



## IL DIRITTO PENALE “AL TEMPO DELLA PESTE”

di Donato Castronuovo\* – [donato.castronuovo@unife.it](mailto:donato.castronuovo@unife.it)

*Testo della relazione presentata al Web-Seminar organizzato da DiP-LaP (Laboratorio permanente Diritto e Procedura penale): “Emergenza Covid-19 fra diritto e processo penale”, 29-30 aprile 2020, destinato, previa aggiunta delle note, alla raccolta degli atti e alla pubblicazione in LP ([www.laegislazione.penale.eu](http://www.laegislazione.penale.eu)).*

*Il contrasto all'emergenza pandemica solleva questioni riguardanti anche il diritto penale, benché, al momento, in maniera marginale. I dubbi più scottanti per il giurista si addensano, tuttavia, sulle misure restrittive di diritti e libertà fondamentali; mentre, dopo l'iniziale ricorso generalizzato alla sanzione penale mediante rinvio all'art. 650 c.p., l'approccio sanzionatorio attuale pare opportunamente scandito secondo una progressione scalare che, sul piano strettamente penalistico, prevede una sola fattispecie “speciale” (la contravvenzione di violazione della quarantena per i soggetti positivi), lasciando spazio per il resto, in teoria, ai comuni delitti contro l'incolumità pubblica o contro la vita e l'integrità fisica. Benché il rischio pandemico legato al Sars-Cov-2 sia caratterizzato da elementi tipici del principio di precauzione (parziale incertezza scientifica e provvisorietà delle misure), l'attuale risposta penale sembra correttamente attestarsi piuttosto sul terreno della prevenzione. Ciò non toglie che la futura gestione giudiziaria della crisi dovrà essere oggetto di sorvegliata attenzione, anche per evitare inammissibili piegature in senso precauzionale delle categorie dell'imputazione (causalità e colpa) di eventi dannosi o pericolosi (morte, lesioni, epidemia).*

### I.

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

Forte è la tentazione, allora, dinanzi alle gravi, gravissime e perduranti restrizioni alle libertà, alla loro spesso irragionevole mutevolezza nel tempo e nello spazio, alla diversificazione secondo tendenze da *strapaese*, in un'orgia di particolarismo che non ha probabilmente eguali all'ora attuale nel mondo conosciuto, dinanzi a tutto questo, dicevo, forte è la tentazione dell'afasia. E del ripiegamento verso fonti altre, del sapere più che del diritto. Per vedere se c'è un senso in questa cosa smisurata, ci si rivolge alla **filosofia**, si riprendono i classici, si inseguono delle reminiscenze, non tutte nobili, si rievoca Carl Schmitt (“sovrano è colui che decide sullo

\* Professore ordinario di diritto penale

stato di eccezione”); o si rilegge Michel Foucault (i corpi come oggetto della biopolitica; la microfisica del potere; dall'esclusione dei *lebbrosi* alla inclusione degli *appetati*, oggetto, questi ultimi, di tecniche di biopotere come le quarantene; il potere “sorvegliante” – che in questi giorni può ricorrere a un novello *Panopticon* dal nome rassicurante, quasi carino: “Immuni”). Oppure, assecondando le proprie inclinazioni, e forse in definitiva con maggior profitto, ci si rivolge alla **letteratura**: a quella che viene in mente a chi non ha troppa originalità di ricerca, come il sottoscritto: Manzoni, e il suo indimenticabile *a fresco* sulla peste milanese del 1630, dai *Promessi sposi* alla *Colonna infame*; Camus, la cui prosa asciutta restituisce immagini sorprendentemente speculari a quelle odierne (nel parlare della quarantena, definita “queste insopportabili vacanze”, e nel descrivere l'indecisione iniziale nel prendere e applicare le misure di chiusura della città, nel rendere quelle misure via via più “draconiane” col crescere delle evidenze...).

