente la forma delle raccomandazioni: tuttavia, anche lì, nei pochi casi in cui le misure di contenimento hanno avuto carattere obbligatorio, si è impiegata la pena per sanzionarne l'inosservanza<sup>27</sup>.

Anche sotto il profilo punitivo, all'estremo opposto rispetto alla Svezia si collocano, come si può immaginare, i sistemi che abbiamo definito 'a tolleranza zero', ove l'approccio è stato molto aggressivo: si pensi paradigmaticamente alla Cina, dove – secondo notizie riportate dalla stampa – il nascondere o il riportare erroneamente la propria sintomatologia legata all'infezione da Covid-19 costituisce un reato che può essere punito anche con la pena di morte<sup>28</sup> e dove è stata utilizzata anche la pubblica gogna per persuadere i pochi riottosi ad osservare le rigide misure imposte dalla 'zero-Covid strategy'<sup>29</sup>.

Nei modelli che abbiamo definito 'mediani' gli approcci sono stati molto diversi, non solo tra un ordinamento e l'altro, ma anche all'interno dello stesso ordinamento ove, spesso, l'enfasi sul ruolo del diritto penale è andata calando con il passare del tempo. Negli Stati Uniti la reazione, inizialmente, è stata piuttosto scomposta, se si pensa che il Dipartimento federale di giustizia aveva diramato una nota nella quale si esortavano i *federal prosecutors* a qualificare come atto di terrorismo con uso di arma batteriologica le condotte di diffusione

---

<sup>27</sup> Cfr. in particolare *Sweden: Legal Response to Covid-19*, cit., § 86, ove si riferisce che per la violazione del divieto di visita nei luoghi di ricovero per anziani e per la violazione del divieto di riunioni o eventi oltre ad un certo numero di partecipanti è stata prevista la pena pecuniaria o la pena detentiva fino a sei mesi.

<sup>28</sup> Cfr. ad esempio la notizia riportata sul quotidiano *La Repubblica* del 24 febbraio 2020: "Coronavirus, Cina: c'è la pena di morte per chi nasconde i sintomi".

<sup>29</sup> Immagini della 'gogna pubblica' per i trasgressori del *lockdown* sono circolate su internet. Un video che ritrae questa pratica è pubblicato sul sito de Il sole 24 ore, in: <https://stream24.ilsole24ore.com/video/mondo/cina-gogna-pubblica-4-trasgressori-norme-anti-Covid/AEvTVW5>.

del *virus*, quali ad esempio l'aver tossito o sputato in pubblico, dichiarandosi positivi al *virus*<sup>30</sup>.

In molti ordinamenti la prima reazione è stata quella di affidarsi alla pena in modo generalizzato per garantire l'osservanza di tutte indistintamente le misure di contenimento: questa, ad esempio, come si vedrà, è stata la strada inizialmente intrapresa dall'Italia, ma nella stessa direzione si sono mossi anche Paesi come il Cile o il Portogallo, salvo poi, *re melius perpensa*, fare un passo indietro (o con riforme legislative o attraverso interpretazioni restrittive da parte della giurisprudenza) e lasciare più ampio spazio al diritto sanzionatorio amministrativo.

In altri ordinamenti la pena detentiva è stata prevista 'in seconda battuta': è il caso ad esempio del Regno Unito, dove la violazione delle misure di contenimento è stata configurata come un illecito amministrativo, con la possibilità tuttavia di avviare un procedimento penale nel caso di mancato pagamento della sanzione nel termine prescritto (c.d. *fixed penalty notice*)<sup>31</sup>. In Francia, il passaggio dal diritto sanzionatorio amministrativo a quello penale era previsto come conseguenza della reiterazione delle condotte: nel caso infatti in cui una misura di contenimento fosse stata violata per tre volte nell'arco di trenta giorni alla sanzione pecuniaria di tipo amministrativo si sostituiva una pena pecuniaria congiunta con la pena detentiva<sup>32</sup>.

Se la pena è stata utilizzata, in misura più o meno ampia, da tutti gli ordinamenti come strumento di rinforzo per assicurare l'osservanza delle misure di contenimento da parte della collettività, ciò che parimenti ha caratterizzato la stragrande maggioranza degli ordina-

---

<sup>30</sup> In questo senso il memorandum del 24 marzo 2020 del *Deputy Attorney General* (D.C. 20S30), avente ad oggetto le "*criminal activity related to the ongoing COVID-19 pandemic*". Anche a livello dei singoli Stati la reazione è stata inizialmente molto aggressiva. Così, ad esempio, in New Jersey è stata avanzata la proposta di introdurre un nuovo reato all'interno della legislazione anti-terrorismo (N.J. S2361), punibile con la reclusione '*up to 10 years*' e la multa '*up to 150.000\$*' per chi, essendo positivo al Covid, minacciasse di infettare un'altra persona tossendo o sputando addosso alla vittima.

<sup>31</sup> Cfr. *The Health Protection (Coronavirus, Restrictions) Regulations 2020*. Sul sistema delle *fixed penalty notice* nel contesto dell'emergenza pandemica cfr. J. BROWN, *Coronavirus Enforcement Restrictions*, House of Commons Library, 2021.

<sup>32</sup> Cfr. art. 3136-1 *Code santé publique*, che prevedeva per l'ipotesi della reiterazione delle misure di contenimento la reclusione di sei mesi e l'ammenda di 3.750 euro. La disposizione è stata ritenuta legittima sotto il profilo della proporzionalità della pena dal *Conseil Constitutionnel* (cfr. sent. 846,847,848 del 2020).

menti è stata la mitezza nell'applicazione e nell'esecuzione delle pene minacciate. La sensazione che se ne ricava (come avremo modo di rilevare più avanti) è che il diritto penale – nel nostro come in molti altri ordinamenti – sia stata utilizzato principalmente nella sua dimensione 'precettiva', ossia per orientare la popolazione al rispetto di norme di condotta da considerare essenziali per la tutela della salute collettiva, e che molto meno peso invece sia stato attribuito al profilo dell'*enforcement*. E questo anche in quegli ordinamenti, come ad esempio nel Regno Unito, che avevano almeno apparentemente puntato sull'effettività dell'esecuzione, attribuendo alle forze di polizia – come abbiamo già evidenziato – il potere di assicurare coattivamente l'osservanza delle misure restrittive. Secondo quanto emerge da fonti ufficiali, infatti, proprio nel Regno Unito le elevate sanzioni pecuniarie comminate dal legislatore per l'inosservanza delle misure nella maggior parte dei casi non sono state riscosse, né sono mai stati avviati procedimenti penali come conseguenza del mancato pagamento, benché la legge prevedesse questa possibilità<sup>33</sup>.

Vi è poi un altro elemento, su di un piano diverso, che accomuna le politiche di contenimento del contagio di molti ordinamenti, ossia il rischio – che si è avvertito quasi ovunque – di un cedimento della legalità nell'impiego del diritto penale. Senza entrare nel merito della questione che, per quanto riguarda il nostro ordinamento, sarà oggetto di approfondita trattazione più avanti<sup>34</sup>, si possono qui riportare le conclusioni di un'inchiesta svolta dalla Commissione giustizia del Parlamento inglese subito dopo la cessazione dell'emergenza sanitaria avente specificamente ad oggetto il ruolo del diritto penale nella gestione della crisi pandemica<sup>35</sup>. Dopo aver evidenziato come, sotto molti e diversi profili, la gestione governativa dell'emergenza si sia caratterizzata per significative violazioni dei "*principles of the rule of law*" nell'utilizzo del diritto penale pandemico, la Commissione, ritenendo di dover 'fare tesoro' dell'esperienza trascorsa, ha richiamato il Parlamento alla necessità di avviare da subito una riflessione finalizzata alla predisposizione di un sistema di illeciti amministrativi e penali applicabili nell'eventualità di una nuova emergenza sanitaria, così da garantire che la tutela della salute collettiva venga perseguita nel rispetto dei principi di garanzia e con l'utilizzo quanto più

---

<sup>33</sup> Cfr. *Covid-19 and the Criminal Law*, House of Commons, Justice Committee. Fourth Report of Session 2021-22, settembre 2021.

<sup>34</sup> Cfr. *infra*, cap. 4.

<sup>35</sup> Cfr. *Covid-19 and the Criminal Law*, cit.

possibile contenuto del diritto penale. Per usare le parole della Commissione: “(...) *in future it needs to have the requisite tools in advance to respond in a swift and proportionate manner that does not risk criminalising behaviour in ways incompatible with widely understood principles of the rule of law, and avoids any lasting damage to our criminal justice system*”<sup>36</sup>.

---

<sup>36</sup> Cfr. nello stesso senso, con riferimento questa volta al sistema spagnolo, le riflessioni di A. NETO, *El Derecho penal*, cit., secondo cui: “... ciò che è davvero importante sottolineare come lezione per il futuro è che il modello della disobbedienza all'autorità come principale strumento di coercizione non è l'unico possibile, né il più auspicabile. Molto più adeguato al bene giuridico da tutelare, che non è evidentemente il principio di autorità, sarebbe avere illeciti penali e amministrativi in grado di proteggere la salute pubblica in tempi di pandemia” (trad. nostra).



## CAPITOLO 2

### L'ESPERIENZA ITALIANA

SOMMARIO: 1. Il modello italiano di gestione dell'emergenza sanitaria. – 2. Le diverse fasi dell'emergenza. La prima fase: l'Italia in *lockdown*. – 2.1. La seconda fase: l'Italia 'a colori'. – 2.2. La terza fase: l'avvio della campagna vaccinale e la politica del *green pass*. – 2.3. La quarta fase: la fine dell'emergenza e il ritorno alla normalità. – 3. Il sistema degli illeciti punitivi: gli illeciti amministrativi. – 3.1. La contravvenzione per la violazione della quarantena da parte del positivo. – 3.2. L'epidemia colposa e gli altri delitti di evento.

#### 1. *Il modello italiano di gestione dell'emergenza sanitaria*

Venendo ora all'Italia, sul nostro territorio i primi due casi di Covid-19 sono stati accertati il 30 gennaio 2020, proprio lo stesso giorno in cui l'Organizzazione mondiale della sanità dichiarava lo stato di emergenza internazionale. Pochi giorni dopo sono stati riscontrati sedici nuovi casi, con l'individuazione di due focolai epidemici, il primo in Lombardia, nella zona di Codogno, ed il secondo in Veneto, nella zona di Vo' Euganeo. Da quel momento il *virus* ha cominciato a propagarsi a grandissima velocità ed in modo del tutto incontrollato sull'intero territorio nazionale<sup>1</sup>.

Il succedersi precipitoso degli eventi e le dichiarazioni di allerta dell'OMS hanno reso immediatamente evidente la necessità per il nostro Paese di rispondere in modo tempestivo ed adeguato alla pandemia in corso; è così che già il 31 gennaio, quindi il giorno successivo alla dichiarazione di emergenza sanitaria internazionale, il Consiglio dei ministri ha proceduto alla "Dichiarazione dello stato di emer-

---

<sup>1</sup> Per dare un'idea della rapidità del contagio si consideri che, nel giro di un mese, quindi al 21 marzo 2020, i casi accertati in Italia erano 59.138 ed i decessi 5.476. La fonte dei dati è il *dashboard online* del Dipartimento della protezione civile.

genza in conseguenza del rischio sanitario connesso all'insorgenza di patologie derivanti da agenti virali trasmissibili"<sup>2</sup>.

A tale deliberazione si è giunti in considerazione dell'"insorgenza di rischi per la pubblica e privata incolumità connessi ad agenti virali trasmissibili, che stanno interessando anche l'Italia" e ciò anche alla luce della già menzionata dichiarazione di emergenza internazionale dell'OMS, nonché delle raccomandazioni che la stessa organizzazione ha rivolto alla comunità internazionale circa la necessità dell'"assunzione immediata di iniziative di carattere straordinario ed urgente". Lo stato di emergenza, deliberato inizialmente per 6 mesi, è stato poi più volte prorogato sino al 30 marzo 2022<sup>3</sup>.

Vale la pena forse a questo punto ricordare che la disciplina dello 'stato di emergenza di rilievo nazionale', che la nostra Costituzione non contempla espressamente<sup>4</sup>, si rinviene nel d.lgs. 2 gennaio 2018,

---

<sup>2</sup> Cfr. Delibera del Consiglio dei ministri 31 gennaio 2020, *Dichiarazione dello stato di emergenza in conseguenza del rischio sanitario connesso all'insorgenza di patologie derivanti da agenti virali trasmissibili*, in *GU Serie Generale n. 26 del 1 febbraio 2020*.

<sup>3</sup> Lo stato di emergenza è stato prorogato una prima volta fino al 15 ottobre 2020, con delibera del Consiglio dei ministri del 29 luglio 2020; successivamente fino al 31 gennaio 2020 con delibera del 7 ottobre 2020; poi fino al 30 aprile 2021 con delibera del 13 gennaio 2021; ancora fino al 31 luglio 2021 con delibera del 21 aprile 2021. Scaduto il termine massimo di durata dello stato di emergenza stabilito dall'art. 24 d.lgs. 1/2018 (ossia 24 mesi), le proroghe successive sono state deliberate con decreto-legge: il d.l. 23 luglio 2021, n. 105, conv. l. 16 settembre 2021, n. 126 ha disposto la proroga sino al 31 dicembre 2021 ed infine il d.l. 24 dicembre 2021, n. 24, conv. l. 19 maggio 2022, n. 52 ha disposto l'ultima proroga fino al 30 marzo 2022.

<sup>4</sup> Come è stato immediatamente evidenziato dalla dottrina costituzionalista (cfr. per tutti M. LUCIANI, *Il sistema delle fonti del diritto alla prova dell'emergenza*, in *Riv. AIC*, 2, 2020, p. 109 ss.) il fatto che la Costituzione non disciplini espressamente lo stato di emergenza non implica che essa non lo contempli. Secondo quanto si evince dai lavori preparatori, la mancata regolamentazione dello stato di emergenza fu una scelta consapevole dell'Assemblea costituente, che preferì piuttosto regolare i poteri esercitabili dal Governo in situazioni di necessità ed urgenza (art. 77 Cost.) ed in seguito alla deliberazione dello stato di guerra (art. 78 Cost.). Le due disposizioni richiamate non sono peraltro le uniche nelle quali la Costituzione si è preoccupata di disciplinare lo stato di emergenza: il riferimento è in questo senso agli artt. 16 e 17 Cost. che consentono la limitazione di libertà fondamentali per motivi di sicurezza, sanità o incolumità pubblica; o ancora all'art. 120, che consente al Governo di sostituirsi alle regioni e agli altri enti locali in caso di pericolo grave per l'incolumità e la sicurezza pubblica (sul punto F. PALLANTE, *Pandemia, sicurezza, democrazia*, in *Quest. Giust.*, 12, 2021). Per un'interessante panoramica sulla regolamentazione dello stato di emergenza in altri ordinamenti cfr. F.S. MARINI, G. SCACCIA, *L'emergenza sanitaria Covid 19 e il*

n. 1, ossia nella normativa che istituisce il Servizio della protezione civile. Tale decreto individua i presupposti in presenza dei quali lo stato di emergenza può essere deliberato<sup>5</sup>, ne disciplina la durata<sup>6</sup>, l'estensione territoriale e attribuisce al Presidente del Consiglio dei ministri il potere di adottare ordinanze "in deroga ad ogni disposizione vigente", quando ciò sia necessario per la gestione dell'emergenza<sup>7</sup>.

È dunque questo il quadro normativo all'interno del quale nelle primissime fasi dell'emergenza il nostro Governo si è mosso, deliberando lo stato di emergenza di rilievo nazionale e tentando di gestire l'inarrestabile avanzata della pandemia con gli strumenti previsti dal Codice della protezione civile.

Occorre però segnalare che se, nei primissimi giorni, le misure emergenziali sono state adottate sulla base delle ordinanze 'in deroga' di cui si è detto, nel giro di poco tempo, quando cioè la situazione ha cominciato a precipitare e ci si è resi conto che il contenimento del contagio avrebbe implicato misure significativamente incidenti sui

---

*suo impatto ordinamentale*, in *Emergenza Covid e ordinamento costituzionale*, 2020, p. XV.

<sup>5</sup> Secondo quanto previsto dall'art. 24 del d.lgs. 1/2018, lo stato di emergenza può essere deliberato al verificarsi di eventi che presentano i requisiti di cui all'art. 7, co. 1 lett. c) dello stesso decreto, ossia "eventi calamitosi di origine naturale o derivanti dall'attività dell'uomo che in ragione della loro intensità o estensione debbono, con immediatezza d'intervento, essere fronteggiate con mezzi e poteri straordinari da impiegare durante limitati e predefiniti periodi di tempo".

<sup>6</sup> Ai sensi dell'art. 24 co. 3 del d.lgs. 1/2018 "lo stato di emergenza di rilievo nazionale non può superare i 12 mesi ed è prorogabile per non più di ulteriori 12 mesi". Nel caso dell'emergenza pandemica, lo stato di emergenza ha superato i 24 mesi, ragione per cui, scaduti i 24 mesi, le proroghe successive non sono avvenute con delibera del Consiglio dei ministri, ma con decreto legge.

<sup>7</sup> Tale potere può essere delegato al Capo del Dipartimento della protezione civile. Per quanto riguarda in particolare la disciplina delle ordinanze in deroga occorre fare riferimento all'art. 25 co. 1 d.lgs. 1/2018, in base al quale "per il coordinamento dell'attuazione degli interventi da effettuare durante lo stato di emergenza di rilievo nazionale si provvede mediante ordinanze di protezione civile, da adottarsi in deroga ad ogni disposizione vigente, nei limiti e con le modalità indicati nella deliberazione dello stato di emergenza e nel rispetto dei principi generali dell'ordinamento giuridico e delle norme dell'Unione europea". Analogo potere di operare in deroga alla legislazione vigente è previsto anche a livello regionale secondo quanto stabilito dall'art. 25 co. 11 a norma del quale "Le Regioni e le Province autonome di Trento e di Bolzano, nell'esercizio della propria potestà legislativa, definiscono provvedimenti con finalità analoghe a quanto previsto dal presente articolo in relazione alle emergenze di cui all'articolo 7, comma 1, lettera b), da adottarsi in deroga alle disposizioni legislative regionali vigenti".

diritti e sulle libertà costituzionali dei cittadini, il Governo ha avvertito la necessità di fondare la normativa dell'emergenza su una fonte primaria. Da qui la scelta di utilizzare come fonte per le misure di contenimento il decreto-legge, ossia lo strumento che la Costituzione mette a disposizione del Governo per fronteggiare casi straordinari di necessità ed urgenza<sup>8</sup>. Si è trattato, come è stato osservato, di una scelta fondata su profonde ragioni di ordine costituzionale, poiché “la responsabilità di misure così gravi e inedite non poteva che essere innanzitutto politica e come tale doveva essere il Governo nella sua collegialità ad assumerla sulle proprie spalle così come prescrive l'art. 77 Cost.”<sup>9</sup>.

Nel sistema delineato dal legislatore dell'emergenza, il decreto legge ha costituito la fonte di rango primario con la quale si è fornita base legale alle misure applicabili dal Governo per la gestione dell'emergenza pandemica ed il decreto del Presidente del Consiglio dei ministri (d.P.c.m.) ha invece rappresentato la fonte di rango secondario, a cui è stato attribuito il ruolo di dare attuazione alle misure legali, adattandole alle mutevoli e contingenti esigenze legate alla diffusione del contagio. La scelta di superare il modello delineato nel codice della protezione civile per fondare sul sistema ‘decreto legge-d.P.c.m.’ la legislazione emergenziale è stata ritenuta legittima dalla Corte costituzionale, la quale ha osservato che “il modello tradizionale di gestione delle emergenze affidato alle ordinanze contingibili e urgenti, culminato nell’emanazione del codice della protezione civile, se da un lato appare conforme al disegno costituzionale, dall’altro non ne costituisce l’unica attuazione possibile, essendo ipotizzabile che il legislatore statale, se posto a confronto con un’emergenza sanitaria dai tratti del tutto peculiari, scelga di introdurre nuove risposte normative e provvedimenti tarate su quest’ultima, come appunto accaduto a seguito della diffusione del Covid-19”<sup>10</sup>.

---

<sup>8</sup>Sul fatto che, nel delineare lo stato di necessità ed urgenza di cui all'art. 77 Cost., l'Assemblea costituente nei lavori preparatori ha espressamente fatto riferimento ad ipotesi di calamità naturali di rilievo nazionale, alle quali può facilmente assimilarsi la diffusione di una grave pandemia come quella da Covid-19 cfr. F. PALLANTE, *Pandemia*, cit.

<sup>9</sup>A. SAITTA, *Il codice della protezione civile e l'emergenza pandemica anche alla luce di C. Cost. n. 198/2021*, in *Giur. cost.*, 3, 2021, p. 847.

<sup>10</sup>Cfr. Corte cost., sent. 23 settembre 2021, n. 198. Occorre peraltro precisare che se le misure più incisive sono state adottate attraverso i decreti-legge, il modello delle ordinanze ‘in deroga’ delineato dal d.lgs. 1/2018 non è comunque stato

Definito dunque il quadro delle fonti entro le quali il legislatore si è mosso nella gestione della crisi sanitaria, nei paragrafi che seguono ci si propone di tracciare una panoramica delle principali 'misure di contenimento' introdotte nelle varie fasi dell'emergenza (par. 2) e di delineare il sistema sanzionatorio che è stato approntato per rispondere alle ipotesi di inosservanza delle misure imposte (par. 3).

## 2. Le diverse fasi dell'emergenza sanitaria. La prima fase: l'Italia in lockdown

La strategia governativa di risposta alla crisi sanitaria si è articolata in fasi, corrispondenti ai diversi stadi dell'evoluzione pandemica. In modo schematico, possiamo individuare quattro fasi dell'emergenza sanitaria, facendo coincidere la 'fase 1' con il periodo del *lockdown*, la 'fase 2' con il periodo dell'allentamento delle misure che è seguito all'abbassamento della curva dei contagi, la 'fase 3' con il parziale ritorno alla normalità associato alla progressiva copertura vaccinale della popolazione e la 'fase 4', corrispondente alla transizione immediatamente successiva alla cessazione dello stato di emergenza <sup>11</sup>.

La prima fase dell'emergenza è stata quella della chiusura: di fronte all'ondata pandemica montante, al cospetto di un *virus* aggressivo, rispetto al quale la popolazione era totalmente inerme, la strategia adottata è stata quella del massimo contenimento, attraverso misure che garantissero il più possibile il distanziamento sociale. Da subito – siamo alla fine del mese di febbraio 2020 – sono stati fortemente limitati gli spostamenti da e per l'estero, così come quelli sul territorio nazionale; tutte le attività ed i servizi non essenziali sono stati sospesi, sono state chiuse le scuole, così come i luoghi di culto, i cinema, i

---

abbandonato: i due modelli, infatti, (quello della decretazione d'urgenza e quello delle ordinanze) – aventi entrambi come presupposto la dichiarazione dello stato di emergenza – hanno continuato a procedere in parallelo.

<sup>11</sup> Il riferimento alle diverse fasi dell'emergenza pandemica sul territorio nazionale (non sempre univoco quanto a numerazione e estensione temporale) si rinviene nelle comunicazioni degli organi di governo. A livello normativo, è solo nel d.P.c.m. 26 aprile 2020 che si fa riferimento esplicito alle fasi e precisamente alla 'fase 1' come quella di '*lockdown*', alla 'fase 2' come quella di 'transizione iniziale', alla 'fase 3' come quella di 'ripristino' ed infine alla 'fase 4' come quella di 'preparazione' in cui la pandemia è superata. Come si vedrà, noi adotteremo una scansione parzialmente differente.

teatri e più in generale qualunque luogo ove si praticassero attività sportive, culturali o ricreative.

A seguire – siamo a questo punto ai primi giorni di marzo – è stata introdotta la misura che più direttamente si associa al drammatico periodo del *lockdown*, ossia il divieto di uscire dall'abitazione imposto all'intera popolazione giorno e notte, salvo che per ragioni di necessità: è questa certamente la misura che, per la sua intensità, la sua durata<sup>12</sup> e forse anche per il fatto di essere stata introdotta 'all'improvviso' ed in modo del tutto inaspettato, più ha inciso sulla quotidianità di tutti noi, facendoci sperimentare inimmaginabili limitazioni dei più fondamentali diritti e delle più essenziali libertà.

Oltre a tale divieto 'generale', sono stati previsti altri divieti di allontanamento del domicilio, questa volta assoluti, e diretti a specifiche categorie di destinatari: i soggetti risultati positivi al *virus*, nonché i soggetti che avevano avuto dei 'contatti stretti' con i positivi o che erano rientrati in Italia da zone a rischio epidemiologico.

Quanto alle fonti, le prime misure<sup>13</sup> sono state introdotte – dapprima circoscrivendole alle aree nelle quali erano stati segnalati casi di soggetti infetti, ma ben presto estendendole all'intero territorio nazionale – con il d.l. 23 febbraio 2020, n. 6, conv. in l. 5 marzo 2020, n. 13<sup>14</sup>. Tale decreto conteneva, nell'art. 1 co. 2, un'elencazione non tassativa di misure restrittive, la cui adozione era poi demandata a decreti del Presidente del Consiglio dei ministri. Tra le misure 'tipizzate' comparivano, ad esempio: il divieto di allontanamento dal comune o di accesso al comune interessato dal contagio; l'applicazione della misura della quarantena per gli individui che avessero avuto contatti stretti con casi confermati di malattia; l'obbligo, per gli individui che avessero fatto ingresso in Italia da zone a rischio epidemiologico, di

---

<sup>12</sup> Il primo *lockdown* è durato circa due mesi, dall'11 marzo 2020 sino al 3 maggio 2020.

<sup>13</sup> In questa sintetica ricostruzione non si darà conto delle ordinanze emesse, nella primissima fase dell'emergenza, dal Dipartimento della protezione civile, dal Ministro della Salute e, a livello locale, dalle autorità a vario titolo competenti in materia sanitaria nelle aree più prossime ai focolai del contagio. Per una dettagliata ricostruzione anche di questi provvedimenti normativi cfr. M. ALBISINNI, L. GIANNONE, *L'insegnamento del Covid-19 sullo stato di emergenza: non è mai troppo tardi*, in *Quest. giust.*, 19 giugno 2020; M. GRIMALDI, *Covid-19: la tutela penale dal contagio*, in *Giur. pen.*, 4, 2020.

<sup>14</sup> Per un primo commento di questo decreto, immediatamente successivo alla sua emanazione, cfr. G.L. GATTA, *Coronavirus, limitazione di diritti e libertà fondamentali, e diritto penale: un deficit di legalità da rimediare*, in *Sist. pen.*, 20 marzo 2020.

comunicare tale circostanza alle autorità sanitarie competenti per l'adozione della misura di permanenza domiciliare di fiduciaria; la sospensione di manifestazioni, eventi, riunioni in luogo pubblico e privato; la sospensione delle scuole e di formazione anche universitaria; la chiusura dei musei e degli altri luoghi di cultura; la chiusura delle attività commerciali, esclusi quelli per l'acquisto dei beni di prima necessità; la sospensione delle attività lavorative per le imprese, ad esclusione di quelle che erogano servizi essenziali e di pubblica utilità.

Oltre alle misure qui elencate, il decreto legge, nel successivo art. 2, prevedeva che le autorità competenti potessero adottare "ulteriori misure di contenimento e gestione dell'emergenza, al fine di prevenire la diffusione dell'epidemia da Covid-19 anche fuori dei casi di cui all'articolo 1"<sup>15</sup>.

Rinviando ad un capitolo successivo l'analisi dei problemi che la disciplina contenuta in questo primo decreto legge ha posto sul piano del principio di legalità (penale e non solo)<sup>16</sup>, interessa in questa sede rilevare come della possibilità di adottare queste 'ulteriori misure' il Governo si è avvalso con larghezza: tra le misure 'fuori elenco', troviamo ad esempio il divieto generale di allontanamento dal domicilio, che è stato introdotto 'direttamente' con d.P.c.m. del 9 marzo 2020<sup>17</sup>; analogamente, ha trovato la sua fonte in quel d.P.c.m. il divie-

---

<sup>15</sup> Può essere interessante osservare che il d.l. 6/2020 'tipizzava' l'obbligo di permanere all'interno della propria abitazione solamente in due ipotesi: nei confronti di coloro che erano rientrati in Italia dall'estero (art. 1 co. 2 lett. h) e di coloro che avevano avuto contatti stretti con soggetti di cui fosse stata accertata la positività al *virus* (art. 1 co. 2 lett. i). Tale obbligo non era invece previsto per i soggetti positivi e questo perché – come si ricorderà – in un primissimo tempo la strategia di contenimento del contagio era basata sull'ospedalizzazione di tutti i soggetti infetti. Sarà solo, come a breve si dirà, con il d.P.c.m. del 9 marzo che la c.d. quarantena verrà introdotta anche a carico dei soggetti "risultati positivi al *virus*", prevedendo nei loro confronti il "divieto assoluto di mobilità dalla propria abitazione o dimora".

<sup>16</sup> Cfr. *infra*, cap. 4.

<sup>17</sup> L'obbligo di isolamento domiciliare trova a dire il vero la sua prima (ed ambigua) formulazione nel d.P.c.m. 8 marzo 2020, il quale prevedeva che venissero adottate misure per "evitare ogni spostamento delle persone fisiche in entrata e in uscita dai territori di cui al presente articolo, nonché all'interno dei medesimi territori, salvo che per gli spostamenti motivati da comprovate esigenze lavorative o situazioni di necessità ovvero spostamenti per motivi di salute". In tale primo decreto la restrizione era circoscritta solo ad alcune porzioni del territorio di Lombardia ed Emilia Romagna. È stato poi il giorno successivo, con d.P.c.m. 9 marzo, che la misura è stata estesa all'intero territorio nazionale. Secondo quanto previsto poi da una nota ministeriale (direttiva 8 marzo 2020, n. 14606), al fine di

to assoluto di mobilità dalla propria abitazione o dimora per i soggetti risultati positivi al *virus*<sup>18</sup>.

È importante poi osservare che, benché tale dato non si evinca dal testo del d.l. 6/2020, sin dai primi giorni dalla dichiarazione dello stato di emergenza sanitaria, il Governo si è avvalso di un apposito Comitato tecnico scientifico, istituito con provvedimento del Dipartimento della protezione civile, a cui è stato attribuito un importante ruolo di supporto nell'adozione delle misure di contenimento del contagio da adottare per fronteggiare la crisi sanitaria<sup>19</sup>.

Quanto alla disciplina dell'inosservanza delle misure di contenimento, il Governo italiano, nel suo primo decreto-legge relativo all'emergenza pandemica, è ricorso al diritto penale, prevedendo che la violazione di una qualsiasi misura – tanto di quelle 'tipizzate' nell'art. 1, quanto delle 'misure ulteriori', introdotte direttamente dai d.P.c.m. di cui all'art. 2 – fosse punita "ai sensi dell'articolo 650 del codice penale", salvo che il fatto non costituisse più grave reato.

La macroscopica violazione del principio di legalità in materia penale che tale disposizione ha generato nel momento in cui ha sottoposto a pena precetti il cui contenuto era totalmente rimesso (come nel caso delle 'misure ulteriori' di cui all'art. 2) ad una fonte di rango secondario – violazione che è stata immediatamente messa in luce dai commentatori<sup>20</sup> – ha indotto il Governo a fare una rapida marcia

---

assolvere all'onere di dimostrare la sussistenza delle situazioni che consentivano la possibilità di spostamento, all'interessato veniva richiesto di compilare un apposito modulo ed in particolare "un'autodichiarazione ai sensi degli artt. 46 e 47 del d.P.R. 28 dicembre 2000, n. 445", contenente le ragioni dello spostamento.

<sup>18</sup> Anche in questo caso (cfr. *supra*, nt. 17), il d.P.c.m. del 9 marzo ha previsto l'estensione a livello nazionale di misure previste dal d.P.cm. 8 marzo a livello locale.

<sup>19</sup> La possibilità che il Governo potesse avvalersi di un comitato tecnico-scientifico compare per la prima volta nell'ordinanza 3 febbraio 2020, n. 630 del Dipartimento della protezione civile; di lì a poco, il 5 febbraio 2020, il Comitato è stato quindi nominato con decreto del Capo del Dipartimento della protezione civile del 5 febbraio 2020. Cfr. sul punto G. D'AMICO, *La libertà «capovolta». Circolazione e soggiorno nello stato costituzionale*, 2020, p. 168 ss.

<sup>20</sup> Rileva da subito il macroscopico deficit di legalità delle "misure di contenimento" introdotte con il d.l. 23 febbraio 2020, n. 6 G.L. GATTA, *Coronavirus, limitazione di diritti e libertà fondamentali, e diritto penale*, cit. Sul punto cfr. anche G. BATTARINO, A. NATALE, *Reati dell'epidemia e reati nell'epidemia*, in *Quest. giust.*, 2, 2020. Nella dottrina costituzionalistica, tra gli altri, M. BIGNAMI, *Di nuovo tra apocalittici e integrati: tecniche di normazione contro il coronavirus*, in F.S. MARINI, G. SCACCIA (a cura di), *Emergenza Covid-19 e ordinamento costituzionale*, cit., p. 44; M. LUCIANI, *Il sistema delle fonti*, cit., in *Riv. AIC*, 2, 2020, p. 112.

indietro con un nuovo decreto legge, che è stato emanato, come espressamente riconosciuto nella relazione illustrativa, al fine di “sottoporre ad una più stringente interpretazione del principio di legalità la tipizzazione delle misure potenzialmente applicabili per la gestione dell'emergenza”<sup>21</sup>.

Il nuovo d.l. 25 marzo 2020, n. 19, conv. l. 22 maggio 2020, n. 35 si è quindi caratterizzato per la completa tipizzazione delle misure di contenimento applicabili nel contesto dell'emergenza sanitaria: nell'elenco delle misure elencate nell'art. 1 co. 2, compaiono – oltre alle misure già previste nell'art. 1 co. 2 d.l. 6/2020 – anche quelle ‘ulteriori’ che erano state introdotte con i d.P.c.m., tra le quali: la previsione di “limitazioni alla possibilità di allontanarsi dalla propria residenza, domicilio o dimora se non per spostamenti individuali limitati nel tempo e nello spazio o motivati da esigenze lavorative, da situazioni di necessità o urgenza, da motivi di salute o da altre specifiche ragioni” (con la quale si è attribuita base legale alla misura centrale del *lockdown* che era in quel momento in corso); nonché il “divieto assoluto di allontanarsi dalla propria abitazione o dimora per le persone sottoposte alla misura della quarantena perché risultate positive al *virus* (la cui violazione, come ora si dirà, rimarrà l'unica sanzionata con la pena)”<sup>22</sup>.

Secondo il sistema delineato nel d.l. 19/2020, era quindi il Governo a scegliere all'interno del *numerus clausus* di misure tipizzate nell'art. 1 co. 2 quelle da adottare tramite d.P.c.m. in un determinato momento. Al fine di limitare la discrezionalità governativa, il d.l. 19/2020 aveva poi provveduto, da un lato, a fissare preventivamente la durata delle misure, stabilendo che esse potessero essere adottate per periodi predeterminati, ciascuno di durata non superiore a trenta giorni (divenuti poi cinquanta), reiterabili e modificabili anche più volte fino al termine dello stato di emergenza e, dall'altro, ad individuare nei principi di “adeguatezza e proporzionalità al rischio effettivamente presente sul territorio” i criteri da seguire per la scelta dell'*an* e del

---

<sup>21</sup> A commento del ‘nuovo’ d.l. 19/2020 cfr., tra gli altri, 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 *Sist. pen.*, 26 marzo 2020; A. NATALE, *Il decreto legge n. 19 del 2020: le previsioni sanzionatorie*, in *Quest. giust.*, 28 marzo 2020.

<sup>22</sup> Tale ipotesi di quarantena, denominata “obbligatoria”, si è andata così ad affiancare alle ipotesi di “quarantena precauzionale”, già previste nel d.l. 6/2020 e poi riproposte nel d.l. 19/2020, per i soggetti che avevano avuto contatti stretti con casi confermati di malattia o che erano entrati nel territorio nazionale da Paesi stranieri.

quomodo delle misure da adottare, stabilendo che ogni quindici giorni il Presidente del Consiglio dei ministri o un ministro da lui delegato avrebbe dovuto riferire alle Camere sulle misure adottate tramite i decreti<sup>23</sup>. Sempre su questo piano rileva poi l'ultimo periodo dell'art. 2 ove si stabilisce che "per i profili tecnico-scientifici e le valutazioni di adeguatezza e proporzionalità, i provvedimenti di cui al presente comma sono adottati sentito, di norma, il Comitato tecnico-scientifico di cui all'ordinanza del Capo del dipartimento della Protezione civile 3 febbraio 2020, n. 630 (...)": fermo restando il carattere politico delle decisioni adottate dal Governo, l'aver fornito una base legale all'operato di tale organo è apparsa una scelta opportuna, in considerazione del ruolo essenziale che le conoscenze scientifiche rivestono in politiche di contenimento del contagio<sup>24</sup>.

Quanto al profilo sanzionatorio, con il d.l. 19/2020 il Governo ha abbandonato la strada dell'illecito penale a favore della previsione dell'illecito amministrativo. L'art. 4 co. 1 del d.l. 19/2020 ha previsto infatti che "salvo che il fatto costituisca reato, il mancato rispetto delle misure di contenimento di cui all'art. 1, co. 2 (...) è punito con la sanzione amministrativa del pagamento di una somma da euro da euro 400 a euro 1.000 e non si applicano le sanzioni contravvenzionali previste dall'articolo 650 del codice penale (...) "<sup>25</sup>. A fianco di tale

---

<sup>23</sup> Proprio la sussistenza di criteri legali finalizzati a vincolare la discrezionalità del Governo nell'emanazione dei d.P.c.m. attuativi è stata considerata determinante dalla Corte costituzionale, nella sent. 23 settembre 2021, n. 198, per concludere nel senso della legittimità costituzionale del modello delineato nel d.l. 19/2020, ritenendo cioè che "le disposizioni oggetto di censura non hanno conferito al Presidente del Consiglio dei ministri una funzione legislativa in violazione degli artt. 76 e 77 Cost., né tantomeno poteri straordinari da stato di guerra in violazione dell'art. 78 Cost., ma hanno ad esso attribuito unicamente il compito di dare esecuzione alla norma primaria mediante atti amministrativi sufficientemente tipizzati".

<sup>24</sup> Cfr. in questo senso G. D'AMICO, *La libertà «capovolta»*, cit., p. 180 s.

<sup>25</sup> Occorre segnalare che i rapporti tra la disciplina penale, contenuta nel d.l. 6/2020, e la disciplina dell'illecito amministrativo, contenuta nel successivo d.l. 19/2020, sono stati regolati da una specifica norma transitoria, ossia l'art. 4 co. 8 d.l. 19/2020, a norma del quale "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". Scopo di questa disposizione, come avremo modo di dire anche più avanti (cfr. *infra*, cap. 5, par. 2.1), è di consentire l'applicazione retroattiva della sanzione amministrativa punitiva a fatti commessi prima dell'introduzione dell'illecito amministrativo, nel rispetto del principio inderogabile di irretroattivi-

sanzione, il d.l. 19/2020 ha poi previsto la sanzione accessoria della chiusura dell'esercizio o dell'attività da 5 a 30 giorni, applicabile in caso di violazione dei divieti, sempre elencati nell'art. 1 co. 2, relativi all'esercizio delle specifiche attività lì indicate.

A ciò ancora deve aggiungersi la previsione di alcune circostanze aggravanti: l'aumento fino ad un terzo della sanzione pecuniaria per il caso in cui la violazione delle misure avvenga "mediante l'utilizzo di un veicolo" e il raddoppio della sanzione pecuniaria, nonché l'applicazione nella misura massima della sanzione accessoria nel caso di reiterata violazione delle misure in esame.

Nel sistema delineato dal d.l. 19/2020 la sanzione penale è stata conservata solamente per l'ipotesi di violazione della quarantena da parte dei soggetti "risultati positivi al *virus*" e ciò in considerazione della particolare pericolosità della condotta in esame, rispetto agli obiettivi di tutela della salute collettiva. Quanto alla pena, l'art. 4 co. 6 stabilisce che "salvo che il fatto costituisca violazione dell'articolo 452 del codice penale o comunque più grave reato, la violazione della misura di cui all'articolo 1, comma 2, lettera e), è punita ai sensi dell'articolo 260 del regio decreto 27 luglio 1934, n. 1265". Il rinvio, *quoad poenam*<sup>26</sup>, è ad una disposizione contenuta nel testo unico delle leggi sanitarie (r.d. 8 aprile 1934, n. 1265), peraltro modificata sotto il profilo sanzionatorio dallo stesso d.l. 19: in conclusione, per la contravvenzione in parola, la legge ha comminato l'arresto da 3 a 18 mesi e l'ammenda da 500 a 5.000 euro. Nella clausola di sussidiarietà espressa, il riferimento – come diremo più avanti – è ai delitti di evento (delitto di epidemia colposa *ex art.* 452 c.p. o altro 'più grave reato') che potrebbero configurarsi qualora dalla violazione della quarantena derivasse un evento lesivo, quali un fatto di lesione o di omicidio o l'ulteriore propagazione dell'epidemia.

---

tà che impedisce di punire l'autore del fatto con una sanzione più severa di quella che gli sarebbe stata applicata sulla base della legge vigente al tempo del fatto. Sul punto cfr. G.L. GATTA, *Un rinnovato assetto*, cit. Su tale profilo cfr. anche A. NATALE, *Il decreto legge n. 19 del 2020*, cit.

<sup>26</sup> Il carattere *quoad poenam* del rinvio all'art. 260 t.u. 1265/1934 ha trovato espressa affermazione in giurisprudenza, cfr. Trib. Lodi 29 agosto 2022, n. 290 (nella banca dati *De Jure*).

### 2.1. La seconda fase: l'Italia 'a colori'

L'emanazione del d.l. 16 maggio 2020, n. 33, conv. l. 14 luglio 2020, n. 74 ha segnato l'ingresso dell'Italia nella 'fase 2' della pandemia, ossia una fase in cui il calo dei contagi ha consentito – dopo il periodo di completo *lockdown* che ha caratterizzato la 'fase 1' – una graduale ripresa della vita sociale e delle attività produttive, pur con le cautele necessarie a convivere con la pandemia.

In questa seconda fase la gestione della pandemia si è fondata su di un criterio di flessibilità, nel senso che l'*an* e il *quomodo* delle misure di contenimento ha seguito l'andamento del contagio: sulla base di tale criterio, le misure di contenimento (che, salvo poche modifiche, sono rimaste quelle contenute nell'elenco del d.l. 19/2020 a cui rinvia il d.l. 33) sono state applicate, sempre attraverso lo strumento del d.P.c.m., a specifiche aree del territorio, essenzialmente su base regionale, in base all'evolversi del quadro epidemiologico locale, secondo "principi di adeguatezza e proporzionalità al rischio epidemiologico". È bene evidenziare che, oltre all'incidenza dei contagi sul territorio, l'altro elemento centrale per valutare il tipo e l'intensità delle misure da adottare è stato rappresentato dalla percentuale di occupazione dei posti letto da parte di pazienti affetti da Covid-19 nelle strutture ospedaliere e in particolare nelle terapie intensive.

Sulla base dei dati comunicati giornalmente dalle regioni, il Ministro della Salute, con ordinanza, individuava il 'livello di rischio' della regione (rosso, verde, giallo o bianco) e di conseguenza le misure applicabili<sup>27</sup>. Dal 'colore' della regione, dunque, come tutti ricorderanno, veniva a dipendere la diversa possibilità di circolazione sul territorio (all'interno della singola regione e nello spostamento tra regioni), nonché il grado di apertura delle varie attività produttive e commerciali, dei servizi, delle scuole, dei luoghi di culto, di cinema, teatri e più in generale di qualunque luogo ove si praticassero attività sportive, culturali o ricreative.

Anche il divieto generale di allontanarsi dalla propria abitazione ha assunto in questa fase un'estensione ed un'intensità diversa a seconda dell'andamento della situazione pandemica: indicativamente (salvo poi le continue modifiche intervenute nel tempo) per le regioni in fascia rossa vigeva il *lockdown* (e quindi un divieto generale di uscire di casa se non per gli specifici motivi indicati nei decreti); in quelle arancioni e

---

<sup>27</sup> Per una esauriente descrizione dell'introduzione ed evoluzione di tale sistema cfr. F.F. PALLANTE, *Pandemia*, cit.

gialle il divieto riguardava le sole ore notturne (il c.d. coprifuoco); in quelle bianche, invece, non era prevista nessuna limitazione.

Nei periodi in cui il numero dei contagi e la percentuale di occupazione dei posti letti negli ospedali ha mostrato segnali di preoccupante ripresa, sono state nuovamente introdotte limitazioni a livello nazionale: è ad esempio il caso del 'coprifuoco notturno' che, come si ricorderà, ha interessato l'intera penisola per gran parte dell'autunno del 2020.

Questo sistema, che abbiamo delineato nelle sue linee generali, ha regolato (pur con le numerose modifiche apportate sia ai criteri in base ai quali definire le varie fasce di colori, sia alla tipologia delle restrizioni da applicare) l'applicazione delle misure di contenimento per tutta la durata dello stato di emergenza.

Dal punto di vista del quadro normativo, occorre osservare che il decreto 33/2020 non ha sostituito, ma si è affiancato al d.l. 19/2020, il quale – oltre a costituire il quadro normativo di riferimento per la 'fase 1' – ha continuato ad essere la fonte delle misure di contenimento che, sulla base dei criteri fissati nel nuovo decreto, sono state poi applicate su base regionale o locale nella 'fase 2'<sup>28</sup>.

Anche sul versante punitivo, il d.l. 33 faceva riferimento al d.l. 19/2020 ed in particolare all'art. 4 per l'individuazione delle sanzioni amministrative da applicare nel caso di violazione delle misure di contenimento. In linea di continuità con il precedente decreto, l'unica ipotesi di reato era rappresentata dalla violazione della quarantena del positivo, sempre sanzionata con le pene previste dall'art. 260 r.d. 1265/1934. L'unica differenza significativa – che rileva, come si dirà, sul piano della compatibilità con il principio di legalità – riguarda il fatto che la competenza a disporre la quarantena del positivo, presidiata con sanzione penale, è stata sottratta alla discrezionalità governativa, discendendo ora la sua applicazione non da un d.P.c.m., ma direttamente dal decreto legge.

---

<sup>28</sup> Così 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 *Sist. pen.*, 18 maggio 2020.

## **2.2. La terza fase: l'avvio della campagna vaccinale e la politica del green pass**

La terza fase si apre il 27 dicembre 2020, ossia il giorno che ha segnato l'apertura ufficiale della campagna vaccinale sul territorio nazionale<sup>29</sup>: una data fondamentale, che ha segnato una svolta nelle strategie di contenimento del contagio. Infatti i vaccini anti-Covid che, a partire da questo momento, sono stati messi a disposizione degli Stati (o, a dire il vero, di alcuni Stati più fortunati) e che sono stati sviluppati, sperimentati ed 'autorizzati' in tempi straordinariamente rapidi<sup>30</sup> si sono dimostrati in grado se non di impedire la trasmissione del *virus*, quanto meno di attenuare in modo significativo le conseguenze di una eventuale infezione, riducendo grandemente le ospedalizzazioni e quindi il rischio del sovraccarico del sistema sanitario.

Nel perseguire l'obiettivo di garantire la più ampia copertura vaccinale nella popolazione, il Governo ha predisposto un piano nazionale, istituendo appositi centri e arruolando, in molti casi su base volontaria, personale sanitario, così da garantire un elevatissimo numero di somministrazioni giornaliere. Al fine di raggiungere prioritariamente i soggetti più esposti alle conseguenze nefaste del contagio, è stato definito un ordine di priorità delle categorie di persone da vaccinare sulla base della fragilità (in quanto persone affette da patologie valutate come particolarmente critiche se associate al Covid-19 oppure portatrici di disabilità gravi di natura fisica o psichica), dell'età e poi anche dell'attività lavorativa svolta<sup>31</sup>.

Quanto alla politica vaccinale, la scelta del legislatore è stata quella di introdurre l'obbligo vaccinale solamente per determinate categorie di cittadini (c.d. vaccinazione obbligatoria selettiva): con il d.l. 1° aprile 2021, n. 44, conv. l. 28 maggio 2021, n. 76, l'obbligo è stato

---

<sup>29</sup> Nella trattazione adottiamo una periodizzazione parzialmente diversa da quella 'ufficiale': nelle comunicazioni del Governo, l'apertura della terza fase ha coinciso con l'adozione del d.P.c.m. 11 giugno 2020 con cui si è inaugurato, sempre sulla base dei criteri di cui al d.l. 33/2020, una più decisa riapertura delle attività ed un corrispondente alleggerimento delle misure di contenimento.

<sup>30</sup> Per un'efficace sintesi dei passaggi che hanno consentito lo sviluppo e poi l'autorizzazione da parte dell'EMA (*European Medicine Agency*) dei vaccini anti-Covid, si rinvia alle schede informative pubblicate sul sito internet dell'Istituto Superiore di Sanità.

<sup>31</sup> Per i piani vaccinali, cfr. <https://www.epicentro.iss.it/vaccini/Covid-19-piano-vaccinazione>.

imposto al personale sanitario, in considerazione della grande esposizione al rischio di contagio di queste categorie di lavoratori e ciò al fine tanto di tutelare gli stessi lavoratori, quanto di garantire l'erogazione 'in sicurezza' delle prestazioni sanitarie. L'obbligo vaccinale è stato poi esteso nel tempo ad altre categorie di lavoratori e, infine, in considerazione del fattore di rischio rappresentato dall'età, a tutti i soggetti con un'età superiore ai 50 anni<sup>32</sup>.

Al fine di incentivare l'adempimento degli obblighi vaccinali, il legislatore ha previsto per i trasgressori una sanzione amministrativa pecuniaria *una tantum* di 100 euro (e questo a carico sia degli operatori sanitari e delle altre categorie di lavoratori 'obbligati', sia a carico dei soggetti ultracinquantenni)<sup>33</sup>. A tale sanzione si è poi aggiunta un'altra sanzione amministrativa pecuniaria, questa volta più consistente (da 600 a 1500 euro), per il caso di "svolgimento dell'attività lavorativa in violazione dell'obbligo vaccinale". Infine, una sanzione pecuniaria è stata introdotta a carico dei datori di lavoro che avessero ommesso di verificare l'adempimento degli obblighi vaccinali nei confronti dei propri dipendenti.

La possibilità di garantire l'immunizzazione della popolazione at-

---

<sup>32</sup> Sul punto occorre osservare che il Consiglio di giustizia amministrativa della Regione Sicilia ha sollevato alcune questioni di legittimità costituzionale aventi ad oggetto, tra l'altro, l'art. 4 d.l. 44/2021, in relazione all'obbligo vaccinale a carico del personale sanitario e alla conseguente sospensione dall'attività per inadempimento al medesimo obbligo, per contrasto con gli artt. 3, 4, 32, 33, 34, 97 della Costituzione, ritenendo che l'elevato numero di eventi avversi non consentisse di ritenere soddisfatta la condizione, cui la giurisprudenza costituzionale subordina la legittimità dell'obbligo vaccinale, secondo cui lo stesso non debba incidere negativamente sullo stato di salute di colui che è obbligato, salvo che per quelle sole conseguenze "che appaiano normali e, pertanto, tollerabili" (cfr. C.G.A.R.S., ord. 16-22 marzo 2022, n. 351). L'1 dicembre 2022 la Corte costituzionale si è pronunciata, ritenendo le questioni infondate. Ad oggi la sentenza non è stata depositata; dal comunicato stampa pubblicato sul sito internet della Corte si apprende che le scelte del legislatore adottate in periodo pandemico sull'obbligo vaccinale del personale sanitario sono state ritenute "non irragionevoli, né sproporzionate". Ugualmente non fondate sono state ritenute "le questioni proposte con riferimento alla previsione che esclude, in caso di inadempimento dell'obbligo vaccinale e per il tempo della sospensione, la corresponsione di un assegno a carico del datore di lavoro per chi sia stato sospeso; e ciò, sia per il personale sanitario, sia per il personale scolastico" (cfr. *infra*, cap. 6, par. 2.4.1.1).

<sup>33</sup> Cfr. però ora l'art. 7 co. 1 *bis* d.l. 31 ottobre 2022, n. 162, conv. l. 30 dicembre 2022, n. 199, in base al quale fino al 30 giugno 2023 "sono sospesi le attività e i procedimenti di irrogazione della sanzione" amministrativa pecuniaria prevista per l'inadempimento dell'obbligo di vaccinazione contro il Covid.

traverso la copertura vaccinale ha determinato un cambio di passo nella gestione della pandemia, risultando evidente che il rischio del contagio (tanto nella forma attiva, ossia del contagiare, quanto nella forma passiva, ossia dell'essere contagiati) veniva ora a differenziarsi a seconda che il soggetto fosse o meno immunizzato.

Centrale, in questa strategia di 'contenimento differenziato', l'introduzione – con il d.l. 22 aprile 2021 n. 52, conv. l. 17 giugno 2021, n. 87 – della certificazione verde (c.d. *green pass* o pass sanitario), per effetto della quale si è consentito l'accesso a determinati luoghi o a determinate attività solo ai soggetti che potevano presumersi non infetti, e dunque non contagiosi, in quanto risultati negativi al test per l'accertamento del *virus* o in quanto vaccinati o, ancora, in quanto guariti in seguito all'infezione da Covid<sup>34</sup>. Se in un primo tempo il mancato possesso del *green pass* condizionava l'accesso ai servizi di ristorazione al chiuso e ai luoghi ove si svolgessero attività culturali, ricreative e sportive, con il passare del tempo l'incisività del *green pass* è stata rafforzata divenendo il suo possesso necessario per poter utilizzare i mezzi di trasporto, accedere a scuole ed università e, infine, per poter accedere ai luoghi di lavoro. Un'ulteriore evoluzione si è poi avuta con l'introduzione del 'super *green pass*', – ossia la certificazione rilasciata solamente a chi avesse completato il ciclo vaccinale o fosse guarito dalla infezione – anch'essa richiesta per l'accesso ad una serie sempre più consistente di attività e servizi<sup>35</sup>. Per il caso di violazione della normativa del *green pass*, il d.l. 52/2021 ha previsto (con riferimento sia al mancato possesso della certificazione, sia al man-

---

<sup>34</sup> Con ordinanza 255/2021 la Corte costituzionale si è pronunciata sul ricorso per conflitto di attribuzione tra poteri dello Stato che era stato sollevato da alcuni parlamentari residenti in Sardegna e Sicilia, relativamente all'art. 1 d.l. 229/2021, che subordinava l'accesso a mezzi di trasporto pubblico al possesso del 'super *green pass*'. I ricorrenti, in particolare, lamentavano che la previsione (introdotta appunto dal Governo con decreto legge) interferisse con l'esercizio delle loro prerogative di parlamentari. La Corte, evidenziando che la norma impugnata si limitava a regolare le condizioni di accesso al trasporto pubblico per l'intera collettività ed incideva quindi solo di riflesso sulle prerogative parlamentari (dovendosi invece ritenere che l'obbligo del super *green pass* nei confronti dei parlamentari trovasse la sua fonte nello stesso regolamento delle Camere), ha affermato che non fosse sussistente un problema di conflitto tra i poteri dello Stato, dichiarando così il ricorso inammissibile.

<sup>35</sup> Il progressivo ampliamento dell'area operativa del *green pass* e poi l'introduzione del super *green pass* si deve ad una serie di successivi decreti legge (tra cui in particolare i d.l. 127, 139 e 172 del 2021), che hanno poi tutti novellato il d.l. 52/2021, il quale rimane dunque il testo normativo di riferimento in materia di *green pass*.

cato adempimento degli obblighi informativi e di controllo) l'applicazione delle sanzioni amministrative di cui all'art. 4 d.l. 19/2020.

L'avvio della campagna vaccinale è poi stata l'occasione anche per l'introduzione nell'ordinamento di alcune disposizioni, del tutto impropriamente definite come 'scudi penali', finalizzate a proteggere il personale sanitario dal 'rischio penale' per eventuali accadimenti avversi<sup>36</sup>.

Benché il personale sanitario, sin dall'inizio della pandemia, avesse avanzato insistenti richieste di una delimitazione della responsabilità colposa, auspicando che il legislatore prendesse in considerazione le circostanze del tutto eccezionali nelle quali si trovava ad operare<sup>37</sup> (e ciò sia per le difficoltà che poneva la gestione di una malattia pressoché sconosciuta sia per l'insostenibile sovraccollamento del sistema sanitario con conseguenti macroscopiche carenze di risorse e di organico<sup>38</sup>), è stato solo con l'avvio della campagna vaccinale che il decisore politico si è deciso ad intervenire: a fronte di alcuni procedimenti penali aperti nei confronti di medici vaccinatori per morti verificatesi nei giorni successivi alle somministrazioni, nel timore che

---

<sup>36</sup> Il tema dell'esposizione a 'rischio penale' dei soggetti titolari di posizioni di garanzia nella gestione della crisi pandemica è stato affrontato con grande ricchezza di contributi dalla dottrina. Con particolare riferimento alle responsabilità medica cfr. 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*, in *Sist. pen.*, fasc. 7, 2020, p. 85 ss.; M. CAPUTO, *Logiche e modi dell'esenzione da responsabilità penale per chi decide e opera in contesti di emergenza sanitaria*, in *Leg. pen.*, 22 giugno 2020; C. CUPELLI, *Emergenza Covid-19: dalla punizione degli "irresponsabili" alla tutela degli operatori sanitari*, in *Sist. pen.*, 30 marzo 2020; GARGANI, *La gestione dell'emergenza Covid-19: il "rischio penale" in ambito sanitario*, in *Dir. pen. proc.*, 2020, p. 887 ss.; G. LOSAPPIO, *Responsabilità penale del medico, epidemia da "Covid-19" e "scelte tragiche" (nel prisma degli emendamenti alla legge di conversione del d.l. c.d. "Cura Italia")*, in *Giur. pen.*, 4, 2020; F. PALAZZO, *Pandemia e responsabilità colposa*, in *Sist. pen.*, 26 aprile 2020; L. RISICATO, *La metamorfosi della colpa medica nell'era della pandemia*, in *Discrimen*, 25 maggio 2020.

<sup>37</sup> Tali istanze si erano in realtà tradotte in una serie di emendamenti al disegno di legge AS 17661 avente ad oggetto misure di potenziamento del Servizio sanitario nazionale e di sostegno economico per famiglie, lavoratori e imprese connesse all'emergenza epidemiologica da Covid-19. Per un'analisi di tali emendamenti, assai eterogenei tra loro, cfr. G. LOSAPPIO, *Responsabilità penale del medico*, cit.

<sup>38</sup> Per una descrizione assai efficace delle difficoltà nelle quali si è trovato ad operare il personale sanitario specie nelle prime fasi dell'emergenza pandemica, cfr. C. CUPELLI, *Gestione dell'emergenza pandemica e rischio penale: una ragionevole soluzione di compromesso (d.l. 44/2021)*, in *Sist. pen.*, 1 giugno 2021.

tali vicende potessero disincentivare il personale sanitario ad aderire e collaborare alla campagna di vaccinazione, è stata introdotta una disposizione (art. 3 d.l. 1 aprile 2021, n. 44<sup>39</sup>) con cui si è esclusa la punibilità del personale medico e sanitario incaricato della somministrazione del vaccino anti-Covid per i delitti di omicidio colposo e di lesioni personali colpose commessi nel periodo emergenziale, allorché le vaccinazioni siano state effettuate in conformità alle indicazioni contenute nel provvedimento di autorizzazione all'immissione in commercio e alle circolari pubblicate nel sito internet del Ministero. Secondo l'opinione unanime dei commentatori, la disposizione – priva di reale carattere innovativo, limitandosi di fatto a ribadire i principi generali sulla responsabilità colposa – ha perseguito l'obiettivo di rassicurare il personale medico addetto alla vaccinazione, evitando pericolosi rallentamenti nell'esecuzione dei piani vaccinali<sup>40</sup>.

Occorre osservare poi che, in sede di conversione in legge del d.l. 44/2020, il Parlamento ha introdotto un'ulteriore disposizione (l'art. 3 *bis*), con la quale si è prevista una limitazione della responsabilità penale di tutti gli esercenti una professione sanitaria ai casi di colpa grave, per i fatti di cui agli artt. 589 e 590 c.p. che avessero 'trovato causa' nella situazione di emergenza<sup>41</sup>. Tale disposizione ha di fatto recepito le istanze di protezione dal 'rischio penale' di cui, come si è detto, la classe medica si era fatta portatrice sin dall'inizio della pandemia (ma che sono state sostenute anche da una parte della dottrina<sup>42</sup>), garantendo che "la misura del rimprovero personale che può

---

<sup>39</sup> A commento delle 'norme scudo' in materia di responsabilità sanitaria (artt. 3 e 3 *bis* d.l. 44/2021) cfr., tra gli altri, la relazione n. 35/2021 dell'Ufficio del Massimario della Corte di Cassazione, a cura di A. NATALINI. Sul punto, cfr. anche C. CUPELLI, *Gestione dell'emergenza pandemica*, cit.

<sup>40</sup> In questo senso cfr. per tutti M. PELISSERO, *Il diritto penale di fronte all'emergenza*, in *Valori dell'ordinamento vs. esigenze dell'emergenza in una prospettiva multidisciplinare*, 2022, p. 143.

<sup>41</sup> Il co. 2 dell'art. 3 *bis* precisa poi che "ai fini della valutazione del grado della colpa, il giudice tiene conto, tra i fattori che ne possono escludere la gravità, della limitatezza delle conoscenze scientifiche al momento del fatto sulle patologie da SARS-CoV-2 e sulle terapie appropriate, nonché della scarsità delle risorse umane e materiali concretamente disponibili in relazione al numero dei casi da trattare, oltre che del minor grado di esperienza e conoscenze tecniche possedute dal personale non specializzato impiegato per far fronte all'emergenza".

<sup>42</sup> Cfr. in particolare C. CUPELLI, *Emergenza Covid-19*, cit. Altra parte della dottrina ha sollevato il dubbio che tale moltiplicazione degli statuti della colpa penale "non serva a rassicurare i sanitari e trasmette l'idea di statuti speciali dell'emergenza poco gestibili in termini di comunicazione mediatica" (così M. PELISSERO, *Il diritto penale di fronte all'emergenza*, cit., p. 144).

essere mosso al sanitario, durante una emergenza da pandemia, sia ragionevolmente correlata all'eccezionalità e alla difficoltà in cui versa il sistema sanitario"<sup>43</sup>.

Istanze dello stesso tenore erano peraltro prevenute, sin dall'inizio della pandemia, anche da altre categorie di soggetti a vario livelli implicati nella gestione dell'emergenza pandemica. In relazione, in particolare, ai datori di lavoro<sup>44</sup> – per i quali il 'rischio penale' era evidentemente rappresentato dai possibili contagi all'interno dell'impresa – il legislatore era intervenuto con l'art. 29 *bis* d.l. 8 aprile 2020, n. 23 (c.d. decreto liquidità), conv. nella l. 5 giugno 2020, n. 403/2020, il quale stabiliva che l'adempimento delle prescrizioni contenute nei protocolli condivisi tra governo e parti sociali relativi al contenimento del contagio nei luoghi di lavoro costituiva adempimento dell'obbligo di cui all'art. 2087 c.c. Non diversamente dalla disposizione relativa alla responsabilità del medico vaccinatore, anche in questo caso alla disposizione deve essere riconosciuta una valenza essenzialmente simbolica, di rassicurazione della categoria<sup>45</sup>.

Il veloce cenno che si è fatto a queste disposizioni ci consente di fare una riflessione sulla peculiarità, anche sotto questo profilo, dell'emergenza sanitaria: se, di regola, il diritto penale dell'emergenza è un diritto che porta all'espansione dell'area della responsabilità penale, vuoi introducendo nuove norme incriminatrici, vuoi inasprendo il trattamento sanzionatorio di quelle già esistenti, le norme emergenziali ora passate in rassegna vanno invece nella direzione opposta, assecondando un'istanza di contrazione della responsabilità penale, con lo specifico fine di conformare il rimprovero colposo alla situazione di assoluta eccezionalità in cui si sono trovati ad operare i soggetti titolari delle posizioni di garanzia<sup>46</sup>.

---

<sup>43</sup> C. CUPELLI, *Gestione dell'emergenza pandemica*, cit., p. 5.

<sup>44</sup> Sul tema della responsabilità datoriale nel contesto della emergenza pandemica cfr., tra gli altri, C. CUPELLI, *Obblighi datoriali di tutela contro il rischio di contagio da Covid-19: un reale ridimensionamento della colpa penale?*, in *Sist. pen.*, 15 giugno 2020; O. DI GIOVINE, *Coronavirus, diritto penale e responsabilità datoriali*, in *Sist. pen.*, 22 giugno 2020; V. MONGILLO, *Salute e sicurezza nei luoghi di lavoro in tempi di pandemia. Profili di responsabilità individuale e dell'ente per contagio da coronavirus*, in *Sist. pen.*, 26 giugno 2020.

<sup>45</sup> Nel senso che la disposizione avrebbe la funzione di marginalizzare l'art. 2087 c.c., quale norma di regole cautelari in bianco, cfr. M. PELISSERO, *Il diritto penale di fronte all'emergenza*, cit., p. 143.

<sup>46</sup> Cfr. sul punto le considerazioni di G.L. GATTA, *Il diritto penale di fronte all'emergenza*, in *Valori dell'ordinamento*, cit., p. 151 ss., nonché P. VENEZIANI, *La*

### 2.3. La quarta fase: la fine dell'emergenza e il ritorno alla normalità

L'ultima fase da prendere in considerazione è quella che segue la cessazione dello stato di emergenza, avvenuto il 31 marzo 2022. Il decreto legge che ha dichiarato la fine dell'emergenza, ossia il d.l. 24 marzo 2022, n. 24, conv. nella l. 19 maggio 2022, n. 52, sul presupposto che “nonostante la cessazione dello stato d'emergenza, persistano comunque esigenze di contrasto del diffondersi della pandemia da Covid-19”, contiene alcune disposizioni utili al fine di preservare, così si esprime l'art. 1 del decreto, “la necessaria capacità operativa e di pronta reazione delle strutture durante la fase di progressivo rientro nell'ordinario”.

A questo scopo, oltre a prevedere la possibilità per il Presidente del Consiglio dei ministri di adottare, qualora necessario, le ‘ordinanze in deroga’ disciplinate nel Codice della Protezione civile (d.lgs. 1/2018), “nel rispetto dei principi di adeguatezza e proporzionalità”, il decreto-legge in esame dispone la proroga (con termini differenziati ma comunque mai oltre il 31 dicembre 2022) di alcune delle misure di contenimento del contagio previste nel periodo emergenziale<sup>47</sup>. Tra queste: l'obbligo del c.d. *green pass* o del *green pass* rafforzato per soggetti che provengano dall'estero o che vogliano fruire di determinati servizi (artt. 9 e 9 *bis*); l'obbligo di indossare la mascherina in determinate situazioni o luoghi; limitazioni agli spostamenti da e per l'estero, in relazione all'andamento epidemiologico e comunque nel rispetto dei principi di adeguatezza e di proporzionalità. Per tutte queste misure, le sanzioni previste per i casi di inosservanza sono sempre quelle amministrative di cui all'art. 4 d.l. 19/2020<sup>48</sup>.

L'aspetto più interessante della normativa riguarda però le modifiche che l'art. 4 del d.l. 24/2022 apporta alla materia dell'isolamento del soggetto positivo e dell'auto-sorveglianza per i ‘contatti stretti’ con

---

*colpa penale nel contesto dell'emergenza Covid-19*, in *Sist. pen.*, 28 aprile 2022, p. 11. Cfr. anche G. LOSAPPIO, *Perenne emergenza, emergenza ed emergenza perenne*, in *Giur. pen. trim.*, 3, 2020, il quale mette in evidenza che “la legislazione della ‘perenne emergenza’ non ha avuto nulla da dire all'emergenza veramente vera della pandemia”.

<sup>47</sup> Si consideri però che, in molti casi, la durata della proroga delle misure di contenimento disposta con il d.l. 24/2022 è stata successivamente ridimensionata dal successivo d.l. 31 ottobre 2022, n. 162, conv. l. 30 dicembre 2022, n. 199.

<sup>48</sup> Sul punto cfr. C. RUGA RIVA, *Presente e futuro del diritto punitivo pandemico. Spunti di riflessione a partire dal d.l. 24.3.2022 n. 24*, in *Leg. pen.*, 22 giugno 2022.

soggetti positivi, introducendo una disciplina valida a partire dal 1 aprile 2022 e senza che sia indicata, in questo caso, una data per la cessazione della sua vigenza. Sul punto il d.l. 24/2022 novella il d.l. 52/2021, introducendo un apposito art. 10 *ter*, intitolato ‘isolamento ed autosorveglianza’<sup>49</sup>: il co. 2 di tale disposizione regola ora il regime dell’auto-sorveglianza per i soggetti che hanno avuto contatti stretti con soggetti positivi, prevedendo l’obbligo di indossare le mascherine al chiuso o in presenza di assembramenti fino al decimo giorno successivo alla data dell’ultimo contatto e prescrivendo l’obbligo di effettuare un test per la rilevazione del virus SARS-Cov-2 in caso di comparsa di sintomi<sup>50</sup>. Secondo il novellato art. 13 d.l. 52/2021, la violazione del regime di auto-sorveglianza costituisce un illecito amministrativo, punito sempre con le sanzioni di cui all’art. 4 d.l. 19/2020.

Il nuovo art. 10 *ter* d.l. 52/2021 contiene, al co. 1, il divieto di mobilità dall’abitazione “per le persone sottoposte alla misura dell’isolamento per provvedimento dell’autorità sanitaria in quanto risultate positive al SARS-Cov-2”: la disposizione ricalca l’art. 1 co. 2 lett. e) d.l. 19/2020, provvedendo però a modificare – conformemente alle definizioni contenute nel Regolamento internazionale della sanità elaborato dall’OMS – la denominazione della misura oggetto del provvedimento dell’autorità sanitaria, che, anziché ‘quarantena’, è ora definita, in modo più appropriato, ‘isolamento’<sup>51</sup>.

---

<sup>49</sup> Art. 10 *ter* d.l. 22 aprile 2021, n. 52, conv. l. 17 giugno 2021, n. 87.

<sup>50</sup> La disposizione è stata da ultimo modificata dall’art. 7 *quater* d.l. 31 ottobre 2022, n. 162, conv. l. 30 dicembre 2022, n. 199, che riduce a 5 giorni l’obbligo di indossare le mascherine per i soggetti in ‘autosorveglianza’.

<sup>51</sup> A distanza di due anni dall’introduzione dalla prima norma che ha regolato la materia, il legislatore è finalmente intervenuto a modificare la denominazione dell’isolamento del soggetto positivo, fino a questo momento denominata ‘quarantena’. In effetti, già con circolare del Ministero della Salute 12 ottobre 2020, si era precisato che di *quarantena* si sarebbe dovuto propriamente parlare solo con riferimento alle “restrizione dei movimenti di persone sane per la durata del periodo di incubazione, ma che potrebbero essere state esposte ad un agente infettivo o ad una malattia contagiosa, con l’obiettivo di monitorare l’eventuale comparsa di sintomi e identificare tempestivamente nuovi casi” (dunque le ipotesi di c.d. quarantena obbligatoria). Si aggiunge poi che deve invece parlarsi di *isolamento* per indicare la misura che consiste nella separazione delle persone infette dal resto della comunità per la durata del periodo di contagiosità, in ambiente e condizioni tali da prevenire la trasmissione dell’infezione: per qualche misteriosa ragione, nonostante tale chiara delimitazione dell’ambito semantico dei due termini, il nostro legislatore per tutta la durata dello stato di emergenza ha denominato quarantena, ciò che invece avrebbe dovuto denominarsi isolamento. Nel te-

In linea di continuità con la disciplina emergenziale, anche il d.l. 24/2022 prevede che la violazione del divieto di mobilità costituisca un illecito, ed in particolare una contravvenzione, sanzionata con la pena prevista dall'art. 260 r.d. 27 luglio 1934/1265 (ora contenuta nell'art. 13 d.l. 52/2021)<sup>52</sup>. La mancata previsione, nel testo normativo, di un termine finale di vigenza della nuova disposizione porta a concludere che la contravvenzione in parola sia sopravvissuta alla legislazione emergenziale, perdendo quindi il suo carattere di temporaneità e divenendo una norma 'stabile' all'interno del nostro ordinamento<sup>53</sup>. Rinviano ad un momento successivo una riflessione sull'opportunità della conservazione in forma stabile, in questi termini, della contravvenzione in esame<sup>54</sup>, possiamo per ora limitarci a condividere l'osservazione di chi ha rilevato che con il d.l. 24/2022 il legislatore si è premunito di attrezzare l'ordinamento con "uno strumento pronto all'uso, laddove la situazione sanitaria dovesse ritornare grave"<sup>55</sup>.

Occorre in ogni caso evidenziare che, fatta eccezione per le ultime disposizioni di cui si è detto, le misure di contenimento del contagio, ed i relativi illeciti amministrativi, sono disposizioni temporanee, poiché sottoposte ad un preciso termine finale di vigenza: in quanto tali, le disposizioni in parola sono oggi applicabili in rapporto ai fatti commessi nel periodo dell'emergenza<sup>56</sup>.

---

sto, per non creare fraintendimenti, continueremo ad utilizzare la terminologia impiegata nei decreti leggi e dunque parleremo di "quarantena obbligatoria" con riferimento all'obbligo di permanenza domiciliare per i soggetti positivi.

<sup>52</sup> Secondo quanto stabilito dall'art. 4 d.l. 24/2022 (che inserisce l'art. 10 *ter* nel d.l. 52/2021): "A decorrere dal 1° aprile 2022 è fatto divieto di mobilità dalla propria abitazione o dimora alle persone sottoposte alla misura dell'isolamento per provvedimento dell'autorità sanitaria in quanto risultate positive al SARS-CoV-2, fino all'accertamento della guarigione, salvo che per il ricovero in una struttura sanitaria o altra struttura allo scopo destinata". Sulle modifiche che il d.l. 24/2022 ha apportato alla contravvenzione rispetto alla formulazione contenuta nel d.l. 33/2020 si consenta il rinvio a A. DELLA BELLA, *Quarantena obbligatoria, libertà personale e libertà di circolazione. Riflessioni a margine di Corte cost. 7 aprile 2022*, n. 127, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2022, p. 772 ss.

<sup>53</sup> Così anche C. RUGA RIVA, *Presente e futuro del diritto punitivo pandemico*, cit., p. 3.

<sup>54</sup> Cfr. *infra*, cap. 6, par. 2.4.2 e poi anche cap. 7, par. 4.1.

<sup>55</sup> C. RUGA RIVA, *Presente e futuro del diritto punitivo pandemico*, cit.

<sup>56</sup> Sull'ultrattività delle sanzioni punitive, penali o amministrative, per fatti commessi nel contesto dell'emergenza sanitaria cfr. *infra*, cap. 5, in particolare par. 3 ss.

### 3. Il sistema degli illeciti punitivi: gli illeciti amministrativi

Venendo ora al sistema di illeciti introdotto con la legislazione emergenziale per rinforzare la politica di contenimento del contagio, si può ritenere che esso abbia trovato il suo compiuto assetto nel d.l. 19/2020. Come è emerso dalla sintetica ricognizione operata nei paragrafi che precedono, dopo una primissima fase in cui il legislatore ha optato per una penalizzazione 'a tappeto', la scelta è stata quella di utilizzare l'illecito amministrativo per sanzionare la violazione di qualunque misura di contenimento. Occorre subito precisare, per le rilevanti conseguenze che ne derivano sul piano dell'applicazione dei principi penalistici (ciò che sarà poi oggetto della riflessione nei capitoli che seguono), che la qualifica formalmente amministrativa di tali sanzioni non ne ha fatto venir meno il carattere sostanzialmente punitivo<sup>57</sup>.

Deve essere poi osservato che gli illeciti amministrativi per la violazione delle misure di contenimento non esauriscono il sistema punitivo delineato dal legislatore dell'emergenza per garantire il contenimento del contagio, poiché l'ordinamento contempla anche l'utilizzo della sanzione penale (in senso stretto). Innanzitutto la pena viene in considerazione per sanzionare la violazione di una particolare misura di contenimento del contagio, ossia l'inosservanza della quaran-

---

<sup>57</sup>In linea con la giurisprudenza convenzionale che si è occupata di definire l'area della 'materia penale' intesa in senso sostanziale, un illecito può considerarsi punitivo quando la sanzione che consegue alla violazione del precetto è stata posta dal legislatore al precipuo scopo di infliggere una sofferenza al destinatario della norma che ha trasgredito il precetto in essa contenuto: in un illecito punitivo, quindi, la sanzione si giustifica in una logica di rimproverabilità dell'autore del fatto e svolge una essenziale funzione di deterrenza. Sui confini della 'materia penale' così come delineati dalla giurisprudenza di Strasburgo cfr. L. MASERA, *La nozione costituzionale di diritto penale*, 2018; F. MAZZACUVA, *Le pene nascoste. Topografia delle sanzioni punitive e modulazione dello statuto garantistico*, 2017. Concordano sulla natura punitiva degli illeciti amministrativi introdotti per la violazione delle misure di contenimento del contagio M. PELISSERO, *Covid-19 e diritto penale pandemico. Delitti contro la fede pubblica, epidemia e delitti contro la persona alla prova dell'emergenza sanitaria*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2, 2020, p. 509; D. PIVA, *Il diritto penale ai tempi del coronavirus: troppo su inosservanza e poco sul carcere*, in *Arch. pen.*, 1, 2020, p. 10; F. TRIPODI, *Norma penale e biosicurezza. Osservazioni sul diritto punitivo emergenziale di ultima generazione*, in *Leg. pen.* 2021, 27 gennaio 2021. Osserva poi A. BERNARDI, *Il diritto penale alla prova della Covid-19*, in *Dir. pen. proc.* 4, 2020, p. 443, che lo scopo della 'depenalizzazione' operata dal d.l. 19/2020 "è stato proprio quello di rendere la risposta punitiva più certa e pronta, dunque più carica di effetti deterrenti".

tena; in secondo luogo, ed in via meramente eventuale, la sanzione penale viene in considerazione laddove dalla violazione delle misure di contenimento derivino degli eventi lesivi: il riferimento è a fattispecie di evento pre-esistenti nell'ordinamento, come il delitto di lesioni, di omicidio e, soprattutto, il delitto di epidemia<sup>58</sup>.

Si tratta dunque di un sistema di illeciti 'a tre livelli', caratterizzato da una progressione sanzionatoria<sup>59</sup>: alla base gli illeciti amministrativi; al livello superiore la contravvenzione della quarantena come reato di mera condotta; ancora sopra, all'ultimo livello, i delitti di evento a tutela della vita e della salute individuale e collettiva.

Concentrandoci ora sugli illeciti amministrativi, occorre innanzitutto evidenziare che l'apparato sanzionatorio è, per tutte le violazioni, quello – assai essenziale – delineato nell'art. 4 del d.l. 19/2020: per la violazione di qualsiasi misura di contenimento è prevista la stessa sanzione pecuniaria (da 100 a 400 euro); a tale sanzione si aggiunge, nel caso di violazione dei divieti relativi all'esercizio di alcune determinate attività, una sanzione amministrativa accessoria (la chiusura dell'esercizio o dell'attività da 5 a 30 giorni). Sempre nell'art. 4 vengono poi previste due aggravanti: la prima, che stabilisce un aumento fino ad un terzo della sanzione pecuniaria nel caso in cui il mancato rispetto delle predette misure avvenga mediante l'utilizzo di un veicolo; la seconda, che prevede l'applicazione del doppio della sanzione pecuniaria e l'applicazione nella misura massima della sanzione accessoria nel caso di reiterata violazione delle misure.

---

<sup>58</sup> Oltre alla contravvenzione della violazione della quarantena da parte del soggetto positivo (la cui formulazione definitiva nella legislazione pandemica si rinviene nell'art. 2 co. 3 d.l. 33/2020), deve richiamarsi anche la contravvenzione contenuta nell'art. 254 del testo unico delle leggi sanitarie (r.d. 27 luglio 1934, n. 1265), che sanziona (con pena pecuniaria, da 30 a 516 euro, e nei casi più gravi con l'arresto fino a tre mesi) la violazione dell'obbligo posto a carico di ogni esercente la professione sanitaria di denunciare tempestivamente i casi di malattia infettiva di cui sia venuto a conoscenza nell'esercizio della sua professione. Occorre poi aggiungere che la violazione delle disposizioni dettate per regolamentare lo stato di crisi sanitaria può integrare, come è ovvio, altri fatti di reato (si pensi ad esempio ai delitti di falso ex art. 476 ss. c.p., richiamati dallo stesso legislatore nell'art. 13 d.l. 52/2021 per il caso di falsificazione o contraffazione del c.d. *green pass*): trattasi tuttavia di reati che non rientrano nella nostra trattazione, in quanto non sono finalizzati alla tutela della salute collettiva. Per un ampio affresco delle diverse esigenze a cui il diritto penale è chiamato a rispondere nel contesto dell'emergenza sanitaria cfr. A. BERNARDI, *Il diritto penale alla prova della Covid-19*, cit.

<sup>59</sup> In questo senso C. CUPELLI, *Emergenza COVID-19*, cit.; F. TRIPODI, *Norma penale e biosicurezza*, cit.

Occorre poi segnalare che, anche quando, nella normativa successiva, sono state introdotte nuove e diverse misure di contenimento, per le sanzioni da applicare in caso di inosservanza si è fatto quasi sempre rinvio all'art. 4 del d.l. 19/2020. Così è stato, ad esempio, in materia di *green pass*, sia per le violazioni relative al mancato possesso della certificazione, sia per quelle inerenti al mancato adempimento degli obblighi informativi e di controllo<sup>60</sup>. Nella materia vaccinale si è fatto riferimento alle sanzioni di cui all'art. 4 d.l. 19/2020 per la violazione degli obblighi informativi e di controllo, mentre per l'inadempimento dell'obbligo vaccinale sono previste sanzioni diverse (in particolare, lo svolgimento dell'attività lavorativa in violazione di tale obbligo è punito con la sanzione amministrativa pecuniaria da 600 a 1500 euro, mentre l'inosservanza dell'obbligo da parte del soggetto ultracinquantenne è punito *una tantum* con una sanzione di 100 euro<sup>61</sup>).

Per i profili procedurali, l'art. 4 d.l. 19/20 rinvia al procedimento amministrativo di cui alla l. 24 novembre 1981, n. 689<sup>62</sup>, con la precisazione che l'autorità competente ad irrogare le sanzioni è il prefetto<sup>63</sup>, il quale può avvalersi – ai fini dell'esecuzione delle misure – delle forze di polizia, del personale dei corpi di polizia municipale munito della qualifica di agente di pubblica sicurezza e, ove occorra, delle forze armate<sup>64</sup>.

---

<sup>60</sup> Cfr. l'art. 13 d.l. 51/2021 che fa appunto riferimento alle sanzioni amministrative di cui all'art. 4 d.l. 19/2020, con l'aggiunta di una sanzione amministrativa accessoria nel caso di reiterazione della violazione di alcune misure.

<sup>61</sup> Art. 4 *sexies* co. 1 d.l. 44/2021. Cfr. però ora l'art. 7 co. 1 *bis* d.l. 31 ottobre 2022, n. 162, conv. l. 30 dicembre 2022, n. 199, in base al quale fino al 30 giugno 2023 “sono sospesi le attività e i procedimenti di irrogazione della sanzione previsti dall'articolo 4-*sexies*, commi 3, 4 e 6, del decreto-legge 1° aprile 2021, n. 44, convertito, con modificazioni, dalla legge 28 maggio 2021, n. 76”.

<sup>62</sup> La norma richiama poi anche la disciplina prevista dall'art. 202 del d.lgs. 30 aprile 1992, n. 285 (codice della strada), che consente il pagamento della sanzione amministrativa in misura ridotta.

<sup>63</sup> Salvo la diversa procedura e le diverse competenze previste dall'art. 3 dello stesso decreto per le misure urgenti di carattere regionale o infra-regionale.

<sup>64</sup> Sul sito del Ministero dell'interno sono disponibili alcuni dati relativi all'attività di monitoraggio delle misure di contenimento del contagio. In particolare, il report annuale relativo all'anno 2021 dà conto di circa 490.000 ‘persone sanzionate’ ai sensi dell'art. 4 co. 1 d.l. 19/2020: una cifra che corrisponde all'1,5% del numero delle ‘persone controllate’.

### 3.1. La contravvenzione per la violazione della quarantena da parte del positivo

Al 'secondo livello' del sistema sanzionatorio delineato dal legislatore dell'emergenza si colloca, come abbiamo anticipato, la contravvenzione della violazione della quarantena.

Evitando in questa sede di percorrere l'evoluzione, assai tormentata, della disciplina, possiamo direttamente soffermarci sulla formulazione della norma, quale compare nel d.l. 16 maggio 2020, n. 33<sup>65</sup>: secondo quanto stabilito dall'art. 2 co. 3 del decreto "salvo che il fatto costituisca violazione dell'articolo 452 del codice penale o comunque più grave reato, la violazione della misura di cui all'art. 1 co. 6 è punita ai sensi dell'articolo 260 del regio decreto 27 luglio 1934, n. 1265", ossia con la pena (congiunta e quindi non obblabile) dell'arresto da 3 a 18 mesi e dell'ammenda da 500 a 5000 euro. La misura di contenimento descritta nell'art. 1 co. 6 consiste nel "divieto di mobilità dalla propria abitazione o dimora alle persone sottoposte alla misura della quarantena per provvedimento dell'autorità sanitaria in quanto risultate positive al *virus* Covid-19, fino all'accertamento della guarigione o al ricovero in una struttura sanitaria o altra struttura allo scopo destinata". Come abbiamo già sottolineato, e come del resto è del tutto evidente, la scelta di impiegare il diritto penale per sanzionare la violazione di questa misura si spiega in considerazione della particolare pericolosità della trasgressione rispetto all'obiettivo di tutela della salute collettiva<sup>66</sup>.

---

<sup>65</sup> Per la ricostruzione della disciplina del divieto di mobilità dall'abitazione per il soggetto 'positivo' si consenta il rinvio a A. DELLA BELLA, *Quarantena obbligatoria*, cit., p. 775 ss.

<sup>66</sup> Come abbiamo già più sopra anticipato, la disciplina della contravvenzione, tuttora vigente nell'ordinamento, ha conosciuto ulteriori modifiche per effetto del d.l. 24/2022, che è entrato in vigore dopo la cessazione dello stato di emergenza. Si è trattato di modifiche marginali che hanno riguardato, oltre la denominazione del provvedimento dell'autorità sanitaria (ora isolamento anziché quarantena), il termine finale di durata del divieto, individuato più precisamente nell'accertamento della guarigione. Si prevede poi che le modalità di attuazione della misura siano demandate ad una circolare del Ministero della Salute (che al momento però, se non erriamo, non risulta ancora emanata). Come rilevato dalla stessa Corte costituzionale (che nella sentenza 127/22 è stata chiamata a pronunciarsi sulla compatibilità del divieto di mobilità dall'abitazione del soggetto positivo sotto il profilo dell'art. 13 Cost.), le modifiche apportate dal d.l. 24/2022 non incidono né sugli elementi costitutivi, né sul trattamento sanzionatorio della contravvenzione, la quale quindi si pone in linea di continuità normativa con la precedente fattispecie delineata nel d.l. 33/2020. Anche su questo si consenta il rinvio a A. DELLA BELLA, *Quarantena obbligatoria*, cit., p. 775 ss.

Senza entrare nel dettaglio della disciplina, ci interessa in questa sede mettere in luce alcuni profili sui quali poi si tornerà nel corso della trattazione. In linea generale si può osservare che, sotto il profilo dei limiti costituzionali che incontra il legislatore nella criminalizzazione dell'inosservanza alle misure di contenimento del contagio che incidono così significativamente sulla sfera individuale del destinatario, il problema centrale che si pone è quello di verificare se la limitazione sia proporzionata, se sia cioè il frutto di un ragionevole bilanciamento degli interessi in gioco.

A monte, tuttavia, la legittimità della scelta legislativa dipende dal rispetto dei requisiti che la Costituzione stabilisce per la limitazione di singoli diritti fondamentali: operazione che presuppone la corretta identificazione del diritto 'sacrificato'. Ora, proprio sull'individuazione del diritto limitato dalla quarantena si è acceso un vivace dibattito. A fronte di chi riteneva che ci si ritrovasse al cospetto di una limitazione della libertà di circolazione (consentita dall'art. 16 Cost. per motivi di sanità), c'era chi riteneva invece che si trattasse di una limitazione della libertà personale: agli occhi di chi muoveva da tale presupposto la disciplina legislativa risultava incostituzionale, non prevedendo un intervento del giudice come richiesto dall'art. 13 Cost. La Corte costituzionale, chiamata sciogliere il dubbio sulla legittimità della contravvenzione sotto il profilo dell'art. 13 Cost., ha rigettato la questione sottoposta, ritenendo che il divieto di mobilità dall'abitazione fosse misura incidente solamente sulla libertà di circolazione<sup>67</sup>.

La contravvenzione in esame presenta poi profili di interesse anche in relazione al principio di offensività, posto che, nel punire il fatto in sé della violazione del divieto di allontanamento dal domicilio, la contravvenzione è costruita come un reato di pericolo astratto<sup>68</sup>: una scelta di per sé non peregrina, in considerazione dell'elevatissimo rango del bene tutelato. Si avrà modo più avanti di interrogarsi sulla legittimità o comunque sull'opportunità della scelta legislativa di configurare reati di pericolo astratto nella materia del contenimento del contagio<sup>69</sup>, ad ora basti osservare che – in ossequio alla giurisprudenza costituzionale, che su questo punto pare consolidata –

---

<sup>67</sup> Corte cost., 7 aprile 2022 (dep. 26 maggio 2022), n. 127, con nota di A. DELLA BELLA, *Quarantena obbligatoria*, cit., p. 772 ss.

<sup>68</sup> Sul punto cfr. in particolare le considerazioni di S. FIORE, «*Va', va' povero untorello, non sarai tu quello che spianti Milano*». *La rilevanza penale della violazione della quarantena obbligatoria*, in *Sist. pen.*, 11, 2020.

<sup>69</sup> Cfr. *infra*, cap. 6, par. 3.2.1.

il giudice potrà in ogni caso escludere la rilevanza penale di condotte che, alla luce delle circostanze del caso concreto, siano da considerarsi totalmente inoffensive: l'esempio che la dottrina utilizza a sostegno di questa tesi, ma che peraltro trae origine da un caso di cronaca<sup>70</sup>, è quello del soggetto positivo sottoposto a quarantena, che sia sorpreso nottetempo fuori casa, in una zona del tutto appartata e priva di passaggio, mentre era intento a buttare la spazzatura nel bidone di fronte a casa<sup>71</sup>.

Su un altro piano, la fattispecie è apparsa problematica (e lo è tuttora, posto che, come abbiamo detto, la disposizione è ancora vigente nel nostro ordinamento<sup>72</sup>) sotto il profilo della legalità: vengono in considerazione tanto questioni legate al rispetto della riserva di legge, quanto criticità sul piano della compatibilità con il canone della precisione della norma<sup>73</sup>.

Infine, vale la pena segnalare un grave problema di effettività della disposizione incriminatrice: a fronte di circa 4000 denunce nel primo anno applicativo della norma<sup>74</sup>, i procedimenti penali di cui si ha notizia (in quanto siano segnalati nelle banche dati giuridiche o nelle riviste giuridiche specializzate) si contano sulle dita di una mano e si tratta comunque di procedimenti sfociati in archiviazioni o in sentenze di assoluzione<sup>75</sup>. La ragione di tale *deficit* di effettività deve rin-

---

<sup>70</sup> "Torino, donna positiva al Coronavirus esce per gettare l'immondizia: denunciata su segnalazione dei vicini": così ad esempio titolava un quotidiano il 20 ottobre 2020 (cfr. [https://www.tgcom24.mediaset.it/cronaca/torino-donna-positiva-al-coronavirus-esce-per-gettare-limmondizia-denunciata-su-segnalazione-dei-vicini\\_24389735-202002a.shtml](https://www.tgcom24.mediaset.it/cronaca/torino-donna-positiva-al-coronavirus-esce-per-gettare-limmondizia-denunciata-su-segnalazione-dei-vicini_24389735-202002a.shtml)).

<sup>71</sup> Cfr. S. FIORE, «*Va', va' povero untorello*», cit. Per un caso di assoluzione fondata sull'inoffensività in concreto della condotta cfr. Trib. Milano 12 dicembre 2022, n. 3289 (inedita).

<sup>72</sup> Cfr. ora d.l. 22 aprile 2021, n. 52, conv. l. 17 giugno 2021, n. 87.

<sup>73</sup> S. FIORE, «*Va', va' povero untorello*», cit., parla, a proposito dell'ambigua formulazione della norma, di un "eccesso di semplificazione descrittiva". Cfr. *infra*, cap. 4, par. 3.2.

<sup>74</sup> Cfr. i dati contenuti nel "Monitoraggio dei servizi di controllo inerente le misure urgenti per il contenimento della diffusione del virus COVID-19", relativo al periodo marzo 2020-marzo 2021, pubblicato sul sito internet del Ministero dell'interno.

<sup>75</sup> Sulle banche dati giuridiche l'unico precedente, concluso con una assoluzione, è Trib. Lodi 29 agosto 2022, n. 290, cit. Cfr. poi anche Gip Milano, decreto 1 marzo 2021, in *Sist. pen.*, 16 marzo 2021, con nota di A. DELLA BELLA, *L'allontanamento dal domicilio del soggetto positivo al Covid tra problemi di diritto transitorio e inesistenza dei provvedimenti di quarantena*. Da ultimo, Trib. Milano 12 dicembre 2022, n. 3289, cit.

venirsi presumibilmente nel fatto che il Governo non si è preoccupato di dettare una regolamentazione dei profili attuativi del provvedimento di quarantena: per lungo tempo, quindi, prima che le autorità sanitarie si dotassero di una propria regolamentazione, ha regnato la più totale incertezza sui soggetti competenti ad emanare il provvedimento, sulle procedure applicative o sulle modalità di notifica. È chiaro quindi che, in presenza di una norma che in modo inequivoco subordina la configurabilità del reato alla presenza del provvedimento individuale di quarantena, la mancanza di tale provvedimento ha impedito che potesse attribuirsi rilevanza penale alla violazione dell'obbligo di isolamento del soggetto positivo<sup>76</sup>.

Andando più al fondo della questione, la scarsa attenzione mostrata dal legislatore nel garantire l'effettiva applicabilità della norma incriminatrice conferma quanto più sopra abbiamo osservato commentando le esperienze degli ordinamenti stranieri: che il diritto penale come strumento di rinforzo dell'osservanza delle misure di contenimento è stato valorizzato più nella sua dimensione precettiva che nella sua dimensione sanzionatoria. Quasi dappertutto, infatti, sono state minacciate pene – a volte pene severe – per chi avesse contravenuto alle misure restrittive, ma quasi mai tale minaccia si è tradotta in procedimenti penali ed in condanne<sup>77</sup>.

### 3.2. *L'epidemia colposa e gli altri delitti di evento*

Al terzo livello dei presidi sanzionatori forgiati per l'inosservanza delle misure di contenimento si collocano i delitti di evento. La configurabilità di delitti contro la salute pubblica o contro la persona in conseguenza della violazione delle misure di contenimento del contagio è prevista dal legislatore dell'emergenza attraverso due clausole

---

<sup>76</sup> Emblematica sul punto la sentenza di assoluzione del Tribunale di Lodi, che motiva l'assoluzione dell'imputato per insussistenza del fatto alla luce della "radicale assenza, già nella stessa rappresentazione del fatto addebitato all'imputato, di uno degli elementi materiali della fattispecie di reato astrattamente applicabile, consistente nell'emanazione e nell'effettiva percezione da parte del destinatario di un ordine dell'autorità amministrativa, di cui si assume la violazione". In dottrina, in questo senso cfr. A. DELLA BELLA, *L'allontanamento dal domicilio del soggetto positivo al Covid*, cit.; S. FIORE, «*Va', va' povero untorello*», cit.; G.L. GATTA, *I diritti fondamentali alla prova del coronavirus. Perché è necessaria una legge sulla quarantena*, in *Sist. pen.*, 2 aprile 2020.

<sup>77</sup> Cfr. *supra*, cap. 1, par. 2.

di sussidiarietà: la prima è quella contenuta nell'art. 4 co. 1 d.l. 19/2020, secondo cui il mancato rispetto delle misure di contenimento elencate nell'art. 1 co. 2 è punito con la sanzione amministrativa "salvo che il fatto costituisca reato"; la seconda è quella contenuta nell'art. 4 co. 3 dello stesso decreto, in base alla quale la violazione della quarantena del positivo è punita con le pene di cui all'art. 260 r.d. 1265/1034 "salvo che il fatto costituisca violazione dell'articolo 452 del codice penale o comunque più grave reato". Se l'effetto immediato di tali clausole era impedire il concorso di più illeciti, più in generale il richiamo a tali fattispecie valeva a rendere edotti i consociati delle ulteriori conseguenze che sarebbero potute derivare, sul piano della responsabilità penale, qualora dalla violazione, dolosa o colposa, delle misure di contenimento fosse derivato un evento lesivo, quali le lesioni o la morte o l'ulteriore propagazione dell'epidemia.

Tra i 'più gravi reati' cui genericamente la disposizione si riferisce, viene menzionato espressamente il delitto colposo di epidemia, previsto appunto nell'art. 452 c.p.: l'intento, qui esplicitato dal legislatore, è dunque quello di 'rifunionalizzare' una fattispecie che è stata introdotta nel codice Rocco per rispondere ad esigenze completamente diverse all'obiettivo di reprimere condotte di diffusione del contagio derivanti dall'inosservanza delle misure di contenimento introdotte con la legislazione pandemica. Il riferimento alla forma colposa della fattispecie di epidemia si spiega poi con il fatto che la crisi sanitaria, come è stato ben evidenziato in dottrina, ha configurato «un'emergenza da rischio a struttura colposa»<sup>78</sup>.

Occorre a questo punto evidenziare che, nelle originarie intenzioni del legislatore, la fattispecie in esame, collocata nel titolo VI del codice tra i delitti a tutela della pubblica incolumità, non era stata introdotta pensando a condotte di diffusione del contagio in una situazione di epidemia di origine naturale, ma era indirizzata ad evitare aggressioni alla salute collettiva da parte di chi avesse il possesso di "germi patogeni" in grado di provocare gravi malattie<sup>79</sup>: ciò emerge

---

<sup>78</sup> R. BARTOLI, *Il diritto penale al tempo del coronavirus: problematiche e prospettive*, in *Sist. pen.*, 24 aprile 2020. Anche M. PELISSERO, *Covid-19 e diritto penale pandemico*, cit., p. 530, parla di "ontologia colposa dell'epidemia" da Covid19.

<sup>79</sup> Come è stato bene messo in evidenza, il legislatore del '30 aveva in mente i foschi scenari del primo conflitto mondiale nel quale per la prima volta la scienza venne utilizzata per produrre armi batteriologiche: l'obiettivo era dunque quello, come si legge anche nei lavori preparatori, di evitare che "belve umane" si servissero di *virus* coltivati nei laboratori per provocare gravi aggressioni alla salute pubblica. Cfr. A. GARGANI, *Reati contro l'incolumità pubblica - II. Reati di comune*

chiaramente dalla formulazione dell'art. 438 c.p., che punisce “chiunque cagiona un'epidemia mediante la diffusione di germi patogeni”<sup>80</sup>.

Lasciando da parte le considerazioni, su cui torneremo, circa il fatto che la fattispecie di epidemia manifesta la sua inadeguatezza come strumento di tutela della salute collettiva in una situazione di crisi pandemica laddove presuppone che il pericolo per il bene giuridico tutelato si annidi esclusivamente nelle condotte di trasmissione del contagio da parte di soggetti che ne abbiano in qualunque modo il possesso<sup>81</sup>, ci si sofferma ora brevemente su alcuni profili strutturali della fattispecie dalla cui interpretazione discende l'utilizzabilità nel contesto pandemico.

Innanzitutto è bene evidenziare come la formulazione della norma lasci subito intendere che per la configurazione del fatto tipico occorre la verificazione di un evento, rappresentato appunto dall'epidemia, ossia la causazione di una malattia in una moltitudine di soggetti in un lasso circoscritto di tempo<sup>82</sup>.

Dottrina e giurisprudenza concordano poi sul fatto che si possa parlare di epidemia solo con riferimento a malattie che si caratterizzano per la loro capacità di diffondersi con grandissima velocità all'interno della popolazione: è del resto proprio il carattere di diffusività della malattia che giustifica l'inserimento della fattispecie in esame tra i delitti 'di comune pericolo' a tutela della incolumità e della salute pubblica<sup>83</sup>. Sotto questo profilo, non c'è dubbio che le caratte-

---

*pericolo mediante frode*, in C.F. Grosso, T. Padovani, A. Pagliaro, *Trattato di diritto penale. Parte speciale*, vol. IX, tomo II, 2013, p. 204.

<sup>80</sup> Sul delitto di epidemia all'interno di una completa trattazione dei delitti 'di comune pericolo' cfr. S. CORBETTA, *Delitti contro l'incolumità pubblica – II. I delitti di comune pericolo mediante frode*, in G. MARINUCCI, E. DOLCINI (diretto da), *Trattato di diritto penale. Parte speciale*, vol. II, tomo II, 2014, p. XX ss.; A. GARGANI, *Il danno qualificato dal pericolo. Profili sistematici e politico-criminali dei delitti contro l'incolumità pubblica*, 2005, p. 338 ss.; ID., *Reati contro l'incolumità pubblica*, cit., p. 2 ss.

<sup>81</sup> Cfr. *infra*, cap. 3, par. 2.

<sup>82</sup> Sulla configurazione dell'epidemia come delitto di evento, dottrina e giurisprudenza concordano. Sul punto, per tutti, S. CORBETTA, *Delitti contro l'incolumità pubblica*, cit., p. 93 ss.

<sup>83</sup> Osserva in questo senso Francesco Gargani che la fattispecie non è finalizzata tanto a “prevenire e reprimere la lesione di persone determinate, quanto, piuttosto, a contrastare il pericolo che la malattia si estenda ulteriormente, al di là ed oltre la cerchia delle persone infettate dall'agente, secondo un'autonoma ed incontrollabile dinamica causale in grado di interessare una pluralità indeterminata di individui. L'asse della tutela è, quindi, teleologicamente orientata verso le vittime potenziali piuttosto che verso quelle effettivamente colpite: il fondamento

ristiche del Covid-19 soddisfino i requisiti della fattispecie, trattandosi di un *virus* altamente trasmissibile, come dimostrano le cifre impressionanti relative al numero di contagi in Italia e nel mondo<sup>84</sup>.

Al di là di questo aspetto, tuttavia, l'utilizzabilità della fattispecie di epidemia prevista dal codice per reprimere condotte di diffusione del contagio nel contesto di un'emergenza sanitaria presuppone una interpretazione estensiva di diversi elementi del fatto<sup>85</sup>.

In primo luogo, occorre che il fatto di reato possa configurarsi non solo quando si dia origine ad una epidemia (come la disposizione codicistica sembrerebbe presupporre), ma anche quando si concorra a diffondere una epidemia già in atto. Su questo punto, non paiono in realtà sussistere problemi, potendosi far derivare questa conclusione dal principio della pluralità dei fattori causali *ex art.* 41 c.p.<sup>86</sup>.

In secondo luogo, l'utilizzabilità della fattispecie per reprimere le condotte di contagio nell'emergenza pandemica presuppone che si accetti l'interpretazione secondo cui il cagionare l'epidemia "mediante diffusione di germi patogeni" non presupponga necessariamente un possesso del *virus* fisicamente separato dalla persona, ma possa realizzarsi anche attraverso la trasmissione del *virus* da parte del soggetto infetto: tale ultima tesi, che ci pare compatibile con il dato testuale della norma, è quella attualmente accolta dalla maggior parte della dottrina e della giurisprudenza<sup>87</sup>.

---

dell'incriminazione dell'epidemia poggia più sul pericolo di «infezioni secondarie» (o ulteriori), che non sul danno delle persone infettate (c.d. infezioni primarie)", A. GARGANI, *Il danno qualificato dal pericolo*, cit., p. 349. Nello stesso senso, S. CORBETTA, *Delitti contro l'incolumità pubblica*, cit., p. 82. In giurisprudenza cfr. Cass., Sez. I, 30 ottobre 2019, n. 48014, ove si afferma che l'epidemia è "una malattia in grado di infettare, nel medesimo tempo e nello stesso luogo, una moltitudine di destinatari, recando con sé, in ragione della capacità di ulteriore espansione e di agevole propagazione, il pericolo di contaminare una porzione ancor più vasta di popolazione».

<sup>84</sup> Nel senso che il Covid-19 "è una patologia infettiva che ha, in astratto, tutte le caratteristiche di diffusività che caratterizzano – sul piano oggettivo – il delitto di epidemia" cfr. D. CASTRONUOVO, *I limiti sostanziali del potere punitivo nell'emergenza pandemica: modelli causali vs. modelli precauzionali*, in *Leg. pen.*, 10 maggio 2020, p. 10.

<sup>85</sup> Sul punto cfr. A. GARGANI, *La gestione dell'emergenza Covid-19: il "rischio penale" in ambito sanitario*, in *Dir. pen. proc.*, 7, 2020, p. 888, il quale avverte dei rischi di interpretazioni estensive della fattispecie funzionali al soddisfacimento di aspettative sociali di repressione, in nome del rango primario dei beni in gioco.

<sup>86</sup> Così M. PELISSERO, *Covid-19 e diritto penale pandemico*, cit., p. 526.

<sup>87</sup> In dottrina, S. CORBETTA, *Delitti contro l'incolumità pubblica*, cit., p. 82. Con specifico riferimento alla pandemia da Covid-19, cfr., tra gli altri, D. CASTRONUOVO

In terzo luogo, si discute della configurabilità del delitto di epidemia nella forma omissiva. La questione è controversa e dalla sua soluzione discende la possibilità di utilizzare la fattispecie per reprimere le condotte, essenzialmente colpose, di titolari di posizioni di garanzia ai quali si contesti di aver propagato il contagio per effetto della mancata predisposizione delle misure di contenimento prescritte. Il riferimento è a coloro che, per la posizione che occupano o l'attività che svolgono, si trovano a gestire in primo piano la crisi sanitaria: quindi, ad esempio, ai datori di lavoro, agli amministratori di ospedali o di RSA, ai direttori di istituti penitenziari o di REMS, così come al personale medico e alle autorità sanitarie<sup>88</sup> ed anche ai decisori politici a tutti i livelli (a partire dai componenti del Governo, sino ai presidenti di regione, ai sindaci ...).

Chi nega la configurabilità del delitto in forma omissiva parte dal presupposto che il delitto in esame sia a forma vincolata e non consenta dunque la conversione in reato omissivo proprio *ex art.* 40 co. 2 c.p.<sup>89</sup>. A favore della configurabilità di un'epidemia omissiva si colloca invece chi ritiene che la fattispecie di epidemia possa considerarsi come un reato a forma libera<sup>90</sup> o chi ritiene che si possa attribuire rilievo alle condotte omissive facendo ricorso allo schema del concorso omissivo nel reato commissivo<sup>91</sup>. Anche la giurisprudenza, nelle

---

VO, *I limiti sostanziali del potere punitivo*, p. 10; M. PELISSERO, *Covid-19 e diritto penale pandemico*, p. 524. In giurisprudenza, con riferimento a casi di contagio da HIV (per i quali poi non è stato riconosciuto il delitto di epidemia), Cass. 30 ottobre 2019, n. 48014, in *Sist. pen.*, 19 dicembre 2019, con nota di F. LAZZERI, *Prova della causalità individuale e configurabilità del delitto di epidemia in un caso di contagi plurimi da HIV tramite rapporti sessuali non protetti*. Contra A. GARGANI, *Il danno qualificato dal pericolo*, cit., p. 343; posizione che risulta ribadita dall'Autore con riferimento alla pandemia da Covid-19, in *La gestione dell'emergenza Covid-19*, cit., p. 888.

<sup>88</sup> Sull'articolato sistema dei garanti della salute pubblica nel caso di diffusione di malattie infettive delineato nel testo unico delle leggi sanitarie (r.d. 1265/1934) cfr. S. CORBETTA, *Delitti contro l'incolumità pubblica*, cit., p. 17 ss.

<sup>89</sup> In dottrina A. GARGANI, *Reati contro l'incolumità pubblica*, cit., p. 213.

<sup>90</sup> In questo senso S. CORBETTA *Delitti contro l'incolumità pubblica*, cit., p. 16, il quale ritiene che l'indicazione contenuta nella norma (secondo cui l'epidemia deve realizzarsi "mediante la diffusione di germi patogeni") non selezionerebbe una modalità della condotta ma descriverebbe l'evento, circoscrivendo come rilevanti le sole malattie infettive.

<sup>91</sup> Così A.H. BELL, *Il reato di epidemia nel contesto della pandemia da Covid-19: problemi ermeneutici e rapporti con le fattispecie di omicidio*, in *Sist. pen.*, 24 ottobre 2022. Nello stesso senso cfr. anche S. ZIRULIA, *Nesso di causalità e contagio da Covid-19*, in *Sist. pen.*, 20 aprile 2022.

poche sentenze pronunciate sul delitto in esame, oscilla tra le due possibili letture della disposizione<sup>92</sup>.

In ogni caso, anche a voler ammettere la configurabilità dell'epidemia in forma omissiva, il reale problema, che è stato individuato dalla dottrina prima ancora che si manifestasse nella prassi, attiene alla capacità di una fattispecie come quella delineata negli artt. 438-452 c.p. a rispondere agli obiettivi di tutela della salute collettiva in un contesto di emergenza sanitaria. Basti qui osservare che la vicenda pandemica ha dimostrato la sostanziale inutilizzabilità di fattispecie costruite sul modello dei reati di evento e ciò in ragione delle insormontabili difficoltà nell'accertamento del nesso causale, che si riscontrano laddove il veicolo del contagio, come nel caso del *virus SARS-CoV-2*, sia rappresentato da un *virus* altamente trasmissibile e 'ubiquitario'<sup>93</sup>; difficoltà che sono poi destinate a crescere laddove la

---

<sup>92</sup> Nel senso che "non è configurabile la responsabilità a titolo di omissione in quanto l'art. 438 cod. pen., con la locuzione 'mediante la diffusione di germi patogeni', richiede una condotta commissiva a forma vincolata, incompatibile con il disposto dell'art. 40, comma secondo, cod. pen., riferibile esclusivamente alle fattispecie a forma libera", cfr. Cass., 4 marzo 2021, n. 20416, che si è pronunciata sull'epidemia di Covid-19, in sede cautelare, in relazione al sequestro di una RSA, in un procedimento per epidemia colposa a carico dell'amministratore della struttura sanitaria (in particolare all'imputato si contesta di non aver integrato il documento di valutazione dei rischi (DVR) secondo le procedure prescritte dalla legislazione pandemica). Sembrerebbe invece orientata in senso opposto, nel senso cioè della configurabilità dell'epidemia in senso omissivo, Cass. 30 ottobre 2019, n. 48014 (relativamente ad un contagio da HIV), laddove osserva che l'art. 438 c.p. "non seleziona le condotte diffusive rilevanti e richiede, con espressione quanto mai ampia, che il soggetto agenti procuri una epidemia, mediante la diffusione di germi patogeni, senza individuarsi in che modo debba avvenire questa diffusione".

<sup>93</sup> Nel senso dell'impossibilità, o quanto meno della grave problematicità, della verifica del nesso causale dovuta alla diffusione ubiquitaria del *virus* e alla molteplicità delle occasioni di contagio cfr., tra i tanti, R. BARTOLI, *La responsabilità colposa medica e organizzativa al tempo del coronavirus*, cit., p. 92; O. DI GIOVINE, *Coronavirus, diritto penale e responsabilità datoriali*, in *Sist. pen.*, 22 giugno 2020, p. 3; A. GARGANI, *La gestione dell'emergenza Covid-19*, cit., p. 894; V. MONGILLO, *Salute e sicurezza nei luoghi di lavoro in tempi di pandemia. Profili di responsabilità individuale e dell'ente per contagio da coronavirus*, in *Dir. pen. cont. Riv. trim.*, 2, 2020, p. 41 ss.; M. PELISSERO, *Covid-19 e diritto penale pandemico*, cit., p. 538; P. VENEZIANI, *La colpa penale nel contesto dell'emergenza Covid-19*, in *Sist. pen.*, 28 aprile 2022. Prospetta la possibilità di impiegare, in questo contesto, le evidenze epidemiologiche nell'accertamento della causalità individuale S. ZIRULLA, *Nesso di causalità e contagio da Covid-19*, cit.; cfr. anche D. CASTRONUOVO, *I limiti sostanziali del potere punitivo nell'emergenza pandemica*, cit. p. 11, il quale non esclude aprioristicamente tale eventualità.

condotta sia contestata in forma omissiva, dovendosi in questo caso dimostrare che l'adozione delle misure omesse avrebbe impedito l'evento epidemico contestato<sup>94</sup>.

In effetti, per lo meno sino ad oggi (e per quanto a noi consti), i procedimenti penali avviati per i reati di epidemia colposa non paiono aver superato la fase delle indagini preliminari, essendo state le stesse Procure a rinunciare al processo chiedendo l'archiviazione e ciò sia nel caso in cui gli autori fossero singoli 'untori', accusati di aver propagato il morbo in ragione della violazione delle misure di contenimento, sia nel caso di titolari di posizioni di garanzia, ai quali il reato era stato contestato in forma omissiva per non avere adottato misure preventive idonee ad evitare il contagio<sup>95</sup>.

Esulano invece dalle caratteristiche strutturali proprie della fattispecie di epidemia gli ulteriori problemi che si pongono sul piano della colpa: qui la complessità dell'accertamento deriva dall'eccezionalità del contesto in cui i soggetti garanti si sono trovati ad operare. Se rivolgiamo l'attenzione agli operatori sanitari, la misura del rimprovero deve tener conto, da un lato, dello stato di totale incertezza scientifica nel quale, soprattutto inizialmente, si brancolava; dall'altro, dalla drammatica carenza di risorse e di personale<sup>96</sup>. Queste ultime riflessioni hanno poi trovato un'eco nelle c.d. norme scudo emanate dal legislatore pandemico: nelle disposizioni in oggetto, infatti, il

---

<sup>94</sup> Significativa in questo senso la motivazione della già citata sentenza della Cass. 20416/2021. Nella sentenza i giudici – pur avendo premesso di non ritenere configurabile l'epidemia nella forma omissiva – affermano che, se anche si ammettesse una tale possibilità, nel caso concreto “alla stregua del giudizio contro fattuale, ipotizzando come realizzata la condotta doverosa ed omessa dall'indagato” non sarebbe però possibile “desumere con alto grado di credibilità logica o credibilità razionale che la diffusione/contrazione del *virus* Covid-19 nei pazienti e nei dipendenti della casa di riposo sarebbe venuta meno. Non è da escludere, infatti, che qualora l'indagato avesse integrato il documento di valutazione dei rischi e valutato il rischio biologico (...) la propagazione del *virus* sarebbe comunque avvenuta per fattori causali alternativi (come ad esempio per la mancata osservanza delle prescrizioni impartite nel d.P.c.m. per le case di riposo quali di indossare le mascherine protettive, del distanziamento o dell'isolamento dei pazienti già affetti da Covid, ovvero a causa del ritardo negli esiti del tampone)”.

<sup>95</sup> Il fatto non è sfuggito alla stampa; cfr. ad esempio l'articolo apparso su *Il Foglio*, *Le giuste archiviazioni sulle morti nelle RSA. A insistere è solo la procura di Bergamo*, <https://www.ilfoglio.it/giustizia/2022/04/29/news/le-giuste-archiviazioni-sulle-morti-nelle-RSA-a-insistere-e-solo-la-procura-di-bergamo-3953641/>.

<sup>96</sup> Cfr. F. PALAZZO, *Pandemia e responsabilità colposa*, cit. Riconosce le gravi difficoltà di applicazione del modello della colpa penale nel contesto dell'emergenza sanitaria M. PELISSERO, *Covid-19 e diritto penale pandemico*, cit., p. 539 ss.

legislatore, rispondendo alle istanze di contenimento della responsabilità penale provenienti dai soggetti titolari delle posizioni di garanzia, è intervenuto proprio sul piano della colpa, vuoi circoscrivendo (più o meno efficacemente) le regole cautelari da porre a base del giudizio di colpa, così da depotenziare la *vis* espansiva della colpa generica<sup>97</sup>, vuoi limitando il rimprovero di colpa ai soli casi di colpa grave<sup>98</sup>.

---

<sup>97</sup> Cfr. in questi termini V. MONGILLO, *Salute e sicurezza nei luoghi di lavoro in tempi di pandemia*, cit., p. 48. In questo senso cfr. sia l'art. 29 *bis* d.l. 23/2020, sia l'art. 3 d.l. 44/2021.

<sup>98</sup> Art. 3 *bis* d.l. 44/2021. Per alcune considerazioni sulla conformazione della colpa nel contesto dell'emergenza sanitaria cfr. *infra*, cap. 7, par. 5.1. ss.

**SEZIONE II**

**I PRINCIPI PENALISTICI ALLA PROVA  
DELL'EMERGENZA SANITARIA**



## CAPITOLO 3

# I BENI GIURIDICI IN GIOCO E LE ESIGENZE DI TUTELA PENALE

SOMMARIO. 1. Considerazioni preliminari relative all'oggetto dell'indagine. – 2. I beni giuridici coinvolti in situazioni di emergenza sanitaria: le esigenze di anticipazione della tutela in presenza di un 'pericolo comune'. – 2.1. La salvaguardia del sistema sanitario come bene giuridico intermedio in contesti di emergenza sanitaria per la tutela della salute collettiva. – 3. Gli obblighi di tutela a carico dello Stato in una situazione di emergenza pandemica. – 4. La discrezionalità del legislatore nella scelta delle strategie di tutela, tra raccomandazioni e obblighi a carico del consociato: il tema dei doveri di solidarietà sociale *ex art. 2 Cost.* – 5. La discrezionalità del legislatore tra paradigma preventivo e paradigma punitivo. – 5.1. Alcune riflessioni sull'utilizzo delle misure preventive nella materia del contenimento del contagio.

### *1. Considerazioni preliminari relative all'oggetto dell'indagine*

Come si è anticipato nelle pagine introduttive, l'obiettivo del lavoro è di riflettere su di un modello di intervento punitivo per il contenimento del contagio coerente con i principi che, nel nostro ordinamento, governano il diritto penale.

Tale indagine, che svilupperemo nei prossimi capitoli, presuppone che si siano preliminarmente affrontate alcune questioni.

Innanzitutto, al fine di articolare in modo razionale il sistema di tutela, è necessario individuare con precisione quale sia l'obiettivo dell'intervento punitivo e dunque quali siano i beni giuridici che reclamano una protezione nella situazione di emergenza sanitaria.

In secondo luogo, occorre chiedersi se lo Stato possa, e a quale titolo, limitare diritti e libertà fondamentali dei cittadini per salvaguardare la salute pubblica e, in particolare, la salute di altri, ossia dei soggetti che, per età o per condizioni personali, sono esposti a gravi conseguenze per effetto del contagio: si tratta di una domanda

ineludibile anche per il penalista, perché – solo in caso di risposta positiva – ci si potrà poi chiedere se sia legittimo sanzionare l'inosservanza degli obblighi imposti con sanzioni punitive.

Va sottolineato che, nel riferirci all'“intervento punitivo” dello Stato, si assumerà la prospettiva ampia di ‘materia penale’, di derivazione convenzionale. Secondo tale prospettiva, nella categoria degli illeciti penali si includono non solo gli illeciti sanzionati con la pena, ma anche quelli presidiati con sanzioni punitive, a prescindere dalla qualifica formale della sanzione: tale nozione ampia di materia penale è funzionale, come noto, a consentire l'estensione delle garanzie penalistiche (o, meglio, di alcune garanzie penalistiche) anche agli illeciti che, pur non essendo formalmente penali, possano considerarsi tali nella sostanza e ciò al fine di evitare una ‘truffa delle etichette’ da parte del legislatore.

È questa un'idea nata e sviluppatasi all'interno della giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo ed ormai radicata anche nel nostro patrimonio culturale, grazie al progressivo accoglimento di una nozione sostanziale di materia penale da parte della giurisprudenza costituzionale<sup>1</sup>. Si è osservato in dottrina che, dei tre criteri che la Corte di Strasburgo ha enucleato per individuare i confini della materia penale (a partire dal *leading-case* Engel v. Paesi Bassi), il secondo criterio, ossia quello attinente alla ‘natura dell'illecito’, oltre ad essere il più frequentemente utilizzato quando si tratta di applicare i principi penalistici a misure extra-penali, è anche quello che rappresenta “il tratto distintivo della criteriologia convenzionale della materia penale”<sup>2</sup>. Secondo quanto può ricavarsi dalla giurisprudenza (a dire il vero) non sempre univoca della Corte europea, un illecito può pertanto dirsi punitivo quando la sanzione che consegue alla violazione del precetto è stata posta dal legislatore al precipuo scopo di infliggere un pregiudizio al trasgressore, come rimprovero per il fatto commesso, e con una finalità di deterrenza, nella logica dunque della funzione di prevenzione generale propria delle pene<sup>3</sup>.

---

<sup>1</sup> Sulla progressiva estensione delle garanzie costituzionali proprie della materia penale a misure punitive non penali, cfr. L. MASERA, *La nozione costituzionale di materia penale*, 2018; F. MAZZACUVA, *Le pene nascoste – Topografia delle sanzioni punitive e modulazione dello statuto garantistico*, 2017.

<sup>2</sup> L. MASERA, *La nozione costituzionale di materia penale*, cit., p. 57.

<sup>3</sup> Affermare che le sanzioni punitive trovano il loro fondamento giustificativo nella violazione già commessa e non nell'esigenza di prevenire un danno futuro non significa disconoscere che esse si legittimano nell'ordinamento per la loro

La ragione per la quale, in un lavoro che si propone di indagare i limiti del potere punitivo dello Stato in contesti di emergenza sanitaria, è necessario prendere in considerazione anche le sanzioni punitive non formalmente penali si coglie già solo considerando le prime vicende che hanno interessato la legislazione pandemica: come si ricorderà, infatti, il legislatore italiano nel giro di poche settimane ha sostituito le pene, inizialmente previste come risposta all'inosservanza delle misure di contenimento, con sanzioni amministrative, ritenendole maggiormente efficaci rispetto allo scopo di tutela da perseguire. È evidente, in questo contesto, che la qualifica formalmente amministrativa delle nuove sanzioni non ne ha fatto venire meno il carattere sostanzialmente 'punitivo' ed è altrettanto evidente, ci pare, che la diversa natura della sanzione non abbia fatto venire meno l'esigenza di interrogarsi sui limiti del potere punitivo a tutela dei diritti e delle libertà individuali<sup>4</sup>.

## ***2. I beni giuridici coinvolti in situazioni di emergenza sanitaria: le esigenze di anticipazione della tutela in presenza di un 'pericolo comune'***

Al fine di individuare i principi in grado di vincolare la discrezionalità del legislatore nelle scelte punitive correlate alla gestione di una emergenza sanitaria, occorre in primo luogo fare chiarezza su

---

funzione di prevenzione, in quanto strumento di tutela dei beni giuridici essenziali per la collettività. Cfr. sul punto F. VIGANÒ, *Garanzie penalistiche e sanzioni amministrative*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 4, 2020, p. 1776.

<sup>4</sup>Nel senso che la qualifica formalmente amministrativa della nuova disciplina sanzionatoria non ne ha fatto venire meno il carattere sostanzialmente punitivo cfr. M. PELISSERO, *Covid-19 e diritto penale pandemico. Delitti contro la fede pubblica, epidemia e delitti contro la persona alla prova dell'emergenza sanitaria della nuova disciplina sanzionatoria*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2, 2020, p. 509, il quale osserva che la sanzione amministrativa "ha mantenuto la funzione deterrente", che anzi è stata rinforzata "rispetto a quella (debole) della precedente contravvenzione che poteva essere estinta dall'ammissione all'oblazione". Nello stesso senso, anche A. BERNARDI, *Il diritto penale alla prova della covid-19*, in *Dir. pen. proc.*, 4, 2020, p. 445; C. CUPELLI, *Emergenza Covid-19: dalla punizione degli "irresponsabili" alla tutela degli operatori sanitari*, in *Sist. pen.*, 30 marzo 2020; D. PIVA, *Il diritto penale ai tempi del coronavirus: troppo su inosservanza e poco sul carcere*, in *Arch. pen.*, 1, 2020, p. 10; F. TRIPODI, *Norma penale e biosicurezza. Osservazioni sul diritto punitivo emergenziale di ultima generazione*, in *Leg. pen.*, 27 gennaio 2021.

quali siano gli obiettivi di tutela: quali siano cioè i beni giuridici che in un tale contesto richiedono di essere salvaguardati.

Con tutta evidenza, il bene esposto a pericolo è innanzitutto quello della vita. Il numero dei morti nella recente pandemia lo dimostra tragicamente: solo in Italia, le vittime del Covid sono state (ad oggi) circa 180.000, nella maggior parte dei casi persone anziane e soggetti per altro verso fragili<sup>5</sup>.

Insieme alla vita, l'altro bene esposto gravemente a pericolo in una situazione di emergenza sanitaria è quello della salute, nozione quest'ultima da intendersi come stato di integrità fisica e psichica della persona, che può essere compromessa da fattori suscettibili di innescare processi patologici<sup>6</sup>: sotto questo profilo, sempre utilizzando come parametro di riferimento la pandemia da Covid-19, sappiamo che l'infezione derivante dal contatto con il *virus*, laddove non provochi la morte, può cagionare malattie assai gravi le cui conseguenze, quando non irreversibili, possono protrarsi anche per lunghissimo tempo (il c.d. *long Covid*)<sup>7</sup>. Vita e salute, dunque, sono la posta in gioco: sono questi i beni che saranno da mettere sul piatto della bilancia per 'soppesare' la legittimità dei sacrifici che le misure di contenimento del contagio comportano.

Non può poi mettersi in discussione che il rango primario della vita e della salute di ciascuno dei consociati, che certamente costituiscono i 'beni finali', giustifica un'anticipazione della tutela ad un momento in cui i singoli beni individuali non sono ancora stati aggrediti.

L'esigenza, in presenza di pericoli che incombono sull'intera collettività, di anticipare la tutela ad un momento in cui l'offesa non si è ancora diretta verso uno specifico individuo è ciò che sta alla base della nozione di 'salute collettiva', che rappresenta, come è stato effi-

---

<sup>5</sup> Il dato è aggiornato al 30 novembre 2022. Per la pubblicazione di dati, in costante aggiornamento, sul numero di contagi e decessi per Covid-19, cfr. il *dashboard online* della Protezione civile.

<sup>6</sup> Nel senso che, rispetto ad una concezione ampia di salute, quale ad esempio quella accolta dall'Organizzazione mondiale della sanità (che intende la salute come "stato di completo benessere fisico, mentale e sociale"), ai fini penalistici, "per ragioni di certezza e di determinatezza", si debba accogliere una nozione più ristretta di salute, da intendersi come "assenza di malattia", cfr. A. GARGANI, *Reati contro l'incolumità pubblica – II. Reati di comune pericolo mediante frode*, in C.F. Grosso, T. Padovani, A. Pagliaro, *Trattato di diritto penale. Parte speciale*, vol. IX, tomo II, 2013, p. 56 ss.

<sup>7</sup> Tra gli studi scientifici più accreditati in materia, cfr. C.H. SUDRE *et al.*, *Attributes and predictors of long Covid*, in *Nature Medicine*, 2021, vol. 27, p. 626 ss.

cacemente scritto, un “espediente concettuale” funzionale a questo obiettivo<sup>8</sup>.

L'idea che, per tutelare la vita e la salute degli individui in presenza di ‘pericoli comuni’<sup>9</sup>, ossia pericoli caratterizzati dall'elevata diffusività e dall'essere diretti verso una pluralità indeterminata di soggetti, occorra ‘interporre’ beni collettivi che consentano di utilizzare il diritto penale in chiave preventiva, intervenendo cioè prima che si verifichi l'offesa nei confronti del bene individuale ‘finale’, risale del resto alla tradizione legislativa ottocentesca ed ha avuto una importante elaborazione teorica da parte della dottrina penalistica<sup>10</sup>.

Alcune pagine del *Programma del corso di diritto criminale* di Carrara sul concetto di salute pubblica e sulla categoria dei reati “contro la sanità pubblica” sono di straordinaria attualità. Scriveva infatti Carrara che “reati contro la pubblica sanità dovranno essere tutti gli atti pei quali certe sostanze inservienti alla nutrizione, al mantenimento della vita di un aggregato di uomini, ed in generale alle loro necessità giornaliere verranno a corrompersi, ad infettarsi ed a convertirsi in causa di morbi, deteriorazioni di salute ed ancora mortalità di un numero indefinito di cittadini, e possibilmente ancora di tutti. È innegabile che tutti gli abitanti di una città hanno ugualmente diritto che non s'infetti l'aria che li circonda e chi viola tale diritto non offende uno solo individuo o una sola famiglia determinata, ma *offende direttamente tutti i consociali, perché viola un diritto a tutti comune*: e lo stesso dicasi dell'acqua e di ogni altra cosa possibilmente accessibile all'uso di tutti. (...). Ecco l'idea della presente classe”<sup>11</sup>.

---

<sup>8</sup> L'espressione è di S. ARDIZZONE, *Incolunità pubblica (delitti e contravvenzioni contro la)*, in *Dig. disc. pen.*, 1992, VI, p. 365. Sulle esigenze di anticipazione della tutela penale che caratterizzano i reati a tutela della salute pubblica cfr. M. DONINI, *Modelli di illecito penale minore. Un contributo alla riforma dei reati di pericolo contro la salute pubblica*, in M. DONINI, D. CASTRONUOVO (a cura di), *La riforma dei reati contro la salute pubblica*, 2007, p. 207 ss., nonché A. GARGANI, *Il danno qualificato dal pericolo. Profili sistematici e politico-criminali dei delitti contro l'incolumità pubblica*, 2005.

<sup>9</sup> Sul ‘pericolo comune’ come criterio generale di caratterizzazione dell'offesa alla salute pubblica cfr. A. GARGANI, *Reati contro l'incolumità pubblica*, cit., p. 70 ss.

<sup>10</sup> Sull'origine e sull'evoluzione della categoria dei reati contro la salute pubblica cfr. A. GARGANI, *Il danno qualificato dal pericolo*, cit., p. 3 ss.

<sup>11</sup> F. CARRARA, *Programma del corso di diritto criminale. Parte speciale*, vol. VI, VIII ed., 1912, p. 338. Sulla centralità del contributo di Francesco Carrara nel dibattito dottrinale di fine '800 su tali temi, cfr. in particolare M. DONINI, *Modelli di illecito minore*, cit., p. 207 ss.

Come noto, nel codice penale la tutela della salute collettiva è affidata ai “delitti di comune pericolo mediante frode” (libro II, titolo VI, capo II): un insieme di fattispecie legali il cui disvalore si rinviene nel ‘comune pericolo’ per la vita e la salute dei consociati generato dalle condotte ivi descritte, ossia un pericolo che si caratterizza per la sua elevata capacità di diffusione e per l’essere diretto ad una moltitudine indeterminata di soggetti<sup>12</sup>.

Secondo l’impostazione accolta, pur con diverse sfumature, dalla prevalente dottrina e giurisprudenza, la salute pubblica – nozione di per sé non univoca e caratterizzata anzi da un’elevata dose di vaghezza – costituirebbe un concetto di sintesi, con il quale si indica, secondo alcuni, l’insieme del bene vita e salute di ciascun componente della collettività<sup>13</sup> o, secondo altri, un interesse sovra-individuale e diffuso, riferibile alla collettività in quanto tale<sup>14</sup>.

È chiaro che la salute pubblica è un bene ‘di categoria’, che assume poi connotati diversi a seconda dello specifico settore interessato. Negli ultimi decenni si è assistito ad un’impetuosa crescita della legislazione penale complementare a tutela della incolumità pubblica, e in particolare della salute pubblica, nei settori della sicurezza del lavoro, della sicurezza dei prodotti (sia quelli di consumo, sia quelli

---

<sup>12</sup> Pacifica, in dottrina, la considerazione che, nel codice penale, la salute pubblica rappresenta un profilo dell’incolumità pubblica che trova specifica tutela nel capo II del titolo VI, dedicato ai delitti di comune pericolo mediante frode. Sul punto cfr., per tutti, S. CORBETTA, *Delitti contro l’incolumità pubblica*, cit., p. 13 ss. Che la distinzione fondata sulla violenza o sulla frode sia oramai totalmente screditata è dimostrata dal fatto che il d.d.l. 2427 di riforma dei reati a tutela della salute pubblica e della sicurezza alimentare propone la modifica all’intitolazione del titolo VI (Dei delitti contro l’incolumità e la salute pubblica) e dei capi I e II, che vengono ridenominati, rispettivamente, Dei delitti di comune pericolo contro l’incolumità pubblica e Dei delitti di comune pericolo contro la salute pubblica e la sicurezza delle acque, degli alimenti e dei medicinali. Sul punto cfr. D. CASTRONUOVO, *La riforma dei reati a tutela della salute pubblica e della sicurezza alimentare. Appunti sul d.d.l. 2427*, in *Dir. pen. cont. Riv. trim.*, 4, 2020, p. 169 s.

<sup>13</sup> Così ad esempio S. CORBETTA, *Delitti contro l’incolumità pubblica*, cit. 15 ss. Tra gli Autori che accolgono tale tesi, alcuni ritengono tuttavia che con la nozione di salute pubblica il legislatore abbia inteso tutelare un *quid pluris* rispetto alla mera somma dei beni individuali, ossia il senso di sicurezza a cui i consociati nel loro insieme aspirano e che invece è turbato dal particolare allarme sociale che i fatti descritti nelle fattispecie di cui al capo II del titolo VI suscitano. Così CADOPPI-VENEZIANI, *Elementi di diritto penale. Parte speciale. Introduzione e analisi dei titoli*, 2010, p. 165 ss.

<sup>14</sup> Così A. GARGANI, *Reati contro l’incolumità pubblica*, cit., p. 54 ss., al quale si rimanda anche per un’esauriente ricostruzione delle diverse posizioni dottrinali sulla nozione in esame.

farmaceutici), della sicurezza ambientale, della disciplina degli stupefacenti. Tutti settori in relazione ai quali si è sviluppato un importante dibattito dottrinale – tanto sulla fisionomia del bene giuridico, quanto sulle tecniche di tutela – culminato infine in proposte di riforma legislativa, in attesa (da anni) di essere sottoposte al vaglio parlamentare<sup>15</sup>.

Analoga elaborazione concettuale non ci pare aver invece investito il problema della protezione della vita e della salute della collettività in situazioni di emergenza sanitaria, come nel caso di eventi epidemici di rilevante gravità.

A differenza di ordinamenti a noi vicini, che sono dotati – e non da ora – di articolate legislazioni finalizzate alla prevenzione della diffusione delle malattie infettive, con relativo apparato di sanzioni amministrative e penali destinate a colpire le violazioni degli obblighi previsti (tanto a carico delle autorità amministrative competenti e del personale sanitario, quanto dei singoli cittadini, in quanto tenuti a rispettare le norme di contenimento del contagio ivi previste)<sup>16</sup>, nel nostro sistema, prima della legislazione emergenziale di contrasto al Covid-19, l'unica disposizione finalizzata a reprimere la diffusione di malattie infettive (a parte alcune desuete contravvenzioni contenute nel t.u. delle leggi sanitarie del 1934)<sup>17</sup> era quella relativa al delitto di

---

<sup>15</sup>In dottrina cfr. M. DONINI, D. CASTRONUOVO (a cura di), *La riforma dei reati contro la salute pubblica*, 2008. Cfr. poi, a commento dell'articolato e delle linee guida elaborati dalla Commissione Caselli (Linee guida per lo schema di disegno di legge recante "Nuove norme in materia di reati agroalimentari", 14 ottobre 2015), M. DONINI, *Il progetto 2015 della commissione Caselli. Sicurezza alimentare e salute pubblica nelle linee di politica criminale della riforma dei reati agroalimentari*, in *Dir. pen. cont. Riv. trim.*, 1, 2016, p. 4 ss. I lavori della Commissione sono poi stati trasfusi nel d.d.l. 2427 (Nuove norme in materia di illeciti agro-alimentari), pendente in Parlamento sino alla fine della XVIII legislatura.

<sup>16</sup>Cfr. ad esempio l'ordinamento tedesco, ove, come si avrà modo di vedere meglio più avanti, esiste dal 2000 una legge organica, finalizzata alla prevenzione ed al contrasto della diffusione di malattie infettive (*Infektionsschutzgesetz*, IfSG).

<sup>17</sup>Il riferimento è, in particolare, alle contravvenzioni, di fatto disapplicate, contenute nel capo I, tit. V del testo unico delle leggi sanitarie (r.d. 27 luglio 1934, n. 1265), tra le quali ad esempio la contravvenzione di cui all'art. 254, che sanziona la violazione dell'obbligo posto a carico di ogni esercente la professione sanitaria di denunciare tempestivamente i casi di malattia infettiva di cui sia venuto a conoscenza nell'esercizio della sua professione; o quella di cui all'art. 256, che sanziona "i medici condotti e gli altri medici esercenti nel comune" che non ottemperino all'obbligo di prestare attività di assistenza e profilassi nel caso di diffusione di una malattia infettiva; o, ancora, quella di cui all'art. 257, che sanziona il personale abilitato all'esercizio della professione sanitaria che non ottemperi all'obbligo di "prestare l'opera sua per prevenire o combattere la diffusione di ma-

epidemia, che punisce, tanto a titolo di dolo (art. 438 c.p.), quanto a titolo di colpa (art. 452 c.p.), chi “cagiona un’epidemia mediante la diffusione di germi patogeni”: una disposizione che, nella forma colposa, è stata richiamata con riferimento alla violazione della quarantena da parte del soggetto positivo<sup>18</sup>.

Al di là delle difficoltà di accertamento probatorio che derivano dalla struttura dell’epidemia, quale reato di evento, a cui più sopra si è fatto cenno<sup>19</sup>, interessa in questa sede svolgere alcune riflessioni sull’adeguatezza di tale fattispecie rispetto agli obiettivi di tutela che si impongono in una situazione di emergenza sanitaria.

### 2.1. *La salvaguardia del sistema sanitario come bene giuridico intermedio in contesti di emergenza sanitaria per la tutela della salute collettiva*

Nel subordinare la responsabilità penale ad una condotta di ‘diffusione di germi patogeni’, la fattispecie codicistica prevista negli artt. 438 e 452 c.p. – al di là del dibattito attuale sulla possibile configurabilità in forma omissiva<sup>20</sup> – sottende l’idea che il pericolo per la salute collettiva in una situazione epidemica sia rappresentato dalla trasmissione del *virus* da parte dei soggetti che ne abbiano il ‘possesso’ e quindi anche, sulla base di una interpretazione estensiva accolta dalla maggior parte della dottrina e della giurisprudenza, da parte dei soggetti infetti<sup>21</sup>.

---

lattie infettive”; o, infine, quella di cui all’art. 260 (che è stata ‘riesumata’ dal d.l. 19/2020, anche se solo *quoad poenam*), che punisce chi “non osserva un ordine legalmente dato per impedire l’invasione o la diffusione di una malattia infettiva dell’uomo”.

<sup>18</sup> Cfr. art. 4 co. 6 d.l. 19/2020, secondo cui “Salvo che il fatto costituisca violazione dell’articolo 452 del codice penale o comunque più grave reato, la violazione della misura di cui all’articolo 1, comma 2, lettera e), è punita ai sensi dell’articolo 260 del regio decreto 27 luglio 1934, n. 1265, Testo unico delle leggi sanitarie (...)”.

<sup>19</sup> Cfr. *supra*, cap. 2, par. 3.2.

<sup>20</sup> Per le diverse posizioni che si confrontano, in dottrina ed in giurisprudenza, circa la configurabilità del delitto di epidemia in forma omissiva, cfr. *supra*, cap. 2, par. 3.2.

<sup>21</sup> Sul diverso contesto criminologico che aveva in mente il legislatore storico all’atto dell’introduzione della fattispecie di epidemia, cfr. *supra*, cap. 2, par. 3.2. *Ivi* anche per le interpretazioni estensive della disposizione, avallate da dottrina e giurisprudenza.

La drammatica esperienza che abbiamo vissuto ci ha mostrato però che il pericolo che incombe sulla collettività in una situazione di epidemia non è solamente quello della malattia e della morte di chi viene contagiato (e che dunque in questa ottica deve essere ‘difeso’ dai soggetti portatori del *virus*), ma è anche quello del collasso del sistema sanitario. Il mancato contenimento del contagio, infatti, porta in tempi molto rapidi il sistema sanitario ad una situazione di saturazione determinata dal grave squilibrio che viene a crearsi tra la domanda di prestazioni e la disponibilità delle risorse necessarie e che si riflette tanto sulla capacità di gestire e curare i pazienti infetti, quanto sulla capacità di garantire i livelli assistenziali essenziali nei confronti dell’intera collettività.

L’affermazione secondo cui il sovraccarico del sistema sanitario impedisce di gestire adeguatamente i pazienti infetti ha trovato una drammatica conferma nella prassi: per averne consapevolezza basta tornare con la memoria ai momenti tragici della prima ondata pandemica, quando l’afflusso massiccio dei c.d. pazienti-Covid nelle strutture ospedaliere ha determinato, nel giro di pochi giorni, la carenza dei presidi e dispositivi medici essenziali, la mancanza di personale sanitario specializzato, la saturazione delle terapie intensive, la drammatica applicazione di criteri di *triage* con conseguente selezione di pazienti ai quali non è stato possibile prestare le cure salvavita di cui necessitavano<sup>22</sup>.

Deve certamente convenirsi, inoltre, sul fatto che il sovraccarico del sistema sanitario rende difficoltoso, quando non impossibile, l’accesso ai servizi assistenziali anche ai pazienti non infetti, che non possono accedere alle cure e alle prestazioni di cui avrebbero bisogno, con un danno in termini di salute pubblica che non è ancora del tutto quantificabile<sup>23</sup>.

Sotto questo secondo profilo, quello cioè delle conseguenze della pandemia sui pazienti non-Covid – aspetto sul quale meno si è puntata l’attenzione dell’opinione pubblica – uno sguardo alle statistiche restituisce uno scenario impressionante: a causa dell’altissima do-

---

<sup>22</sup> Sul tema della responsabilità del medico nelle ‘scelte tragiche’, in situazioni di gravi carenze delle risorse sanitarie nel contesto dell’emergenza pandemica, cfr. G. LOSAPPIO, *Responsabilità penale del medico, epidemia da “Covid19” e “scelte tragiche” (nel prisma degli emendamenti alla legge di conversione del d.l. c.d. “Cura Italia”)*, in *Giur. pen. web*, 4, 2020.

<sup>23</sup> F. GALIMBERTI *et al.*, *Conseguenze della pandemia di Covid-19 sull’accesso e sull’erogazione delle prestazioni sanitarie*, in *Giornale Italiano di Farmacoeconomia e Farmacoutilizzazione*, 2021, 13, p. 5 ss.

manda di risorse e prestazioni nei reparti dedicati alla cura dei pazienti-Covid, visite ospedaliere, attività ambulatoriali, *screening* diagnostici ed interventi chirurgici sono stati cancellati o rinviati, con effetti deleteri sul decorso delle malattie dei soggetti interessati e con un significativo aumento dei livelli di mortalità extra-ospedaliera<sup>24</sup>.

Dunque, se si vuole articolare in modo più razionale l'intervento punitivo a tutela della salute collettiva in una situazione di emergenza sanitaria, occorre acquisire consapevolezza del fatto che il pericolo per la salute pubblica deriva non solo dal rischio di contrarre l'infezione, ma più in generale dal sovraccarico e quindi dal malfunzionamento del sistema sanitario, che impedisce l'erogazione dei servizi necessari per la tutela della vita e della salute di tutti i potenziali pazienti, infetti o non-infetti (Covid o non-Covid, se ci riferiamo alla recente pandemia), del sistema.

Ciò premesso, occorre poi evidenziare che l'obiettivo del contenimento del contagio – funzionale ad evitare il sovraccarico del sistema sanitario – si persegue non solo contrastando le condotte di trasmissione del *virus* da parte dei soggetti positivi, ma anche (e, anzi, soprattutto) impedendo ai soggetti sani di infettarsi, poiché la loro

---

<sup>24</sup> Secondo quanto emerge dallo studio condotto dalla *Fondazione The Bridge* in collaborazione con diverse Università italiane ed altri centri di ricerca, un primo dato significativo si ricava dal numero di accessi ai servizi di pronto soccorso che, nel primo anno di pandemia, si è ridotto del 40% rispetto all'anno precedente. A tale dato si associa quello di un aumento generalizzato della mortalità extra-ospedaliera complessiva (stimato intorno al 43%) e correlato in particolare a neoplasie, malattie endocrine, nutrizionali e metaboliche e a malattie cardiovascolari. Un altro aspetto assai rilevante che si ricava dallo studio citato, che rende evidente come gli effetti della pandemia sulla salute pubblica siano destinati a perdurare nel medio e nel lungo periodo, riguarda il profilo delle mancate diagnosi: limitando l'analisi all'ambito oncologico, si è registrata una diminuzione di più di un milione di *screening* diagnostici solo nei primi cinque mesi di pandemia, un dato che si stima possa riflettersi in un potenziale incremento delle diagnosi di cancro intorno alle cinquemila unità. Sempre con riferimento ai pazienti oncologici, si è registrata una significativa diminuzione degli interventi chirurgici, con conseguenze prevedibili sul decorso della malattia: secondo uno studio effettuato su base regionale, gli interventi chirurgici per tumore alla mammella si sono ridotti del 62,7% in Molise e del 52,3% nella provincia autonoma di Trento. Quanto poi alle patologie cardiache acute, si è evidenziata nel primo anno di pandemia una riduzione dei ricoveri di circa il 50%, con conseguente incremento della mortalità e delle sindromi cardiache post-infarto. Un altro dato significativo riguarda i pazienti con fragilità psichiche, che in una percentuale di casi superiore all'80% ha interrotto il trattamento terapeutico, con evidenti ripercussioni in termini di danno per la salute pubblica nel medio e nel lungo periodo. Per una sintesi, cfr. *L'impatto della pandemia sui pazienti no Covid: i limiti del SSN evidenziati dalla crisi sanitaria*, in *salutenews.it*, 31 gennaio 2022.

esposizione al *virus* produce, da un lato, il rischio che essi stessi siano ospedalizzati e, dall'altro, il rischio di ulteriore diffusione del contagio.

Questo spiega perché il legislatore, in assenza di farmaci efficaci e in mancanza di un vaccino in grado di immunizzare la popolazione, sia stato indotto ad imporre anche ai soggetti non infetti regole di comportamento volte ad impedire che si contagiassero. In effetti, nella recente esperienza pandemica, a parte l'obbligo di isolamento domiciliare rivolto al soggetto positivo al *virus*, le altre misure di contenimento introdotte (si pensi all'obbligo di indossare le mascherine, al divieto di riunirsi e creare assembramenti, alle varie forme di *lock-down* e coprifuoco e alle altre limitazioni alla libertà di circolazione sul territorio nazionale o persino regionale o comunale) sono state indirizzate prevalentemente ai soggetti non infetti: è a loro infatti che lo Stato si rivolge obbligandoli, se così possiamo dire, 'a non farsi contagiare'. E la stessa logica è poi alla base degli obblighi vaccinali, di cui il legislatore può decidere di avvalersi: l'imposizione di tali obblighi mira a ridurre le ospedalizzazioni e così garantire la tenuta del sistema sanitario.

Se si accetta questa prospettiva, diviene allora facile comprendere che la compressione della libertà di autodeterminazione individuale che certamente si realizza nei confronti dei consociati nel momento in cui si impone loro di non esporsi al contagio (obbligandoli al rispetto delle misure di contenimento) non trova fondamento in un'ottica paternalistica, nella volontà cioè dello Stato di proteggere la salute individuale del cittadino a prescindere dal suo consenso, ma nel fatto che la tutela della salute del singolo, in una situazione di emergenza sanitaria come quella di una pandemia altamente trasmissibile ed aggressiva, non è più una questione esclusivamente personale, essendo strumentale alla tutela della salute della collettività ed in particolare dei soggetti più fragili, la cui vita e la cui salute sono esposte a grave rischio laddove il contagio si diffonda liberamente. E ciò, lo ribadiamo, sia 'direttamente', ossia per le conseguenze, assai gravi o addirittura fatali, che l'infezione può avere su tali soggetti, sia 'indirettamente', per l'impossibilità o comunque la grave difficoltà di garantire cure adeguate ai cittadini anche non infetti, in una situazione in cui tutte le risorse del sistema sono impegnate a gestire l'ondata dei contagi.

Dunque, la considerazione delle ripercussioni che il sovraccarico del sistema sanitario provoca sull'intera collettività e la constatazione del carattere duraturo degli effetti che da esso derivano mostrano che, in una situazione di emergenza sanitaria, il bene giuridico 'in-

termedio' da tutelare, per garantire la tutela della salute collettiva, è proprio la funzionalità e la capacità di risposta del sistema sanitario.

In alcuni ordinamenti è la stessa legislazione ad esplicitare che lo scopo degli obblighi imposti per il contenimento del contagio è la salvaguardia del sistema sanitario: così ad esempio nella legge tedesca per la prevenzione e il contrasto delle malattie infettive (*Infektionsschutzgesetz, IfSG*) – una legge su cui avremo più volte occasione di tornare per il grande interesse che riveste ai nostri fini – si afferma espressamente che l'adozione delle misure di protezione per prevenire la diffusione del Covid-19 si basa “sulla protezione della vita e della salute e sul funzionamento del sistema sanitario”, precisandosi poi che a questo fine “si deve tenere conto dei cambiamenti prevedibili nell'incidenza dell'infezione dovuti a varianti del *virus* più infettive che comportano un onere maggiore per il sistema sanitario (...) con l'obiettivo di evitare un pericoloso sovraccarico dell'assistenza ospedaliera regionale e sovraregionale”<sup>25</sup>.

Che l'obiettivo delle misure di contenimento sia la salvaguardia del sistema sanitario si ricava del resto anche dalla nostra legislazione emergenziale ed in particolare dal d.l. 33/2020, che – tra i criteri sulla base dei quali il Governo doveva assegnare ogni Regione ad una fascia di colore e farne quindi discendere l'*an* e il *quomodo* delle misure da adottare – includeva anche, oltre all'incidenza dei contagi, il tasso di occupazione dei posti letto in area medica per pazienti Covid, nonché il tasso di occupazione dei posti letto in terapia intensiva per tale categoria di pazienti (art. 1 co. 16 *septies*).

L'idea che il bene giuridico da tutelare in situazioni di emergenza sanitaria sia, in primo luogo, la salvaguardia del sistema sanitario ha incontrato alcune obiezioni nella dottrina straniera, soprattutto laddove si ritenga che questo possa essere il fondamento giustificativo degli illeciti punitivi a carico dei singoli cittadini per la violazione delle misure di contenimento. In particolare, facendo riferimento ad ordinamenti il cui sistema sanitario si trova in situazioni di grave dissesto, si è osservato che con l'attribuire ai trasgressori delle misure di contenimento del contagio la responsabilità per il collasso del sistema sanitario si finisce per addossare sui singoli consociati una responsabilità che è invece tutta dello Stato, per non aver fatto ciò che doveva essere fatto prima dell'avvento della pandemia<sup>26</sup>.

---

<sup>25</sup> IfSG, § 28 co. 3 (trad. nostra).

<sup>26</sup> F. LONDOÑO, *¿Responsabilidad penal para los infractores de la cuarentena? Revisión crítica de los arts. 318 y 318 bis del Código Penal (nueva ley no 21.240): más micro que macro*, in *Criminal Justice Network*, 20 luglio 2020, a cui si rinvia

Anche con riferimento al nostro ordinamento, si è osservato che l'impatto devastante della pandemia è da attribuirsi, oltre che alla sfortunata congiuntura di essere stata l'Italia il primo paese europeo colpito dal Covid, anche ad una sostanziale mancanza di preparazione del nostro sistema sanitario alla gestione di eventi pandemici a dire il vero non del tutto imprevedibili. Certamente deve riconoscersi, come è stato scritto, una "gigantesca colpa di organizzazione" dello Stato, per non aver posto in essere – prima della verifica dell'evento pandemico – le azioni di prevenzione necessarie per evitare il collasso del sistema sanitario al sopraggiungere dell'emergenza<sup>27</sup>.

Ciò in ogni caso non vale ad escludere una responsabilizzazione individuale, nel corso dell'emergenza, rispetto all'osservanza di misure di prevenzione funzionali a salvaguardare il sistema sanitario e ciò sia in relazione a 'cittadini comuni', tenuti al rispetto delle misure di contenimento in forza, come diremo, di doveri inderogabili di solidarietà sociale che derivano dalla Costituzione, sia in relazione a soggetti che, per la posizione di garanzia che ricoprono, sono tenuti a 'gestire' in prima linea il rischio pandemico (si pensi agli amministratori pubblici, ai datori di lavoro, al personale sanitario).

Certamente, però, il riconoscimento di una grave corresponsabilità dello Stato deve suonare per il legislatore come un invito alla cautela nel momento in cui decida di operare delle scelte di criminalizzazione per la mancata osservanza delle norme di contenimento del contagio.

---

più in generale per una articolata riflessione sul bene giuridico tutelato dagli illeciti punitivi nella materia del contenimento del contagio. Il contributo, in forma più ampia, è pubblicato anche nel volume *Los delitos contra la salud pública durante la pandemia: teoría y praxis*, 2021 (a cura di F. LONDOÑO, F. MALDONADO, J.P. MANALICH), con il titolo *El art. 318 CP a la luz de la Ley N° 21.240. De paso, el nuevo art. 318 bis c.p.* Sul tema cfr. anche, sempre all'interno del volume menzionato, J.P. MANALICH, *Los delitos contra la salud pública en situación de pandemia como delitos de peligro abstracto contra la salud individual. Una propuesta de interpretación de los arts. 318, 318 bis y 318 ter del Código Penal*.

<sup>27</sup> Come è stato efficacemente scritto, la gestione della vicenda Covid-19, al netto del grandissimo impegno e dei risultati ottenuti da un personale medico che ha veramente fatto l'impossibile nel periodo tragico della pandemia, "lascia emergere una gigantesca ipotesi di colpa d'organizzazione", che si è tragicamente manifestata nell'inesistenza di adeguati piani anti-pandemici; nella mancanza di disponibilità dei più basilari strumenti di protezione dai contagi; nella dissennata contrazione delle spese nel settore della sanità pubblica che ha portato, tra l'altro, al venir meno di una adeguata rete medica sul territorio, alla carenza di personale, ad una drastica riduzione dei posti nelle terapie intensive. Così L. EUSEBI, *Pandemia e diritti fondamentali*, in *Il dialogo Habermas-Günther riletto dalla cultura giuridica italiana. I penalisti: Vincenzo Militello intervista Massimo Donini, Luciano Eusebi e Domenico Pulitanò*, in *Giustizia insieme*, 18 luglio 2020.

### 3. *Gli obblighi di tutela a carico dello Stato in una situazione di emergenza pandemica*

Prima di chiederci se l'obiettivo della salvaguardia del sistema sanitario giustifichi un intervento punitivo, di natura amministrativa o penale, anche a carico dei singoli consociati che abbiano trasgredito le misure di contenimento del contagio, occorre premettere alcune considerazioni.

La prima è che lo Stato, in presenza di un pericolo che incombe sulla vita e sulla salute dei consociati, risulta titolare di un vero e proprio obbligo di tutela. In un contesto di emergenza sanitaria, tale obbligo si traduce primariamente nel dovere di attivarsi per l'adozione di misure funzionali a contenere il contagio e, come abbiamo evidenziato, per preservare la funzionalità del sistema sanitario.

Ciò è stato messo chiaramente in evidenza dall'Organizzazione mondiale della sanità (OMS), che, a partire dal giorno in cui è stato dichiarato lo stato di emergenza sanitaria internazionale, ha esortato gli Stati ad introdurre misure che garantissero il distanziamento sociale e riducessero quanto più possibile le occasioni di contatto tra le persone<sup>28</sup>.

Ora, se le raccomandazioni provenienti dalla OMS non possono considerarsi vincolanti, essendo riconducibili all'area della *soft law*<sup>29</sup>, veri e propri obblighi in questo senso a carico del nostro legislatore si rinvencono tanto sul piano costituzionale, quanto su quello convenzionale.

Per quanto riguarda la Costituzione, l'obbligo di tutela della vita e della salute collettiva deriva dagli artt. 2<sup>30</sup> e 32 Cost., che qualificano tali diritti come inviolabili e che fondano il dovere dello Stato di attivarsi al fine di predisporre un sistema di cure adeguato a favore della collettività<sup>31</sup>.

---

<sup>28</sup> Cfr. *supra*, cap. 1, par. 1.

<sup>29</sup> Sui compiti e i poteri dell'OMS con particolare riferimento alla gestione della pandemia da Covid-19 cfr. A. LATINO, *L'organizzazione mondiale della sanità alla prova del Covid-19: mala gestio o capro espiatorio?*, in *Ambienteditto*, 3, 2020.

<sup>30</sup> Che la vita trovi un riconoscimento implicito nell'art. 2 Cost., quale diritto inviolabile della persona, è affermazione ricorrente nella giurisprudenza costituzionale. Cfr. da ultimo, in questo senso, la sentenza 15 febbraio 2022, n. 50, ove si afferma che la vita deve considerarsi il "primo dei diritti inviolabili dell'uomo, in quanto presupposto per l'esercizio di tutti gli altri" e si evidenzia altresì come da esso discenda "il dovere dello Stato di tutelare la vita di ogni individuo".

<sup>31</sup> Nel senso che il fondamento costituzionale della legislazione emergenziale pandemica debba rinvenirsi "nei tradizionali principi del *primum vivere* e della

La Corte costituzionale tedesca, basandosi su disposizioni del *Grundgesetz* del tutto analoghe a quelle della nostra Carta costituzionale, ha avuto modo di declinare questo principio anche in relazione all'emergenza pandemica, affermando che dall'art. 2.2 della Costituzione tedesca discende un dovere dello Stato di provvedere al fine di contenere la diffusione del contagio e di assicurare la tenuta del sistema sanitario, a tutela della vita e della integrità fisica dei cittadini: un'argomentazione questa che è stata utilizzata tanto per legittimare le misure di contenimento del contagio introdotte nella legislazione pandemica, quanto per dichiarare l'illegittimità costituzionale di omissioni legislative<sup>32</sup>.

La sussistenza di un vero e proprio dovere dello Stato di attivarsi a tutela della vita trova espressa affermazione anche nella giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo, ove è consolidata l'interpretazione secondo cui dall'art. 2 Cedu deriva in capo allo Stato non solo un obbligo 'negativo', consistente nell'astensione da condotte che cagionino illegittimamente la morte di un soggetto, ma anche un obbligo positivo di agire, che impone l'adozione di misure a tutela della vita e dell'integrità fisica delle persone<sup>33</sup>. Per quanto attiene più

---

*salus rei publicae*, cfr. M. LUCIANI, *Il sistema delle fonti del diritto alla prova dell'emergenza*, in *Riv. AIC*, 2, 2020, p. 113. L'esistenza di un dovere in capo allo Stato di intervenire in situazioni di emergenza che mettono a rischio diritti fondamentali della collettività con una legislazione *ad hoc* è stato espressamente affermato dalla Corte costituzionale nella sentenza 1 febbraio 1982, n. 15, ove si è affermato che "di fronte ad una situazione d'emergenza (...), Parlamento e Governo hanno non solo il diritto e potere, ma anche il preciso ed indeclinabile dovere di provvedere, adottando una apposita legislazione d'emergenza": una considerazione che, *mutatis mutandis* (là il contesto era quello dell'emergenza terrorismo), deve certamente considerarsi valida anche in relazione alla emergenza pandemica. Fa riferimento a questa sentenza M. PELISSERO, *Covid-19 e diritto penale pandemico*, cit., p. 504.

<sup>32</sup> Cfr. in particolare le ordinanze del *Bundesverfassungsgericht* del 19 novembre 2021 (1 BvR 781/21, 1 BvR 889/21, 1 BvR 860/21, 1 BvR 854/21, 1 BvR 820/21, 1 BvR 805/21, 1 BvR 798/21). Una sintesi in lingua italiana di tali provvedimenti si può leggere sul sito internet della Corte costituzionale, nell'area internazionale' del Servizio studi. Cfr. poi anche l'ordinanza del 16 dicembre 2021 (1 BvR 1541/20), che ha dichiarato l'incostituzionalità 'per omissione' del legislatore, il quale - violando il dovere di agire a tutela della vita di cui all'art. 2.2. della Costituzione - non ha provveduto ad introdurre una disciplina del *triage* ospedaliero che impedisse la discriminazione dei soggetti portatori di disabilità nella situazione di scarsità di risorse propria dell'emergenza sanitaria.

<sup>33</sup> Per una ricognizione della giurisprudenza relativa agli obblighi positivi che scaturiscono in capo allo Stato sulla base dell'art. 2 Cedu, cfr. S. ZIRULIA, *Art. 2 - Diritto alla vita*, in G. UBERTIS, F. VIGANÒ (a cura di), *Corte di Strasburgo e giustizia penale*, 2022, II ed., p. 61 ss.

specificamente alla 'salute pubblica', la Corte europea ritiene che essa trovi implicitamente tutela nello stesso art. 2 Cedu, dal quale pertanto deve ritenersi discendere in capo allo Stato un dovere di attivarsi per garantire cure adeguate alla popolazione<sup>34</sup>: in attuazione di questo principio, i giudici di Strasburgo in più occasioni hanno ritenuto integrata una violazione dell'art. 2 Cedu in ipotesi di malfunzionamento dei servizi ospedalieri e di cure non adeguate in situazioni di emergenza<sup>35</sup>.

La Corte Edu ha avuto modo di ribadire questo principio anche in relazione all'emergenza pandemica, ricavando dall'art. 2 Cedu (ma anche dagli artt. 3 e 8) la sussistenza di un obbligo 'positivo' a carico degli Stati membri di provvedere nel senso del contenimento del contagio: nel caso *Le Mailloux c. Francia* del 3 dicembre 2020 (che è peraltro la prima pronuncia in cui i giudici di Strasburgo si sono confrontati con la legislazione emergenziale di contrasto al Covid-19 di uno Stato membro)<sup>36</sup>, la Corte, pronunciandosi sul ricorso di un cittadino che lamentava gravi omissioni da parte dello Stato francese nella gestione della crisi sanitaria, per il fatto che, nelle prime fasi dell'emergenza pandemica, non era stato garantito un adeguato accesso agli accertamenti diagnostici, alle misure profilattiche e ai necessari trattamenti sanitari salvavita, pur dichiarando il ricorso inammissibile<sup>37</sup>, ha riconosciuto espressamente l'esistenza di un ob-

---

<sup>34</sup> Cfr., ad esempio, Corte Edu, *Vavricka c. Repubblica Ceca*, 8 aprile 2021, in materia di obblighi vaccinali, ove si afferma che *"the Contracting States are under a positive obligation, by virtue of the relevant provisions of the Convention, notably articles 2 and 8, to take appropriate measures to protect the life and health of those within their jurisdiction"*.

<sup>35</sup> Sul punto, per i necessari riferimenti giurisprudenziali, cfr. S. ZIRULIA, *Art. 2 – Diritto alla vita*, cit., p. 61 ss. Cfr. inoltre, sempre in relazione agli obblighi positivi dello Stato a tutela della salute collettiva, Corte Edu, Grande camera, sent. 19 dicembre 2017, *Lopes De Sousa Fernandes c. Portogallo*, § 166, con nota di D. CASTRONUOVO, *Un approccio "pro persona" al diritto alle cure nei casi di colpa medica. L'opinione del giudice Pinto de Albuquerque in Lopes de Sousa Fernandes c. Portogallo*, in *Riv. med. leg.*, 2020, p. 683 ss.

<sup>36</sup> Corte Edu, *Mailloux c. Francia*, 3 dicembre 2020. Per una rassegna dei casi decisi e pendenti avanti alla Corte europea dei diritti dell'uomo relativi alle misure di contenimento del contagio nell'ambito della pandemia da Covid-19 cfr. i *Factsheet: COVID-19 health crisis*, periodicamente pubblicati sul sito internet della Corte.

<sup>37</sup> Nel caso di specie, il ricorso è stato dichiarato inammissibile per il fatto che al ricorrente non poteva essere riconosciuta la qualità di vittima: a parere dei giudici, infatti, il ricorrente aveva denunciato l'insufficienza e l'inadeguatezza delle misure adottate dallo Stato francese per combattere la diffusione del *virus* Co-

bligo positivo dello Stato di provvedere al contenimento del contagio<sup>38</sup>.

Nello stesso senso si è pronunciata la Corte Edu nella sentenza CGAS c. Svizzera del 15 marzo 2022: in questo caso, i giudici di Strasburgo – nel dichiarare che le restrizioni introdotte comportavano una violazione dell’art. 11 della Convenzione, in tema di libertà di riunione – hanno comunque riconosciuto l’esistenza in capo allo Stato di un obbligo positivo di provvedere al contenimento del contagio, affermando che “*dans le contexte très complexe de la pandémie*” sussiste un “*obligation positive imposée aux États parties à la Convention de protéger la vie et la santé des personnes se trouvant sous leur juridiction en vertu, notamment, des articles 2 et 8 de la Convention*”<sup>39</sup>.

#### **4. La discrezionalità del legislatore nella scelta delle strategie di tutela, tra raccomandazioni e obblighi a carico del consociato: il tema dei doveri di solidarietà sociale ex art. 2 Cost.**

Accertato che, in un contesto di emergenza sanitaria, sussiste in capo allo Stato un obbligo di provvedere a tutela della vita e della salute dei consociati e che tale obbligo risulta violato laddove questo non adotti alcuna misura per il contenimento del contagio o laddove le cautele adottate risultino manifestamente inadeguate per raggiungere lo scopo<sup>40</sup>, occorre però riconoscere che lo Stato gode di un’am-

---

vid-19, senza tuttavia dimostrare che tali omissioni avessero inciso sulla sua salute o sulla sua vita privata.

<sup>38</sup> Corte Edu, Mailloux c. Francia, cit., § 9: “*La Cour rappelle que si le droit à la santé ne fait pas partie en tant que tel des droits garantis par la Convention, les États ont l’obligation positive de prendre les mesures nécessaires à la protection de la vie des personnes relevant de leur juridiction et de protéger leur intégrité physique, y compris dans le domaine de la santé publique*”.

<sup>39</sup> Corte Edu, *Affaire Communauté Genevoise d’Action Syndicale (CGAS) c. Svizzera*, 15 marzo 2022, su cui cfr. anche *infra*, cap. 6, par. 2.4.3.

<sup>40</sup> Con riferimento alla responsabilità dello Stato sul piano internazionale per non aver ottemperato al dovere di attivarsi a tutela della salute collettiva in un contesto di emergenza sanitaria, può essere interessante segnalare che il Senato dello Stato brasiliano il 27 ottobre 2021, all’esito di una inchiesta parlamentare che ha rivelato una gestione gravemente inadeguata della crisi sanitaria dal parte del governo in carica, ha approvato una risoluzione in cui si incrimina il Presidente Bolsonaro per crimini contro l’umanità per l’elevato numero di decessi da

pia discrezionalità, quanto alla scelta della strategia da adottare per raggiungere un tale obiettivo di tutela. Il legislatore potrà infatti scegliere di avvalersi di mere raccomandazioni, limitandosi ad invitare la popolazione, in modo più o meno persuasivo, ad attenersi alle misure, oppure potrà imporre degli obblighi corredati da misure preventive oppure da sanzioni per il caso di inosservanza delle misure. In questo secondo caso, sarà poi ancora rimessa alla discrezionalità del legislatore la scelta del tipo di sanzioni da utilizzare, se cioè avvalersi di sanzioni amministrative o penali.

Se si guarda alla recente esperienza pandemica ci si rende conto che su questo piano le strade percorse dagli Stati nella gestione della crisi sanitaria sono state molto diverse. In alcuni casi si è ritenuto di non imporre alcun obbligo, ma di fondare la strategia di contenimento del contagio su raccomandazioni rivolte alla popolazione; in altri, all'opposto, le misure sono state imposte minacciando pene draconiane nel caso di trasgressione; nel mezzo, si collocano gli Stati, e sono i più, che hanno adottato una strategia mista, alternando raccomandazioni ad obblighi sanzionati ora in via amministrativa ora in via penale (cfr. *supra*, cap. 1).

Come sappiamo, nel nostro ordinamento sono state impiegate tecniche diverse per ottenere di volta in volta il risultato auspicato: a volte ci si è limitati a raccomandare determinate condotte (si pensi ad esempio all'uso delle mascherine all'interno del domicilio in presenza di soggetti non conviventi); a volte si sono utilizzati degli incentivi per spingere verso l'adozione di una determinata condotta, senza tuttavia imporla (si pensi alla campagna vaccinale ed alla previsione, attraverso lo strumento del super *green-pass*, del possibile accesso ad una serie di attività e servizi solo nei confronti di chi fosse vaccinato)<sup>41</sup>; altre volte ancora sono stati imposti obblighi, la cui vio-

---

ricondursi alla sconsiderata gestione della pandemia. La denuncia è stata presentata sia alla Procura generale dello Stato brasiliano, sia alla Corte penale internazionale.

<sup>41</sup> Sull'uso del *nudging* (ossia la strategia finalizzata ad influenzare – letteralmente 'spingere' – il comportamento umano nella direzione voluta senza ricorrere a costrizioni e incentivi economici) nelle politiche di contenimento del contagio cfr. C. LEONE, *Riflessioni sull'utilizzo delle scienze comportamentali nella gestione dell'emergenza sanitaria e nella politica vaccinale*, in *Federalismi.it*, 6, 2022, p. 240 ss. Con specifico riferimento al super *green-pass*, nel senso che "rispetto alla scelta della raccomandazione accompagnata da limitazioni alla libertà di movimento per i non vaccinati" sarebbe stata più coerente la scelta dell'obbligo vaccinale generalizzato, cfr. L. RISICATO, *Diritti e responsabilità al banco di prova del Covid-19: un bilancio di sintesi*, in A. MANNA, L. RISICATO (a cura di), *Il diritto penale di fronte all'emergenza sanitaria*, 2022, p. 290.

lazione è stata sanzionata in via amministrativa (si pensi, per fare un esempio tra i tanti, all'obbligo di non allontanarsi dal domicilio durante il *lockdown* o ancora all'obbligo vaccinale imposto a determinate categorie di soggetti), oppure in via penale (si pensi all'obbligo di isolamento domiciliare per il soggetto positivo, destinatario di un provvedimento di quarantena).

Concentrando ora l'attenzione sugli obblighi, occorre chiedersi se, e a quali condizioni, lo Stato sia legittimato ad imporre, a tutela della salute collettiva, misure di contenimento del contagio che incidono in maniera assai significativa sull'esercizio di diritti individuali costituzionalmente tutelati. La domanda da porsi è cioè se, e in forza di quale principio, lo Stato possa vietare ad un cittadino, per mesi, di uscire dalla propria abitazione; possa vietare assembramenti e riunioni, tanto in spazi pubblici quanto in spazi privati e possa persino impedire ad un soggetto di riunirsi con propri familiari, quando non conviventi; possa imporre l'obbligo di indossare un mascherina protettiva; possa impedire lo svolgimento dell'attività lavorativa, dell'attività didattica nelle scuole, dell'esercizio collettivo del proprio credo religioso ... e questo anche quando il cittadino destinatario dell'obbligo, per la sua giovane età o per il buono stato di salute, non sia esposto a gravi rischi per la vita e la salute nel caso di contatto con il *virus*, essendo del tutto evidente che i divieti e gli obblighi sono piuttosto finalizzati a tutelare la vita e la salute di *altri*, ossia di quelle categorie di soggetti per i quali la diffusione del contagio è pericolosa e quindi le persone anziane e i soggetti più fragili.

Tale domanda si è posta in più occasioni durante l'emergenza pandemica nel nostro ordinamento ed anche con una certa asprezza di toni, in relazione, ad esempio, all'obbligo di indossare le mascherine o in relazione all'obbligo vaccinale, che è stato progressivamente imposto a fasce sempre più estese della popolazione<sup>42</sup>.

Come abbiamo già osservato più sopra, è questo un interrogativo su cui anche il penalista deve soffermarsi, perché, solo in caso di risposta positiva, ci si potrà chiedere se sia legittimo sanzionare la violazione di tali obblighi con misure punitive (amministrative o anche penali).

La risposta non è scontata, come dimostra anche l'esperienza di alcuni ordinamenti stranieri. Il riferimento è innanzitutto al caso della Svezia, ove, anche durante le fasi più drammatiche della pande-

---

<sup>42</sup> Sulla progressiva estensione degli obblighi vaccinali nella legislazione pandemica cfr. *supra*, cap. 2, par. 2.2.

mia, le autorità governative si sono limitate a formulare raccomandazioni, invitando la popolazione a seguire le misure di contenimento suggerite: in quel Paese non era oggetto di obblighi, ma solo di raccomandazioni il fatto di limitare gli spostamenti sul territorio nazionale o di evitare la partecipazione ad eventi affollati o di mantenere un'adeguata distanza dalle altre persone o di lavorare da casa, anziché dall'ufficio; allo stesso modo, era solo raccomandato e non vietato (e comunque solo a soggetti di età superiore ai 70 anni) l'andare al ristorante o l'organizzare raduni nel proprio appartamento; persino l'isolamento domiciliare del soggetto che avesse sintomi riconducibili al Covid-19 è stato oggetto di una raccomandazione e non di un obbligo (non essendovi alcun obbligo di effettuare il test, né essendo prevista alcuna strategia di trattamento), così come nessun obbligo di isolamento è stato imposto ai conviventi di soggetti di cui fosse stata accertata la positività al *virus*<sup>43</sup>.

Come si è già avuto modo di osservare, pur non essendo mai state esplicitate le ragioni di tale strategia, si ritiene che essa sia da ricondurre ad una pluralità di fattori<sup>44</sup>. Secondo un'opinione che risulta particolarmente interessante ai nostri fini, la ragione di fondo per la quale il governo svedese non ha imposto l'osservanza delle misure di contenimento del contagio, limitandosi a farne oggetto di raccomandazioni, ha a che fare con l'impianto costituzionale proprio di quell'ordinamento, che non consentirebbe di imporre ai cittadini limitazioni a libertà e diritti individuali a tutela degli interessi di altri: secondo l'interpretazione avanzata dai sostenitori di questa tesi, in tale ordinamento i vincoli di solidarietà che giustificano l'osservanza delle misure di contenimento poste a tutela dei soggetti più fragili non potrebbero essere elevati a dovere giuridico, configurandosi solamente come doveri di carattere morale che, in quanto tali, non possono fondare l'imposizione di obblighi e tantomeno l'applicazione di sanzioni (amministrative o penali che siano) nel caso della loro violazione<sup>45</sup>.

E questo in effetti è il punto che segna la differenza tra l'ordinamento svedese, secondo l'interpretazione cui abbiamo fatto cenno, ed

---

<sup>43</sup> Cfr. *supra*, cap. 1, par. 1.2.

<sup>44</sup> Cfr. ancora cap. 1, par. 1.2.