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

Queste confuse geremiadi, per dire che ci sarebbe punto o poco da dire, assecondando invece il proprio sconcerto dinanzi all'epidemia. Uno smarrimento anche giuridico, che non trova parole al cospetto della **compressione delle libertà**, via via avvertita come sempre più pesante; e al cospetto dell'applicazione talora capricciosa, da parte dei tanti “sorveglianti” (in senso foucaultiano e, dunque, senza offesa...), di misure spesso indefinite, foriere dell'esercizio di un potere a tratti scempio, sciocco, senza misura, senza giustezza, come è prevedibile che sia in una situazione di confusione e indeterminazione, eretta a (provvisorio) sistema da parte dei decisori pubblici a tutti i livelli. Col rischio che i provvedimenti adottati (contemplati “in cento gride”, per scomodare ancora il Manzoni) diventino una manipolazione della paura, forse involontaria (cfr. Bartoli, *Il diritto penale dell'emergenza “a contrasto del coronavirus”: problematiche e prospettive*, in *SP*, 24.4.2020, 4), quindi ancor più pericolosa (uno stato di eccezione - se fosse davvero tale - sgangherato e maldestro). Col rischio, inoltre, che tali provvedimenti diventino occasionali – ma non meno gravi – atti di autoritarismo localistico; con occhuto calcolo dei metri – quanti? i 200? i 500? Una ferocia instillata (di nuovo: sapientemente? involontariamente?) nei cittadini: per settimane, il *nemico pubblico numero uno* in Italia è stato il *jogger*! Provvedimenti presi alla luce di consulenti scientifici che paiono adepti di una scienza altrettanto smarrita di fronte all'emergenza,

una scienza a tratti contraddittoria sul piano della *comunicazione del rischio*: mascherine inutili, mascherine fondamentali... (per fermarsi a un solo esempio).

E poi c'è il diritto penale, anche. Storicamente, la peste sembra avere un rapporto stretto con il diritto criminale: basti pensare alle “gride” oppure al processo agli untori durante la peste milanese di quattro secoli fa (cfr. Musumeci, *“Il funesto delitto”: il contagio e l'imbarazzo dei giuristi*, in *Historia et ius* 2017, 1 ss.). Forse v'è perfino una metafisica della peste che lega l'epidemia alla colpa (Givone, *Metafisica della peste. Colpa e destino*, Torino 2012).

Nel caso delle misure anti-Covid, tuttavia, mi pare che **il ruolo del penale** sia, al momento, **recessivo e marginale**. Insomma, io non penso che il diritto penale stia «al centro di questo quadro a tinte fosche» (così, invece, A. Bernardi, *Il diritto penale al tempo della COVID-19*, in *Diritto virale. Scenari e interpretazioni delle norme per l'emergenza Covid-19*); con l'eccezione del settore del diritto penitenziario (la situazione del carcere e dei carcerati durante l'emergenza, quella sì, dovrebbe interessare ogni cultore del diritto e, per vero, ogni cittadino). Anche se, certamente, l'emergenza in atto e la sua gestione interpellano anche il penalista, benché – restando ai giuristi – assai meno di quanto interpellino il cultore del diritto costituzionale, del diritto amministrativo, del diritto pubblico in genere, del “diritto dei diritti umani”, del processualista, semmai della teoria e filosofia del diritto. Ma tant'è: complici anche le nuove e mai abbastanza lodate riviste *on line*, si è quasi subito innescata un'epidemia parallela al Covid (per fortuna, credo, benigna), rappresentata da una messe di contributi di colleghi penalisti (che nemmeno all'epoca di Taricco...), facendo del cultore del penale sostanziale un attore tanto loquace nelle riviste di settore quanto silente (e ininfluyente) sulla scena in cui si svolge il dibattito pubblico.

Se si volesse allargare lo sguardo a tutto lo spettro delle possibili ricadute penalistiche, intese quali **“effetti collaterali” della crisi epidemica**, è evidente che il diritto penale assumerebbe – e, facile vaticinio, assumerà a lungo – una sua *centralità* anche (e come potrebbe essere diversamente?) in questa epocale vicenda. Peraltro, le sequele economiche e sociali (ma anche politiche) della attuale crisi sanitaria saranno, prevedibilmente, di enorme portata, estendendosi dalle “scelte tragiche” imposte dalla scarsità di “risorse sanitarie” durante la fase più acuta dell'epidemia, alle infiltrazioni della criminalità organizzata e ai vari profili penali degli interventi di sostegno pubblico alle attività produttive, alla disciplina della crisi d'impresa dopo l'emergenza sanitaria, alle manovre speculative di vario genere, fino alla tutela delle vittime vulnerabili durante il confinamento (ad es., le vittime di violenza domestica). E gli esempi potrebbero moltiplicarsi (basta navigare su una qualsiasi delle riviste penalistiche consultabili in rete per rendersene agevolmente conto). Tuttavia, nelle presenti note “a caldo” sul diritto penale al tempo del coronavirus, come imposto anche dal tema specifico assegnatomi dagli organizzatori del convegno (modelli causali *vs.* modelli precauzionali di risposta sanzionatoria), si prenderanno in considerazione esclusivamente i due profili che ritengo più strettamente e direttamente correlati al contrasto dell'epidemia: la (speciale) disciplina penale delle misure anti-Covid e la configurabilità delle (comuni) fattispecie di responsabilità in caso di contagio o di evento epidemico. Un binomio di questioni che, come ancora si vedrà, restituisce un'immagine di (opportuna) marginalità del diritto penale.