<sup>45</sup> In questo senso cfr. L. LARSSON, *The Swedish Covid-19 strategy and voluntary compliance: Failed securitisation or constitutional security management?*, il quale – a conferma della sua tesi – considera come il Primo Ministro svedese, nei discorsi rivolti alla Nazione durante l'emergenza pandemica, abbia sempre precisato che l'osservanza delle misure di contenimento del contagio rappresentava un 'atto di solidarietà' e un 'obbligo morale' nei confronti della società.

il nostro: ciò che, nel nostro Paese (come in altri a noi vicini) ha reso legittima la limitazione di diritti e libertà fondamentali dell'individuo a tutela della vita e della salute di altri, ossia delle fasce più fragili della popolazione, è stata proprio l'esistenza di doveri giuridici di solidarietà sociale<sup>46</sup>.

Il ruolo decisivo degli obblighi di solidarietà sociale nel legittimare il sacrificio di diritti e libertà di tutti i membri della collettività è stato immediatamente messo in evidenza dall'allora Cancelliera delle Repubblica tedesca, Angela Merkel, in un discorso alla Nazione pronunciato proprio nei primi giorni della pandemia, laddove ha osservato che "(...) dalla seconda guerra mondiale *non c'è più stata una sfida per il nostro paese in cui la nostra solidarietà comune fosse così importante* (...). La Germania ha un eccellente sistema sanitario, forse uno dei migliori al mondo. Questo può darci fiducia. Ma i nostri ospedali sarebbero completamente sopraffatti se troppi pazienti fossero ricoverati in pochissimo tempo e soffrissero di un grave decorso per l'infezione da coronavirus (...). Dobbiamo ridurre tutto ciò che potrebbe mettere in pericolo le persone, tutto ciò che potrebbe danneggiare l'individuo, ma anche la comunità. Dobbiamo limitare il più possibile il rischio che uno infetti l'altro (...). *Tali restrizioni non dovrebbero mai essere prese alla leggera e possono essere disposte solo temporaneamente in una democrazia, ma al momento sono indispensabili per salvare delle vite* e le vite non sono semplicemente numeri astratti nelle statistiche, ma sono un padre o un nonno, una madre o una nonna, un partner, sono persone e noi siamo una comunità in cui ogni vita e ogni persona contano"<sup>47</sup>.

Questo concetto, secondo cui ciò che legittima l'imposizione di misure di contenimento del contagio incidenti su diritti e libertà fondamentali sono gli obblighi di solidarietà sociale, è stato in più occasioni riconosciuto dalle diverse corti costituzionali che sono state chiamate a pronunciarsi, nel corso dell'emergenza sanitaria, sulla legittimità di tali misure<sup>48</sup>.

---

<sup>46</sup> Sul ruolo dei doveri inderogabili di solidarietà sociale a fondamento dell'obbligo di osservanza delle misure di contenimento del contagio cfr. D. PULITANÒ, *Problemi dell'emergenza. Legalità e libertà*, in *Leg. pen.*, 18 maggio 2020; nonché ID., *L'esperienza della pandemia e i problemi del penale*, in *Il dialogo Habermas-Günther*, cit., p. 16 ss.

<sup>47</sup> Il testo completo del discorso (pronunciato il 18 marzo 2020) si trova, con una traduzione italiana, su [diario.prevenzione.it](http://diario.prevenzione.it).

<sup>48</sup> Si consideri, ad esempio, la sentenza della Corte costituzionale austriaca (VfGH G 37/2022, 23 giugno 2022), che ha fondato sui doveri di solidarietà socia-

Nel nostro ordinamento, la norma di riferimento è l'art. 2 Cost., nel quale trova espressione l'idea secondo cui il vivere civile è intessuto certamente di diritti inviolabili, che la Repubblica riconosce e garantisce, ma presuppone anche "doveri inderogabili di solidarietà politica, economica e sociale". Proprio l'esperienza pandemica ha mostrato in modo evidente ciò che la Corte costituzionale, in altre precedenti occasioni, aveva affermato con chiarezza, che cioè i doveri di solidarietà sociale sanciti nell'art. 2 Cost. – che certamente vengono in considerazione nel momento in cui è necessaria la collaborazione di tutti per garantire la tutela della vita e della salute dei soggetti più fragili – devono considerarsi come veri e propri limiti all'esercizio dei "diritti inviolabili" che lo stesso art. 2 riconosce in capo a ciascuno<sup>49</sup>. Che si tratti poi di doveri non solo morali, ma propriamente giuridici, sulla base dei quali il legislatore può imporre obblighi a carico dei cittadini, è conclusione su cui la Corte costituzionale e la dottrina costituzionalista convergono senza esitazioni<sup>50</sup>.

Alla luce di ciò, possiamo dunque concludere che la scelta dello Stato di 'obbligare' i cittadini ad osservare determinate regole di condotta per tutelare la vita e la salute delle fasce più fragili della popolazione (si tratti di divieti, come nel caso delle limitazioni alla circolazione, o invece di obblighi positivi, come ad esempio quello di indossare una mascherina o di vaccinarsi) deve considerarsi astrattamente legittima, salvo poi verificare la compatibilità delle scelte operate in concreto dal legislatore con i principi costituzionali che in vario modo lo vincolano<sup>51</sup>.

---

le la legittimità dell'obbligo vaccinale generalizzato imposto in quell'ordinamento (cfr. *infra*, cap. 6, par. 2.4.1.1.).

<sup>49</sup> Il concetto trova una limpida affermazione in Corte cost., sent. 18 gennaio 2018, n. 5.

<sup>50</sup> In dottrina sul punto si veda lo storico contributo di G.M. LOMBARDI, *Contributo allo studio dei doveri costituzionali*, 1967. Cfr. poi A. BARBERA, Art. 2, in BRANCA (a cura di), *Commentario della Costituzione*, artt. 1-12, 1975, p. 99, il quale osserva che i doveri giuridici divengono vincolanti nel momento in cui trovano concretizzazione in "obblighi puntuali stabiliti, nel quadro del testo costituzionale, dal legislatore".

<sup>51</sup> Rimanendo su di un piano generale (ed astraendo quindi dai profili di legittimità in concreto delle eventuali misure restrittive imposte dal legislatore), possiamo ritenere che nella scelta del 'paradigma' da utilizzare – se quindi un modello 'svedese', fondato su di un sistema di raccomandazioni, o piuttosto un modello fondato su obblighi di osservanza eventualmente anche sanzionati in caso di trasgressione – giocano un insieme di considerazioni di politica criminale, legate certamente anche al contesto sociale e politico in cui si opera. A favore del 'mo-

## 5. *La discrezionalità del legislatore tra paradigma preventivo e paradigma punitivo*

Spostandoci ora dal versante delle misure di contenimento del contagio (che, come abbiamo visto, possono essere tanto oggetto di raccomandazioni quanto di obblighi) al versante delle risposte del legislatore in caso di mancata osservanza delle stesse, occorre evidenziare che tali risposte non necessariamente consistono in misure con natura e finalità punitiva, potendo il legislatore avvalersi anche di misure con finalità preventiva.

La distinzione tra misure punitive e misure preventive, che ora proveremo a tracciare, è essenziale ai nostri fini, per delimitare l'oggetto della presente indagine, che è circoscritta solo alle prime, poiché il nostro obiettivo è quello di valutare come, in un contesto di emergenza sanitaria, i principi penalistici – che, sulla base di una nozione ampia di diritto penale, si applicano appunto a tutte le sanzioni che abbiano carattere punitivo – modellino la risposta punitiva del legislatore.

---

dello svedese' si potrebbe ritenere che, nei casi in cui lo Stato ha bisogno della collaborazione dei cittadini – ed è questo il caso di un'emergenza pandemica –, sia controproducente avvalersi di obblighi e di sanzioni, che allentano anziché rinsaldare il legame di solidarietà, essendo opportuno piuttosto puntare sulla responsabilizzazione della collettività (in questo senso cfr. P. ASTORINA MARINO, *Scienza e diritto di fronte alla paura del contagio*, in G. FORTI (a cura di), *Le regole e la vita. Del buon uso di una crisi, tra letteratura e diritto*, in *Vita e pensiero*, 2020, p. 123). In senso opposto, si potrebbe considerare che in un contesto come il nostro le regole più importanti richiedono, per essere prese sul serio, il rinforzo delle sanzioni: è la minaccia della sanzione, infatti, che rivela al cittadino il 'peso' di una determinata norma di condotta e che indirizza i consociati verso ciò che può o non può essere fatto, laddove invece una mera raccomandazione potrebbe indurre a ritenere che siano accettabili anche scelte diverse. A tale riflessione se ne può poi aggiungere un'altra relativa al profilo temporale, nel senso che il meccanismo di adesione spontanea rispetto a misure che implicano gravosi sacrifici personali parrebbe destinata a decrescere nel tempo: come anche la recente esperienza della pandemia ha dimostrato, la paura del *virus* o l'accettazione di sacrifici in vista del bene comune sono spinte che tendono ad esaurirsi con il passare del tempo o con il ripetersi delle ondate pandemiche. Peraltro, anche le evidenze empiriche sembrerebbero scoraggiare l'adozione del modello svedese: le statistiche sull'andamento dei contagi e sui tassi di mortalità – che certamente devono essere maneggiate con grande cautela, specie quando si mettano a confronto dati relativi a diverse realtà nazionali – sembrerebbero evidenziare che la strategia adottata dalla Svezia (per lo meno con riferimento al periodo precedente alla diffusione della campagna vaccinale) non abbia garantito adeguatamente il contenimento del contagio, se è vero che il tasso di mortalità per Covid in questo Paese è risultato essere assai più elevato rispetto a quello dei Paesi nordici confinanti.

Occorre peraltro considerare che i principi costituzionali che saranno presi in considerazione hanno ambiti di operatività differenziati: alcuni sono 'trasversali', nel senso che si applicano a tutte le misure restrittive, per il solo fatto di incidere su diritti e libertà dell'individuo, senza distinzione tra misure di carattere preventivo o punitivo (è questo il caso, ad esempio, del principio di proporzionalità, a cui il legislatore deve sottostare ogniqualvolta con la sua azione incida sulla sfera individuale del destinatario, a prescindere dalle finalità dell'intervento)<sup>52</sup>; altri riguardano solo le misure restrittive che hanno natura e finalità punitiva (così il principio di offensività); altri ancora si applicano a tutte le misure restrittive, ma si declinano in maniera differente a seconda che la finalità sia preventiva o punitiva, con un'ulteriore differenziazione poi, a seconda se la sanzione sia formalmente penale o amministrativa (è questo il caso dei principi di legalità ed irretroattività).

Ciò premesso, è dunque bene chiarire la differenza tra misure preventive e misure punitive<sup>53</sup>. Riprendendo una classificazione proposta in dottrina<sup>54</sup>, si può ritenere che, all'interno del *genus* delle misure afflittive (e tali possono considerarsi tutte le misure che provocano un pregiudizio, in quanto incidano sulla sfera dei diritti e delle libertà individuali), si possa operare una fondamentale bipartizione tra misure preventive e misure sanzionatorie: mentre le misure sanzionatorie si caratterizzano per un'ottica fondamentalmente retrospettiva, essendo finalizzate a dare una risposta ad una condotta illecita commessa in passato, le prime "guardano in avanti", essendo piuttosto finalizzate a neutralizzare un pericolo che potrebbe realizzarsi in futuro. All'interno della 'famiglia' delle misure sanzionatorie occorre distinguere poi tra misure ripristinatorie e misure punitive: le misure ripristinatorie sono volte, come il termine suggerisce, a ripristinare la situazione precedente alla commissione dell'illecito, mentre quelle

---

<sup>52</sup> È bene precisare sin d'ora che, nel riferirci al principio di proporzionalità, non intendiamo fare riferimento al principio della proporzionalità sanzionatoria, bensì al principio costituzionale che deve ispirare il legislatore anche, ma non solo, nelle scelte punitive, al fine di realizzare gli obiettivi di tutela con il minor sacrificio possibile dei diritti e delle libertà individuali. Cfr. *infra*, cap. 6, par. 2 ss.

<sup>53</sup> Osserva L. MASERA, *La nozione costituzionale di materia penale*, cit., p. 59, che la distinzione tra misure preventive e misure punitive è "alla base della intera criteriologia convenzionale della materia penale". Nello stesso senso F. MAZZACUVA, *La materia penale*, cit., p. 3, secondo cui "l'antitesi tra misure (comunque afflittive ma distinte tra) punitive e preventive rappresenta il perno attorno al quale ruota la nozione di *matière pénale*".

<sup>54</sup> Cfr. F. VIGANÒ, *Garanzie penalistiche e sanzioni amministrative*, cit., p. 1776.

punitive (categoria entro la quale trovano posto, pur non esaurendola, le pene in senso stretto) si caratterizzano per il fatto di infliggere un pregiudizio, o meglio una sofferenza, al destinatario della norma, come rimprovero per il fatto commesso e con una finalità di deterrenza, nella logica di prevenzione generale propria delle pene.

Le considerazioni che precedono – ed in particolare la distinzione tra misure preventive e misure punitive – possono risultare utili, oltre che per un'indispensabile operazione *finium regundorum*, anche per sviluppare alcune riflessioni sull'utilizzo delle une piuttosto che delle altre nella politica di contenimento del contagio.

Venendo alla materia di nostro interesse, dobbiamo innanzitutto osservare che, come si è già più volte rimarcato, il legislatore si è avvalso del paradigma punitivo per rinforzare l'osservanza delle misure di contenimento: oltre alle sanzioni penali per la violazione della quarantena del positivo e per l'epidemia colposa che può configurarsi a causa della violazione della quarantena, hanno natura punitiva le sanzioni amministrative comminate (essenzialmente dal d.l. 19/2020) per l'inosservanza delle misure di contenimento del contagio<sup>55</sup>.

Accanto a misure punitive, ne troviamo altre – che poi, a ben vedere, sono quelle più contestate e su cui maggiormente si è acceso il dibattito nell'opinione pubblica – che si inquadrano all'interno di un paradigma di tipo schiettamente preventivo: in questo senso si considerino, ad esempio, le misure collegate al mancato possesso del c.d. *green pass*, che si sostanziano in una serie di preclusioni all'accesso ad attività o a luoghi per chi non si sia sottoposto al test per l'accertamento del *virus* o non abbia effettuato il vaccino raccomandato: preclusioni che sono divenute sempre più gravose, arrivando da ultimo il mancato possesso del *green pass* a condizionare anche l'accesso a servizi pubblici (come ad esempio i trasporti) e al luogo di lavoro<sup>56</sup>. Tali misure, pur originando dalla mancata osservanza della misura di contenimento (ad esempio non essersi vaccinato, in situazioni in cui il vaccino era raccomandato), hanno finalità preventiva, dal momento che mirano a limitare la circolazione di soggetti non immunizzati ed in quanto tali più facilmente veicolo di contagio.

In alcuni casi, sanzioni punitive e misure preventive possono concorrere: si pensi ad esempio alle conseguenze che derivano dall'indempimento degli obblighi vaccinali a carico del personale sanitario,

---

<sup>55</sup> Cfr. *supra*, par. 1, ed in particolare nt. 4, per il riferimento alla dottrina che, espressamente, riconosce la natura punitiva di tali illeciti.

<sup>56</sup> Cfr. *supra*, cap. 2, par. 2.2.

categoria di lavoratori rispetto alla quale il problema di assicurare la copertura vaccinale si è imposto evidentemente con particolare urgenza. In questo caso alle sanzioni amministrative punitive conseguenti all'inadempimento degli obblighi si sono affiancate ben più severe misure connotate in senso preventivo: partendo dal presupposto che la vaccinazione costituisce *"requisito essenziale per l'esercizio della professione e per lo svolgimento delle prestazioni lavorative rese dai soggetti obbligati"* (art. 4 d.l. 44/2021), a carico del personale sanitario non vaccinato è stata disposta l'immediata sospensione dall'attività lavorativa (con l'espressa previsione dell'assenza di conseguenze disciplinari e del diritto alla conservazione del rapporto di lavoro) e la conseguente mancata erogazione, per il periodo della sospensione, della retribuzione o di altro compenso o emolumento<sup>57</sup>.

La natura preventiva, e non punitiva, della sospensione dall'esercizio dell'attività professionale nei confronti dei medici o degli infermieri che avessero rifiutato di sottoporsi al vaccino si ricava dal fatto che lo scopo della misura è di neutralizzare il pericolo che deriva dalla circolazione di personale sanitario non vaccinato negli ospedali e, più in generale, nei luoghi ove si effettuano prestazioni sanitarie: la misura è stata introdotta, dunque, con l'obiettivo di salvaguardare da un lato gli utenti della sanità, per definizione fragili e costretti a un contatto ravvicinato con il personale sanitario, e dall'altro lo stesso personale sanitario, particolarmente esposto al contagio sui luoghi di lavoro. Una conferma della natura preventiva di tale misura sembra emergere dalla stessa disposizione legislativa, laddove si afferma che la sospensione dall'attività lavorativa è funzionale a *"mantenere adeguate condizioni di sicurezza nell'erogazione delle prestazioni di cura e assistenza"*<sup>58</sup>. Nel senso di escludere la funzione punitiva di tale misura vale anche il rilievo che, nel caso di successivo adempimento dell'obbligo vaccinale, il soggetto è immediatamente riammesso all'esercizio dell'attività professionale, senza ulteriori conseguenze sul piano disciplinare.

Più problematico ci pare invece l'inquadramento come misura preventiva, piuttosto che come sanzione punitiva, della *"mancata erogazione della retribuzione o di altro compenso o emolumento"* previsto per il personale sanitario per il caso di sospensione dall'esercizio dell'attività professionale. Benché la ragionevolezza di una tale previsione risulti evidente – se non altro perché la corresponsione della re-

---

<sup>57</sup> Cfr. *supra*, cap. 2, par. 2.

<sup>58</sup> Art. 4 d.l. 44/2021.

tribUZIONE nei confronti di chi sia sospeso dal servizio potrebbe addirittura fungere da incentivo per l'inadempimento dell'obbligo vaccinale – ci pare tuttavia di cogliere nella misura anche una connotazione punitiva: parla in questo senso innanzitutto la significativa carica afflittiva della stessa (elemento questo che, pur non essendo decisivo ai fini della qualificazione della misura, certamente merita considerazione<sup>59</sup>); in secondo luogo, l'intento punitivo (o, meglio, l'intento anche punitivo) del legislatore si coglie dal confronto con la disciplina prevista per coloro i quali sono sospesi dall'attività lavorativa in quanto esentati, per ragioni mediche, dall'obbligo vaccinale: costoro, infatti, secondo quanto dispone la legge, devono essere adibiti "a mansioni anche diverse, senza decurtazione della retribuzione (...)". Il trattamento deteriore riservato a chi sceglie di non vaccinarsi, rispetto a quello previsto per chi invece non può vaccinarsi, ci induce a leggere in tale misura anche una punizione per chi si è sottratto agli obblighi di solidarietà sociale<sup>60</sup>.

Al di là dei problemi di inquadramento delle singole misure, che non sempre si prestano a soluzioni certe, ci preme comunque evidenziare, in conclusione, che le misure afflittive utilizzate dal legislatore nella politica di contenimento del contagio non possono essere ricondotte 'automaticamente' ad un paradigma punitivo.

---

<sup>59</sup> Stando all'originaria criteriologia Engels, il carattere di afflittività delle misure è un elemento rilevante ai fini della qualificazione delle stesse come punitive. Diverso, tuttavia, è l'orientamento della giurisprudenza costituzionale, secondo cui "l'elevata carica di afflittività rispetto ai diritti fondamentali sui quali esse incidono non esclude, di per sé stessa, la loro finalità preventiva, né depone univocamente nel senso di una loro natura punitiva" (Corte cost., 14 giugno 2022, n. 148).

<sup>60</sup> Senza entrare nel dettaglio di una normativa molto articolata, possiamo osservare che, anche per altre categorie di soggetti nei confronti dei quali è disposto l'obbligo vaccinale, sono state introdotte misure di carattere preventivo per il caso della trasgressione all'obbligo: così ad esempio, nei confronti degli studenti dei corsi di laurea impegnati nello svolgimento dei tirocini pratico-valutativi finalizzati al conseguimento dell'abilitazione all'esercizio delle professioni sanitarie, la mancata effettuazione della vaccinazione determinava la preclusione all'accesso delle strutture ove si svolgevano le attività didattiche; nei confronti del personale docente delle scuole, si è previsto che "la vaccinazione costituisce requisito essenziale per lo svolgimento delle attività didattiche a contatto con gli alunni" e che di conseguenza coloro che non fossero vaccinati dovessero essere esclusi dall'insegnamento e impiegati in attività di supporto alla istituzione scolastica (cfr. art. 4 bis e ss. d.l. 44/2020).

### 5.1. *Alcune riflessioni sull'utilizzo delle misure preventive nella materia del contenimento del contagio*

Il carattere preventivo, o prevalentemente preventivo, delle misure di cui abbiamo ora parlato le colloca al di fuori del nostro ambito di indagine, ma ciò non ci esenta da alcune brevi considerazioni.

La prima è che le misure punitive non sono necessariamente più afflittive delle misure preventive: anzi, nella recente esperienza pandemica, le misure che abbiamo identificato come preventive sono state certamente più gravose per il destinatario rispetto a quelle punitive. Ciò emerge in modo eclatante dal confronto tra le misure preventive correlate al mancato possesso del *green pass* o alla mancata vaccinazione del personale sanitario e le sanzioni pecuniarie di cui al d.l. 19/2020, correlate all'inosservanza delle misure di contenimento.

La seconda considerazione è che il carattere afflittivo di una misura, in quanto non sia associato alla natura o alla finalità punitiva della stessa, impedisce l'applicazione dei principi penalistici di garanzia. Questo in effetti è l'orientamento della giurisprudenza costituzionale, la quale ha avuto modo anche di recente di affermare che la elevata carica di afflittività di una misura rispetto ai diritti fondamentali non ne esclude di per sé la finalità preventiva, né depone necessariamente per la sua natura punitiva<sup>61</sup>: una premessa da cui poi la Corte ha tratto la conclusione della non applicabilità alle misure in esame di alcune garanzie di tipo processuale proprie della materia penale<sup>62</sup>.

Tale conclusione può riferirsi anche alle misure preventive che il legislatore ha introdotto per i fini di contenimento del contagio nella normativa emergenziale. Sebbene l'orientamento della Corte costituzionale sia coerente con gli approdi cui è giunta la giurisprudenza convenzionale nel perimetrare l'area della materia penale<sup>63</sup>, gli esiti

---

<sup>61</sup> Cfr. Corte cost., 14 giugno 2022, n. 148, con nota di L. MASERA, *La Corte costituzionale ritiene che le sanzioni amministrative previste per i consumatori di stupefacenti abbiano finalità preventiva e non punitiva*, in *Sist. pen.*, 14 luglio 2022.

<sup>62</sup> Nella questione decisa dalla Corte costituzionale con la sentenza 148/2022, la garanzia di cui si discuteva l'applicabilità era quella processuale consistente nel diritto al silenzio, ossia nel diritto a non rendere dichiarazioni indizianti la commissione di un reato, una garanzia ritenuta applicabile – sulla base di una lettura convenzionalmente orientata della materia penale – anche alle dichiarazioni indizianti la commissione di un illecito amministrativo e da cui discende, ai sensi dell'art. 64 co. 3 c.p.p., l'inutilizzabilità delle dichiarazioni rese dall'autore dell'illecito che non abbia ricevuto gli avvisi previsti dalla legge.

<sup>63</sup> Come osserva Masera (cfr. L. MASERA, *La Corte costituzionale ritiene che le*

cui tale impostazione conduce non sono sempre persuasivi: c'è qualcosa che non convince, infatti, nel ritenere applicabili le garanzie proprie della materia penale a sanzioni pecuniarie di lievissima entità (si pensi ai 100 euro di pena pecuniaria per l'inadempimento dell'obbligo vaccinale a carico degli ultracinquantenni), in considerazione della natura certamente punitiva della sanzione, e nel negarne invece l'applicazione a misure gravemente incidenti sui diritti fondamentali della persona, quale ad esempio le preclusioni connesse al mancato possesso del *green pass* o la sospensione dall'attività lavorativa per il personale medico non vaccinato, in quanto prive di una finalità punitiva.

L'estraneità delle misure preventive dall'area della materia penale potrà avere dei riflessi essenzialmente sul piano delle garanzie processuali<sup>64</sup>: proprio in quanto incidono in modo assai significativo su diritti e libertà individuali, le 'misure pandemiche preventive' beneficiano comunque delle garanzie sostanziali (*in primis*, quella della legalità e quella della proporzionalità), mentre sono destinate a rimanere sguarnite sotto il profilo delle garanzie processuali (si pensi *in primis* a quelle di cui all'art. 111 Cost. e 6 Cedu) che rimangono applicabili solamente a misure di carattere punitivo<sup>65</sup>.

Un'ultima considerazione riguarda la dubbia legittimità della previsione di sanzioni punitive per la violazione di misure di contenimento del contagio che siano già 'presidiate' da misure di natura preventiva che, per la loro afflittività, paiono dotate di sufficiente capacità dissuasiva. In questo senso, per esemplificare, ci si potrà interrogare sull'effettiva necessità (e quindi, in ultima analisi, sulla propor-

---

*sanzioni amministrative previste per i consumatori di stupefacenti abbiano finalità preventiva e non punitiva*, cit.) la sentenza in esame è espressione di un orientamento consolidato (tanto della Corte costituzionale, quanto della Corte Edu): in particolare il riferimento è alla materia delle misure di prevenzione personali, "ove è stata negata natura penale a misure fortemente afflittive, come la sorveglianza speciale, proprio in ragione della loro asserita finalità preventiva e non punitiva". Nella giurisprudenza della Corte Edu, in questo senso, cfr. sent. 23 febbraio 2017, De Tommaso c. Italia, che ha negato natura penale alla misura della sorveglianza speciale con obbligo di soggiorno, pur riconoscendone il carattere gravemente afflittivo.

<sup>64</sup> Emblematico in questo senso il caso deciso dalla Corte costituzionale nella sentenza 148/2022, come messo in evidenza da L. MASERA, *La Corte costituzionale ritiene che le sanzioni amministrative previste per i consumatori di stupefacenti abbiano finalità preventiva e non punitiva*, cit.

<sup>65</sup> Sul tema dell'estensione delle garanzie proprie del processo penale all'interno dei procedimenti applicativi di sanzioni amministrative con carattere punitivo cfr., F. VIGANO, *Garanzie penalistiche e sanzioni amministrative*, cit., p. 1809.

zionalità) dell'introduzione di sanzioni pecuniarie per l'inadempimento dell'obbligo vaccinale da parte degli operatori sanitari, nel momento in cui tale obbligo sia già presidiato da misure preventive assai gravose, come la sospensione dall'attività professionale e dalla relativa retribuzione, tali da incentivare in misura assai più efficace il destinatario della norma all'osservanza dell'obbligo imposto.

## CAPITOLO 4

# LEGALITÀ PENALE IN CONTESTI DI EMERGENZA SANITARIA

SOMMARIO: 1. Le torsioni della legalità penale nel contesto dell'emergenza pandemica: i due aspetti del problema. – 2. Il principio della riserva di legge nella legislazione pandemica: il ruolo del decreto legge. – 2.1. Il grado della riserva di legge nella legislazione pandemica: considerazioni generali. – 2.1.1. Il modello della norma penale in bianco di cui al d.l. 6/2020. – 2.1.2. Il modello della riserva relativa di cui al d.l. 19/2020. – 2.1.3. Il modello (ipotetico) della riserva assoluta: pro e contro. – 2.2. Qualche riflessione conclusiva su emergenza sanitaria e riserva di legge, anche alla luce del modello tedesco di regolamentazione degli illeciti punitivi per violazione delle misure di contenimento. – 3. Il principio di precisione/determinatezza nella legislazione pandemica. – 3.1. Il deficit di precisione nella legislazione pandemica. Alcuni esempi: la disciplina del c.d. *lockdown*. – 3.2. (*Segue*): la disciplina della violazione della quarantena. – 3.3. Qualche riflessione conclusiva su emergenza sanitaria ed esigenze di precisione.

### 1. *Le torsioni della legalità penale nel contesto dell'emergenza pandemica: i due aspetti del problema*

Nell'esaminare i principi costituzionali in grado di vincolare la discrezionalità del legislatore nell'esercizio del potere punitivo in un contesto di emergenza sanitaria, muoviamo dal principio di legalità.

La prima considerazione da fare è che la gestione di un'emergenza richiede l'adozione in tempi assai rapidi di decisioni che possono incidere in modo significativo sulla sfera individuale dei destinatari e che devono avere caratteristiche di flessibilità e di immediatezza<sup>1</sup>.

---

<sup>1</sup> F.S. MARINI, G. SCACCIA, *L'emergenza sanitaria Covid-19 e il suo impatto ordinamentale*, in F.S. MARINI, G. SCACCIA (a cura di), *Emergenza Covid-19 e ordinamento costituzionale*, 2020, XV.

Ciò molto spesso comporta un accentramento più o meno marcato dei poteri decisionali negli organi di governo, con una correlata marginalizzazione del Parlamento<sup>2</sup>.

E questo, in effetti, è ciò che è avvenuto, nel nostro come nella quasi totalità degli altri ordinamenti, nella gestione dell'emergenza sanitaria determinata dalla recente pandemia: una situazione nella quale si è assistito alla concentrazione dei poteri decisionali in capo ai governi, i quali – nel tentativo di contrastare la diffusione di una malattia virale potenzialmente letale per ampie fasce della popolazione – hanno intrapreso politiche di contenimento del contagio implicanti limitazioni assai penetranti dei diritti e delle libertà individuali, relegando gli organi parlamentari in un ruolo del tutto secondario. Il rischio – che diventa tanto più concreto quanto più fragili sono le basi democratiche di un ordinamento – è che in assenza di 'controspective' garantistiche l'ampia discrezionalità accordata all'esecutivo si tramuti in arbitrio e che risulti poi difficile assicurare un ritorno alla normalità una volta esaurita l'emergenza<sup>3</sup>.

In questo contesto – in cui occorre garantire, da un lato, che la risposta in termini di tutela della salute collettiva sia efficace e, dall'altro, che sia assicurato un adeguato controllo democratico nell'assunzione di decisioni che incidono sulle libertà individuali – il ruolo del principio di legalità è cruciale.

Nel tentativo di individuare i paletti che il principio di legalità po-

---

<sup>2</sup> Sul fatto che, nel periodo emergenziale, l'accentramento dei poteri nell'autorità governativa sia in certa misura inevitabile vd. L. EUSEBI, *Pandemia e diritti fondamentali*, in *Il dialogo Habermas-Günther riletto dalla cultura giuridica italiana. I penalisti: Vincenzo Militello intervista Massimo Donini, Luciano Eusebi e Domenico Pulitanò*, in *Giustizia insieme*, 18 luglio 2020. Per una sintetica panoramica dell'impatto della legislazione emergenziale sull'assetto ordinamentale dei vari Paesi cfr. F.S. MARINI, G. SCACCIA, *L'emergenza sanitaria covid-19 e il suo impatto ordinamentale*, cit., p. XV ove si sottolinea che la necessità di gestire l'emergenza pandemica attraverso interventi restrittivi a tratti anche fortemente pervasivi ha potenziato la "tendenza – comune alle fasi emergenziali – alla centralizzazione dei poteri di Governo in danno delle opposizioni parlamentari e delle autonomie territoriali, suscitando diffusi interrogativi circa l'aderenza di regimi regolatori imposti alla popolazione al *Rule of Law*".

<sup>3</sup> Nel senso che il rafforzamento dei poteri governativi per la gestione della pandemia potrebbe avere effetti non del tutto reversibili, accelerando il fenomeno, già in atto anche nelle democrazie occidentali più consolidate, di progressiva marginalizzazione del Parlamento cfr. G.L. GATTA, *Da 'spazza-corrotti' a 'basta paura': il decreto-semplificazioni e la riforma con parziale abolizione dell'abuso d'ufficio, approvata dal governo 'salvo intese' (e la riserva di legge?)*, in *Sist. pen.*, 17 luglio 2021.

ne al legislatore penale in una situazione di emergenza sanitaria si muoverà dall'analisi della recente legislazione pandemica, onde valutare – anche *pro futuro*, nell'eventualità cioè di nuove emergenze – quali sono state le torsioni alle quali tale principio è stato sottoposto.

Si prenderanno in considerazione due diverse componenti del principio di legalità: il principio di riserva di legge ed il principio di precisione (o determinatezza)<sup>4</sup>.

Quanto al principio di riserva di legge – principio di derivazione illuministica, affermatosi nella tradizione giuridica degli Stati di *civil law*, che come noto postula il monopolio delle scelte politico-criminali in capo al Parlamento, in quanto unico organo democraticamente eletto e rappresentativo di tutte le forze politiche<sup>5</sup> – ci si interrogherà innanzitutto su quali siano le fonti deputate, in un contesto di emergenza sanitaria, a introdurre norme punitive; sposteremo poi l'attenzione sui caratteri della riserva di legge (riserva assoluta, relativa o tendenzialmente assoluta) al fine di verificare quale spazio possano occupare le fonti sub-legislative nella creazione di illeciti punitivi introdotti per il contenimento del contagio.

Successivamente ci si occuperà di verificare come operi, in un contesto di emergenza sanitaria, il principio di precisione, principio che risponde all'esigenza di assicurare la conoscibilità del precetto, così da garantire che il destinatario della norma – essendo in grado di distinguere nitidamente cosa è lecito e cosa invece è vietato – possa prevedere, prima di agire, le conseguenze sanzionatorie delle sue azioni. È questo un profilo del principio di legalità che si è affermato tanto nella tradizione di *civil law* quanto in quella di *common law* e che ha ricevuto una importante elaborazione nella giurisprudenza della

---

<sup>4</sup> Sulle diverse prospettive del principio di legalità nella dimensione costituzionale ed in quella convenzionale, cfr. F. VIGANÒ, *Il nullum crimen conteso: legalità 'costituzionale' vs. legalità 'convenzionale'?*, in *Dir. pen. cont.*, 5 aprile 2017, nonché G. AMARELLI, *Legalità costituzionale, legalità convenzionale e diritto giurisprudenziale*, in *Criminal justice network*, 16 novembre 2018.

<sup>5</sup> Benché un problema di controllo politico sulle scelte di incriminazione si ponga evidentemente anche in ordinamenti estranei alla tradizione di *civil law* (come dimostra il Report della Commissione parlamentare inglese che lamenta la sostanziale marginalizzazione nelle scelte punitive compiute dal Governo nel contesto dell'emergenza pandemica, cfr. *supra*, cap. 1, par. 2) il principio della riserva di legge è estraneo al concetto di legalità sviluppatosi nei paesi di *common law*, dove vige per tradizione una sostanziale assimilazione tra il diritto scritto ed il diritto giurisprudenziale, così come è estraneo alla nozione di legalità sviluppata dalla giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo sulla base dell'art. 7 Cedu. In tema cfr. F. VIGANÒ, *Il nullum crimen conteso*, cit.; G. AMARELLI, *Legalità costituzionale, legalità convenzionale e diritto giurisprudenziale*, cit.

Corte europea dei diritti dell'uomo. Sotto questo ultimo profilo vale la pena evidenziare come, nell'ottica della legalità convenzionale, il profilo della precisione e, più in generale, della qualità della norma penale sia legato al requisito, centrale nella logica dell'art. 7 Cedu, della accessibilità della norma al destinatario e quindi della prevedibilità delle conseguenze giuridiche della propria condotta<sup>6</sup>.

Preliminarmente occorre ancora precisare che nell'occuparci del problema prenderemo in considerazione il 'diritto punitivo dell'emergenza sanitaria' in senso ampio, comprensivo cioè sia degli illeciti penali in senso stretto, sia degli illeciti amministrativi punitivi, non essendo dubbio, come ha affermato espressamente la Corte costituzionale, che il principio di legalità "costituisce il caposaldo del complessivo sistema punitivo – il c.d. "diritto sanzionatorio" – trovando esso applicazione alle fattispecie di reato e alle sanzioni amministrative di carattere sostanzialmente punitivo"<sup>7</sup>. Ciò premesso, occorrerà tuttavia chiedersi se il principio di legalità, tanto in relazione al profilo di riserva di legge, quanto al profilo di precisione, dovrà essere diversamente declinato, e nel caso in quali termini, a seconda che l'illecito punitivo abbia natura formalmente penale o amministrativa<sup>8</sup>.

---

<sup>6</sup>Nel senso che le due concezioni della legalità, quella costituzionale (incentrata sul profilo delle fonti della norma incriminatrice) e quella convenzionale (incentrata sul profilo della qualità del precetto in funzione della sua prevedibilità) non sono antinomiche, ma devono anzi integrarsi in un'ottica di massimizzazione delle garanzie dei diritti fondamentali cfr. ancora F. VIGANÒ, *Il nullum crimen conteso*, cit., p. 3 ss., nonché cfr. G. AMARELLI, *Legalità costituzionale, legalità convenzionale e diritto giurisprudenziale*, cit.

<sup>7</sup>Corte cost., 25 maggio 2021, n. 140.

<sup>8</sup>L'idea che le garanzie penalistiche siano 'graduabili', e che possano quindi conoscere una declinazione diversa per gli illeciti *stricto sensu* penali e per quelli amministrativi di carattere punitivo, emerge nei contributi dottrinali che più di recente si sono occupati del tema. Cfr. in questo senso F. VIGANÒ, *Il nullum crimen*, cit., p. 21, che – a questo proposito – parla di un "regime di tutela a cerchi concentrici: il cui nucleo minimo sia rappresentato dall'*hard core* del diritto penale (...), corrispondente ai *mala in se* e comunque ai reati di maggiore gravità, per i quali si profila sempre all'orizzonte la pena detentiva", rispetto ai quali le garanzie dovrebbero essere assicurate nella loro massima estensione, ed il cui "insieme esterno" sia invece costituito sia dai "reati meno gravi (sanzionati con pene diverse da quella privativa della libertà personale)", sia dagli "illeciti solo 'sostanzialmente', ma non 'formalmente' penali, in cui quelle stesse garanzie dovrebbero essere assicurate in modo meno stringente". Nello stesso senso F. MAZZACUVA, *Le pene nascoste – Topografia delle sanzioni punitive e modulazione dello statuto garantistico*, 2017 e L. MASERA, *La nozione costituzionale di materia penale*, 2018, il quale osserva (p. 22) che l'idea della graduabilità delle garanzie ha trovato espressione anche nella giurisprudenza convenzionale, ove appunto si ammette che per

Per concludere queste considerazioni introduttive, ci pare interessante segnalare che il rischio di cedimento della legalità penale nel contesto della emergenza pandemica è stato avvertito anche in altri ordinamenti. Da questo punto di vista offre importanti spunti di riflessione il documento elaborato nel settembre 2021 dalla Commissione Giustizia della *House of Commons* del Regno Unito (“*Covid-19 and the Criminal Law*”), ove tale questione ha trovato una limpida tematizzazione<sup>9</sup>. Occorre premettere, per inquadrare il contesto nel quale il documento è stato elaborato, che nel Regno Unito, dopo un primissimo tempo in cui si è inseguito l’obiettivo della c.d. ‘immunità di gregge’<sup>10</sup>, sono state imposte rigide misure di contenimento, presidiate da severe sanzioni punitive: per il caso di trasgressione erano infatti previste sanzioni pecuniarie fisse di importo notevolmente elevato<sup>11</sup>, le c.d. *fixed penalty notice*, applicate dagli agenti di polizia (ai quali erano attribuiti anche penetranti poteri di *enforcement*), ma suscettibili di convertirsi in ‘*criminal offences*’ in caso di mancato pagamento entro il termine stabilito. Al fine di garantire l’ottemperanza alle misure di contenimento erano stati attribuiti poteri molto penetranti alle forze di polizia in fase di accertamento, essendo loro consentito di effettuare perquisizioni nel domicilio o di fermare e riportare coattivamente nell’abitazione i soggetti che avessero violato obblighi di isolamento domiciliare<sup>12</sup>.

---

gli illeciti che si collocano al di fuori del nucleo duro del diritto penale, esse possono “non applicarsi in tutto il loro rigore”.

<sup>9</sup>Cfr. *Covid-19 and the Criminal Law*, House of Commons, Justice Committee. Fourth Report of Session 2021-22, settembre 2021 (vd. anche *supra*, cap. 1, par. 2).

<sup>10</sup>L’immunità di gregge può essere definita come la capacità di un gruppo di resistere all’attacco di un’infezione, verso la quale una grande porzione dei membri del gruppo è immune avendo sviluppato anticorpi specifici (sia in seguito al superamento della malattia, sia dopo una vaccinazione). Cfr. M.P. FANTINI, L. DALLOLIO G. FABBRI, *Igiene e sanità pubblica. Appunti sui temi dell’epidemiologia, delle malattie infettive, delle vaccinazioni e della prevenzione*, 2012.

<sup>11</sup>In particolare le sanzioni oscillavano tra i 1.000£, per la violazione della quarantena del soggetto che avesse avuto contatti stretti con un positivo, ai 10.000£ per chi avesse partecipato ad un raduno con più di trenta persone. Cfr. J. BROWN, *Coronavirus Enforcement Restrictions*, House of Commons Library, 2021, p. 16 ss.

<sup>12</sup>Come si è già osservato, tuttavia, le elevate sanzioni pecuniarie comminate dal legislatore per l’inosservanza delle misure nella maggior parte dei casi non sono state riscosse, né sono mai stati avviati procedimenti penali come conseguenza del mancato pagamento, benché la legge prevedesse questa possibilità. Cfr. *supra*, cap. 1, par. 2.

È questo, in sintesi, il contesto nel quale si inquadra il *Report* della commissione parlamentare inglese, con il quale si denunciano significative violazioni dei “*principles of the rule of law*”. Tali violazioni riguardano innanzitutto le fonti delle norme punitive: in questo senso si dà conto di una grave marginalizzazione del Parlamento, che non sarebbe mai stato coinvolto nella politica sanzionatoria per i casi di inosservanza delle misure di contenimento del contagio<sup>13</sup>; in secondo luogo, violazioni del principio di legalità sono state ravvisate nella formulazione dei precetti, spesso vaghi ed imprecisi e pertanto scarsamente conoscibili da parte dei destinatari. Sotto questo profilo nel *Report* si mette in evidenza come, oltre alla cattiva qualità nella formulazione delle norme, ciò che ha reso assai difficile per il cittadino orientarsi nella giungla di obblighi e divieti in continuo mutare è stato anche il profluvio di linee guida e raccomandazioni che il Governo ha emanato, nel tentativo di fare chiarezza, contribuendo però ad aggravare l'entropia del sistema. In questo caos normativo si è arrivati al punto, così si riferisce nel *Report*, che non solo i cittadini, ma anche gli stessi *police officers*, chiamati ad accertare le violazioni delle misure di contenimento, spesso non erano in grado di distinguere tra ciò che era vietato dalle norme e ciò che invece era il contenuto, non vincolante, di linee guide e raccomandazioni<sup>14</sup>.

Come avremo modo di vedere, i problemi di cui si dà conto nel documento della commissione parlamentare inglese, che si riferiscono ad entrambi i profili del principio di legalità (con riferimento sia al tema della marginalizzazione del Parlamento nelle scelte punitive<sup>15</sup>, sia al grave deficit di precisione della normativa) sono gli stessi che, con poche variazioni, si sono presentati nel nostro ordinamento.

---

<sup>13</sup> Si osserva nel *Report* che “*there has been no meaningful parliamentary debate or scrutiny before the law comes into force. That of course has wider implications for the ability of Members of Parliament to contribute to debate, and to scrutinise the content of the law, which of course has been extremely intrusive, and in some cases rather controversial*” e ciò in una situazione in cui “*Parliament should play a bigger role in scrutinising the creation of new criminal offences in response to emergencies*”.

<sup>14</sup> Si osserva che “*In some instances (for example, isolation regulations that required people to stay in a “suitable place”) the legislation did not provide sufficient objective criteria to allow people to determine whether they were compliant with the rules*”.

<sup>15</sup> Il *Report* ci sembra particolarmente significativo laddove permette di evidenziare come l'esigenza di un controllo politico sulle scelte di incriminazione sia avvertito con urgenza anche in ordinamenti estranei alla tradizione di *civil law*.

## 2. Il principio della riserva di legge nella legislazione pandemica: il ruolo del decreto legge

Quanto al principio della riserva di legge, occorre innanzitutto riflettere su quale sia la fonte di rango primario che, in un contesto di emergenza, può essere utilizzata legittimamente per introdurre norme punitive; in secondo luogo, è necessario interrogarsi sul ‘grado’ della riserva di legge, al fine di verificare quali siano, in tale situazione, gli spazi per un’integrazione del precetto da parte delle fonti secondarie.

Partendo dal presupposto che la nostra Costituzione, pur non disciplinando espressamente lo stato di emergenza, contempla al suo interno i mezzi adeguati per fronteggiarla, occorre individuare lo strumento utile allo scopo: lasciando da parte l’art. 78 Cost., che prevede il conferimento al Governo dei poteri necessari per gestire lo stato di guerra, la disposizione che viene in considerazione è piuttosto l’art. 77 Cost., che autorizza il Governo ad un esercizio ‘provvisorio’ del potere legislativo in “casi straordinari di necessità ed urgenza”<sup>16</sup>.

Nella recente crisi sanitaria, infatti, il decreto legge ha rappresentato nel nostro Paese il pilastro della legislazione emergenziale: come si ricorderà, dopo una primissima fase in cui l’emergenza è stata gestita per mezzo delle ordinanze ‘in deroga’ della Protezione civile, il Governo – resosi conto che il contenimento del contagio avrebbe implicato misure significativamente incidenti sui diritti e sulle libertà costituzionali dei cittadini – ha sentito la necessità di realizzare i propri interventi attraverso una normativa di fonte primaria e in particolare attraverso il decreto legge<sup>17</sup>. Come è stato osservato, questa scelta si è fondata su profonde ragioni di ordine costituzionale, poi-

---

<sup>16</sup> Cfr. G. SILVESTRI, *Covid-19 e Costituzione*, in *Unicost.it*, 10 aprile 2020, il quale osserva che l’assenza di una disciplina dello stato di emergenza nella Costituzione costituisce in realtà un’omissione voluta dai Costituenti, non essendo ancora svanito in loro il ricordo dell’art. 48 della Costituzione di Weimar che aveva contribuito certamente ad aprire la strada all’affermazione del regime nazista. Osserva ancora l’insigne giurista che la gestione delle situazioni di emergenza non richiede affatto la sospensione delle garanzie previste dalla Costituzione, poiché “invece sarebbe sufficiente, per fronteggiare lo stato di necessità, applicare quanto è scritto nella Carta costituzionale”. Nello stesso senso M. LUCIANI, *Il sistema delle fonti del diritto alla prova dell'emergenza*, in *Riv. AIC*, 2, 2020, p. 113, il quale osserva che “la Costituzione, non la necessità, fonda i provvedimenti in questione: essi si radicano nel diritto costituzionale positivo, non nella pericolosa idea che la necessità sia essa stessa fonte”.

<sup>17</sup> Cfr. *supra*, cap. 2, par. 1.

ché “la responsabilità di misure così gravi e inedite non poteva che essere innanzitutto politica e come tale doveva essere il Governo nella sua collegialità ad assumerla sulle proprie spalle così come prescrive l’art. 77 Cost.”<sup>18</sup>.

Nel sistema che si è venuto delineando a partire dal d.l. 6/2020, e che si è poi perfezionato con il d.l. 19/2020, il decreto legge ha rappresentato in effetti la fonte di rango primario attraverso la quale si è fornita base legale alle misure applicabili dal Governo per la gestione dell'emergenza pandemica, mentre il decreto del Presidente del consiglio dei ministri ha rappresentato la fonte di rango secondario, a cui è stato attribuito il ruolo di dare attuazione alle misure legali, adattandole alle mutevoli e contingenti esigenze legate alla diffusione del contagio. Lasciando per ora da parte il problematico rapporto tra decreti-legge e decreti del Presidente del Consiglio dei ministri, di cui si dirà affrontando la questione del carattere assoluto o relativo della riserva, ci preme in questo momento valutare la compatibilità con il principio della riserva di legge in materia penale dell'utilizzo del decreto legge per introdurre norme punitive ai fini del contenimento del contagio.

Nel valutare la legittimità dell'utilizzo del decreto legge rispetto alle misure di contenimento del contagio occorrerà prendere in considerazione in primo luogo la norma che contiene la misura restrittiva, al fine di verificare se sia possibile utilizzare il decreto legge per introdurre limitazioni a diritti e libertà costituzionali e, in secondo luogo, la disposizione sanzionatoria, al fine di verificare se il decreto legge possa legittimamente introdurre norme punitive per il caso di violazione di tali misure restrittive.

La prima questione si risolve agevolmente, essendo pacifico tanto nella giurisprudenza della Corte costituzionale, quanto nella dottrina costituzionalistica che le riserve di legge stabilite dalla Costituzione a tutela dei diritti e delle libertà possono ritenersi soddisfatte da atti aventi forza di legge quali i decreti legge, in quanto fonti del diritto con efficacia equiparata a quella della legge formale e nel cui procedimento di formazione è assicurata la partecipazione dell'organo rappresentativo, purché ciò avvenga nel pieno rispetto dei presupposti costituzionalmente previsti (e fatta ovviamente eccezione per i casi in cui la Costituzione richieda espressamente che una certa materia sia disciplinata con 'legge formale' del Parlamento)<sup>19</sup>.

---

<sup>18</sup> A. SAITTA, *Il codice della protezione civile e l'emergenza pandemica anche alla luce di C. Cost. n. 198/2021*, in *Giur. cost.*, 3, 2021, p. 847.

<sup>19</sup> Quanto alla giurisprudenza costituzionale cfr. Corte cost., 11 febbraio 2015, n. 10. In dottrina cfr. F.S. MARINI, *Le deroghe costituzionali da parte dei decreti leg-*

Con riferimento al versante sanzionatorio è viceversa necessario sviluppare alcune riflessioni.

Al cuore della riserva di legge in materia penale prevista dall'art. 25 co. 2 Cost. vi è l'esigenza che la pena, essendo la sanzione più grave tra quelle previste dall'ordinamento e tale da comportare la privazione della libertà personale, sia riservata in via esclusiva alla legge in senso formale, ossia alla legge elaborata dal Parlamento secondo il procedimento delineato nell'art. 72 Cost., in quanto organo rappresentativo dell'intera collettività e dunque l'unico in grado di compiere scelte punitive nel rispetto della dialettica tra maggioranza e minoranza.

Va subito precisato, peraltro, che la problematicità nell'utilizzo del decreto legge riguarda solamente il diritto penale inteso in senso stretto, essendo pacifico in dottrina che l'accezione forte della riserva di legge che si ricava dall'art. 25 co. 2, da intendersi come riserva assoluta e formale, riguardi solamente le pene, proprio in considerazione del loro carattere particolarmente afflittivo e stigmatizzante e che invece, in relazione alle sanzioni amministrative punitive, le esigenze della legalità trovino una più blanda copertura nell'art. 23 Cost., da interpretarsi come riserva non formale e di tipo relativo<sup>20</sup>.

Restringendo quindi la nostra riflessione al tema degli illeciti penali in senso stretto, occorre innanzitutto considerare che, nella prassi, gli atti governativi aventi forza di legge, e dunque anche i decreti legge, sono ampiamente utilizzati nella materia penale: in particolare, la disinvoltura del ricorso a tale strumento, persino in casi nei quali i presupposti di necessità ed urgenza richiesti dall'art. 77 Cost. appaiono fortemente dubbi, è tale per cui non è un'esagerazione ritenere che i decreti legge siano di fatto divenuti, insieme ai decreti legislativi, gli strumenti normativi ordinari per l'introduzione nell'ordinamento di fattispecie penali<sup>21</sup>.

---

ge, in F.S. MARINI, G. SCACCIA (a cura di), *Emergenza Covid-19 e ordinamento costituzionale*, cit., p. 69.

<sup>20</sup> E. DOLCINI, *Sanzione penale o sanzione amministrativa: problemi di scienza della legislazione*, in G. MARINUCCI, E. DOLCINI (a cura di), *Diritto penale in trasformazione*, 1985, p. 595 s.; C.E. PALIERO, A. TRAVI, *La sanzione amministrativa. Profili sistematici*, 1988, p. 137 ss.

<sup>21</sup> Il fenomeno del progressivo abbandono della legge formale quale strumento ordinario di normazione nella materia penale è stato ampiamente studiato dalla dottrina (penalistica e costituzionalistica), che concorda nel ritenerlo espressione di un fenomeno – a dire il vero non solo italiano – di progressiva marginalizzazione e crisi delle istituzioni parlamentari. Sul tema, all'interno di una letteratura molto ampia, cfr. C. CUPELLI, *La legalità delegata. Crisi e attualità della riserva di*

Parte della dottrina, a fronte dell'abuso che nella prassi si fa del decreto legge in materia penale, tende ad escludere che gli atti aventi forza di legge (ed in particolare, per quanto qui ora ci interessa, i decreti legge) siano legittime fonti del diritto penale<sup>22</sup>: a sostegno della tesi si fa leva da un lato sul carattere irreversibile degli effetti che un decreto legge non convertito potrebbe produrre sulla libertà personale, dall'altro sulla tendenziale antinomia delle ragioni di necessità ed urgenza con le esigenze di ponderazione che devono invece caratterizzare le scelte politico-criminali.

La giurisprudenza costituzionale per contro – pur adoperandosi nel senso di evitare l'abuso che se ne fa nella prassi – non ritiene che i decreti legge incontrino un limite nel diritto penale: secondo la Corte, infatti, “un limite del genere non è previsto dall'art. 77 Cost. né può essere desunto dal principio di riserva di legge in materia penale, venendo tale riserva osservata anche da atti aventi forza di legge, purché adottati nel rigoroso rispetto dei presupposti costituzionali ad essi inerenti”<sup>23</sup>.

Ciò premesso, la recente esperienza pandemica costituisce un'occasione preziosa per riflettere sul ruolo del decreto legge nel diritto penale.

La prima considerazione da fare è che l'avvento della pandemia, a differenza di molte situazioni nelle quali del tutto a sproposito si è parlato di emergenza, integra certamente uno di quei “casi straordinari di necessità e di urgenza” ai quali il Costituente si riferiva quando ha formulato l'art. 77 Cost.<sup>24</sup>. Rileggendo i lavori dell'Assemblea

---

*legge nel diritto penale*, 2021; G. FIANDACA, *Crisi della riserva di legge e disagio della democrazia rappresentativa nell'età del protagonismo giurisdizionale*, in *Criminalia*, 2011, p. 79 ss.; C. GRANDI, *Riserva di legge e legalità penale europea*, 2006; F. PALAZZO, *Legalità penale: considerazioni su trasformazione e complessità di un principio fondamentale*, in AA.VV., *Principio di legalità e diritto penale*, in *Quad. fior.*, XXXVI, 2007, p. 1281; I. PELLIZZONE, *Profili costituzionali della riserva di legge in materia penale. Problemi e prospettive*, 2016.

<sup>22</sup> G. MARINUCCI, E. DOLCINI, *Corso di diritto penale*, III ed., 2001, 41 ss.; G. FIANDACA, E. MUSCO, *Diritto penale. Parte generale*, VIII, 2019, p. 58. Nello stesso senso anche G. MARINUCCI, E. DOLCINI, G.L. GATTA, *Manuale di diritto penale*, cit., p. 51 ss., ove tuttavia si riconosce la legittimità del ricorso al decreto legge in materia penale per fronteggiare la pandemia di Covid-19, trattandosi “per una volta, di una reale, drammatica situazione di necessità ed urgenza, che imponeva di predisporre strumenti di immediata operatività, così da garantire senza ritardo l'osservanza delle misure di contenimento”.

<sup>23</sup> Corte cost., 29 luglio 1996, n. 330.

<sup>24</sup> Si riferisce alla pandemia di Covid-19 come una “emergenza vera” G. SILVESTRI, *Covid-19 e Costituzione*, cit., il quale evidenzia altresì un generalizzato abuso

costituente si coglie bene il ruolo che si intendeva attribuire al decreto legge, che è stato introdotto – non senza aspre discussioni – proprio avendo in mente cataclismi paragonabili alla tragedia che si è recentemente vissuta. Sono molto attuali, a questo proposito, le parole di Calamandrei, il quale – per convincere l’Assemblea dell’opportunità di attribuire al Governo uno strumento per la decretazione di urgenza – diceva: “(...) ma, insomma, potrà avvenire che si verifichi la necessità e l’urgenza di fronte alla quale il normale procedimento legislativo non sarà sufficiente: il terremoto, l’eruzione di un vulcano. Credete che si possa mettere nella Costituzione un articolo il quale dica che sono vietati i terremoti? (...) Bisognerà pure prevedere la possibilità di questi cataclismi e disporre una forma di legislazione di urgenza, che è più provvido disciplinare e limitare piuttosto che ignorarla”<sup>25</sup>. Consapevoli della difficoltà di individuare a priori le infinite forme nelle quali l’emergenza avrebbe potuto manifestarsi, i Costituenti hanno utilizzato una formula elastica, quella appunto dei “casi straordinari di necessità ed urgenza”, che a loro pareva in grado (ma oggi potremmo dire ‘illusoriamente’) di restringere l’utilizzo del decreto legge a casi “veramente eccezionali”<sup>26</sup>.

La sensazione è che oggi – in qualche modo assuefatti dall’uso distorto che per decenni si è fatto del decreto legge anche in materia penale – si sia smarrito il reale significato di questo strumento normativo, che è in sostanza una deroga prevista dalla stessa Costituzione al principio del monopolio parlamentare nella funzione legislativa: uno strumento quindi da utilizzare in situazioni nelle quali il *costo* della deroga in termini di marginalizzazione del potere parlamentare trova giustificazione nella *necessità* di tutelare contro-interessi, che non potrebbero essere tutelati adeguatamente con l’ordinario procedimento legislativo, vuoi per un profilo legato alla tempestività della

---

del termine ‘emergenza’, tale per cui quando si verificano autentici stati di necessità, che come in questo caso reclamano risposte rapide ed efficaci dalle istituzioni, ci si ritrova impreparati.

<sup>25</sup> P. Calamandrei, intervento all’Assemblea costituente, 4 marzo 1947, seduta pomeridiana. Gli atti dei lavori dell’Assemblea possono essere consultati sul sito internet della Camera dei deputati (alla voce Legislature precedenti). Cfr. A. LAURO, *Urgenza e legalità ai tempi del covid-19: fra limiti imprescindibili e necessaria flessibilità*, in *BioLaw Journal*, 1, 2020, p. 145 ss.

<sup>26</sup> Cfr. anche l’intervento in Assemblea costituente (sempre nella seduta del 4 marzo 1947) di Aldo Bozzi, il quale a proposito del carattere eccezionale del decreto legge osserva: “ora voi vedete che questo complesso di limitazioni rende veramente eccezionale l’adozione del decreto legge e garantisce quelli che devono essere i diritti del Parlamento in quanto questo interviene subito e controlla”.

risposta normativa che deve essere assicurata nell'emergenza, vuoi per le difficoltà di funzionamento che può incontrare l'istituzione parlamentare nella particolare situazione in atto.

In questi termini, la deroga, da confinare appunto a casi eccezionali, deve considerarsi estesa anche alla materia penale, poiché anche in questa materia potrebbero esservi situazioni in cui una tale necessità di tutela si manifesta: come nel caso appunto di un'emergenza sanitaria, che può far sorgere la necessità di mettere in campo con rapidità sanzioni penali per rinforzare l'osservanza di determinate condotte essenziali ai fini di tutela della salute collettiva<sup>27</sup>.

L'esperienza dell'emergenza appena trascorsa, dunque, se da un lato ci convince dell'opportunità di includere il decreto legge tra le fonti astrattamente legittimate ad introdurre norme penali<sup>28</sup>, dall'altro ci convince dell'urgenza di restituire al decreto legge il suo 'volto costituzionale': ciò che può avvenire solamente assicurando il rispetto rigoroso dei limiti che la Costituzione pone al potere del Governo di emanare atti con forza di legge in materia penale<sup>29</sup>.

Su questa strada, a dire il vero, si è già mossa la Corte costituzionale, come dimostrano le numerose dichiarazioni di illegittimità intervenute sia per contrastare la prassi della reiterazione dei decreti decaduti, sia per imporre una interpretazione più rigorosa del requisito della straordinaria necessità e urgenza, sia per impedire l'inserimento, in sede di conversione, di emendamenti del tutto eterogenei rispetto al contenuto del decreto legge<sup>30</sup>. L'auspicio è che, anche alla luce dell'esperienza attuale, la Corte costituzionale prosegua, con

---

<sup>27</sup> Sull'utilizzo della decretazione d'urgenza per esigenze legate all'emergenza sanitaria cfr. Corte cost., 18 gennaio 2022, n. 8, che rigetta la questione di illegittimità costituzionale della norma che ha riscritto in senso limitativo la fattispecie incriminatrice dell'abuso d'ufficio (art. 23, co. 1 d.l. 16 luglio 2020, n. 76), sollevata in riferimento all'art. 77 Cost. In questo caso, la necessità e l'urgenza non si riferiscono all'esigenza di mettere in campo sanzioni penali per rinforzare l'osservanza delle misure di contenimento, ma all'esigenza di contrastare il fenomeno della 'burocrazia difensiva', originato dall'eccessiva ampiezza dei confini applicativi dell'abuso di ufficio e di garantire, tramite la riduzione dell'area di rilevanza penale della fattispecie, una celere ripresa del Paese dopo il prolungato blocco imposto per fronteggiare la pandemia.

<sup>28</sup> In questo senso cfr. G. De FRANCESCO, *Emergenza sanitaria e categorie penali: nel segno del 'principio di realtà*, in *Riv. it. med. leg.*, 2, 2020, p. 983 ss.

<sup>29</sup> Cfr. D. PULITANÒ, *Diritto penale*, IX ed. 2021, p. 83.

<sup>30</sup> Cfr., anche per i necessari riferimenti alla giurisprudenza costituzionale, C. CUPELLI, *Gli atti aventi forza di legge in materia penale, la delega fiscale e i soliti sospetti*, in *Dir. pen. cont. Riv. trim.*, 2, 2015.

sempre maggiore rigore, nel percorso virtuoso già intrapreso al fine di riportare l'utilizzo della decretazione d'urgenza, anche in materia penale, negli argini della Costituzione.

### 2.1. *Il grado della riserva di legge nella legislazione pandemica: considerazioni generali*

Una volta appurato che la stessa Costituzione consente, in casi di emergenza, di derogare al monopolio del Parlamento nella produzione di norme penali, attribuendo al Governo, secondo quanto disposto dall'art. 77 Cost., il potere di adottare misure di contenimento attraverso decreti che sono soggetti soltanto a un successivo controllo parlamentare, rimane ancora da interrogarsi sul secondo quesito che ci eravamo posti, ossia su quale sia il 'grado' della riserva che soddisfa la garanzia costituzionale contenuta nell'art. 25 co. 2: in particolare su quale peso possano assumere fonti sub-legislative nella creazione di illeciti punitivi introdotti per il contenimento del contagio.

Il quesito circa il grado, assoluto o relativo, della riserva di legge deve investire, ancora prima della disposizione sanzionatoria, la norma che introduce la misura restrittiva. Su questo punto il discorso non può tuttavia essere generalizzato, poiché la Costituzione stabilisce riserve di legge più o meno stringenti a seconda del diritto limitato. Così, ad esempio, se la misura restrittiva incide sulla libertà personale, nessuno spazio potrà essere concesso alla fonte secondaria, posto che l'art. 13, nel sancire che è la legge a stabilire i 'casi e modi' della limitazione, impone una riserva di carattere assoluto<sup>31</sup>. Diverse saranno invece le conclusioni nel caso di misure di contenimento che incidano sulla libertà di circolazione<sup>32</sup>: in questo caso, infatti, l'art.

---

<sup>31</sup> Cfr. per tutti V. CRISAFULLI, *Lezioni di diritto costituzionale*, II, 1, VI ed. (aggiornamento a cura di F. Crisafulli), 1993, p. 62.

<sup>32</sup> Sulla problematica qualificazione della 'quarantena del positivo' come misura privativa della libertà personale o limitativa della libertà di circolazione, da cui discende l'individuazione della disciplina costituzionale applicabile, si è pronunciata la Corte costituzionale nella sentenza 26 maggio 2022, n. 127, con nota di A. DELLA BELLA, *Quarantena obbligatoria, libertà personale e libertà di circolazione. Riflessioni a margine di Corte cost.*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2022, p. 772 ss. Sul carattere privativo della libertà personale della misura della quarantena precauzionale e della quarantena del positivo, qualora eseguita sulle c.d. navi-quarantena nei confronti di migranti soccorsi in mare o approdati sul territorio italiano a seguito di sbarchi autonomi, cfr. G. SAVIO, *L'incidenza delle misure di contrasto della pandemia sulla condizione giuridica dei migranti sbarcati sulle coste italiane*:

16 Cost. pone una riserva di legge che è sì 'rinforzata', nel senso che è la stessa Costituzione a predeterminare i fini per i quali il legislatore può limitare il diritto, ma che, nel grado, è relativa, essendo quindi possibile, secondo l'interpretazione accolta dalla dottrina maggioritaria nonché dalla giurisprudenza costituzionale, attribuire a fonti secondarie la delimitazione delle forme e dei modi della limitazione<sup>33</sup>.

Con riferimento al profilo sanzionatorio, occorre poi differenziare il discorso a seconda che, a presidio della misura restrittiva, il legislatore abbia introdotto una pena in senso stretto o una sanzione amministrativa punitiva, posto che il principio di riserva di legge conosce declinazioni diverse a seconda della tipologia dell'illecito. Con riferimento alle pene in senso stretto, sappiamo che la riserva di legge, secondo l'interpretazione consolidata dell'art. 25 Cost. co. 2 tanto nella giurisprudenza costituzionale quanto nella dottrina penalistica, deve considerarsi come 'tendenzialmente assoluta': in relazione a sanzioni che possono incidere sulla libertà personale, infatti, la necessità che sia la fonte primaria ad effettuare la scelta di criminalizzazione è particolarmente pressante e l'integrazione del precetto da parte di atti dell'esecutivo può considerarsi legittimo solo laddove si tratti di una specificazione in via tecnica di elementi già descritti dal legislatore<sup>34</sup>.

---

*il caso delle 'navi quarantena'*, in *Diritto, Immigrazione e Cittadinanza*, 2, 2021, p. 61 ss., il quale evidenzia come tale misura – certamente tale da integrare una privazione della libertà personale – fosse priva di base legale, fondandosi su decreti del Capo del Dipartimento della protezione civile.

<sup>33</sup> A. PACE, Art. 16, in BRANCA (a cura di), *Commentario della Costituzione*, artt. 13-20, p. 114 ss. *Contra* cfr. V. BALDINI, *Proporzionalità e adeguatezza versus prevenzione nel controllo di razionalità delle misure di contrasto all'emergenza sanitaria: tra premesse di metodo e percezioni esegetiche*, in *Dirittifondamentali.it*, 1, 2021, secondo cui l'utilizzazione di atti formalmente amministrativi, come i d.P.c.m., in funzione di attuazione della disciplina di fonte primaria ed intervenuti – anche con effetti derogatori – a precisare forme e ambiti della limitazione di diritti tutelati costituzionalmente, "collide con la previsione, in materia, di riserve assolute di legge che, secondo autorevole dottrina (Crisafulli), ammettono l'intervento di soli regolamenti di 'stretta esecuzione' della legge, categoria alla quale non sembrano potersi fondatamente ricondurre i menzionati atti amministrativi per quanto gli stessi risultino conformi al dettato della norma di rango primario che li prevede".

<sup>34</sup> È questa la tesi assolutamente maggioritaria nella manualistica. Cfr., tra gli altri, S. ALEO *Istituzioni di diritto penale. Parte generale*, 2016, p. 59; A. CADOPPI, P. VENEZIANI, *Elementi di diritto penale. Parte generale*, VIII ed., 2021, p. 76; G. MARINUCCI, E. DOLCINI, G.L. GATTA, *Manuale di diritto penale*, cit., p. 76; A. PAGLIARO, *Principi di diritto penale. Parte generale*, IX ed., 2020, p. 47; D. PULITANÒ, *Diritto penale*, IX ed., 2021, p. 87.

Diverso è invece l'atteggiarsi della riserva di legge in relazione alle sanzioni amministrative punitive: come abbiamo già più sopra evidenziato, tanto la giurisprudenza costituzionale, quanto la dottrina concordano sul fatto che l'accezione forte di riserva che si ricava dall'art. 25 co. 2 riguardi solamente il diritto penale in senso stretto e che invece, in relazione alle sanzioni amministrative punitive, le esigenze della legalità trovino una più blanda copertura nell'art. 23 Cost., da interpretarsi come riserva di tipo relativo<sup>35</sup>. Nel caso di illeciti punitivi amministrativi, dunque, l'integrazione da parte della fonte sub-legislativa può avere carattere non meramente tecnico, implicando eventualmente anche una scelta valutativa; ciò non significa, tuttavia, come la Corte costituzionale ha avuto modo di osservare, che la fonte primaria sia relegata sullo sfondo, dovendo essere "la legge stessa a definire i criteri direttivi destinati a orientare la discrezionalità dell'amministrazione"<sup>36</sup>.

Tutto ciò premesso, quel che interessa è chiedersi se queste conclusioni debbano considerarsi inderogabili o se, invece, in presenza di uno stato di emergenza sanitaria sia consentito – al fine di disporre di una normazione più flessibile e snella e quindi più efficace per la tutela della vita e della salute collettiva – abbassare lo standard di garanzie e ammettere un più ampio spazio di intervento da parte delle fonti sub-legislativa rispetto a quanto concesso dal carattere tendenzialmente assoluto della riserva di legge in materia penale.

La domanda può essere anche posta in termini speculari, nel sen-

---

<sup>35</sup> Nella giurisprudenza costituzionale cfr. da ultimo in questo senso la sentenza 18 gennaio 2021, n. 5, ove si afferma che "secondo l'ormai costante giurisprudenza di questa Corte, le garanzie discendenti dall'art. 25, secondo comma, Cost. si applicano anche agli illeciti e alle sanzioni amministrative di carattere sostanzialmente punitivo (sentenze n. 134 del 2019, n. 223 del 2018, n. 121 del 2018, n. 68 del 2017, n. 276 del 2016 e n. 104 del 2014), con l'eccezione però della riserva assoluta di legge statale, che vige per il solo diritto penale *stricto sensu*, come da ultimo precisato dalla sentenza n. 134 del 2019. Tale pronuncia ha altresì ribadito che il potere sanzionatorio amministrativo (...) resta comunque soggetto alla riserva di legge relativa all'art. 23 Cost.". In dottrina, la questione ha trovato recente tematizzazione in L. MASERA, *La nozione costituzionale di materia penale*, 2018, p. 241 ss.; F. MAZZACUVA, *Le pene nascoste. Topografia delle sanzioni punitive e modulazione dello statuto garantistico*, 2017, p. 264 ss.; F. VIGANÒ, *Garanzie penali e sanzioni amministrative*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 4, 2020, p. 1818. In precedenza, nel senso del riconoscimento del carattere relativo della riserva di legge in relazione agli illeciti amministrativi punitivi cfr. E. DOLCINI, *Sanzione penale o sanzione amministrativa*, cit., p. 595 s.; C.E. PALIERO, A. TRAVI, *La sanzione amministrativa*, cit., p. 140.

<sup>36</sup> Corte cost., sent. 18 gennaio 2021, n. 5.

so cioè che ci si potrebbe chiedere se l'introduzione in via emergenziale di illeciti punitivi che incriminano l'esercizio di diritti e libertà fondamentali, non necessiti di un innalzamento dello standard di garanzie rispetto all'ordinario: in questo senso, si potrebbe ritenere che il diritto punitivo pandemico debba essere coperto da riserva assoluta di legge, anche laddove gli illeciti punitivi siano di natura amministrativa<sup>37</sup>.

Quanto all'ipotesi dell'abbassamento delle garanzie, riteniamo che la derogabilità *in peius* del principio di riserva di legge nel diritto penale in senso stretto in ragione dell'emergenza non sia una conclusione accettabile: si è infatti al cospetto di un principio supremo dell'ordinamento, che non può essere oggetto di bilanciamento, non rilevando in alcun modo il carattere emergenziale o eccezionale del contesto nel quale la disciplina è stata dettata, come del resto la giurisprudenza costituzionale ha avuto modo in più occasioni di affermare espressamente<sup>38</sup>.

Quanto invece alla tesi dell'innalzamento delle garanzie in ragione dell'emergenza (o, meglio, in ragione del particolare contenuto degli illeciti punitivi da introdurre per la gestione dell'emergenza) la tesi ci pare suggestiva e, non incontrando ostacoli in linea di principio, se ne dovrà solamente verificare la praticabilità in concreto, onde accertare che essa non si traduca paradossalmente in una complessiva riduzione del livello di tutela assicurata ai beni in gioco.

Per fare luce sul tipo di integrazione tra fonte primaria e fonte secondaria che possa soddisfare le esigenze di rapidità e flessibilità imposte dalla situazione emergenziale ed al contempo risultare coerente con i principi costituzionali che regolano il sistema delle fonti in materia penale, può risultare significativo prendere in esame diversi modelli normativi, traendo ispirazione anche dalla passata legislazione pandemica. Nel fare ciò, ci preme precisare – come già si è cercato di mettere in evidenza nelle pagine introduttive – che il riferimento alla passata esperienza non rileva tanto ai fini di una valutazione, più o

---

<sup>37</sup> Questa è l'ipotesi di R. BARTOLI, *Legalità e coronavirus: l'allocazione del potere punitivo e i cortocircuiti della democrazia costituzionale durante l'emergenza*, in *Osservatorio sulle fonti*, fasc. speciale, 2020. Disponibile in: <http://www.osservatoriosullefonti.it>.

<sup>38</sup> Con riferimento alla emergenza pandemica, cfr. Corte cost., 23 dicembre 2020, n. 178, ove si afferma che “il principio di legalità (...) non è comprimibile non entrando in bilanciamento con altri diritti in ipotesi antagonisti: si tratta, infatti, di una garanzia della persona contro i possibili arbitri del legislatore, la quale rappresenta un valore assoluto, non suscettibile di bilanciamento con altri valori costituzionali”.

meno critica, di quanto è stato fatto, ma *pro futuro*: come è stato condivisibilmente osservato, infatti, non è detto che i modelli normativi sperimentati per fronteggiare l'emergenza pandemica “restino confinati in un'unica e irripetibile parentesi della storia costituzionale”, essendo invece assai plausibile che essi “rappresenteranno il metro sul quale dosare in futuro ulteriori reazioni a nuove – ed allo stato altrettanto imprevedibili – emergenze”<sup>39</sup>.

### 2.1.1. *Il modello della norma penale in bianco di cui al d.l. 6/2020*

Un primo modello di integrazione tra norma primaria e fonte secondaria è quello delineato dal d.l. 23 febbraio 2020, n. 6. In tale modello, come si ricorderà, il decreto legge contiene la norma sanzionatoria e rinvia alla fonte secondaria per la determinazione del contenuto del precetto: l'art. 4 co. 3 prevedeva infatti che fosse punita con la pena prevista dall'art. 650 c.p. la violazione tanto delle misure restrittive tipizzate nell'art. 1 co. 2, quanto delle “*ulteriori misure di contenimento e gestione dell'emergenza*” che, ai sensi dell'art. 2, le autorità amministrative avrebbero potuto adottare “al fine di prevenire la diffusione dell'epidemia da Covid-19 *anche fuori dei casi di cui all'articolo 1*”<sup>40</sup>.

Con tutta evidenza, il modello delineato nel d.l. 6/2020 viola il principio della riserva di legge in materia penale<sup>41</sup>. La violazione può

---

<sup>39</sup> Cfr. S. MABELLINI, *La problematica tenuta delle riserve di legge nella gestione policentrica dell'emergenza sanitaria*, in F.S. MARINI, G. SCACCIA (a cura di), *Emergenza Covid-19 e ordinamento costituzionale*, cit., p. 51.

<sup>40</sup> Sappiamo che il legislatore dell'emergenza ha individuato nel decreto del Presidente del Consiglio la fonte secondaria da utilizzare per dare attuazione alle norme del decreto legge. Tale scelta è stata ampiamente criticata in dottrina perché ciò ha determinato una vistosa concentrazione di poteri in capo ad un organo monocratico, quale il Presidente del Consiglio, cui viene così attribuito il potere di disporre misure significativamente limitative di diritti e libertà tutelati dalla Costituzione, prescindendo dalla collegialità governativa ed anche dal controllo del capo dello Stato. In questo senso cfr., tra i tanti, A. LALLI, *Organi e procedure amministrative dell'emergenza covid-19*, in F.S. MARINI, G. SCACCIA (a cura di), *Emergenza Covid-19 e ordinamento costituzionale*, cit., p. 219; A. LAURO, *Urgenza e legalità ai tempi del covid-19*, cit., p. 185; C. TRIPODINA, *La Costituzione al tempo del Coronavirus*, in *Costituzionalismo.it*, 1, 2020, 83.

<sup>41</sup> Il deficit di legalità è stato rilevato in dottrina sin dai primi commenti, cfr., tra i tanti, G. BATTARINO, A. NATALE, *Reati dell'epidemia e reati nell'epidemia*, in *Quest. giust.*, 2, 2020; G.L. GATTA, *Coronavirus, limitazione di diritti e libertà fondamentali, e diritto penale: un deficit di legalità da rimediare*, in *Sist. pen.*, 20 marzo 2020; M. PELISSERO, *Covid-19 e diritto penale pandemico. Delitti contro la fede*

apprezzarsi sotto due diversi profili. Innanzitutto, nel decreto legge in esame è mancata la base legale della limitazione dei diritti oggetto delle misure di contenimento. Un esempio eclatante in questo senso è rappresentato dalla misura con cui si è vietato alla popolazione di uscire dall'abitazione se non per specifiche ragioni (il c.d. *lockdown*): tale misura, che ha comportato una notevole compressione della libertà di circolazione, è stata introdotta nell'ordinamento con un decreto del Presidente del Consiglio dei ministri (ai sensi dell'art. 2 del d.l. 6/2020), benché l'art. 16 Cost. prescriva espressamente che le limitazioni siano stabilite dalla legge.

In secondo luogo, l'incompatibilità con il principio di riserva di legge riguarda la disposizione sanzionatoria, posto che il co. 4 dell'art. 3 del decreto prevedeva che fosse punito ai sensi dell'art. 650 c.p. "il mancato rispetto delle misure di contenimento di cui al presente decreto", con un rinvio quindi non solo alle misure tipizzate, ma anche a quelle 'ulteriori' di cui all'art. 2, la cui determinazione era rimessa *in toto* alla fonte secondaria<sup>42</sup>.

Deve poi mettersi in evidenza che un modello 'in bianco', come quello di cui al d.l. 6/2020, è da considerare incompatibile con il principio della riserva di legge, anche qualora l'illecito punitivo sia di natura amministrativa: infatti laddove la determinazione della condotta sia rimessa *in toto* alla fonte secondaria (come nel caso delle 'misure ulteriori' di cui all'art. 2 d.l. 6/2020) non risulta soddisfatta nemmeno la riserva di legge relativa prevista dall'art. 23 Cost. per questa tipologia di sanzioni<sup>43</sup>. Come si è anticipato, infatti, la giuri-

---

*pubblica, epidemia e delitti contro la persona alla prova dell'emergenza sanitaria*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2, 2020, p. 509. Nella dottrina costituzionalistica, M. BIGNAMI, *Di nuovo tra apocalittici e integrati: tecniche di normazione contro il coronavirus*, in F.S. MARINI, G. SCACCIA (a cura di), *Emergenza Covid-19 e ordinamento costituzionale*, cit., p. 44; M. LUCIANI, *Il sistema delle fonti*, cit., in *Riv. AIC*, 2, 2020, p. 112.

<sup>42</sup> Norme sanzionatorie in bianco, analoghe a quella contenuta nel d.l. 6/2020, sono state previste anche in altri ordinamenti, suscitando aspre critiche nella dottrina. Per una riflessione su questo tema, con riferimento alla legislazione pandemica cilena, cfr. il volume *Los delitos contra la salud pública durante la pandemia: teoría y praxis*, 2021 (a cura di F. LONDONO, F. MALDONADO, J.P. MANALICH) ed in particolare i contributi di F. MALDONADO, *Sobre la constitucionalidad del delito previsto en el inciso primero del artículo 318 del Código Penal* (cap. I); ID., *Vicios de constitucionalidad del artículo 318 del Código Penal y Jurisprudencia constitucional* (cap. IV).

<sup>43</sup> L'incapacità della cornice legislativa rappresentata dal d.l. 6/2020 di contenere la discrezionalità amministrativa si è avvertita non solo sul piano della tipologia delle misure di contenimento, ma anche su quello della loro estensione ter-

sprudenza costituzionale ha puntualizzato che il carattere relativo della riserva di legge che interessa gli illeciti punitivi di carattere amministrativo non equivale a relegare sullo sfondo la fonte primaria, ponendosi anche rispetto al diritto sanzionatorio amministrativo “un’esigenza di predeterminazione legislativa dei presupposti dell’esercizio del potere sanzionatorio, con riferimento sia alla configurazione della norma di condotta la cui inosservanza è soggetta a sanzione, sia alla tipologia e al *quantum* della sanzione stessa (...). E ciò per ragioni analoghe a quelle sottese al principio di legalità che vige per il diritto penale in senso stretto, trattandosi, pure in questo caso, di assicurare al consociato tutela contro possibili abusi da parte della pubblica autorità (...)”<sup>44</sup>.

### 2.1.2. *Il modello della riserva relativa di cui al d.l. 19/2020*

Un secondo possibile modello di integrazione tra fonte primaria e fonte secondaria può ricavarsi dal d.l. 25 marzo 2020, n. 19, che ha sostituito il d.l. 6/2020. A differenza che nel modello precedente, in questo caso le misure di contenimento sono integralmente tipizzate dalla fonte primaria, essendo rimesso alla fonte secondaria (sempre rappresentata dai decreti del Presidente del Consiglio dei ministri) il compito di scegliere tra le misure elencate quelle da adottare in un certo momento e di darne quindi attuazione.

Al fine di delineare il rapporto tra norme primarie e norme secondarie in questo modello, bisogna precisare che la fonte primaria contiene dei criteri utili a circoscrivere l’esercizio della discrezionalità amministrativa: il d.l. 19/2020, a questo fine, prescriveva un termine di durata massima delle misure; individuava nei principi di adeguatezza e proporzionalità al rischio i criteri per la scelta delle misure; subordinava l’adozione delle misure al parere di un apposito comitato tecnico-scientifico; prevedeva l’obbligo per il Presidente del Consiglio dei ministri o per un ministro delegato di relazionare alle Camere ogni quindici giorni sulle misure adottate con i decreti. Come si ricorderà, con il successivo d.l. 33/2020, con il quale si è sostanzialmente conservato il modello già delineato nel d.l. 19/2020, sono stati

---

ritoriale: benché infatti il decreto legge prevedesse che le misure di contenimento fossero destinate ad essere applicate solo su aree territoriali circoscritte (in particolare quelle ove fossero stati segnalati dei casi di contagio), esse sono state estese a tutto il territorio nazionale dalla fonte secondaria, ossia dagli stessi d.P.c.m. Sul punto, cfr. S. MABELLINI, *La problematica tenuta delle riserve di legge*, cit., p. 53.

<sup>44</sup> Corte cost., 18 gennaio 2021, n. 5.

ulteriormente affinati e resi più stringenti i criteri legislativi che avrebbero dovuto guidare il Governo nella scelta e poi nella attuazione delle misure di contenimento<sup>45</sup>.

Occorre ancora precisare che in questo modello le sanzioni per le violazioni delle misure di contenimento sono interamente fissate dal decreto legge: nel caso del d.l. 19/2020, la violazione delle misure di contenimento è stata sanzionata in via amministrativa, con l'unica eccezione della quarantena del positivo, per la quale si è prevista la pena<sup>46</sup>.

La domanda è dunque se tale modello, che presenta delle significative differenze rispetto a quello adottato in precedenza, possa considerarsi rispettoso della riserva di legge in materia penale. In proposito, è bene segnalare che il 'modello' adottato con il d.l. 19/2020 è stato sottoposto al vaglio della Corte costituzionale, su un profilo che non riguarda però specificamente la riserva di legge. In particolare, il giudice *a quo* ha dubitato della legittimità costituzionale degli artt. 1, 2 e 4 del d.l. 19/2020 in relazione agli artt. 76, 77 e 78 Cost., ritenendo che le norme impugnate del decreto legge avrebbero delegato alle fonti secondarie (e segnatamente ad atti amministrativi quali i decreti del Presidente del Consiglio dei ministri) il compito di definire gli illeciti punitivi integrati dall'inosservanza delle misure di contenimento: il d.l. avrebbe così violato «il principio cardine di cui agli articoli 76 e 77 Cost., per cui la funzione legislativa è affidata al Parlamento, che può delegarla solo con una legge-delega e comunque giammai ad atti amministrativi». La Corte costituzionale ha rigettato la questione, ritenendo che non vi sia stata alcuna delega della funzione legislativa in capo al Presidente del Consiglio dei ministri, ma solamente la devoluzione a tale autorità del potere di dare esecuzione a misure restrittive già interamente predeterminate nel decreto legge, un potere peraltro vincolato sia nella durata (essendo stati definiti dei termini di durata massima delle misure), sia nel *quomodo* (essendo stati previsti, come più sopra si è evidenziato, criteri idonei ad orientare la discrezionalità governativa): secondo la Corte, dunque, ai d.P.c.m. sarebbe stato attribuito un ruolo meramente attuativo ed in particolare il compito di “discernere momento per momento e luogo

---

<sup>45</sup> Oltre all'incidenza dei contagi sul territorio, tra i criteri legali fissati nel d.l. 33/2020 per adeguare le misure di contenimento all'evoluzione della crisi sanitaria, è comparso anche quello della percentuale di occupazione dei posti letto da parte di pazienti affetti da Covid-19 nelle strutture ospedaliere e in particolare nelle terapie intensive. Cfr. *supra*, cap. 2, par. 2.1.

<sup>46</sup> Cfr. *supra*, cap. 2, par. 3 ss.

per luogo” i singoli provvedimenti “di cui si ritenga esservi concretamente maggiore bisogno per fronteggiare nel modo più efficace l'emergenza stessa”<sup>47</sup>.

La Corte costituzionale si è tuttavia premurata di evidenziare che la decisione lascia impregiudicata la diversa questione delle ‘riserve di legge’, di cui non si è occupata: “né [di] quelle poste dagli artt. 23 e 25 Cost. (...), né [del]le altre potenzialmente incise dalle singole misure di contenimento”. Come a dire (se bene interpretiamo la pronuncia) che un conto è affermare l'astratta legittimità del sistema prescelto per la gestione dell'emergenza sanitaria (fondato sull'integrazione, nei termini descritti, tra una fonte primaria che tipizza le misure restrittive ed una fonte secondaria che individua tra queste le misure da applicare e i relativi illeciti punitivi), altra cosa è accertare se, in relazione ai singoli illeciti punitivi (amministrativi o penali), siano soddisfatti i requisiti ‘sostanziali’ richiesti dagli artt. 23 e 25 Cost.

Ciò premesso, possiamo fare alcune considerazioni.

La prima è che, a nostro avviso, un modello normativo come quello delineato nel d.l. 19/2020 non può considerarsi legittimo laddove la sanzione prevista per l'inosservanza delle misure di contenimento individuate ed adottate con fonte secondaria sia la pena: la riserva di legge tendenzialmente assoluta delineata nell'art. 25 co. 2 Cost. preclude l'attribuzione alla fonte secondaria del potere di scegliere, pur nell'ambito di un *numerus clausus* di ipotesi, gli illeciti penali che devono poi prendere vita nell'ordinamento in un dato momento. Nel caso del d.l. 19/2020 ciò è effettivamente accaduto, posto che tra le misure di contenimento la cui adozione era rimessa ai d.P.c.m. all'art. 1 co. 2 compariva anche (all'art. 1, co. 2, lett. e) il divieto di allontanamento dall'abitazione per il soggetto positivo sottoposto a quarantena, la cui violazione era sanzionata con una pena secondo quanto stabilito dall'art. 4 co. 6<sup>48</sup>.

La seconda considerazione è che, al contrario, una violazione dell'art. 25 co. 2 Cost. non si rinviene laddove la sanzione prevista per la violazione delle misure di contenimento adottate con la fonte secondaria sia di natura amministrativa: tale tipologia di illeciti ‘si accontenta’, infatti, come più sopra evidenziato, di una riserva di legge

---

<sup>47</sup> Corte cost., 22 ottobre 2021, n. 198.

<sup>48</sup> Forse proprio in considerazione di ciò, il d.l. 33/2020 ha ‘corretto il tiro’, prevedendo direttamente l'applicazione della misura restrittiva della violazione della quarantena del positivo, senza indicarla tra le misure la cui individuazione sarebbe spettata al d.P.c.m.

relativa. Nel caso del d.l. 19/2020, la riserva relativa di cui all'art. 23 Cost. è stata rispettata: la fonte primaria, infatti, da un lato ha tipizzato le misure restrittive, individuando con precisione la sanzione amministrativa applicabile, dall'altro ha dettato dei criteri volti a delimitare lo spazio valutativo della fonte secondaria, soddisfacendo, così come richiesto dalla Corte costituzionale, le esigenze di pre-determinazione legislativa dei presupposti dell'esercizio del potere sanzionatorio<sup>49</sup>.

Se dunque il modello ci pare astrattamente legittimo, non si può tuttavia nascondere che, in concreto, esso si presti a rischio di 'abusi', essendo tutt'altro che remoto il pericolo che, in una situazione di emergenza, il Governo esondi dai binari entro i quali il decreto legge lo ha costretto: un esempio che dà concretezza a quanto ipotizzato sembrerebbe ritrovarsi nel d.P.c.m. 26 aprile 2020, emanato in attuazione del d.l. 19/2020, ove è contenuta una misura restrittiva (si trattava in particolare dell'isolamento domiciliare per i soggetti con sintomatologia febbrile) non contemplata nel catalogo delle misure di contenimento previsto nel decreto legge<sup>50</sup>.

L'esempio riportato, presumibilmente non isolato, mette in luce come questo modello di legislazione emergenziale ponga un serio problema di controllabilità<sup>51</sup>: mentre infatti il decreto legge, oltre al vaglio parlamentare in sede di conversione, è suscettibile di essere sottoposto al giudizio di legittimità da parte della Corte costituzionale, la fonte secondaria (in questo caso il d.P.c.m.) sfugge ad un tale vaglio, rimanendo sottoposta solamente al controllo di legittimità del giudice, il quale

---

<sup>49</sup> Cfr. Corte cost., 18 gennaio 2021, n. 5, cit.

<sup>50</sup> Se è vero che la violazione di tale misura 'atipica' non dovrebbe configurare un illecito amministrativo, poiché l'art. 4 co. 1 d.l. 19/2020 prevede che le sanzioni punitive si applichino nel caso di "mancato rispetto delle *misure di contenimento di cui all'articolo 1, comma 2*, individuate e applicate con i provvedimenti adottati", è vero anche che il d.P.c.m. menzionato non sembra operare alcuna distinzione tra le misure, prevedendo che per l'esecuzione di *tutte le misure* in esso contenute (dunque anche di quella 'atipica' di cui si è detto) sia competente il Prefetto, il quale "si avvale delle forze di polizia, con il possibile concorso del corpo nazionale dei vigili del fuoco, nonché, ove occorra, delle forze armate".

<sup>51</sup> Nel senso che il principio democratico risulta più compiutamente realizzato in tutte le materie in cui la garanzia della legalità assuma la forma della riserva e addirittura della riserva assoluta, grazie al controllo che la Corte costituzionale può operare attraverso il giudizio incidentale di legittimità delle leggi, cfr. F. PALAZZO, *Legge penale* (voce), in *Dig. disc. pen.*, vol. VII, Torino, 1993. Sulla scarsa controllabilità, nel senso evidenziato, della legislazione emergenziale pandemica, cfr. R. BARTOLI, *Legalità e coronavirus*, cit.

potrà eventualmente disapplicare la norma ritenuta illegittima, ma con un'efficacia che resta circoscritta al caso concreto.

### 2.1.3. *Il modello (ipotetico) della riserva assoluta: pro e contro*

La constatazione che il carattere relativo della riserva comporta l'attribuzione di un ampio potere valutativo nelle mani dell'autorità amministrativa in una materia in cui sono in gioco diritti e libertà fondamentali della persona, ha indotto la dottrina a domandarsi se non sia più opportuno, *pro futuro*, immaginare un modello di diritto punitivo pandemico ancorato ad una riserva tendenzialmente assoluta, che limiti l'intervento delle fonti secondarie ad un'integrazione meramente tecnica anche laddove gli illeciti punitivi siano di natura amministrativa<sup>52</sup>.

Alla base di questa tesi vi è la preoccupazione che l'attribuzione ad una fonte secondaria di un potere decisionale in una materia così pregnante, come quella di illeciti punitivi che sanzionano l'esercizio di libertà costituzionalmente tutelate, crei un "problema di democrazia", dovendo essere il Parlamento (anche in sede di conversione in legge del decreto governativo) a farsi carico dei delicati bilanciamenti che le decisioni relative alle politiche di contenimento del contagio necessariamente implicano.

Oltre ad un problema di democraticità, chi propone questa tesi mette in evidenza l'esistenza di un "problema di controllo", determinato dal fatto che le disposizioni contenute in una fonte secondaria (come, ad esempio, le disposizioni di un d.P.c.m.) sfuggono al controllo della Corte costituzionale, che non può sindacarle, potendo essere soggette al solo vaglio di legittimità, privo di valenza *erga omnes*, del singolo giudice chiamato a decidere sul caso.

Tali problemi, di democraticità e di controllo, potrebbero trovare soluzione – questo il pensiero di chi sostiene tale tesi – laddove la disciplina delle misure di contenimento e dei relativi illeciti punitivi fosse riservata esclusivamente alla fonte primaria: in questo senso si osserva che "lo strumento per gestire l'emergenza allorquando si pongono limiti in deroga ai diritti è la legalità e, in particolare, l'atto avente forza di legge pensato per le urgenze, vale a dire il decreto legge", in quanto atto che comunque garantirebbe il vaglio parlamentare in sede di conversione<sup>53</sup>.

---

<sup>52</sup> R. BARTOLI, *Legalità e coronavirus*, cit., p. 466.

<sup>53</sup> R. BARTOLI, *Legalità e coronavirus*, cit., p. 456.

Se, astrattamente, la tesi pare condivisibile, possono tuttavia nutrirsi dei dubbi sul fatto che la soluzione proposta sia nei fatti praticabile e realmente risolutiva. Sotto il profilo della praticabilità, la recente esperienza della pandemia di Covid-19 ha dimostrato che, ai fini del contenimento del contagio, è necessario disporre di un sistema normativo agile e flessibile che consenta di adeguare le misure di contenimento al continuo mutare della situazione epidemiologica, attraverso irrigidimenti o allentamenti delle stesse in una piuttosto che in un'altra parte del territorio nazionale. Ora, anche solo uno sguardo al numero di provvedimenti emanati durante la legislazione emergenziale pandemica per regolamentare l'applicazione delle misure di contenimento e garantirne l'adeguatezza e la proporzionalità al mutare della situazione pandemica convince del fatto che sarebbe stato materialmente impossibile affidarsi soltanto a decreti legge<sup>54</sup>.

Il rischio che si intravede è che una legislazione imperniata su di una "raffica di decreti legge"<sup>55</sup> non garantirebbe la sufficiente flessibilità, con la conseguenza, da un lato, di essere meno efficace nel contenimento del contagio (qualora le misure non vengano tempestivamente irrigidite) e, dall'altro, di comportare sacrifici non necessari di diritti e libertà individuali (qualora le misure non vengano tempestivamente allentate)<sup>56</sup>.

Se poi anche la soluzione di affidare ai soli decreti legge la regolamentazione delle misure di contenimento di volta in volta applicabili risultasse praticabile, essa non sarebbe presumibilmente in grado di risolvere il "problema di democrazia" che è stato segnalato. Sotto questo profilo, deve infatti evidenziarsi che in un contesto di emergenza sanitaria – e la recente esperienza pandemica lo ha messo sotto gli occhi di tutti – la quantità e la qualità del dibattito parlamentare è assai limitata (ciò che si aggiunge ad una grave crisi del parlamenta-

---

<sup>54</sup> Secondo le statistiche elaborate da Openpolis, gli atti normativi emanati nel corso dell'emergenza pandemica sono stati 988 (comprensivi non solo dei decreti legge e dei decreti del Presidente del Consiglio dei ministri, ma anche delle ordinanze della Protezione civile e delle ordinanze dei vari ministeri), con una media di 34 'atti Covid' al mese. Cfr. <https://www.openpolis.it/coronavirus-lelenco-completo-degli-atti/>.

<sup>55</sup> L'espressione è di A. LAURO, *Urgenza e legalità ai tempi del Covid-19*, cit., p. 148.

<sup>56</sup> Osserva S. ALEO, *Democrazia, comunicazione e diritti nel tempo del Coronavirus*, in *Giustiziainsieme.it*, 25 maggio 2020 che le limitazioni imposte con i decreti del Presidente del consiglio dei ministri sono state "sia efficaci che tempestive" e che, "senza, avremmo avuto una esplosione della pandemia, enormemente maggiore di quella che pure è avvenuta", pur considerando che "ciò è avvenuto con forzature dell'ordine giuridico e costituzionale".

rismo in atto oramai da decenni<sup>57</sup>): difficile credere che, in tale contesto, il momento della conversione in legge dei decreti possa essere l'occasione per discutere dei delicati e complessi bilanciamenti tra tutela della salute collettiva da un lato e garanzia dei diritti individuali dall'altro. L'esperienza della recente emergenza sanitaria ci dice infatti che la funzione parlamentare, anche in ragione delle difficoltà di garantire lo svolgimento in sicurezza delle assemblee, durante la pandemia si "è ridotta alla ratifica precipitosa, e a ranghi ridotti, delle decisioni governative in sede di conversione del decreto legge"<sup>58</sup>; la difficoltà di stare al passo con l'elevato numero di decreti legge da convertire ha poi indotto le Camere ad utilizzare tecniche finalizzate all'approvazione di più decreti simultaneamente, con inevitabile ulteriore contrazione dei tempi e degli spazi del dibattito parlamentare<sup>59</sup>. E la situazione sarebbe certamente destinata ad aggravarsi qualora si ritenesse di dover gestire la politica di contenimento dei contagi solo attraverso i decreti legge, il cui numero sarebbe così destinato ad aumentare in modo esponenziale.

## 2.2. *Qualche riflessione conclusiva su emergenza sanitaria e riserva di legge, anche alla luce del modello tedesco di regolamentazione degli illeciti punitivi per violazione delle misure di contenimento*

Con l'arrivo della pandemia, il Governo italiano, in una situazione di assoluta emergenza e totale vuoto normativo, ha dovuto 'improvvisare' una strategia di contenimento del contagio per evitare il collasso del sistema sanitario e tutelare così la vita e la salute dei membri del-

---

<sup>57</sup> Per i riflessi di tale crisi sulla legislazione penale cfr. F. PALAZZO, *Legge penale* (voce), cit., nonché la bibliografia *sub* nt. 21.

<sup>58</sup> F. PALLANTE, *Pandemia, sicurezza, democrazia*, in *Quest. giust.*, 6 dicembre 2021.

<sup>59</sup> Una delle prassi sviluppate in tale frangente è la c.d. tecnica del decreto-minotauro, che consiste nell'approvazione di un'unica legge con la quale si abrogano i decreti legge più risalenti, salvandone gli effetti, e si converte in legge il decreto legge più recente con modifiche coincidenti con il contenuto dei decreti legge abrogati. Ciò consente l'approvazione di più decreti legge simultaneamente, evitando la scadenza dei più risalenti. Su tale prassi cfr. F. PALLANTE, *Pandemia, sicurezza, democrazia*, cit. Più in generale sul difficile funzionamento delle Camere in tempo di pandemia cfr. F. BIONDI, P. VILLASCHI, *Il funzionamento delle Camere durante l'emergenza sanitaria. Riflessioni sulla difficile praticabilità di un Parlamento "telematico"*, in *Federalismi.it*, 10 giugno 2020.

la collettività; come abbiamo visto, la politica di contenimento del contagio si è tradotta in misure restrittive che hanno comportato il sacrificio di diritti e libertà individuali in misura fino a quel momento inimmaginabile, misure che il Governo ha adottato assumendosi la responsabilità politica di scelte molto impegnative.

Dopo qualche iniziale correzione di rotta, si è andato delineando un modello, quello di cui al d.l. 19/2020, che ci pare sostanzialmente adeguato a garantire il rispetto della riserva di legge in materia penale. Fermo restando che gli illeciti *stricto sensu* penali devono trovare compiuta regolamentazione nella fonte primaria, una soluzione diversa si profila per gli illeciti amministrativi: in questa sfera, l'attribuzione alla fonte secondaria del compito di individuare (all'interno di un catalogo predeterminato dalla legge e con criteri altrettanto predeterminati) e di attuare le misure di contenimento del contagio costituisce, a nostro avviso, il modo migliore per contemperare il principio della riserva di legge in materia penale con le esigenze di rapidità e flessibilità proprie delle situazioni di emergenza.

Tuttavia, ed è questo un punto che si ritiene importante sottolineare, il rispetto 'formale' che, attraverso tale modello, si garantisce al principio della riserva di legge in materia penale non vale ad assicurare il coinvolgimento del Parlamento in processi decisionali importanti, che implicano complessi bilanciamenti tra beni contrapposti ma che esigono tutela (la salute della collettività, da un lato, i diritti e le libertà individuali dall'altro) e che richiedono valutazioni delicate sulla sanzionabilità di obblighi che traggono la loro fonte in doveri di solidarietà sociale.

La marginalizzazione del Parlamento in parte è legata al contesto emergenziale, in cui il deficit di democraticità è il prezzo da pagare per garantire l'assunzione di decisioni rapide e flessibili, in parte è dovuta alla peculiarità dell'emergenza sanitaria per le difficoltà di funzionamento di organi assembleari di grandi dimensioni. Dunque, un deficit di democraticità che, proprio per queste ragioni, non si riuscirebbe a colmare nemmeno qualora si attribuisse al decreto legge il compito di disciplinare in modo esclusivo le politiche di contenimento del contagio.

Piuttosto, in prospettiva *de iure condendo*, la strategia potrebbe essere quella di ridurre lo spazio delle decisioni da assumere nell'emergenza: ciò sarebbe possibile laddove si precostituì un sistema normativo 'pronto all'uso' nell'evenienza di nuove emergenze sanitarie. Questa è del resto la soluzione auspicata nel *Report* della *House of Commons* del Regno Unito a cui già si è fatto cenno: predisporre

“in advance” una regolamentazione della materia che consenta di rispondere alle esigenze di tutela della salute collettiva “in a swift and proportionate manner that does not risk criminalising behaviour in ways incompatible with widely understood principles of the rule of law”<sup>60</sup>.

Un ordinamento da cui trarre ispirazione a questi fini è quello tedesco, ove esiste dal 2000 una legge organica, finalizzata alla prevenzione ed al contrasto della diffusione di malattie infettive (*Infektionsschutzgesetz, IfSG*)<sup>61</sup>. Tale legge regola in modo dettagliato scopi e presupposti delle politiche sanitarie in materia, individuando nella salvaguardia del sistema sanitario l’obiettivo primo delle politiche di contenimento del contagio. Centrale, nel perseguimento delle politiche di prevenzione e contrasto delle malattie infettive, la previsione di un obbligo generale di cooperazione che viene riconosciuto in capo alle amministrazioni federali, ai *länder*, alle autorità amministrative locali, alle istituzioni scientifiche, al personale sanitario, ma anche in capo a tutti i cittadini. Fondamentale poi l’attribuzione ad un apposito ente pubblico operante nel settore della vigilanza epidemiologica e della prevenzione (il *Robert Koch Institut*) di compiti di individuazione, prevenzione e contrasto delle malattie pericolose per la salute pubblica, nonché del compito di fornire supporto scientifico alle decisioni di politica sanitaria in situazioni di crisi epidemica. La legge, che contiene un elenco continuamente aggiornato degli agenti patogeni e delle malattie pericolose, definisce specificamente le competenze delle autorità amministrative e del personale medico in materia di prevenzione e contrasto delle malattie pericolose ed individua i correlativi obblighi. Per quanto più ci interessa, la legge tipizza le misure di contenimento del contagio che le autorità amministrative (centrali o locali) possono imporre, con l’espressa previsione dei diritti e delle libertà costituzionalmente tutelati suscettibili di essere compressi per effetto di tali misure<sup>62</sup>. Infine, è previsto un sistema di

---

<sup>60</sup> *Covid-19 and the Criminal Law*, House of Commons, Justice Committee. Fourth Report of Session 2021-22, settembre 2021.

<sup>61</sup> Nella letteratura di lingua italiana, per un quadro di insieme sulla legge, cfr. G. TACCOGNA, *L’ordinamento giuridico tedesco di fronte al virus Sars-CoV-2*, in *I diritti costituzionali di fronte I diritti costituzionali di fronte all’emergenza Covid-19. Una prospettiva comparata*, in *Federalismi.it*, p. 69.

<sup>62</sup> Tra i diritti suscettibili di essere compressi sono indicati, ad esempio, la libertà personale, la libertà di circolazione, la libertà di riunione, l’inviolabilità del domicilio. L’espressa indicazione da parte del legislatore dei diritti costituzional-

illeciti punitivi, amministrativi e penali per il caso di violazione degli obblighi, che si indirizzano sia alle autorità e al personale sanitario, sia ai cittadini<sup>63</sup>.

Il fatto di poter contare su di un quadro legislativo che già fissava obblighi, misure di contenimento applicabili e illeciti configurabili in caso di inosservanza delle misure ha consentito al decisore politico di gestire l'emergenza nel quadro della legalità. Anche alle carenze che la legge ha manifestato (dovute essenzialmente al fatto che il sistema per la prevenzione delle malattie infettive era pensato per focolai epidemici circoscritti e non per emergenze pandemiche estese che implicavano misure di contenimento di carattere generale) si è potuto dare risposta con una legge che è stata approvata dallo stesso Parlamento durante la pandemia<sup>64</sup>: in particolare, per quanto ci interessa, la novella ha aggiunto il Covid-19 all'elenco delle malattie trasmissibili pericolose che consentono di attivare le politiche di contenimento del contagio; ha attribuito al Parlamento il potere di dichiarare lo stato di emergenza pandemico nazionale; ha introdotto nuove e specifiche misure di contenimento per fronteggiare la pandemia in atto<sup>65</sup>. Largamente immutato è rimasto invece il sistema degli illeciti

---

mente tutelati che vengono limitati dalla disposizione di legge rappresenta l'attuazione di quanto prescritto dall'art. 19 della Costituzione tedesca (c.d. *Zitiergebot*).

<sup>63</sup> Il sistema degli illeciti punitivi è contenuto nei §§ 73, 74 e 75 della legge. Il § 73 individua una serie articolata di illeciti amministrativi (per esempio, con riferimento al personale medico, la mancata segnalazione di una delle malattie infettive di cui al § 6, piuttosto che, con riferimento al cittadino, la violazione del divieto di riunione o dell'obbligo di isolamento domiciliare), puniti con sanzione pecuniarie che, a seconda del tipo di obbligo violato, oscillano tra i 2.500 e i 25.000 euro. Nei §§ 74 e 75 sono invece previsti gli illeciti penali: il § 74 punisce con la reclusione fino a 5 anni chi, commettendo alcuni degli illeciti amministrativi previsti nel § 73 (ad es. violazione dell'obbligo di isolamento domiciliare o dei divieti di riunione o assembramento), diffonde intenzionalmente gli agenti patogeni di cui al § 6 della legge o provoca le relative malattie; il § 75, infine, prevede una serie di illeciti penali in materia di stoccaggio, commercio ed esportazione non consentita di germi patogeni.

<sup>64</sup> *Gesetz zum Schutz der Bevölkerung bei einer epidemischen Lage von nationaler Tragweite*, BGBl. I 2020, 587 s.

<sup>65</sup> Cfr. in particolare: *Ifsg* § 28a *Besondere Schutzmaßnahmen zur Verhinderung der Verbreitung der Coronavirus-Krankheit-2019 (COVID-19)*; § 28b *Bundesweit einheitliche Schutzmaßnahmen zur Verhinderung der Verbreitung der Coronavirus-Krankheit-2019 (COVID-19)*, *Verordnungsermächtigung*; § 28c *Verordnungsermächtigung für besondere Regelungen für Geimpfte, Getestete und vergleichbare Personen*.

punitivi, con l'eccezione di alcuni illeciti amministrativi introdotti per la violazione delle nuove misure di contenimento: ha così trovato conferma che la 'precostituzione' di una cornice legislativa che fissa competenze, obblighi e responsabilità serve ad evitare pericolosi cedimenti della legalità e, in particolare, per quanto ci interessa, della legalità penale<sup>66</sup>.

### 3. *Il principio di precisione/determinatezza nella legislazione pandemica*

L'altro profilo del principio di legalità sul quale è opportuno soffermarsi nel momento in cui si intenda ragionare sui requisiti che condizionano la legittimità costituzionale di una legislazione di contrasto a fenomeni pandemici è quello legato all'obbligo per il legislatore di formulare in modo chiaro e preciso le norme penali.

Come la dottrina ha messo in evidenza<sup>67</sup>, e come anche la giurisprudenza costituzionale afferma espressamente, il principio di precisione (o determinatezza)<sup>68</sup>, che a livello costituzionale trova la sua fonte nell'art. 25 co. 2 Cost., ha lo scopo, da un lato, di impedire che sia il giudice ad individuare, in luogo del legislatore, il confine tra ciò che è lecito e ciò che è illecito<sup>69</sup>; dall'altro, di consentire al

---

<sup>66</sup> Alla stessa conclusione perviene anche la dottrina straniera. Cfr. in particolare A. NETO, *El Derecho penal ante el coronavirus: entre el estado de emergencia y la gobernanza global*, *Almacen de derecho*, 15 aprile 2020, il quale, riferendosi all'ordinamento spagnolo, caratterizzato come il nostro dalla carenza di un sistema di illeciti punitivi a tutela della salute pubblica in contesto di emergenza sanitaria, osserva che "per il futuro, occorrerebbe predisporre un sistema di illeciti penali e amministrativi in grado di proteggere la salute pubblica in tempi di pandemia", così da limitare al massimo l'utilizzo del diritto punitivo governativo, che certamente costituisce una grave patologia propria degli stati di emergenza.

<sup>67</sup> Sulle diverse funzioni e sui contenuti di tale principio si veda il fondamentale lavoro di F. PALAZZO, *Il principio di determinatezza nel diritto penale*, 1979. Nella manualistica, tra gli altri, G. FIANDACA, E. MUSCO, *Diritto penale. Parte generale*, VIII, 2019, p. 88 ss.; T. PADOVANI, *Diritto penale*, XII ed., p. 34 ss.

<sup>68</sup> Seguendo la denominazione utilizzata nel Manuale di diritto penale di G. Marinucci, E. Dolcini e G.L. Gatta, indicheremo tale principio come principio di precisione, pur sapendo che in dottrina ed in giurisprudenza viene denominato anche come principio di determinatezza (espressione con la quale, invece, nel citato Manuale si fa riferimento al principio per il quale le norme penali devono descrivere atti suscettibili di essere accertati e provati nel processo).

<sup>69</sup> Cfr. ad esempio Corte cost., 1 agosto 2008, n. 327.

destinatario della norma di sapere in ogni momento cosa gli è concesso fare e cosa invece gli è vietato, per assicurare la prevedibilità delle conseguenze sanzionatorie e garantire all'individuo libere scelte di azione. La valorizzazione del principio di precisione quale strumento per garantire l'accessibilità del precetto da parte del destinatario della norma ed assicurare quindi la prevedibilità delle conseguenze giuridiche è alla base della concezione convenzionale di legalità racchiusa nell'art. 7 Cedu: una garanzia così importante da essere inclusa tra quelle considerate inderogabili ai sensi dell'art. 15 co. 2 Cedu<sup>70</sup>.

Argomentando dalla *ratio* del principio, la giurisprudenza costituzionale ha tratto la conclusione che l'esigenza di conoscibilità del precetto e di prevedibilità delle conseguenze sanzionatorie cui il principio di precisione risponde riguarda non solo gli illeciti penali in senso stretto, ma anche gli illeciti amministrativi punitivi<sup>71</sup>. Nello stesso senso è orientata la dottrina, per la quale il principio di precisione consacrato nell'art. 25 co. 2 Cost. – a differenza del principio di riserva di legge in materia penale – è riferibile anche alle sanzioni amministrative punitive<sup>72</sup>, salvo riconoscere che in relazione a tali sanzioni esso potrà declinarsi in termini meno rigorosi<sup>73</sup>.

Riferendoci ora specificamente alla legislazione in materia di contenimento del contagio, ci si chiede se sia possibile derogare al principio di precisione quando ciò possa meglio soddisfare le istanze di flessibilità proprie dei contesti emergenziali. Anticipiamo subito che a noi pare che alla domanda si debba dare risposta negativa: le esigenze di chiarezza e conoscibilità del precetto non solo non possano

---

<sup>70</sup> Nel senso che il principio dell'accessibilità del precetto ed il principio della prevedibilità delle conseguenze sanzionatorie penali nel nostro sistema penale "trovano dimora" nel principio di colpevolezza cfr. G. AMARELLI, *Legalità costituzionale, legalità convenzionale e diritto giurisprudenziale*, cit., p. 4. Per l'opinione secondo cui "la nozione di accessibilità del precetto e prevedibilità della sua applicazione elaborata dalla giurisprudenza di Strasburgo in sede di interpretazione dell'art. 7 Cedu (...) ha una capacità di rendimento ben maggiore rispetto alle conseguenze che la nostra giurisprudenza costituzionale e la nostra dottrina hanno sinora tratto dai principi costituzionali di colpevolezza e di tassatività/sufficiente determinatezza del precetto penale" cfr. F. VIGANÒ, *Il nullum crimen conteso*, cit., p. 13 s.

<sup>71</sup> Corte cost., 29 maggio 2019, n. 134.

<sup>72</sup> Una tale conclusione vale dunque a garantire copertura costituzionale ad un principio che, in relazione agli illeciti amministrativi, trova affermazione solo a livello di legge ed in particolare nell'art. 1 l. 689/81.

<sup>73</sup> L. MASERA, *La nozione costituzionale di materia penale*, p. 242.

considerarsi affievolite nel contesto di una emergenza sanitaria, ma devono anzi essere garantite, se possibile, con maggiore intensità.

Diversi sono gli elementi da considerare in questo senso. In primo luogo, ci pare che lo Stato sia tenuto ad un particolare sforzo di chiarezza e precisione nella formulazione delle misure di contenimento del contagio in considerazione dell'onere particolarmente gravoso di informazione e continuo aggiornamento che viene richiesto ai destinatari delle norme: per rendersene conto può essere utile richiamarsi all'esperienza pandemica, ove – come si ricorderà – sono state imposte da un giorno all'altro condotte nuove ed inaspettate, che costituivano esercizio di diritti e libertà che sino al giorno prima apparivano 'intoccabili'. A ciò si aggiunga che le misure di contenimento erano soggette a continue modifiche, dovendo essere adeguate al mutevole andamento delle curve dei contagi e delle ospedalizzazioni. A tale gravoso onere di informazione e continuo aggiornamento deve corrispondere il massimo sforzo da parte del legislatore per rendere accessibili e conoscibili i precetti.

In secondo luogo, è il contenuto delle misure imposte a richiedere una particolare cura da parte del legislatore: trattandosi di misure che incidono su diritti e libertà tutelati dalla Costituzione, i loro contorni devono essere quanto più possibili chiari e comprensibili.

Ancora, l'esigenza che le norme siano formulate in modo chiaro e preciso si avverte in modo particolare, in questa materia, laddove si consideri l'essenziale funzione di prevenzione generale positiva cui sono chiamati gli illeciti punitivi nel contesto della politica di contenimento del contagio: in questo senso, come è evidente, il precetto sarà tanto più in grado di svolgere una funzione di orientamento delle condotte dei consociati, quanto più la sua formulazione sarà chiara e precisa<sup>74</sup>.

Le considerazioni svolte portano poi a ritenere che, pur essendo condivisibile, in linea di principio, l'idea secondo cui il canone di precisione è più stringente per le norme *stricto sensu* penali, nel contesto dell'emergenza sanitaria ci pare che lo standard di precisione da richiedere al legislatore debba essere altrettanto elevato per gli illeciti punitivi di natura amministrativa.

---

<sup>74</sup> Come osserva F. PALAZZO, *Il principio di determinatezza*, cit., p. 97, "l'esigenza della determinatezza è (...) una esigenza logicamente insopprimibile della norma nella sua dimensione di comando".

### 3.1. *Il deficit di precisione nella legislazione pandemica. Alcuni esempi: la disciplina del c.d. lockdown*

Al fine di dare concretezza al discorso ed elaborare qualche indicazione utile *pro futuro*, prendiamo in esame la recente legislazione pandemica, caratterizzata da alcuni macroscopici scollamenti dal canone della precisione.

Tra i numerosi esempi fermiamo l'attenzione su due casi paradigmatici: la disciplina del divieto di allontanamento dall'abitazione per ragioni di lavoro, salute o altra necessità, che è stato imposto all'intera popolazione tra il marzo e il maggio 2020 (il c.d. *lockdown*) e la disciplina dell'obbligo di isolamento domiciliare imposto ai soggetti positivi, destinatari di un provvedimento di quarantena.

Quanto al divieto generale di allontanarsi dall'abitazione – parte di quelle ‘ulteriori misure’ di contenimento che l'autorità amministrativa era autorizzata ad emanare sulla base dell'art. 2 d.l. 6/2020 –, la prima formulazione si trova nel d.P.c.m. 8 marzo 2020. In particolare nell'art. 1 co. 1 del citato decreto si prescrive che “allo scopo di contrastare e contenere il diffondersi del virus Covid-19 (...) sono adottate le seguenti misure: a) evitare ogni spostamento delle persone fisiche in entrata e in uscita dai territori di cui al presente articolo, nonché all'interno dei medesimi territori, salvo che per gli spostamenti motivati da comprovate esigenze lavorative o situazioni di necessità ovvero spostamenti per motivi di salute (...)”<sup>75</sup>.

Traducendo in termini intellegibili ciò che altrimenti non si sarebbe potuto intendere, il Presidente del Consiglio dei ministri in un annuncio alla Nazione, ha spiegato che la misura imposta alla popolazione sulla base di tale disposizione – la cui violazione, come si ricorderà, costituiva in quel momento reato – consisteva nel divieto di uscire dall'abitazione (da cui il famoso slogan: ‘io resto a casa’) salvo che per ragioni di lavoro, di salute e necessità ed aggiungeva anche che, nel caso di allontanamento dall'abitazione, il cittadino avrebbe dovuto munirsi di una dichiarazione, la c.d. auto-

---

<sup>75</sup> Il riferimento ai “territori di cui al presente articolo” si spiega considerando che il d.P.c.m. 8 marzo 2020, prevedeva l'adozione delle misure solo sui territori nei quali erano stati accertati dei contagi (conformemente, del resto, a quanto previsto dal d.l. 6/2020). Si deve poi a un provvedimento immediatamente successivo, in particolare al d.P.c.m. 9 marzo 2020, l'estensione delle misure di contenimento all'intero territorio nazionale e ciò in assenza di una norma legislativa che fondasse tale estensione (sul punto cfr. *supra*, nt. 43).

certificazione, contenente le ragioni dello spostamento<sup>76</sup>.

Con il successivo d.l. 19/2020, la misura – la cui violazione da questo momento sarebbe stata sanzionata in via amministrativa – riceveva una nuova formulazione, a sua volta gravemente insoddisfacente sotto il profilo della precisione. In particolare, l'art. 1 co. 2 lett. del nuovo decreto prevedeva la “limitazione della circolazione delle persone”, anche attraverso “limitazioni alla possibilità di allontanarsi dalla propria residenza, domicilio o dimora se non per spostamenti individuali limitati nel tempo e nello spazio o motivati da esigenze lavorative, da situazioni di necessità o urgenza, da motivi di salute o da altre specifiche ragioni”. L'imprecisione traspira da ogni parola della disposizione, non risultando affatto chiaro cosa debba intendersi per “spostamenti ... limitati nel tempo o nello spazio”, né quali siano le “situazioni di necessità o di urgenza” e soprattutto le “altre specifiche ragioni” che possono motivare l'allontanamento.

Tale disperante vaghezza non è stata superata negli innumerevoli d.P.c.m. attuativi, i quali si sono limitati nella maggior parte dei casi a riprodurre la formulazione contenuta nel decreto legge<sup>77</sup>. Nei rari casi in cui i d.P.c.m. si sono cimentati nell'ardua opera di definizione dei contenuti del divieto, le spiegazioni hanno spesso generato ulteriori interrogativi. Così, ad esempio, nel tentativo di chiarire cosa si dovesse intendere per “spostamenti individuali limitati nel tempo o nello spazio”, il d.P.c.m. 10 aprile 2020 ha spiegato che avrebbero dovuto considerarsi tali le “attività motorie” svolte “in prossimità dell'abitazione”: una precisazione che, lungi dal dissipare i dubbi, ne ha sollevati molti altri tanto sulla nozione di ‘attività motoria’, quanto sul significato da attribuire al criterio della ‘prossimità dall'abitazione’.

Nemmeno è risultato risolutivo il tentativo da parte del d.P.c.m. 26 aprile 2020 di precisare il contenuto dell'espressione “spostamenti necessari”, affermando che dovevano considerarsi tali quelli finalizzati ad “incontrare congiunti purché venga rispettato il divieto di assembramento e il distanziamento interpersonale di almeno un metro e vengano utilizzate protezioni delle vie respiratorie”: anche in questo

---

<sup>76</sup> Come noto, il cittadino avrebbe potuto compilare tali dichiarazioni sulla base di moduli reperibili sul sito internet del Ministero dell'interno.

<sup>77</sup> Così, ad esempio, il d.P.c.m. del 10 aprile 2020, nel disporre l'applicazione della misura, si limitava a riprendere la formulazione contenuta nel d.l. 19/2020, prevedendo che fossero consentiti solo “gli spostamenti motivati da comprovate esigenze lavorative o situazioni di necessità ovvero per motivi di salute”.

caso la precisazione ha generato ulteriori dubbi nei destinatari del divieto circa la nozione di 'congiunti'<sup>78</sup>, nonché sul concetto di 'assemblamento', utilizzato nel d.l. 19/2020 anche in relazione ad altre restrizioni e mai adeguatamente chiarito.

Per venire incontro al comprensibile disorientamento dei cittadini, sono state allora emanate innumerevoli circolari e ordinanze, sia a livello nazionale, sia a livello locale (si pensi ad esempio alle ordinanze comunali con cui si è 'quantificato' il concetto di prossimità dall'abitazione, come fattore legittimante dell'attività sportiva). Alle informazioni contenute in tale caotico groviglio di fonti normative si è poi aggiunta una serie di informazioni provenienti da fonti che certamente non possono definirsi normative, come i *tweet* del Viminale o le attesissime 'FAQ' del Governo, ove il cittadino avrebbe dovuto auspicabilmente trovare le risposte 'ufficiali' ai suoi molteplici dubbi<sup>79</sup>.

Anche la vicenda delle c.d. autocertificazioni è sintomatica della scarsa attenzione da parte del Governo ai profili di conoscibilità e precisione del precetto, non essendovi stato alcun intervento per smentire la convinzione dell'opinione pubblica circa il fatto che il possesso di tale dichiarazione, allorquando ci si allontanasse dall'abitazione, fosse oggetto di un obbligo: anzi, era stato veicolato un messaggio non veritiero circa le conseguenze penali di false dichiarazioni nei moduli di autocertificazione.

Come solo gli addetti al lavoro avrebbero potuto scoprire, la previsione delle autocertificazioni non era contenuta né in un decreto legge, né in un d.P.c.m., ma in una direttiva ministeriale diretta ai prefetti ed aveva lo scopo di indicare le modalità da impiegare in sede di

---

<sup>78</sup> Al di là dei deficit di determinatezza, la disposizione che limita la possibilità di riunione ai 'congiunti' solleva dubbi sulla sua ragionevolezza. A questo proposito si è osservato che "differenziare fra i possibili contatti personali, secondo criteri che non hanno alcun legame con questioni di sanità, ha mostrato un difetto grave di sensibilità liberale, un'impostazione non rispettosa della libertà e dignità personale, censurabile sul piano della legittimità costituzionale alla luce dei principi di necessità, proporzionalità, ragionevolezza". Così D. PULITANÒ, *L'esperienza della pandemia e i problemi del penale*, in *Il dialogo Habermas-Günther riletto dalla cultura giuridica italiana. I penalisti: Vincenzo Militello intervista Massimo Donini, Luciano Eusebi e Domenico Pulitanò*, in *Giustizia insieme*, 18 luglio 2020, p. 17.

<sup>79</sup> Con riferimento ai congiunti, le FAQ ne hanno introdotto una nozione ("i coniugi, i partner conviventi, i partner delle unioni civili, le persone che sono legate da uno stabile legame affettivo, nonché i parenti fino al sesto grado e gli affini fino al quarto grado") più ampia di quella contenuta nell'art. 307 co. 4 c.p. ed evidentemente priva di qualsiasi valore vincolante.

accertamento delle violazioni delle misure di contenimento<sup>80</sup>: dunque nessun obbligo e nessuna sanzione per chi non avesse compilato l'autodichiarazione.

Quanto poi alla responsabilità penale per le false dichiarazioni, essa si ricavava dalla menzione nei moduli predisposti dal Ministero dell'interno degli artt. 46 e 47 d.p.r. 445/2000, che disciplinano le 'dichiarazioni sostitutive', la cui falsità integra, per espressa previsione dell'art. 76 dello stesso d.p.r., il reato di cui all'art. 483 c.p. Ancora più esplicitamente, sullo stesso sito del Ministero dell'interno, nella pagina contenente i moduli da scaricare, si affermava espressamente che "la falsità nelle dichiarazioni costituisce reato"<sup>81</sup>. La minaccia della pena, tuttavia, non aveva basi legali: la dottrina e la giurisprudenza, infatti, dopo qualche iniziale tentennamento, hanno convenuto sul fatto che le false dichiarazioni rilasciate in fase di controllo non potessero essere equiparate a quelle di cui agli artt. 46 e 47 d.p.r. 445/2000<sup>82</sup>. Da qui la necessaria conclusione: in assenza di una disposizione di legge che stabilisca l'equiparazione delle 'autocertificazioni Covid' alle dichiarazioni di cui agli artt. 46 e 47, il reato di cui all'art. 483 c.p. non può ritenersi integrato, se non per effetto di un'interpretazione analogica *in malam partem*<sup>83</sup>.

Come la stessa vicenda delle autocertificazioni dimostra, la sovrapposizione disordinata di fonti normative con linee-guida, spiegazioni autentiche, raccomandazioni, avvertimenti ha generato una intollerabile confusione di piani, risultando praticamente impossibile, in tale giungla, individuare quali fossero, tra tutte, le indicazioni vincolanti. Un problema questo che si è manifestato anche in altri ordinamenti, come emerge nel *Report* della commissione parlamentare inglese cui più sopra si è fatto cenno<sup>84</sup>.

---

<sup>80</sup> Cfr. la Direttiva del Ministro dell'interno ai Prefetti 8 marzo 2020, n. 14606.

<sup>81</sup> In particolare, sul sito del Ministero compariva questa affermazione: "Si può uscire di casa solo per esigenze lavorative, motivi di salute e necessità. Ove richiesto, queste esigenze vanno attestate mediante autodichiarazione, che potrà essere resa anche seduta stante attraverso la compilazione di moduli forniti dalle forze di polizia o scaricati da Internet. Una falsa dichiarazione è un reato".

<sup>82</sup> In giurisprudenza cfr., ad esempio, Gup Milano, sent. 12 marzo 2021, in *Sist. pen.*, 6 aprile 2021, con nota di E. PENCO, *Fra obbligo «di dire la verità» e diritto di difesa del singolo: dal G.u.p. di Milano una nuova pronuncia che riconosce l'insussistenza della fattispecie di cui all'art. 483 c.p.*, in *Sist. pen.*, 6 aprile 2021.

<sup>83</sup> Cfr. M. PELISSERO, *Il diritto penale di fronte all'emergenza*, in *Valori dell'ordinamento vs. esigenze dell'emergenza in una prospettiva multidisciplinare*, 2022, p. 140.

<sup>84</sup> Cfr. *supra*, par. 1.

### 3.2. (Segue): *la disciplina della violazione della quarantena*

Un altro esempio emblematico dei gravi deficit di legalità che hanno caratterizzato la legislazione emergenziale sotto il profilo del principio di precisione è offerto dalla contravvenzione della violazione della quarantena del positivo.

Un primo profilo di imprecisione riguarda già la denominazione impiegata per indicare la misura restrittiva cui è sottoposto il soggetto positivo: benché, infatti, con circolare del Ministero della salute si spiegasse in modo chiaro che di quarantena deve propriamente parlarsi con riferimento alle “restrizione dei movimenti di persone sane per la durata del periodo di incubazione, ma che potrebbero essere state esposte ad un agente infettivo o ad una malattia contagiosa, con l’obiettivo di monitorare l’eventuale comparsa di sintomi e identificare tempestivamente nuovi casi” e che invece deve parlarsi di “isolamento” per indicare la misura che consiste nella separazione delle persone infette dal resto della comunità per la durata del periodo di contagiosità, in ambiente e condizioni tali da prevenire la trasmissione dell’infezione<sup>85</sup>, per qualche misteriosa ragione il legislatore nella normativa emergenziale ha denominato “quarantena” l’isolamento del soggetto positivo; da ciò quindi la necessità di distinguere le forme di vera e propria quarantena (previste per chi avesse avuto contatti stretti con i soggetti positivi e per chi fosse rientrato in Italia da un Paese ‘a rischio’), che sono state denominate, nelle comunicazioni ufficiali, come ipotesi di ‘quarantena precauzionale’, dalla quarantena-isolamento prevista per il soggetto positivo, che è stata invece denominata ‘quarantena obbligatoria’. Una scelta terminologica poco ragionevole e non innocua per l’ulteriore tasso di confusione generato nel sistema in un momento in cui massima era invece la necessità di trasmettere alla collettività messaggi chiari. Solo con il d.l. 24 marzo 2022, n. 24, il legislatore, nel prevedere che la contravvenzione in esame sarebbe sopravvissuta alla cessazione dello stato di emergenza, ha corretto l’imprecisione terminologica, denominando come “isolamento” la misura restrittiva prevista per il soggetto positivo<sup>86</sup>.

Senza che sia necessario ripercorrere l’evoluzione della disciplina<sup>87</sup>, basterà qui ricordare che la fattispecie – introdotta nell’ordinamento successivamente al d.l. 6/2020, con il d.P.c.m. dell’8 marzo

---

<sup>85</sup> Cfr. Circolare del Ministero della salute 12 ottobre 2020.

<sup>86</sup> Cfr. *supra*, cap. 2, par. 3.1.

<sup>87</sup> Per l’evoluzione della disciplina della quarantena cfr. *supra*, cap. 2, par. 3.1.

2020<sup>88</sup> – ha trovato la sua prima ‘base legale’ nel d.l. 19/2020, il quale ha previsto che fosse punito con la sanzione di cui all’art. 260 t.u. 1265/1934 (arresto da 3 a 18 mesi e ammenda da 500 a 5.000 euro) il “divieto assoluto di allontanarsi dalla propria abitazione o dimora per le persone sottoposte alla misura della quarantena perché risultate positive al virus”.

Come può osservarsi, il tasso di imprecisione della norma era assai elevato. Il profilo più problematico era rappresentato dal fatto che il tenore letterale della norma non chiariva se la quarantena discendesse automaticamente dall’accertamento dello stato di positività o se fosse invece necessario un provvedimento amministrativo che la disponesse; inoltre non era in alcun modo specificato il contenuto del divieto (se cioè l’assolutezza dello stesso impedisse anche, ad esempio, l’allontanamento dal domicilio per eseguire i test di accertamento e se al divieto fosse associato anche, e in che termini, un divieto di contatto con le persone conviventi o un divieto di visita da parte di terzi non conviventi); infine, non vi era alcuna indicazione sui termini di durata della misura e sulle modalità della sua cessazione. Nessun chiarimento poi era poi fornito dai d.P.c.m. attuativi, che nell’adottare la misura si limitavano a riportare questa stessa formulazione.

Qualche progresso nella definizione della misura si è potuto apprezzare con il d.l. 33/2020, che ha riformulato la fattispecie prescrivendo il “divieto di mobilità dalla propria abitazione o dimora alle persone sottoposte alla misura della quarantena per provvedimento dell’autorità sanitaria in quanto risultate positive al virus Covid-19, fino all’accertamento della guarigione o al ricovero in una struttura sanitaria o altra struttura allo scopo destinata”.

La nuova formulazione chiarisce finalmente che la sottoposizione alla quarantena, dalla cui violazione discende la responsabilità penale, presuppone un provvedimento individuale dell’autorità sanitaria<sup>89</sup>: ancora una volta però l’indicazione è per altro verso imprecisa,

---

<sup>88</sup> La ragione per la quale il d.l. 23 febbraio 2020, n. 6 prevedeva tra le misure di contenimento ‘tipizzate’ nell’art. 1 co. 2 la “quarantena con sorveglianza attiva per i soggetti che avessero avuto contatti stretti con casi confermati di malattia infettiva” (lett. h), nonché una forma di “permanenza domiciliare fiduciaria con sorveglianza attiva” per i soggetti che avessero fatto in ingresso in Italia da zone a rischio epidemiologico (lett. i) e non invece forme di isolamento domiciliare del positivo (che sono state introdotte appunto con successivo d.P.c.m.) si spiega con il fatto che, in un primissimo tempo, la strategia di contenimento del contagio si era basata sull’ospedalizzazione di tutti i soggetti infetti.

<sup>89</sup> Questa è la conclusione cui è pervenuta la dottrina già in sede di primo commento. Cfr., *ex multis*, G.L. GATTA, *Emergenza COVID-19 e “fase 2”: misure*

non specificandosi nulla, nel decreto legge, né in fonti secondarie, in ordine all'individuazione del soggetto competente ad emanare il provvedimento, né in ordine al procedimento applicativo o alla procedura di notifica. Per effetto della mancanza di una normativa di attuazione, tali provvedimenti per lungo tempo non sono stati emessi dalle autorità sanitarie o, se emessi, non sono stati notificati all'interessato, con la conseguenza di privare sostanzialmente di effettività la disposizione<sup>90</sup>.

Nessun passo in avanti è stato fatto poi sul piano della determinazione del contenuto della misura<sup>91</sup> (non chiarendo la norma in quali casi fosse consentito l'allontanamento dall'abitazione e quali fossero le disposizioni cui attenersi nei contatti con i terzi) e nemmeno sul piano della durata (limitandosi la norma a prevedere che la cessazione dell'isolamento era legata alla guarigione o alla fine del ricovero<sup>92</sup>).

Il deficit di precisione della disposizione è stato solo in parte colmato con il d.l. 24/2022, che nell'art. 4 ha previsto la conservazione della fattispecie nell'ordinamento anche dopo la fine dello stato di

---

*limitative e sanzioni nel d.l. 16.5.2020, n. 33 (nuova disciplina della quarantena), in Sist. pen., 18 maggio 2020. Anche chi – alla luce della prima formulazione del d.l. 19/2020 – aveva sostenuto la tesi secondo cui l'obbligo della quarantena doveva ritenersi discendente direttamente dalla legge, ha poi convenuto sul fatto che, a seguito della modifica normativa apportata dal d.l. 33/2020, l'obbligo dell'isolamento domiciliare si fondasse sul provvedimento individuale emesso dall'autorità sanitaria, ricavandone l'impressione che, per effetto di ciò, la misura era stata "depotenziata". Così M. BIGNAMI, *Di nuovo tra apocalittici ed integrati*, in F.S. MARINI, G. SCACCIA (a cura di), *Emergenza Covid-19*, cit., 49.*

<sup>90</sup> Sui gravi deficit di effettività della disposizione cfr. *supra*, cap. 2, par. 3.1.

<sup>91</sup> Nella formulazione del d.l. 33/2020 il 'divieto di mobilità dall'abitazione' prima caratterizzato come assoluto, perde tale attributo. In mancanza di chiarimenti sui casi in cui sia possibile per il soggetto positivo allontanarsi dal domicilio è impossibile apprezzare il significato di questa nuova scelta lessicale. Nella prassi, al di là di situazioni che potevano integrare uno stato di necessità esimente, si è ritenuto che al soggetto positivo fosse consentito allontanarsi dal domicilio per effettuare il tampone una volta decorso il tempo minimo di durata dell'isolamento.

<sup>92</sup> Con riferimento alla disciplina della durata, la disposizione, nella formulazione del d.l. 33/2020, individuava come termine finale della quarantena l'accertamento della guarigione o una non meglio precisata fine del ricovero. Le circolari del Ministero della Salute sono in più occasioni intervenute a modificare il termine minimo di durata dell'isolamento solo decorso il quale poteva essere accertata la guarigione, senza tuttavia che di tutto ciò si trovasse traccia nella norma di legge. Quanto all'individuazione di tale termine (da cui veniva poi a dipendere la durata della misura restrittiva), continuamente modificato, non era facile per il cittadino districarsi nella giungla delle normative ministeriali, nonché delle linee-guida (pubblicate sul sito del Ministero della salute o sui siti delle aziende sanitarie locali) al fine di trovare indicazioni univoche.

emergenza<sup>93</sup>: l'*upgrade* si coglie sul piano della durata della misura, laddove si prevede che “la cessazione del regime di isolamento di cui al comma 1 consegue all’esito negativo di un test antigenico rapido o molecolare per la rilevazione di SARS-CoV-2, effettuato anche presso centri privati a ciò abilitati” e che “in quest’ultimo caso, la trasmissione, con modalità anche elettroniche, al dipartimento di prevenzione territorialmente competente del referto, con esito negativo, determina la cessazione del regime dell’isolamento”. Per il resto la norma conserva la sua vaghezza ed anche l’aspettativa generata dalla previsione contenuta sempre nell’art. 4 del d.l. 24/2022, secondo cui “le modalità attuative della misura” sarebbero state definite in una circolare del Ministero della salute non ha per ora trovato soddisfazione.

Il grave tasso di imprecisione che ha afflitto, ed in parte ancora oggi affligge, questa fattispecie di reato, di fatto l’unica introdotta nell’ordinamento in risposta all’emergenza sanitaria, lascia molto perplessi, anche in considerazione del contenuto della misura restrittiva, che incide assai significativamente sulla libertà del cittadino<sup>94</sup>.

### 3.3. *Qualche riflessione conclusiva su emergenza sanitaria ed esigenze di precisione*

Nel rileggere l’esperienza pandemica al fine di trarre qualche lezione utile per il futuro è certamente doveroso ‘mettersi nei panni’ del legislatore dell’emergenza, che si è trovato a dover gestire, dall’oggi al domani, una pandemia di dimensioni epocali, una malattia nuova causata da un virus sconosciuto e caratterizzato da una potenza ed una carica diffusiva spaventosa. Una pandemia che poteva essere contrastata solo attraverso l’imposizione di misure che avrebbero for-

---

<sup>93</sup> Cfr. l’art. 4 d.l. 24 marzo 2022, n. 24, che ha introdotto nel d.l. 22 aprile 2021, n. 52, conv. l. 17 giugno 2021, n. 87, un art. 10 *ter* a tenore del quale: “A decorrere dal 1° aprile 2022 è fatto divieto di mobilità dalla propria abitazione o dimora alle persone sottoposte alla misura dell’isolamento per provvedimento dell’autorità sanitaria in quanto risultate positive al SARS-CoV-2, fino all’accertamento della guarigione, salvo che per il ricovero in una struttura sanitaria o altra struttura allo scopo destinata”. Sulla perplessità che solleva la scelta del legislatore di ‘stabilizzare’ la contravvenzione della violazione della quarantena del positivo, senza ancorarla ad un parametro che ne subordini l’applicabilità alla persistente pericolosità del virus, cfr. *supra*, cap. 6, par. 2.4.2.

<sup>94</sup> Sulla delicata qualificazione della misura come privativa della libertà personale o limitativa della libertà di circolazione cfr. Corte cost. 127/2022, cit.

temente limitato le libertà dei cittadini e sulla cui osservanza da parte della collettività non era possibile fare previsioni.

Se facciamo quindi riferimento alle prime settimane della pandemia, una certa vaghezza nella descrizione delle misure di contenimento del contagio si spiega e può forse giustificarsi. Ma ciò, a nostro avviso, non perché la situazione di emergenza consenta deroghe al principio di legalità, quanto piuttosto perché, nelle primissime fasi dell'emergenza, quello era il massimo tasso di precisione che poteva pretendersi dal legislatore, essendo ancora del tutto incerta la strada da seguire. Ciò che invece ha generato un *vulnus* inaccettabile al principio costituzionale di legalità è il fatto che a tale grossolana violazione del principio di precisione non si sia posto rimedio nei due anni di vigenza della legislazione emergenziale.

Ed in effetti, esaminando l'evoluzione della legislazione emergenziale pandemica, si può osservare che mentre si è provveduto, attraverso plurime correzioni di rotta, a rimediare alle gravi violazioni rilevate sul piano della riserva di legge, un'analogha progressione non si è potuta apprezzare in relazione alle violazioni, altrettanto gravi, del principio di precisione.

Ciò presumibilmente riflette la scarsa considerazione di cui gode nel nostro ordinamento il principio di precisione e questo sia da parte del legislatore, sia da parte della giurisprudenza, che solo raramente ha sollevato questioni di legittimità costituzionale sotto tale profilo<sup>95</sup>.

La Corte costituzionale, in passato restia ad accogliere le censure di imprecisione, negli ultimi tempi si è mostrata più attenta a valorizzare tale principio, arrivando anche di recente ad affermare che dall'art. 25 Cost. deriva un "imperativo costituzionale rivolto al legislatore di formulare norme concettualmente precise sotto il profilo semantico della chiarezza e dell'intelligibilità dei termini impiegati"<sup>96</sup>.

---

<sup>95</sup> Per la considerazione secondo cui la giurisprudenza manifesta una certa ritrosia a sollevare questioni di legittimità costituzionale "pur a fronte di concetti irrimediabilmente imprecisi", preferendo piuttosto fornire una lettura delle norme che si sostanzia in una loro sostanziale riscrittura, cfr. G. MARINUCCI, E. DOLCINI, G.L. GATTA, *Manuale di diritto penale*, cit., p. 86, ove si riconosce peraltro come negli ultimi anni ci sia stata una maggiore valorizzazione di tale principio da parte della Corte costituzionale.

<sup>96</sup> Cfr. Corte cost., 28 aprile 2021, n. 98. Sulla rinnovata sensibilità della Corte costituzionale per il profilo della precisione del precetto penale quale imprescindibile strumento di tutela delle garanzie individuali cfr. V. MAIELLO, *La legalità della legge e il diritto dei giudici: scossoni, assestamenti e sviluppi*, in *Sist. pen.*, 3, 2020, che attribuisce la riscoperta, da parte della Consulta, "di questa pietra mi-

A conferma di tale rinnovata attenzione, può considerarsi la sentenza n. 140 del 2021, con cui la Corte costituzionale ha dichiarato l'illegittimità costituzionale di una disposizione contenuta nella legislazione emergenziale pandemica in materia di sospensione del corso della prescrizione del reato: si trattava, nel caso di specie, di una disposizione che collegava la sospensione dei termini di prescrizione alla sospensione delle attività processuali, anche nei casi in cui queste dipendessero da misure organizzative (facoltizzate dalla legge) che fossero state adottate dai capi degli uffici giudiziari per contrastare l'emergenza epidemiologica (come, ad esempio, un rinvio delle udienze)<sup>97</sup>. Partendo dal presupposto che "l'intrinseca natura sostanziale della prescrizione (...) chiama in causa la garanzia del principio di legalità" e che quindi la persona incolpata di un reato deve avere "previa consapevolezza della disciplina della prescrizione concernente sia la definizione della fattispecie legale, sia la sua dimensione temporale", la Corte ha ritenuto che la norma sottoposta al suo scrutinio – nel far dipendere in ultima analisi la durata della prescrizione da misure organizzative la cui adozione era rimessa alla discrezionalità del capo dell'ufficio giudiziario – manifestasse "un radicale deficit di determinatezza", non essendone garantita la conoscibilità al suo destinatario<sup>98</sup>.

Come la Corte costituzionale ha ricordato, l'esigenza che le norme penali siano descritte in termini chiari e intelleggibili è espressione di un fondamentale principio di civiltà e lo è, a maggior ragione, in un contesto come quello dell'emergenza sanitaria che ha richiesto ai consociati il sacrificio di diritti e libertà individuali<sup>99</sup>. Non è dubbio

---

liare del diritto penale continentale" alla "virtuosa intersezione" della "legalità legislativa" con la "legalità convenzionale".

<sup>97</sup> La norma censurata era, in particolare, l'art. 83, co. 9, d.l. 17 marzo 2020, n. 18, conv. l. 24 aprile 2020, n. 27, nella parte in cui prevedeva la sospensione del corso della prescrizione per il tempo in cui i procedimenti penali erano rinviati ai sensi del precedente co. 7, lett. g).

<sup>98</sup> Corte cost., 6 luglio 2021, n. 140.

<sup>99</sup> Tale concetto trova affermazione anche in una sentenza della Corte costituzionale rumena (sentenza 6 maggio 2020, n. 152, la cui segnalazione ed un riassunto in inglese sono pubblicati in *Criminal Justice Network, Emergenza Covid e sanzioni amministrative imprecise e sproporzionate: la decisione della Corte costituzionale romena che ha dichiarato l'illegittimità di una disposizione caso della Romania*, 26 dicembre 2020), che ha dichiarato l'illegittimità di una disposizione della legislazione emergenziale che puniva con sanzioni pecuniarie particolarmente elevate la violazione delle misure "set out in the Emergency Ordinance of Government no.1/1999, in the related normative acts, as well as in military ordinances". Nella sentenza, la Corte ha ritenuto che la norma violasse il principio di le-

che la difficile accessibilità dei precetti e la loro formulazione imprecisa abbiano aggravato la sensazione di incertezza e disorientamento in cui la collettività versava per effetto della pandemia: come è stato osservato, in tale situazione ognuno di noi forse per la prima volta si è reso conto di quanto sia importante contare su chiare direttive di comportamento, che definiscano con certezza cosa sia consentito e cosa invece comporti responsabilità amministrative e penali<sup>100</sup>.

Né si può giustificare l'indeterminatezza delle previsioni ritenendola funzionale a garantire una maggiore flessibilità della normativa e quindi una più efficace risposta alle mutevoli esigenze del contesto pandemico<sup>101</sup>: sotto questo profilo ciò che rileva non è la vaghezza della norma, ma la predisposizione di un sistema che consenta di modificare con prontezza le misure di volta in volta applicabili, adeguandole per intensità ed estensione alle mutevoli contingenze dell'epidemia. E a ciò non osta il fatto che le misure di volta in volta applicate siano formulate in modo chiaro e preciso.

Certamente l'urgenza e la concitazione del contesto emergenziale non favoriscono una normazione accurata e precisa: anche a questo fine la predisposizione in anticipo di un quadro legale che fissi le principali misure di contenimento e i correlativi illeciti amministrativi e penali da applicare in caso di dichiarazione dello stato di emergenza, secondo l'esperienza tedesca su cui più sopra ci si è soffermati, potrebbe rivelarsi funzionale a garantire una maggiore aderenza ai canoni della legalità.

---

galità sotto il profilo della precisione, dal momento che la stessa *“due to a deficient legislative technique, do not meet the requirements of clarity, precision and predictability and are thus incompatible with the fundamental principle of compliance with the Constitution, with its supremacy and with the laws, stated by art.1 par.5 of the Constitution”*.

<sup>100</sup> Sostanzialmente in questi termini M. PELISSERO, *Covid-19 e diritto penale pandemico*, cit., p. 508.

<sup>101</sup> Cfr. in questo senso M. LUCIANI, *Il sistema delle fonti del diritto alla prova dell'emergenza*, cit., p. 125, cit., secondo il quale “non si può fare a meno di osservare che l'emergenza che oggi affrontiamo è molto diversa dalla generalità delle altre che sovente affliggono il Paese. Se un terremoto o un'alluvione sono fatti, ormai verificatisi, un'emergenza sanitaria di questa portata è un processo, in continua e imprevedibile evoluzione, come del resto era stato colto già dall'art. 1, comma 1, del d.l. n. 6 del 2020. Se è così, deve necessariamente tollerarsi un grado di determinatezza delle norme primarie legittimanti minore dell'usuale”.

## CAPITOLO 5

# I PRINCIPI DI IRRETROATTIVITÀ *IN MALAM PARTEM* E DI RETROATTIVITÀ *IN BONAM PARTEM* IN SITUAZIONI DI EMERGENZA SANITARIA

SOMMARIO: 1. Considerazioni introduttive. – 2. La problematica inderogabilità del principio di irretroattività delle norme penali sfavorevoli in situazioni di emergenza: il caso della sospensione della prescrizione del reato. – 2.1. Irretroattività *in peius* delle sanzioni amministrative punitive in situazioni di emergenza. – 3. Sul principio di retroattività della *lex mitior* e sulla sua derogabilità nel contesto dell'emergenza sanitaria. – 3.1. L'applicabilità della disciplina relativa all'ultrattività delle leggi eccezionali/temporanee anche alle sanzioni amministrative punitive. – 3.2. Sulla ragionevolezza dell'ultrattività di sanzioni punitive, penali o amministrative, nel contesto dell'emergenza sanitaria. – 4. Norme eccezionali e temporanee di favore: il regime temporale delle 'norme-scudo' in materia di responsabilità del personale sanitario nel contesto dell'emergenza.

### 1. *Considerazioni introduttive*

Tra le condizioni di legittimità di un intervento punitivo in un contesto di emergenza sanitaria vi è certamente il rispetto dei principi che regolano il fenomeno della successione delle norme penali nel tempo, ossia il principio di irretroattività delle norme sfavorevoli ed il diverso principio della retroattività delle norme favorevoli.

Preliminarmente, considerato che un intervento punitivo del legislatore finalizzato a tutelare la salute pubblica in un contesto di emergenza sanitaria può implicare tanto l'utilizzo di sanzioni punitive di natura amministrativa, quanto di illeciti penali, è bene osservare che un tema trasversale alle questioni che affronteremo nel presente capitolo riguarda la possibilità di estendere i principi che regolano la successione delle leggi penali nel tempo, ed eventualmente anche la loro 'graduabilità', anche alle sanzioni punitive che non possono considerarsi *stricto sensu* penali.

Con riferimento in particolare al principio di irretroattività *in peius*, la questione che ci si dovrà porre è quella della sua 'resistenza' alle deroghe in situazioni di emergenza. Benché l'affermazione dell'assoluta inderogabilità di questo principio, che è pacificamente considerato uno dei principali baluardi dello Stato di diritto<sup>1</sup>, possa sembrare scontata, il rischio che in situazioni di emergenza – e in particolare di emergenze così peculiari come quelle di una pandemia pericolosa per la salute collettiva – si possa cedere alla tentazione di bilanciarlo con contro-interessi che, nella drammaticità della situazione contingente, sono percepiti come più rilevanti è tutt'altro che teorico, come alcune vicende giurisprudenziali hanno dimostrato<sup>2</sup>.

Un altro profilo di interesse riguarda il carattere eccezionale delle disposizioni dettate per fronteggiare l'emergenza sanitaria che chiama in causa la disciplina contenuta nell'art. 2 co. 5 c.p.: il problema che si pone su questo fronte è da un lato quello di valutare l'applicabilità di tale disciplina, nel silenzio della legge, anche a illeciti punitivi amministrativi e, dall'altro, quello di riflettere sulla ragionevolezza della disciplina che dispone l'ultrattività delle norme eccezionali e temporanee, quando applicata agli illeciti punitivi emanati per contrastare la diffusione del contagio una volta che si sia 'rientrati nella normalità'.

Un cenno merita infine il regime temporale delle c.d. norme-scudo, ossia disposizioni di favore che sono state introdotte dal legislatore emergenziale per adeguare il rimprovero colposo alla straordinaria complessità del contesto pandemico in relazione alla responsabilità del personale sanitario.

## ***2. La problematica inderogabilità del principio di irretroattività delle norme penali sfavorevoli in situazioni di emergenza: il caso della sospensione della prescrizione del reato***

Fino alla recente crisi pandemica, nessuno avrebbe potuto immaginare che le pressanti esigenze di tutela della salute collettiva poste

---

<sup>1</sup> Il principio ha trovato la sua prima esplicita formulazione legislativa, in Europa, nell'art. 8 della Dichiarazione dei diritti dell'uomo e del cittadino del 1789 e fu poi riproposto nelle diverse Costituzioni e nei codici penali europei. Sulle origini e sugli sviluppi di tale principio cfr. A. CADOPPI, *Il principio di irretroattività*, in G. INSOLERA, N. MAZZACUVA, M. PAVARINI, M. ZANOTTI (a cura di), *Introduzione al sistema penale*, vol. I, IV ed., 2012, p. 244 ss.

<sup>2</sup> Cfr. *infra*, par. 2.

dall'emergenza sanitaria avrebbero potuto mettere in dubbio il postulato dell'inderogabilità di un principio intangibile, quale quello di irretroattività delle norme penali di sfavore.

È noto, e lo ha di recente ribadito con grande efficacia la Corte costituzionale, che il principio di irretroattività delle norme sfavorevoli nella materia penale – come quelle che introducono nuove incriminazioni o aggravano il trattamento sanzionatorio o la disciplina penale – risponde ad una duplice esigenza: da un lato, rappresenta una garanzia di libertà per l'individuo, assicurandogli una "ragionevole prevedibilità delle conseguenze cui si esporrà trasgredendo il precetto penale"; dall'altro, costituisce un principio a salvaguardia dello Stato di diritto, ponendosi come baluardo "contro possibili abusi da parte del potere legislativo, da sempre tentato di stabilire o aggravare *ex post* pene per fatti già compiuti"<sup>3</sup>. Il riconoscimento che il principio di irretroattività si trova "al cuore stesso del concetto di stato di diritto" ha portato la Corte costituzionale ad affermarne in più occasioni la natura di "principio supremo dell'ordinamento" e a sostenerne senza esitazioni, l'assoluta inderogabilità<sup>4</sup>.

L'inderogabilità di un principio è ciò che ne garantisce la tenuta anche nelle situazioni di emergenza, come espressamente riconosce la Convenzione europea dei diritti dell'uomo, che include il principio di irretroattività *in peius* ex art. 7 co. 1 tra i principi per i quali, ai sensi dell'art. 15 co. 2, non è autorizzata alcuna deroga, nemmeno "in caso di guerra o in caso di altro pericolo pubblico che minacci la vita della nazione": è infatti proprio nelle situazioni di emergenza, come la recente esperienza della pandemia ci ha consentito di verificare, che più si fa viva la tentazione di derogare ai principi di garanzia, qualora questi possano rappresentare un ostacolo ad una soluzione più rapida ed efficace dei problemi in campo<sup>5</sup>.

---

<sup>3</sup> Corte cost., sent. 26 febbraio 2020, n. 32.

<sup>4</sup> Oltre alla citata sentenza 32/2020, si esprimono nel senso dell'inderogabilità del principio, tra le altre, Corte cost. 393 e 394 del 2006, ma anche n. 236 del 2011. Anche in dottrina il riconoscimento del carattere inderogabile del principio di irretroattività *in peius* è unanime: parla di "assoluta inderogabilità" del principio M. GALLO, *Diritto penale italiano. Appunti di parte generale*, vol. I, 2014, p. 92.

<sup>5</sup> Il dogma dell'inderogabilità del principio di irretroattività in materia penale conosce un'eccezione, secondo la giurisprudenza europea, laddove si tratti di punire fatti che, benché giustificati dalla legge del tempo in cui sono stati commessi, siano gravemente lesivi dei diritti umani fondamentali. Su tale giurisprudenza e, più in generale, sul tema della derogabilità del principio di irretroattività laddove il diritto positivo si risolva in un'ingiustizia intollerabile cfr. G. VASSALLI, *Formula di Radbruch e diritto penale*, 2001.

Paradigmatica in questo senso la vicenda che ha portato la Cassazione, in una sentenza pronunciata durante l'emergenza pandemica, ad affermare la derogabilità del principio di irretroattività *in peius*, in presenza di situazioni eccezionali<sup>6</sup>. La questione che la Cassazione si era trovata a decidere riguardava l'applicabilità a fatti di reato progressi, della norma (art. 83, co. 4 d.l. 17 marzo 2020, n. 18, conv. in l. 24 aprile 2020, n. 27) con cui era stata prevista la sospensione dei termini della prescrizione del reato per il tempo nel quale i procedimenti penali erano sospesi a causa dell'emergenza Covid-19.

La soluzione del problema non era facile. Da un lato, è incontestabile la ragionevolezza della previsione che dispone la sospensione dei termini di prescrizione, posto che la sospensione delle attività processuali si è imposta per la necessità di tutelare la salute collettiva nel periodo più drammatico della pandemia, così da evitare l'esposizione al contagio di tutti gli attori del processo, a cominciare dagli stessi imputati: una soluzione che avesse consentito il decorso della prescrizione in un tempo in cui era impossibile celebrare il processo avrebbe irragionevolmente pregiudicato l'interesse dello Stato e delle vittime all'accertamento del reato<sup>7</sup>.

D'altro canto, tuttavia, la disposizione pone un problema di compatibilità con il principio di irretroattività, dal momento che essa comporta un allungamento dei termini di prescrizione per reati che sono stati commessi prima dell'entrata in vigore della disposizione emergenziale.

I giudici della Corte di cassazione, pur nella consapevolezza di un possibile contrasto con il principio costituzionale, hanno deciso di non sollevare la questione davanti alla Corte costituzionale<sup>8</sup> e di sfi-

---

<sup>6</sup> Cass. pen., 2 luglio 2020, n. 21367, in *Sist. pen.*, 22 luglio 2020, con nota di G.L. GATTA, 'Tolleranza tra principi' e 'principi intolleranti'. *L'emergenza sanitaria da Covid-19 non legittima deroghe al principio di irretroattività in malam partem: note critiche a una sentenza della Cassazione sulla sospensione della prescrizione del reato ex art. 83, co. 4 d.l. n. 18/2020*, in *Sist. pen.*, 22 luglio 2020.

<sup>7</sup> A conferma della ragionevolezza di tale soluzione, è significativo il fatto che la sospensione dei termini di prescrizione del reato durante la sospensione delle attività processuali causate dalla pandemia di Covid-19 è stata adottata in molti ordinamenti, come ad esempio in Francia, in Portogallo, negli Stati Uniti. Cfr. sul punto G.L. GATTA, "Lockdown" della giustizia penale, *sospensione della prescrizione del reato e principio di irretroattività: un cortocircuito*, in *Sist. pen.*, 4 maggio 2020.

<sup>8</sup> Nel senso che la Cassazione avrebbe dovuto più opportunamente rimettere la questione allo scrutinio della Corte costituzionale – come in effetti alcuni giudici di merito hanno fatto – e cioè "anche per l'originalità che caratterizza questo nuo-

dare apertamente il dogma della inderogabilità del principio di irretroattività, in ragione del carattere eccezionale dell'emergenza sanitaria. Partendo dal presupposto, considerato incontestabile, della natura sostanziale della prescrizione "come ha sancito a chiare lettere la Corte costituzionale nella nota sentenza sull'*affaire Taricco*"<sup>9</sup> e della conseguente sottoposizione della sua disciplina al principio di irretroattività, i giudici hanno riconosciuto che l'applicazione dell'art. 83 co. 4 d.l. 18/2020 avrebbe generato un *vulnus* all'art. 25 co. 2 Cost., ma sono pervenuti alla conclusione che tale sacrificio dovesse considerarsi giustificato "in un'ottica di bilanciamento ragionevole dei diritti costituzionali". Pur dicendosi consapevoli del fatto che la Corte costituzionale aveva sempre negato la 'bilanciabilità' di tale garanzia costituzionale, in quanto fondamentale ed irrinunciabile principio di civiltà del diritto, la Cassazione, in questa sentenza che è rimasta comunque isolata, ha ritenuto di discostarsi da tale granitico orientamento in considerazione del carattere del tutto eccezionale dell'emergenza sanitaria in corso: tale eccezionalità, secondo i giudici della Suprema Corte, era da rinvenirsi nella "specificità del fatto generatore" dell'emergenza, essendo essa attinente "alla sfera del mondo delle cose e della natura" e "non causata, per quanto è dato sapere, dall'uomo"<sup>10</sup>. Ora, proprio il carattere "esogeno" dell'emergenza avrebbe assicurato che la deroga sarebbe rimasta confinata a casi assolutamente eccezionali: "è proprio la natura del fatto, esogeno, ad erigere una barriera per la tenuta futura del principio inderogabile di cui all'art. 25 Cost., che ai soli limitati fini dettati dalla legislazione emergenziale e per un periodo predeterminato e circoscritto, sopporta un sacrificio necessario"<sup>11</sup>.

---

vo, albeggiante, 'diritto vivente', così sensibilmente distante dall'*acquis* consolidato nei tracciati della giurisprudenza costituzionale", cfr. V. MANES, *Diritto dell'emergenza, sospensione della prescrizione e garanzie fondamentali: davvero "bilanciabile" il principio di irretroattività?*, in *Giur. pen. trim.*, 2, 2020.

<sup>9</sup> Cass. pen., 2 luglio 2020, n. 21367, cit. Sulla nota 'vicenda Taricco', in relazione alla quale si è sviluppato un dibattito quanto mai ampio e vivace in dottrina, cfr. per tutti AA.VV., *Il caso Taricco e il dialogo tra le Corti. L'ordinanza 24/2017 della Corte costituzionale*, A. BERNARDI, C. CUPELLI (a cura di), 2017.

<sup>10</sup> Sulle conseguenze che possono derivare, sul piano delle interpretazioni giudiziali, dalla considerazione della pandemia come "fatto *extra ordinem*", cfr. D. CANALE, *Fatti extra ordinem. L'interpretazione giudiziale al tempo del Covid-19*, in *Sist. pen.*, 21 aprile 2021.

<sup>11</sup> Le motivazioni della sentenza riprendono, da molto vicino, le tesi di chi in dottrina ha sostenuto che la situazione pandemica avesse determinato uno "stato di eccezione debole" (contrapposto allo stato di eccezione forte, nel senso schmit-

Il ragionamento della Corte di cassazione non è condivisibile.

Innanzitutto, non si vede per quale ragione il carattere esogeno dell'emergenza, ossia la sua derivazione "dal mondo delle cose" e non dall'azione umana, dovrebbe giustificare una deroga ad un principio che non solo la giurisprudenza costituzionale, ma anche la giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo considera assolutamente inderogabile, in quanto pietra d'angolo di uno Stato di diritto.

In secondo luogo, ci pare fuorviante il riferimento che la Cassazione fa al noto passaggio della sentenza 85/2013 della Corte costituzionale sul caso Ilva, ove si afferma che "tutti i diritti fondamentali tutelati dalla Costituzione si trovano in rapporto di integrazione reciproca e non è possibile pertanto individuare uno di essi che abbia la prevalenza assoluta sugli altri" e si continua osservando che "se così non fosse, si verificherebbe l'illimitata espansione di uno dei diritti, che diverrebbe 'tiranno' nei confronti delle altre situazioni giuridiche costituzionalmente riconosciute e protette, che costituiscono, nel loro insieme, espressione della dignità della persona"<sup>12</sup>. Il richiamo a questa importante sentenza – che viene operato dalla Cassazione per fondare la legittimità della propria operazione interpretativa – è certamente suggestivo, ma, si diceva, fuorviante perché la Corte costituzionale, nell'affermare il principio della bilanciabilità di tutti i diritti, si riferiva ai diritti fondamentali previsti in Costituzione e non invece ai principi di garanzia: tali principi, al contrario, in quanto finalizzati a limitare i poteri dello Stato sull'individuo e per questa ragione da considerarsi l'architrave di uno Stato di diritto, devono ritenersi inderogabili e quindi sottratti al giudizio di bilanciamento<sup>13</sup>.

Il ragionamento della Cassazione, infine, ci pare rischioso, poiché – come è stato subito osservato – "la derogabilità rappresenta un possibile ventre molle dietro il quale si possono nascondere abusi" ed il rischio tutt'altro che remoto è quello "di aprire una breccia che possa portare, un domani, in nome di questa o quella emergenza, all'appli-

---

tiano del termine), "che impone di filtrare le ordinarie categorie giuridiche di valutazione, attraverso quelle della temporaneità, giustiziabilità e proporzione", cfr. T. EPIDENDIO, *Il diritto nello "stato di eccezione" ai tempi dell'epidemia da Coronavirus*, in *giustiziainsieme.it*, 30 marzo 2020. Proprio con riferimento alla causa di sospensione della prescrizione di cui all'art. 83 co. 4 d.l. 18/2020, l'Autore scriveva che solo tale peculiare stato di eccezione potesse "giustificare una sua applicazione retroattiva, altrimenti inammissibile dopo quanto è stato affermato nella nota vicenda Taricco".

<sup>12</sup> Corte cost., 9 maggio 2013, n. 85.

<sup>13</sup> Cfr. sul punto N. RECCHIA, *Il principio di proporzionalità nel diritto penale. Scelte di criminalizzazione e ingerenza nei diritti fondamentali*, 2020, p. 115.

cazione retroattiva di nuove incriminazioni o di un trattamento più sfavorevole per offese a beni fondamentali quali la vita e la salute”<sup>14</sup>.

La vicenda non si è chiusa qui, perché sulla compatibilità dell’art. 83 co. 4 d.l. 18/2020 con il principio di cui all’art. 25 co. 2 Cost. è stata, opportunamente, chiamata a pronunciarsi la Corte costituzionale.

Con la sentenza 278 del 2020, i giudici costituzionali hanno innanzitutto respinto l’idea che il principio di irretroattività *in peius* possa considerarsi bilanciabile, ribadendone senza mezzi termini l’inderogabilità anche nella particolare situazione dell’emergenza sanitaria: si afferma così che il principio in esame “non è comprimibile, non entrando in bilanciamento con altri diritti in ipotesi antagonisti” e si sottolinea che la sua inderogabilità non deve essere messa in dubbio nemmeno in situazioni di crisi, non avendo alcuna rilevanza il “carattere emergenziale o comunque eccezionale del contesto nel quale la disciplina in questione è stata dettata”<sup>15</sup>.

In secondo luogo, la Corte afferma con toni perentori la tesi, che ha oramai fatto propria in una serie di importanti sentenze, secondo cui la prescrizione è soggetta per intero alla garanzia dell’irretroattività: in particolare, sul punto osserva che “la prescrizione costituisce un istituto di natura sostanziale che incide sulla punibilità della persona, riconnettendo al decorso del tempo l’effetto di impedire l’applicazione della pena, sicché rientra nell’alveo costituzionale del principio di legalità penale sostanziale enunciato dall’art. 25, secondo comma, Cost. con formula di particolare ampiezza”; continua poi osservando che, sulla base di tale principio, “non solo l’autore del fatto deve essere posto in grado di conoscere *ex ante* qual è la condotta penalmente sanzionata (ossia la fattispecie di reato) e quali saranno le conseguenze della sua azione in termini di sanzioni applicabili (ossia la pena), ma deve egli avere anche previa consapevolezza della disciplina concernente la dimensione temporale in cui sarà possibile l’accertamento nel processo, con carattere di definitività, della sua responsabilità penale (ossia la durata del tempo di prescrizione del rea-

---

<sup>14</sup> G.L. GATTA, *‘Tolleranza tra principi’ e ‘principi intolleranti’*, cit.

<sup>15</sup> Corte cost., sent. 23 dicembre 2020, in *Sist. pen.*, 26 dicembre 2020, con nota di G.L. GATTA, *Emergenza Covid e sospensione della prescrizione del reato: la Consulta fa leva sull’art. 159 c.p. per escludere la violazione del principio di irretroattività ribadendo al contempo la natura sostanziale della prescrizione, coperta dalla garanzia dell’art. 25, co. 2 Cost.* Nella stessa rivista, a commento della sentenza, cfr. anche R. BARTOLI, *Con una finta la Consulta aggira il problema della irretroattività/retroattività della sospensione della prescrizione connessa al Covid*, 8 febbraio 2021.

to), anche se ciò non comporta la precisa predeterminazione del *dies ad quem* in cui maturerà la prescrizione”; per concludere precisa poi che il rispetto del principio di irretroattività coinvolge anche la disciplina della decorrenza, della sospensione e dell'interruzione della prescrizione stessa, perché essa, nelle sue varie articolazioni, concorre a determinare la durata del tempo il cui decorso estingue il reato per prescrizione<sup>16</sup>.

Benché le due premesse – l'inderogabilità del principio di irretroattività *in peius* da un lato e la sottoposizione della disciplina delle cause di sospensione della prescrizione al principio di irretroattività dall'altro – sembrassero preludere all'accoglimento della questione con conseguente dichiarazione di illegittimità della disposizione censurata, laddove applicata a reati commessi prima dell'entrata in vigore della stessa, la Corte costituzionale ha rigettato la questione, facendo propria una soluzione (già tratteggiata in una di poco precedente sentenza della Cassazione<sup>17</sup>) con la quale le è stato possibile assicurare l'applicazione della disciplina emergenziale, senza però smentire il postulato dell'inderogabilità della garanzia di cui all'art. 25 co. 2 Cost.

Nel motivare le sue conclusioni, la Corte ha sostenuto che la disciplina dell'art. 83 co. 4 d.l. 18/2020 costituisce espressione di un principio contenuto in una norma del codice penale, ossia l'art. 159 co. 1 c.p., ai sensi del quale “il corso della prescrizione rimane sospeso in ogni caso in cui la sospensione del procedimento o del processo penale ... è imposta da una particolare disposizione di legge”. Secondo i giudici della Consulta, dunque, la disposizione censurata non avrebbe portata innovativa, poiché, grazie all'art. 159 c.p., al momento della commissione del fatto il suo autore sapeva già che, se il procedimento o il processo fossero stati sospesi in ragione dell'applicazione di una disposizione di legge che ciò prevedesse, sarebbe stato sospeso anche il decorso del termine di prescrizione<sup>18</sup>.

L'argomento non ha convinto parte della dottrina: si è rilevato

---

<sup>16</sup>La dottrina è in gran parte orientata nel senso della natura sostanziale della prescrizione; nella manualistica, per tutti, cfr. M. ROMANO, G. GRASSO, T. PADOVANI, *Commentario sistematico del codice penale*, 2011, III, art. 157, p. 63. Nel senso della natura processuale della prescrizione cfr. A. PAGLIARO, *Profili dogmatici delle c.d. cause estintive del reato*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1967, p. 472 ss.

<sup>17</sup>Cass. pen., V sez., 7 settembre 2020, n. 25222.

<sup>18</sup>In dottrina la tesi è stata sostenuta da G.L. GATTA, *Il corso della giustizia e il corso della prescrizione del reato durante l'emergenza Covid-19*, in *Sist. pen.*, 2 novembre 2020.

che, per garantire la prevedibilità delle conseguenze della condotta sul piano del tempo necessario alla prescrizione del reato, non è sufficiente il fatto che preesista alla commissione del reato l'art. 159 c.p. – ossia la norma che avverte l'agente che, se sarà introdotta una causa di sospensione del procedimento per effetto di “una particolare disposizione di legge”, la prescrizione sarà sospesa per il tempo corrispondente –, essendo necessario che preesista anche la norma che introduce la causa di sospensione del procedimento penale<sup>19</sup>.

Tali osservazioni ci paiono convincenti. Del resto, proprio sulla base di un'esigenza di prevedibilità che è necessariamente frustrata quando essa dipenda dal contenuto di una norma che non è ancora stata emanata al momento del fatto, la Corte costituzionale, solo qualche mese dopo, con la sentenza 140 del 2021 ha dichiarato l'incostituzionalità dell'art. 83 co. 9 d.l. 18/2020, che collegava la sospensione dei termini di prescrizione alla sospensione delle attività processuali dovuta alle misure organizzative adottate dai capi degli uffici giudiziari per contrastare l'emergenza epidemiologica: la Corte, in quel caso, ha ritenuto la disposizione incostituzionale per *deficit* di determinatezza, ritenendo, in sostanza, che fosse frustrata l'esigenza di prevedibilità delle conseguenze delle proprie azioni da parte dell'autore del fatto, non essendogli possibile conoscere in anticipo se e quali misure organizzative sarebbero state adottate. Non molto diversamente, ci pare, l'art. 83 co. 4 frustra l'esigenza di prevedibilità delle conseguenze da parte dell'autore del fatto, non potendo lui sapere in anticipo se e quale causa di sospensione del procedimento sarà eventualmente in futuro adottata dal legislatore.

La sensazione è che, nel perseguire il suo obiettivo – che era quello da un lato di riaffermare l'inderogabilità del principio di irretroattività e dall'altro di evitare una soluzione nella sostanza insoddisfacente (come sarebbe stata quella di lasciare prescrivere dei reati a causa di una sospensione delle attività processuali disposta nell'interesse collettivo e dunque anche nell'interesse dell'imputato) – la Corte abbia in realtà acconsentito ad operare un piccolo strappo al principio dell'irretroattività *in peius*.

---

<sup>19</sup>Tra gli altri cfr. R. BARTOLI, *Con una finta la Consulta aggira il problema della irretroattività/retroattività della sospensione della prescrizione commessa al Covid*, cit., p. 7; D. CANALE, *Fatti extra ordinem*, cit.; G.M. FLICK, *Emergenza e sospensione della prescrizione: una scelta problematica della Corte costituzionale*, in *Cass. pen.*, 2021, p. 44 ss.; N. MADIA, *La Corte costituzionale salva la disciplina in materia di sospensione della prescrizione prevista dalla legislazione anti Covid-19*, in *Giur. pen. web*, 12, 2020; O. MAZZA, *La Corte, la prescrizione e la fallacia del risultato utile*, in *Arch. pen.*, 3, 2020.

Uno strappo che la Corte costituzionale potrebbe aver ritenuto tollerabile, almeno così ipotizziamo, considerando che l'applicazione retroattiva non riguardava il 'nucleo forte' della garanzia dell'irretroattività, che ha a che fare con la previsione del fatto di reato e del suo trattamento sanzionatorio, ma un profilo, quale quello dell'allungamento dei termini di prescrizione a processo in corso, che pone in modo meno pressante un problema di affidamento personale da parte del destinatario della norma.

L'alternativa, suggerita da una parte della dottrina, a nostro avviso condivisibile, è quella di ritenere estranee all'area di operatività dell'art. 25 co. 2 Cost. le disposizioni che incidono sulla durata della prescrizione (a prescrizione in corso), le quali potrebbero quindi applicarsi anche ai fatti commessi prima della sua entrata in vigore<sup>20</sup>: una posizione questa che sarebbe in linea con la giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo, secondo la quale dall'art. 7 Cedu non si ricaverebbe un divieto di applicazione retroattiva delle disposizioni legislative che allungano i termini di prescrizione, quando i reati addebitati non siano ancora prescritti<sup>21</sup>.