Non nego che nei prossimi mesi e anni ci saranno problemi (anche formidabili!) legati alla **gestione giudiziaria delle ipotesi di responsabilità penale legate alla pandemia**; e, sin da

ora, alla gestione politica e legislativa della crisi: si pensi alle questioni in tema di fonti o alle ipotesi di scudo penale o alle altre forme di immunità o formule varie di limitazione della responsabilità del personale medico, di cui si discuterà nei prossimi interventi (peraltro, in relazione alla scarsità di risorse in ambito sanitario emersa drammaticamente durante le fasi acute dell'epidemia, la questione della responsabilità o della irresponsabilità potrebbe avere anche una **“piega europea”**, tanto sul piano della Convenzione e.d.u., con riferimento agli obblighi positivi di tutela del diritto alla vita e alla salute; quanto su quello della Carta dei diritti fondamentali dell'UE. Nel primo ambito, si veda la giurisprudenza richiamata in C. eur. GC, 19.12.2017, *Lopes de Sousa Fernandes c. Portugal*). Nego però che, oggi, il problema centrale sia di natura penale (*Silete poenologi!*, direbbe, forse, Massimo Pavarini); e ritengo, invece, che al centro della riflessione odierna debbano stare i limiti alle draconiane riduzioni della libertà: che interrogano anche – ma soltanto marginalmente – il penalista (al netto della sempre possibile qualificazione come *matière pénale* dei divieti, incidenti sulle libertà economiche e di circolazione, riunione etc., ora formalmente sanzionati in via amministrativa); oppure, ribadisco, a voler cercare una questione da porre immediatamente al penalista (e non solo a questi), si fa presto ad “inciampare” nella ingombrante questione carceraria e nella ricerca di soluzioni per fronteggiare l'attuale emergenza per quella umanità dolente (si veda, in merito, il documento dell'Associazione italiana dei professori di diritto penale, *Osservazioni e proposte del Consiglio direttivo AIPDP sull'emergenza carceraria da coronavirus*, 23 marzo 2020, consultabile in [www.aipdp.it](http://www.aipdp.it))).

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

## II.

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

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

I cultori di diritto penale che si sono sin qui occupati del *penale al tempo del Covid* si possono, forse, dividere in almeno tre gruppi: prendo spunto da talune acute riflessioni di Giovannangelo De Francesco, semplificandole e usando una terminologia diversa (De Francesco, *Dimensioni giuridiche ed implicazioni sociali nel quadro della vicenda epidemica*, in LP, [www.lalegislazionepenale.eu](http://www.lalegislazionepenale.eu), 23 aprile 2020, 1 s.).

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

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

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

In alcuni di questi scritti, si evoca lo spettro del principio di precauzione. Taluni ravvedono analogie tra l'attuale crisi sanitaria e situazioni già sperimentate di recente, ad esempio l'emergenza terroristica e l'emergenza immigrazione, ambiti dove pure si è talora fatto riferimento – per lo più in maniera del tutto impropria - al principio di precauzione. Ma questa, certo, non è un'emergenza come le altre. Torniamo alle misure di oggi.

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

Senza dubbio si tratta di misure draconiane e inedite (scuole, università, biblioteche, musei, cinema, teatri chiusi; attività produttive e commerciali vietate; libertà di circolazione e di riunione annullate o ridotte al minimo...); misure che sono (=debbono essere) anche provvisorie, adattive, dinamicamente variabili (in aumento o in diminuzione) sulla base dell'effettivo andamento del rischio epidemico, proporzionate in relazione all'adeguatezza specifica anche su base territoriale (proporzione e ragionevolezza da valutarsi sulla base dell'andamento epidemiologico del virus e sull'acquisizione di conoscenze tecnico-scientifiche via via aggiornate: cfr. lo stesso art. 2, co. 1, d.l. 25 marzo 2020, n. 19).