Avendo invece ribadito la convinzione circa la natura integralmente sostanziale della prescrizione<sup>22</sup>, la Corte costituzionale avrebbe do-

---

<sup>20</sup> Cfr. G. MARINUCCI, E. DOLCINI, G.L. GATTA, *Manuale di diritto penale. Parte generale*, XI ed., 2022, p. 136 ss., secondo cui l'applicazione retroattiva della legge che sancisce l'allungamento dei termini non urterebbe con la *ratio* di garanzia del principio, "che è quella di soddisfare l'aspettativa del cittadino di sapere preventivamente se e in quale misura potrà essere punito, e non già di fargli sapere per quanto tempo dovrà stare nascosto dopo aver commesso il fatto, per poter poi tornare tranquillamente alla vita di tutti i giorni". A favore dell'applicazione retroattiva dell'art. 83 co. 4 d.l. 18/2020 cfr. anche R. BARTOLI, *Con una finta la Consulta aggira il problema della irretroattività/retroattività della sospensione della prescrizione connessa al Covid*, cit., p. 9., il quale ritiene che le cause di sospensione della prescrizione (a differenza delle cause interruttrive) "non attengono propriamente alla prescrizione, ma ad aspetti e profili processuali che condizionano la prescrizione". Nello stesso senso anche G. DE FRANCESCO, *Emergenza sanitaria e categorie penalistiche: nel segno del 'principio di realtà*, in *Riv. it. med. leg.*, 2, 2020, p. 994, che valuta come "ragionevolmente ammissibile" la possibilità di applicare retroattivamente la disciplina sospensiva, "ancorché destinata a prolungare i termini prescrizionali" e G.L. GATTA, "Lockdown" della giustizia penale, *sospensione della prescrizione del reato e principio di irretroattività: un cortocircuito*, cit., il quale si interroga sull'opportunità di rivalutare la correttezza della soluzione che inquadra la l'interruzione e la sospensione della prescrizione del reato quali istituti soggetti al principio di irretroattività.

<sup>21</sup> Cfr. Corte Edu, Coëme e altri c. Belgio, 2000, § 149.

<sup>22</sup> Osserva che non sarebbe stato agevole per la Corte costituzionale operare una rivisitazione della propria giurisprudenza sulla natura della prescrizione del

vuto, a nostro avviso più coerentemente, riconoscere che l'applicazione della norma comportava una violazione del principio di irretroattività e avrebbe dovuto dunque dichiarare l'illegittimità della disposizione emergenziale: la posta in gioco, infatti, è troppo alta per far sorgere il dubbio (come in effetti è sorto<sup>23</sup>) di un surrettizio aggiramento del principio di irretroattività sfavorevole in materia penale e ciò anche a costo di pervenire ad una soluzione non del tutto soddisfacente come quella della prescrizione dei reati a causa della sospensione dei procedimenti.

La vicenda è assai rilevante ai nostri fini, perché consente di toccare con mano quanto possa essere difficile mantenere saldo il dogma dell'inderogabilità di un principio in situazioni di emergenza, nelle quali un'applicazione flessibile dei principi rappresenta la chiave per contemperare in modo soddisfacente i vari interessi in campo.

### **2.1. Irretroattività in peius delle sanzioni amministrative punitive in situazioni di emergenza**

Riconosciuto che il principio di irretroattività delle norme sfavorevoli non può essere derogato nemmeno in situazioni di emergenza, rimane da chiedersi se a questa conclusione debba arriversi in relazione alla materia penale in senso ampio, dunque anche in relazione a disposizioni che si riferiscono ad illeciti punitivi di natura amministrativa.

Per rispondere a tale domanda occorre preliminarmente precisare

---

reato "a così breve distanza dal caso Taricco" G.L. GATTA, *Il corso della giustizia e il corso della prescrizione del reato durante l'emergenza Covid-19*, in *Sist. pen.*, 2 novembre 2020. Nello stesso senso anche N. MADIA, *Dubbi di costituzionalità in materia di sospensione della prescrizione prevista dalla legislazione anti Covid-19. Commento – tra luci ed ombre anche sul modus procedendi – alla sentenza della III sezione penale della Cassazione che ha dichiarato manifestamente infondata la questione*, in *Giur. pen. web*, 7-8, 2020.

<sup>23</sup> La percezione che la Corte costituzionale nella sentenza 278/2020 abbia nella sostanza aggirato il principio di irretroattività è stata avvertita da diversi Autori in dottrina. Cfr., ad esempio, D. CANALE, *Fatti extra ordinem*, cit., il quale parla di "un aggiramento di fatto del principio di irretroattività in *malam partem*". Nello stesso senso R. BARTOLI, *Con una finta la Consulta aggira il problema della irretroattività/retroattività della sospensione della prescrizione connessa al Covid*, cit.; G.M. FLICK, *Emergenza e sospensione della prescrizione*, cit.; N. MADIA, *La Corte costituzionale salva la disciplina in materia di sospensione della prescrizione*, cit.; O. MAZZA, *La Corte, la prescrizione e la fallacia del risultato utile*, in *Arch. pen.*, 3, 2020.

che, secondo quello che deve oramai considerarsi un punto di approdo pacifico (anche se relativamente recente)<sup>24</sup> nella giurisprudenza costituzionale, il principio di irretroattività *in peius* deve ritenersi costituzionalizzato anche per le sanzioni amministrative punitive. A questa conclusione la Corte costituzionale è pervenuta allineandosi all'elaborazione giurisprudenziale della Corte di Strasburgo sull'art. 7 Cedu<sup>25</sup> ed osservando, in particolare, che “anche rispetto alle sanzioni amministrative a carattere punitivo si impone (...) la medesima esigenza, di cui tradizionalmente si fa carico il sistema penale in senso stretto, di non sorprendere la persona con una sanzione non prevedibile al momento della commissione del fatto”<sup>26</sup>. Quanto alle fonti, sempre dalla giurisprudenza costituzionale si ricava che il principio dell'irretroattività *in peius* degli illeciti amministrativi a carattere punitivo – che a livello legislativo trova affermazione nell'art. 1 l. 689/1981 – oltre a desumersi dall'art. 117 Cost., in quanto parametro interposto rispetto alla giurisprudenza europea in relazione all'art. 7 Cedu, si fonda già sull'art. 25 co. 2 Cost., “il quale, data l'ampiezza della sua formulazione ('Nessuno può essere punito...'), può essere interpretato nel senso che ogni intervento sanzionatorio, il quale non abbia prevalentemente la funzione di prevenzione criminale (...), è applicabile soltanto se la legge che lo prevede risulti già vigente al momento della commissione del fatto sanzionato”<sup>27</sup>.

Ciò premesso, resta allora da chiedersi se il principio dell'irretroattività *in peius* conservi anche nella materia del diritto amministrativo punitivo quella ‘assoluta inderogabilità’ che, come si è dimostrato, lo caratterizza in relazione al diritto penale *stricto sensu* o se

<sup>24</sup> Osserva L. MASERA, *La nozione costituzionale di materia penale*, 2018, p. 8, che, a parte un isolato precedente del 1967, è solo con l'ordinanza 97/2009 – nella quale si discute della legittimità di applicare anche a fatti commessi prima della sua entrata in vigore una nuova ipotesi di confisca per equivalente per i reati tributari – che la Corte costituzionale si pone il problema dell'estensibilità del principio di irretroattività *in peius* al di fuori del diritto penale in senso stretto.

<sup>25</sup> Il concetto è espresso molto limpidamente in Corte cost., sent. 4 giugno 2010, n. 196 e poi più volte ribadito nella giurisprudenza successiva. Cfr. F. VIGANÒ, *Il nullum crimen conteso: legalità 'costituzionale' vs. legalità 'convenzionale'?*, in *Dir. pen. cont.*, 5 aprile 2017, p. 6 ss.

<sup>26</sup> Corte cost., 5 dicembre 2018, n. 223, in *Dir. pen. cont.*, 13 dicembre 2018, con nota di G.L. GATTA, *Non sempre 'depenalizzazione' equivale a 'mitigazione'. La corte costituzionale sull'irretroattività delle sanzioni amministrative 'punitive' più sfavorevoli di quelle penali (a proposito della confisca per equivalente per l'insider trading secondario)*.

<sup>27</sup> Corte cost., 4 giugno 2010, n. 196.

invece sia possibile derogarvi in situazioni di emergenza: una domanda che ci si può porre in considerazione del fatto che, come si è già altrove avuto modo di chiarire, le garanzie penalistiche sono ‘graduabili’, non dovendo necessariamente essere applicate in tutto il loro rigore in relazione ad illeciti che si collochino al di fuori del nucleo del diritto penale<sup>28</sup>.

A noi pare, tuttavia, che il carattere dell’inderogabilità non debba venir meno, posto che – come è stato condivisibilmente osservato – non vi è ragione per la quale il principio di civiltà che sta alla base del principio dell’irretroattività *in peius* debba conoscere cedimenti a causa della natura amministrativa della punizione<sup>29</sup>. In questo senso pare del resto essersi orientato il nostro legislatore in occasione della emergenza sanitaria, il quale ha dimostrato di prestare ossequio al principio dell’irretroattività anche in relazione agli illeciti punitivi amministrativi. Il riferimento è all’art. 4 co. 8 d.l. 19/2020 con il quale si è operata la depenalizzazione<sup>30</sup> dell’illecito previsto nell’art. 3 co. 4 d.l. 6/2020 per la violazione delle misure di contenimento del contagio: il legislatore, stabilendo che le nuove sanzioni amministrative potevano applicarsi alle violazioni commesse prima dell’entrata in vigore della nuova disciplina, ha previsto che in tali casi queste dovessero essere applicate “nella misura minima ridotta alla metà”.

Per comprendere il senso di tale disposizione occorre considerare che è prassi del legislatore, quando opera una depenalizzazione, introdurre una norma transitoria con cui si dispone l’applicabilità delle nuove sanzioni amministrative ai fatti commessi prima dell’entrata in

---

<sup>28</sup> Per un’affermazione di questo tenore nella giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell’uomo, cfr. Corte Edu, Grande camera, Jussila c. Finlandia, 2006. In dottrina F. VIGANÒ, *Il nullum crimen conteso: legalità ‘costituzionale’ vs. legalità ‘convenzionale’?*, cit., p. 21. ss. Nello stesso senso cfr. V. MANES, *Profili e confini dell’illecito para-penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2017, p. 988 ss.; L. MASERA, *La nozione costituzionale di materia penale*, cit.; F. MAZZACUVA, *Le pene nascoste. Topografia delle sanzioni punitive e modulazione dello statuto garantistico*, 2017.

<sup>29</sup> Cfr. L. MASERA, *La nozione costituzionale di materia penale*, cit., p. 241, il quale arriva a sostenere la tesi dell’estensibilità della garanzia dell’irretroattività ex art. 25 co. 2 Cost. a tutte le misure afflittive derivanti dalla commissione di un fatto illecito, anche se prive di natura punitiva.

<sup>30</sup> 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 *Sist. pen.*, 26 marzo 2020, parla di depenalizzazione ‘impropria’, riferendosi al fatto che “non si è trasformato un reato in illecito amministrativo, ma si è abolito un reato e si sono introdotte, in sostituzione, un illecito amministrativo e una contravvenzione configurati in modo diverso rispetto all’originaria contravvenzione”.

vigore della legge. Tale norma serve per evitare il vuoto di tutela che si creerebbe in relazione ai fatti commessi prima dell'intervento di depenalizzazione e non ancora giudicati in via definitiva: fatti ai quali le 'vecchie' pene non potrebbero più essere applicate, essendo intervenuta per effetto della depenalizzazione un'*abolitio criminis* ai sensi dell'art. 2 co. 2 c.p., e ai quali le 'nuove' sanzioni amministrative non potrebbero parimenti essere applicate in virtù del disposto dall'art. 1 l. 689/81, che vieta l'applicazione retroattiva delle sanzioni amministrative<sup>31</sup>. La norma transitoria ha pertanto la funzione di derogare all'art. 1 l. 689/81 e consentire la retroattività delle nuove sanzioni amministrative ai fatti commessi prima della depenalizzazione.

Tuttavia, la possibilità di derogare al principio di irretroattività delle sanzioni amministrative punitive con una norma di legge, in ipotesi di modifiche *in peius*, è diventata problematica nel momento in cui la giurisprudenza costituzionale ha chiarito che il principio della irretroattività *in peius* deve ritenersi coperto dalla garanzia costituzionale di cui all'art. 25 co. 2 Cost.: è chiaro, infatti, che una norma transitoria che imponesse di applicare retroattivamente le nuove sanzioni amministrative punitive, quando comportassero un trattamento più sfavorevole, sarebbe da considerarsi illegittima<sup>32</sup>. La retroattività delle sanzioni amministrative, in relazione a fatti depenalizzati, è ora possibile, senza incorrere in censure da parte della Corte costituzionale, solo laddove la loro applicazione non determini un trattamento più sfavorevole di quello precedente<sup>33</sup>.

---

<sup>31</sup> Secondo quanto previsto dall'art. 1 l. 689/1981 "Nessuno può essere assoggettato a sanzioni amministrative se non in forza di una legge che sia entrata in vigore prima della commissione della violazione".

<sup>32</sup> F. VIGANÒ, *Una nuova pronuncia della consulta sull'irretroattività delle sanzioni amministrative*, in *Dir. pen. cont.*, 5, 2017.

<sup>33</sup> Una tale conclusione poggia su due implicite premesse. La prima è che, con l'intervento di depenalizzazione, si dà vita ad un fenomeno assimilabile a quello della successione di leggi penali regolato dall'art. 2 co. 4 c.p. (in questo senso cfr. G.L. GATTA, *Non sempre 'depenalizzazione' equivale a 'mitigazione'*); la seconda è che "la presunzione di maggior favore del trattamento sanzionatorio amministrativo rispetto al previgente trattamento sanzionatorio penale nell'ipotesi di depenalizzazione di un fatto precedentemente costitutivo di reato non può che intendersi, oggi, come meramente relativa, dovendosi sempre lasciare spazio alla possibilità di dimostrare, caso per caso, che il nuovo trattamento sanzionatorio amministrativo previsto dalla legge di depenalizzazione risulti in concreto più gravoso di quello previgente" (così Corte cost., sent. 223/2018, cit.). È vero, infatti, che "la sanzione penale si caratterizza sempre per la sua incidenza, attuale o potenziale, sul bene della libertà personale (la stessa pena pecuniaria potendo essere convertita, in caso di mancata esecuzione, in sanzioni limitative della libertà personale stessa), incidenza che è, invece, sempre esclusa per la sanzione amministrativa

Di tali approdi della giurisprudenza costituzionale ha tenuto conto il legislatore pandemico nel momento in cui, nell'art. 4 co. 8 d.l. 19/2020, ha previsto che ai fatti depenalizzati possono essere applicate le nuove sanzioni amministrative, ma “nella misura minima ridotta alla metà”<sup>34</sup>: con ciò dimostrando di ritenere inderogabile, anche in situazioni di emergenza, il dogma dell'irretroattività *in peius* per le sanzioni punitive anche non penali.

Quanto al novero delle sanzioni amministrative che possono retroagire, tale possibilità deve ritenersi circoscritta a quelle sole che si sostituiscono alle precedenti sanzioni penali. In questo modo deve dunque essere interpretato l'art. 4 co. 8 d.l. 19/2020: benché la formulazione della disposizione risulti ambigua sotto questo profilo, è da ritenere – in conformità al principio ora affermato – che l'applicazione retroattiva delle sanzioni amministrative non si riferisca ai profili del trattamento sanzionatorio che sono stati introdotti *ex novo* con il decreto 19/2020, ossia l'aggravante della reiterazione delle violazioni (prevista nel co. 5 dell'art. 4) o l'aggravante consistente nell'essersi avvalso dell'utilizzo di un veicolo (prevista nel co. 1 dell'art. 4)<sup>35</sup>.

### ***3. Sul principio di retroattività della lex mitior e sulla sua derogabilità nel contesto dell'emergenza sanitaria***

Un altro profilo di cui il legislatore deve tenere conto nel prevedere illeciti presidiati da sanzioni punitive ai fini del contenimento del contagio in un contesto di emergenza sanitaria è la natura ecceziona-

---

(...). E vero è, altresì, che la pena possiede un connotato speciale di stigmatizzazione, sul piano etico-sociale, del comportamento illecito, che difetta alla sanzione amministrativa. Cionondimeno, l'impatto della sanzione amministrativa sui diritti fondamentali della persona non può essere sottovalutato”, potendo caratterizzarsi per una “elevatissima carica afflittiva” (ancora Corte cost. 223/2018).

<sup>34</sup> Considerato che il minimo della sanzione amministrativa introdotta dal decreto 19 del 2020 è di 400 euro, e che la metà equivale quindi a 200 euro, la somma risulta inferiore al massimo della pena pecuniaria prevista dall'art. 650 c.p. (ammenda fino a euro 206), che era come si ricorderà la disposizione richiamata *quoad poenam* per stabilire il trattamento sanzionatorio per la violazione delle misure di contenimento ai sensi dell'art. 3 co. 4 d.l. 6/2020.

<sup>35</sup> Quanto invece alla sanzione accessoria della chiusura dell'esercizio o dell'attività prevista, per specifiche violazioni, a carico dei gestori di pubblici esercizi o di attività commerciali, essa è stata introdotta nell'ordinamento (novellando il d.l. 23 febbraio 2020, n. 6) con il d.l. 9 marzo 2020, n. 14, quindi essa potrà essere applicata per i fatti commessi successivamente all'entrata in vigore di tale decreto.

le delle norme che vengono in considerazione, da cui discende la sottoposizione alla particolare disciplina prevista dall'art. 2 co. 5 c.p.

Come noto, tale disposizione contiene una deroga al principio della retroattività della legge penale più favorevole, stabilendo che il principio non operi qualora la legge che introduca il trattamento di sfavore abbia natura eccezionale o temporanea, e ciò sia nel caso in cui la legge successiva operi un'*abolitio criminis*, sia nel caso in cui introduca una modifica *in bonam partem*<sup>36</sup>. Da ciò discende che le norme temporanee ed eccezionali continuano ad essere applicabili ai fatti commessi durante la loro vigenza anche dopo che non siano più in vigore (o perché è scaduto il termine finale di durata o perché è venuta meno la situazione eccezionale che aveva giustificato la disciplina)<sup>37</sup>.

Ora, non è dubbio che le leggi che prevedono illeciti punitivi volti al contenimento del contagio in una situazione di emergenza sanitaria abbiano carattere eccezionale (in quanto emanate per fronteggiare situazioni di carattere straordinario) e a volte anche temporaneo (in quanto sia fissata una data precisa come termine finale della loro vigenza): se si considera la legislazione emergenziale di contrasto alla pandemia di Covid-19, a volte la vigenza delle disposizioni è stata ancorata al "termine dello stato di emergenza"<sup>38</sup>, altre invece ad una data iniziale e finale<sup>39</sup>.

Ciò premesso, le questioni su cui si impone una riflessione sono due: la prima riguarda l'estensibilità di una disciplina analoga a quella contenuta nell'art. 2 co. 5 c.p. anche alle sanzioni amministrative punitive; la seconda è invece una riflessione sulla ragionevolezza dell'applicazione

---

<sup>36</sup> Che la disposizione si applichi anche nell'ipotesi in cui la norma eccezionale o temporanea contenga una disciplina più favorevole è conclusione sostanzialmente pacifica. Tra gli altri cfr. F. MANTOVANI, *Diritto penale*, cit., p. 92; A. PAGLIARO, *Principi di diritto penale. Parte generale*, IX ed., 2020, p. 153.

<sup>37</sup> Secondo parte della dottrina, l'art. 2 co. 5 c.p. regolerebbe solamente la successione tra norme eccezionali/temporanee e norme ordinarie e non l'ipotesi di successione tra norme eccezionali o tra norme temporanee, che è governata invece, dalla disciplina ordinaria della successione di leggi penali e quindi dal principio della irretroattività *in malam partem* e della retroattività della *lex mitior*. In questo senso, ad esempio, D. PULITANO, *Diritto penale*, 2021, IX ed., p. 550. Per l'affermazione di tale principio in giurisprudenza cfr. Cass. 1 luglio 2008, n. 26316. *Contra*, nel senso cioè che la disciplina contenuta nell'art. 2 co. 5 è applicabile anche alla successione tra loro di leggi temporanee o eccezionali aventi la medesima ratio, cfr. A. PAGLIARO, *Principi di diritto penale. Parte generale*, cit., p. 153.

<sup>38</sup> Art. 1 d.l. 25 marzo 2020, n. 19, conv. l. 22 maggio 2020, n. 35.

<sup>39</sup> Art. 3 d.l. 16 maggio 2020, n. 33, conv. l. 14 luglio 2020, n. 74.

cabilità di tale disciplina derogatoria ad illeciti punitivi con le caratteristiche di quelli emanati in un contesto di emergenza sanitaria.

Per meglio ragionare su tali questioni, pare opportuno chiarire, in estrema sintesi, quale sia il fondamento e la *ratio* del principio di retroattività *in mitius*. Come limpidamente precisa la Corte costituzionale nella sentenza 63 del 2019, la *ratio* di tale garanzia risiede “nel diritto dell’autore del reato a essere giudicato, e se del caso punito, in base all’apprezzamento attuale dell’ordinamento relativo al disvalore del fatto da lui realizzato, anziché in base all’apprezzamento sotteso alla legge in vigore al momento della sua commissione”<sup>40</sup>.

Quanto alla fonte, potrà essere utile ricordare che, sempre secondo gli insegnamenti della giurisprudenza costituzionale, il principio della retroattività della *lex mitior* – affermato, come noto, per le norme penali, a livello legislativo, dai commi 2, 3 e 4 dell’art. 2 c.p. – trova il suo fondamento tanto nell’elaborazione giurisprudenziale della Corte di Strasburgo relativa all’art. 7 Cedu, quanto nell’art. 3 Cost., in quanto espressione di un’esigenza di ragionevolezza: come ha osservato la Corte costituzionale, il principio della retroattività *in mitius* infatti consente di evitare le conseguenze irragionevoli che deriverebbero dal continuare a punire (o punire più gravemente) una persona per un fatto che, secondo la legge posteriore, chiunque altro può impunemente commettere (o per il quale è prevista una pena più lieve)<sup>41</sup>.

Proprio la riconduzione del principio all’alveo dell’art. 3 Cost., e la sua estraneità alla logica dell’art. 25 co. 2 Cost., spiega la sua derogabilità: a differenza del principio di irretroattività *in peius*, che costituisce un «valore assoluto e inderogabile», tale principio «è suscettibile di limitazioni e deroghe legittime sul piano costituzionale» qualora esse siano necessarie per garantire la tutela di contro-interessi rilevanti e siano comunque conformi al canone costituzionale di eguaglianza/ragionevolezza<sup>42</sup>.

Un esempio di una deroga al principio di retroattività *in melius*, che risponde ai canoni costituzionali di eguaglianza/ragionevolezza è

---

<sup>40</sup> Corte cost., 21 marzo 2019, n. 63, con nota di M. SCOLETTA, *Retroattività favorevole e sanzioni amministrative punitive: la svolta, finalmente, della Corte costituzionale*, in *Dir. pen. cont.*, 2 aprile 2019.

<sup>41</sup> In questi termini Corte cost., 22 luglio 2011, n. 236. Nella manualistica, G. FIANDACA, E. MUSCO, *Diritto penale. Parte generale*, VIII ed., 2019, p. 105 ss.; T. PADOVANI, *Diritto penale*, XII ed. 2019, p. 57 ss.; A. PAGLIARO, *Principi di diritto penale. Parte generale*, cit., p. 132 ss.

<sup>42</sup> In questo senso, v., da ultimo, Corte cost., 20 febbraio 2019, n. 63, cit.

proprio rappresentato dalla disciplina delle leggi eccezionali e temporanee codificata nell'art. 2 co. 5 c.p. La ragionevolezza della deroga, e dunque dell'ultrattività di disposizioni eccezionali e temporanee meno favorevoli, si coglie considerando che esse hanno cessato di essere vigenti non perché sia mutata la valutazione politico-criminale dei fatti in esse previsti da parte del legislatore, ma perché è venuta meno la situazione che giustificava quella disciplina<sup>43</sup>.

Oltre a ciò, a sostegno dell'ultrattività delle norme eccezionali e temporanee, vi sono anche ragioni legate alla necessità di salvaguardarne l'efficacia general-preventiva: una tale efficacia sarebbe evidentemente compromessa, se il destinatario delle norme eccezionali o temporanee potesse fare affidamento sulla disapplicazione della disciplina in esse contenuta allo scadere del periodo di vigenza<sup>44</sup>.

### *3.1. L'applicabilità della disciplina relativa all'ultrattività delle leggi eccezionali/temporanee anche alle sanzioni amministrative punitive*

La questione relativa all'applicabilità anche agli illeciti punitivi di natura amministrativa della disciplina contenuta all'art. 2 co. 5 c.p. rileva perché, come l'esperienza della recente emergenza sanitaria ha dimostrato, l'intervento punitivo finalizzato al contenimento del contagio a tutela della salute pubblica può realizzarsi tanto con sanzioni penali, quanto con sanzioni punitive di natura amministrativa.

Nel caso della recente crisi sanitaria, l'unico illecito penale introdotto con la legislazione emergenziale è la contravvenzione della violazione della quarantena del positivo: in relazione a questa ipotesi, in realtà, non si è posto un problema di applicazione dell'art. 2 co. 5 perché, come si è già avuto modo di osservare, il d.l. 24 marzo 2022, n. 24, nel dichiarare la cessazione dello stato di emergenza, ha introdotto una contravvenzione che, salvo la diversa denominazione del provvedimento disposto dall'autorità sanitaria ('isolamento' al posto di 'quarantena'), riproduce esattamente il contenuto di quella contenuta nella legislazione emergenziale<sup>45</sup>.

---

<sup>43</sup> Cfr. G. DE VERO, *Corso di diritto penale*, 2020, p. 315; G.L. GATTA, *Abolition criminis e successione di norme «integratrici»: teoria e prassi*, 2008, p. 133.

<sup>44</sup> Cfr. G. FIANDACA, E. MUSCO, *Diritto penale. Parte generale*, cit., p. 112; T. PADOVANI, *Diritto penale*, cit., p. 53.

<sup>45</sup> Dispone l'art. 10 *ter* co. 1 d.l. 24 marzo 2022, n. 24 che "a decorrere dal 1° aprile 2022 è fatto divieto di mobilità dalla propria abitazione o dimora alle per-

Il problema dell'ultrattività delle sanzioni punitive in quanto previste in norme eccezionali/temporanee si pone dunque, nel caso della legislazione emergenziale pandemica, solo per le sanzioni di natura amministrativa.

Per rispondere alla domanda circa l'applicabilità dell'art. 2 co. 5 c.p. alle sanzioni amministrative punitive, occorre fare un passo indietro e domandarsi innanzitutto se il principio della retroattività *in mitius* (di cui l'art. 2 co. 5 costituisce una deroga) si estenda anche a sanzioni amministrative che abbiano natura e finalità punitiva. A tale domanda la giurisprudenza costituzionale ha dato risposta positiva: è in particolare con la sentenza n. 63 del 2019 che la Corte fa chiarezza su questo punto, affermando che "il principio di retroattività della *lex mitior* in materia di sanzioni amministrative aventi natura e funzione 'punitiva' (...) 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"<sup>46</sup>.

Assodato che il principio di retroattività della *lex mitior* si applica anche agli illeciti punitivi amministrativi, ci si deve chiedere ora se in relazione a questi ultimi operi anche la deroga al principio per il caso di leggi eccezionali e temporanee. Sul punto va innanzitutto considerato che la l. 24 novembre 1981, n. 689 che, come noto, disciplina in modo organico il sistema degli illeciti amministrativi, non contiene una norma equiparabile a quella che, per gli illeciti penali, è rappresentata dall'art. 2 co. 5 c.p. (e questo a differenza di altri ordinamenti, come ad esempio quello tedesco, ove, anche per gli illeciti amministrativi, è prevista una disposizione del tutto analoga a quella di cui all'art. 2 co. 5 del nostro codice penale<sup>47</sup>).

---

sone sottoposte alla misura dell'isolamento per provvedimento dell'autorità sanitaria in quanto risultate positive al SARS-CoV-2, fino all'accertamento della guarigione, salvo che per il ricovero in una struttura sanitaria o altra struttura allo scopo destinata".

<sup>46</sup> Corte cost., 21 marzo 2019, n. 63, cit.

<sup>47</sup> In particolare, il § 4 della legge sugli illeciti amministrativi (*Ordnungswidrigkeitengesetz*), dopo aver enunciato il principio della retroattività *in mitius* con una disposizione di tenore analogo al nostro art. 2 co. 4 c.p., disciplina

Il problema ovviamente si pone nel silenzio della legge, ossia quando manchi nella legislazione emergenziale una norma transitoria finalizzata a disciplinare l'eventuale ultrattività delle disposizioni in essa contenuta. Questo, in effetti, è quanto successo nella legislazione emergenziale emanata per il contrasto alla pandemia di Covid-19, ove il profilo dell'ultrattività delle norme eccezionali non è stato regolamentato<sup>48</sup> e ove dunque la risposta va trovata in via interpretativa.

La nostra opinione è che, in assenza di una disposizione espressa, l'efficacia ultrattiva delle disposizioni punitive di carattere eccezionale e temporaneo possa ricavarsi logicamente dall'estensione, affermata dalla giurisprudenza convenzionale, del principio di retroattività *in mitius* anche alle sanzioni punitive amministrative. La stessa Corte costituzionale, d'altra parte, nella sentenza 63 del 2019, nell'estendere il principio della retroattività *in mitius* alle sanzioni amministrative punitive, ha affermato che tale principio è applicabile "salvo che sussistano ragioni cogenti di tutela di contro-interessi 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"<sup>49</sup>.

---

espressamente l'ultrattività delle norme eccezionali o temporanee, prevedendo che, salvo che sia diversamente stabilito, la legge eccezionale o temporanea si applica agli atti commessi durante la sua vigenza, anche se ha cessato di essere in vigore (§4 (4): *Ein Gesetz, das nur für eine bestimmte Zeit gelten soll, ist auf Handlungen, die während seiner Geltung begangen sind, auch dann anzuwenden, wenn es außer Kraft getreten ist. Dies gilt nicht, soweit ein Gesetz etwas anderes bestimmt*).

<sup>48</sup> Non si fa cenno al profilo dell'ultrattività delle disposizioni emergenziali nel d.l. 24 marzo 2022, n. 24, conv. l. 19 maggio 2022, n. 52, ossia il decreto legge che si è occupato di garantire una 'uscita cauta' dall'emergenza: tale provvedimento si è limitato a prorogare la vigenza di alcune misure di contenimento per un certo periodo successivo alla cessazione dello stato di emergenza, stabilendo (all'art. 11 co. 2) che l'art. 4 del d.l. 19/2020 e le altre disposizioni della legislazione emergenziale che contengono le sanzioni per il caso di violazione delle misure di contenimento "continuano a trovare applicazione nei casi in cui disposizioni vigenti facciano ad essi espresso rinvio". Tale disposizione è, a dire il vero, ambigua, ma a nostro avviso essa si riferisce alle sanzioni da applicare alle violazioni delle misure di contenimento del contagio commesse dopo la fine dell'emergenza, per i casi in cui ne è stata appunto prolungata la vigenza, e non vale invece a disporre che quelle sanzioni non possono più essere applicate per i fatti commessi durante lo stato di emergenza.

<sup>49</sup> Corte cost., 21 marzo 2019, n. 63, cit.

### **3.2. Sulla ragionevolezza dell'ultrattività di sanzioni punitive, penali o amministrative, nel contesto dell'emergenza sanitaria**

Una volta assodato che, in astratto, anche in assenza di un'espresa regolamentazione legislativa, non ci sono ostacoli a ritenere che gli illeciti punitivi a carattere eccezionale o temporaneo, siano essi penali o amministrativi, godano di efficacia ultrattiva, rimane da risolvere un ultimo dubbio: se questa conclusione sia ragionevole in concreto, quando riferita cioè alle sanzioni previste nel contesto di un'emergenza sanitaria per punire la violazione delle misure di contenimento del contagio, oppure se non si debba in questa circostanza ritenere operante il principio di retroattività della *lex mitior* e concludere nel senso che, una volta cessata l'emergenza sanitaria, quelle sanzioni non siano più applicabili.

Il dubbio sorge per il fatto che, come abbiamo avuto modo di ribadire in più occasioni, gli illeciti punitivi creati per contrastare la diffusione del contagio in una situazione di emergenza sanitaria sanzionano condotte che, in tempi ordinari, sono l'espressione di diritti e libertà fondamentali della persona, come la libertà di uscire dal proprio domicilio e circolare sul territorio nazionale, la libertà di riunirsi con altre persone in un parco cittadino, così come nel proprio domicilio...

Il problema è delicato, perché se già, in linea generale, l'ultrattività di sanzioni punitive, una volta venuta meno la situazione che le giustifica, può essere percepita come ingiusta, tale percezione è amplificata in relazione agli illeciti in materia di contenimento del contagio, per il fatto che essi puniscono condotte che non solo, in una situazione di normalità, hanno perso qualsiasi disvalore, ma che sono anzi l'esercizio di diritti e libertà costituzionalmente tutelati.

Nel caso specifico della legislazione emergenziale per il contrasto della pandemia di Covid-19, il problema riguarda solo gli illeciti amministrativi, perché – come già evidenziato – l'unico illecito penale introdotto per contrastare la diffusione del contagio, ossia la contravvenzione della violazione della quarantena del positivo, ha perso il carattere di eccezionalità, essendo stato 'stabilizzato' nell'ordinamento dopo la cessazione dello stato di emergenza.

In relazione agli illeciti amministrativi punitivi, tuttavia, la questione è quanto mai attuale e discussa: ha senso – una volta cessato lo stato di emergenza e non essendo più attuale il pericolo di collasso del sistema sanitario a causa della circolazione del *virus* – punire chi, violando le restrizioni dettate nel periodo di *lockdown*, è uscito

senza avere un giustificato motivo per farlo? O chi ha circolato senza indossare la mascherina quando era obbligato a farlo? O chi, contravvenendo alle misure di contenimento in vigore, si è riunito nel proprio appartamento con familiari ed amici per festeggiare il proprio compleanno? O chi, ultracinquantenne o appartenente alle categorie di lavoratori obbligati a farlo, non ha adempiuto l'obbligo vaccinale?

Come si è evidenziato, la disciplina dell'ultrattività delle norme eccezionali e temporanee, e, più in generale, le deroghe al principio di retroattività della *lex mitior* possono considerarsi legittime in quanto siano finalizzate a tutelare altri contro-interessi e siano conformi al canone della ragionevolezza<sup>50</sup>: dunque è questo il metro di giudizio da utilizzare per risolvere la questione.

Nonostante che, come è stato scritto, “una normativa di favore potrebbe avere una sua plausibilità”<sup>51</sup>, riteniamo che anche, e anzi forse soprattutto, in un contesto di emergenza sanitaria si debba propendere per l'ultrattività degli illeciti punitivi posti a tutela della salute pubblica (sia che si tratti di reati, sia che si tratti di illeciti amministrativi). Innanzitutto, questa conclusione si giustifica considerando che il superamento dell'emergenza ha reso non più necessaria l'osservanza delle misure di contenimento del contagio, ma non ha modificato la valutazione politico-criminale della violazione di tali misure: il giudizio di disvalore dell'ordinamento per tali condotte, che in una situazione di pandemia generano un grave pericolo per la tenuta del sistema sanitario e quindi in ultima analisi per la salute pubblica, rimane intatto.

In secondo luogo, e forse questa è la considerazione dirimente, l'ultrattività delle sanzioni punitive deve essere garantita a salvaguardia dell'efficacia general-preventiva delle disposizioni eccezionali e temporanee, che sarebbe vanificata qualora si potesse contare sulla disapplicazione delle sanzioni punitive una volta cessato lo stato di emergenza: un'esigenza questa che si manifesta con particolare urgenza nei contesti di emergenza sanitaria, ove – come la recente pandemia ha consentito di toccare con mano – la tutela della salute pubblica viene a dipendere massimamente dall'osservanza generalizzata delle misure di contenimento. È dunque pensando al futuro, per non privare di efficacia general-preventiva le disposizioni che potrebbero

---

<sup>50</sup> Corte cost., 21 marzo 2019, n. 63, cit.

<sup>51</sup> R. BARTOLI, *Il diritto penale dell'emergenza “a contrasto del coronavirus”: problematiche e prospettive*, in *Sist. pen.*, 24 aprile 2020, p. 12.

essere emanate nel contesto di nuove emergenze sanitarie, che deve garantirsi l'applicabilità delle sanzioni anche dopo la cessazione della situazione eccezionale che le ha generate<sup>52</sup>.

#### ***4. Norme eccezionali e temporanee di favore: il regime temporale delle 'norme-scudo' in materia di responsabilità del personale sanitario nel contesto dell'emergenza***

Come la recente esperienza pandemica ha dimostrato, in un contesto di emergenza sanitaria il legislatore, oltre ad introdurre norme eccezionali o temporanee *in peius*, con le quali si prevedono nuovi illeciti punitivi o si aggrava il trattamento sanzionatorio di quelli esistenti, può sentire il bisogno di assecondare istanze di contrazione della responsabilità penale.

Con riferimento all'emergenza sanitaria da Covid-19, questo è avvenuto, in particolare, in relazione alla responsabilità del personale sanitario, che è stata interessata da alcune disposizioni di favore, finalizzate ad adeguare il rimprovero colposo alla straordinaria complessità del contesto pandemico<sup>53</sup>. Si è trattato, come si ricorderà, di due disposizioni contenute nel d.l. 1 aprile 2021, n. 44, conv. l. 28 maggio 2021, n. 76: l'art. 3, con cui si è esclusa la punibilità del personale medico e sanitario per i delitti di omicidio colposo e di lesioni personali colpose verificatisi a causa della somministrazione di un vaccino anti-Covid "*effettuata nel corso della campagna vaccinale straordinaria* in attuazione del piano di cui all'art. 1, comma 457, della legge 30 dicembre 2020, n. 178", allorché le vaccinazioni siano state effettuate in conformità alle indicazioni contenute nel provvedimento di autorizzazione all'immissione in commercio e alle circolari pubblicate nel sito internet del Ministero; l'art. 3 *bis*, in base al quale, "*durante lo stato di emergenza epidemiologica da Covid-19, dichiarato con delibera del Consiglio dei ministri del 31 gen-*

---

<sup>52</sup> Nel dibattito politico, la questione più controversa ha riguardato l'ultratimità delle sanzioni per l'inosservanza degli obblighi vaccinali: sul punto è intervenuta la 30 dicembre 2022, n. 199, di conversione del d.l. 31 ottobre 2022, n. 162, con cui si è prevista la sospensione delle attività e dei procedimenti di irrogazione delle relative sanzioni fino al 30 giugno 2023.

<sup>53</sup> Cfr. *supra*, cap. 2, par. 2.2 a cui si rinvia anche per i necessari riferimenti bibliografici.

naio 2020, e successive proroghe”, i fatti di cui agli artt. 589 e 590 c.p. commessi nell'esercizio di una professione sanitaria e che trovano causa nella situazione di emergenza sono punibili solo nei casi di colpa grave.

Come è evidente, le due disposizioni hanno natura eccezionale, in quanto destinate a trovare applicazione per fatti commessi in un particolare e circoscritto contesto: la campagna vaccinale straordinaria per quanto riguarda l'art. 3<sup>54</sup> e lo stato di emergenza sanitaria per quanto riguarda l'art. 3 *bis*<sup>55</sup>.

In primo luogo, si può osservare che, in quanto norme eccezionali di favore, esse operano con efficacia retroattiva ai sensi dell'art. 2 co. 4 c.p., potendosi applicare anche a fatti commessi prima dell'entrata in vigore della legge che le ha previste, purché tali fatti siano stati commessi nel periodo richiamato dalle disposizioni<sup>56</sup>. Così, considerando le norme eccezionali di favore introdotte nella legislazione pandemica, si può ritenere che l'art. 3 d.l. 44/2021 debba trovare applicazione anche rispetto a fatti commessi prima dell'entrata in vigore del decreto legge, purché relativi a somministrazioni effettuate nel corso della campagna vaccinale straordinaria, e che l'art. 3 *bis* debba trovare applicazione rispetto a fatti commessi prima dell'entrata in vigore della legge di conversione del decreto legge, purché posti in essere durante lo stato di emergenza sanitaria<sup>57</sup>.

Secondariamente, a differenza di quanto abbiamo osservato per gli illeciti punitivi, per queste disposizioni di carattere eccezionale o temporaneo non si pone un problema di ultrattività: in quanto norme più favorevoli rispetto alla disciplina ordinaria, la loro applicabilità ai

---

<sup>54</sup> Il piano strategico nazionale dei vaccini cui la norma fa riferimento è stato approvato con decreto del Ministero della salute del 12 marzo 2021, data che può quindi assumersi come termine di apertura della campagna vaccinale straordinaria.

<sup>55</sup> Lo stato di emergenza a cui fa riferimento la norma ha avuto inizio il 31 gennaio 2020 ed è terminato il 31 marzo 2022.

<sup>56</sup> Si è opportunamente precisato che ciò che rileva ai fini dell'applicazione della norma eccezionale è che in tale periodo ricada la condotta, ben potendo l'evento realizzarsi anche in un momento successivo. Cfr. sul punto C. CUPELLI, *Gestione dell'emergenza pandemica e rischio penale: una ragionevole soluzione di compromesso*, in *Sist. pen.*, 1 giugno 2021, il quale osserva che in questo senso è orientata la giurisprudenza della Cassazione (cfr. da ultimo Cass., Sez. un., 19 luglio 2018, n. 40986).

<sup>57</sup> Cfr. *Relazione dell'Ufficio del massimario della Corte di cassazione*, 35, 2021 (a cura di A. Natalini).

fatti commessi nella loro vigenza una volta cessata la situazione di emergenza è infatti assicurata dal principio di irretroattività *in peius*. Piuttosto, nei loro confronti, in quanto appunto norme eccezionali di favore, la disciplina contenuta nell'art. 2 co. 5 c.p. opera nel senso di escluderne l'applicazione retroattiva a fatti precedenti la loro entrata in vigore<sup>58</sup>.

---

<sup>58</sup> M. ROMANO, *Commentario sistematico del codice penale*, cit., p. 62.



## CAPITOLO 6

# PROPORZIONALITÀ ED OFFENSIVITÀ IN CONTESTI DI EMERGENZA SANITARIA

SOMMARIO. 1. I limiti costituzionali sull'*an* e sul contenuto delle scelte punitive. Una premessa sull'insussistenza di obblighi di incriminazione. – 2. La proporzionalità come criterio di sostenibilità costituzionale delle scelte punitive. – 2.1. La centralità del principio di proporzionalità nelle scelte punitive in materia di contenimento del contagio. – 2.2. Sulla possibile operatività della deroga *ex art. 15 Cedu* nel contesto dell'emergenza pandemica. – 2.3. La proporzionalità degli illeciti punitivi in materia di contenimento del contagio: considerazioni preliminari sull'oggetto del bilanciamento. – 2.4. La proporzionalità delle scelte punitive in contesti di emergenza sanitaria: i profili dell'idoneità, della necessità e della proporzionalità in senso stretto. – 2.4.1. Sulla idoneità delle misure di contenimento del contagio. – 2.4.1.1. Sulla idoneità degli obblighi vaccinali. – 2.4.2. Sulla necessità delle misure di contenimento del contagio. – 2.4.3. Sulla proporzionalità in senso stretto delle misure di contenimento del contagio. – 3. L'offensività come criterio di sostenibilità costituzionale delle scelte di penalizzazione. – 3.1. Considerazioni sulla meritevolezza di pena dei beni giuridici sottesi agli illeciti punitivi di contenimento del contagio. – 3.1.1. Scelte di criminalizzazione incompatibili con il principio di offensività: la violazione delle misure di contenimento del contagio come reato di disobbedienza e l'utilizzo strumentale del diritto penale. – 3.2. Il principio di offensività come criterio di controllo sulle tecniche di tutela penale: considerazioni generali. – 3.2.1. I possibili modelli di tutela: il modello degli illeciti contravvenzionali di pericolo astratto. – 3.2.2. Il modello del delitto di pericolo concreto 'a forma libera'. – 3.2.3. Il modello del delitto di 'pericolo qualificato a forma vincolata'.

### *1. I limiti costituzionali sull'an e sul contenuto delle scelte punitive. Una premessa sull'insussistenza di obblighi di incriminazione*

Dopo esserci occupati dei principi 'formali' che vincolano il legislatore sul piano delle fonti e delle modalità di formulazione dei pre-

cetti, nonché sul piano dell'efficacia nel tempo delle norme, si tratta ora di interrogarsi, andando così al cuore della nostra indagine, sui principi che vincolano il legislatore in relazione all'*an* e al *quomodo* delle scelte punitive.

In questa ottica vengono in considerazione il principio di proporzionalità ed il principio di offensività. Nel parlare di principio di proporzionalità, intendiamo fare riferimento alla proporzionalità delle scelte punitive rispetto agli scopi di tutela perseguiti dal legislatore: un principio che conduce a negare legittimità tanto alle misure restrittive che si rivelino inidonee o non necessarie rispetto agli obiettivi di tutela perseguiti, quanto a quelle che, seppur idonee e necessarie, non realizzino un ragionevole bilanciamento dei valori in gioco<sup>1</sup>.

Onde evitare fraintendimenti è bene chiarire sin d'ora che la proporzionalità, nell'accezione qui utilizzata, non ha nulla a che fare con il principio della proporzione sanzionatoria tra la gravità del fatto e la misura della pena<sup>2</sup>: come è stato ben evidenziato, i due giudizi divergono in modo radicale, posto che il primo è orientato al futuro, mettendo in relazione la proporzionalità con le finalità perseguite dal legislatore, mentre il secondo guarda al passato, valutando la proporzionalità della pena rispetto alla gravità del fatto commesso<sup>3</sup>.

Tanto il principio di proporzionalità (nell'accezione specificata), quanto il principio di offensività operano su di un terreno assai delicato – quello, come si è detto, relativo all'*an* e al *quomodo* della punizione –, dove si esprime in massima misura la discrezionalità del decisore politico: proprio per questa ragione entrambi operano 'in ne-

---

<sup>1</sup> Per una recente e persuasiva dimostrazione della capacità del principio di proporzionalità di svolgere una funzione di controllo sulle scelte di criminalizzazione compiute dal legislatore cfr. N. RECCHIA, *Il principio di proporzionalità nel diritto penale*, 2020.

<sup>2</sup> Sul principio di proporzionalità della pena cfr. da ultimo, per tutti, F. VIGANÒ, *La proporzionalità della pena. Profili di diritto penale e costituzionale*, 2021.

<sup>3</sup> Cfr. sul punto, sostanzialmente negli stessi termini, N. RECCHIA, *Il principio di proporzionalità nel diritto penale*, cit., p. 240 ss. e F. VIGANÒ, *La proporzionalità della pena*, cit. it., p. 117 ss. Che i due principi, pur nell'identità della denominazione, esprimano due esigenze molto diverse tra loro trova conferma nel fatto che nella Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea ad essi è riconosciuto un fondamento normativo differente: il principio di proporzione sanzionatoria è infatti previsto nell'art. 49, nell'ambito dei diritti in materia di giustizia, mentre il principio di proporzionalità/bilanciamento è collocato nell'ambito delle disposizioni generali, nel capo finale della Carta, all'art. 52. Così N. RECCHIA, *Giudizio di proporzionalità e principi penalistici: identità, complementarietà o alternatività?*, in G. DODARO, E. MANCUSO (a cura di), *Uguaglianza, proporzionalità e solidarietà nel costituzionalismo penale contemporaneo*, 2018, p. 102.

gativo', indicando al legislatore quali scelte gli sono precluse. Nella prospettiva di un legislatore razionale, possiamo ritenere che essi operino in successione: dapprima, sulla base del principio di proporzionalità, si individua l'area delle scelte punitive legittime, in quanto realizzino un sacrificio non eccessivo dei diritti e delle libertà individuali rispetto agli obiettivi di tutela perseguiti dal legislatore. Entro lo spazio così individuato, opera poi il principio di offensività, che delimita i casi in cui può farsi ricorso alla pena o alla sanzione amministrativa punitiva e opera come criterio di controllo sulle tecniche di tutela che possono essere impiegate.

Va sottolineato che i due principi godono di diversa fortuna. Il principio di proporzionalità, infatti, è stato tradotto in uno schema argomentativo di grande successo, che è stato in grado di renderlo operativo, di farne cioè un principio 'giustiziabile' e pertanto in grado di vincolare il legislatore: lo dimostra il fatto che esso è in uso nella giurisprudenza costituzionale di moltissimi ordinamenti, nonché nella giurisprudenza delle due Corti europee e che sta cominciando ora ad affermarsi anche nella nostra giurisprudenza costituzionale<sup>4</sup>.

Il secondo, invece, pur essendo stato oggetto di una poderosa e classica elaborazione da parte della dottrina penalistica, che ha riposto in esso grandi aspettative circa la sua capacità di guidare il legislatore nella costruzione di un diritto penale dal volto costituzionale<sup>5</sup>, fatica

---

<sup>4</sup> Solo di recente la nostra Corte costituzionale ha adottato lo schema di giudizio fondato sul principio di proporzionalità. La prima sentenza nella quale la Corte ha fatto espresso riferimento al *balancing test* è Corte cost., 13 gennaio 2014, n. 1, ove definisce il senso e la struttura di tale giudizio, spiegando che: "in ambiti connotati da un'ampia discrezionalità legislativa (...) siffatto scrutinio impone di verificare che il bilanciamento degli interessi costituzionalmente rilevanti non sia stato realizzato con modalità tali da determinare il sacrificio o la compressione di uno di essi in misura eccessiva e pertanto incompatibile con il dettato costituzionale (...). Il test di proporzionalità utilizzato da questa Corte come da molte delle giurisdizioni costituzionali europee, spesso insieme con quello di ragionevolezza, ed essenziale strumento della Corte di giustizia dell'Unione europea per il controllo giurisdizionale di legittimità degli atti dell'Unione e degli Stati membri, richiede di valutare se la norma oggetto di scrutinio, con la misura e le modalità di applicazione stabilite, sia necessaria e idonea al conseguimento di obiettivi legittimamente perseguiti, in quanto, tra più misure appropriate, prescriva quella meno restrittiva dei diritti a confronto e stabilisca oneri non sproporzionati rispetto al perseguimento di detti obiettivi". Nella giurisprudenza successiva, tra le sentenze che si richiamano a tale schema di giudizio cfr. Corte cost. 162/2014; 23 e 272/2015, 137/2018; 20/2019.

<sup>5</sup> Per un'efficace ricostruzione delle aspirazioni di cui è stato caricato il principio di offensività, culminato nella teoria costituzionalmente orientata del bene

ad affermarsi nella realtà come limite vincolante alla discrezionalità legislativa e come principio giustiziabile da parte della Corte costituzionale: coglie nel segno, dunque, chi parla di un principio “tanto urgente quanto da sempre in attesa di realizzazione”<sup>6</sup>.

Prima di vedere ‘sul campo’ come potrebbero operare tali principi nella materia del contenimento del contagio, occorre rispondere ad una domanda preliminare: se cioè, in una situazione di emergenza sanitaria, lo Stato abbia la possibilità di scegliere se utilizzare o meno il diritto penale o se invece – in considerazione del valore preminente dei beni giuridici in gioco, ossia la stessa vita e la salute dei membri della comunità – debba ritenersi sussistente un obbligo di incriminazione per garantire l’osservanza delle misure di contenimento del contagio. È evidente infatti che una risposta positiva a tale quesito renderebbe inutile ragionare sui criteri che devono guidare il legislatore nelle scelte punitive.

Alla domanda può darsi a nostro avviso una risposta negativa<sup>7</sup>. Innanzitutto, e senza incertezze, si possono escludere obblighi di criminalizzazione di fonte costituzionale, posto che – come la dottrina in modo sostanzialmente unanime riconosce – nel nostro ordinamento non trovano spazio obblighi impliciti di criminalizzazione, obblighi ulteriori cioè rispetto a quell’unico espressamente previsto dall’art. 13 co. 4 Cost., a tutela dei soggetti sottoposti a restrizioni di libertà<sup>8</sup>.

Quanto alla sussistenza di obblighi sovranazionali di tutela penale in questa materia<sup>9</sup>, possiamo osservare, per quanto riguarda il piano

---

giuridico di Franco Bricola, e del loro progressivo ridimensionamento cfr. V. MANES, *Il principio di offensività nel diritto penale*, 2005.

<sup>6</sup> M. DONINI, *Il principio di offensività. Dalla penalistica italiana ai programmi europei*, *Dir. pen. cont. Riv. trim.*, 4, 2013, p. 5.

<sup>7</sup> Nel senso dell’insussistenza di obblighi di incriminazione a tutela della salute collettiva nel contesto di un’emergenza sanitaria cfr. le riflessioni di Massimo Donini, Luciano Eusebi e Domenico Pulitanò in V. MILITELLO (a cura di), *Il dialogo Habermas-Günther riletto dalla cultura giuridica italiana. I penalisti: Vincenzo Militello intervista Massimo Donini, Luciano Eusebi e Domenico Pulitanò*, in *Giustizia insieme*, 18 luglio 2020.

<sup>8</sup> Cfr. G. MARINUCCI, E. DOLCINI, *Corso di diritto penale*, III ed., 2001, p. 512; C. PAONESSA, *Gli obblighi di tutela penale. La discrezionalità legislative nella cornice dei vincoli costituzionali e comunitari*, 2009, 98 ss.

<sup>9</sup> Nel senso che anche gli obblighi di incriminazione derivanti dal diritto dell’Unione europea e dal diritto internazionale devono comunque considerarsi, per effetto dell’art. 117 Cost., obblighi costituzionali di incriminazione, che hanno forza cogente per il legislatore italiano cfr. F. VIGANÒ, *L’arbitrio del non punire*.

del diritto comunitario, che il riconoscimento di obblighi di incriminazione da parte della Corte di giustizia è avvenuto in ipotesi circoscritte, relative alla materia della criminalità organizzata, delle frodi e della falsificazione dei nuovi mezzi di pagamento, nonché alla materia finanziaria; per quanto attiene più specificamente alla tutela dei diritti fondamentali, la dottrina tende ad escludere che dalla Carta europea dei diritti possa evincersi un generalizzato obbligo di penalizzazione a carico degli Stati membri<sup>10</sup>.

Sul piano convenzionale, la Corte europea dei diritti dell'uomo ha desunto in via interpretativa la sussistenza di obblighi di incriminazione a tutela della vita e di altri diritti fondamentali in ipotesi di offese arrecate intenzionalmente, spesso in relazione ad abusi da parte dei pubblici poteri<sup>11</sup>. In relazione a profili di tutela della salute collettiva, la Corte europea fa discendere dall'art. 2 Cedu obblighi di tutela penale in ipotesi molto circoscritte: allorché gravi carenze organizzative abbiano impedito al paziente di accedere a cure salvavita, a condizione che le autorità fossero consapevoli dei rischi e non avessero adottato le misure idonee per prevenirli<sup>12</sup>.

Alla luce di ciò, ci pare dunque di poter concludere nel senso della insussistenza *de jure condito* di obblighi di incriminazione nella materia del contenimento del contagio: il valore fondante della vita ed il rilievo primario della salute, come diritto dell'individuo ed interesse della collettività – pur rappresentando evidentemente beni meritevoli di pena – non vincolano il legislatore all'utilizzo del diritto penale,

---

Sugli obblighi di tutela penale dei diritti fondamentali, in *Studi in onore di Mario Romano*, vol. IV, 2011, p. 2651.

<sup>10</sup> Cfr. V. MILITELLO, *I diritti fondamentali come oggetto di tutela penale: l'apporto della carta europea*, in *Diritto penale XXI secolo*, 2003, 47 ss., il quale osserva che l'idea di una tutela penale europea dei diritti fondamentali, che potrebbe costituire in futuro l'intelaiatura di fondo per un futuro diritto penale europeo, deve essere comunque ispirata a principi di sussidiarietà.

<sup>11</sup> Nel senso che l'area di eccezionali obblighi di penalizzazione a tutela dei diritti fondamentali potrebbe semmai interessare il nucleo irriducibile della tutela penale, in relazione dunque a "delitti dolosi di danno" cfr. D. PULITANÒ, *Obblighi costituzionali di tutela penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.* 1983, p. 523. Nello stesso senso S. MANACORDA, "Dovere di punire"? *gli obblighi di tutela penale nell'era della internazionalizzazione del diritto*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2012, p. 1364 ss.

<sup>12</sup> Sull'evoluzione della giurisprudenza europea in relazione agli obblighi di incriminazione cfr. S. ZIRULIA, *Diritti umani e responsabilità colposa*, in M. DONINI (diretto da), *Reato colposo, Enc. dir.*, 2021, p. 389 ss., il quale si interroga anche sull'eventuale contrasto degli 'scudi penali' disposti nel quadro dell'emergenza sanitaria della pandemia di Covid-19 con gli obblighi di tutela penale della vita, così come declinati dalla giurisprudenza europea.

rimanendo nella sua discrezionalità la possibilità di optare per alternative meno lesive ed ugualmente in grado di assicurare tutela a tali fundamentalissimi diritti.

## ***2. La proporzionalità come criterio di sostenibilità costituzionale delle scelte punitive***

Come anticipato, il primo principio che viene in considerazione per delimitare il perimetro delle scelte sostenibili da un punto di vista della legittimità costituzionale è il principio di proporzionalità, che è il principio al quale lo Stato deve ispirarsi allorché con l'esercizio dei suoi poteri interferisca nella sfera individuale dei cittadini<sup>13</sup>: sulla base di tale principio, il legislatore è tenuto ad operare un bilanciamento tra gli interessi in gioco, al fine di realizzare gli obiettivi che si propone con il minor sacrificio possibile dei diritti e delle libertà individuali<sup>14</sup>.

In quanto espressione di un'essenziale esigenza di contenimento dei pubblici poteri, tale principio riguarda certamente anche l'esercizio del potere punitivo, ponendosi dunque come criterio di legittimità costituzionale delle scelte di incriminazione in senso lato (comprehensive cioè tanto dell'utilizzo della pena, quanto dell'utilizzo di sanzioni punitive di altra natura)<sup>15</sup>.

Benché non sia espressamente menzionato nella Costituzione, è indubbio che il principio di proporzionalità vi trovi un implicito riconoscimento: postulando la preminenza dei diritti fondamentali ri-

---

<sup>13</sup> Sul principio di proporzionalità, all'interno di una sterminata letteratura, si consiglia A. BARAK, *Proportionality. Constitutional Rights and their Limitations*, Cambridge, 2012. Nell'elaborazione dottrinale italiana S. COGNETTI, *Il principio di proporzionalità. Profili di teoria generale e di analisi sistematica*, Torino, 2011; G. SCACCIA, *Proporzionalità e bilanciamento tra diritti nella giurisprudenza delle corti europee*, in *AIC* 2017.

<sup>14</sup> Alla base del principio di proporzionalità vi è l'idea che all'interno delle Carte dei diritti sovranazionali o delle Costituzioni i diritti e gli altri interessi protetti non ricevono una tutela assoluta, ma che, potendo essere tra loro confliggenti, essi necessitano di un reciproco temperamento attraverso operazioni di bilanciamento. In questo senso cfr. M. CARTABIA, *I principi di ragionevolezza e proporzionalità nella giurisprudenza costituzionale italiana*. Intervento presentato a: Incontro trilaterale tra la Corte costituzionale italiana, la Corte costituzionale spagnola e il Tribunale costituzionale portoghese, 2013.

<sup>15</sup> Cfr. N. RECCHIA, *Il principio di proporzionalità nel diritto penale*, cit.

spetto alla ‘ragion di Stato’, esso rappresenta infatti una componente caratterizzante di ogni Stato di diritto<sup>16</sup>. Il principio di proporzionalità trova invece una formulazione espressa a livello sovranazionale, sia nell’art. 52 co. 1 della Carta dei diritti fondamentali dell’Unione europea (laddove si afferma che possono essere apportate limitazioni all’esercizio dei diritti e delle libertà riconosciute dalla Carta “nel rispetto del principio di proporzionalità (...) solo laddove siano necessarie e rispondano effettivamente a finalità di interesse generale riconosciute dall’Unione o all’esigenza di proteggere i diritti e le libertà altrui”), sia in diverse disposizioni della Convenzione europea dei diritti dell’uomo, che ammettono limitazioni a diritti in esse riconosciuti, qualora siano “necessarie in una società democratica”.

Come abbiamo già accennato, la capacità del principio di proporzionalità di operare concretamente come limite delle scelte legislative nei casi di interferenza con i diritti fondamentali si deve alla sua ‘giustiziabilità’, che è stata resa possibile grazie alla ‘traduzione’ del principio in uno schema argomentativo articolato in più fasi (il c.d. *balancing test*), che viene utilizzato con successo nei giudizi di legittimità dalle corti costituzionali di molti ordinamenti, nonché nei giudizi delle Corti europee di Strasburgo e di Lussemburgo<sup>17</sup>.

In sintesi, il *balancing test* si struttura in una fase preliminare e nel vero e proprio giudizio di proporzionalità. Nella fase preliminare si valuta innanzitutto la legittimità del fine perseguito dal legislatore ed in secondo luogo si individua il diritto ‘sacrificato’ dalla misura restrittiva introdotta.

Quanto poi al giudizio di proporzionalità, esso si articola nelle tre fasi dell’idoneità, della necessità e della proporzionalità in senso stretto. Con il controllo di idoneità si valuta se la misura predisposta è adeguata rispetto all’obiettivo che il legislatore persegue; con il giudizio di necessità, si verifica se lo stesso risultato non possa essere

---

<sup>16</sup> Sul punto cfr. in particolare G. SCACCIA, *Proporzionalità e bilanciamento tra diritti nella giurisprudenza delle corti europee*, in *Riv. AIC*, 3, 2017, p. 2, secondo cui nel costituzionalismo liberale, “l’idea di proporzione si accorda con la cultura dominante dei diritti umani come fondamento e insieme τέλος della comunità politica, e quindi con l’idea dell’internità, immanente misura e limitazione del potere rispetto al bene assiologicamente superiore della libertà”. Nello stesso senso anche F. PALAZZO, *Il principio di proporzione e i vincoli sostanziali del diritto penale*, in *Scritti in onore di Giovanni Fruguele*, 2017, p. 314.

<sup>17</sup> La diffusione del giudizio di proporzionalità è tale da costituire oggi “un tratto fondamentale del neo-costituzionalismo contemporaneo”, M. CARTABIA, *I principi di ragionevolezza e proporzionalità nella giurisprudenza costituzionale italiana*, cit., p. 5.

perseguito con misure meno afflittive; infine, con il controllo di proporzionalità in senso stretto, si effettua la vera e propria operazione di bilanciamento, valutando il rapporto tra i costi, ossia i sacrifici imposti a diritti e libertà individuali, e i benefici, ossia gli obiettivi perseguiti dal legislatore, e individuando la soluzione che meglio contempera gli interessi in gioco.

Come si avrà modo di vedere, nella valutazione sulla proporzionalità della misura restrittiva occorre prendere in considerazione tanto la norma di condotta, quella cioè che fissa il divieto o il comando limitativo dei diritti e delle libertà individuali, quanto la norma sanzionatoria, posto che la natura e la gravità della sanzione incide, in ragione della sua minore o maggiore capacità dissuasiva, sul grado di ingerenza nel diritto o nella libertà sacrificata<sup>18</sup>.

Come si è già messo in evidenza nelle pagine che precedono, il giudizio di proporzionalità, prima di essere un criterio utilizzabile dalle Corti costituzionali e dagli organi di giustizia sovranazionali per valutare la legittimità delle misure restrittive, è innanzitutto un vincolo che opera nei confronti del legislatore e, in particolare, per quanto ci interessa, del legislatore penale, imponendogli di elaborare fattispecie che siano coerenti con tale principio, che siano cioè idonee e necessarie al conseguimento dell'obiettivo di tutela che si propone e che realizzino un ragionevole bilanciamento dei valori in gioco.

### *2.1. La centralità del principio di proporzionalità nelle scelte punitive in materia di contenimento del contagio*

Che le scelte punitive debbano misurarsi con il principio di proporzionalità risulta particolarmente evidente proprio in relazione agli interventi legislativi operati nell'emergenza pandemica, posto che l'obiettivo del contenimento del contagio a tutela della vita e della salute della collettività si realizza 'a costo' di gravi limitazioni dei diritti e delle libertà degli individui. Ed è in effetti proprio su questo piano che l'avvento della pandemia ha fatto sorgere da subito, e non solo nel nostro Paese, grandi interrogativi: cosa succede quando vita e diritti fondamentali della persona vengono a collidere? È legittimo limitare i diritti e le libertà individuali per tutelare la vita dei più fragili? O, nella prospettiva opposta, è possibile sacrificare la vita di alcu-

---

<sup>18</sup> Così N. RECCHIA, *Il principio di proporzionalità nel diritto penale*, cit., p. 213.

ni per garantire la libertà di altri? Se tutti i diritti sono bilanciabili, e quindi anche la vita, qual è il punto di equilibrio e quali sono i criteri che devono presiedere a tale delicatissimo bilanciamento?<sup>19</sup>

Il principio di proporzionalità può aiutare a sciogliere questi nodi. Importanti a questo proposito le parole pronunciate, nel pieno della crisi pandemica, dall'allora Presidente della Corte costituzionale Marta Cartabia, la quale ha osservato che "la Repubblica ha attraversato varie situazioni di emergenza e di crisi (...) che sono state affrontate senza mai sospendere l'ordine costituzionale, ma ravvisando all'interno di esso quegli strumenti che permettessero di modulare i principi costituzionali in base alle specificità della contingenza: necessità, proporzionalità, bilanciamento, giustiziabilità e temporaneità sono i criteri con cui, secondo la giurisprudenza costituzionale, in ogni tempo deve attuarsi la tutela sistemica e non frazionata dei principi e dei diritti fondamentali garantiti dalla Costituzione e dei relativi limiti (...): è la Costituzione la bussola necessaria a navigare per l'alto mare aperto dell'emergenza e del dopo-emergenza che ci attende"<sup>20</sup>.

Dunque, se da un lato si conviene che la Costituzione consente di limitare diritti e libertà individuali per contenere una pandemia che mette in serio pericolo la vita e la salute della collettività, dall'altro si riconosce che il valore primario della vita e della salute non giustifica il sacrificio totale dei contro-interessi che possono venire in rilievo<sup>21</sup> e che lo strumento per realizzare la 'tutela sistemica' di tut-

---

<sup>19</sup> Importanti spunti di riflessione sulla questione del bilanciamento tra diritti fondamentali nel contesto dell'emergenza pandemica possono leggersi in: J. HABERMAS, K. GÜNTER, *Diritti fondamentali: "Nessun diritto fondamentale vale senza limiti"*, trad. it. e nota di commento a cura di V. MILITELLO, in *Giustizia insieme* 30 maggio 2020 e, successivamente, in *Il dialogo Habermas-Günther riletto dalla cultura giuridica italiana*, cit.

<sup>20</sup> M. CARTABIA, *Relazione sull'attività della Corte costituzionale nel 2019*, pubblicata sul sito della Corte costituzionale, 28 aprile 2020, p. 26. In dottrina, proprio in relazione alle scelte da operare nel contesto dell'emergenza pandemica, si osserva che il bilanciamento ha in sé un margine valutativo da riservare alla responsabilità politica: in questo senso la proporzione, l'adeguatezza, la ragionevolezza rappresentano criteri utili (ma mai univoci) per limitare l'irrazionalità valutativa e per evitare scelte tiranniche. Così V. MILITELLO, in *Il dialogo Habermas-Günther riletto dalla cultura giuridica italiana*, cit., p. 3.

<sup>21</sup> Il concetto ha trovato espressione in termini molto efficaci nella famosa sentenza della Corte costituzionale 9 maggio 2013 n. 85 sul 'caso Ilva', ove la Corte ha dovuto pronunciarsi sul contemperamento di due interessi fondamentali: da un lato la salute e la salubrità dell'ambiente, dall'altro la continuità produttiva e la tutela dei livelli occupazionali. Come affermato nella sentenza (e come poi ribadito nella successiva sentenza 23 febbraio 2018 n. 58) "tutti i diritti fondamen-

ti gli interessi tutelati dalla Costituzione è il bilanciamento, che deve rispondere, come si è detto, “a criteri di proporzionalità e di ragionevolezza”.

La dimostrazione della centralità del principio di proporzionalità in questa materia trova conferma nella grande quantità di sentenze che, nella giurisprudenza costituzionale di vari Paesi o nella giurisprudenza della Corte di Strasburgo, sono state chiamate ad occuparsi di tale principio per valutare la legittimità delle misure restrittive<sup>22</sup>.

L'esame di alcune di queste sentenze ci consentirà peraltro di osservare che il principio di proporzionalità opera come limite esterno alla discrezionalità del legislatore, indicando le scelte da ritenere certamente illegittime (perché inadeguate rispetto allo scopo o non necessarie o perché non realizzano un equo temperamento degli interessi in gioco), ma lasciando poi al decisore politico un ampio margine di discrezionalità nella scelta del tipo, dell'intensità, della dura-

---

tali tutelati dalla Costituzione si trovano in rapporto di integrazione reciproca e non è possibile pertanto individuare uno di essi che abbia la prevalenza assoluta sugli altri”: la tutela dei diritti deve essere infatti sempre “sistemica e non frazionata”, poiché “se così non fosse, si verificherebbe l'illimitata espansione di uno dei diritti, che diverrebbe ‘tiranno’ nei confronti delle altre situazioni giuridiche costituzionalmente riconosciute e protette, che costituiscono, nel loro insieme, espressione della dignità della persona”.

<sup>22</sup>La nostra Corte costituzionale è stata chiamata a pronunciarsi sulla proporzionalità delle misure di contenimento del contagio con riferimento all'obbligo vaccinale imposto agli operatori sanitari dall'art. 4 d.l. 44/2021: con decisione del 1° dicembre 2022, la Corte ha ritenuto non fondate le questioni di illegittimità costituzionale sollevate dal Consiglio di giustizia amministrativa della regione Sicilia (cfr. *infra*, par. 2.4.1.1). La sentenza non è ancora stata depositata nel momento in cui il presente volume va in stampa, ma da quanto si legge nel comunicato stampa pubblicato sul sito internet della Corte le scelte del legislatore adottate in periodo pandemico sull'obbligo vaccinale del personale sanitario sono state ritenute “non irragionevoli, né sproporzionate”. Le altre sentenze pronunciate dalla Corte nella materia delle misure di contenimento del contagio non hanno riguardato invece il profilo della proporzionalità: nella sentenza 26 maggio 2022, n. 127, avente ad oggetto la contravvenzione della violazione della quarantena da parte del soggetto positivo, la questione di legittimità è stata sollevata sotto il profilo dell'art. 13 Cost., essendosi sollevato il dubbio (rigettato dalla Corte) che la misura, comportando una privazione della libertà personale, dovesse essere disposta per intervento di un giudice, quanto meno in fase di convalida; con l'ordinanza 19 gennaio 2022, n. 15, che ha dichiarato inammissibile il conflitto di attribuzione tra poteri dello Stato, la Corte costituzionale si è pronunciata sulla disposizione, con cui si è subordinato l'accesso ai mezzi di trasporto pubblico al possesso del *green-pass* (art. 1 co. 2 d.l. 229/2021), al fine di valutare se essa avesse determinato un *vulnus* all'esercizio della funzione parlamentare.

ta, dell'estensione spaziale e temporale delle misure di contenimento, nonché delle sanzioni punitive per il caso di inosservanza<sup>23</sup>.

## 2.2. Sulla possibile operatività della deroga ex art. 15 Cedu nel contesto dell'emergenza pandemica

Prima di valutare come concretamente il principio di proporzionalità sia in grado di vincolare il legislatore nelle scelte punitive in un contesto di emergenza sanitaria, occorre fare un cenno all'istituto previsto nell'art. 15 Cedu, che, qualora ne sia chiesta l'applicazione, consente allo Stato membro di adottare misure emergenziali in deroga agli obblighi convenzionali, alterando così il peso dei diritti in gioco e potendo dunque incidere sull'esito del giudizio di bilanciamento.

Secondo quanto stabilisce l'art. 15 Cedu – rubricato “deroga in caso di stato di emergenza” – “in caso di guerra o in caso di altro pericolo pubblico che minacci la vita della nazione, ogni Alta Parte contraente può adottare delle misure in deroga agli obblighi previsti dalla presente Convenzione, nella stretta misura in cui la situazione lo richieda e a condizione che tali misure non siano in conflitto con gli altri obblighi derivanti dal diritto internazionale”; come noto, la deroga ha un'operatività limitata, posto che l'art. 15 co. 2 Cedu esclude che possa essere applicata in relazione ad alcune disposizioni considerate fondamentali nella logica della Convenzione, ossia l'art. 2, relativo alla tutela della vita, l'art. 3, che contempla la proibizione dei trattamenti inumani e degradanti, l'art. 4 co. 1, che proibisce la schiavitù, e l'art. 7, che sancisce il principio di legalità.

Non è dubbio che la pandemia da Covid-19 – per la sua diffusività e per le conseguenze letali che il contagio può avere su un'ampia fascia della popolazione – integri gli estremi di quel “pericolo pubblico” per la vita della nazione, che costituisce il presupposto delle

---

<sup>23</sup> Nelle sentenze che si pronunciano sulla proporzionalità delle misure di contenimento del contagio rispetto agli obiettivi di tutela della salute collettiva è quasi un *leit-motiv* l'affermazione secondo cui non è l'organo di giustizia costituzionale, bensì il legislatore, a dover individuare il ragionevole equilibrio tra la tutela della salute pubblica e la salvaguardia dei diritti e delle libertà individuali e che, pertanto, se la valutazione compiuta dal legislatore non è manifestamente inadeguata ed è comunque necessaria e proporzionata, la Corte costituzionale non potrà dichiararne l'illegittimità. Sul punto cfr. G. GRASSO, *Il passe sanitaire e i diritti e le libertà costituzionalmente garantiti nella decisione n° 2021-824 DC del 5 agosto 2021 del Conseil constitutionnel*, in *DPCE online*, 3, 2021.

misure in deroga di cui all'art. 15 Cedu<sup>24</sup>. Ed infatti ben dieci Stati membri – tutti appartenenti, con l'eccezione di San Marino, all'area dell'Europa orientale – hanno comunicato al Segretario generale del Consiglio d'Europa la volontà di avvalersi della deroga rispetto ad una o più disposizioni convenzionali, in relazione all'introduzione di misure restrittive per il contrasto alla diffusione del *virus*<sup>25</sup>: il dato risulta estremamente significativo se si considera che, prima di questo momento, gli Stati si erano avvalsi della clausola derogatoria assai raramente, e cioè nove volte nei settanta anni di vita della Convenzione<sup>26</sup>.

Il Governo italiano non ha ritenuto di doversi avvalere della deroga *ex art.* 15 Cedu e la scelta è stata per lo più condivisa dalla dottrina in considerazione del fatto che la Convenzione avrebbe in sé la suffi-

---

<sup>24</sup> Dalla giurisprudenza della Corte europea si ricava che il “pericolo pubblico che minaccia la vita della nazione” si ritiene integrato in presenza di “*an exceptional situation of crisis of emergency which affects the whole population and constitutes a threat to the organised life of the community of which the State is composed*”, cfr. *Guide on Article 15 of the European Convention on Human Rights. Derogation in time of emergency*, aprile 2021. In dottrina, nel senso che l'emergenza sanitaria in corso integra il presupposto del “pericolo pubblico che minaccia la vita della nazione” cfr. R. LUGARÀ, *Emergenza sanitaria e articolo 15 CEDU: perché la Corte europea dovrebbe intensificare il sindacato sulle deroghe ai diritti fondamentali*, in *Osservatorio AIC*, 3, 2020, p. 358.

<sup>25</sup> Per una panoramica delle deroghe presentate al Consiglio d'Europa dai vari Paesi in occasione dell'emergenza pandemica, cfr. R. LUGARÀ, *Emergenza sanitaria e articolo 15 CEDU*, cit. L'Aurtrice, nel contributo, mette in evidenza che in alcuni casi la richiesta di deroga ha riguardato specifiche disposizioni (per lo più l'art. 2 prot. 4 sulla libertà di circolazione e l'art. 5 Cedu, sulla libertà personale), in altri casi la richiesta è estremamente generica, nel senso che il Paese richiedente non specifica le disposizioni che potrebbero essere derogate dalla legislazione emergenziale. L'elevato numero di richieste da parte delle democrazie europee meno mature ha destato preoccupazione, perché si è temuto che la crisi sanitaria in atto potesse essere strumentalizzata per introdurre misure illiberali ed arretrare i livelli di garanzia. In questi termini, con specifico riferimento al caso ungherese, A. BURATTI, *Tra regola ed eccezione. Le ragioni del costituzionalismo di fronte all'emergenza*, in F.S. MARINI, G. SCACCIA (a cura di), *Emergenza Covid-19 e ordinamento costituzionale*, 2020, p. 7.

<sup>26</sup> I dati sono riportati da R. LUGARÀ, *Emergenza sanitaria e articolo 15 CEDU*, cit. la quale osserva che – prima di questa occasione – la deroga nella stragrande maggioranza dei casi è stata richiesta per la necessità di tutelare la sicurezza interna da attacchi terroristici o da conflitti armati. Prima del 2020, l'art. 15 risulta essere stato applicato in situazioni di emergenza sanitaria solo nel caso della Georgia, che ha richiesto la deroga in occasione della legislazione emergenziale con la quale erano state introdotte misure restrittive per contenere la diffusione del virus H5N1 (c.d. influenza aviaria).

ciente flessibilità per consentire agli Stati l'adozione delle misure restrittive necessarie per contrastare l'epidemia<sup>27</sup>: come le nostre disposizioni costituzionali, anche quelle convenzionali tutelano diritti e libertà, consentendone la limitazione quando ciò sia necessario per la salvaguardia di altri interessi meritevoli di tutela, nel rispetto dei requisiti di necessità e proporzione<sup>28</sup>.

Non è mancato tuttavia in dottrina chi ha criticato l'operato del Governo italiano, ritenendo che sarebbe stato opportuno notificare al Consiglio d'Europa la deroga *ex art. 15 Cedu* per lo meno "in via 'precauzionale'", ossia al fine di "mettere al riparo le misure emergenziali da eventuali censure di violazioni della Cedu, specie in una situazione di dubbio, in cui è difficile valutare se i provvedimenti adottati siano compatibili o meno con il testo della Convenzione"<sup>29</sup>.

Per contro, può osservarsi che le deroghe *ex art. 15 Cedu* non hanno l'effetto di escludere il sindacato della Corte, ma piuttosto quello di attribuire un più ampio margine di apprezzamento allo Stato membro nella scelta delle misure emergenziali e che, proprio in considerazione della situazione di emergenza in atto, la Corte sarà portata in ogni caso – a prescindere cioè dalla dichiarazione di deroga – a concedere maggiori spazi di manovra agli Stati membri: da ciò la conclusione secondo cui l'applicazione dell'*art. 15 Cedu* non sembrerebbe destinata a mutare in modo significativo il tipo di

---

<sup>27</sup> Cfr. R. LUGARÀ, *Emergenza sanitaria e articolo 15 CEDU*, cit.

<sup>28</sup> Così, ad esempio, l'*art. 2 prot. 4* tutela la libertà di circolazione, ammettendo tuttavia che essa sia limitata per la salvaguardia di altri interessi, tra i quali, appunto, la protezione della salute; allo stesso modo l'*art. 5* della Convenzione, che tutela la libertà personale, consente la "detenzione regolare di una persona suscettibile di propagare una malattia contagiosa" (co. 1, lett. e).

<sup>29</sup> Cfr. A. KELLER, M.E. SALERNO, *DPCM anti-Covid tra Costituzione e CEDU: marginali, ma non trascurabili, profili di illegittimità delle misure di contenimento ed irrilevanza penale delle false autodichiarazioni*, in *Giurisprudenza Penale Web*, 2021, 5, secondo i quali l'invocazione della clausola di deroga "in via precauzionale" avrebbe permesso all'Italia di mettere al riparo le misure emergenziali da eventuali censure di violazioni della CEDU, specie in una situazione di dubbio, in cui è difficile valutare se i provvedimenti adottati siano compatibili o meno con il testo della Convenzione. In particolare gli Autori, sollevano il dubbio della compatibilità della misura della quarantena precauzionale (ossia l'isolamento domiciliare disposto nei confronti di chi è entrato in contatto con soggetti positivi) con l'*art. 5 co. 1 lett. e)* Cedu, sostenendo che "con ogni probabilità, misure di questo tipo, in grado di comprimere in maniera potenzialmente non proporzionata il diritto alla libertà personale, avrebbero potuto essere legittimamente adottate solo attraverso il ricorso al meccanismo generale di deroga previsto dall'*art. 15 Cedu*".

sindacato che potrà fare la Corte sulle misure emergenziali<sup>30</sup>.

Al di là della considerazione della scarsa utilità pratica della deroga *ex art. 15 Cedu* in questa contingenza, la scelta del nostro Governo ci sembra condivisibile anche in linea di principio: come è stato osservato, infatti, è proprio nei momenti di emergenza che i poteri dello Stato sono tenuti ad operare all'interno dei vincoli costituzionali e sovranazionali, contemperando i diversi interessi in gioco attraverso una continua opera di bilanciamento e resistendo al richiamo di un 'diritto speciale' che potrebbe comportare il rischio di un arretramento delle garanzie<sup>31</sup>.

### **2.3. La proporzionalità degli illeciti punitivi in materia di contenimento del contagio: considerazioni preliminari sull'oggetto del bilanciamento**

Per dare ordine alle tante questioni che si pongono in capo al legislatore sul piano della proporzionalità delle scelte punitive nella materia dell'emergenza, seguiremo gli *steps* propri del giudizio di proporzionalità: ciò anche al fine di un'indicazione di metodo rivolta, in via eventuale, al legislatore, considerando che – se la nostra giurisprudenza costituzionale dovesse accogliere tale metodo di giudizio –

---

<sup>30</sup> R. LUGARÀ, *Emergenza sanitaria e articolo 15 CEDU*, cit. Ad una conclusione analoga, riferita però alla 'flessibilità' della nostra Costituzione, perviene Marco Pelissero, il quale osserva che "il risultato del bilanciamento tra gli interessi sarà diverso in situazione di emergenza, perché la ragionevolezza è sinonimo di flessibilità del bilanciamento, pur nella necessità di garantire il rispetto del nucleo essenziale dei diritti della Carta", cfr. M. PELISSERO, *Covid-19 e diritto penale pandemico. Delitti contro la fede pubblica, epidemia e delitti contro la persona alla prova dell'emergenza sanitaria*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2, 2020, p. 505. Può essere tuttavia interessante segnalare che nel caso GCAS c. Svizzera, la Corte, riconoscendo la violazione dell'art. 11 Cedu in relazione ad una disposizione emergenziale con cui si era introdotto un divieto assoluto di manifestazioni pubbliche, sanzionandone la violazione con la pena detentiva fino a tre anni, ha affermato di non poter ritenere sussistente una deroga alla disposizione convenzionale non avendo lo Stato membro richiesto di avvalersi dell'art. 15 Cedu (senza peraltro spingersi a dire se ciò avrebbe comportato una sua diversa valutazione).

<sup>31</sup> In questi termini A. BURATTI, *Tra regola ed eccezione*, cit., p. 11, cit. La scelta del Governo di non fare ricorso alla deroga è stata condivisa anche dalla dottrina penalistica: in questo senso cfr. G.L. GATTA, *Diritti fondamentali alla prova del coronavirus. Perché è necessaria una legge sulla quarantena*, in *Sist. pen.*, 2 aprile 2020, p. 4.

questo sarebbe poi il metro con il quale sarebbe vagliata la legittimità delle scelte legislative.

Come si è più sopra ricordato, il giudizio di proporzionalità consta di una fase preliminare e della fase del giudizio vero e proprio. Nella fase preliminare ci si interroga, da un lato, sulla legittimità del fine perseguito dal legislatore, dall'altro, sull'oggetto del bilanciamento, individuando quale sia il diritto sacrificato dalla misura restrittiva.

Sul primo problema non occorre soffermarsi, essendosi già dimostrato che lo Stato non solo è legittimato, ma è tenuto, alla luce degli obblighi costituzionali e convenzionali, a disporre misure che siano funzionali a contenere il contagio e ad evitare così il collasso del sistema sanitario, a tutela della salute pubblica<sup>32</sup>.

Qualche breve considerazione si impone invece a proposito dell'oggetto del bilanciamento. Innanzitutto, il legislatore deve individuare con chiarezza il diritto o la libertà su cui incide la misura restrittiva, in quanto – a seconda del diritto in gioco – mutano le condizioni di legittimità delle limitazioni.

Tale operazione può risultare in alcuni casi complessa: lo si è rilevato, in particolare, in relazione agli obblighi di isolamento domiciliare introdotti con la legislazione emergenziale pandemica (si pensi ai divieti di allontanamento dal domicilio imposti alla popolazione durante il *lockdown* o alla misura del coprifuoco notturno o, ancora, agli obblighi di quarantena per il soggetto positivo o per colui che avesse avuto contatti stretti con un soggetto positivo). In proposito si è a lungo e vivacemente discusso in dottrina se implicassero una privazione della libertà personale o invece una limitazione della libertà di circolazione. Una questione per nulla oziosa, posto che dalla sua risoluzione discende l'applicazione delle diverse garanzie predisposte per le due diverse libertà: per la libertà personale, le garanzie contemplate dall'art. 13 Cost. e dall'art. 5 Cedu; per la libertà di circolazione, quelle che discendono dall'art. 16 Cost. e dall'art. 2 Prot. 4 Cedu.

Con riferimento alla contravvenzione della violazione della quarantena del positivo, il dubbio è stato sciolto dalla Corte costituzionale. Chiamata a pronunciarsi sulla compatibilità della relativa disciplina con l'art. 13 Cost., che prescrive la riserva di giurisdizione per gli atti privativi della libertà personale, la Corte ha rigettato la questione, ritenendo che la libertà sacrificata dalla misura in questione fosse quella di circolazione, che ai sensi dell'art. 16 Cost. può essere

---

<sup>32</sup> Cfr. *supra*, cap. 3.

limitata sulla base della legge, senza necessità dell'intervento di un giudice<sup>33</sup>.

Può essere interessante osservare che il problema si è posto, in termini analoghi, anche in altri ordinamenti: così, ad esempio, in Francia il *Conseil constitutionnel* è stato chiamato a pronunciarsi sulla natura di un illecito simile nel contenuto alla contravvenzione della violazione della quarantena del positivo, pervenendo – a differenza della nostra Corte costituzionale – alla conclusione che la misura debba considerarsi privativa della libertà personale<sup>34</sup>.

Del problema dell'individuazione del diritto sacrificato dalle misure di contenimento del contagio si è occupata anche la Corte europea dei diritti dell'uomo: così, ad esempio, nel caso *Terhes c. Romania* la Corte ha ritenuto che la misura dell'isolamento domiciliare imposta alla popolazione nel corso della prima ondata pandemica (del tutto simile a quella introdotta in Italia durante il *lockdown*) incidesse sulla libertà di circolazione, precludendo l'applicabilità delle garanzie connesse con l'art. 5 Cedu<sup>35</sup>.

La necessità che il legislatore sia consapevole del diritto sul quale incide la misura limitativa trova espresso rilievo nella legge tedesca per la prevenzione delle malattie infettive (*Infektionsschutzgesetz*, IfSG), che, nell'indicare le misure da adottare per il contenimento del contagio, menziona espressamente i diritti fondamentali su cui tali misure incidono<sup>36</sup>: così ad esempio, il § 28 della legge, nel prevedere tra

---

<sup>33</sup> Corte cost., 26 maggio 2022, n. 127, con nota di A. DELLA BELLA, *Quarantena obbligatoria, libertà personale e libertà di circolazione. Riflessioni a margine di Corte cost.*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2022, p. 772 ss. Argomenta persuasivamente nel senso che la quarantena (tanto precauzionale, quanto obbligatoria), qualora eseguita nelle c.d. navi-quarantena, nei confronti dei migranti soccorsi in mare o comunque approdati irregolarmente sul territorio italiano durante il periodo dell'emergenza sanitaria, per le particolari modalità esecutive che la caratterizzano, possa considerarsi come una misura privativa della libertà personale G. SAVIO, *L'incidenza delle misure di contrasto della pandemia sulla condizione giuridica dei migranti sbarcati sulle coste italiane: il caso delle 'navi quarantena'*, in *Diritto, Immigrazione e Cittadinanza*, 2, 2021, p. 61 ss.