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

Sulla distinzione tra principio di precauzione e principio di prevenzione, e per la tematizzazione degli usi terminologicamente e politicamente impropri del secondo, si consenta di rinviare a *Principio di precauzione e diritto penale. Paradigmi dell'incertezza nella struttura del reato*, Roma 2012, 25 ss.; e ivi anche la dimostrazione dell'incompatibilità logica del principio di precauzione con le categorie classiche dell'imputazione penale, fondate sul paradigma della certezza nomologica: rischio, causalità, pericolo, colpa (*ibidem*, 43 ss.); e l'accostamento, invece, delle fattispecie fondate sul principio di precauzione, al vecchio modello dei reati di mera disobbedienza, con l'aggiunta di taluni caratteri differenziali – la almeno provvisoria valutazione scientifica del rischio, pur a fronte di una incompletezza del corredo cognitivo – capaci, eventualmente, di rendere più “razionali” tali innovative fattispecie rispetto al loro risalente antecedente (*ibidem*, 39 s.).

In cosa consiste, allora, questo *diritto penale al tempo della peste*?

Per la verità, le aree di pertinenza penale, all’ora attuale, sono circoscritte – con riferimento alla penalizzazione esplicita e diretta – alla sola **violazione della quarantena obbligatoria** da parte dei soggetti positivi, sanzionata mediante rinvio alla contravvenzione dell’art. 260 r.d. 27 luglio 1934, n. 1265, fattispecie già punita con la pena alternativa, irrobustita per l’occasione sul piano sanzionatorio.

Così l’art. 4, co. 6, d.l. 25 marzo 2020, n. 19: «Salvo che il fatto costituisca violazione dell’articolo 452 del codice penale o comunque più grave reato, la violazione della misura di cui all’articolo 1, comma 2, lettera e, è punita ai sensi dell’articolo 260 del regio decreto 27 luglio 1934, n. 1265, Testo unico delle leggi sanitarie, come modificato dal comma 7».

Questo il testo dell’art. 260 r.d. n. 1265/1934, come modificato dall’art. 4, co. 7, d.l. n. 19/2020: «Chiunque non osserva un ordine legalmente dato per impedire l’invasione o la diffusione di una malattia infettiva dell’uomo è punito con l’arresto da 3 mesi a 18 mesi e con l’ammenda da euro 500 ad euro 5.000».

Prima del d.l. n. 19/2020, si faceva riferimento all’art. 4 d.p.c.m. 8 marzo 2020, che, rispetto al divieto di circolazione per i soggetti positivi, stabiliva: “Salvo che il fatto costituisca più grave reato, il mancato rispetto degli obblighi di cui al presente decreto è punito ai sensi dell’articolo 650 del codice penale, come previsto dall’art. 3, comma 4, del d.l. 23 febbraio 2020, n. 6”. Questa disposizione (al netto di tutti i problemi di legalità prontamente rilevati dalla dottrina), con la sua clausola di sussidiarietà, apriva già la strada, sebbene in maniera implicita, all’applicazione dell’art. 452 c.p. (**epidemia colposa**) in caso di violazione della quarantena obbligatoria per soggetti positivi al coronavirus, come fa ora, in maniera esplicita, il menzionato art. 4 d.l. n. 19/2020.

Domanda: vista la drammaticità dell’emergenza sanitaria, anziché affidarsi per i casi *più gravi* alla fattispecie di epidemia colposa (art. 452), richiamata espressamente nell’*incipit* della disposizione (art. 4 d.l. n. 19), ma la cui applicabilità potrebbe rivelarsi difficoltosa (v. *infra*), si poteva immaginare un delitto di nuovo conio (una fattispecie di *contagio*), incentrato su un evento *contagio* qualificato dal pericolo di ulteriore diffusione?. Domanda che lascio senza risposta, per mancanza di tempo (si può però ricordare che, il nostro ordinamento conosceva una fattispecie delittuosa di contagio, limitatamente alla sifilide e alla blenorragia, ma strutturata in maniera tale da risultare comunque “inadeguata” a fronteggiare le tipologie di contagio da Sars-Cov-2: cfr. art. 450 c.p. ab. dall’art. 22 l. 22 maggio 1978 n. 194, legge sull’aborto, contestualmente all’abrogazione del famigerato titolo X, *Delitti c. l’integrità e la sanità della stirpe*).