<sup>34</sup> *Conseil constitutionnel* n° 2020-800 DC du 11 mai 2020 e successivamente, nello stesso senso, n° 2021-824 DC du 5 août 2021.

<sup>35</sup> Corte Edu, 13 aprile 2021, *Terhes c. Romania*.

<sup>36</sup> Ciò in attuazione dell'art. 19 della Costituzione tedesca, in base al quale le disposizioni legislative che comportano una limitazione di un diritto o di una libertà fondamentale devono specificare il diritto o la libertà fondamentale che viene limitata, con l'indicazione espressa della disposizione costituzionale interessata (c.d. *Zitiergebot*).

l'altro che, in caso di contagio di una malattia infettiva pericolosa, le autorità possano obbligare le persone a: non lasciare il luogo in cui si trovano o a lasciarlo solo a specifiche condizioni; stabilire il divieto di entrare in determinati luoghi pubblici o aperti al pubblico solo in determinati casi; limitare o vietare manifestazioni o altri assembramenti di persone, precisa poi che per effetto di tali misure potranno essere limitati i diritti fondamentali dell'integrità fisica (art. 2 GG), della libertà della persona art. 2 GG), della libertà di riunione (art. 8 GG), della libertà di movimento (art. 11 GG) e dell'inviolabilità del domicilio (art. 13 GG).

Sempre con riferimento all'oggetto del bilanciamento, si impone un'ultima considerazione, di fondamentale importanza per chiarire l'ambito di operatività del principio di proporzionalità. Se è vero (come la stessa giurisprudenza costituzionale ha avuto modo di affermare<sup>37</sup>) che tutti i diritti fondamentali sono 'bilanciabili', occorre però chiarire che ciò non vale per i principi penalistici che hanno una funzione di garanzia per il cittadino: questi ultimi, in quanto rappresentano i baluardi di uno Stato di diritto, sono concepiti dalla Costituzione come regole inderogabili e sono pertanto sottratti al giudizio di bilanciamento<sup>38</sup>. È questo un punto che la Corte costituzionale, come si ricorderà, ha ribadito con fermezza proprio in relazione all'emergenza pandemica: pronunciandosi sulla spinosa questione della retroattività di una disposizione in materia di prescrizione, la Corte nella sentenza 278 del 2020 ha affermato in termini molto netti che la garanzia dell'irretroattività di cui all'art. 25 co. 2 Cost. "non è comprimibile non entrando in bilanciamento con altri diritti in ipotesi antagonisti; si tratta, infatti, di una garanzia della persona contro i possibili arbitri del legislatore, la quale rappresenta un valore assoluto, non suscettibile di bilanciamento con altri valori costituzionali"<sup>39</sup>.

---

<sup>37</sup> Cfr. Corte cost., sent. 9 maggio 2013, n. 85 e poi, nello stesso senso, sent. 23 febbraio 2018, n. 58.

<sup>38</sup> Cfr. sul punto RECCHIA, *Il principio di proporzionalità nel diritto penale*, cit., p. 115.

<sup>39</sup> Corte cost., 23 dicembre 2020, n. 278. Sul punto cfr. *supra*, cap. 5, par. 2.

#### ***2.4. La proporzionalità delle scelte punitive in contesti di emergenza sanitaria: i profili dell'idoneità, della necessità e della proporzionalità in senso stretto***

Venendo ora al 'cuore' del principio di proporzionalità, proveremo a verificare se e come tale principio sia in grado di vincolare il legislatore nelle scelte punitive relative alle misure di contenimento. Ciò faremo avvalendoci anche della giurisprudenza delle corti costituzionali di diversi Paesi a noi vicini e della Corte di Strasburgo, che, avendo avuto molte occasioni – a differenza della nostra Corte costituzionale – di pronunciarsi su diversi profili di legittimità costituzionale delle misure di contenimento, mostrano come tale principio operi 'sul campo'.

##### ***2.4.1. Sulla idoneità delle misure di contenimento del contagio***

Il primo requisito che deve caratterizzare la misura di contenimento perché si possa considerare rispettosa del principio di proporzionalità è la sua idoneità a perseguire l'obiettivo di tutela, ossia, in primo luogo, la salvaguardia del sistema sanitario che può essere compromessa laddove la diffusione incontrollata del contagio generi un sovraccarico del sistema (in termini essenzialmente di ospedalizzazione e ricoveri in terapia intensiva) rispetto alle risorse a disposizione.

Il principale parametro per valutare l'idoneità di una misura a contenere la circolazione di un virus all'interno della popolazione è dato dalla sua 'adeguatezza scientifica': le misure imposte devono essere cioè coerenti con le più aggiornate conoscenze scientifiche relative alle modalità di trasmissione di quel dato virus e alla gravità della patologia che consegue all'infezione e devono fondarsi su valutazioni prognostiche di matrice epidemiologica circa la capacità di una determinata strategia di contenimento di incidere sulla curva dei contagi.

Così, per esemplificare, nel contesto di un'emergenza pandemica, non potrebbe ritenersi legittimo l'obbligo di indossare dispositivi di protezione personali quali le mascherine chirurgiche o FFP2, laddove le conoscenze scientifiche avessero consentito di escludere che l'agente patogeno responsabile della malattia si trasmette per via aerea o laddove fosse dimostrato che tali dispositivi non sono in grado di impedire né di limitare la diffusione del virus. Allo stesso modo, non potrebbe ritenersi legittimo l'obbligo dell'isolamento domiciliare previsto a carico dei soggetti positivi anche asintomatici, qualora si fosse accertato che la mancanza di sintomi impedisce la trasmissione del virus.

Che il Governo, nel caso della pandemia da Covid-19, sia stato subito consapevole della necessità di avvalersi di un supporto scientifico per adottare le decisioni finalizzate al contenimento del contagio si desume dal fatto che, già nei giorni immediatamente successivi alla dichiarazione dello stato di emergenza, è stato istituito un apposito comitato tecnico-scientifico di supporto, il quale – secondo quanto poi previsto dal d.l. 19/2020 – è stato chiamato ad esprimere per tutta la durata dello stato di emergenza dei pareri “per i profili tecnico-scientifici e le valutazioni di adeguatezza e proporzionalità” delle misure di contenimento di volta in volta adottate<sup>40</sup>.

Nel contesto di un'emergenza sanitaria può porsi peraltro il problema di dover adottare con rapidità decisioni in un contesto di incertezza scientifica: può considerarsi idonea, e quindi proporzionata, una misura restrittiva adottata in assenza di una base scientifica che confermi la sua effettiva utilità rispetto agli obiettivi di tutela?

Si pensi, ad esempio, all'ipotesi in cui la scienza non sia ancora in grado di chiarire se il positivo asintomatico trasmetta o meno il virus: in questo caso, il legislatore potrà comunque imporre nei suoi confronti un obbligo di isolamento domiciliare?

In una situazione di emergenza il legislatore non potrà che affidarsi ad un modello di tipo precauzionale, consentendo misure restrittive che, seppur sulla base di elementi conoscitivi incompleti e non definitivi, assicurano più benefici che rischi. I profili di criticità si spostano piuttosto sul piano sanzionatorio, nel senso che – come diremo – appare problematica la possibilità per il legislatore di sanzionare con la pena la violazione di misure di contenimento che siano prive di un substrato scientifico sufficientemente consolidato<sup>41</sup>.

Nel senso che il margine di apprezzamento del legislatore deve considerarsi più ampio in un contesto di incertezza scientifica ed in

---

<sup>40</sup> Osserva G. D'AMICO, *La libertà «capovolta». Circolazione e soggiorno nello stato costituzionale*, Ed. Scientifica, p. 180 che la copertura legislativa che si è fornita con il d.l. 19/2020 al Comitato scientifico deve considerarsi certamente opportuna, trattandosi di un organo i cui pareri, pur non vincolanti, erano destinati a condizionare fortemente le scelte legislative. La presenza di comitati di esperti con compiti di consulenza e supporto alle attività decisionali del Governo nella politica di contenimento del contagio si è rivelata una costante anche negli altri ordinamenti: in alcuni casi, come ad esempio in Francia, è stato istituito un organo *ad hoc* per l'emergenza, in modo del tutto analogo a quanto avvenuto in Italia; altrove, tale ruolo è stato affidato ad organismi già esistenti, come ad esempio in Germania, dove tali compiti di supporto sono stati attribuiti all'istituto R. Koch, ente pubblico operante nel settore della vigilanza epidemiologica.

<sup>41</sup> Cfr. *infra*, 3.2.1.

una situazione di emergenza, in cui è necessario assumere decisioni anche impegnative con grande tempestività, si è espressa la Corte costituzionale tedesca, chiamata a pronunciarsi sulla legittimità, sotto il profilo della proporzionalità, di alcune misure di contenimento introdotte in quello Stato in occasione di una nuova ondata pandemica<sup>42</sup>. Nel rigettare la questione di legittimità, la Corte ha riconosciuto che l'idoneità delle misure deve essere parametrata all'obiettivo di "proteggere la vita e la salute umana dai pericoli del Covid-19 (che si trasmette attraverso le secrezioni respiratorie) e di evitare che il sistema sanitario venga sopraffatto". Rispetto all'obiettivo così definito, le misure di contenimento introdotte (si trattava in particolare del coprifuoco notturno e di limitazioni ai contatti in luoghi pubblici e privati tra persone non conviventi) sono state considerate 'idonee' alla luce di due elementi: il fatto, da un lato, che la decisione del legislatore si fosse basata "sulle autorevoli conoscenze fattuali dell'Istituto Robert Koch" e la considerazione, dall'altro, che il legislatore avesse agito "per urgenti necessità di tutela costituzionale e che lo stato delle conoscenze scientifiche era incerto"<sup>43</sup>.

---

<sup>42</sup> La legge, denominata "freno federale all'emergenza pandemica" (*Viertes Gesetz zum Schutz der Bevölkerung bei einer epidemischen Lage von nationaler Tragweite*) del 22 aprile 2021, prevedeva l'introduzione del coprifuoco notturno, nonché severe limitazioni dei contatti, essendo consentiti incontri in spazi pubblici o privati solo ai membri di una famiglia più un'altra persona.

<sup>43</sup> BVerfG, 19 novembre 2021, (BvR 781/21). La sussistenza di un ampio margine di discrezionalità del legislatore nella scelta delle misure di contenimento, sempre che se ne accerti l'idoneità rispetto allo scopo, è ribadita anche in un altro interessante provvedimento del Tribunale costituzionale federale tedesco, che si è pronunciato, considerandoli irricevibili, su due ricorsi (significativamente riuniti in un solo procedimento), aventi ad oggetto la normativa con la quale erano state allentate le misure di contenimento in corrispondenza di una marcata riduzione dei contagi: nel primo procedimento, il ricorrente, un signore ultrasessantacinquenne, lamentava il fatto che le nuove misure fossero troppo blande, con la conseguenza di mettere a rischio la vita e l'integrità fisica delle persone anziane come lui; nel secondo procedimento, al contrario, il ricorrente, questa volta una persona giovane, lamentava il fatto che, nonostante gli allentamenti, le misure fossero eccessivamente restrittive e del tutto sproporzionate. La Corte, dopo aver precisato che lo Stato può prevedere misure che limitano le libertà anche dei soggetti presumibilmente meno a rischio, qualora siano efficaci per garantire la tutela della vita e della salute dei soggetti più fragili, ha affermato che – una volta esclusa che le misure siano inidonee – il legislatore ha un ampio margine di manovra nel bilanciamento dei diritti fondamentali in conflitto che gli consente di valutare l'entità degli allentamenti da introdurre nel momento in cui si registri una riduzione dei contagi ed una minore pressione sulle strutture sanitarie. BVerfG 12 maggio 2020 (1 BvR 1027/20, 1 BvR 1021/20).

In relazione alla recente pandemia da Covid-19, è peraltro da ritenere che un tema di incertezza scientifica non abbia in realtà interessato se non marginalmente l'adozione delle misure di contenimento del contagio basate sul distanziamento o sui dispositivi di protezione personale, posto che le modalità di diffusione del contagio, a parte i primissimi momenti di disorientamento, sono state da subito individuate con un buon grado di certezza<sup>44</sup>. Un terreno dove invece il tema si è posto – e tuttora si sta ponendo – con urgenza è invece quello degli obblighi vaccinali.

2.4.1.1. *Sulla idoneità degli obblighi vaccinali* – Prima di affrontare la specifica questione della legittimità dell'obbligo vaccinale anti-Covid, sotto il profilo della sua idoneità rispetto allo scopo di tutela, è opportuno ricordare che la nostra Corte costituzionale ha in passato avuto modo in più occasioni di affermare, al di fuori di contesti di emergenza sanitaria, la legittimità di tali obblighi e della previsione di sanzioni punitive per il caso del loro inadempimento. In particolare, la Corte costituzionale ha affermato che il legislatore, nel bilanciare i diversi interessi in gioco (ed in particolare la libertà di autodeterminazione nelle scelte terapeutiche, il diritto alla salute individuale e l'interesse alla tutela della salute collettiva) gode di un'ampia discrezionalità “nella scelta delle modalità attraverso le quali assicurare una prevenzione efficace dalle malattie infettive, potendo egli selezionare talora la tecnica della raccomandazione, talaltra quella dell'obbligo, nonché, nel secondo caso, calibrare variamente le misure, anche sanzionatorie, volte a garantire l'effettività dell'obbligo”, specificando poi che tale discrezionalità “deve essere esercitata alla luce delle diverse condizioni sanitarie ed epidemiologiche, accertate dalle autorità preposte e delle acquisizioni, sempre in evoluzione, della ricerca medica, che debbono guidare il legislatore nell'esercizio delle sue scelte”<sup>45</sup>.

Sostanzialmente sulla stessa linea è la sentenza Vavricka c. Repubblica ceca della Corte europea dei diritti umani (pronunciata durante il periodo dell'emergenza pandemica, senza però che il caso deciso riguardasse il vaccino anti-Covid), che si è soffermata sui requisiti che devono sussistere per poter ritenere l'obbligo vaccinale rispet-

---

<sup>44</sup>In questo senso cfr. L. EUSEBI, *Pandemia e diritti fondamentali*, in *Il dialogo Habermas-Günther riletto dalla cultura giuridica italiana*, cit.

<sup>45</sup>Corte cost., 18 gennaio 2018, n. 5, che è espressione di un orientamento consolidato in questo senso.

tosio del principio di proporzionalità<sup>46</sup>. Per quanto riguarda in particolare il profilo dell'idoneità, nella sentenza si precisa che il legislatore deve poter dimostrare, attraverso un adeguato supporto scientifico, che il vaccino è in grado di proteggere la popolazione da una certa malattia, qualora i rischi individuali correlati al vaccino siano tollerabili, essendo remoto il pericolo di conseguenze gravi per la salute: per usare l'espressione della Corte, il vaccino deve essere considerato "*effective and safe by the scientific community*"<sup>47</sup>.

Ora, nel contesto di un'emergenza pandemica causata da un agente patogeno nuovo o sconosciuto, il problema specifico che si pone, come l'esperienza del Covid-19 ci ha mostrato, è di valutare la legittimità dell'obbligo vaccinale in presenza di un vaccino che sia stato sviluppato e poi messo in circolazione in tempi molto ristretti, con incertezze dunque sia sulla capacità dello stesso di proteggere la collettività dalle malattie connesse con la trasmissione del virus, sia sulle possibili reazioni avverse: il problema è dunque quello che si è evidenziato più sopra, di valutare cioè se il decisore politico possa imporre una misura restrittiva, punendone l'inadempimento, qualora essa sia assunta in un contesto di incertezza scientifica, ossia sulla base di acquisizioni scientifiche non complete ed in divenire.

Anche in questo contesto, il criterio cui il legislatore deve attenersi per rispettare il requisito di idoneità della misura rispetto all'obiettivo prefissato non può che essere rappresentato dalla coerenza rispetto alle acquisizioni scientifiche del momento: laddove le autorità scientifiche più accreditate (ed il riferimento, in relazione alla sicurezza ed efficacia di un vaccino, è all'Organizzazione mondiale della sanità, piuttosto che alle agenzie che a livello internazionale e nazionale sono competenti ad autorizzarne la messa in commercio) assicurino che il vaccino, nonostante i tempi brevi per il suo sviluppo, sia da considerarsi efficace, in quanto in grado di proteggere la collettività dalle conseguenze del contagio, e sufficientemente sicuro, nel sen-

---

<sup>46</sup> Corte Edu, *Vavrika c. Repubblica ceca*, 21 aprile 2021.

<sup>47</sup> In questo senso è orientata anche la nostra Corte costituzionale, la quale nella già citata sentenza 18 gennaio 2018, n. 5, nell'individuare i requisiti che devono sussistere per poter ritenere legittima la scelta legislativa di imporre un obbligo vaccinale, ha precisato che il vaccino deve essere diretto non solo a migliorare o a preservare lo stato di salute di chi vi è assoggettato, ma anche a preservare lo stato di salute degli altri; che non deve incidere negativamente sullo stato di salute di colui che è obbligato, salvo che per quelle sole conseguenze che appaiono normali e, pertanto, tollerabili; che sia previsto un equo ristoro per i danni gravi, anche fuori dai presupposti dell'art. 2043 c.c.

so che, pur in presenza di un quadro di conoscenze ancora non complete e in divenire, sia possibile accertare una netta prevalenza dei benefici sui possibili costi (rappresentati dal rischio di reazioni avverse), allora la misura potrà considerarsi idonea rispetto al suo scopo. Con l'ulteriore precisazione che proprio nei casi in cui la misura restrittiva si fonda su una base scientifica incerta e non definitiva essa deve caratterizzarsi per la sua modificabilità con l'evolvere delle conoscenze scientifiche.

Proprio in questo senso, con riferimento al vaccino anti-Covid, si è espressa la Corte costituzionale austriaca, che è stata chiamata a valutare la legittimità, sotto il profilo della proporzionalità, della legge che ha previsto l'introduzione di un obbligo di vaccinazione per l'intera popolazione nazionale adulta: tale legge aveva previsto per l'ipotesi di inadempimento dell'obbligo una sanzione amministrativa fino a 3600 euro<sup>48</sup>. La Corte costituzionale austriaca, nel dichiarare la legittimità della previsione, ha osservato – con riferimento al profilo dell'idoneità della misura a perseguire gli obiettivi di tutela della salute pubblica (profilo che ora maggiormente ci interessa) – che la scelta legislativa risulta coerente con le più accreditate acquisizioni scientifiche, dalle quali si ricava che il vaccino anti-Covid, benché non riesca ad ostacolare in modo assoluto la trasmissione del virus, è in grado nella maggior parte dei casi di abbassare la carica virale e di evitare le forme gravi della malattia, risultando perciò efficace nel ridurre il numero delle ospedalizzazioni e prevenire il sovraccarico del sistema. Anche in relazione al profilo della sicurezza, la Corte ha ritenuto che il legislatore si sia opportunamente affidato alle valutazioni delle autorità nazionali e sovranazionali competenti, le quali si sono pronunciate nel senso della sicurezza del vaccino, nonostante i tempi brevi delle procedure per il suo sviluppo, sulla base di una quantità molto ampia di dati, che ha confermato la netta prevalenza dei benefici sui possibili costi e che ha coerentemente portato all'autorizzazione, seppure sotto condizione, della messa in commercio.

Sostanzialmente le stesse argomentazioni sono alla base della sentenza del Consiglio di Stato n. 7045, che ha ritenuto manifestamente infondata la questione di legittimità costituzionale sollevata in relazione all'obbligo vaccinale imposto agli operatori sanitari dall'art. 4. d.l. 44/2021. In particolare la sentenza, sul profilo della sicurezza del vaccino, ha chiamato in causa il principio di precauzione, osservando che "in fase emergenziale, di fronte al bisogno pressante, drammati-

---

<sup>48</sup> VfGH, 23 giugno 2022 G 37/2022.

co, indifferibile di tutelare la salute pubblica contro il dilagare del contagio, il principio di precauzione (...) opera in modo inverso rispetto all'ordinario e, per così dire, controintuitivo, perché richiede al decisore pubblico di consentire o, addirittura, imporre l'utilizzo di terapie che, pur sulla base di dati non completi (come è nella procedura di autorizzazione condizionata, che però ha seguito – va ribadito – tutte le quattro fasi della sperimentazione richieste dalla procedura di autorizzazione), assicurino più benefici che rischi, in quanto il potenziale rischio di un evento avverso per un singolo individuo, con l'utilizzo di quel farmaco, è di gran lunga inferiore del reale nocimento per una intera società, senza l'utilizzo di quel farmaco”<sup>49</sup>. A distanza di qualche mese, peraltro, ritenendo che le nuove evidenze scientifiche nel frattempo emerse (in termini di numerosità degli eventi avversi) rendessero necessaria una diversa valutazione della questione, il Consiglio di giustizia amministrativa della regione Sicilia ha confutato le conclusioni del Consiglio di Stato sul profilo della sicurezza del vaccino, rimettendo la questione al vaglio della Corte costituzionale<sup>50</sup>. La Corte costituzionale si è pronunciata sulla questione l'1 dicembre 2022: nel momento in cui il presente volume è andato in stampa, la sentenza non era ancora stata depositata, ma dal comunicato stampa pubblicato sul sito internet della Corte si apprende che le scelte del legislatore adottate in periodo pandemico sull'obbligo vaccinale del personale sanitario sono state ritenute “non irragionevoli, né sproporzionate”. Ugualmente non fondate sono state ritenute “le questioni proposte con riferimento alla previsione che esclude, in caso di inadempimento dell'obbligo vaccinale e per il tempo della sospensione, la corresponsione di un assegno a carico del

---

<sup>49</sup> Cons. Stato, 20 ottobre 2021, n. 7045. Con particolare riferimento al profilo della sicurezza, la sentenza osserva come, stando alle più recenti dichiarazioni dell'Aifa, gli studi che hanno portato alla messa a punto dei vaccini non hanno saltato nessuna delle fasi di verifica dell'efficacia e della sicurezza previste per lo sviluppo di un medicinale ed anzi sono stati sperimentati su di un numero di volontari circa dieci volte superiore a quello di studi per lo sviluppo di altri vaccini. Si osserva inoltre che le tecnologie sulle quali i vaccini anti-covid si basano sono note da molto tempo e sono alla base di molti altri vaccini utilizzati da tempo.

<sup>50</sup> Cfr. Cons. giust. amm. Reg. Sic., 16-22 marzo 2022, n. 351, che ha sollevato la questione di legittimità costituzionale della disposizione per contrasto con gli artt. 3, 4, 32, 33, 34, 97 della Costituzione, ritenendo che l'elevato numero di eventi avversi non consente di ritenere soddisfatta la condizione, cui la Corte costituzionale subordina la legittimità dell'obbligo vaccinale, secondo cui lo stesso non debba incidere negativamente sullo stato di salute di colui che è obbligato, salvo che per quelle sole conseguenze “che appaiano normali e, pertanto, tollerabili”.

datore di lavoro per chi sia stato sospeso; e ciò, sia per il personale sanitario, sia per il personale scolastico”.

#### **2.4.2. Sulla necessità delle misure di contenimento del contagio**

Il requisito della necessità vincola il legislatore a scegliere, tra le misure idonee a realizzare l'obiettivo di tutela, quelle che meno incidono sui diritti e sulle libertà individuali.

Con riferimento alle misure di contenimento del contagio da adottare in una situazione di emergenza sanitaria – partendo dal presupposto che lo scopo perseguito dal legislatore sia quello di garantire la funzionalità del sistema sanitario, evitando che un eccesso di ospedalizzazioni o di accessi alle terapie intensive ne mini la tenuta – la necessità della misura deve essere parametrata alla ‘aggressività’ della pandemia in corso e ciò non solo sotto il profilo della diffusività del virus, ma anche sotto quello della gravità delle conseguenze che derivano dal contagio.

Ciò premesso, considerato che, in una situazione di emergenza sanitaria, gli scenari sono in continua evoluzione, è chiaro che una certa misura può risultare necessaria nel momento ‘acuto’ della pandemia, ma non esserlo più in un momento successivo, quando l'infezione – a seguito di mutazioni benevole del virus o di un'ampia copertura vaccinale della popolazione – provochi solo in casi eccezionali una malattia di gravità tale da implicare l'ospedalizzazione ed il contagio, pertanto, non generi più rischi per la tenuta del sistema sanitario e della sanità pubblica. Il che consente di fare una prima riflessione sul fatto che la temporaneità delle misure e la loro flessibilità costituiscono aspetti essenziali per garantire la sostenibilità costituzionale di misure restrittive che incidono sui diritti e sulle libertà individuali.

Con riferimento alla legislazione emergenziale introdotta in Italia per la pandemia da Covid-19, risulta coerente con tale impostazione il meccanismo di monitoraggio regionale introdotto con il d.l. 33/2020, che consentiva di adattare le misure di contenimento imposte (tanto nell'*an*, quanto nel *quomodo*), oltre che alla percentuale dei contagi sul territorio, anche alla percentuale di occupazione dei posti letto in area medica e in terapia intensiva per pazienti affetti da Covid-19<sup>51</sup>.

---

<sup>51</sup> Art. 1 co. 16 *bis* d.l. 16 maggio 2020, n. 33, conv. l. 14 luglio 2020, n. 7433. Meccanismi simili, per garantire l'applicazione delle misure restrittive nei soli casi di necessità, sono stati introdotti anche in altre legislazioni pandemiche: ad

Al contrario, desta qualche perplessità la scelta del legislatore italiano di 'stabilizzare' la contravvenzione della violazione della quarantena del positivo<sup>52</sup>, senza ancorarla ad un parametro che ne subordini l'applicabilità alla persistente pericolosità del virus e destinandola così ad essere applicata anche in un momento in cui, per la scemata pericolosità del virus, essa non potrà più considerarsi necessaria<sup>53</sup>. Meglio sarebbe, nella prospettiva del principio di proporzionalità, introdurre un illecito punitivo – nell'ambito auspicabilmente di una complessiva sistemazione della materia – che non faccia riferimento specifico al soggetto positivo al virus del Covid, ma piuttosto a soggetti che siano positivi ad uno dei virus ritenuti 'pericolosi', sulla base della gravità e della diffusività della malattia, per la tenuta del sistema sanitario (e quindi in ultima analisi della salute collettiva) in un dato momento<sup>54</sup>.

La valutazione sulla necessità delle misure di contenimento del contagio si rivela centrale anche in relazione all'eventuale introduzione di obblighi vaccinali. Il legislatore, nell'introdurre un obbligo vaccinale, una volta superato lo scoglio dell'idoneità della misura, dovrà chiedersi in prima battuta se esistano misure diverse dall'immunizzazione attraverso il vaccino in grado di evitare con altrettanta efficacia il contagio o comunque lo sviluppo di malattie gravi (ad esempio, l'obbligo di indossare i dispositivi di protezione personale o

---

esempio, nel sistema tedesco le misure restrittive introdotte con il "freno federale all'emergenza pandemica" (su cui *supra*, nt. 42) erano collegate a un tasso di incidenza di 100 nuove infezioni da SARS-CoV-2 ogni 100.000 abitanti per sette giorni e cessavano di essere applicate laddove il tasso di incidenza su sette giorni fosse sceso al di sotto di 100 per cinque giorni lavorativi consecutivi.

<sup>52</sup> Oggi 'isolamento domiciliare'. Il riferimento è all'art. 4 d.l. 24 marzo 2022, n. 24 che inserisce nel d.l. 52/2021 un art. 10 *ter* del seguente tenore: "A decorrere dal 1° aprile 2022 è fatto divieto di mobilità dalla propria abitazione o dimora alle persone sottoposte alla misura dell'isolamento per provvedimento dell'autorità sanitaria in quanto risultate positive al SARS-CoV-2, fino all'accertamento della guarigione, salvo che per il ricovero in una struttura sanitaria o altra struttura allo scopo destinata".

<sup>53</sup> L'ipotesi, avanzata in accreditati studi scientifici, è che nell'arco di un tempo non lungo, il virus SARS-CoV-2 possa evolvere in forme endemiche lievi, con un tasso di mortalità pari o inferiore a quella della normale influenza. Cfr. J.S. LAVINE *et al.*, *Immunological characteristics govern the transition of COVID-19 to endemicity*, in *Science*, 371, 2021, p. 741 ss.

<sup>54</sup> Nel sistema tedesco, come già si è evidenziato, l'illecito previsto per la violazione degli obblighi di isolamento domiciliare del soggetto positivo si riferisce alle malattie considerate come pericolose per la salute pubblica e la salvaguardia del sistema sanitario in un dato momento. Cfr. *supra*, cap. 4, par. 2.2.

la misura del *green-pass* basata sul test di accertamento del virus). Se si giunge alla conclusione che queste diverse misure non sono sufficientemente efficaci, ci si dovrà chiedere, sulla base dell'andamento della situazione epidemica – e sempre affidandosi a valutazioni prognostiche degli organi scientifici competenti – se sia ragionevole ritenere che la mera raccomandazione di effettuare il vaccino sia in grado di assicurare una copertura vaccinale tale da prevenire il collasso del sistema sanitario o se invece questo risultato possa raggiungersi solo attraverso l'imposizione di un obbligo (selettivo, ossia diretto solo a determinate categorie di soggetti, oppure generale).

Sul punto richiamiamo ancora, per il suo particolare interesse, l'esperienza austriaca: la già citata sentenza della Corte costituzionale, dopo aver ravvisato nell'obbligo vaccinale una misura idonea rispetto agli obiettivi di tutela perseguiti, ha ritenuto 'necessaria' l'imposizione di un obbligo vaccinale di carattere generale, ossia rivolto all'intera popolazione adulta, considerando, da un lato, che, sulla base delle migliori conoscenze scientifiche, misure diverse dalla immunizzazione attraverso il vaccino non potevano ritenersi altrettanto efficaci a contenere il contagio e, dall'altro, che la campagna vaccinale, basata sino a quel momento sulla mera raccomandazione, non si era rivelata efficace, non essendosi raggiunta una copertura sufficiente ad evitare il collasso del sistema sanitario nel caso in cui si fosse presentata, come era stato pronosticato da lì a pochi mesi, una nuova ondata pandemica<sup>55</sup>. In secondo luogo, la Corte austriaca ha ritenuto che il requisito della necessità fosse da ritenersi rispettato in virtù di una 'clausola di sospensione' dell'obbligo vaccinale contenuta nella legge, in base alla quale tale obbligo si sarebbe dovuto sospendere qualora si fosse accertato, a seguito delle valutazioni effettuate da una Commissione appositamente nominata, un mutamento nell'andamento delle condizioni generali che avevano giustificato l'introduzione dell'obbligo. Cosa che poi in effetti avvenne pochi mesi dopo l'in-

---

<sup>55</sup> Il punto emerge con grande chiarezza nella sentenza, laddove si afferma che "il legislatore non può essere contraddetto quando assume, sulla base dell'opinione prevalente della scienza, che il vaccino anti Covid-19 serve alla protezione della salute pubblica nella misura in cui le persone vaccinate sono esposte a un rischio significativamente inferiore di un decorso grave della malattia e che l'infrastruttura sanitaria è meno gravata dalle persone affette dal virus, essendo di norma possibile evitare il ricovero ospedaliero", precisando poi che deve considerarsi come "interesse degno della più grande considerazione il mantenere il funzionamento del sistema sanitario durante una pandemia, in definitiva per proteggere la salute di tutti". VfGH G 37/2022, 23 giugno 2022, § 212 ss. (trad. nostra).

troduzione dell'obbligo vaccinale, in considerazione del carattere benevolo della nuova variante e della conseguente diminuzione del rischio di sovraccarico del sistema sanitario<sup>56</sup>.

Anche la vicenda austriaca conferma quanto si diceva circa il fatto che, in un contesto di emergenza pandemica, caratterizzato dal continuo mutare degli scenari pandemici, ciò che garantisce la proporzionalità dell'intervento punitivo è la flessibilità della disciplina.

#### **2.4.3. Sulla proporzionalità in senso stretto delle misure di contenimento del contagio**

Il profilo della proporzionalità in senso stretto di una misura esprime l'esigenza che il legislatore, nel pesare i diritti e gli interessi in conflitto, effettui un bilanciamento ragionevole: a differenza dei caratteri di idoneità e necessità, che richiedono al legislatore di adottare misure che siano coerenti con le acquisizioni scientifiche del momento o che si fondino su valutazioni prognostiche di esperti, su questo piano ci si rimette ad una scelta assiologica del decisore politico<sup>57</sup>.

Nella materia che ci occupa, il tema di grande complessità che si pone al legislatore è quello di individuare un ragionevole punto di equilibrio tra le esigenze di tutela della vita e della salute di coloro che rischiano di più dal contagio (quindi anziani e persone fragili) e la tutela dei diritti e delle libertà fondamentali di tutti i consociati, e quindi anche di coloro che non sono di fatto esposti a gravi rischi per effetto del contagio.

La specificità di tale operazione nel quadro delle decisioni da assumere in un contesto di emergenza sanitaria è data dal ruolo che assumono i doveri di solidarietà sociale (che, nel nostro ordinamento, sono sanciti nell'art. 2 Cost.), da cui deriva l'obbligo per il consociato di tollerare sacrifici per proteggere le persone più fragili, quando ciò sia necessario<sup>58</sup>.

---

<sup>56</sup> La sospensione dell'obbligo vaccinale è stata decisa dal Governo l'8 marzo 2022, quindi dopo poco più di due mesi dall'approvazione della legge che lo aveva introdotto e comunque prima del termine a partire dal quale l'accertato inadempimento dell'obbligo avrebbe comportato l'applicazione della sanzione amministrativa, fissato per il 15 marzo. Su tale vicenda cfr. A. DE PETRIS, *Il curioso caso dell'"obbligo sospeso" della vaccinazione anti-COVID in Austria*, in *Nomos*, 1, 2022, p. 2 ss.

<sup>57</sup> Così N. RECCHIA, *Il principio di proporzionalità nel diritto penale*, cit., p. 181.

<sup>58</sup> Cfr. *supra*, cap. 3, par. 4.

In effetti, se si considera l'esperienza pandemica, è proprio alla luce dei doveri di solidarietà sociale che, negli ordinamenti nei quali la questione della proporzionalità delle misure di contenimento è stata portata al vaglio delle Corti costituzionali, misure assai restrittive quali il *lockdown* o il coprifuoco o ancora i divieti di riunione (persino con i propri familiari se non conviventi) sono state ritenute legittime.

Il ruolo del principio di solidarietà nella valutazione della proporzionalità dei sacrifici è inoltre determinante in relazione agli obblighi vaccinali. Il punto è stato messo in evidenza, al di fuori del contesto di un'emergenza sanitaria, sia dalla nostra giurisprudenza costituzionale<sup>59</sup>, sia, di recente, dalla Corte europea dei diritti dell'uomo: quest'ultima, a proposito di obblighi vaccinali (non relativi al Covid) previsti per i minorenni, nel già citato caso *Vavricka c. Repubblica ceca* ha affermato che *"it cannot be regarded as disproportionate for a State to require those for whom vaccination represents a remote risk to health to accept this universally practised protective measure, as a matter of legal duty and in the name of social solidarity, for the sake of the small number of vulnerable children who are unable to benefit from vaccination"*<sup>60</sup>.

Con riferimento al vaccino anti-Covid, il ruolo del principio di solidarietà nel vaglio della proporzionalità della scelta legislativa emerge anche nella citata sentenza della Corte costituzionale austriaca, che a questo proposito ha evidenziato come dai doveri di solidarietà sociale, di cui gli obblighi vaccinali sono espressione, vengano a dipendere la sopravvivenza e la partecipazione alla vita sociale delle persone più vulnerabili<sup>61</sup>. Quanto al nostro ordinamento, nello stesso senso si è espresso il Consiglio di Stato che, nel ritenere manifestamente infondata la questione di legittimità costituzionale dell'obbligo vaccinale previsto a carico del personale sanitario, ha affermato che tale obbligo risponde, da un lato, ad una finalità di tutela del personale sui luoghi di lavoro e, dall'altro, ad una finalità di tutela dei soggetti più vulnerabili "secondo il... principio di solidarietà" che costituisce "la base della convivenza sociale normativamente prefigurata dalla Costituzione"<sup>62</sup>.

Un importante profilo che emerge dalle sentenze che si sono pro-

---

<sup>59</sup> Cfr. Corte cost., 22 giugno 1990, n. 307.

<sup>60</sup> Corte Edu, *Vavrika c. Repubblica ceca*, 21 aprile 2021, § 306.

<sup>61</sup> VfGH G 37/2022, cit.

<sup>62</sup> Cons. Stato, 20 ottobre 2021, n. 7045, cit.

nunciate sulla proporzionalità delle misure di contenimento del contagio riguarda la necessità che nessuno dei valori in gioco sia completamente pretermesso: se è incontestabile, infatti, che, nel bilanciamento tra vita e salute collettiva da un lato, diritti e libertà individuali dall'altro, i primi valori abbiano un peso maggiore e che, in tale bilanciamento, giochino un ruolo fondamentale i doveri di solidarietà sociale, tuttavia la possibilità di considerare proporzionate le ingerenze nei diritti e nelle libertà individuali resta subordinata alla condizione che sia preservato il nucleo essenziale del diritto in gioco, non potendosi considerare legittime misure che realizzino il sacrificio totale di uno dei valori in gioco<sup>63</sup>.

Le (poche) pronunce che hanno dichiarato l'illegittimità di misure di contenimento del contagio sotto il profilo della proporzionalità hanno riguardato proprio casi in cui si era realizzato il sacrificio totale di uno dei valori in gioco. Ad esempio, la Corte costituzionale tedesca ha ritenuto che fosse sproporzionato il divieto assoluto di celebrare i servizi di culto nelle chiese, nelle moschee e nelle sinagoghe, introdotto nella legislazione emergenziale di contrasto alla pandemia da Covid-19 in un *land*, nella parte in cui non consentiva alcun tipo di deroga, nemmeno in occasione di ricorrenze religiose particolarmente significative (nel caso di specie il ricorso era stato sollevato da una comunità musulmana in relazione alle preghiere del venerdì durante il Ramadan) e laddove si potessero prevedere delle cautele tali da limitare nel caso concreto il pericolo di contagio<sup>64</sup>.

Molto significativa poi, in questo stesso senso, è la sentenza pronunciata dalla Corte di Strasburgo nel caso *Cgas c. Svizzera*, che – decidendo sul ricorso presentato da un'associazione sindacale – ha ritenuto che integrasse una violazione dell'art. 11 Cedu una previsione della legislazione pandemica svizzera che aveva introdotto, e mantenuto per più di tre mesi, il divieto assoluto di manifestazioni pubbliche in qualsiasi forma, sanzionandone la violazione con una severa pena pecuniaria e con la pena detentiva fino a tre anni<sup>65</sup>. I giudici

---

<sup>63</sup> Nel senso che "l'esito del bilanciamento non può mai essere il sacrificio totale di uno dei valori in gioco, perché di ciascuno deve essere preservato il nucleo essenziale", cfr. M. CARTABIA, *I principi di ragionevolezza e proporzionalità nella giurisprudenza costituzionale italiana*, cit., p. 11.

<sup>64</sup> Cfr. BVerfG, 29 aprile 2020 (BvQ 44/20). Si tratta di un'ordinanza con la quale il Tribunale in accoglimento di una istanza cautelare, ha sospeso provvisoriamente il provvedimento normativo in oggetto.

<sup>65</sup> Corte Edu, *Affaire Communauté Genevoise d'Action Syndicale (CGAS) c. Svizzera*, 15 marzo 2022.

di Strasburgo, pur dichiarandosi consapevoli della grave minaccia per la vita e la salute della collettività rappresentata dalla diffusione di un virus assai contagioso ed aggressivo e pur riconoscendo l'esistenza di un "obbligo positivo imposto agli Stati membri di proteggere la vita e la salute delle persone (...) in virtù, tra l'altro, degli articoli 2 e 8 della Convenzione", constatato peraltro che lo Stato non aveva richiesto l'applicazione dell'art. 15 Cedu che avrebbe consentito di adottare misure in deroga agli obblighi convenzionali, hanno ritenuto la misura sproporzionata. A tale conclusione sono pervenuti considerando che il carattere assoluto del divieto, che non ammetteva alcun tipo di eccezione, la lunga durata dello stesso, nonché la natura e la severità delle sanzioni comminate avevano comportato il sacrificio assoluto della libertà di riunione, che costituisce una libertà fondamentale in una società democratica. Con riferimento a questo ultimo profilo, la Corte europea, premesso che "una manifestazione pacifica non dovrebbe, in linea di principio, essere oggetto di una minaccia di sanzione penale", afferma che "quando le sanzioni imposte sono di natura penale, richiedono una giustificazione speciale": è certo infatti che la minaccia della pena detentiva, generando un incisivo "effetto deterrente sui potenziali partecipanti o sui gruppi che desiderano organizzare tali manifestazioni", aggrava l'ingerenza sul diritto sacrificato ed incide dunque sul giudizio di bilanciamento<sup>66</sup>.

Le due pronunce citate individuano gli argini che si impongono alla discrezionalità legislativa pur all'interno di uno spazio, quale è quello del bilanciamento tra diritti e valori costituzionali, nel quale il legislatore ha un ampio margine di apprezzamento.

In particolare, l'indicazione che viene da tali pronunce è che misure idonee e necessarie possono comunque risultare non proporzionate qualora esse comportino il sacrificio totale di uno dei valori in gioco: ciò succede laddove il divieto è assoluto, nel senso che non sono previste eccezioni per casi particolari, o quando la restrizione è applicata ininterrottamente per un lungo periodo di tempo o ancora la sanzione è particolarmente severa così da esercitare un forte effetto dissuasivo sui destinatari. Una conferma, *a contrario*, della validità di questa conclusione è rappresentata dalla già citata sentenza della Corte costituzionale tedesca relativa alle restrizioni introdotte in occasione di una nuova ondata di contagi nel novembre del 2021<sup>67</sup>: la Corte, decidendo su ben ottanta ricorsi, dopo aver riconosciuto l'i-

---

<sup>66</sup> Corte Edu, CGAS c. Svizzera, cit.

<sup>67</sup> BVerfG, 19 novembre 2021, (BvR 781/21).

doneità e la necessità delle misure restrittive (tra cui il coprifuoco notturno e rigorosi limiti alla possibilità di riunioni in luogo pubblico o privato), ne ha riconosciuto anche la proporzione in senso stretto, in considerazione delle numerose esenzioni che erano state previste (ad esempio, per esigenze legate alla gestione di figli minori, per l'esercizio di attività professionale, per l'esercizio di attività fisica, per funerali o altre importanti commemorazioni con meno di trenta persone ...), della durata limitata delle restrizioni e della previsione di una mera sanzione pecuniaria amministrativa per il caso di violazione<sup>68</sup>.

Ad una valutazione complessiva, ci sembra di poter dire che il principio di proporzionalità, sebbene messo in grave tensione, riesce a svolgere un'apprezzabile funzione di limite esterno alla discrezionalità legislativa anche in una situazione di emergenza. Se è vero che il valore primario dei beni in gioco, il contesto di incertezza scientifica ed insieme l'urgenza delle decisioni concorrono ad allentare le maglie del giudizio di proporzionalità, è anche vero, però, che in ossequio a tale principio il legislatore è comunque tenuto a non adottare misure che siano in contrasto con le acquisizioni scientifiche, a garantire la flessibilità e la modificabilità delle misure e ad evitare, quanto meno, il sacrificio assoluto di uno dei beni in gioco.

### **3. *L'offensività come criterio di sostenibilità costituzionale delle scelte di penalizzazione***

Una volta individuata l'area delle scelte punitive (penali e amministrative) che possono considerarsi legittime sotto il profilo della pro-

---

<sup>68</sup> Sul punto occorre precisare che una valutazione positiva circa la proporzionalità della pena nella prospettiva del *balancing test* – ove si valuta la funzionalità della minaccia di pena rispetto alle finalità di tutela perseguite dal legislatore – non esaurisce il discorso sulla legittimità della pena, rimanendo ancora da verificare, alla luce del diverso principio della proporzionalità sanzionatoria, se essa sia proporzionata alla gravità del reato. Cfr. su questo punto F. VIGANÒ, *La proporzionalità della pena. Profili di diritto penale e costituzionale*, cit., p. 241, il quale afferma che i due test “si situano reciprocamente in rapporto di sussidiarietà: avrà senso chiedersi se la pena comminata per un reato sia proporzionata alla gravità del reato, soltanto in quanto si sia previamente risposto in senso affermativo alla domanda se la scelta di criminalizzazione della condotta costituente reato (...) sia essa stessa costituzionalmente legittima, alla luce del generale test di proporzionalità”.

porzionalità – in quanto rispondono a quei criteri di idoneità, necessità e proporzionalità in senso stretto che consentono di ritenere che si sia realizzato un sacrificio dei diritti e delle libertà individuali ragionevole rispetto agli obiettivi di tutela perseguiti dal legislatore – si tratta di ragionare su quale sia, all'interno di questo spazio, quello nel quale è ammissibile il ricorso alla pena. Sul punto le opinioni che sono state espresse sono molto diverse: c'è chi ha parlato di una totale estraneità del diritto penale dalla materia della emergenza sanitaria<sup>69</sup> e chi, al contrario, pur non auspicando una espansione del diritto penale pandemico, ha ritenuto difficile escludere a priori la rilevanza penale di determinate condotte lesive di beni fondamentali<sup>70</sup>.

Benché la scelta dell'*an* dell'incriminazione ed anche del *quomodo*, ossia delle tecniche di tutela impiegate, siano operazioni indubitabilmente rimesse alla discrezionalità del decisore politico è tuttavia possibile individuare i limiti costituzionali entro i quali tale discrezionalità può essere esercitata.

Il principio che interviene in questo senso è il principio di offensività che, come quello di proporzionalità, trova nella Costituzione un implicito riconoscimento<sup>71</sup>, esprimendo come è noto l'esigenza che il reato si caratterizzi come un'offesa ad un bene giuridico e non invece come la violazione di un dovere di obbedienza<sup>72</sup>.

Come noto, tale principio opera a diversi livelli: come strumento di controllo sulla legittimità costituzionale delle scelte di politica criminale e come criterio ermeneutico a disposizione del giudice per ga-

<sup>69</sup> Cfr. L. RISICATO, *Dpcm e diritto penale: uno stato di eccezione?*, in A. MANNA, L. RISICATO (a cura di), *Il diritto penale di fronte all'emergenza sanitaria*, 2022, p. 278.

<sup>70</sup> Si è a questo proposito affermato che "... fin quando un diritto penale esista, a presidio di esigenze comportamentali valutate come irrinunciabili sul piano sociale, appare difficile escludere *ex ante* determinate condotte lesive di beni fondamentali dalla sfera della rilevanza penalistica: sebbene non sia detto, come sopra si osservava, che ciò debba implicare il ricorso alla pena detentiva". Così L. EUSEBI, *Pandemia e diritti fondamentali*, in *Il dialogo Habermas-Günther riletto dalla cultura giuridica italiana*, cit., p. 12.

<sup>71</sup> In questo senso già G. VASSALLI, *I principi generali del diritto nell'esperienza penalistica*, in *Riv. it. dir. proc. pen.* 1991, p. 703. Nel senso che la scelta dell'ordinamento per un modello di reato come offesa ai beni giuridici si ricava dai principi che la Costituzione dedica specificamente al diritto penale e che, in ogni caso, essa riceve conferma nell'art. 25 co. 2, posto che la locuzione 'fatto' è sinonimo di offesa ai beni giuridici, cfr. G. MARINUCCI, E. DOLCINI, *Corso di diritto penale*, III ed. 2001, p. 452 s.

<sup>72</sup> M. DONINI, *Il principio di offensività. Dalla penalistica italiana ai programmi europei*, in *Dir. pen. cont.*, 4, 2013, p. 8 ss.

rantire l'estromissione dal tipo di condotte inoffensive<sup>73</sup>. Occupandoci per il momento del primo profilo, ossia dell'offensività come canone di legittimità delle scelte di incriminazione, occorre osservare che esso rileva, da un lato, ai fini della selezione dei beni giuridici da considerare meritevoli di tutela penale; dall'altro, ai fini della individuazione delle soglie e delle tecniche di tutela.

### 3.1. *Considerazioni sulla meritevolezza di pena dei beni giuridici sottesi agli illeciti punitivi di contenimento del contagio*

La prima domanda che occorre porsi è se i beni giuridici tutelati attraverso disposizioni sanzionatorie che reprimono l'inosservanza di misure di contenimento del contagio possano considerarsi meritevoli di tutela penale.

In proposito, è bene ricordare che dal principio di offensività discende che la pena, in considerazione della sua gravità ed anche dei più gravi effetti che essa produce rispetto alla sanzione amministrativa, deve essere riservata alla tutela delle condizioni essenziali per garantire una convivenza pacifica ed ordinata.

In dottrina, l'assunto secondo cui il principio di offensività rappresenta uno strumento di selezione degli obiettivi di tutela, in una prospettiva di contenimento dell'area da riservare alla pena, è largamente condiviso<sup>74</sup>. Come noto, nella ricerca della costruzione di un sistema penale coerente con la Costituzione, inizialmente la dottrina ha guardato al principio di offensività come ad uno strumento in grado di fornire al legislatore delle indicazioni 'in positivo' sulle scelte di incriminazione: secondo la nota tesi di Franco Bricola, per lo meno nella sua prima e più radicale versione, il legislatore avrebbe dovuto rinvenire nella Costituzione il catalogo dei beni giuridici meritevoli di tutela penale<sup>75</sup>.

---

<sup>73</sup> Sulle diverse funzioni del principio di offensività, cfr. per tutti V. MANES, *Il principio di offensività nel diritto penale*, 2005.

<sup>74</sup> *In primis*, F. BRICOLA, voce *Teoria generale del reato*, in *Noviss. dig.*, vol. XIX 1974, p. 47 ss. Cfr. poi, *ex multis*, F. ANGIONI *Contenuto e funzioni del concetto di bene giuridico*, 1983; M. DONINI, *Il principio di offensività*, cit., p. 4 ss.; V. MANES, *Il principio di offensività nel diritto penale*, cit., p. ???; Cfr. G. MARINUCCI, E. DOLCINI, *Corso di diritto penale*, cit., p. 487 ss.; E. MUSCO, *Bene giuridico e tutela dell'onore*, 1974; D. PULITANÒ, *Obblighi costituzionali di tutela penale*, cit.

<sup>75</sup> Il lavoro in cui tale tesi trova la sua più limpida espressione è F. BRICOLA, *Teoria generale del reato*, cit. Come noto, la costruzione di Franco Bricola si fonda

Benché l'idea che la pena potesse essere utilizzata solamente a presidio di beni dotati di rilievo costituzionale sia stata ritenuta non praticabile da gran parte della dottrina, l'opzione a favore di una lettura costituzionalmente orientata del principio di offensività è tuttora ampiamente condivisa.

Tale assunto si traduce, non diversamente, in effetti, da quanto accade per il principio di proporzionalità, nell'idea che dal principio di offensività possano ricavarsi indicazioni che vincolano il legislatore 'in negativo', individuando cioè i casi in cui l'utilizzo della pena sia da considerarsi illegittimo<sup>76</sup>.

In questo senso si è espressa, in più occasioni, anche la Corte costituzionale, la quale ha evidenziato che il legislatore non può considerarsi totalmente libero nelle scelte di incriminazione, dal momento che "il principio di offensività opera come limite di rango costituzionale alla discrezionalità del legislatore ordinario nel perseguire penalmente condotte segnate da un giudizio di disvalore"<sup>77</sup>, ed è arrivata ad affermare che il legislatore deve circoscrivere l'ambito del penalmente rilevante alla "sola tutela necessaria di pochi beni, significativi o almeno 'importanti', per l'ordinato vivere sociale"<sup>78</sup>. In realtà, come è stato osservato, al di là di queste impegnative affermazioni di principio, la Corte costituzionale si è sempre mostrata molto cauta nell'utilizzo dell'offensività come strumento di controllo delle scelte di politica criminale e solo raramente tali affermazioni si sono tradotte in dichiarazioni di illegittimità costituzionale per difetto di meritevolezza dei beni tutelati<sup>79</sup>.

---

sul rilievo costituzionale della libertà personale e dalla considerazione che il sacrificio della libertà personale insito nella pena detentiva si possa giustificare soltanto per la tutela di un bene che deve avere il medesimo spessore.

<sup>76</sup> Nel senso che dalla struttura stessa del sistema politico democratico deve ricavarsi la non determinabilità a livello costituzionale di una gerarchia dei beni giuridici, dovendosi ritenere necessari degli spazi per un processo politico libero nelle scelte di incriminazione cfr. D. PULITANO, *Obblighi costituzionali di tutela penale*, cit., p. 499, il quale ritiene piuttosto che una rilettura costituzionalmente orientata del principio di offensività debba rilevare "come rivendicazione di sfere inviolabili di libertà, contro restrizioni e repressioni motivate da interessi che (...) non risultano assunti a limite idoneo di questo o quel diritto fondamentale". Per un'articolata panoramica dei vincoli che la Costituzione impone al legislatore nella scelta dei beni da tutelare penalmente cfr. G. MARINUCCI, E. DOLCINI, *Corso di diritto penale*, cit., p. 488.

<sup>77</sup> Corte cost., 24 luglio 1995, n. 360.

<sup>78</sup> Corte cost., 25 ottobre 1989, n. 487.

<sup>79</sup> Cfr. V. MANES, *Il principio di offensività nel diritto penale*, cit. In dottrina si osserva che la scarsa capacità selettiva dimostrata sino ad ora dal principio di of-

Ciò premesso il legislatore deve dunque chiedersi, in ossequio al principio di offensività, se i beni giuridici protetti dagli illeciti finalizzati al contenimento del contagio possano considerarsi, e a quali condizioni, meritevoli di pena.

Che i beni finali in gioco, ossia la vita e la salute dei consociati, siano meritevoli di tutela penale non è evidentemente da mettere in discussione, considerato il loro rango primario e l'espresso rilievo che essi ricevono nella Costituzione, tanto nell'art. 2, in quanto diritti inviolabili della persona, quanto nell'art. 32 Cost., che attribuisce rilievo espresso alla salute quale "fondamentale diritto individuale e interesse della collettività"<sup>80</sup>.

Qualche riflessione invece deve essere sviluppata in relazione a quello che abbiamo individuato come bene giuridico strumentale per la tutela della vita e della salute in una situazione di emergenza sanitaria, ossia la funzionalità e la capacità di risposta del sistema sanitario. La questione necessita di essere vagliata sotto due distinti profili: da un lato, sotto il profilo della tipologia del bene, nel senso cioè che occorre chiedersi se la 'funzionalità del sistema sanitario' non costituisca una concettualizzazione troppo astratta che confligge con l'idea del bene giuridico inteso come entità concreta ed afferrabile; dall'altro, sotto il profilo della 'distanza' di tale bene strumentale dai beni finali, risultando necessario verificare che, per effetto dell'interposizione di un bene strumentale con le fattezze di quello che abbiamo individuato, non si realizzi una eccessiva anticipazione della tutela.

Al primo interrogativo ci pare di poter dare, senza grandi esitazioni, una risposta negativa: dal principio di offensività non paiono potersi ricavare indicazioni vincolanti in ordine alla fisionomia che

---

fensività non deve sminuirne il significato valoriale, non potendosi condividere l'idea di una indifferenza della Costituzione rispetto alla scelta dei beni da riservare alla tutela penale, così M. DONINI, *Il principio di offensività. Dalla penalistica italiana ai programmi europei*, cit., p. 12, il quale riconosce poi che "la concretizzazione di criteri vincolanti è in attesa di risposta (...) anche se i percorsi per arrivare a una soluzione sono attualmente conosciuti e praticabili".

<sup>80</sup> Superfluo ricordare che vita e salute rilevano anche sotto il profilo dell'art. 117 Cost, in quanto trovano espressa tutela nelle carte sovranazionali dei diritti umani, ed in particolare nell'art. 2 Cedu, che tutela il diritto alla vita e da cui la giurisprudenza fa discendere anche la tutela della salute individuale e collettiva, e in svariate disposizioni della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, tra le quali l'art. 2 sul diritto alla vita, l'art. 3 sul diritto all'integrità fisica, l'art. 25 che tutela i diritti degli anziani, nonché l'art. 35 che garantisce il diritto di accedere alla prevenzione sanitaria e di ottenere cure mediche.

devono assumere i beni giuridici. Rientra infatti nella piena discrezionalità del legislatore proteggere attraverso la pena non solo beni individuali, ma anche beni collettivi, tra i quali si includono beni istituzionali e la funzionalità di apparati o organi dello Stato (si pensi al bene giuridico della pubblica amministrazione o dell'amministrazione della giustizia)<sup>81</sup>. Secondo questa impostazione, la funzionalità del sistema sanitario può dunque considerarsi un bene giuridico meritevole di pena.

Più complesso e ricco di implicazioni invece il secondo profilo, che attiene alla 'distanza' con il bene giuridico finale. A questo proposito, accogliendo le riflessioni di ampia parte della dottrina possiamo innanzitutto ritenere che l'interposizione di un bene strumentale risulti compatibile con il principio di offensività laddove vi siano precise "connessioni empiriche e funzionali" tra il bene mezzo ed il bene scopo, nel senso che la lesione del primo deve essere "necessariamente ed inequivocabilmente idonea a mettere in pericolo il secondo"<sup>82</sup>.

Nel nostro caso le connessioni empiriche e funzionali tra bene mezzo e bene scopo ci paiono chiaramente sussistenti: che il malfunzionamento del sistema sanitario si rifletta immediatamente sulla vita e sulla salute dei consociati è un dato intuitivo, che ha ricevuto peraltro ampia evidenza empirica nell'esperienza della recente pandemia da Covid-19. Anche le più accreditate ricerche scientifiche dimostrano che il sovraccarico del sistema sanitario generato dall'incontrollata crescita dei contagi ha determinato ritardi e mancati interventi che a loro volta hanno generato un aumento della mortalità e più in generale gravi danni per la salute collettiva destinati a farsi sentire nel lungo periodo<sup>83</sup>.

---

<sup>81</sup> Cfr. D. PULITANÒ, *Bene giuridico e giustizia costituzionale*, in A. STILE (a cura di), *Bene giuridico e riforma della parte speciale*, 1985, p. 165, il quale osserva che la questione del catalogo dei beni possa essere 'sdrammatizzata'. In questo senso anche, tra gli altri, G. MARINUCCI, E. DOLCINI, *Corso di diritto penale*, p. 540; T. PADOVANI, *Diritto penale*, XII ed. 2019, p. 111 s. A tale impostazione si contrappone la tesi di chi accoglie una concezione 'personale' del bene giuridico, secondo la quale possono considerarsi compatibili con la Costituzione solo i beni giuridici personali. I beni superindividuali possono essere ritenuti tali solo qualora rappresentino la proiezione di un interesse individuale, a cui sono direttamente funzionali, così W. HASSEMER, *Theorie und Soziologie des Verbrechens. Ansätze zu einer praxisorientierten Rechtsgutslehre*, 1973, p. 221 ss.

<sup>82</sup> Cfr. D. PULITANÒ, *Bene giuridico e giustizia costituzionale*, cit., p. 165.

<sup>83</sup> F. GALIMBERTI *et al.*, *Conseguenze della pandemia di Covid-19 sull'accesso e sull'erogazione delle prestazioni sanitarie*, in *Giornale Italiano di Farmacoeconomia e Farmacoutilizzazione*, 2021, 13, p. 5 ss. Cfr. anche i dati emersi da uno studio

Tuttavia, ed è questo un profilo sul quale va posta particolare attenzione, affinché il principio di offensività possa dirsi rispettato è necessario che la sussistenza di questo legame funzionale tra il bene mezzo e il bene scopo si rifletta nelle singole scelte incriminatrici, nel senso che il legislatore dovrà selezionare condotte che abbiano una 'identità offensiva pregnante'<sup>84</sup>, la cui lesività rispetto agli obiettivi di tutela possa essere immediatamente percepita dal destinatario della norma. Nel caso di fattispecie funzionali al contenimento del contagio, se si accoglie la tesi secondo cui il bene giuridico tutelato è la funzionalità del sistema sanitario, il metro di valutazione relativo alla capacità offensiva di una condotta e quindi alla possibilità di utilizzare la pena per sanzionarla sarà l'attitudine di quella condotta a provocare o aggravare il sovraccarico, con conseguente malfunzionamento del sistema e ciò sia in relazione a condotte del 'cittadino comune', sia in relazione alle condotte di soggetti titolari di posizioni di garanzia tenuti a diversi livelli a fronteggiare la crisi pandemica<sup>85</sup>.

### *3.1.1. Scelte di criminalizzazione incompatibili con il principio di offensività: la violazione delle misure di contenimento del contagio come reato di disobbedienza e l'utilizzo strumentale del diritto penale*

Sotto il profilo della meritevolezza di pena, dunque, scelte di incriminazione funzionali alla salvaguardia del sistema sanitario in situazioni di emergenza non sollevano dubbi di legittimità costituzionale.

Diversamente, non ci paiono coerenti con il principio di offensività scelte di criminalizzazione operate nell'ambito del diritto punitivo pandemico che non sono funzionali alla tutela della salute pubblica. Così, in particolare, non ci pare rispettosa dell'indicazione secondo cui nella scelta delle condotte da sottoporre a pena il legislatore deb-

---

condotto dalla *Fondazione The Bridge* in collaborazione con diverse Università italiane ed altri centri di ricerca, i cui risultati sono sintetizzati in *L'impatto della pandemia sui pazienti no Covid: i limiti del SSN evidenziati dalla crisi sanitaria*, in *salutenews.it* 31 gennaio 2022. Cfr. infine il rapporto OECD, *Excess mortality: Measuring the direct and indirect impact of COVID-19*, ottobre 2020.

<sup>84</sup> L'espressione è di M. DONINI, *Modelli di illecito penale minore. Un contributo alla riforma dei reati di pericolo contro la salute pubblica*, in M. DONINI, D. CASTRONUOVO (a cura di), *La riforma dei reati contro la salute pubblica*, 2007, p. 207 ss., p. 203.

<sup>85</sup> Per alcune esemplificazioni di condotte 'pregnanti' in termini di pericolosità per il bene giuridico tutelato cfr. *infra*, par. 3.2.1.

ba selezionare condotte che abbiano una ‘identità offensiva pregnante’ la criminalizzazione ‘a tappeto’ di tutte le misure di contenimento del contagio che l’autorità amministrativa abbia introdotto e possa introdurre nella situazione di emergenza: in un modello di questo tipo ciò che si punisce è infatti la disobbedienza alle prescrizioni dell’autorità, a prescindere dalla loro pericolosità, anche solo in termini di pericolo astratto, per il bene giuridico rappresentato dalla salvaguardia del sistema sanitario.

Questo è ciò che è avvenuto nel nostro ordinamento nelle primissime fasi dell'emergenza, quando il legislatore, con il d.l. 23 febbraio 2020, n. 6, ha sanzionato con la pena di cui all'art. 650 c.p. “il mancato rispetto delle misure di contenimento di cui al presente decreto” e quindi tanto delle misure tipizzate nell'art. 1, quanto di quelle “ulteriori”, rimesse alla determinazione governativa attraverso i d.P.c.m. È chiaro che con l'art. 3 co. 4 d.l. 6/2020, il legislatore ha inteso punire la disobbedienza alle misure di contenimento del contagio in quanto tale, disinteressandosi del loro contenuto, nonché della loro effettiva capacità di prevenire il contagio<sup>86</sup>. Lo stesso richiamo *quoad poenam* all'art. 650 c.p. ha avuto l'effetto di collocare, per lo meno ‘idealmente’, la violazione delle misure di contenimento nell'area dei reati contro l'ordine pubblico, rivelando in questo modo l'intento del legislatore di attribuire disvalore al fatto in sé della disobbedienza ai precetti dell'autorità sanitaria.

Può essere significativo osservare che una strada simile è stata intrapresa anche in altri ordinamenti. Un esempio è quello del Portogallo, dove la scelta del legislatore – ampiamente criticata dalla dottrina – è stata quella di qualificare la violazione degli obblighi di isolamento domiciliari imposti durante l'emergenza pandemica come “reato di disobbedienza” ai sensi dell'art. 348 del codice penale, sanzionato con la pena detentiva fino ad un anno congiunta con la pena pecuniaria<sup>87</sup>.

---

<sup>86</sup> Sulla necessità di operare una distinzione, all'interno della categoria delle misure di contenimento del contagio, tra misure cautelari, misure precauzionali e misure meramente disciplinari cfr. M. PELISSERO, *Covid-19 e diritto penale pandemico. Delitti contro la fede pubblica, epidemia e delitti contro la persona alla prova dell'emergenza sanitaria della nuova disciplina sanzionatoria*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2, 2020, p. 509.

<sup>87</sup> L'art. 348 del codice penale portoghese descrive il reato di disobbedienza in questi termini: *Quem faltar à obediência devida a ordem ou a mandado legítimos, regularmente comunicados e emanados de autoridade ou funcionário competente, é punido com pena de prisão até 1 ano ou com pena de multa até 120 dias se: a) Uma*

Una scelta che poi, come si ricorderà, il nostro legislatore ha abbandonato, decidendo di sanzionare con la pena la sola ipotesi della violazione della quarantena del positivo<sup>88</sup>.

Lo sforzo del legislatore di riservare la pena alle sole condotte che siano espressione di una chiara 'identità offensiva' rispetto al bene giuridico da tutelare è agli antipodi rispetto ad un utilizzo del diritto penale per colpire condotte che poco o nulla hanno a che fare con il problema di tutela generato dall'emergenza, al fine, tutto politico, di assicurare la collettività sulla capacità del decisore politico di gestire la situazione. Una tale strumentalizzazione del diritto penale è frequente laddove esso venga utilizzato come arma contro il nemico che costituisce la fonte della minaccia (nel caso ad esempio della emergenza terrorismo), meno frequente laddove, come nel caso di un'emergenza sanitaria, il pericolo che incombe sulla collettività non è riconducibile ad un nemico in carne ed ossa. Uno sguardo allargato sull'esperienza dei vari ordinamenti nel contesto della pandemia da Covid-19 consente peraltro di trovare, anche in questo ambito, qualche esempio di strumentalizzazione del diritto penale ai fini di cui si è detto.

Interessante in questo senso la legislazione emergenziale danese<sup>89</sup>,

---

*disposição legal cominar, no caso, a punição da desobediência simples; ou b) Na ausência de disposição legal, a autoridade ou o funcionário fizerem a correspondente cominação.* La disposizione emergenziale che prevede l'applicazione dell'art. 348 c.p. per il caso di violazione delle norme di contenimento del contagio è stata sottoposta al vaglio della Corte costituzionale che ne ha dichiarato l'illegittimità parziale sotto il profilo della legalità (*Trib. Constitucional*, 921, 2021). La dottrina ha criticato la disposizione tanto sotto il profilo della mancanza di precisione, quanto sotto il profilo del rispetto del principio di offensività, ritenendo che il legislatore avrebbe dovuto punire la violazione delle misure di contenimento in quanto pericolose per la salute pubblica. Cfr. in particolare S. AIRES DE SOUSA, *Sobre a proteção penal da saúde pública em tempos de pandemia: "isto já não é o que nunca foi"*, in *Revista do Ministério Público*, 19, 2020, p. 129 ss.; S. OLIVEIRA E SILVA, *Entre a desobediência e a propagação de doença: como se punem as condutas "irresponsáveis" de contágio?*, in *Revista do Ministério Público*, 19, 2020, p. 193 ss.

<sup>88</sup> Cfr. V. MANES, *Il principio di offensività*, cit., p. 107, il quale ritiene che il principio di offensività sia 'sacrificato', "laddove una fattispecie concentri il proprio nucleo di disvalore sulla contrarietà ad (o sulla mera inosservanza di) un provvedimento dell'autorità, ovvero sulla mancanza di una abilitazione amministrativa, in assenza di un pericolo concreto o di una modalità lesiva ulteriormente qualificante, anticipando così l'intervento penale su una linea di massima astrazione dell'offesa".

<sup>89</sup> A questo proposito cfr. A. GIANNINI, *The use of criminal law to fight Covid-19-related emergencies and the Danish case: placebo or panacea?*, in *Dir. pen. uomo*, 1, 2021.

ove, oltre ad utilizzare il diritto penale per sanzionare (con pena detentiva fino a sei mesi) la violazione di qualsiasi norma di contenimento, è stata approvata con decretazione di urgenza, nell'aprile 2020, una normativa destinata a rimanere in vigore per tutta la durata dello stato di emergenza, che prevedeva cospicui aumenti di pena per i c.d. *corona-kriminell*, ossia per coloro che avessero commesso un reato in qualsiasi modo 'connesso' con la pandemia da Covid-19<sup>90</sup>: in particolare, la legge, che è stata approvata in tutta fretta dopo alcuni furti di presidi sanitari all'interno di un ospedale, prevedeva un'aggravante (con aumento di pena fino ad un terzo) in ragione della connessione del reato con la pandemia; l'aumento della pena fino al doppio in relazione ad alcuni specifici reati (tra cui furto, rapina, falsi, accesso abusivo a sistema informatico); l'aumento della pena fino a quattro volte, qualora i reati fossero stati commessi al fine di ottenere una qualsiasi forma di misura di sostegno o finanziamento governativo previsto come ristoro per le conseguenze della epidemia. Nel caso poi in cui il *corona-kriminell* fosse straniero, la normativa prevedeva come pena l'espulsione dal territorio dello Stato<sup>91</sup>. Il significato tutto politico di questa legislazione ha trovato conferma nella quasi totale assenza di applicazione, dimostrandosi così che essa non rispondeva ad una reale esigenza di reprimere un fenomeno criminale correlato all'emergenza pandemica. Come la dottrina non ha mancato di evidenziare, il legislatore – in assenza di una reale necessità di tutela – ha di fatto trasformato una emergenza sanitaria in una emergenza criminale, utilizzando il diritto penale come un 'placebo' finalizzato a placare le paure di una collettività spaventata dalla pandemia<sup>92</sup>.

### 3.2. *Il principio di offensività come criterio di controllo sulle tecniche di tutela penale: considerazioni generali*

Come noto, il principio di offensività è chiamato a svolgere una funzione selettiva non solo sul piano dell'individuazione dei beni meritevoli di tutela, ma anche su quello delle modalità di tipizzazione

---

<sup>90</sup> L'aggravante contenuta nella l. 349/2020 si applica ad "*offenses based on or committed in the context of Covid-19*" (questa la traduzione inglese del testo legislativo danese, proposta da A. GIANNINI, *The use of criminal law*, cit.).

<sup>91</sup> A. GIANNINI, *The use of criminal law*, cit., p. 11.

<sup>92</sup> A. GIANNINI, *The use of criminal law*, cit., p. 15 ss.

delle fattispecie penali, in relazione cioè all'individuazione di soglie e condizioni di tutela, poiché, come è stato osservato, "non ogni forma o modalità di offesa di beni è di rilevanza penale"<sup>93</sup>.

Il profilo è assai rilevante in un terreno, come quello di illeciti punitivi funzionali alla tutela della salute pubblica in un contesto di emergenza sanitaria, incentrato necessariamente su forme di tutela anticipata. È chiaro infatti che un modello imperniato sull'anticipazione della tutela, benché possa considerarsi astrattamente legittimato in virtù dell'importanza del bene, risulta però problematico, quanto più ci si allontana dalla concreta lesione del bene protetto<sup>94</sup>.

Come già si anticipava più sopra, la Corte costituzionale si è mostrata sino ad oggi molto cauta nell'invalidare le scelte legislative sotto questo profilo, lasciando sostanzialmente libero il legislatore di individuare la soglia di anticipazione della protezione penale e rinunciando così di fatto al sindacato sulle tecniche di costruzione dell'illecito penale, quale reato di danno o di pericolo, nonché sulle diverse tipizzazioni del pericolo. Pronunciandosi sull'ammissibilità del ricorso al modello dei reati di pericolo astratto (o presunto)<sup>95</sup>, che rappresenta la forma estrema di anticipazione della tutela penale, la Corte ha in più occasioni affermato che il principio di offensività non esclude il ricorso a tale modello di tutela, a condizione che la valutazione

---

<sup>93</sup> Cfr. M. DONINI, *Il principio di offensività*, cit., p. 12, il quale sottolinea che la scelta della tecnica di tutela "è fortemente segnata da opzioni politiche, che rendono problematica la giustiziabilità del principio da parte della Corte costituzionale".

<sup>94</sup> Come osserva D. PULITANÒ, *Offensività del reato*, in *Enc. dir.*, 2015, p. 672, "le politiche e i confini del diritto penale non si giocano sulla formazione del catalogo dei beni tutelabili (...), ma sulla definizione di ambiti e soglie di tutela entro il campo teoricamente legittimato dal riferimento a beni giuridici".

<sup>95</sup> È bene specificare che, a fronte di classificazioni dottrinali non sempre coincidenti, noi ci riferiamo alla bipartizione 'classica' tra reati di pericolo *concreto*, per indicare quelli in cui il giudice deve accertare se nel singolo caso concreto il bene giuridico ha corso un effettivo pericolo, e reati di pericolo *astratto*, per indicare quelli nei quali il legislatore ha presunto, sulla base delle leggi di esperienza, che un determinato comportamento sia nella generalità dei casi fonte di pericolo per un determinato bene giuridico. A volte, sia in dottrina, sia in giurisprudenza, si parla di reati di 'pericolo presunto': l'espressione non è in realtà univoca, essendo utilizzata o come sinonimo della categoria dei reati di pericolo astratto, oppure per indicare quei casi in cui la presunzione legislativa circa la pericolosità della condotta è assoluta e invincibile, non essendo quindi ammissibile la dimostrazione giudiziale dell'inoffensività della condotta nel caso concreto. Per una compiuta classificazione in materia cfr. F. MANTOVANI, *Diritto penale, Parte generale*, XI ed., 2020, p. 223.

legislativa di pericolosità del fatto non risulti irrazionale o arbitraria, ma risponda all'*id quod plerumque accidit*<sup>96</sup>. Dalla necessità che il pericolo, per quanto astratto, si fondi su di una base empiricamente fondata parte della dottrina ha tratto la conclusione dell'illegittimità di fattispecie costruite su un modello precauzionale, basato cioè sul sospetto della pericolosità di una certa condotta, in un contesto di incertezza scientifica<sup>97</sup>.

In dottrina si concorda sulla problematicità della categoria del reato di pericolo astratto, ritenendosi – pur con varietà di posizioni – che la legittimità di tale tecnica di tutela debba essere subordinata al rispetto di determinate condizioni<sup>98</sup>: in particolare, reati di pericolo astratto sarebbero legittimi solo in una gamma ristretta di ipotesi, ossia quando il pericolo astratto si riveli l'unico modo per assicurare la protezione ad un certo bene, essendo invece doveroso, in tutti gli altri casi, attribuire rilevanza al pericolo concreto, quanto meno in sede di interpretazione giudiziale, così da estromettere dal tipo le condotte che, nel caso concreto, si siano dimostrate inoffensive<sup>99</sup>. Può essere utile ricordare, perché rilevante ai nostri fini, che tra le ipotesi in cui, secondo tale impostazione dottrinale, il ricorso al peri-

---

<sup>96</sup> Cfr., *ex multis*, Corte cost., 6 novembre 2019, n. 278.

<sup>97</sup> Nel senso che il principio di precauzione non dovrebbe avere ingresso nell'area di legittimazione penale cfr. M. DONINI, *Il volto attuale dell'illecito penale*, 2004, 119. Nell'ambito di una vasta letteratura sul tema, per il pericolo di espansione del diritto penale derivante dall'adozione di un modello precauzionale cfr. per tutti D. CASTRONUOVO, *Principio di precauzione e diritto penale. Paradigmi dell'incertezza nella struttura del reato*, Roma, 2012. Cfr. tuttavia D. PULITANÒ, *Diritto penale*, IX ed., 2021, p. 201, secondo cui benché sia "ragionevole l'indicazione di preferenza per la configurazione di illeciti e sanzioni non di carattere penale", si può discutere "l'eventuale traduzione penalistica del principio di precauzione" ma "esclusivamente in fattispecie costruite secondo il modello del pericolo astratto", con la precisazione che si parla in questo caso di "pericolo in un senso del tutto ipotetico, posto che l'impossibilità di fare riferimento ad un sapere corroborato non consente di formulare giudizi di pericolo in senso proprio" e in ogni caso nella consapevolezza di trovarsi "al limite estremo attorno al quale la legittimazione di precetti penali possa essere discussa".

<sup>98</sup> In riferimento ai reati di pericolo astratto si è evidenziato, in particolare, che non possono considerarsi legittime "offese di pericolo così arretrato da confondersi con la neutralizzazione della pericolosità dell'autore, con la mera inosservanza di una regola di organizzazione" M. DONINI, *Il principio di offensività*, cit., p. 13.

<sup>99</sup> G. MARINUCCI, E. DOLCINI, *Corso di diritto penale*, cit., p. 567. Sui criteri per l'accertamento del pericolo cfr. per tutti F. ANGIONI, *Il pericolo concreto come elemento della fattispecie penale*, 1981.

colo astratto deve considerarsi ammissibile, in quanto unica tecnica di tutela efficace, vi è il caso di beni che, in ragione della loro dimensione, non possono ricevere offesa, nemmeno nella forma del pericolo, da una singola condotta, ma la cui esposizione a pericolo deriva dal cumularsi di una pluralità di condotte dello stesso tipo, come ad esempio accade in relazione all'ambiente<sup>100</sup>.

Secondo una tesi più restrittiva, non possono in ogni caso considerarsi penalmente rilevanti "offese di pericolo così arretrato da confondersi (...) con la mera inosservanza di una regola di organizzazione o con la violazione di regole precauzionali", dovendo la condotta "presentare una pregnanza in termini di dannosità o pericolosità" per il bene giuridico diversa dalla mera inosservanza formale, con la conseguenza che la tecnica del pericolo astratto deve ritenersi ammissibile solo laddove sia possibile verificare giudizialmente il pericolo nel caso concreto almeno rispetto a taluni profili oggettivi o soggettivi del fatto<sup>101</sup>.

Come espressione di questa esigenza, si è talvolta fatto riferimento, in dottrina, alla categoria dei reati di pericolo astratto-concreto (o di attitudine), espressione con la quale ci si riferisce ad una categoria intermedia tra i reati di pericolo astratto e i reati di pericolo concreto, caratterizzata dal fatto che al giudice si richiede di effettuare l'accertamento del pericolo solo con riferimento a talune specifiche circostanze, potendosi fare astrazione delle altre<sup>102</sup>.

---

<sup>100</sup> In questi termini G. MARINUCCI, E. DOLCINI, *Corso di diritto penale*, cit., p. 568. La prima teorizzazione della legittimità dei reati di pericolo astratto nei casi di 'reati cumulativi' si deve a L. KHULEN, *Umweltstrafrecht: Auf der Suche nach einer neuen Dogmatik*, in *ZStW*, 4, 1993, p. 697 ss., il quale, riferendosi proprio al problema della tutela dell'ambiente, ritiene che l'attribuzione di rilevanza penale a condotte che, prese singolarmente, risultano inoffensive si giustifica solo in situazioni nelle quali, in assenza di un divieto rafforzato da una sanzione penale, quelle condotte verrebbero poste in essere in numero così elevato da provocare una grave compromissione generale del bene alla cui tutela si mira.

<sup>101</sup> M. DONINI, *Il principio di offensività*, cit., p. 14.

<sup>102</sup> La formulazione di questa categoria si deve a H. SCHRÖDER, *Die Gefährdungsdelikte im Strafrecht*, in *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, 1969, p. 18 ss. Sulla proposta di Schröder nella letteratura italiana, cfr. F. ANGIONI, *Il pericolo concreto come elemento della fattispecie penale*, 1981, vol. I, p. 76 ss. Si manifesta interesse per questa tipologia di reati nei lavori dell'VIII gruppo di lavoro dell'Associazione italiana dei professori di diritto penale, coordinato dal prof. M. Donini). Cfr. Relazione finale, sez. I: *Tutela della vita e della salute*, a cura di A. Gargani, S. Zirulia, D. Castronuovo), reperibile sul sito internet dell'Associazione.

Prima di trasferire queste considerazioni generali sul terreno di nostro interesse, ossia quello della tutela della salute pubblica in un contesto di emergenza sanitaria, occorrono alcune osservazioni preliminari.

In primo luogo, è necessario precisare che esula dalle nostre riflessioni il problema della tutela diretta dei beni individuali finali, vita e salute individuale, per i quali vengono in considerazione reati di danno, quali l'omicidio e le lesioni. La nostra indagine si concentra invece sull'utilizzo del diritto punitivo per contrastare la diffusione del contagio in un'ottica di tutela della funzionalità del sistema sanitario, in quanto bene giuridico strumentale per garantire la tutela dei beni finali: si concentra dunque sui reati di pericolo.

In secondo luogo, occorre sottolineare nuovamente che facciamo riferimento ad una situazione di emergenza sanitaria, ossia ad una emergenza determinata dalla presenza di un 'rischio sanitario' (che può essere riconosciuto dall'Organizzazione mondiale della sanità o che può trovare espressione nella dichiarazione dello stato di emergenza nazionale ai sensi del d.lgs. 1/2016): un rischio per la vita e per la salute di un numero indeterminato di persone, quale si verifica nel caso della diffusione di una malattia infettiva che si caratterizza per la sua spiccata capacità di propagazione e per la gravità delle patologie che può trasmettere.

### ***3.2.1. I possibili modelli di tutela: il modello degli illeciti contravvenzionali di pericolo astratto***

Un primo modello di tutela da sottoporre al vaglio del principio di offensività è quello di illeciti contravvenzionali di pericolo astratto, aventi ad oggetto la violazione delle misure di contenimento.

La plausibilità del ricorso a tale tecnica di tutela muove dalle caratteristiche del bene giuridico da tutelare. Sotto questo profilo, il bene giuridico tutelato, ossia la funzionalità del sistema sanitario, ha caratteristiche non dissimili, sotto il profilo della dimensione, dal bene ambientale: nell'uno come nell'altro caso, l'offesa al bene giuridico, nella forma del pericolo, proviene dalla serialità delle violazioni, posto che, nella maggior parte dei casi, la singola violazione non è in grado di mettere concretamente in pericolo il bene giuridico.

Che il pericolo di malfunzionamento del sistema sanitario possa derivare dall'inosservanza generalizzata delle misure di contenimento è evidente: se pensiamo, per fare un esempio, alla violazione dell'obbligo di indossare le mascherine protettive, il rischio di una consi-

stente crescita nel numero dei contagi e il conseguente pericolo di sovraccarico del sistema sanitario non si apprezza laddove si consideri isolatamente la singola condotta trasgressiva. Una tale condotta rivela invece la sua potenzialità lesiva quando sia considerata insieme ad altre condotte dello stesso tipo: se si considera una moltitudine di persone, in parte sane ed in parte infette, che circolano prive di protezione il rischio di una diffusione incontrollata del contagio e del conseguente impatto sul sistema sanitario è molto più palpabile.

Dunque, la 'dimensione' del bene giuridico da tutelare, in una con la considerazione della sua estrema rilevanza, possono portare a ritenere che, sotto il profilo dell'offensività, a prescindere, quindi, da ulteriori valutazioni politico-criminali, che richiedono una complessiva considerazione delle esigenze di prevenzione, da un lato, e delle istanze di sussidiarietà e di contenimento della risposta penale, dall'altro, l'impiego del pericolo astratto per la formulazione delle fattispecie di trasmissione del contagio sia da considerare legittimo.

Nella legislazione pandemica il tema si è posto con riferimento alla contravvenzione della violazione della quarantena da parte del soggetto positivo. La tipizzazione di questa fattispecie come ipotesi di pericolo astratto non pare andare incontro, per quanto sopra si è evidenziato, a particolari criticità, rimanendo sempre aperta la possibilità per il giudice di escludere in via interpretativa la rilevanza penale di condotte che, nel caso concreto, si siano rivelate completamente inoffensive: si pensi al caso del soggetto positivo, munito di mascherina e guanti, che sia sorpreso fuori casa nottetempo a buttare la spazzatura sul marciapiede di fronte a casa<sup>103</sup>.

Una volta ammesso che, in linea di principio, la tecnica del pericolo astratto è legittimamente utilizzabile per costruire fattispecie penali incentrate sulla violazione delle misure di contenimento, è necessario tuttavia chiedersi se il principio di offensività lasci aperta al legislatore penale la possibilità di utilizzare questo modello per *qualsiasi* misura di contenimento o se invece occorra operare alcune distinzioni.

---

<sup>103</sup> Cfr. S. FIORE, «*Va', va' povero untorello, non sarai tu quello che spianti Milano*». *La rilevanza penale della violazione della quarantena obbligatoria*, in *Sist. pen.*, 11, 2020, p. 18. Per un'assoluzione relativa alla contravvenzione in esame motivata in considerazione dell'inoffensività in concreto della condotta (trattavasi, in particolare, di un soggetto che, benché sottoposto alla misura della quarantena, era risultato 'negativo' ad un tampone effettuato poche ore dopo l'accertamento del fatto), cfr. Trib. Milano, 12 dicembre 2022. 3289 (inedita).

A nostro avviso occorre tener conto, innanzitutto, della natura delle misure di contenimento: in questo senso, l'utilizzo della pena ci pare debba essere escluso laddove lo stato di incertezza delle conoscenze scientifiche non consenta di ritenere dimostrato che l'adozione di una certa misura previene o quanto meno riduce il rischio di trasmissione del virus<sup>104</sup>. Così, ad esempio, se si ipotizza che il virus responsabile della grave pandemia in corso si trasmetta per via aerea, ma questa ipotesi non sia ancora dimostrata a causa della non definitività delle acquisizioni scientifiche, il legislatore non potrà sanzionare con la pena la violazione dell'obbligo di indossare la c.d. mascherina, piuttosto che la violazione del divieto di riunione o la violazione dell'obbligo di isolamento domiciliare per il soggetto positivo, posto che l'efficacia preventiva di queste misure non è ancora acclarata. Ciò non vuole dire che il decisore politico non potrà, in un contesto di incertezza, imporre tali misure di contenimento: certamente potrà farlo su di una base precauzionale, ma non potrà utilizzare la pena per punire i casi di inosservanza, dovendo piuttosto ricorrere alla sanzione amministrativa<sup>105</sup>. E questo perché è il pericolo, eventualmente anche nella sua dimensione astratta, ma in ogni caso reale – in quanto ancorato ad un sapere scientifico consolidato – a segnare il limite esterno dell'utilizzo della sanzione penale.

Merita di essere sottolineato, tra l'altro, che la scelta di non attribuire rilevanza penale, ma di configurare come illecito amministrati-

---

<sup>104</sup> Constata che la situazione pandemica “restituisce un'immagine chiaroscurale che mostra un intreccio forse inedito e da manuale tra precauzione e prevenzione, tra ancora ampia e profonda incertezza nomologica, tipica del principio di precauzione, e zone di maggiore solidità sul piano cognitivo, tipiche del principio di prevenzione” D. CASTRONUOVO, *I limiti sostanziali del potere punitivo nell'emergenza pandemica: modelli causali vs. modelli precauzionali*, in *La legislazione penale*, 10 maggio 2020.

<sup>105</sup> Nel senso che un rischio privo di basi scientifiche collaudate non possa sorreggere politiche repressive di beni fondamentali ma debba essere proporzionato a sanzioni più lievi, per es. amministrative e che proprio alla luce di queste premesse debba considerarsi ragionevole la scelta del legislatore dell'emergenza di non ricorrere alla sanzione penale per le inosservanze più formali delle norme di contenimento del contagio, cfr. M. DONINI in *Il dialogo Habermas-Günther riletto dalla cultura giuridica italiana*, cit., p. 5. Con specifico riferimento al tema della prevenzione del contagio nei luoghi di lavoro, cfr. V. MONGILLO, *Salute e sicurezza nei luoghi di lavoro in tempi di pandemia*, in *Sist. pen.*, 6, 2020, p. 315, il quale, pur partendo dalla convinzione che le misure di contenimento abbiano tendenzialmente una natura preventivo-cautelare, ritiene che in presenza di previsioni che abbiano invece un'inclinazione più precauzionale la soluzione più ragionevole “è *sine dubio* fare esclusivo ricorso a sanzioni di natura non penale”.

vo la violazione di misure adottate in attuazione del principio di precauzione è adottata espressamente in un disegno di legge avente ad oggetto la riforma dei reati in materia di sicurezza alimentare e di tutela della salute pubblica che è stato presentato al Parlamento nel corso della XVIII legislatura<sup>106</sup>.

Si consideri poi che la scelta di non attribuire rilevanza penale alla violazione di una misura di contenimento fino a che la sua capacità di prevenzione non sia fondata su acquisizioni scientifiche definitive consente anche di gestire in modo razionale l'eventuale evoluzione delle conoscenze scientifiche: laddove, infatti, l'ipotesi scientifica che giustifica la misura restrittiva fosse confermata, il legislatore, se lo reputasse necessario, potrebbe trasformare l'illecito amministrativo in illecito penale.

Sempre nel senso di selezionare le misure di contenimento la cui violazione può essere oggetto di reati di pericolo astratto rileva poi anche la carica offensiva della misura: come si osservava più sopra, infatti, il principio di offensività reclama che siano selezionate e possano considerarsi meritevoli di pena condotte che abbiano una 'identità offensiva pregnante' in termini di pericolosità rispetto al bene giuridico tutelato<sup>107</sup>. Partendo dal presupposto che il bene giuridico da tutelare nel contesto dell'emergenza pandemica sia la funzionalità del sistema sanitario, possono considerarsi 'pregnanti' le violazioni delle misure di contenimento del contagio che provengano da soggetti 'qualificati', la cui condotta commissiva o omissiva può generare un rischio di contagio per un numero significativo di persone: si pensi al direttore sanitario di una RSA o di un ospedale che non adotti le misure necessarie per salvaguardare i pazienti, piuttosto che all'autorità aeroportuale che non esegua i controlli necessari per impedire l'ingresso sul territorio dello Stato di soggetti infetti o ancora al medico che non emetta il provvedimento di isolamento domiciliare per i soggetti di cui sia stata accertata la positività. Si potrebbe pensare anche al datore di lavoro che non adotta le misure di contenimento previste dai protocolli anti-Covid, anche se in questo caso le condotte

---

<sup>106</sup> Cfr. in particolare art. 5 *bis* d.d.l. 2427/2020 a norma del quale "Chiunque non ottempera alle misure provvisorie di gestione del rischio adottate dalle autorità dell'Unione europea o nazionali in attuazione del principio di precauzione in materia alimentare è punito con la sanzione amministrativa pecuniaria da euro 1.500 a euro 15.000", su cui D. CASTRONUOVO, *La riforma dei reati a tutela della salute pubblica e della sicurezza alimentare. Appunti sul d.d.l. 2427*, in *Dir. pen. cont. Riv. trim.*, 4, 2020, p. 179.

<sup>107</sup> Cfr. *supra*, par. 3.1.

sono 'attratte' nel sistema di prevenzione sulla sicurezza del lavoro di cui al t.u. 81/2008<sup>108</sup>.

La possibilità di elevare la violazione di singole misure di contenimento ad illeciti contravvenzionali di pericolo astratto può riguardare anche le condotte 'pregnanti' del cittadino comune, come ad esempio la violazione della quarantena del soggetto positivo o la violazione del divieto di organizzare un raduno con un certo numero di partecipanti. Al contrario, ci sembra, non potrà considerarsi 'pregnante' la violazione del coprifuoco notturno o la violazione dell'obbligo di mantenere il distanziamento sociale da parte del singolo cittadino.

### *3.2.2. Il modello del delitto di pericolo concreto 'a forma libera'*

In alternativa al modello ora delineato, al fine di garantire la tutela della salute pubblica nel contesto di una emergenza sanitaria si potrebbe immaginare una figura delittuosa che subordini la violazione di una qualsiasi misura di contenimento del contagio adottata dall'autorità alla condizione che ne derivi un pericolo per la salute pubblica. Si potrebbe parlare in questo caso di un reato 'a forma libera', in quanto reprime la messa in pericolo della salute pubblica come conseguenza della violazione di qualsiasi misura di contenimento del contagio.

Questo è il modello utilizzato, ad esempio, nell'ordinamento cileno ove, già prima dell'avvento della pandemia, esisteva nel codice penale una disposizione, l'art. 318, con la quale si punisce chi, violando in tempo di catastrofe, epidemia o contagio le misure igienico-sanitarie dettate dall'autorità, mette in pericolo la salute pubblica: la disposizione è stata riformata con la legislazione emergenziale pandemica, che ha inasprito il trattamento sanzionatorio, prevedendo la pena alternativa della multa da 6 a 200 UTM (in euro: da 300 a 11.000) o della reclusione da 61 giorni a 3 anni, ed ha introdotto una circostanza aggravante per il caso in cui il fatto fosse commesso attraverso l'organizzazione di spettacoli o feste<sup>109</sup>.

---

<sup>108</sup> Dopo qualche tentennamento iniziale, è oggi pacifico che il rischio Covid sia da considerarsi tra i rischi di impresa che il datore di lavoro è tenuto a valutare e a gestire secondo quanto previsto dal t.u. 81/2008, con le correlative responsabilità, anche penali, per il caso di inadempimento di tali obblighi. Cfr. V. MONGILLO, *Salute e sicurezza nei luoghi di lavoro in tempi di pandemia*, in *Sist. pen.*, 6, 2020, p. 305 ss.

<sup>109</sup> *Artículo 318. El que pusiere en peligro la salud pública por infracción de las*

Con riferimento alla esperienza cilena è interessante notare che – per l'impellente necessità di garantire il rispetto delle misure di contenimento del contagio in una situazione di drammatica diffusione della pandemia ed in considerazione anche delle gravi difficoltà in cui versava il sistema sanitario – la giurisprudenza, sotto la spinta delle Procure, ha trasformato in via interpretativa la fattispecie contenuta nell'art. 318 del codice penale in un reato di pericolo astratto, partendo dal presupposto che, in una condotta di violazione di una misura di contenimento, la pericolosità per la salute pubblica possa considerarsi *in re ipsa*. Ciò ha comportato l'apertura di centinaia di migliaia di procedimenti penali in cui si è contestata, nella maggior parte dei casi, la violazione della misura del coprifuoco notturno imposto per alcuni mesi all'intera popolazione<sup>110</sup>.

Tale orientamento è stato fortemente criticato dalla dottrina, che ha proposto una rilettura della fattispecie, accolta poi dalla giurisprudenza della Corte Suprema<sup>111</sup>. Da un lato, la Corte ha censurato l'interpretazione della disposizione come reato di pericolo astratto, in quanto non consentita dalla stessa lettera della legge; dall'altro, non ha fatto propria l'interpretazione della disposizione secondo lo schema del pericolo concreto, ritenendo che per garantire l'operatività della disposizione non si potesse pretendere una prognosi di perico-

---

*reglas higiénicas o de salubridad, debidamente publicadas por la autoridad, en tiempo de catástrofe, epidemia o contagio, será penado con presidio menor en su grado mínimo a medio o multa de seis a doscientas unidades tributarias mensuales. Será circunstancia agravante de este delito cometerlo mediante la convocatoria a espectáculos, celebraciones o festividades prohibidas por la autoridad sanitaria en tiempo de catástrofe, pandemia o contagio.* La disposizione è stata oggetto di una sentenza della Corte costituzionale che ha dichiarato l'illegittimità della pena detentiva, per contrarietà al principio di proporzionalità della pena, così che attualmente la disposizione è sanzionata solo con la pena pecuniaria. Cfr. *Tribunal Constitucional*, 5 gennaio 2021, Rol 8950-20, in *Criminal Justice Network*, 21 gennaio 2021, con nota di J.E. VEAS.

<sup>110</sup> La dottrina ha parlato di 'effetto Cenerentola' per indicare il fatto, paradossale, che allo scoccare del coprifuoco la passeggiata serale del cittadino si trasformava in una condotta criminosa, pericolosa per la salute pubblica. Cfr. F. LONDOÑO, *L' "effetto Cenerentola": la magia di una politica di persecuzione penale contra legem*, in *Criminal Justice Network*, 8 settembre 2020.

<sup>111</sup> Corte Suprema de 25 de marzo de 202, su cui cfr. F. LONDOÑO, *Peligro hipotético y delito contra la salud pública bajo pandemia de COVID-19: La jurisprudencia de la Corte Suprema a la luz del trabajo seminal de Ángel Torío*, in F. LONDOÑO, F. MALDONADO, J.P. MANALICH (a cura di), *Los delitos contra la salud pública durante la pandemia*, 2021, p. 239 ss. (ed anche in *Criminal Justice Network*, 3, 2021, p. 101).

losità a base totale. Secondo la Corte Suprema, l'art. 318 c.p. deve essere interpretato come un reato appartenente ad una categoria intermedia tra i reati di pericolo astratto e i reati di pericolo concreto, "una categoria – afferma la Corte – chiamata di pericolo ipotetico, o astratto-concreto", in cui l'accertamento del giudice è limitato ad alcune specifiche circostanze (come ad esempio, nel caso di violazione del coprifuoco notturno, il fatto che il trasgressore si sia recato in un luogo affollato), facendo invece astrazione dalle altre circostanze del caso (come, ad esempio, le condizioni di salute o il grado di immunità dei partecipanti)<sup>112</sup>.

### 3.2.3. *Il modello del delitto di 'pericolo qualificato a forma vincolata'*

Un ulteriore modello di incriminazione, che potrebbe affiancarsi o sostituirsi al modello degli illeciti di pericolo astratto<sup>113</sup>, quale presidio di misure di contenimento del contagio in situazioni di emergenza sanitaria, potrebbe essere offerto da una peculiare forma di reato di pericolo concreto, che potremmo designare come 'reato di pericolo qualificato a forma vincolata'.

Cerchiamo di chiarire in che senso parliamo, da un lato, di 'pericolo qualificato' e, d'altro lato, di 'forma vincolata'.

Con l'espressione 'pericolo qualificato' intendiamo riferirci a condotte che danno vita ad un pericolo particolarmente grave di diffusione del contagio. La nuova fattispecie di reato, infatti, nel nostro intento, dovrebbe essere destinata a colpire quelle condotte, nella stragrande maggioranza dei casi di natura colposa<sup>114</sup>, che, in consi-

---

<sup>112</sup> Sull'utilizzo di questa categoria di reati da parte della sentenza della Cassazione cfr. F. LONDOÑO, *Peligro hipotético*, cit. Sui problemi di tipizzazione del pericolo nei reati a tutela della salute pubblica in situazioni di emergenza sanitaria cfr. anche J.P. MANALICH, *Los delitos contra la salud pública en situación de pandemia como delitos de peligro abstracto contra la salud individual. Una propuesta de interpretación de los arts. 318, 318 bis y 318 ter del Código Penal*, in F. LONDOÑO, F. MALDONADO, J.P. MANALICH (a cura di), *Los delitos contra la salud pública*, cit., p. 127 ss.

<sup>113</sup> Per alcune riflessioni in merito alla complessiva configurazione del sistema degli illeciti punitivi da adottare in situazione di emergenza sanitaria, alla luce anche di considerazioni di politica criminale fondate sul principio di sussidiarietà del diritto penale cfr. *infra*, cap. 7.

<sup>114</sup> Come è stato osservato in dottrina, la crisi sanitaria si è caratterizzata per essere essenzialmente «un'emergenza da rischio a struttura colposa», così R. BARTOLI, *Il diritto penale al tempo del coronavirus: problematiche e prospettive*, in *Sist. pen.*, 24 aprile 2020.

derazione delle particolari circostanze in cui si verifica il fatto o della particolare posizione rivestita dall'autore, sono destinate a ripercuotersi significativamente sull'andamento dei contagi e quindi sulla tenuta del sistema sanitario. Si pensi a violazioni di misure da cui possano derivare focolai epidemici all'interno di strutture chiuse, 'abitate' da soggetti particolarmente fragili, come potrebbe essere una RSA, un ospedale o anche una REMS o un istituto penitenziario, oppure violazioni da cui possa derivare l'esposizione al contagio di un numero particolarmente elevato di persone, come nel caso di un concerto o di un evento sociale.

Prima di dedicare qualche riflessione alla tipizzazione della condotta e più in generale alle caratteristiche che potrebbe avere questa figura di reato, è bene chiarire quale sia l'esigenza a cui un tale reato potrebbe rispondere. A tale proposito occorre innanzitutto evidenziare che, nel contesto della recente emergenza sanitaria, il compito di reprimere i casi in cui dalla violazione delle misure di contenimento derivano le più gravi conseguenze sul piano della tutela della salute collettiva è stato attribuito al delitto di epidemia, previsto all'art. 438 c.p. (e all'art. 452 c.p. nella forma colposa)<sup>115</sup> che, come noto, subordina la punibilità delle condotte di diffusione del contagio alla verifica di un evento, l'epidemia appunto, dotato di una duplice natura: un evento di danno, in quanto richiede l'avvenuto contagio di un certo numero di persone, e un evento di pericolo (un pericolo concreto), in quanto dall'avvenuta infezione di questi soggetti derivi il pericolo di un'ulteriore incontrollata diffusione del contagio<sup>116</sup>.

L'esperienza della recente pandemia ha dimostrato tuttavia la sostanziale impraticabilità di fattispecie costruite sul modello dei reati di evento, in ragione delle insormontabili difficoltà nell'accertamento

---

<sup>115</sup> Ciò si ricava espressamente dall'art. 4 co. 6 d.l. 19/2020, laddove si prevede che la contravvenzione della violazione della quarantena del positivo si applica "salvo che il fatto costituisca violazione dell'articolo 452 del codice penale o comunque più grave reato", nonché indirettamente dal co. 1 dello stesso articolo, in base al quale la sanzione amministrativa prevista per la violazione delle altre misure di contenimento del contagio si applica "salvo che il fatto costituisca reato".

<sup>116</sup> Per un commento alla disposizione cfr. S. CORBETTA, *Delitti contro l'incolumità pubblica – II. I delitti di comune pericolo mediante frode*, in G. MARINUCCI, E. DOLCINI (diretto da), *Trattato di diritto penale. Parte speciale*, vol. II, tomo II, 2014, p. 82 ss.; A. GARGANI, *Il danno qualificato dal pericolo. Profili sistematici e politico-criminali dei delitti contro l'incolumità pubblica*, 2005, p. 338 ss.; ID., *Reati contro l'incolumità pubblica – II. Reati di comune pericolo mediante frode*, in C.F. GROSSO, T. PADOVANI, A. PAGLIARO, *Trattato di diritto penale. Parte speciale*, vol. IX, tomo II, 2013, p. 204.

del nesso causale tra la condotta e l'evento di danno (il contagio): difficoltà che si riscontrano laddove il veicolo dell'epidemia sia rappresentato da un *virus* altamente trasmissibile e 'ubiquitario'<sup>117</sup>. Lo conferma il fatto che, per lo meno sino ad oggi, i procedimenti penali avviati per i reati di epidemia non siano mai giunti all'accertamento di una responsabilità penale, arrestandosi sempre sullo scoglio dell'accertamento causale e questo sia nel caso in cui gli imputati fossero singoli cittadini 'infetti', cui la fattispecie è stata contestata come conseguenza della violazione degli obblighi di isolamento domiciliare, sia nel caso di titolari di posizioni di garanzia cui il reato è stato contestato in forma omissiva per non avere adottato misure preventive idonee ad evitare il contagio, vuoi in quanto amministratori di RSA o datori di lavoro o anche decisori politici<sup>118</sup>.

Proprio partendo da tale constatazione, l'ipotesi che si avanza è che, per assicurare la tutela della salute pubblica nel contesto di un'emergenza sanitaria, sia necessario introdurre una fattispecie che vada ad occupare una posizione intermedia, in termini di anticipazione della tutela, tra gli illeciti contravvenzionali di pericolo astratto consistenti nella violazione delle misure di contenimento e il delitto di epidemia, reato di pericolo concreto, che, peraltro, come si è visto, richiede anche la verifica di un evento dannoso pressoché impossibile da dimostrare<sup>119</sup>: una fattispecie delittuosa che punisca, anche a titolo di colpa, la violazione di alcune specifiche e particolarmente rilevanti misure di contenimento, quando dalla loro violazione derivi un grave pericolo di diffusione del contagio.

È bene segnalare che, in dottrina, per rispondere a questo deficit di tutela, ed in particolare per rispondere all'esigenza "di disporre di fattispecie incriminatrici incentrate sul pericolo di trasmissione del

---

<sup>117</sup> Sui problemi di inutilizzabilità della fattispecie in ragione delle difficoltà nell'accertamento del nesso causale cfr. *supra*, cap. 2, par. 3.2.

<sup>118</sup> Per i riferimenti giurisprudenziali cfr. *supra*, cap. 2, par. 3.2.

<sup>119</sup> Avverte "la mancanza di un 'anello' o forse di più di uno tra il pericolo astratto creato dal contagiato che viola la quarantena e il mega evento epidemico attorno al quale è costruita la fattispecie codicistica" S. FIORE, *Va', va' povero untorello*, cit., p. 21. Ritiene necessario individuare delle forme alternative di tutela rispetto al paradigma del delitto penale di evento, che siano incentrate sull'anticipazione della soglia di punibilità anche A. GARGANI, *Delitti di pericolo personale e individuale. osservazioni in prospettiva di riforma*, in *La legislazione penale*, 9 settembre 2020, p. 2, il quale sottolinea come questa diversa alternativa contribuirebbe ad eliminare "le frequenti deformazioni applicative del diritto penale di evento".

virus e, come tali, non sottoposte alle stringenti regole di accertamento del nesso eziologico”, è stata di recente avanzata la proposta di introdurre nell’ordinamento una nuova categoria di illeciti di pericolo personale e individuale, quali forme *sui generis* di attentato alla vita e alla salute individuale, da applicarsi anche al di fuori del contesto dell’emergenza sanitaria<sup>120</sup>.

Diversamente da questa proposta, noi intendiamo muoverci nella prospettiva di reati di ‘pericolo comune’, nella logica cioè di fattispecie a tutela della salute pubblica. In particolare, immaginiamo una fattispecie da attivare solo in situazioni di emergenza sanitaria e destinata ad operare in relazione a condotte, commissive o omissive, che – in quanto creino un grave pericolo di diffusione del contagio nello specifico contesto dell’emergenza – siano pericolose per la funzionalità del sistema sanitario, mettendo sotto stress la capacità del sistema di approntare cure adeguate alla collettività<sup>121</sup>.

Dal punto di vista della struttura, nel punire condotte che creano un grave pericolo di verificazione di un evento disastroso per la pubblica incolumità, la fattispecie che stiamo ipotizzando è simile a figure di reato già esistenti nel codice penale: il riferimento è in particolare all’art. 450 c.p. che punisce delitti colposi che si caratterizzano in quanto incriminano la creazione del pericolo di verificazione di vari ‘disastri’<sup>122</sup>. Per alcuni versi, la nostra proposta prende spunto dalla figura delittuosa di disastro sanitario che si vorrebbe introdurre nell’ordinamento all’interno di una più complessiva riforma dei reati agroalimentari (d.d.l. 2427/2020) ed in particolare da alcune proposte

---

<sup>120</sup> A. GARGANI, *Delitti di pericolo personale e individuale. osservazioni in prospettiva di riforma*, cit. Tale proposta, ampiamente articolata, è contenuta anche nella Relazione finale dell’VIII gruppo di lavoro dell’Associazione italiana dei professori di diritto penale, coordinato dal prof. M. Donini). Cfr. Relazione finale, sez. I: *Tutela della vita e della salute*, a cura di A. Gargani, S. Zirulia, D: Castronuovo), reperibile sul sito internet dell’Associazione.

<sup>121</sup> In una prospettiva *de iure condendo*, la fattispecie, pur potendosi applicare solo in situazioni di emergenza sanitaria, sarebbe quindi a nostro avviso da collocare concettualmente all’interno del titolo VI del codice penale, nel capo II tra i ‘delitti di comune pericolo mediante frode’. Cfr. il già citato d.d.l. 2427 per una proposta di ridenominazione delle intitolazioni del titolo VI del codice penale e dei capi I e II, per effetto della quale il titolo VI sarebbe denominato Dei delitti contro l’incolumità e la salute pubblica e i capi I e II rispettivamente, Dei delitti di comune pericolo contro l’incolumità pubblica e Dei delitti di comune pericolo contro la salute pubblica e la sicurezza delle acque, degli alimenti e dei medicinali.

<sup>122</sup> Su tale categoria di reati cfr. S. CORBETTA, *Delitti contro l’incolumità pubblica – II. I delitti di comune pericolo mediante violenza*, cit., p. 82 ss.; p. 24.

avanzate in dottrina volte a modificare la previsione di quella fattispecie: il disastro sanitario dovrebbe configurarsi come un reato di concreto pericolo per la salute pubblica, nel quale il pericolo – dotato di particolare gravità e diffusività –, si verifica in conseguenza della commissione di specifiche condotte ed in presenza di alcuni significativi “indicatori del disastro”<sup>123</sup>.

Rimane a questo punto da chiarire che cosa intendiamo definendo il nuovo, ipotetico reato ‘di pericolo qualificato’ come reato ‘a forma vincolata’: si tratta in altre parole di interrogarsi sui criteri di selezione delle violazioni dalle quali può discendere il ‘grave pericolo di diffusione del contagio’ penalmente rilevante. Sul punto valgono le osservazioni che abbiamo già sviluppato in relazione al modello dei reati di pericolo astratto: dovrà trattarsi, innanzitutto, di misure con funzione preventiva, cioè misure la cui capacità di contenimento del contagio sia basata su un corroborato sapere scientifico, dovendosi invece escludere che misure di natura precauzionale possano essere poste a fondamento di reati di pericolo concreto<sup>124</sup>. In secondo luogo, dovrà trattarsi di violazioni ‘pregnanti’, che siano cioè espressive di una particolare offensività: per riprendere gli esempi fatti più sopra, con particolare riferimento ai ‘garanti’, si pensi alla violazione dell’obbligo imposto al datore di lavoro di adottare le misure contenute nei protocolli finalizzati a prevenire e ridurre il contagio all’interno dei luoghi di lavoro<sup>125</sup>; alla violazione dell’obbligo, previsto in capo all’amministratore di una RSA, di attuare le specifiche misure di pro-

---

<sup>123</sup> Il riferimento è in particolare alla proposta di D. CASTRONUOVO, *La riforma dei reati a tutela della salute pubblica e della sicurezza alimentare*, cit., il quale nel commentare la fattispecie di disastro sanitario (art. 445 bis c.p.), contenuta nel d.d.l. 2427, avente ad oggetto la riforma dei reati in materia di sicurezza alimentare e di tutela della salute pubblica, suggerisce di definire il disastro sanitario quale “un concreto pericolo per la salute pubblica dotato di particolare gravità e diffusività”: tale disastro, che acquisisce rilevanza (secondo quanto già previsto nel d.d.l.) in quanto derivi dai fatti di cui agli artt. 440, 440 bis, 440 ter, 440 quater, 441, 443 e 445 del codice penale, dovrebbe ritenersi sussistente in presenza di alcuni indicatori ‘sintomatici del disastro’, quali il numero di persone esposte al rischio nonché alla ‘presenza’ di eventi dannosi a carico della vita o della salute di una pluralità di persone.

<sup>124</sup> Pur ammettendo in casi limite la possibilità di porre misure precauzionali a fondamento di reati di pericolo astratto (cfr. *supra*, nt. 97), esclude questa possibilità con riferimento ai reati di pericolo concreto D. PULITANÒ, *Diritto penale*, IX ed., 2021, p. 201 s.

<sup>125</sup> Nella legislazione pandemica di contrasto al Covid-19, tale obbligo in capo al datore di lavoro è previsto dall’art. 1 co. 14 d.l. 16 maggio 2020, n. 33, conv. l. 14 luglio 2020, n. 74.

tezione necessarie per salvaguardare i pazienti della struttura; alla violazione degli specifici obblighi che incombono sul medico e sul personale sanitario in situazione di diffusione di malattie infettive. Con riferimento, invece, al cittadino comune le violazioni 'pregnanti' potrebbero essere rappresentate dalla violazione della quarantena da parte del positivo o dal divieto di organizzare raduni.

Quanto alla struttura offensiva, pensiamo, come già evidenziato, ad un reato di pericolo concreto. Tuttavia, al fine di garantire la determinatezza della fattispecie ed evitare semplificazioni probatorie che potrebbero portare, come l'esperienza cilena ha mostrato, a trasformare surrettiziamente il pericolo concreto in un pericolo astratto, sarebbe a nostro avviso necessario tipizzare espressamente alcuni indici di pericolosità della condotta, al cui positivo accertamento subordinare la sussistenza del fatto<sup>126</sup>.

Per individuare i fattori che, in una situazione di emergenza sanitaria, rendono particolarmente pericolosa la violazione di una misura di contenimento occorre guardare al bene giuridico tutelato che, nel caso di cui si tratta, è la salvaguardia della funzionalità del sistema sanitario. Come sappiamo, ciò che può mettere in scacco il sistema, con riflessi drammatici sulla tutela della salute pubblica, è l'afflusso massiccio di pazienti infetti che richiedano contemporaneamente l'accesso alle terapie intensive o comunque una ospedalizzazione. Ciò premesso, ci pare che quel che rende particolarmente pericolosa la violazione delle misure di contenimento è, da un lato, l'esposizione al contagio di un numero rilevante di persone e, dall'altro, la capacità di diffusione dell'agente patogeno e la severità della malattia derivante dal contagio nel momento della commissione della condotta: sono questi, dunque, i parametri sui quali il giudice dovrà fondarsi per l'accertamento nel caso concreto del pericolo<sup>127</sup>. Da altre circostanze, (quali, ad esempio, lo

---

<sup>126</sup> Interessanti spunti di riflessione nel senso della tipizzazione del pericolo in fattispecie poste a tutela della salute pubblica vengono da D. CASTRONUOVO, *La riforma dei reati a tutela della salute pubblica e della sicurezza alimentare*, cit., che, riflettendo *de iure condendo* sulle fattezze di un nuovo delitto di disastro sanitario (art. 445 *bis* c.p.), propone di tipizzare il "pericolo concreto di particolare gravità e diffusività" in sui si dovrebbe sostanziare il disastro sanitario, facendo riferimento anche (oltre alla 'presenza' di eventi dannosi a carico della vita o della salute di una pluralità di persone) al "numero di persone esposte al pericolo".

<sup>127</sup> Se è vero che il carattere di diffusività e severità della malattia è implicito nel presupposto dell'emergenza sanitaria, cui è subordinata l'applicabilità della fattispecie, tuttavia la previsione di una loro espressa previsione quali indici di tipizzazione del pericolo impone al giudice un accertamento in concreto di questi requisiti. Ciò è coerente con il principio di offensività, da cui discende la necessità

stato di salute o il grado di immunizzazione dei soggetti esposti al contagio per effetto della condotta dell'autore) che difficilmente potrebbero essere accertati in concreto si farà invece astrazione, se non si vuole condannare la nuova figura di reato a rimanere sulla carta.

Un'ultima considerazione deve farsi con riferimento al versante sanzionatorio, nel senso che all'anticipazione di tutela che si realizza consentendo la punibilità di condotte che creano un mero pericolo di trasmissione del contagio dovrà corrispondere una congrua riduzione della pena rispetto a quella attualmente prevista per il reato di epidemia, che subordina la punibilità all'accertamento dell'avvenuto contagio<sup>128</sup>. Per ulteriori considerazioni relative alla tipologia sanzionatoria rinviamo alle riflessioni sviluppate nel capitolo conclusivo.

---

di prevedere misure punitive flessibili (cfr. *supra*, par. 2.4.3), in grado di adattarsi al mutevole contesto di una pandemia, anche e soprattutto in relazione alla gravità delle conseguenze del contagio.

<sup>128</sup>Nel senso che “tanto maggiore è la distanza dell'atto dall'effettiva lesione dell'interesse, quanto meno severa dovrà essere la pena” cfr. F. VIGANÒ, *La proporzionalità della pena*, 2021, p. 181.



**SEZIONE III**  
**CONSIDERAZIONI CONCLUSIVE**



## CAPITOLO 7

# PROPOSTE PER LA COSTRUZIONE DI UN SISTEMA DI ILLECITI PUNITIVI A TUTELA DELLA SALUTE PUBBLICA IN UN CONTESTO DI EMERGENZA SANITARIA

SOMMARIO: 1. Presentazione dei punti di arrivo della ricerca. – 2. Per una regolamentazione anticipata di un sistema di illeciti punitivi a tutela della salute pubblica in presenza di un'emergenza sanitaria. – 3. Le scelte legislative sul sistema degli illeciti punitivi a tutela della salute pubblica: criteri di politica criminale. – 4. Il primo gradino del sistema: la scelta tra gli illeciti amministrativi e gli illeciti penali di pericolo astratto per sanzionare la violazione delle misure di contenimento. – 4.1. La contravvenzione della violazione della quarantena del positivo: riflessioni nel senso di una sua depenalizzazione. – 5. Il secondo gradino del sistema: l'introduzione di un reato di pericolo concreto di contagio. – 5.1. I problemi della colpa nel contesto dell'emergenza sanitaria: la problematicità dell'art. 590 *sexies* c.p. e la disciplina emergenziale dell'art. 3 *bis* d.l. 44/2021. – 5.2. Lezioni dall'esperienza pandemica nella prospettiva di una riforma della colpa medica. – 5.3. Non solo colpa medica: la soluzione francese al problema della colpa nell'emergenza sanitaria. – 6. Conclusioni.

### 1. *Presentazione dei punti di arrivo della ricerca*

All'esito del percorso di ricerca che abbiamo compiuto, avvalendoci anche di spunti di riflessione provenienti dal confronto con le esperienze di altri ordinamenti, possiamo trarre alcune conclusioni nella forma di indicazioni rivolte ad un futuro legislatore che intenda 'attrezzare' l'ordinamento in vista di future evenienze pandemiche.

Una prima conclusione riguarda l'opportunità di dotare l'ordinamento di un sistema di illeciti punitivi a tutela della salute pubblica, ed in particolare a salvaguardia del sistema sanitario, che siano uti-

lizzabili in caso di emergenza sanitaria. I vantaggi che derivano dalla predisposizione anticipata di un sistema di illeciti, da collocare all'interno di una normativa organica per la prevenzione e la gestione degli eventi pandemici, si apprezzano, come dimostrano alcune esperienze straniere, tanto sul piano della legalità delle scelte punitive, quanto sul piano di un uso razionale e contenuto degli strumenti punitivi.

Le altre conclusioni riguardano invece la fisionomia che dovrà assumere il sistema degli illeciti punitivi. In tale sistema – che immaginiamo strutturato su tre 'gradini' secondo un principio di progressione dell'offesa (e correlativa progressione sanzionatoria) – al primo gradino sono da collocare gli illeciti amministrativi derivanti dalla violazione delle misure di contenimento del contagio: nella scelta tra la pena o la sanzione amministrativa optiamo per questa ultima sulla base di valutazioni politico-criminali legate all'efficacia ed alla tempestività di tale strumento sanzionatorio.

Sempre valutazioni politico-criminali ci inducono a proporre una depenalizzazione dell'attuale contravvenzione di violazione della quarantena del positivo, da collocare dunque anch'essa al 'primo gradino', insieme agli altri illeciti amministrativi.

Al 'secondo gradino' del sistema, proponiamo di introdurre un reato di pericolo concreto, finalizzato a punire le violazioni delle più gravi misure di contenimento del contagio, quando dalle stesse derivi un grave pericolo di diffusione del contagio. Tale reato 'a condotta pericolosa' – le cui caratteristiche abbiamo delineato nel capitolo precedente vagliando la conformità al principio di offensività di diversi modelli di tutela<sup>1</sup> – mira ad occupare lo spazio ora attribuito ai delitti di evento a tutela della vita e della salute individuale, nonché della salute pubblica (essenzialmente: lesioni, omicidio ed epidemia). È questa una scelta che muove dalla constatazione dell'inutilizzabilità, nella materia della trasmissione del contagio, di fattispecie costruite sul modello dei reati di evento, per la sostanziale impossibilità di accertare il nesso causale.

Sempre in relazione a questo reato 'a condotta pericolosa', riteniamo opportuno limitarne la punibilità ai soli casi di colpa grave: è questa una conclusione cui arriviamo sulla scorta del vivace dibattito dottrinale relativo alla conformazione della 'colpa' in emergenza e delle soluzioni adottate dal legislatore dell'emergenza, nel nostro come in altri ordinamenti, per rispondere alle istanze di contenimento del 'rischio penale'.

---

<sup>1</sup> Cfr. *supra*, cap. 6, par. 3.2.1. ss.

Al terzo livello del sistema, si collocano infine i delitti di evento, già previsti nell'ordinamento, destinati ad essere applicati nei rari casi in cui risulti possibile l'accertamento del nesso di causalità.

Nei paragrafi che seguono illustreremo, più distesamente, le conclusioni qui sinteticamente abbozzate.

## **2. Per una regolamentazione anticipata di un sistema di illeciti punitivi a tutela della salute pubblica in presenza di un'emergenza sanitaria**

Come anticipato, la prima conclusione a cui siamo pervenuti riguarda l'opportunità di attrezzare l'ordinamento in vista di nuove, e purtroppo non improbabili, evenienze epidemiche<sup>2</sup>, traendo insegnamenti dalla tragica esperienza della pandemia. Su questo fronte la sfida principale che attende il legislatore è rappresentata da un serio sforzo di riorganizzazione del sistema sanitario e, nello specifico, da una regolamentazione organica del sistema di prevenzione e gestione degli eventi pandemici che sia in linea con le indicazioni provenienti dalle normative sovranazionali<sup>3</sup>. All'interno di questo ampio progetto di riforma, dovrebbe trovare posto anche, a nostro avviso, la costruzione di un sistema razionale di illeciti amministrativi e penali a tutela della salute pubblica – ed in particolare, per le ragioni già viste, a tutela della funzionalità del sistema sanitario –: un sistema di illeciti che sia 'pronto all'uso' nel momento in cui venga in essere una situazione di emergenza sanitaria.

In effetti, l'esperienza pandemica ha mostrato che, in mancanza di una regolamentazione legislativa *ad hoc*, gli organi governativi si tro-

---

<sup>2</sup> Il tema è all'ordine del giorno dell'OMS. Significativo in questo senso il documento presentato a seguito della 71<sup>a</sup> sessione del Comitato regionale per l'Europa dell'OMS ("*Building resilience and readiness for the future*") ove si analizzano le lezioni apprese dalla pandemia per non arrivare un'altra volta impreparati di fronte a future emergenze sanitarie, cfr. *Resilienza sistemi sanitari fondamentale per future emergenze*, in [www.quotidianosanita.it](http://www.quotidianosanita.it).

<sup>3</sup> Sulla sostanziale assenza, nel sistema della sanità pubblica, di strategie di prevenzione e gestione degli eventi pandemici sia a livello statale, sia a livello regionale, nonostante le Raccomandazioni rivolte agli Stati membri tanto dall'OMS, quanto dall'UE circa la necessità di adottare piani nazionali per fronteggiare tali rischi, considerati tutt'altro che remoti, cfr. G. DODARO, *Riflessioni penalistiche su strategie di gestione del rischio pandemico e responsabilità dei governanti*, in *Dir. pen. uomo*, 30 settembre 2020.

vano a dover assumere in breve tempo, nel contesto convulso di una pandemia montante, decisioni funzionali ad evitare il collasso del sistema sanitario, attraverso politiche di contenimento del contagio che implicano sacrifici rilevanti di diritti e libertà individuali: decisioni importanti, che implicano complessi bilanciamenti tra beni contrapposti e che richiedono valutazioni delicate sulla sanzionabilità di obblighi che traggono la loro fonte da doveri di solidarietà sociale, vengono di fatto assunte marginalizzando il Parlamento<sup>4</sup>. Tale *deficit* di democraticità, in parte connaturato a situazioni di emergenza, verrebbe almeno attenuato laddove l'ordinamento potesse contare su di un quadro legislativo che disciplinasse in modo dettagliato ed organico gli obblighi che sorgono tanto in capo ai 'garanti', quanto per i cittadini comuni; che tipizzasse le misure di contenimento del contagio che l'autorità amministrativa può adottare sulla base di criteri predeterminati; che individuasse le responsabilità amministrative e penali derivanti dalla mancata osservanza degli obblighi e delle misure previste.

Come abbiamo già avuto modo di evidenziare, un ordinamento da cui trarre ispirazione, in questo senso, è quello tedesco, dotato di una legge organica finalizzata alla prevenzione ed al contrasto della diffusione di malattie infettive (*Infektionsschutzgesetz, IfSG*)<sup>5</sup>. Tale legge, che è stata modificata e perfezionata nel corso della pandemia per renderla funzionale ad emergenze di rilievo nazionale, regola in modo dettagliato scopi e presupposti delle politiche sanitarie in materia, individuando nella salvaguardia del sistema sanitario l'obiettivo primo delle politiche di contenimento del contagio: un obiettivo per il raggiungimento del quale le amministrazioni federali, regionali e locali, le istituzioni scientifiche, il personale sanitario, i datori di lavoro ed anche i singoli cittadini sono chiamati ad un dovere generale di cooperazione. All'interno di tale legge vengono poi individuati gli obblighi ai quali i vari soggetti sono tenuti nel momento in cui si diffonde una malattia pericolosa, vengono tipizzate le misure di contenimento del contagio che le autorità amministrative (federali o regionali) possono imporre alla collettività o a singole categorie di soggetti e viene previsto un sistema di illeciti punitivi, amministrativi e penali, per la violazione degli obblighi e delle misure adottate. Anche sotto il profilo delle scelte sanzionatorie, l'esperienza tedesca ci pare confermare che una regolamentazione anticipata delle eventuali re-

---

<sup>4</sup> Cfr. *supra*, cap. 4.

<sup>5</sup> Cfr. *supra*, cap. 4, par. 2.2.

sponsabilità che possono sorgere per condotte offensive della salute pubblica nel contesto dell'emergenza assicurino un utilizzo del diritto punitivo contenuto e rispettoso della legalità: cosa tutt'altro che scontata – come le vicende di altri ordinamenti hanno mostrato – quando l'introduzione di illeciti funzionali a garantire l'osservanza di misure essenziali per contenere il contagio avvenga con legislazioni emergenziali nel contesto di una drammatica crisi sanitaria.

Occorre infine considerare che i vantaggi di una regolamentazione anticipata degli obblighi, delle misure di contenimento e degli illeciti amministrativi e penali per i casi di inosservanza si possono apprezzare anche sul piano della qualità della formulazione dei precetti, posto che, come la legislazione di contrasto al Covid-19 ha mostrato, l'urgenza degli interventi e la concitazione generata dal contesto emergenziale non favoriscono una normazione accurata e precisa: al contrario, la predisposizione in anticipo di un quadro legale consentirebbe – pur senza rinunciare alla flessibilità necessaria per adattare le misure restrittive ai mutevoli scenari pandemici – di soddisfare meglio i canoni della legalità, anche sotto il profilo dell'accessibilità e della conoscibilità dei precetti<sup>6</sup>.

### ***3. Le scelte legislative sul sistema degli illeciti punitivi a tutela della salute pubblica: criteri di politica criminale***

Quanto alla fisionomia che potrebbe assumere un sistema di illeciti a tutela della salute pubblica in un contesto di emergenza sanitaria, si può immaginare un sistema 'scalare', caratterizzato cioè da una progressione sanzionatoria (tanto in relazione alla natura, quanto all'entità della sanzione) corrispondente ai crescenti livelli di offensività delle condotte: un sistema simile, dunque, nella struttura, a quello che si è venuto delineando nella legislazione emergenziale pandemica a partire dal d.l. 19/2020.

Come si ricorderà, quel sistema era strutturato su tre livelli: alla base erano collocati illeciti amministrativi per l'inosservanza delle misure di contenimento del contagio di volta in volta individuate dall'autorità amministrativa; al livello superiore si trovava la contravvenzione per la violazione della quarantena del soggetto positivo; an-

---

<sup>6</sup>Sui macroscopici *deficit* di precisione della legislazione emergenziale pandemica, cfr. *supra*, cap. 4, par. 3.1. e ss.

cora sopra, all'ultimo livello, i delitti di evento a tutela della vita e della salute individuale e collettiva.

Nella sua struttura tale sistema, fondato su di un principio di progressione dell'offesa, ci pare da conservare<sup>7</sup>, in quanto conforme ai principi di proporzionalità ed offensività; nella scelta dei modelli punitivi, però, esso necessita di alcuni correttivi. Messo alla prova, infatti, il sistema ha mostrato di non funzionare: non al 'secondo livello', con riferimento cioè alla contravvenzione della quarantena del positivo – la cui operatività è stata paralizzata da un *deficit* nella fase di attuazione della normativa, ma che più in generale, come diremo, suscita dubbi circa l'effettiva capacità di raggiungere obiettivi di prevenzione generale<sup>8</sup> –, né al 'terzo livello', con riferimento cioè ai delitti di evento, per gli insormontabili problemi legati all'accertamento del nesso causale.

Ai fini della scelta dei modelli punitivi da adottare, nel rispetto dei 'paletti' imposti dai principi di legalità, di irretroattività, di proporzionalità e di offensività, il legislatore dovrà prestare attenzione soprattutto al rapporto costi-benefici: si tratta di valutazioni politico-criminali, che, anche ad avviso della Corte costituzionale, sono riservate alla discrezionalità del legislatore<sup>9</sup>.

Tali valutazioni riguarderanno tanto la scelta dello spazio da riservare alla sanzione amministrativa rispetto alla sanzione penale, quanto l'individuazione delle tecniche di tutela e della fisionomia che dovrà assumere un certo illecito penale<sup>10</sup>. In linea generale, al

---

<sup>7</sup> L'apprezzamento della dottrina su di un tale sistema, in quanto incentrato sulla scalarità dell'offesa, è unanime. Sul punto cfr. ad esempio A. BERNARDI, *Il diritto penale alla prova della Covid-19*, in *Dir. pen. proc.*, 4, 2020, p. 445, il quale parla di un "condivisibile sistema di progressione sanzionatoria incentrato sulla diversa gravità del pericolo causato dal mancato rispetto delle prescrizioni, ovvero sul passaggio dal pericolo al danno correlato alla condotta inadempiente". Nello stesso senso, tra gli altri, C. CUPELLI, *Emergenza Covid-19: dalla punizione degli "irresponsabili" alla tutela degli operatori sanitari*, in *Sist. pen.*, 30 marzo 2020; M. PELISSERO, *Il diritto penale di fronte all'emergenza*, in *Valori dell'ordinamento vs. esigenze dell'emergenza in una prospettiva multidisciplinare*, 2022, p. 140; F. TRIPODI, *Norma penale e biosicurezza. Osservazioni sul diritto punitivo emergenziale di ultima generazione*, in *Leg. pen.*, 2021, 27 gennaio 2021.

<sup>8</sup> Sulla considerazione per cui "il legislatore deve astenersi dal sottoporre a pena classi di fatti per le quali la pena non è in grado di produrre alcun effetto generalpreventivo" cfr. G. MARINUCCI, E. DOLCINI, G.L. GATTA, *Manuale di diritto penale. Parte generale*, XI ed., 2022, p. 13.

<sup>9</sup> In questo senso cfr., *ex multis*, Corte cost., 5 luglio 2010, n. 250.

<sup>10</sup> Sull'opportunità di tenere distinti, quando si ragiona sui limiti del potere punitivo, i limiti costituzionali, che individuano ciò che al legislatore non è consentito fare, pena una dichiarazione di illegittimità costituzionale, dai limiti deri-

legislatore spetterà effettuare il giusto bilanciamento tra esigenze di segno opposto: da un lato, nella direzione della criminalizzazione intervengono considerazioni legate alla ‘necessità di pena’, ossia alla necessità di utilizzare uno strumento punitivo in grado di perseguire con particolare efficacia le funzioni di prevenzione (generale o speciale) a protezione di beni giuridici da considerarsi meritevoli di tutela<sup>11</sup>; nella direzione opposta, intervengono invece valutazioni ispirate alla logica della sussidiarietà, che devono far propendere per gli strumenti sanzionatori meno invasivi, qualora questi si rivelino altrettanto efficaci, o addirittura più efficaci, nell’assicurare tutela al bene giuridico<sup>12</sup>.

---

vanti da criteri di politica criminale, che orientano il legislatore verso le scelte più giuste e più razionali cfr. N. RECCHIA, *Il principio di proporzionalità nel diritto penale. Scelte di criminalizzazione e ingerenza nei diritti fondamentali*, 2020, p. 25 ss.

<sup>11</sup> Per alcune considerazioni sulla ‘necessità’ della pena cfr. G. MARINUCCI, E. DOLCINI, G.L. GATTA, *Manuale di diritto penale. Parte generale*, XI ed., 2022, p. 15. Sui criteri di politica criminale che guidano il legislatore nella costruzione delle norme penali, con particolare riferimento ai profili di meritevolezza, necessità e bisogno di pena cfr., all’interno di una letteratura sterminata, E. DOLCINI, *Sanzione penale o sanzione amministrativa: problemi di scienza nella legislazione*, in G. MARINUCCI, E. DOLCINI (a cura di), *Diritto penale in trasformazione*, 1985, p. 390; C.E. PALIERO, *Il principio di effettività del diritto penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1990, p. 450 ss.; C. PAONESSA, *Gli obblighi di tutela penale. La discrezionalità legislative nella cornice dei vincoli costituzionali e comunitari*, 2009, p. 29 ss.; M. ROMANO, «Meritevolezza di pena» e «bisogno di pena» e teoria del reato, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1992, p. 39 ss.

<sup>12</sup> Nel senso che «la sussidiarietà non è giustiziabile», poiché «non è un principio dimostrativo utilizzabile dalla Corte costituzionale per dichiarare l’illegittimità di una legge che non la rispetti» cfr. M. DONINI, *Il volto attuale dell’illecito penale. La democrazia penale tra differenziazione e sussidiarietà*, 2004, p. 85. Sul tema cfr. anche, all’interno di una bibliografia molto ampia, G.P. DEMURO, *Ultima ratio: alla ricerca di limiti all’espansione del diritto penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2013, p. 1654; M. DONINI, *Sussidiarietà penale e sussidiarietà comunitaria*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2003, 141 ss.; A. GARGANI, *Il diritto penale quale extrema ratio tra post-modernità e utopia*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2018, 1488 ss.; C.E. PALIERO, *Extrema ratio: una favola raccontata a veglia? Pragmatica e paradigmatica della clausola di “extrema ratio”*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2018, 1147 ss.

#### **4. Il primo gradino del sistema: la scelta tra gli illeciti amministrativi e gli illeciti penali di pericolo astratto per sanzionare la violazione delle misure di contenimento**

Al primo livello del sistema si collocano gli illeciti derivanti dalla violazione delle misure di contenimento: come punire chi sale su un mezzo pubblico senza mascherina? O chi, violando gli orari del coprifuoco notturno, trascorre la notte per strada?

Riflettendo sui principi di proporzionalità ed offensività, abbiamo raggiunto la conclusione che tali illeciti punitivi potrebbero essere configurati quali illeciti amministrativi o quali illeciti penali di pericolo astratto (con la precisazione, in questo caso, che dovrà trattarsi di misure di contenimento di natura preventiva e caratterizzate da una 'identità offensiva pregnante')<sup>13</sup>: la scelta tra i due modelli – a nostro avviso entrambi legittimi – viene a dipendere, come ora evidenzieremo, da valutazioni di politica criminale.

Nel frangente dell'emergenza sanitaria, ciò che può spingere il legislatore verso l'utilizzo della pena è la considerazione della particolare efficacia di tale strumento nel promuovere la responsabilizzazione dei consociati, richiamandoli al rispetto di precetti che risultano essenziali per la tutela della vita e della salute della collettività<sup>14</sup>. Sebbene, in linea generale, l'efficacia della pena in questo senso non debba essere sopravvalutata, è plausibile ritenere che nel contesto dell'emergenza sanitaria la capacità di orientamento culturale del diritto penale acquisti un certo rilievo<sup>15</sup>: il cittadino infatti, in presenza

---

<sup>13</sup> Cfr. *supra*, cap. 6, par. 3.2.1.

<sup>14</sup> Sulla funzione di prevenzione generale positiva della pena, nel senso in particolare della capacità di orientamento culturale della collettività, cfr. L. EUSEBI, *La pena in crisi*, 1990; V. MILITELLO, *Prevenzione generale e commisurazione della pena*, 1982. Cfr. poi F. PALAZZO, *Legge penale*, in *Dig. disc. pen.*, vol. VII, 1993, p. 338 ss., il quale osserva che "la norma penale ha più delle altre norme giuridiche la funzione di influenzare i comportamenti dei consociati contribuendo al loro orientamento socio-culturale".

<sup>15</sup> Nel senso che la capacità di orientamento della norma penale varia in relazione alla natura e alla quantità della sanzione comminata, alla previsione circa la probabilità della sua applicazione, ma anche del contenuto del precetto che può essere percepito come eticamente apprezzabile oppure no, cfr. A. PAGLIARO, *Principi di diritto penale. Parte generale*, 2020, p. 8. Nel senso della plausibile capacità di orientamento della norma penale nel frangente dell'emergenza sanitaria, cfr. D. PULITANÒ, *Lezioni dell'emergenza e riflessioni sul dopo. Su diritto e giustizia penale*, in *Sist. pen.*, 28 aprile 2020.

di un rischio grave per la vita dipendente da un fattore in gran parte ignoto (come nel caso dell'improvvisa diffusione di un *virus*, di cui ancora non si conoscano le caratteristiche in termini di modalità di trasmissione e di conseguenze sulla salute), potrebbe essere più efficacemente orientato da comandi la cui violazione sia sanzionata con la pena<sup>16</sup>.

Se pensiamo alla recente emergenza sanitaria, il ricorso quasi istintivo alla pena da parte del legislatore nelle primissime fasi della pandemia, con il d.l. 6/2020, ci pare possa spiegarsi proprio alla luce di tali considerazioni: il legislatore, cioè, consapevole della necessità di garantire un'osservanza generalizzata delle misure di contenimento, ha fatto ricorso alla norma penale confidando nella sua capacità di prevenzione generale positiva, sostanzialmente disinteressandosi della componente sanzionatoria, rappresentata da una pena, quella contemplata nell'art. 650 c.p., priva di una reale efficacia dissuasiva<sup>17</sup>.

Come si diceva più sopra, il legislatore, tuttavia, nel valutare l'opportunità dell'utilizzo della pena, deve valutarne anche i costi e valutare soluzioni diverse, qualora altre soluzioni si rivelino altrettanto efficaci o addirittura più efficaci rispetto agli obiettivi di tutela.

Ora, tornando all'esperienza pandemica del Covid-19, è presumibilmente proprio sulla base di una valutazione costi-benefici che il decisore politico – solo dopo poche settimane dall'introduzione del d.l. 6/2020 – ha scelto di rinunciare alla pena e di affidarsi, con il nuovo d.l. 25 marzo 2020, n. 19, al più mite strumento delle sanzioni

---

<sup>16</sup> Ciò con l'ovvia precisazione che la capacità di orientamento dei precetti avrà tante più *chances* di successo, quanto migliore sarà la qualità della comunicazione, in termini di chiarezza e precisione nella formulazione del comando. Cfr. *supra*, cap. 4, par. 3.3.

<sup>17</sup> Come è stato sin da subito rilevato “la situazione d'emergenza ha mostrato la preminente importanza della dimensione precettiva e dell'osservanza” ed è questo che giustifica l'utilizzo del diritto penale, poiché “la questione dei doveri e dell'osservanza di doveri è la prima e principale ragione d'essere del settore dell'ordinamento che definiamo diritto criminale”, cfr. D. PULITANÒ, *Lezioni dell'emergenza*, cit. Avverte però il rischio che l'utilizzo del diritto penale possa risultare controproducente in una situazione di emergenza sanitaria, in quanto la minaccia di pena potrebbe determinare, al contrario di quanto auspicato, un allentamento di quel legame di solidarietà che risulta indispensabile per garantire il rispetto di regole finalizzate alla tutela delle fasce più fragili della popolazione, P. ASTORINA MARINO, *Scienza e diritto di fronte alla paura del contagio*, in G. FORTI (a cura di), *Le regole e la vita. Del buon uso di una crisi, tra letteratura e diritto*, in *Vita e pensiero*, 2020, p. 123.

amministrative. Come è stato da subito osservato, tale rinuncia si spiega, da un lato, con la volontà di non gravare eccessivamente sul sistema della giustizia penale, già messo a dura prova dalla situazione di emergenza sanitaria e, dall'altro, con la presa d'atto della maggiore efficacia della sanzione amministrativa, in quanto risposta punitiva certa, applicata più velocemente e quindi maggiormente dissuasiva rispetto alla pena pecuniaria comminata per effetto del rinvio all'art. 650 c.p.<sup>18</sup>.

Con riferimento al primo profilo, le criticità del ricorso alla sanzione penale sono emerse nel momento in cui ci si è resi conto dei riflessi pratici della criminalizzazione: trattandosi di precetti aventi ad oggetto 'attività del quotidiano' (il divieto di uscire dall'abitazione se non per ragioni determinate; il divieto di riunirsi con altre persone anche all'aperto senza indossare la mascherina o senza mantenere le distanze richieste), il numero delle violazioni era destinato ad essere elevatissimo e questo anche se, specie all'inizio della pandemia, si era registrato un elevato tasso di osservanza alle misure di contenimento. Per avere un'idea dei numeri di cui si sta parlando, si consideri che, già dopo poche settimane dall'entrata in vigore del d.l. 6/2020, si contavano più di 100.000 denunce per la contravvenzione in esame<sup>19</sup>.

Quanto poi al profilo della scarsa capacità dissuasiva della pena, si consideri che la pena comminata era quella prevista nell'art. 650 c.p.: un'ammenda non elevata e, soprattutto, oblabile. Proseguire sulla strada della penalizzazione avrebbe comportato, come è stato osservato, un enorme dispendio di tempo, risorse ed energie, posto che gli esiti di tale minaccia erano destinati a tradursi, nel migliore dei casi, nell'estinzione del reato per effetto dell'oblazione e nel peggiore, e più probabile, dei casi nella prescrizione<sup>20</sup>. "Con sano reali-

---

<sup>18</sup> Cfr. A. BERNARDI, *Il diritto penale alla prova della Covid-19*, cit., il quale a questo proposito afferma che lo scopo della 'depenalizzazione' della violazione delle norme di contenimento del contagio è stato proprio quello rendere la risposta punitiva più certa e pronta, dunque più carica di effetti deterrenti.

<sup>19</sup> In questi termini 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 *Sist. pen.*, 26 marzo 2020; nello stesso senso cfr. A. NATALE, *Il decreto legge n. 19 del 2020: le previsioni sanzionatorie*, in *Quest. giust.*, 28 marzo 2020.

<sup>20</sup> Così G.L. GATTA, *Un rinnovato assetto del diritto dell'emergenza COVID-19*, cit. Gatta. D'altro canto, non era davvero immaginabile per il legislatore comminare pene più elevate e ciò sia perché i fatti vietati consistevano, come abbiamo in più occasioni evidenziato, in condotte che, sino al giorno prima, non solo era-

smo”<sup>21</sup>, dunque, il legislatore ha rinunciato alla (incerta) capacità di prevenzione generale positiva della pena a favore della sanzione amministrativa, certamente più promettente sotto il profilo della deterrenza e ciò in ragione sia della maggiore effettività della sanzione amministrativa pecuniaria rispetto all’ammenda, sia della tempestività della risposta sanzionatoria, considerati i tempi più rapidi della giustizia amministrativa.

Dall’esperienza pandemica possiamo dunque trarre una lezione: la scelta che il legislatore emergenziale ha adottato in seconda battuta con il d.l. 19/2020 ci pare sorretta da motivazioni persuasive e, in una prospettiva *de iure condendo*, convince della ragionevolezza della soluzione a favore dell’illecito amministrativo.

#### **4.1. *La contravvenzione della violazione della quarantena del positivo: riflessioni nel senso di una sua depenalizzazione***

La depenalizzazione compiuta dal d.l. 19/2020 ha fatto però salva la violazione della quarantena del positivo. In considerazione della particolare gravità della condotta trasgressiva, carica di offensività rispetto al bene giuridico tutelato, il legislatore ha conservato la pena per questa ipotesi, delineando un reato di pericolo astratto punito con la pena congiunta, e pertanto non oblabile, dell’arresto e dell’ammenda.

Se sul piano della proporzionalità e dell’offensività la scelta legislativa può considerarsi legittima, qualche dubbio può nutrirsi però sulla sua reale capacità di perseguire obiettivi di prevenzione generale. Il tema è di particolare interesse perché per effetto del d.l. 24 marzo 2022, n. 24, conv. nella l. 19 maggio 2022, n. 52, la contravvenzione della violazione della quarantena (ora denominata “isolamento”) è sopravvissuta alla legislazione emergenziale, risultando ora una norma ‘stabile’ all’interno dell’ordinamento<sup>22</sup>.

---

no consentite ma erano addirittura garantite dall’ordinamento, in quanto espressione di diritti e libertà fondamentali riconosciuti dalla Costituzione; sia perché la minaccia di pene elevate può essere controproducente anche sul terreno della prevenzione generale positiva, non sortendo l’effetto di responsabilizzare la collettività, ma al contrario potendo determinare un allentamento del legame di solidarietà che può motivare all’osservanza dei precetti.

<sup>21</sup> G.L. GATTA, *Il diritto penale di fronte all’emergenza*, in *Valori dell’ordinamento vs. esigenze dell’emergenza in una prospettiva multidisciplinare*, 2022, p. 150.

<sup>22</sup> Cfr. *supra*, cap. 2, par. 3.1.

Come si è già avuto modo di osservare, la contravvenzione non ha dato buona prova di sé. Nella prima fase della sua vita, il mancato funzionamento è da imputarsi alla scarsa attenzione del legislatore ai profili di attuazione della disciplina, non essendo stato individuato con chiarezza l'organo competente ad emanare il provvedimento di quarantena, né essendo state definite le procedure applicative e le modalità di notifica. Nella prassi, la mancata emanazione dei provvedimenti amministrativi di quarantena o, più spesso, la mancata notifica degli stessi agli interessati hanno impedito la configurabilità o il perseguimento del reato<sup>23</sup>. Se si può convenire sul fatto che tali difficoltà potrebbero essere agevolmente superate, qualora si disciplinasse in modo accurato il profilo attuativo della disposizione, ci pare tuttavia che altre ragioni condannino tale disposizione penale all'ineffettività. Ciò che rende scettici sulla reale utilità della contravvenzione, nel senso cioè della sua capacità di raggiungere obiettivi di prevenzione generale, è il fatto che, essendo l'incriminazione subordinata alla notifica di un provvedimento di quarantena da parte dell'autorità sanitaria, essa è destinata paradossalmente ad operare solo nei confronti dei soggetti che abbiano 'denunciato' la propria positività: paradossalmente, dunque, tra i trasgressori viene punito solo chi, in presenza di sintomi ricollegabili al Covid-19, effettui diligentemente un test diagnostico 'ufficiale' (ad esempio in una farmacia) facendo 'scattare' il provvedimento amministrativo<sup>24</sup>.

Il sospetto è allora che la previsione della pena possa essere addirittura controproducente rispetto agli obiettivi di tutela, incentivando il soggetto positivo a non sottoporsi al test 'ufficiale' e a vivere in clandestinità il proprio stato di positività, con evidenti riflessi sul piano della diffusione del contagio<sup>25</sup>: meglio sarebbe allora rinuncia-

---

<sup>23</sup> Cfr. *supra*, cap. 2, par. 3.1.

<sup>24</sup> Può essere significativo osservare che, secondo quanto si ricava dai dati della Protezione civile, il numero di tamponi è in continua diminuzione (per dare un'idea: erano ca. 982.000 al gennaio 2022 e solo 195.000 all'ottobre dello stesso anno).

<sup>25</sup> Pur nella diversità del fenomeno, il tema richiama le considerazioni svolte, all'interno di un vivace dibattito dottrinale, sull'opportunità della criminalizzazione del contagio da HIV. In relazione a quella emergenza sanitaria, che ha peraltro avuto caratteristiche molto diverse rispetto alla diffusione del Covid-19, parte della dottrina ha sostenuto che l'incriminazione di condotte pericolose sotto il profilo della trasmissione del virus (rapporti sessuali non protetti; uso di aghi infetti...) non avesse un effetto motivante sulla rinuncia a tali pratiche, ma che anzi la criminalizzazione incentivasse la 'clandestinità', portando il soggetto che sospettasse di essere infetto a non uscire allo scoperto e quindi a non effettuare la

re alla pena e ricorrere anche in questo caso ad una sanzione amministrativa punitiva.

### **5. Il secondo gradino del sistema: l'introduzione di un reato di pericolo concreto di contagio**

Se dunque, a nostro avviso, il 'primo gradino' del sistema degli illeciti punitivi a tutela della salute pubblica nel contesto di un'emergenza sanitaria può opportunamente essere costituito da illeciti amministrativi, atti a reprimere in modo pronto ed efficace la mancata osservanza delle misure di contenimento del contagio imposte dall'autorità amministrativa, si tratta ora di riflettere su come punire le condotte di violazione delle misure di contenimento più gravi, sotto il profilo del grado di offesa al bene giuridico tutelato. Come punire, ad esempio, la trasgressione del divieto di assembramento, quando questa si sia concretizzata nell'organizzazione di un mega-raduno in uno spazio chiuso ed affollato, a cui i partecipanti abbiano partecipato senza indossare dispositivi di protezione individuale? O il datore di lavoro che, incurante dell'obbligo di adottare le misure di contenimento, riunisca i lavoratori in uno spazio ristretto per lo svolgimento di un corso di formazione? O il direttore dell'istituto penitenziario che inserisca un detenuto 'nuovo giunto' all'interno di un reparto sovraffollato senza prima effettuare il necessario isolamento cautelativo per accertarne la mancanza di positività? O ancora l'amministratore di una RSA che consenta le visite dei parenti all'interno della struttura anche se non muniti dei dispositivi di protezione individuale?

Nel sistema emergenziale italiano, tali ipotesi erano ricondotte a delitti di evento (richiamati più o meno direttamente dalla normativa emergenziale<sup>26</sup>) a tutela della vita e della salute individuale (artt. 589

---

diagnosi, né intraprendere la terapia e ciò in ragione dell'effetto stigmatizzante ed emarginante del diritto penale. Sul tema cfr. le riflessioni di A. ZAPATERO, *La supresion del delito de propagacion maliciosa de enfermedades y el debate sobre la posible incriminacion de las conductas que comportan riesgo de transmision del SIDA*, in *Derecho y salud*, 1996, vol. 4, n. 1, p. 212 ss. Nella letteratura italiana, per tutti, A.R. CASTALDO, *AIDS e diritto penale: tra dommatica e politica criminale*, in *Studi Urbinati*, 2021, 42, p. 5 ss.

<sup>26</sup> Il riferimento ai delitti di evento compare innanzitutto nell'art. 4 co. 1 d.l. 19/2020, secondo cui il mancato rispetto delle misure di contenimento elencate nell'art. 1 co. 2 è punito con la sanzione amministrativa "salvo che il fatto costituisca reato"; in secondo luogo, nell'art. 4 co. 3 dello stesso decreto, ove si prevede

e 590 c.p.) e della salute pubblica (artt. 438-452 c.p.). Tuttavia tali incriminazioni, alla prova dei fatti, si sono dimostrate inappropriate: nel settore del contagio da *virus*, come comprovato dalla prassi giudiziaria anche in relazione a vicende diverse da quella della pandemia da Covid 19<sup>27</sup>, fattispecie costruite sul modello dei reati di evento sono destinate al fallimento per la sostanziale impossibilità di accertare il nesso causale tra la condotta e l'avvenuto contagio sia sotto il profilo della ricostruzione della catena dei contagi (specie in presenza di un *virus* ubiquitario e trasmissibile per via aerea), sia sotto il profilo della dimostrazione, nei casi di causalità omissiva, dell'efficacia impeditiva della condotta omessa<sup>28</sup>.

In un'ottica di razionalizzazione, se si vuole approntare un sistema di tutela effettivo, è dunque necessario, in questo campo, ancorare la tutela penale a reati 'a condotta pericolosa', prescindendo dalla causazione o dall'omesso impedimento del contagio<sup>29</sup>. Ecco allora che, in sostituzione dei delitti di evento, potrebbe qui operare una fattispecie che punisca la violazione di alcune specifiche e particolarmente rilevanti misure di contenimento, quando dalla condotta derivi un grave pericolo di diffusione del contagio. Nel capitolo precedente si è già discusso delle caratteristiche che potrebbe avere una tale fattispecie che, nella sua struttura offensiva, si delinea come un reato di pericolo concreto e di quali 'accorgimenti' potrebbero essere adottati, sul piano della descrizione del fatto, per contenerne l'espansione: in questo senso, come si ricorderà, si è ritenuto che il reato dovrebbe essere 'a forma vincolata', assumendo rilevanza penale il peri-

---

che la violazione della quarantena del positivo è punita con le pene di cui all'art. 260 r.d. 1265/1034 "salvo che il fatto costituisca violazione dell'articolo 452 del codice penale o comunque più grave reato".

<sup>27</sup> Sulle difficoltà dell'accertamento probatorio del delitto di epidemia nelle rare applicazioni giurisprudenziali che la disposizione ha sinora avuto cfr. S. CORBETTA, *Delitti contro l'incolumità pubblica – II. I delitti di comune pericolo mediante frode*, in G. MARINUCCI, E. DOLCINI (diretto da), *Trattato di diritto penale. Parte speciale*, vol. II, tomo II, 2014, p. 2 ss.

<sup>28</sup> Cfr. *Supra*, cap. 2, par. 3.2 e cap. 6, par. 3.2.3.

<sup>29</sup> In questo senso cfr. P. VENEZIANI, *La colpa penale nel contesto dell'emergenza Covid-19*, in *Sist. pen.*, 28 aprile 2022, p. 11. Cfr. anche A. GARGANI, *Delitti di pericolo personale e individuale. osservazioni in prospettiva di riforma*, in *La legislazione penale*, 9 settembre 2020, p. 2, il quale avverte il rischio che le difficoltà probatorie connesse ai delitti di evento generino deformazioni applicative e ritiene pertanto necessario riflettere, *de iure condendo*, sull'introduzione di "fattispecie incriminatrici incentrate sul pericolo di trasmissione del virus e, come tali, non sottoposte alle stringenti regole di accertamento del nesso eziologico". Per le diverse conclusioni cui approda l'Autore cfr. *supra*, cap. 6, par. 3.2.2.

colo di contagio che derivi dalla violazione di specifiche ed individuali misure di contenimento; ancora, si è ritenuto che dovrebbero essere tipizzati gli indici di pericolosità della condotta al cui positivo accertamento subordinare la sussistenza del fatto<sup>30</sup>.

Ora, si tratta di valutare se ulteriori limiti – sempre in una prospettiva ispirata al principio di *extrema ratio* del diritto penale – potrebbero derivare da requisiti attinenti all'imputazione soggettiva<sup>31</sup>.

Nell'ordinamento tedesco la scelta del legislatore è stata quella di criminalizzare esclusivamente le condotte dolose: il § 74 del *Infektionsschutzgesetz*, relativo al reato di contagio, commina una pena detentiva fino a 5 anni per chi “diffonda intenzionalmente uno degli agenti patogeni (o delle malattie) indicati nel §6 della legge”, violando alcune specifiche misure di contenimento del contagio. Tale scelta, se potrebbe rivelarsi opportuna con riferimento alle condotte del cittadino comune, non sembra invece adeguata quando si riferisca a condotte, commissive o omissive, poste in essere da soggetti ‘garanti’, come datori di lavoro, amministratori pubblici o personale sanitario, nei confronti dei quali, come è stato giustamente osservato, l'emergenza sanitaria pone essenzialmente problemi di imputazione colposa<sup>32</sup>.

Piuttosto, una volta ammessa la configurabilità del delitto anche nella forma colposa, la domanda da porsi riguarda l'opportunità di una limitazione della punibilità ai soli casi di ‘colpa grave’<sup>33</sup>.

La questione di una ridefinizione dello statuto della colpa nella situazione di emergenza sanitaria si è posta a seguito delle vibranti istanze di protezione dal ‘rischio penale’ a più riprese sollevate da diverse categorie di soggetti (operatori sanitari, datori di lavoro, amministratori pubblici, dirigenti scolastici) che, trovandosi in prima linea nella gestione della pandemia, hanno temuto che venissero loro

<sup>30</sup> Sul punto, cfr. *supra*, cap. 6, par. 3.2.3.

<sup>31</sup> Spunti interessanti, in questo senso, si ricavano dalla Relazione finale del gruppo di lavoro dell'AIPDP (VIII gruppo. Reati contro la salute privata e pubblica, referente Prof. M. Donini) ove si osserva che dalle esperienze straniere si ricavano diversi esempi di fattispecie ove la limitazione dell'area del penalmente rilevante si ricava dalla combinazione di requisiti attinenti all'offesa con requisiti attinenti all'imputazione soggettiva.

<sup>32</sup> In questo senso cfr. M. PELISSERO, *Il diritto penale di fronte all'emergenza*, in *Valori dell'ordinamento*, cit., p. 141. Così anche R. BARTOLI, *Il diritto penale al tempo del coronavirus: problematiche e prospettive*, in *Sist. pen.*, 24 aprile 2020.

<sup>33</sup> Su tale nozione cfr. M. MANTOVANI, *Brevi note in tema di colpa grave*, in *Ius17@unibo.it*, 1, 2013, p. 163 ss.; T. PADOVANI, *Il grado della colpa*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1969, p. 819 ss. Tra i lavori più recenti si segnala l'ampia monografia di P.F. POLI, *La colpa grave*, 2021.

addossate responsabilità per fatti che andavano al di là di quanto essi avrebbero potuto dominare. Sul tema si è sviluppato anche un vivace dibattito dottrinale che può essere ripercorso nei suoi snodi essenziali prima di dare una risposta alla domanda che ci siamo posti.

### *5.1. I problemi della colpa nel contesto dell'emergenza sanitaria: la problematicità dell'art. 590 sexies c.p. e la disciplina emergenziale dell'art. 3 bis d.l. 44/2021*

Nel dibattito pubblico, ma anche nelle riflessioni della dottrina e poi nelle soluzioni adottate dal legislatore, la questione della 'riperimetrazione' della colpa nel contesto dell'emergenza si è imposta principalmente in relazione all'operato degli esercenti le professioni sanitarie, essendo questa più di tutte la categoria di soggetti che – essendosi spesa con straordinario impegno per assicurare la cura dei contagiati e la tenuta del sistema sanitario<sup>34</sup> – è risultata “sovraesposta al rischio penale”<sup>35</sup>.

Tale 'sovraesposizione' si spiega considerando che proprio l'eccezionalità del contesto nel quale gli operatori sanitari hanno operato ha moltiplicato la possibilità di commettere errori<sup>36</sup> e questo per una serie di cause: le condizioni di incertezza scientifica, tanto in relazione all'evoluzione della malattia, quanto ai farmaci utilizzabili per le terapie; la grave carenza di risorse in termini di dispositivi di protezione personale, strumenti diagnostici, posti letto nei reparti ospedalieri e nelle terapie intensive; la carenza di personale medico ed infermieristico, che ha comportato ritmi di lavoro insostenibili e impiego di operatori sanitari privi di esperienza e di specializzazione adeguata. Con particolare riferimento alla cura dei pazienti non Covid, l'accresciuto rischio di errori si può imputare all'utilizzo di un approccio assistenziale da remoto (secondo modalità in gran parte

---

<sup>34</sup> Per alcune osservazioni circa l'esposizione del personale sanitario non solo al rischio penale, ma, ancor prima, al rischio di contagio, per le gravi carenze nell'organizzazione della sicurezza delle attività sanitarie cfr. G. LOSAPPIO, *Covid-19 e infortuni sul lavoro in ambito ospedaliero*, in *Giur. pen. web*, 3, 2020.

<sup>35</sup> Così C. CUPELLI, *Emergenza COVID-19: dalla punizione degli "irresponsabili" alla tutela degli operatori sanitari*, in *Sist. pen.*, 30 marzo 2020.

<sup>36</sup> Cfr. G.M. CALETTI, *Emergenza pandemica e responsabilità penali in ambito sanitario. riflessioni a cavaliere tra "scelte tragiche" e colpa del medico*, in *Sist. pen.*, 5, 2020; M. CAPUTO, *Logiche e modi dell'esenzione da responsabilità penale per chi decide e opera in contesti di emergenza sanitaria*, in *La leg. pen.*, 22 giugno 2020.

non sperimentate prima, con evidente aumento del rischio clinico), a ritardi diagnostici e discontinuità nelle cure (determinati dal fatto che la quasi totalità delle risorse e delle prestazioni erano state concentrate nei reparti dedicati alla cura dei pazienti Covid)<sup>37</sup>. Dal punto di vista delle fattispecie di reato, le riflessioni in dottrina (e poi anche le risposte legislative) hanno interessato essenzialmente il ‘rischio penale’ per l'imputazione di delitti di evento a tutela della vita e della salute individuale (quindi le fattispecie di cui agli artt. 589 e 590 c.p.)<sup>38</sup>.

Il punto di partenza di tali riflessioni, da tutti condiviso, è stata la considerazione dell'inadeguatezza della disciplina della responsabilità penale degli esercenti le professioni sanitarie contenuta nell'art. 590 *sexies* c.p. a fronteggiare le specificità dell'emergenza sanitaria<sup>39</sup>: una disposizione che, come noto, nella lettura restrittiva operata dalla giurisprudenza della Cassazione, esclude la colpa lieve del sanitario per i delitti di cui agli artt. 589 e 590 c.p. nella sola ipotesi in cui l'evento si sia verificato per un'imperizia nell'esecuzione di raccomandazioni contenute in linee-guida o per il mancato rispetto delle buone pratiche clinico-assistenziali adeguate al caso concreto<sup>40</sup>.

---

<sup>37</sup> M. CAPUTO, *Logiche e modi dell'esenzione da responsabilità penale*, cit.

<sup>38</sup> Prima dell'introduzione delle c.d. norme-scudo, il dibattito in dottrina sull'opportunità di una limitazione della ‘colpa in emergenza’ a favore del personale sanitario è stato quanto mai ampio e vivace. Tra gli altri cfr. R. BARTOLI, *La responsabilità colposa medica e organizzativa al tempo del coronavirus*, in *Sist. pen.*, 7, 2020, p. 85 ss.; G.M. CALETTI, *Emergenza pandemica e responsabilità penali in ambito sanitario*, cit.; M. CAPUTO, *Logiche e modi dell'esenzione da responsabilità penale*, cit.; C. CUPELLI, *Emergenza COVID-19*, cit.; A. GARGANI, *La gestione dell'emergenza Covid-19: il “rischio penale” in ambito sanitario*, in *Dir. pen. proc.*, 2020, p. 887 ss.; G. LOSAPPIO, *Responsabilità penale del medico, epidemia da “Covid-19” e “scelte tragiche” (nel prisma degli emendamenti alla legge di conversione del d.l. c.d. “Cura Italia”)*, in *Giur. pen. web*, 4, 2020.

<sup>39</sup> Si osserva peraltro in dottrina che non sempre il tema è quello della colpa. Cfr. in particolare A. GARGANI, *La gestione dell'emergenza Covid-19*, cit., p. 891, il quale, a questo proposito mette in evidenza come, laddove si accerti un'impossibilità materiale dell'operatore sanitario di conformare la propria condotta alle aspettative dell'ordinamento nel contesto emergenziale, si potrebbe già escludere la tipicità del fatto. Cfr. poi le riflessioni di G. LOSAPPIO, *Responsabilità penale del medico*, cit., p. 12 s. sul ricorso alle cause di giustificazione, ed in particolare allo stato di necessità, nel caso delle c.d. scelte tragiche, come nell'ipotesi, purtroppo non di scuola, della carenza dei respiratori nelle terapie intensive.

<sup>40</sup> A commento di tale disposizione, nell'ambito di una letteratura particolarmente vasta, si rimanda per tutti, anche per la ricchezza dei riferimenti bibliogra-

L'insufficienza dell'art. 590 *sexies* c.p. a rispondere alle esigenze di contenimento della responsabilità penale nel contesto dell'emergenza sanitaria si coglie sotto diversi profili.

Un primo profilo attiene all'incongruenza del riferimento a linee-guida e buone pratiche clinico-assistenziali in una situazione di emergenza sanitaria, caratterizzata proprio dalla mancanza di conoscenze scientifiche corroborate sulla genesi del *virus*, sulla sua trasmissibilità, sulle caratteristiche della malattia derivante dal contagio e sulle terapie praticabili<sup>41</sup>.

Un secondo profilo attiene all'ambito di operatività della disposizione, che riguarda esclusivamente fatti di lesione ed omicidio commessi nell'esercizio della professione sanitaria e che non si applica pertanto ad altre fattispecie che potrebbero venire in considerazione nel contesto pandemico, come ad esempio l'epidemia colposa *ex art.* 452 c.p.

Infine, l'inadeguatezza dell'art. 590 *sexies* c.p. si coglie considerando che tale disposizione, nell'interpretazione consolidata della Cassazione, consente l'esclusione della colpa grave solo laddove essa sia dipesa da imperizia, quando in realtà, nel contesto dell'emergenza pandemica, gli errori da imputare al personale sanitario spesso consistono in condotte negligenti o imprudenti, dovute alla stanchezza, alla fatica e all'urgenza del provvedere<sup>42</sup>. Piuttosto, secondo quanto parte della dottrina ha evidenziato, la disposizione che già, *de iure condito*, avrebbe potuto servire allo scopo di delimitare il rimprovero penale a carico dei sanitari nel contesto dell'emergenza era l'art. 2236 c.c., che limita alla colpa grave la responsabilità del prestatore d'opera che si trovi ad affrontare problemi di particolare difficoltà. La pertinenza del richiamo a tale disposizione si coglie alla luce della lettura che ne ha fatto la giurisprudenza della Cassazione, la quale, benché abbia ne escluso la diretta applicabilità in ambito penale, ha ritenuto di poter trarre da essa una 'regola di esperienza'<sup>43</sup> cui atternersi non solo in presenza di problemi tecnici di particolare difficol-

---

fici e giurisprudenziali, a C. CUPELLI, *Art. 590 sexies*, in E. DOLCINI, A. MARINUCCI (a cura di), *Codice penale commentato*, V ed., 2021, p. 1255 ss.

<sup>41</sup> Sul punto cfr. in particolare L. RISICATO, *La metamorfosi della colpa medica nell'era della pandemia*, in *DisCrimen*, 25 maggio 2020.

<sup>42</sup> Cfr. G.M. CALETTI, *Emergenza pandemica e responsabilità penali in ambito sanitario*, cit.

<sup>43</sup> Afferma in particolare la Corte di cassazione che l'art. 2236 c.c. "non è che la traduzione normativa di una regola logica ed esperienziale che sta nell'ordine stesso delle cose", cfr. Cass., sez. IV, 29 gennaio 2013, n. 16237, Cantore.

tà, ma anche in situazioni di emergenza, venendo in considerazione “da un lato le contingenze in cui si sia in presenza di difficoltà o novità tecnico-scientifiche; e dall’altro (...) le situazioni nelle quali il medico si trova ad operare in emergenza e quindi *in quella temperie intossicata dall’impellenza che rende quasi sempre difficili anche le cose facili*. Quest’ultima notazione, valorizzata come si deve, apre alla considerazione delle contingenze del caso concreto che dischiudono le valutazioni sul profilo soggettivo della colpa, sulla concreta esigibilità della condotta astrattamente doverosa”<sup>44</sup>.

Pur riconoscendo che dall’art. 2236 c.c. si sarebbe potuto ricavare una soluzione in grado di dare soddisfazione alle istanze di contenimento della responsabilità penale della classe medica nel contesto emergenziale – ossia la riduzione del rimprovero colposo ai soli casi di colpa grave – la dottrina si è mostrata scettica sulla reale capacità operativa di tale strumento. A questo proposito si è osservato, in primo luogo, che – al di là delle illuminate affermazioni della Cassazione – la giurisprudenza di merito solo molto raramente ha richiamato la regola di esperienza di cui all’art. 2236 c.c. per escludere la punibilità del sanitario nei casi di colpa non grave; in secondo luogo, che – anche nell’ipotesi in cui la disposizione venisse in considerazione – essa sarebbe comunque destinata ad operare, sulla base dell’interpretazione restrittiva operata dalla giurisprudenza, solo in casi in cui la colpa lieve sia da imputare ad imperizia e non invece in caso di errori, che potrebbero essere frequenti nel contesto dell’emergenza sanitaria, dovuti a negligenza o imprudenza<sup>45</sup>.

Tuttavia, la preoccupazione che la capacità immunizzante dei principi e delle categorie penalistiche potesse essere travolta da una prassi applicativa incline a dare soddisfazione alle aspettative sociali di repressione, anche in considerazione del rango fondamentale dei beni in gioco, ha indotto parte della dottrina ad invocare un intervento del legislatore al fine di attribuire esplicito rilievo all’eccezionalità

---

<sup>44</sup> Cass., sez. IV, 29 gennaio 2013, n. 16237, Cantore. Cfr. poi Cass., sez. un., 22 febbraio 2018, n. 8770, Mariotti, ove si osserva che grazie all’art. 2236 c.c. “(...) già prima della formulazione della norma che ha ancorato l’esonero da responsabilità al rispetto delle linee-guida e al grado della colpa” si era accreditato, anche in ambito penalistico, il principio secondo cui la condotta tenuta dal terapeuta non può non essere parametrata alla difficoltà tecnico-scientifica dell’intervento richiesto ed al contesto in cui esso si è svolto”. Sulla valorizzazione dell’art. 2236 nella giurisprudenza di legittimità cfr. F. BASILE, P.F. POLI, *La responsabilità per “colpa medica” a cinque anni dalla legge Gelli-Bianco*, in *Sist. pen.*, 17 maggio 2022.

<sup>45</sup> Cfr. in questo senso P.F. POLI, *Colpa grave*, cit., p. 165 s.

del contesto in cui gli operatori sanitari hanno operato. Si è trattato di proposte ora concepite come norme temporanee e ritagliate quindi sulla specifica situazione di emergenza<sup>46</sup>, ora pensate invece come disposizioni non strettamente conformate sulla emergenza in corso, ma pensate nella prospettiva di un più generale ripensamento della responsabilità colposa in ambito sanitario<sup>47</sup>.

Come sappiamo, con l'avvio della campagna vaccinale il legislatore si è deciso a dare risposta alle istanze di contenimento della responsabilità penale a favore degli operatori sanitari introducendo dapprima una disposizione ritagliata specificamente sull'operato del medico vaccinatore (art. 3 d.l. 44/2021) e poi, in sede di conversione del decreto legge che conteneva quella disposizione e sull'onda di ulteriori istanze provenienti dalle associazioni dei medici, una ulteriore disposizione destinata più in generale a regolare la responsabilità sanitaria nell'emergenza (art. 3 *bis* d.l. 44/2021, conv. l. 76/2021). In particolare, con l'art. 3 del d.l. 44 si è esclusa la punibilità del personale medico e sanitario incaricato della somministrazione del vaccino anti-Covid per i delitti di omicidio colposo e di lesioni personali colpose commessi nel periodo emergenziale, allorché le vaccinazioni fossero state effettuate in conformità alle indicazioni contenute nel provvedimento di autorizzazione all'immissione in commercio e alle circolari pubblicate nel sito internet del Ministero.

Con l'art. 3 *bis* dello stesso decreto si è prevista una limitazione della responsabilità penale degli esercenti una professione sanitaria ai casi di colpa grave, per i fatti di cui agli artt. 589 e 590 c.p. che avessero 'trovato causa' nella situazione di emergenza. Come è evidente, con tale seconda disposizione il legislatore ha di fatto recepito le istanze di protezione dal 'rischio penale' di cui la classe medica si era fatta portatrice sin dall'inizio della pandemia, garantendo che "la misura del rimprovero personale che può essere mosso al sanitario, durante una emergenza da pandemia, sia ragionevolmente correlata all'eccezionalità e alla difficoltà in cui versa il sistema sanitario"<sup>48</sup>.

Concentrando l'attenzione su questa seconda previsione dalla portata più generale, e rinviando per un'analisi della disposizione ai nu-

---

<sup>46</sup> Cfr. in questo senso la proposta di C. CUPELLI, *Emergenza COVID-19*, cit.

<sup>47</sup> In questo senso G.M. CALETTI, *Emergenza pandemica e responsabilità penali in ambito sanitario*, cit.

<sup>48</sup> C. CUPELLI, *Gestione dell'emergenza pandemica e rischio penale: una ragionevole soluzione di compromesso* (d.l. 44/2021), in *Sist. pen.*, 1 giugno 2021.

merosi ed approfonditi lavori di commento<sup>49</sup>, ci limitiamo in questa sede a mettere in evidenza alcuni specifici profili che rivestono interesse ai nostri fini. Innanzitutto, preme sottolineare che la disposizione, affrancandosi dalle interpretazioni restrittive affermatesi nella giurisprudenza, assicura l'esclusione della punibilità in assenza di colpa grave non solo nei casi di imperizia, ma anche nel caso di negligenza ed imprudenza. Occorre, d'altra parte, considerare che la disposizione ha un ambito di operatività ben determinato: analogamente a quanto osservato per l'art. 590 *sexies*, anche questa disposizione è destinata ad operare, sotto il profilo soggettivo, solamente nei confronti della categoria degli operatori sanitari<sup>50</sup>; sotto il profilo oggettivo, poi, essa è destinata ad operare solamente in relazione ai fatti di lesioni ed omicidio colposi, non potendo essere applicata ad altre ipotesi delittuose che pure potrebbero essere configurate nell'esercizio dell'attività sanitaria nel contesto di una pandemia (si pensi, *in primis*, all'epidemia colposa di cui all'art. 452 c.p.). Deve poi osservarsi che, facendo riferimento a "fatti (...) che trovano causa nell'emergenza", la norma può essere applicata anche a fatti relativi a pazienti non-Covid, quando le condotte siano state determinate dall'abbassamento dei livelli assistenziali generato dalla pandemia<sup>51</sup>.

Merita poi segnalare lo sforzo di tipizzazione compiuto dal legislatore nell'individuare alcuni indici rilevanti ai fini della valutazione del grado della colpa; in particolare, nel co. 2 dell'art. 3 *bis* si prevede che, tra i fattori in grado di escludere la gravità della colpa, il giudice debba tener conto "della limitatezza delle conoscenze scientifiche al momento del fatto sulle patologie da SARS-CoV-2 e sulle terapie appropriate, nonché della scarsità delle risorse umane e materiali concretamente disponibili in relazione al numero dei casi da trattare, oltre che del minor grado di esperienza e conoscenze tecniche possedu-

---

<sup>49</sup> Cfr., tra i tanti, M. CAPUTO, *Il puzzle della colpa medica. Emergenza pandemica e nuovi orizzonti della non punibilità per gli esercenti le professioni sanitarie*, in *Dir. pen. proc.*, 2021, p. 1171 ss.; C. CUPELLI, *Gestione dell'emergenza pandemica*, cit., nonché la Relazione 35/2021 dell'Ufficio del Massimario della Corte di Cassazione, a cura di A. NATALINI.

<sup>50</sup> Cfr. sul punto M. CAPUTO, *Il puzzle della colpa medica*, cit., il quale osserva che tra gli esercenti le professioni sanitarie non rientrano i direttori sanitari o altre figure di vertice delle organizzazioni sanitarie, "poiché la norma ricava la qualifica soggettiva dall'esercizio oggettivo di una specifica professione sanitaria, sbarrando l'accesso alla immunizzazione di attività direttive, di indirizzo e gestionali".