Al di là di quest’unico caso di rilevanza penale espressa (violazione della quarantena), resta il penale **“implicito” o “comune”**, in cui non servono norme speciali e *ad hoc*: ovverosia, la possibilità di configurare una responsabilità penale colposa (tralascerei per mancanza di tempo il penale del dolo, capace di porre questioni più facili e insieme più difficili) di *semplici cittadini* (anche non sottoposti a quarantena obbligatoria), *operatori sanitari, dirigenti di ospedali o RSA, dirigenti di aziende sanitarie, datori di lavoro, enti collettivi* (ai sensi, verosimilmente, dell’art. 25-*septies* d.lgs. n.

231/2001), di *decisori politici* nazionali o locali. Una serie di soggetti a cui è demandato il compito, difficilissimo, del *governo della peste* (L.A. Muratori, *Del governo della peste e della maniera di guardarsene*, 1714): i vari “garanti”, definibili alla stregua di gestori, pro quota, del rischio Covid, ai diversi livelli di competenza. In questo senso, ogni singolo cittadino, nel perimetro delle pretese cautelari che l’ordinamento gli rivolge, potrebbe assumere il ruolo di **“garante” in senso ampio rispetto al rischio di diffusione del contagio**. (Per la nozione di “garante” come gestore dello specifico rischio concretizzatosi nell’evento, anche a prescindere dalla forma omissiva impropria o commissiva della fattispecie, cfr. Cass. S.U. ud. 24 aprile 2014, n. 38343, caso ThyssenKrupp).

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

Dicevo che la strada della responsabilità per omicidio/lesioni, prima che per la ricostruzione della colpa (e anche in presenza di una “colpa oggettiva”), è forse impossibile già sul piano della causalità. Quel “forse” dipende da un dubbio (*apro una parentesi di... fantascienza*): si è letto sulla stampa del (formidabile) lavoro di investigazione che avrebbero svolto gli epidemiologi tedeschi per ricostruire la catena di contagi del primo focolaio individuato in Germania (Stockford, Baviera). Ebbene, a quanto si legge, gli scienziati tedeschi avrebbero descritto in un articolo sottoposto (ma non so se, poi, pubblicato) alla prestigiosa rivista scientifica *the Lancet* l’indagine epidemiologica, la quale sarebbe stata svolta ricavando informazioni sugli spostamenti e i contatti dei primi contagiati, ma anche ricorrendo al *sequenziamento dei genomi del virus dei vari malati*. Domanda: considerando le mutazioni virali che si accumulano da un contagio all’altro, si potrebbe capire chi è stato infettato prima e chi dopo? Per ora è fantascienza, ma se, quando si celebreranno i processi per contagio da coronavirus, questa possibilità di accertamento fosse acclarata, direi che saremo tutti pronti a rivedere le nostre convinzioni più sedimentate in tema di causalità in casi come questi.

Nel modello causale rientra anche la fattispecie di **epidemia colposa** (artt. 438 e 452 c.p.), richiamata espressamente, come ricordato, nella clausola di sussidiarietà dell’art. 4 d.l. n. 19/2020, per la violazione della quarantena obbligatoria per i soggetti positivi al nuovo coronavirus; ma che potrebbe essere contestata (in luogo dei – o in aggiunta ai – delitti di omicidio e lesioni) anche

in altre ipotesi – ad es., quelle dei responsabili di RSA o di ospedali, o dei datori di lavoro – alle quali mi riferivo poc’anzi.