<sup>51</sup> In questo senso cfr. M. CAPUTO, *Il puzzle della colpa medica*, cit.

te dal personale non specializzato impiegato per far fronte all'emergenza".

Venendo ora all'impatto della disposizione nella prassi, può stupire scoprire che, ad oggi, esso è stato nullo. La disposizione, fortemente invocata dalle associazioni dei medici e sulla cui formulazione tanto si è discusso anche in dottrina, non ha mai trovato applicazione (almeno sino ad oggi): la ragione è legata al suo ambito applicativo, che è limitato ai delitti di evento di cui agli artt. 589 e 590 c.p. Come si è già osservato, infatti, i procedimenti penali avviati per queste tipologie delittuose si sono arenati allo scoglio dell'accertamento del nesso causale, senza cioè che nemmeno si ponesse il tema della colpa<sup>52</sup>.

## 5.2. *Lezioni dall'esperienza pandemica nella prospettiva di una riforma della colpa medica*

Esaurita l'emergenza, l'art. 3 *bis* d.l. 44/2021 risulta oggi applicabile – in quanto norma eccezionale (e di favore) – ai soli fatti commessi in quel periodo. Oggi quindi rimangono irrisolti i due diversi problemi a cui nel periodo di emergenza tale disposizione aveva provato a dare una risposta.

Un primo problema che l'emergenza ha reso manifesto riguarda l'inadeguatezza dell'attuale disciplina della responsabilità sanitaria ed in particolare dell'art. 590 *sexies* c.p.; un secondo problema che è si è posto attiene all'opportunità di introdurre una norma per circoscrivere la rilevanza penale delle condotte colpose in capo a chi ha dovuto gestire in prima linea il rischio pandemico, in considerazione dell'eccezionalità del contesto. I due problemi devono, a nostro avviso, essere tenuti distinti.

Sul primo problema, che esula in realtà dai temi di nostro interesse, ci limitiamo ad una breve riflessione. Si è già osservato come l'avvento dell'emergenza abbia palesato la totale inadeguatezza dell'art. 590 *sexies* c.p. rispetto all'obiettivo per cui era stato introdotto, ossia quello di contenere la rilevanza penale delle condotte di *malpractice* e per questa via arginare il fenomeno della medicina difensiva: che il personale sanitario si trovasse durante la pandemia in una situazione di grave inquietudine lo hanno dimostrato le insistenti richieste rivol-

---

<sup>52</sup> Sulle difficoltà dell'accertamento causale per le fattispecie di lesioni ed omicidio nel contesto dell'emergenza sanitaria cfr. R. BARTOLI, *La responsabilità colposa medica e organizzativa al tempo del coronavirus*, cit.

te al Governo perché fossero emanati i c.d. scudi penali in loro protezione.

Si tratta quindi ora, cessata l'emergenza, di riaprire il cantiere della riforma della responsabilità sanitaria. Senza ripercorrere il lungo e tormentato percorso di tale riforma, basta qui osservare che esso si è mosso seguendo, con passi a dire il vero incerti, due direttrici: da un lato, si è puntato ad un progressivo avvicinamento della colpa medica al paradigma della colpa specifica con l'attribuzione di un ruolo sempre più rilevante alle regole positivizzate della pratica terapeutica (le c.d. linee-guida); dall'altro si è mirato, anche se in modo non sempre lineare, a restringere l'area di rilevanza penale delle condotte colpose, escludendo la punibilità della colpa lieve in specifiche ipotesi e comunque in contesti di particolare difficoltà tecnica dell'intervento. Ora, come la dottrina ha da subito posto in evidenza, l'esperienza pandemica può rappresentare un importante spunto di riflessione proprio in una prospettiva *de iure condendo*.

In questo senso, la 'lezione' che può trarsi dalla pandemia è quella di perseguire con più coraggio la seconda delle due direttrici, nel senso cioè di ridurre l'area della rilevanza penale delle condotte colpose<sup>53</sup>: in questo senso, sembra in effetti che l'apertura alla colpa grave contenuta nell'art. 3 *bis* d.l. 44/2021 meriti di 'sovpravvivere' al contesto emergenziale e di essere valorizzata, procedendo senz'altro sulla strada di escludere la punibilità delle condotte colpose non gravi, siano esse dovute ad imperizia, a negligenza o a imprudenza<sup>54</sup>.

---

<sup>53</sup> Merita peraltro segnalare che, già prima della pandemia, parte della dottrina – ed in particolare il gruppo di lavoro dell'AIPDP incaricato di elaborare proposte per la riforma della responsabilità sanitaria – aveva espresso dubbi sull'opportunità di proseguire lungo la prima direttrice, mettendo in discussione la centralità assegnata alle linee guida prima dal d.l. Balduzzi e poi dalla l. Gelli Bianco, e sostenendo invece l'opportunità di restringere alla colpa grave l'area delle condotte penalmente rilevanti, al contempo mantenere nell'area del penalmente rilevante solo la colpa grave, dando spazio a una valutazione del contesto, del tipo di rischio creato dalla violazione della cautela e della misura soggettiva della colpa. Cfr. il documento elaborato dall'AIPDP (gruppo di lavoro sui reati colposi contro la vita e l'incolumità fisica coordinato dal prof. Seminara), *Il regime di responsabilità penale dell'esercente una professione sanitaria* (a cura di M. Caputo), disponibile sul sito internet dell'Associazione.

<sup>54</sup> Cfr. P. VENEZIANI, *La colpa penale nel contesto dell'emergenza Covid-19*, in *Sist. pen.*, 28 aprile 2022, p. 17. Per una proposta di riforma basata su questa premessa, cfr. C. CUPELLI, *Una proposta di riforma della responsabilità penale degli operatori sanitari (art. 590 sexies c.p.)*, in *Sist. pen.*, 20 giugno 2022.

### 5.3. *Non solo colpa medica: la soluzione francese al problema della colpa nell'emergenza sanitaria*

Il problema di sopperire all'inadeguatezza della disciplina della responsabilità medica si è andato intrecciando, con il montare dell'epidemia, con un'esigenza più contingente che ha interessato non solo il personale sanitario, ma tutti coloro che si sono trovati a gestire l'emergenza sanitaria in quanto titolari di una posizione di garanzia (datori di lavoro, amministratori pubblici, dirigenti scolastici...): l'esigenza, comune a tutte queste categorie, era quella di poter contare su di una disciplina 'speciale', che consentisse di dare rilievo all'eccezionalità del contesto pandemico.

I problemi dell'emergenza sono in effetti del tutto peculiari. Nel campo medico, come abbiamo già osservato, l'emergenza ha costretto a prendere decisioni in contesti di incertezza scientifica, ad esempio somministrando terapie *off-label*, a gestire un numero elevatissimo di pazienti senza le risorse materiali ed umane necessarie, ad intervenire quando ancora non si era maturata la necessaria esperienza o in un campo che non era quello nel quale ci si era specializzati. Per gli amministratori delle RSA è stato necessario accogliere pazienti infetti sulla base di indicazioni contraddittorie provenienti dalle autorità governative e gestire il contagio all'interno della struttura senza disporre degli strumenti necessari per diagnosticare l'infezione, né dei necessari dispositivi di protezione personale. O si pensi ancora ai direttori degli istituti penitenziari, tenuti ad impedire la circolazione del *virus* all'interno di istituti sovraffollati, in strutture impossibili da sanificare ed in presenza di soggetti in gran parte fragili.

Un ordinamento nel quale il legislatore ha affrontato il problema dell'accertamento della colpa in situazioni di emergenza sanitaria è quello francese.

Anche in questo ordinamento, nel corso dell'emergenza sanitaria, sono state avanzate delle istanze di protezione dal 'rischio penale' da parte di coloro che si sono trovati in prima linea nella gestione della crisi pandemica: una tale esigenza ha trovato espressione soprattutto da parte degli amministratori locali, in particolare dai sindaci, e dalle associazioni rappresentative dei datori di lavoro.

Dando seguito a tali richieste, il legislatore dell'emergenza pandemica, nell'agosto del 2021, ha introdotto nel *Code de la Santé Publique*, nel titolo III dedicato alle "*Menaces et crisis sanitaires graves*", una disposizione, l'art. 3136.2, a tenore della quale "l'art. 121.3 del codice penale è applicabile tenendo conto delle competenze, dei poteri e del-

le risorse di cui dispone l'autore del reato nelle situazioni di crisi che giustificano la dichiarazione di uno stato di emergenza, nonché della natura dei suoi compiti e delle sue funzioni, in particolare nella qualità di autorità locale o di datore di lavoro”<sup>55</sup>.

Va sottolineato che l'art. 3136.2 *Code de la Santé Publique* è sopravvissuto alla legislazione emergenziale: fa parte ormai stabilmente dell'ordinamento, pronto a trovare applicazione nel momento in cui venga dichiarato uno stato di emergenza sanitaria.

Per comprendere appieno il senso di questa disposizione è necessario collocarla all'interno della disciplina, assai frammentata e complessa, della colpa nell'ordinamento francese: in particolare, la norma del codice penale alla quale l'art. 3136.2 si riferisce, ossia l'art. 121.3, nel disciplinare il reato colposo prevede una distinzione tra 'autori diretti' ed 'autori indiretti' del reato, stabilendo che nei confronti di questi ultimi (tra i quali la giurisprudenza include gli amministratori pubblici e i datori di lavoro) la punibilità sussiste solo in presenza di forme qualificate di colpa, ossia la *faute qualifiée*<sup>56</sup>, forma di colpa affine alla nostra colpa grave<sup>57</sup>.

Come si evince già da una prima lettura, la disposizione non ha propriamente introdotto delle modifiche nella disciplina dell'art. 121.3 del codice penale. In questo senso si è in effetti espresso il *Conseil constitutionnelle*, secondo cui con l'art. 3136.2 il legislatore si è limitato ad individuare gli elementi che il giudice deve vagliare con particolare attenzione per accertare la sussistenza della colpa, ossia le competenze di chi ha agito, i poteri e le risorse a disposizione<sup>58</sup>.

---

<sup>55</sup> Art. 3136.2 *Code de la Santé Publique*: “L'article 121-3 du code pénal est applicable en tenant compte des compétences, du pouvoir et des moyens dont disposait l'auteur des faits dans la situation de crise ayant justifié l'état d'urgence sanitaire, ainsi que de la nature de ses missions ou de ses fonctions, notamment en tant qu'autorité locale ou employeur”.

<sup>56</sup> Su tale previsione, introdotta nel codice penale francese con la *Loi Fauchon* del 2000, cfr. P.F. POLI, *Colpa grave*, cit. p. 314 ss.

<sup>57</sup> Sui criteri di graduazione della colpa nell'ordinamento italiano, individuati anche alla luce dell'elaborazione giurisprudenziale, e su alcune figure di reato la cui integrazione richiede la colpa grave, cfr. G. MARINUCCI, E. DOLCINI, G.L. GATTA, *Manuale di diritto penale. Parte generale*, cit., p. 445 s.

<sup>58</sup> *Conseil constitutionnel* n° 2020-800 DC du 11 mai 2020. In particolare, nel §13 si afferma che “Les dispositions contestées ne diffèrent donc pas de celles de droit commun et s'appliquent de la même manière à toute personne ayant commis un fait susceptible de constituer une faute pénale non intentionnelle dans la situation de crise ayant justifié l'état d'urgence sanitaire. Dès lors, elles ne méconnaissent pas le principe d'égalité devant la loi pénale. Elles ne sont pas non plus entachées

Anche la dottrina che ha commentato la novella si è espressa nel senso che l'art. 3136.2 non è una norma realmente innovativa, ma ha ritenuto che l'intervento legislativo dovesse essere in realtà interpretato come un invito rivolto alla magistratura a tenere in particolare considerazione l'eccezionalità del contesto emergenziale, con l'unico effetto pratico di costringere i giudici a dare conto nella motivazione dei parametri elencati<sup>59</sup>.

L'esperienza francese ci pare interessante sotto più profili.

Innanzitutto, si può osservare che, a differenza di quanto accaduto in Italia, in Francia le associazioni dei medici non hanno avanzato al Governo istanze di protezione dal rischio penale, pure essendo stati evidentemente i medici, anche in quel Paese, i veri protagonisti della lotta contro il Covid-19. Il loro silenzio presumibilmente si spiega considerando che, in quell'ordinamento, solo molto raramente si ricorre alla giurisdizione penale per i casi di *malpractice*: infatti, a seguito di una fondamentale riforma del sistema della responsabilità sanitaria attuata nel 2002 (c.d. *Loi Kouchner*), il contenzioso medico è canalizzato verso forme alternative di risoluzione delle controversie, con ciò tenendo il personale sanitario al riparo da 'rischi penali' anche in situazioni difficili come un'emergenza sanitaria<sup>60</sup>.

---

*d'incompétence négative. Dans la mesure où elles ne contreviennent à aucune autre exigence constitutionnelle, elles sont donc conformes à la Constitution*".

<sup>59</sup> D. REBUT, *La responsabilité pénale des décideurs à l'issue du vote du Parlement*, in *Le club des juristes*, 20 maggio 2020.

<sup>60</sup> In estrema sintesi, si può dire che, in Francia, il sistema di gestione delle controversie per casi di *malpractice* si fonda su di un sistema binario, a seconda che si possa ravvisare o meno una 'colpa' del sanitario. Laddove la Commissione regionale a ciò predisposta non ravvisi una responsabilità a carico del professionista e in ogni caso laddove l'evento lesivo sia riconducibile a infezioni nosocomiali al paziente o gravi *deficit* organizzativi degli enti sanitari pubblici al danneggiato viene attribuito un indennizzo a titolo di risarcimento quantificato da un apposito ente pubblico (*Office national d'indemnisation des accidents médicaux, des affections iatrogènes et des infections nosocomiales*). Nel caso invece si accerti una colpa del professionista, qualora non si addivenga ad una soluzione extragiudiziale, prende avvio in sede civile o amministrativa (a seconda della natura privata o pubblica della struttura ove il paziente era ricoverato) il procedimento per la quantificazione del risarcimento del danno. Nel caso di colpa grave del sanitario, lo Stato provvede comunque ad indennizzare la vittima, salvo poi rivalersi sull'autore del fatto. Il ricorso alla giurisdizione penale è rarissimo e questo anche perché, tendenzialmente, la quantificazione del risarcimento in sede penale è inferiore rispetto a quello che può ottenersi in sede civile o amministrativa. Per una visione di sintesi di tale sistema cfr. C. ALTOMARE, E. GRUDEN, *Il risarcimento del danno iatrogeno in Francia*, in *Risarcimento Danno Responsabilità*, 19 marzo 2019.

Un secondo motivo di interesse risiede nel constatare che anche il legislatore pandemico francese, come quello italiano, ha fatto uso nell'emergenza di una sorta di "diritto penale simbolico della rassicurazione", anziché – come è la regola per le emergenze – di un "diritto penale simbolico della repressione"<sup>61</sup>: l'art. 3136.2 non differisce molto – quanto allo scopo – dall'art. 3 d.l. 44/2021, diretto ai medici vaccinatori, o all'art. 29 *bis* d.l. 23/2020, diretto ai datori di lavoro<sup>62</sup>. Si tratta di norme – quelle italiane come quella d'oltralpe – che non hanno carattere realmente innovativo, ma che ribadiscono principi già operanti nell'ordinamento con un duplice scopo: da un lato, 'rassicurare' coloro che sono chiamati a gestire in prima persona il rischio pandemico, garantendo che sarà dato giusto peso all'eccezionalità del contesto emergenziale; dall'altro, lanciare un messaggio ai magistrati (pubblici ministeri e giudici), invitando ad un uso prudente del diritto penale in tale contesto.

Un'ultima considerazione, che evidenzia invece una rilevante differenza tra l'ordinamento francese ed il nostro ordinamento, e che aiuta a comprendere il contenuto dell'art. 3136.2, riguarda il fatto che tale disposizione si riferisce a categorie di soggetti (i c.d. 'autori indiretti' di cui all'art. 121.3 del codice penale) nei confronti dei quali la rilevanza penale delle condotte trova un limite, già in via generale, in forme di colpa qualificata analoghe alla colpa grave.

## 6. Conclusioni

Alla luce di quanto sin qui evidenziato possono trarsi alcune conclusioni in relazione alla colpa in contesti emergenziali.

La prima, corroborata dall'esperienza francese, riguarda l'esigenza di una riflessione sulla 'colpa in emergenza sanitaria' che vada oltre i confini della responsabilità medica, coinvolgendo una più ampia gamma di soggetti chiamati a gestire la crisi pandemica.

---

<sup>61</sup> L'espressione è di P. VENEZIANI, *La colpa penale nel contesto dell'emergenza Covid-19*, in *Sist. pen.*, 28 aprile 2022, p. 11.

<sup>62</sup> L'art. 29 *bis* d.l. 8 aprile 2020, n. 23 (c.d. "decreto liquidità"), conv. nella l. 5 giugno 2020, n. 403/2020, sanciva che l'adempimento delle prescrizioni contenute nei protocolli condivisi tra governo e parti sociali relativi al contenimento del contagio nei luoghi di lavoro costituisse adempimento dell'obbligo di cui all'art. 2087 c.c. Cfr. *supra*, cap. 2, par. 2.2.

La seconda è che, in situazioni di emergenza sanitaria, come in ogni settore caratterizzato da particolare complessità, la rilevanza penale della colpa dovrebbe essere limitata alla colpa grave: è questo un principio che trova espressione nell'art. 121.3 del codice penale francese e che, per quanto riguarda il nostro ordinamento, la giurisprudenza della Cassazione ricava dall'art. 2236 c.c.<sup>63</sup>.

La terza è che una disposizione sulla colpa in un contesto di emergenza sanitaria, quando sia riferita a delitti di evento rischia di rivelarsi inutile, per il fatto che – come l'art. 3 *bis* d.l. 44/2021 ha dimostrato – l'accertamento processuale si arena alla prova del nesso causale. Per contro, laddove applicata a reati di mera condotta la norma potrebbe svolgere un'importante funzione: non essendovi l'ostacolo rappresentato dall'accertamento del nesso causale, essa verrebbe infatti a costituire lo snodo fondamentale per decidere sulla responsabilità penale dei garanti che abbiano violato misure di contenimento in modo da creare un grave pericolo di contagio.

Tutto ciò considerato, sarebbe a nostro avviso auspicabile introdurre nel nostro ordinamento una norma di portata generale (come l'art. 3136.2 del *Code de la Santé Publique*) che sancisca il principio della rilevanza penale dei soli fatti realizzati con colpa grave nel contesto dell'emergenza sanitaria. Si potrebbe pensare ad una disposizione analoga all'art. 3 *bis* d.l. 44/2021, caratterizzata però da un diverso ambito di applicazione, sia sotto il profilo soggettivo, sia sotto quello oggettivo: quanto al profilo soggettivo, la disposizione potrebbe operare anche in relazione a soggetti diversi dagli operatori sanitari, indirizzandosi a tutti coloro che sono chiamati a gestire il rischio pandemico (datori di lavoro, sindaci, funzionari della protezione civile, dirigenti scolastici, direttori di istituti penitenziari ...) <sup>64</sup>; quanto al profilo oggettivo, si potrebbe estendere l'operatività della disposizione alla fattispecie di epidemia colposa, ma soprattutto ai reati di mera condotta, dove essa potrebbe effettivamente trovare uno spazio operativo.

---

<sup>63</sup> Il riferimento è alla giurisprudenza della Cassazione in materia di colpa medica citata *supra*, par. 5.1.

<sup>64</sup> Cfr. in questo senso M. CAPUTO, *Logiche e modi dell'esenzione da responsabilità penale*, cit., p. 8, il quale osserva che l'art. 2236 c.c., esprimendo un principio generale, "ben può trovare riscontro tanto con riguardo a medici sprovvisti di linee guida, quanto con riferimento ad altri professionisti, diversi dai medici, ma che abbiano affrontato una prestazione di speciale difficoltà o una situazione di emergenza".

Trova così risposta affermativa la domanda che ci eravamo posti più sopra<sup>65</sup>, relativamente all'opportunità di limitare alla colpa grave la punibilità di quel reato di 'pericolo di contagio' che, secondo la nostra costruzione, dovrebbe essere collocato al secondo gradino del sistema degli illeciti punitivi a tutela della salute pubblica nel contesto dell'emergenza sanitaria.

Ricapitolando, dunque, il sistema di illeciti punitivi che potrebbe operare in situazioni di emergenza sanitaria a tutela della salute pubblica dovrebbe essere strutturato su tre livelli: al primo si collocerebbero gli illeciti amministrativi per la violazione delle misure di contenimento (violazione della quarantena inclusa); al secondo, dovrebbe invece trovare posto un 'reato a condotta pericolosa', che punisca la violazione delle misure di contenimento dalle quali derivi un grave pericolo di contagio, da punire a titolo di dolo o colpa grave; al terzo livello, si potrebbero quindi collocare i delitti di evento a tutela della vita, della salute individuale e della salute pubblica già previsti nell'ordinamento, che potrebbero trovare applicazione nei rari casi in cui risulti possibile l'accertamento del nesso di causalità.

Chiaramente, alla progressione dell'offesa deve poi corrispondere una progressione sanzionatoria. Tra le sanzioni amministrative (pecuniarie e interdittive) previste per gli illeciti del primo scalino e le consistenti pene detentive e pecuniarie previste dal codice penale per i delitti di evento si collocano le sanzioni per il delitto a condotta pericolosa che abbiamo ipotizzato per il 'secondo gradino' del sistema. A questo proposito, come abbiamo già avuto modo di osservare<sup>66</sup>, all'anticipazione di tutela che si realizza consentendo la punibilità di condotte che creano un mero pericolo di trasmissione del contagio dovrà corrispondere una congrua riduzione della pena rispetto a quella attualmente prevista per il reato di epidemia, che subordina la punibilità all'accertamento dell'avvenuto contagio<sup>67</sup>.

Quanto alla tipologia sanzionatoria, in assenza di un ventaglio di pene principali che consentano di comminare pene diverse dalla pena detentiva (che certo non rappresenta una tipologia sanzionatoria

---

<sup>65</sup> Cfr. *supra* par. 4.

<sup>66</sup> Cfr. *supra*, cap. 6, par. 3.2.3.

<sup>67</sup> Nel senso che "tanto maggiore è la distanza dell'atto dall'effettiva lesione dell'interesse, quanto meno severa dovrà essere la pena" cfr. F. VIGANÒ, *La proporzionalità della pena*, 2021, p. 181.

adeguata in una situazione di emergenza sanitaria)<sup>68</sup> e dalla pena pecuniaria (inidonea, ad oggi, per i noti *deficit* di effettività che la connotano, a costituire una credibile minaccia di pena per sanzionare condotte offensive di beni giuridici della massima importanza)<sup>69</sup>, ci si potrebbe per lo meno 'accontentare' di definire il *quantum* della sanzione detentiva entro una soglia, quella dei quattro anni di reclusione, che ne consenta la sostituzione con una delle nuove pene non carcerarie previste, quali pene sostitutive delle pene detentive brevi, dall'art. 20 *bis* c.p.<sup>70</sup>.

Da ultimo, una riflessione finale merita l'operato della magistratura italiana durante l'emergenza Covid-19. Come si è più sopra osservato, la 'norma-scudo' che era stata pensata per proteggere il personale sanitario dal rischio penale, ossia l'art. 3 *bis* d.l. 44/2021, ad oggi

---

<sup>68</sup> Cfr. L. EUSEBI, *Pandemia e diritti fondamentali*, in *Il dialogo Habermas-Günther riletto dalla cultura giuridica italiana*, cit., p. 13, il quale osserva che se anche si ritiene di attribuire rilevanza penalistica a tali condotte, in quanto lesive di beni fondamentali, non è detto però che ciò debba implicare il ricorso alla pena detentiva.

<sup>69</sup> Sulle gravi disfunzioni che caratterizzano la fase dell'esecuzione della pena pecuniaria e che ne minano la credibilità cfr. L. GOISIS, *La pena pecuniaria: un'indagine storica e comparata. Profili di effettività della sanzione*, 2008; ID, *L'effettività (rectius ineffettività) della pena pecuniaria in Italia, oggi*, in *Dir. pen. cont.*, 13 novembre 2012; M. MIEDICO, *La pena pecuniaria. Disciplina, prassi e prospettive di riforma*, 2008. La gravità della situazione aveva spinto la stessa Corte costituzionale (sent. 11 febbraio 2020, n. 15) a formulare l'auspicio che il legislatore intervenisse a porre rimedio alle incongruenze evidenziate "nel quadro di un complessivo intervento (...) volto a restituire effettività alla pena pecuniaria, anche attraverso una revisione degli attuali, farraginosi meccanismi di esecuzione forzata e di conversione in pene limitative della libertà personale. E ciò nella consapevolezza che soltanto una disciplina della pena pecuniaria in grado di garantirne una commisurazione da parte del giudice proporzionata tanto alla gravità del reato quanto alle condizioni economiche del reo, e assieme di assicurarne poi l'effettiva riscossione, può costituire una seria alternativa alla pena detentiva, così come di fatto accade in molti altri ordinamenti contemporanei". Rilevanti interventi nel senso di restituire effettività alla pena pecuniaria sono ora contenuti nella riforma Cartabia (d.lgs. 10 ottobre 2022, n. 150).

<sup>70</sup> Sulla riforma delle pene sostitutive nel quadro della riforma Cartabia, che, tra l'altro, ha portato a quattro anni il limite massimo di pena detentiva suscettibile di sostituzione, cfr., fra molti, E. DOLCINI, *Dalla riforma Cartabia nuova linfa per le pene sostitutive*, in *Sist. pen.*, 30 agosto 2022. Va segnalato che, secondo quanto disposto dall'art. 6 d.l. 31 ottobre 2022, n. 162, l'entrata in vigore della riforma Cartabia, portata a compimento con il d.lgs. 10 ottobre 2022, n. 150, e quindi anche l'applicabilità delle nuove pene sostitutive, è stata differita al 30 dicembre 2022.

non ha trovato applicazione. Ciò nonostante, la profezia di una ‘pandemia penale’ che avrebbe seguito la pandemia virale non sembra essersi verificata: ciò è il segno che – come era stato auspicato nei tempi più bui della crisi sanitaria – la nostra magistratura ha fatto esercizio “di quella *prudencia* che sola riesce a tenere in bilico la colpa senza regole nel solco della responsabilità senza farla tracimare nello schema del capro espiatorio”, dando prova “di essere all’altezza del suo compito di custode della civiltà giuridica”<sup>71</sup>.

---

<sup>71</sup> F. PALAZZO, *Pandemia e responsabilità colposa*, in *Sist. pen.*, 26 aprile 2020.



## BIBLIOGRAFIA

- AA.VV., *Il caso Taricco e il dialogo tra le Corti. L'ordinanza 24/2017 della Corte costituzionale*, A. BERNARDI, C. CUPELLI (a cura di), 2017.
- AIRES DE SOUSA S., *Sobre a proteção penal da saúde pública em tempos de pandemia: "isto já não è o que nunca foi"*, in *Revista do Ministério Público*, 19, 2020, p. 129 ss.
- ALBISINNI M., GIANNONE L., *L'insegnamento del Covid-19 sullo stato di emergenza: non è mai troppo tardi*, in *Quest. giust.*, 19 giugno 2020.
- ALEO S., *Istituzioni di diritto penale. Parte generale*, 2016.
- ALEO S., *Democrazia, comunicazione e diritti nel tempo del Coronavirus*, in *Giustizia insieme*, 25 maggio 2020.
- ALTOMARE C., GRUDEN E., *Il risarcimento del danno iatrogeno in Francia*, in *Risarcimento Danno Responsabilità*, 19 marzo 2019.
- AMARELLI G., *Legalità costituzionale, legalità convenzionale e diritto giurisprudenziale*, in *Criminal justice network*, 16 novembre 2018.
- AMATO G., *Art. 13*, in BRANCA (a cura di), *Commentario della Costituzione*, artt. 13-20, 1977, p. 1 ss.
- ANGIONI F., *Il pericolo concreto come elemento della fattispecie penale*, 1981.
- ANGIONI F., *Contenuto e funzioni del concetto di bene giuridico*, 1983.
- ARDIZZONE S., *Incolunità pubblica (delitti e contravvenzioni contro la)*, in *Dig. disc. pen.*, 1992, VI, p. 365.
- ASTORINA MARINO P., *Scienza e diritto di fronte alla paura del contagio*, in G. FORTI (a cura di), *Le regole e la vita. Del buon uso di una crisi, tra letteratura e diritto*, in *Vita e pensiero*, 2020, p. 123.
- BALDINI V., *Proporzionalità e adeguatezza versus prevenzione nel controllo di razionalità delle misure di contrasto all'emergenza sanitaria: tra premesse di metodo e percezioni esegetiche*, in *Dirittifondamentali.it*, 1, 2021.
- BARAK A., *Proportionality. Constitutional Rights and their Limitations*, 2012.
- BARBERA A., *Art. 2*, in BRANCA (a cura di), *Commentario della Costituzione*, artt. 1-12, 1975, p. 99.

- BARTOLI R., *Il diritto penale dell'emergenza "a contrasto del coronavirus": problematiche e prospettive*, in *Sist. pen.*, 24 aprile 2020, p. 12.
- BARTOLI R., *La responsabilità colposa medica e organizzativa al tempo del coronavirus. Fra la "trincea" del personale sanitario e il "da remoto" dei vertici politico-amministrativi*, in *Sist. pen.*, 7, 2020, p. 85 ss.
- BARTOLI R., *Legalità e coronavirus: l'allocazione del potere punitivo e i cortocircuiti della democrazia costituzionale durante l'emergenza*, in *Osservatorio sulle fonti*, fasc. spec., 2020.
- BARTOLI R., *Con una finta la Consulta aggira il problema della irretroattività/retroattività della sospensione della prescrizione connessa al Covid*, in *Sist. pen.*, 8 febbraio 2021.
- BASILE F., POLI P.F., *La responsabilità per "colpa medica" a cinque anni dalla legge Gelli-Bianco*, in *Sist. pen.*, 17 maggio 2022.
- BATTARINO G., NATALE A., *Reati dell'epidemia e reati nell'epidemia*, in *Quest. giust.*, 2, 2020.
- BELL A.H., *Il reato di epidemia nel contesto della pandemia da Covid-19: problemi ermeneutici e rapporti con le fattispecie di omicidio*, in *Sist. pen.*, 24 ottobre 2022.
- BERNARDI A., *Il diritto penale alla prova della Covid-19*, in *Dir. pen. proc.*, 4, 2020, p. 443.
- BIGNAMI M., *Di nuovo tra apocalittici e integrati: tecniche di normazione contro il coronavirus*, in F.S. MARINI, G. SCACCIA (a cura di), *Emergenza Covid-19 e ordinamento costituzionale*, 2020, p. 39 ss.
- BIONDI F., VILLASCHI P., *Il funzionamento delle Camere durante l'emergenza sanitaria. Riflessioni sulla difficile praticabilità di un Parlamento "telematico"*, in *Federalismi.it*, 10 giugno 2020.
- BRICOLA F., voce *Teoria generale del reato*, in *Noviss. dig.*, vol. XIX 1974, p. 47 ss.
- BROWN J., *Coronavirus Enforcement Restrictions*, House of Commons Library, 2021, p. 16 ss.
- BRUSSALEARS N. et al., *Evaluation of science advice during the COVID-19 pandemic in Sweden*, in *Humanities and Social Science Communications*, 9, 2022, p. 91 ss.
- BURATTI A., *Tra regola ed eccezione. Le ragioni del costituzionalismo di fronte all'emergenza*, in F.S. MARINI, G. SCACCIA (a cura di), *Emergenza Covid-19 e ordinamento costituzionale*, 2020, p. 7.
- CADOPPI A., *Il principio di irretroattività* in G. INSOLERA, N. MAZZACUVA, M. PAVARINI, M. ZANOTTI (a cura di), *Introduzione al sistema penale*, vol. I, IV ed., 2012, p. 153 ss.
- CADOPPI A., VENEZIANI P., *Elementi di diritto penale. Parte speciale. Introduzione e analisi dei titoli*, 2010.

- CALETTI G.M., *Emergenza pandemica e responsabilità penali in ambito sanitario. Riflessioni a cavaliere tra "scelte tragiche" e colpa del medico*, in *Sist. pen.*, 5, 2020.
- CANALE D., *Fatti extra ordinem. L'interpretazione giudiziale al tempo del Covid-19*, in *Sist. pen.*, 21 aprile 2021.
- CAPUTO M., *Logiche e modi dell'esenzione da responsabilità penale per chi decide e opera in contesti di emergenza sanitaria*, in *Legisl. pen.*, 22 giugno 2020.
- CAPUTO M., *Il puzzle della colpa medica. Emergenza pandemica e nuovi orizzonti della non punibilità per gli esercenti le professioni sanitarie*, in *Dir. pen. proc.*, 2021, p. 1171 ss.
- CARRARA F., *Programma del corso di diritto criminale. Parte speciale*, vol. VI, VIII ed., 1912.
- CARTABIA M., *I principi di ragionevolezza e proporzionalità nella giurisprudenza costituzionale italiana*, intervento alla Conferenza trilaterale delle Corti costituzionali italiana, portoghese e spagnola, Roma, Palazzo della Consulta, 24-26 ottobre 2013, pubblicato sul sito internet della Corte costituzionale.
- CARTABIA M., *Relazione sull'attività della Corte costituzionale nel 2019*.
- CASTALDO A.R., *AIDS e diritto penale: tra dommatica e politica criminale*, in *Studi Urbinati*, 2021, 42, p. 5 ss.
- CASTRONUOVO D., *I limiti sostanziali del potere punitivo nell'emergenza pandemica: modelli causali vs. modelli precauzionali*, in *Legisl. pen.*, 10 maggio 2020.
- CASTRONUOVO D., *La riforma dei reati a tutela della salute pubblica e della sicurezza alimentare. Appunti sul d.d.l. 2427*, in *Dir. pen. cont. Riv. trim.*, 4, 2020, p. 169 ss.
- CASTRONUOVO D., *Un approccio "pro persona" al diritto alle cure nei casi di colpa medica. L'opinione del giudice Pinto de Albuquerque in Lopes de Sousa Fernandes c. Portogallo*, in *Riv. med. leg.*, 2020, p. 683 ss.
- CASTRONUOVO D., *Principio di precauzione e diritto penale. Paradigmi dell'incertezza nella struttura del reato*, 2012.
- COGNETTI S., *Il principio di proporzionalità. Profili di teoria generale e di analisi sistematica*, 2011.
- CORBETTA S., *Delitti contro l'incolumità pubblica – II. I delitti di comune pericolo mediante frode*, in G. MARINUCCI, E. DOLCINI (diretto da), *Trattato di diritto penale. Parte speciale*, vol. II, tomo II, 2014.
- CRISAFULLI V., *Lezioni di diritto costituzionale*, II, 1, VI ed. (aggiornamento a cura di F. Crisafulli), 1993.
- CROTTI S., *La lunga marcia verso la politica zero-Covid: il lockdown di Shanghai*, 31 agosto 2022, inchiesta pubblicata su Amistades.org.

- CUPELLI C., *Gli atti aventi forza di legge in materia penale, la delega fiscale e i soliti sospetti*, in *Dir. pen. cont. Riv. trim.*, 2, 2015.
- CUPELLI C., *Il problema della legalità penale. Segnali in controtendenza sulla crisi della riserva di legge*, in *Giur. cost.*, 2015, p. 181 ss.
- CUPELLI C., *Emergenza COVID-19: dalla punizione degli "irresponsabili" alla tutela degli operatori sanitari*, in *Sist. pen.*, 30 marzo 2020.
- CUPELLI C., *Obblighi datoriali di tutela contro il rischio di contagio da Covid-19: un reale ridimensionamento della colpa penale?*, in *Sist. pen.*, 15 giugno 2020.
- CUPELLI C., *Art. 590 sexies*, in E. DOLCINI, A. MARINUCCI (a cura di), *Codice penale commentato*, V ed., 2021, p. 1255 ss.
- CUPELLI C., *Gestione dell'emergenza pandemica e rischio penale: una ragionevole soluzione di compromesso (d.l. 44/2021)*, in *Sist. pen.*, 1 giugno 2021.
- CUPELLI C., *La legalità delegata. Crisi e attualità della riserva di legge nel diritto penale*, 2021.
- CUPELLI C., *Una proposta di riforma della responsabilità penale degli operatori sanitari (art. 590-sexiesc.p.)*, in *Sist. pen.*, 20 giugno 2022.
- D'AMICO G., *La libertà «capovolta». Circolazione e soggiorno nello stato costituzionale*, 2020.
- DE FRANCESCO G., *Emergenza sanitaria e categorie penalistiche: nel segno del 'principio di realtà*, in *Riv. it. med. leg.*, 2, 2020, p. 983 ss.
- DE PETRIS A., *Il curioso caso dell'"obbligo sospeso" della vaccinazione anti-COVID in Austria*, in *Nomos*, 1, 2022, p. 2 ss.
- DE VERO G., *Corso di diritto penale*, 2020.
- DELLA BELLA A., *L'allontanamento dal domicilio del soggetto positivo al covid tra problemi di diritto transitorio e inesistenza dei provvedimenti di quarantena*, in *Sist. pen.*, 16 marzo 2021.
- DELLA BELLA A., *Quarantena obbligatoria, libertà personale e libertà di circolazione. Riflessioni a margine di Corte cost.*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2022, p. 772 ss.
- DEMURO G.P., *Ultima ratio: alla ricerca di limiti all'espansione del diritto penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2013, p. 1654.
- DI GIOVINE O., *Coronavirus, diritto penale e responsabilità datoriali*, in *Sist. pen.*, 22 giugno 2020.
- DODARO G., *Riflessioni penalistiche su strategie di gestione del rischio pandemico e responsabilità dei governanti*, in *Dir. pen. uomo*, 30 settembre 2020.
- DODARO G., MANCUSO E. (a cura di), *Uguaglianza, proporzionalità e solidarietà nel costituzionalismo penale contemporaneo*, 2017.

- DOLCINI E., *Sanzione penale o sanzione amministrativa: problemi di scienza nella legislazione*, in G. MARINUCCI, E. DOLCINI (a cura di), *Diritto penale in trasformazione*, 1985, p. 371 ss.
- DOLCINI E., *Dalla riforma Cartabia nuova linfa per le pene sostitutive*, in *Sist. pen.*, 30 agosto 2022.
- DONINI M., *Sussidiarietà penale e sussidiarietà comunitaria*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2003, 141 ss.
- DONINI M., *Il volto attuale dell'illecito penale. La democrazia penale tra differenziazione e sussidiarietà*, 2004.
- DONINI M., *Modelli di illecito penale minore. Un contributo alla riforma dei reati di pericolo contro la salute pubblica*, in M. DONINI, D. CASTRONUOVO (a cura di), *La riforma dei reati contro la salute pubblica*, 2007, p. 207 ss.
- DONINI M., *Il principio di offensività. Dalla penalistica italiana ai programmi europei*, in *Dir. pen. cont. Riv. trim.*, 4, 2013, p. 5.
- DONINI M., *Il progetto 2015 della commissione Caselli. Sicurezza alimentare e salute pubblica nelle linee di politica criminale della riforma dei reati agroalimentari*, in *Dir. pen. cont. Riv. trim.*, 1, 2016, p. 4 ss.
- DONINI M., CASTRONUOVO D. (a cura di), *La riforma dei reati contro la salute pubblica*, 2008.
- EPIDENDIO T., *Il diritto nello "stato di eccezione" ai tempi dell'epidemia da Coronavirus*, in *Giustizia insieme*, 30 marzo 2020.
- EUSEBI L., *La pena in crisi*, 1990.
- EUSEBI L., *Pandemia e diritti fondamentali*, in *Il dialogo Habermas-Günther riletto dalla cultura giuridica italiana. I penalisti: Vincenzo Militello intervista Massimo Donini, Luciano Eusebi e Domenico Pulitanò*, in *Giustizia insieme*, 18 luglio 2020.
- FENDOS J., *Covid19 Contact Tracing: Why South Korea's Success is Hard to Replicate*, in *Georgetown Journal of International Affairs*, 12 ottobre 2020.
- FIANDACA G., *Crisi della riserva di legge e disagio della democrazia rappresentativa nell'età del protagonismo giurisdizionale*, in *Criminalia* 2011, p. 79 ss.
- FIANDACA G., MUSCO E., *Diritto penale. Parte generale*, VIII ed., 2019.
- FIORE S., «Va', va' povero untorello, non sarai tu quello che spianti Milano». *La rilevanza penale della violazione della quarantena obbligatoria*, in *Sist. pen.*, 11, 2020.
- FLICK G.M., *Emergenza e sospensione della prescrizione: una scelta problematica della Corte costituzionale*, in *Cass. pen.*, 2021, p. 44 ss.

- GALIMBERTI F. *et al.*, *Conseguenze della pandemia di covid-19 sull'accesso e sull'erogazione delle prestazioni sanitarie*, in *Giornale Italiano di Farmacoeconomia e Farmacoutilizzazione*, 2021, p. 13 ss.
- GALLO M., *Diritto penale italiano. Appunti di parte generale*, 2014.
- GARGANI A., *Il danno qualificato dal pericolo. Profili sistematici e politico-criminali dei delitti contro l'incolumità pubblica*, 2005.
- GARGANI A., *Reati contro l'incolumità pubblica – II. Reati di comune pericolo mediante frode*, in C.F. Grosso, T. Padovani, A. Pagliaro, *Trattato di diritto penale. Parte speciale*, vol. IX, tomo II, 2013, p. 204.
- GARGANI A., *Il diritto penale quale extrema ratio tra post-modernità e utopia*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2018, 1488 ss.
- GARGANI A., *Delitti di pericolo personale e individuale. Osservazioni in prospettiva di riforma*, in *Legisl. pen.*, 9 settembre 2020.
- GARGANI A., *La gestione dell'emergenza Covid-19: il "rischio penale" in ambito sanitario*, in *Dir. pen. proc.*, 2020, p. 887 ss.
- GATTA G.L., *Abolition criminis e successione di norme «integratrici»: teoria e prassi*, 2008.
- GATTA G.L., *Non sempre 'depenalizzazione' equivale a 'mitigazione'. La Corte costituzionale sull'irretroattività delle sanzioni amministrative 'punitive' più sfavorevoli di quelle penali (a proposito della confisca per equivalente per l'insider trading secondario)*, in *Dir. pen. cont.*, 13 dicembre 2018.
- GATTA G.L., *Coronavirus, limitazione di diritti e libertà fondamentali, e diritto penale: un deficit di legalità da rimediare*, in *Sist. pen.*, 20 marzo 2020.
- GATTA G.L., *Emergenza Covid-19 e "fase 2": misure limitative e sanzioni nel d.l. 16.5.2020, n. 33 (nuova disciplina della quarantena)*, in *Sist. pen.*, 18 maggio 2020.
- GATTA G.L., *Emergenza Covid e sospensione della prescrizione del reato: la Consulta fa leva sull'art. 159 c.p. per escludere la violazione del principio di irretroattività ribadendo al contempo la natura sostanziale della prescrizione, coperta dalla garanzia dell'art. 25, co. 2 Cost.*, in *Sist. pen.*, 26 dicembre 2020.
- GATTA G.L., *I diritti fondamentali alla prova del coronavirus. Perché è necessaria una legge sulla quarantena*, in *Sist. pen.*, 2 aprile 2020.
- GATTA G.L., *Il corso della giustizia e il corso della prescrizione del reato durante l'emergenza Covid-19*, in *Sist. pen.*, 2 novembre 2020.
- GATTA G.L., *"Lockdown" della giustizia penale, sospensione della prescrizione del reato e principio di irretroattività: un cortocircuito*, in *Sist. pen.*, 4 maggio 2020.

- GATTA G.L., 'Tolleranza tra principi' e 'principi intolleranti'. L'emergenza sanitaria da Covid-19 non legittima deroghe al principio di irretroattività in malam partem: note critiche a una sentenza della Cassazione sulla sospensione della prescrizione del reato ex art. 83, co. 4 d.l. n. 18/2020, in *Sist. pen.*, 22 luglio 2020.
- GATTA G.L., *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 *Sist. pen.*, 26 marzo 2020.
- GATTA G.L., *Da 'spazza-corrotti' a 'basta paura': il decreto-semplificazioni e la riforma con parziale abolizione dell'abuso d'ufficio, approvata dal governo 'salvo intese' (e la riserva di legge?)*, in *Sist. pen.*, 17 luglio 2021.
- GATTA G.L., *Il diritto penale di fronte all'emergenza*, in *Valori dell'ordinamento vs. esigenze dell'emergenza in una prospettiva multidisciplinare*, 2022, p. 150.
- GIANNINI A., *The use of criminal law to fight Covid-19-related emergencies and the Danish case: placebo or panacea?*, in *Dir. pen. uomo*, 1, 2021.
- GOISIS L., *La pena pecuniaria: un'indagine storica e comparata. Profili di effettività della sanzione*, 2008.
- GOISIS L., *L'effettività (rectius ineffettività) della pena pecuniaria in Italia, oggi*, in *Dir. pen. cont.*, 13 novembre 2012.
- GRANDI C., *Riserva di legge e legalità penale europea*, 2006.
- GRASSO G., *Il passe sanitaire e i diritti e le libertà costituzionalmente garantiti nella decisione n° 2021-824 DC del 5 agosto 2021 del Conseil constitutionnel*, in *DPCE online*, 3, 2021.
- GRIMALDI M., *Covid-19: la tutela penale dal contagio*, in *Giur. pen.*, 4, 2020.
- HABERMAS J., GÜNTER K., *Diritti fondamentali: "Nessun diritto fondamentale vale senza limiti"*, trad. it. e nota di commento a cura di V. MILITELLO, in *Giustizia insieme*, 30 maggio 2020.
- HASSEMER W., *Theorie und Soziologie des Verbrechens. Ansätze zu einer praxisorientierten Rechtsgutslehre*, 1973.
- KELLER A., SALERNO M.E., *DPCM anti-Covid tra Costituzione e CEDU: marginali, ma non trascurabili, profili di illegittimità delle misure di contenimento ed irrilevanza penale delle false autodichiarazioni*, in *Giur. pen. web*, 5, 2021.
- KHULEN L., *Umweltstrafrecht: Auf der Suche nach einer neuen Dogmatik*, in *ZStW*, 4, 1993, p. 697 ss.

- LALLI A., *Organi e procedure amministrative dell'emergenza covid-19*, in F.S. MARINI, G. SCACCIA (a cura di), *Emergenza Covid-19 e ordinamento costituzionale*, 2020, p. 219.
- LARSSON O.L., *The Swedish Covid-19 strategy and voluntary compliance: Failed securitisation or constitutional security management?*, in *European Journal of International Security*, 7, 2022, p. 226 ss.
- LATINO A., *L'organizzazione mondiale della sanità alla prova del covid-19: mala gestio o capro espiatorio?*, in *Ambienteditto*, 3, 2020.
- LAURO A., *Urgenza e legalità ai tempi del Covid-19: fra limiti imprescindibili e necessaria flessibilità*, in *BioLaw Journal*, 1, 2020, p. 145 ss.
- LAVINE J.S et al., *Immunological characteristics govern the transition of COVID-19 to endemicity*, in *Science*, 371, 2021, p. 741 ss.
- LAZZERI F., *Prova della causalità individuale e configurabilità del delitto di epidemia in un caso di contagi plurimi da HIV tramite rapporti sessuali non protetti*, in *Sist. pen.*, 19 dicembre 2019.
- LEONE C., *Riflessioni sull'utilizzo delle scienze comportamentali nella gestione dell'emergenza sanitaria e nella politica vaccinale*, in *Federalismi.it*, 6, 2022, p. 240 ss.
- LOMBARDI G.M., *Contributo allo studio dei doveri costituzionali*, 1967.
- LONDOÑO F., *¿Responsabilidad penal para los infractores de la cuarentena? Revisión crítica de los arts. 318 y 318 bis del Código Penal (nueva ley no 21.240): más micro que macro.*, in *Criminal Justice Network*, 20 luglio 2020.
- LONDOÑO F., *L'“effetto Cenerentola”: la magia di una politica di persecuzione penale contra legem*, in *Criminal Justice Network*, 8 settembre 2020.
- LONDOÑO F., *El art. 318 CP a la luz de la Ley N° 21.240. De paso, el nuevo art. 318 bis*, in F. Londoño, F. Maldonado, J.P. Manalich, *Los delitos contra la salud pública durante la pandemia: teoría y praxis*, 2021, p. 84 ss.
- LONDOÑO F., *Peligro hipotético y delito contra la salud pública bajo pandemia de COVID-19: La jurisprudencia de la Corte Suprema a la luz del trabajo seminal de Ángel Torío*, in F. Londoño, F. Maldonado, J.P. Manalich, *Los delitos contra la salud pública durante la pandemia*, 2021, p. 239 ss.
- LOSAPPIO G., *Covid-19 e infortuni sul lavoro in ambito ospedaliero*, in *Giur. pen. web*, 3, 2020.
- LOSAPPIO G., *Perenne emergenza, emergenza ed emergenza perenne*, in *Giur. pen. trim.*, 3, 2020.
- LOSAPPIO G., *Responsabilità penale del medico, epidemia da “Covid-19” e “scelte tragiche” (nel prisma degli emendamenti alla legge di conversione del d.l. c.d. “Cura Italia”)*, in *Giur. pen. web*, 4, 2020.

- LUCIANI M., *Il sistema delle fonti del diritto alla prova dell'emergenza*, in *Riv. AIC*, 2, 2020, p. 109 ss.
- LUGARÀ R., *Emergenza sanitaria e articolo 15 CEDU: perché la Corte europea dovrebbe intensificare il sindacato sulle deroghe ai diritti fondamentali*, in *Osservatorio AIC*, 3, 2020, p. 358.
- MABELLINI S., *La problematica tenuta delle riserve di legge nella gestione policentrica dell'emergenza sanitaria*, in F.S. MARINI, G. SCACCIA (a cura di), *Emergenza Covid-19 e ordinamento costituzionale*, 2020, p. 51.
- MADIA N., *Dubbi di costituzionalità in materia di sospensione della prescrizione prevista dalla legislazione anti Covid-19. Commento – tra luci ed ombre anche sul modus procedendi – alla sentenza della III sezione penale della Cassazione che ha dichiarato manifestamente infondata la questione*, in *Giur. pen. web*, 7-8, 2020.
- MADIA N., *La Corte costituzionale salva la disciplina in materia di sospensione della prescrizione prevista dalla legislazione anti Covid-19*, in *Giur. pen. web*, 12, 2020.
- MAIELLO V., *La legalità della legge e il diritto dei giudici: scossoni, assestamenti e sviluppi*, in *Sist. pen.*, 3, 2020.
- MALDONADO F., *Sobre la constitucionalidad del delito previsto en el inciso primero del artículo 318 del Código Penal*, p. 1 ss.
- MALDONADO F., *Vicios de constitucionalidad del artículo 318 del Código Penal y Jurisprudencia constitucional*, p. 269 ss.
- MANACORDA S., *“Dovere di punire”? gli obblighi di tutela penale nell'era della internazionalizzazione del diritto*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2012, p. 1364 ss.
- MANALICH J.P., *Los delitos contra la salud pública en situación de pandemia como delitos de peligro abstracto contra la salud individual. Una propuesta de interpretación de los arts. 318, 318 bis y 318 ter del Código Penal*, in F. LONDONO, F. MALDONADO, J.P. MANALICH, *Los delitos contra la salud pública durante la pandemia: teoría y praxis*, 2021, p. 128 ss.
- MANES V., *Il principio di offensività nel diritto penale*, 2005.
- MANES V., *Profili e confini dell'illecito para-penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2017, p. 988 ss.
- MANES V., *Diritto dell'emergenza, sospensione della prescrizione e garanzie fondamentali: davvero “bilanciabile” il principio di irretroattività?*, in *Giur. pen. trim.*, 2, 2020.
- MANNA A., RISICATO L. (a cura di), *Il diritto penale di fronte all'emergenza sanitaria*, 2022.

- MANTOVANI F., *Diritto penale. Parte generale*, XI ed., 2020.
- MANTOVANI M., *Brevi note in tema di colpa grave*, in *Ius17@unibo.it*, 1, 2013, p. 163 ss.
- MARINI F.S., *Le deroghe costituzionali da parte dei decreti-legge*, in F.S. MARINI, G. SCACCIA (a cura di), *Emergenza Covid-19 e ordinamento costituzionale*, 2020, p. 69.
- MARINI F.S., SCACCIA G., *L'emergenza sanitaria Covid-19 e il suo impatto ordinamentale*, in F.S. MARINI, G. SCACCIA (a cura di), *Emergenza Covid-19 e ordinamento costituzionale*, 2020, p. XV.
- MARINUCCI G., DOLCINI E., *Corso di diritto penale*, III ed., 2001.
- MARINUCCI G., DOLCINI E., GATTA G.L., *Manuale di diritto penale. Parte generale*, XI ed., 2022.
- MASERA L., *La nozione costituzionale di materia penale*, 2018.
- MASERA L., *La Corte costituzionale ritiene che le sanzioni amministrative previste per i consumatori di stupefacenti abbiano finalità preventiva e non punitiva*, in *Sist. pen.*, 14 luglio 2022.
- MATTSSON T. et al, *Sweden: Legal Response to Covid-19*, in *Oxford Constitutional Law*, 2021.
- MAZZA O., *La Corte, la prescrizione e la fallacia del risultato utile*, in *Arch. Pen.*, 3, 2020.
- MAZZACUVA F., *Le pene nascoste. Topografia delle sanzioni punitive e modulazione dello statuto garantistico*, 2017.
- MIEDICO M., *La pena pecuniaria. Disciplina, prassi e prospettive di riforma*, 2008.
- MILITELLO V., *Prevenzione generale e commisurazione della pena*, 1982.
- MILITELLO V., *I diritti fondamentali come oggetto di tutela penale: l'apporto della carta europea*, in *Diritto penale XXI secolo*, 2003.
- MILITELLO V. (a cura di), *Il dialogo Habermas-Günther riletto dalla cultura giuridica italiana. I penalisti: Vincenzo Militello intervista Massimo Donini, Luciano Eusebi e Domenico Pulitanò*, in *Giustizia insieme*, 18 luglio 2020.
- MILITELLO V., *Spunti da un dialogo d'oltralpe sui diritti fondamentali alla prova del fuoco*, in *Giustizia insieme*, 30 maggio 2020.
- MOLINARI G., *Covid-19: tra sorveglianza di massa e privacy*, in *Analytica for intelligence and security studies*, 2021.
- MONGILLO V., *Salute e sicurezza nei luoghi di lavoro in tempi di pandemia. Profili di responsabilità individuale e dell'ente per contagio da coronavirus*, in *Dir. pen. cont. Riv. trim.*, 2, 2020.
- NATALE A., *Il decreto legge n. 19 del 2020: le previsioni sanzionatorie*, in *Quest. giust.*, 28 marzo 2020.

- NATALINI A., Relazione n. 35/2021 dell'Ufficio del Massimario della Corte di Cassazione.
- NETO A., *El Derecho penal ante el coronavirus: entre el estado de emergencia y la gobernanza global*, in *Almacen de derecho*, 15 aprile 2020.
- NORMILE D., *China refuses to end harsh lockdowns*, in *Science*, vol. 376, 2022, 333 ss.
- OLIVEIRA E SILVA S., *Entre a desobediência e a propagação de doença: como se punem as condutas "irresponsáveis" de contágio?*, in *Revisita do Ministério Público*, 19, 2020, p. 193 ss.
- PACE A., Art. 16, in BRANCA (a cura di), *Commentario della Costituzione*, art. 13-20.
- PADOVANI T., *Il grado della colpa*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1969, p. 819 ss.
- PADOVANI T., *Diritto penale*, XII ed., 2019.
- PAGLIARO A., *Profili dogmatici delle c.d. cause estintive del reato*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1967, p. 472 ss.
- PAGLIARO A., *Principi di diritto penale. Parte generale*, IX ed., 2020.
- PALAZZO F., *Il principio di determinatezza nel diritto penale*, 1979.
- PALAZZO F., *Legge penale*, in *Dig. disc. pen.*, vol. VII, 1993, p. 338 ss.
- PALAZZO F., *Legalità penale: considerazioni su trasformazione e complessità di un principio fondamentale*, in AA.VV., *Principio di legalità e diritto penale*, in *Quad. fior.*, XXXVI, 2007, p. 1281.
- PALAZZO F., *Il principio di proporzione e i vincoli sostanziali del diritto penale*, in *Scritti in onore di Giovanni Furguele*, 2017, p. 314.
- PALAZZO F., *Pandemia e responsabilità colposa*, in *Sist. pen.*, 26 aprile 2020.
- PALIERO C.E., *Il principio di effettività del diritto penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1990, p. 450 ss.
- PALIERO C.E., *Extrema ratio: una favola raccontata a veglia? Pragmatica e paradigmatica della clausola di "extrema ratio"*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2018, 1147 ss.
- PALIERO C.E., TRAVI A., *La sanzione amministrativa. Profili sistematici*, 1988, p. 137 ss.
- PALLANTE F., *Pandemia, sicurezza, democrazia*, in *Quest. giust.*, 12, 2021.
- PAONESSA C., *Gli obblighi di tutela penale. La discrezionalità legislative nella cornice dei vincoli costituzionali e comunitari*, 2009.
- PELISSERO M., *Covid-19 e diritto penale pandemico. Delitti contro la fede pubblica, epidemia e delitti contro la persona alla prova del-*

- l'emergenza sanitaria della nuova disciplina sanzionatoria*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2, 2020, p. 505 ss.
- PELISSERO M., *Il diritto penale di fronte all'emergenza*, in *Valori dell'ordinamento vs. esigenze dell'emergenza in una prospettiva multidisciplinare*, 2022, p. 140 ss.
- PELLIZZONE I., *Profili costituzionali della riserva di legge in materia penale. Problemi e prospettive*, 2016.
- PENCO E., *Fra obbligo «di dire la verità» e diritto di difesa del singolo: dal G.u.p. di Milano una nuova pronuncia che riconosce l'insussistenza della fattispecie di cui all'art. 483 c.p.*, in *Sist. pen.*, 6 aprile 2021.
- PIERRE J., *Nudges against pandemics: Sweden's COVID-19 containment strategy in perspective*, in *Policy and Society*, 39, 2020, p. 478 ss.
- PIVA D., *Il diritto penale ai tempi del coronavirus: troppo su inosservanza e poco sul carcere*, in *Arch. pen.*, 1, 2020, p. 10.
- POLI P.F., *La colpa grave*, 2021.
- PULITANÒ D., *Obblighi costituzionali di tutela penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1983, p. 523 ss.
- PULITANÒ D., *Bene giuridico e giustizia costituzionale*, in A. STILE (a cura di), *Bene giuridico e riforma della parte speciale*, 1985, p. 165.
- PULITANÒ D., *L'esperienza della pandemia e i problemi del penale*, in *Il dialogo Habermas-Günther riletto dalla cultura giuridica italiana. I penalisti: Vincenzo Militello intervista Massimo Donini, Luciano Eusebi e Domenico Pulitanò*, in *Giustizia insieme*, 18 luglio 2020.
- PULITANÒ D., *Lezioni dell'emergenza e riflessioni sul dopo. Su diritto e giustizia penale*, in *Sist. pen.*, 28 aprile 2020.
- PULITANÒ D., *Problemi dell'emergenza. Legalità e libertà*, in *Legisl. pen.*, 18 maggio 2020.
- PULITANÒ D., *Diritto penale*, IX ed., 2021.
- QUAMMEN D., *Spillover*, 2012.
- RECCHIA N., *Giudizio di proporzionalità e principi penalistici: identità, complementarità o alternatività?*, in G. DODARO, E.M. MANCUSO (a cura di), *Uguaglianza, proporzionalità e solidarietà nel costituzionalismo penale contemporaneo*, 2018.
- RECCHIA N., *Il principio di proporzionalità nel diritto penale*, 2020.
- RISICATO L., *Diritti e responsabilità al banco di prova del Covid-19: un bilancio di sintesi*, in A. MANNA, L. RISICATO (a cura di), *Il diritto penale di fronte all'emergenza sanitaria*, 2022, p. 290.
- RISICATO L., *Dpcm e diritto penale: uno stato di eccezione?*, in A. MANNA,

- L. RISICATO (a cura di), *Il diritto penale di fronte all'emergenza sanitaria*, 2022, p. 278.
- RISICATO L., *La metamorfosi della colpa medica nell'era della pandemia*, in *DisCrimen*, 25 maggio 2020.
- ROMANO M., *Commentario sistematico del codice penale*, I, 2004.
- ROMANO M., GRASSO G., PADOVANI T., *Commentario sistematico del codice penale*, III, 2011.
- ROSSILLI B., *L'obbligo vaccinale per gli operatori sanitari al vaglio della Corte di Giustizia dell'Unione europea: qualche breve valutazione sulla legittimità, sulla proporzionalità della misura e sui suoi effetti non discriminatori*, in *Giustizia insieme*, 9 giugno 2022.
- RUGA RIVA C., *Presente e futuro del diritto punitivo pandemico. Spunti di riflessione a partire dal d.l. 24.3.2022 n. 24*, in *Legisl. pen.*, 22 giugno 2022.
- SAITTA A., *Il codice della protezione civile e l'emergenza pandemica anche alla luce di C. Cost. n. 198/2021*, in *Giur. cost.*, 3, 2021, p. 847.
- SAVIO G., *L'incidenza delle misure di contrasto della pandemia sulla condizione giuridica dei migranti sbarcati sulle coste italiane: il caso delle 'navi quarantena'*, in *Diritto, Immigrazione e Cittadinanza*, 2, 2021, p. 61 ss.
- SCACCIA G., *Proporzionalità e bilanciamento tra diritti nella giurisprudenza delle corti europee*, in *Riv. AIC*, 3, 2017.
- SCACCIA G., *L'emergenza sanitaria Covid 19 e il suo impatto ordinamentale*, in *Emergenza Covid e ordinamento costituzionale*, 2020, p. XV.
- SCHRÖDER H., *Die Gefährdungsdelikte im Strafrecht*, in *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, 1969, p. 18 ss.
- SCOLETTA M., *Retroattività favorevole e sanzioni amministrative punitive: la svolta, finalmente, della corte costituzionale*, in *Dir. pen. cont.*, 2 aprile 2019.
- SILVESTRI G., *Covid-19 e Costituzione*, in *Unicost.it*, 10 aprile 2020.
- SUDRE C.H. et al., *Attributes and predictors of long COVID*, in *Nature Medicine*, 2021, vol. 27., p. 626 ss.
- TACCOGNA G., *L'ordinamento giuridico tedesco di fronte al virus Sars-CoV-2*, in *I diritti costituzionali di fronte I diritti costituzionali di fronte all'emergenza Covid-19. Una prospettiva comparata*, in *Federalismi.it*, p. 69 ss.
- TRIPODI F., *Norma penale e biosicurezza. Osservazioni sul diritto punitivo emergenziale di ultima generazione*, in *Legisl. pen.*, 27 gennaio 2021.

- TRIPODINA C., *La Costituzione al tempo del Coronavirus*, in *Costituzionalismo.it*, 1, 2020, p. 83 ss.
- VASSALLI G., *I principi generali del diritto nell'esperienza penalistica*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1991, p. 703 ss.
- VASSALLI G., *Formula di Radbruch e diritto penale*, 2001.
- VEAS J.E., *El Tribunal Constitucional reprocha la legitimidad de la respuesta penal chilena a la pandemia*, in *Criminal Justice Network*, 21 gennaio 2021.
- VENEZIANI P., *La colpa penale nel contesto dell'emergenza Covid-19*, in *Sist. pen.*, 28 aprile 2022.
- VIGANÒ F., *L'arbitrio del non punire. Sugli obblighi di tutela penale dei diritti fondamentali*, in *Studi in onore di Mario Romano*, vol. IV, 2011, p. 2651.
- VIGANÒ F., *Il nullum crimen conteso: legalità 'costituzionale' vs. legalità 'convenzionale'?*, in *Dir. pen. cont.*, 5 aprile 2017.
- VIGANÒ F., *Una nuova pronuncia della consulta sull'irretroattività delle sanzioni amministrative*, in *Dir. pen. cont.*, 5, 2017.
- VIGANÒ F., *Garanzie penalistiche e sanzioni amministrative*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 4, 2020, p. 1818.
- VIGANÒ F., *La proporzionalità della pena*, 2021.
- VOGEL G., *Sweden's gamble*, in *Science*, 370, 2020, p. 159 ss.
- WOROBAY M. et al., *The Huanan Seafood Wholesale Market in Wuhan was the early epicenter of the COVID-19 pandemic*, in *Science*, 377, 2022, p. 951 ss.
- YUAN S., *Zero COVID in China: what next?*, in *The Lancet*, vol. 399, 2022.
- ZAPATERO A., *La supresion del delito de propagacion maliciosa de enfermedades y el debate sobre la posible incriminacion de las conductas que comportan riesgo de transmision del SIDA*, in *Derecho y salud*, 1996, vol. 4, n. 1, p. 212 ss.
- ZIRULIA S., *Diritti umani e responsabilità colposa*, in M. DONINI (diretto da), *Reato colposo*, *Enc. dir.*, 2021, p. 389 ss.
- ZIRULIA S., *Art. 2 – Diritto alla vita*, in G. UBERTIS, F. VIGANÒ (a cura di), *Corte di Strasburgo e giustizia penale*, 2022, II ed., p. 61 ss.
- ZIRULIA S., *Nesso di causalità e contagio da Covid-19*, in *Sist. pen.*, 20 aprile 2022.

Finito di stampare nel mese di gennaio 2023  
nella Stampatre s.r.l. di Torino  
Via Bologna, 220



# Itinerari di Diritto Penale

---

## Volumi pubblicati:

### Sezione Monografie

1. ELIO R. BELFIORE, *Contributo alla teoria dell'errore in diritto penale*, 1997, pp. XX-276.
2. ADELMO MANNA, *L'imputabilità e i nuovi modelli di sanzione. Dalle "finzioni giuridiche" alla "terapia sociale"*, 1997, pp. X-286.
3. ROBERTO ZANNOTTI, *La tutela penale del mercato finanziario*, 1997, pp. X-254.
4. STEFANO CANESTRARI (a cura di), *Il diritto penale alla svolta di fine millennio. Atti del Convegno in ricordo di Franco Bricola (Bologna, 18-20 maggio 1995)*, 1998, pp. XVI-504.
5. MICHELE PAPA, *Le qualificazioni giuridiche multiple nel diritto penale*, 1997, pp. XII-292.
6. GIOVANNANGELO DE FRANCESCO, *Aberatio. Teleologismo e dommatica nella ricostruzione delle figure di divergenza nell'esecuzione del reato*, 1998, pp. XII-200.
7. ISABELLA LEONCINI, *Obbligo di attivarsi, obbligo di garanzia e obbligo di sorveglianza*, 1999, pp. X-422.
8. ALBERTO CADOPPI, *Il valore del precedente nel diritto penale. Uno studio sulla dimensione in action della legalità*, Seconda edizione, 2014, pp. XVIII-374.
9. IGNAZIO GIACONA, *Il concetto d'idoneità nella struttura del delitto tentato*, 2000, pp. XII-500.
10. DAVID BRUNELLI, *Il reato portato a conseguenze ulteriori. Problemi di qualificazione giuridica*, 2000, pp. X-166.
11. PAOLO VENEZIANI, *Motivi e colpevolezza*, 2000, pp. XII-348.
12. MARIA BEATRICE MAGRO, *Eutanasia e diritto penale*, 2001, pp. X-298.
13. ADRIANO MARTINI, *La pena sospesa*, 2001, pp. X-326.
14. EMMA VENAFARO, *Le scusanti*, 2002, pp. X-206.
15. GAETANA MORGANTE, *L'illiceità speciale nella teoria generale del reato*, 2002, pp. XVIII-238.
16. ALESSANDRO TESAURO, *Violazione di legge ed abuso d'ufficio. Tra diritto penale e diritto amministrativo*, 2002, pp. XVI-304.
17. OMBRETTA DI GIOVINE, *Il contributo della vittima nel delitto colposo*, 2003, pp. XVI-504.
18. MARCO MANTOVANI, *L'esercizio di un'attività non autorizzata. Profili penali*, 2003, pp. XII-284.
19. ANTONIO VALLINI, *Antiche e nuove tensioni tra colpevolezza e diritto penale artificiale*, 2003, pp. XIV-434.
20. COSTANTINO VISCONTI, *Contiguità alla mafia e responsabilità penale*, 2003, pp. XXXVIII-522.
21. LUIGI CORNACCHIA, *Concorso di colpe e principio di responsabilità penale per fatto proprio*, 2004, pp. XXVIII-620.
22. ADELMO MANNA, *Abuso d'ufficio e conflitto d'interessi nel sistema penale*, 2004, pp. XVIII-222.
23. VINCENZO BRUNO MUSCATIELLO, *La tutela altrove. Saggio sulla tutela dell'homo faber nel codice penale*, 2004, pp. X-238.

24. ROBERTO BARTOLI, *Colpevolezza: tra personalismo e prevenzione*, 2005, pp. X-262.
25. ANNAMARIA PECCIOLI, *Unione europea e criminalità transnazionale. Nuovi sviluppi*, 2005, pp. X-218.
26. ALBERTO GARGANI, *Il danno qualificato dal pericolo. Profili sistematici e politico-criminali dei delitti contro l'incolumità pubblica*, 2005, pp. XVIII-494.
27. VITTORIO MANES, *Il principio di offensività nel diritto penale. Canone di politica criminale, criterio ermeneutico, parametro di ragionevolezza*, 2005, pp. XVI-336.
28. DAVID TERRACINA, *La tutela penale del diritto d'autore e dei diritti connessi*, 2006, pp. X-214.
29. ALBERTO DI MARTINO, *La frontiera e il diritto penale. Natura e contesto delle norme di "diritto penale transnazionale"*, 2006, pp. XX-320.
30. ANTONELLA MADEO, *La tutela penale della salute dei consumatori*, 2006, pp. XII-260.
31. DARIO MICHELETTI, *Legge penale e successione di norme integratrici*, 2006, pp. XIV-642.
32. GIUSEPPE AMARELLI, *La ritrattazione e la ricerca della verità*, 2006, pp. XIV-278.
33. MASSIMO DONINI, *Imputazione oggettiva dell'evento. "Nesso di rischio" e responsabilità per fatto proprio*, 2006, pp. X-182.
34. EMANUELE NICOSIA, *Convenzione europea dei diritti dell'uomo e diritto penale*, 2006, pp. XVI-392.
35. MARIA TERESA COLLICA, *Vizio di mente: nozione, accertamento e prospettive*, 2007, pp. XII-292.
36. LUCIA SCOPINARO, *Internet e i reati contro il patrimonio*, 2007, pp. VIII-256.
37. DANIELA FALCINELLI, *Le soglie di punibilità tra fatto e definizione normo-culturale*, 2007, pp. XVI-160.
38. IGNAZIO GIACONA, *La problematica dell'offesa nei delitti di falso documentale*, 2007, pp. X-374.
39. ANTONIA MENGHINI, *Le sanzioni penali a contenuto interdittivo. Una proposta de iure condendo*, 2008, pp. XII-372.
40. ROBERTO BARTOLI, *Lotta al terrorismo internazionale; tra diritto penale del nemico, jus in bello del criminale e annientamento del nemico assoluto*, 2008, pp. X-238.
41. STEFANO PUTINATI, *Responsabilità dolosa e colposa per le circostanze aggravanti*, 2008, pp. XII-404.
42. VINCENZO BRUNO MUSCATIELLO, *La Recidiva*, 2008, pp. VI-202.
43. COSTANTINO VISCONTI, *Aspetti penalistici del discorso pubblico*, 2008, pp. XVI-272.
44. MARCO PELISSERO, *Pericolosità sociale e doppio binario. Vecchi e nuovi modelli di incapacitazione*, 2008, pp. XVIII-426.
45. DANIELA FALCINELLI, *L'attualità dell'offesa. Desistenza volontaria e genesi del disvalore penale*, 2009, pp. XIV-406.
46. ANDREA R. DI LANDRO, *La colpa medica negli Stati Uniti e in Italia. Il ruolo del diritto penale e il confronto col sistema civile*, 2009, pp. XIV-354.
47. OMBRETTA DI GIOVINE, *Un diritto penale empatico? Diritto penale, bioetica e neuroetica*, 2009, pp. XII-228.
48. FRANCESCO PARISI, *Cultura dell'«altro» e diritto penale*, 2010, pp. VIII-228.
49. ROCCO BLAIOTTA, *Causalità giuridica*, 2010, pp. XII-472.
50. DOMENICO NOTARO, *Autorità indipendenti e norma penale. La crisi del principio di legalità nello Stato policentrico*, 2010, pp. XII- 412.
51. ANNAMARIA PECCIOLI, *Le circostanze privilegiate nel giudizio di bilanciamento*, 2010, pp. X-214.

52. VITTORIO MANES, *Servizi pubblici e diritto penale. L'impatto delle liberalizzazioni sullo statuto penale della Pubblica Amministrazione*, 2010, pp. XIV-266.
53. ANNA MARIA MAUGERI, *Lo stalking tra necessità politico-criminale e promozione mediatica*, 2010, pp. VIII-276.
54. DANIELA FALCINELLI, *Il tempo del reato, il reato nel tempo. La scrittura normativa delle coordinate cronologiche criminali*, 2011, pp. XVI-168.
55. ANDREA CANEPA, *L'imputazione soggettiva della colpa. Il reato colposo come punto cruciale nel rapporto tra illecito e colpevolezza*, 2011, pp. XVIII-278.
56. ATTILIO NISCO, *La tutela penale dell'integrità psichica*, 2012, pp. X-298.
57. MARCO GROTTI, *Principio di colpevolezza, rimproverabilità soggettiva e colpa specifica*, 2012, pp. XVI-464.
58. ANDREA R. DI LANDRO, *Dalle linee guida e dai protocolli all'individuazione della colpa penale nel settore sanitario. Misura oggettiva e soggettiva della malpractice*, 2012, pp. XIV-338.
59. EMANUELE NICOSIA, *La confisca, le confische. Funzioni politico-criminali, natura giuridica e problemi ricostruttivo-applicativi*, 2012, pp. X-202.
60. FRANCESCO CINGARI, *Repressione e prevenzione della corruzione pubblica. Verso un modello di contrasto "integrato"*, 2012, pp. XII-236.
61. ENRICO AMATI, *Abusi di mercato e sistema penale*, 2012, pp. XIV-490.
62. GIUSEPPINA PANEBIANCO, *Il sistema penale minorile. Imputabilità, pericolosità ed esigenze educative*, 2012, pp. XVI-400.
63. ANTONIO VALLINI, *Illecito concepimento e valore del concepito. Statuto punitivo della procreazione, principi, prassi*, 2012, pp. XVI-336.
64. MARCO GAMBARDELLA, *Lex mitior e giustizia penale*, 2013, pp. XVIII-318.
65. EMANUELE CORN, *Il principio di precauzione nel diritto penale. Studio sui limiti all'anticipazione della tutela penale*, 2013, pp. XX-204.
66. DANIELA FALCINELLI, *L'atto dispositivo nei delitti contro il patrimonio. Sezioni e intersezioni del sistema penale*, 2013, pp. XII-148.
67. GABRIELE FORNASARI, *Giustizia di transizione e diritto penale*, 2013, pp. XIV-242.
68. GAETANA MORGANTE, *Il reato come elemento del reato. Analisi e classificazione del concetto di reato richiamato dalla fattispecie penale*, 2013, pp. XII-260.
69. FRANCESCA CONSORTE, *Tutela penale e principio di precauzione. Profili attuali, problematicità, possibili sviluppi*, 2013, pp. XVIII-366.
70. ELIANA RECCIA, *La criminalità stradale. Alterazione da sostanze alcoliche e principio di colpevolezza*, 2014, pp. XII-188.
71. FRANCESCO D'ALESSANDRO, *Regolatori del mercato, enforcement e sistema penale*, 2014, pp. XII-492.
72. AMALIA ORSINA, *Rischio da incertezza scientifica e modelli di tutela penale*, 2015, pp. XVI-232.
73. DOMENICO NOTARO, *In foro illecito versari. L'abuso del processo fra dimensione etica e risposta penale*, 2015, pp. X-286.
74. CIRO GRANDI, *Neuroscienze e responsabilità penale. Nuove soluzioni per problemi antichi?*, 2016, pp. XVIII-350.
75. ADRIANO MARTINI, *Essere pericolosi. Giudizi soggettivi e misure personali*, 2017, pp. XII-260.
76. FILIPPO BELLAGAMBA, *La corruzione in atti giudiziari nella teoria generale del reato*, 2017, pp. X-310.
77. FRANCESCO MAZZACUVA, *Le pene na-*

- scoste. *Topografia delle sanzioni punitive e modulazione dello statuto garantistico*, 2017, pp. XII-404.
78. ALAIN MARIA DELL'OSSO, *Riciclaggio di proventi illeciti e sistema penale*, 2017, pp. X-334.
79. MATTEO CAPUTO, *Colpa penale del medico e sicurezza delle cure*, 2017, pp. XVI-474.
80. ANDREA R. DI LANDRO, *La responsabilità per l'attività autorizzata nei settori dell'ambiente e del territorio. Strumenti penali ed extrapenali di tutela*, 2018, pp. XX-404.
81. IVAN SALVADORI, *L'adescamento di minori. Il contrasto al child-grooming tra incriminazione di atti preparatori ed esigenze di garanzia*, 2018, pp. XX-220.
82. FRANCESCO PARISI, *Prostituzione. Aporie e tabù di un nuovo diritto penale tutorio*, 2018, pp. XX-284.
83. TOMMASO GUERINI, *Diritto penale ed enti collettivi. L'estensione della soggettività penale tra repressione, prevenzione e governo dell'economia*, 2018, pp. XVI-272.
84. FEDERICO BACCO, *Tra sentimenti ed eguale rispetto. Problemi di legittimazione della tutela penale*, 2018, pp. XVI-288.
85. EMANUELE LA ROSA, *Corruzione privata e diritto penale. Uno studio sulla concorrenza come bene giuridico*, 2018, pp. XIV-618.
86. ARIANNA VISCONTI, *Reputazione, dignità, onore. Confini penalistici e prospettive politico-criminali*, 2018, pp. XII-708.
87. GABRIELE MARRA, *Extrema ratio ed ordini sociali spontanei. Un criterio di sindacato sulle fattispecie penali eccessive*, 2018, pp. X-238.
88. ENRICO BASILE, *Consiglio tecnico e responsabilità penale. Il concorso del professionista tramite azioni "neutrali"*, 2018, pp. XIV-314.
89. ROCCO ALAGNA, *Lobbying e diritto penale. Interessi privati e decisioni pubbliche tra libertà e reato*, 2018, pp. XII-252.
90. FEDERICO CONSULICH, *Lo statuto penale delle scriminanti. Principio di legalità e cause di giustificazione: necessità e limiti*, 2018, pp. XIV-578.
91. MASSIMILIANO LANZI, *Error iuris e sistema penale. Attualità e prospettive*, 2018, pp. XIV-418.
92. MALAIKA BIANCHI, *I confini della repressione penale della pornografia minorile. La tutela dell'immagine sessuale del minore fra esigenze di protezione e istanze di autonomia*, 2019, pp. XVI-696.
93. DARIA PERRONE, *Nullum crimen sine iure. Il diritto penale giurisprudenziale tra dinamiche interpretative in malam partem e nuove istanze di garanzia*, 2019, pp. XXII-412.
94. ATTILIO NISCO, *Neokantismo e scienza del diritto penale. Sull'involuzione autoritaria del pensiero penalistico tedesco nel primo novecento*, 2019, pp. XVI-264.
95. ANDREA MERLO, *L'abuso d'ufficio tra legge e giudice*, 2019, pp. XII-156.
96. STEFANO DEL CORSO, *Riflessioni sulla struttura del tentativo nella cultura giuridica italiana*, 2019, pp. XII-236.
97. ANDREA R. DI LANDRO, *La funzione ripristinatoria nel diritto penale ambientale. La bonifica ed il ripristino ambientale. Uno studio de iure condito e de iure condendo*, 2020, pp. X-150.
98. VINCENZO TIGANO, *I limiti dell'intervento penale nel settore dei diritti riproduttivi. Modelli di bilanciamento tra tutela del minore e libertà civili nella PMA*, 2019, pp. XXIV-512.
99. TOMMASO GUERINI, *Fake news e diritto penale. La manipolazione digitale del consenso nelle democrazie liberali*, 2020, pp. X-238.
100. DOMENICO NOTARO, *La legittima difesa domiciliare. Dalla giustificazione*

- alla scusa fra modelli presuntivi e tensioni soggettive, 2020, pp. XX-396.
101. ALEX INGRASSIA, *Rischio d'impresa e 'rischio' penale. Il sindacato giudiziale sulle scelte di gestione della crisi*, 2020, pp. XVI-304.
  102. ENRICO AMATI, *L'enigma penale. L'affermazione politica dei populismi nelle democrazie liberali*, 2020, pp. X-374.
  103. NICOLA RECCHIA, *Il principio di proporzionalità nel diritto penale. Scelte di criminalizzazione e ingerenza nei diritti fondamentali*, 2020, pp. XXII-426.
  104. TOMMASO TRINCHEA, *Confiscare senza punire? Uno studio sullo statuto di garanzia della confisca della ricchezza illecita*, 2020, pp. XII-484.
  105. MARIA ANTONELLA PASCULLI, *Il delitto di frode in processo penale e depistaggio tra funzione simbolica e giusto processo*, 2020, pp. X-342.
  106. FEDERICO MAZZACUVA, *L'ente premiato. Il diritto punitivo nell'era delle negoziazioni: l'esperienza angloamericana e le prospettive di riforma*, 2020, pp. XIV-354.
  107. ANDREA MERLO, *Il contrasto allo sfruttamento del lavoro e al "caporalato". Dai braccianti ai riders. La fattispecie dell'art. 603 bis c.p. e il ruolo del diritto penale*, 2020, pp. X-160.
  108. FRANCESCA CONSORTE, *L'individuo nell'"ingranaggio processuale". I rischi della giustizia penale connessi agli obblighi di parola e verità*, 2021, pp. XVIII-414.
  109. PIETRO CHIARAVIGLIO, *Il recesso attivo: 'accidentalità' o 'autonomia'? Questioni sistematiche del pentimento operoso*, 2022, pp. XII-212.
  110. ANNA MARIA MAUGERI, *La funzione ri-educativa della sanzione nel sistema della responsabilità amministrativa da reato degli enti ex d.lgs. n. 231/2001*, 2022, pp. XIV-194.
  111. PIETRO POMANTI, *La circolarità dei modelli nello statuto penale della pubblica amministrazione*, 2022, pp. X-246.
  112. ILARIA MERENDA, *Le circostanze del reato tra prevenzione generale e speciale*, 2022, pp. X-254.
  113. MARIA TERESA FILINDEU, *Colpevolezza e neuroscienze: prospettive di un confronto dialogico*, 2022, pp. XVI-280.
  114. FILIPPO BELLAGAMBA, *Il reato abituale. Prospettive per una possibile lettura rifondativa*, 2023, pp. XIV-290.
  115. ANGELA DELLA BELLA, *Il legislatore penale di fronte all'emergenza sanitaria. Principi penalistici alla prova del Covid-19*, 2023, pp. XX-268.

## Sezione Saggi

1. FAUSTO GIUNTA, DARIO MICHELETTI, *Tempori cedere. Prescrizione del reato e funzioni della pena nello scenario della ragionevole durata del processo*, 2003, pp. IV-124.
2. ALESSANDRO BERNARDI, *L'uropeizzazione del diritto e della scienza penale*, 2004, pp. VI-114.
3. GIOVANNANGELO DE FRANCESCO, *Programmi di tutela e ruolo dell'intervento penale*, 2004, pp. 88.
4. ALESSANDRO TESAURO, *La diffamazione come reato debole e incerto*, 2005, pp. VIII-118.
5. ALESSANDRO BERNARDI, *Modelli penali e società multiculturale*, 2006, pp. VIII-136.
6. LUCIA RISICATO, *La causalità psichica tra determinazione e partecipazione*, 2007, pp. VIII-96.
7. FRANCESCO PALAZZO, ROBERTO BARTOLI, *Certezza o flessibilità della pena? Verso la riforma della sospensione condizionale*, 2007, pp. VIII-160.
8. ADOLFO CERETTI, ROBERTO CORNELLI, *Proprietà e sicurezza. La centralità del furto per la comprensione del sistema penale tardo-moderno*, 2007, pp. VIII-140.
9. GIANCARLO DE VERO, GIUSEPPINA PA-

- NEBIANCO, *Delitti e pene nella giurisprudenza delle corti europee*, 2007, pp. VI-154.
10. LUCIA RISICATO, *Dal «diritto di vivere» al «diritto di morire». Riflessioni sul ruolo della laicità nell'esperienza penalistica*, 2008, pp. VIII-104.
  11. MARCO MANTOVANI, *La prescrizione della pena. Spunti comparatistici per la rimeditazione di un istituto negletto*, 2008, pp. X-154.
  12. GIOVANNI FIANDACA, GIOVANNI FRANCOLINI (a cura di), *Sulla legittimazione del diritto penale. Culture europeo-continentale e anglo-americana a confronto*, 2008, pp. XII-172.
  13. ALESSANDRO BERNARDI, *Il "fattore culturale" nel sistema penale*, 2010, pp. VIII-172.
  14. MARTA BERTOLINO, *Nuovi orizzonti dei delitti contro il patrimonio nella circonvensione di incapace e nell'usura*, 2010, pp. VIII-192.
  15. ROBERTO BARTOLI, *Il problema della causalità penale. Dai modelli unitari al modello differenziato*, 2010, pp. VI-126.
  16. MASSIMO VOGLIOTTI, *Dove passa il confine? Sul divieto di analogia nel diritto penale*, 2011, pp. X-158.
  17. ROBERTO WENIN, *La mens rea nello Statuto di Roma. Un'analisi esegetico-sistemica dell'art. 30 in chiave comparata*, 2012, pp. X-138.
  18. LUCIA RISICATO, *L'attività medica di équipe tra affidamento ed obblighi di controllo reciproco. L'obbligo di vigilare come regola cautelare*, 2013, pp. VIII-104.
  19. ALESSANDRO TESAURO, *Riflessioni in tema di dignità umana, bilanciamento e propaganda razzista*, 2013, pp. VIII-208.
  20. GIOVANNANGELO DE FRANCESCO, *Punitività*, 2016, pp. VIII-104.
  21. LUCIA RISICATO, *Diritto alla sicurezza e sicurezza dei diritti: un ossimoro invincibile?*, 2019, pp. VIII-104.
  22. OMBRETTA DI GIOVINE, *Ripensare il diritto penale attraverso le (neuro-)scienze?*, 2019, pp. VIII-88.
  23. MASSIMILIANO DOVA, *Alterazioni emotive e colpevolezza*, 2019, pp. VI-106.
  24. TERESA TRAVAGLIA CICIRELLO, *Dovere e ordine scriminante: contenuto e limiti dell'art. 51 c.p.*, 2020, pp. VIII-152.
  25. LUCA MASERA, *Immunità della politica e diritti fondamentali. I limiti all'irresponsabilità penale dei ministri*, 2020, pp. XIV-210.
  26. ELIANA RECCIA, *Il valore del precedente e il carattere vincolante delle pronunce delle Sezioni Unite*, 2021, pp. VIII-168.
  27. FRANCESCO VIGANÒ, *La proporzionalità della pena. Profili di diritto penale e costituzionale*, 2021, pp. XXII-362.
  28. GIAN PAOLO DEMURO, *La sequenza causale nella truffa*, 2021, pp. VIII-136.
  29. IGNAZIO GIACONA, *Concorso apparente di reati e istanze di ne bis in idem sostanziale*, 2022, pp. X-182.
  30. AMALIA ORSINA, *La tutela penale della salute e sicurezza sul lavoro al tempo del Covid-19*, 2022, pp. XII-180.