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

Il Covid-19 è una patologia infettiva che ha, in astratto, tutte le caratteristiche di *diffusività* che caratterizzano – sul piano oggettivo – il delitto di epidemia. Azzardo un’ipotesi: potrebbe essere significativo per la configurabilità della fattispecie di epidemia, in particolare per misurare la diffusività dell’agente patogeno, anche la **considerazione del più o meno elevato indice  $R_0$**  (o, a seconda dei casi,  $R_t$ ), il numero medio di infezioni secondarie prodotte da ciascun individuo infetto, che, come oramai noto, è variabile nelle varie fasi di un’epidemia. Bisognerà rifletterci meglio, ma forse l’indicatore  $R_0$  (questa *matematica del contagio*, secondo la bella espressione dello scrittore Paolo Giordano: in [www.corriere.it](http://www.corriere.it), 25 febbraio 2020) potrebbe essere utilizzato per dimostrare la specifica pericolosità in concreto del contagio nel singolo frangente temporale: soltanto con un  $R_0$  elevato – ad esempio: per lo meno pari o superiore a 1 – si potrebbe ravvisare, nel fatto che ha portato ai contagi, un effettivo pericolo di diffusività epidemica. Tale indicatore potrebbe assumere rilevanza anche sul piano dell’elemento soggettivo colposo o doloso, da verificare al momento della condotta di trasmissione del patogeno. Sin dall’inizio dell’epidemia si è invero detto che si tratta di una malattia molto contagiosa e ad elevata trasmissibilità. Nel momento in cui l’indice di trasmissibilità divenisse meno elevato o quasi esiguo, e tale dato fosse conosciuto o facilmente conoscibile, si potrebbe argomentare per un elemento psicologico meno intenso o insussistente in capo all’agente? Ad esempio: soltanto colpa lieve (con rilevanza commisurativa) o nessuna colpa (con conseguente insussistenza del reato) in presenza di un indice di trasmissibilità esiguo al momento della condotta, pur a fronte di un focolaio epidemico poi effettivamente innescato.

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

base del notevole incremento dei casi di mortalità/morbilità da Covid-19 nel contesto considerato.

Il riferimento va allo schema di accertamento proposto, ma per la causalità nei delitti di evento dannoso (omicidio/lesioni), da L. Masera, *Accertamento alternativo ed evidenza epidemiologica nel diritto penale. Gestione del dubbio e profili causali*, Milano 2017; e, in senso solo parzialmente analogo, sempre per le ipotesi di evento dannoso, da S. Zirulia, *Esposizione a sostanze tossiche e responsabilità penale*, Milano 2018.

Causalità a parte, che resta il problema fondamentale per la configurabilità di un'epidemia colposa, residuano dubbi ulteriori e, credo, meno rilevanti. Incerta è, per esempio, la **“convertibilità” in ipotesi omissiva impropria** di questo reato che prevede una *modalità di lesione* (mediante la diffusione di germi patogeni). Anche se, in effetti, la caratterizzazione di questa modalità mi ha sempre lasciato perplesso: l'epidemia è davvero un illecito di modalità di lesione? Ma allora, con quali altre e diverse modalità si potrebbe cagionare l'evento epidemico?

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

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

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

### III.

Una **conclusione**, emergenziale e provvisoria, mi sembra così formulabile.

Sebbene le misure imposte o raccomandate ai vari livelli abbiano una base epistemologica non concludente; sebbene ci si muova dunque in un ambito fortemente immerso in una

(inevitabile) logica precauzionale, le difficili scelte sanzionatorie prese – se sembrano discutibili sul piano dei contenuti, poiché davvero invasive – lo sono, a mio avviso, molto meno sul piano del diritto penale in senso stretto: la scelta di configurare una progressione offensiva e sanzionatoria secondo uno schema attento alla *extrema ratio*, assieme a quella di sottoporre (in maniera espressa e diretta) a sanzione criminale soltanto la violazione della quarantena da parte del soggetto positivo, mantiene, seppure problematicamente, l’opzione penalistica all’interno della logica della prevenzione, vista la peculiare diffusività della malattia o comunque del patogeno (benché, come visto, si tratti di diffusività variabile nel tempo e nello spazio).

L’irruzione della precauzione, in senso anche deteriore, potrebbe avvenire più tardi, al momento della gestione giudiziaria della crisi pandemica in corso, specialmente se non esclusivamente in relazione ai casi non espressamente previsti (quindi estranei all’unica fattispecie incriminatrice introdotta *ad hoc*: la violazione della quarantena da parte di un “appestato”), in quanto demandati alle comuni fattispecie poste a tutela della vita e della salute individuale o collettiva (su un possibile e futuro approccio panpenalistico ai postumi della crisi, cfr. Pulitanò, *Lezioni dell'emergenza e riflessioni sul dopo. Su diritto e giustizia penale*, in *SP*, 28 aprile 2020; cfr., inoltre, Palazzo, *Pandemia e responsabilità colposa*, in *SP*, 26 aprile 2020, a proposito dell’esercizio di *prudentia* al quale sarà chiamata la magistratura per mantenere la colpa «nel solco della responsabilità senza farla trascinare nello schema del capro espiatorio»).

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

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

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