

Cassazione penale

direttore scientifico
condirettore
LX - Giugno 2020, n° 06

Domenico Carcano
Mario D'Andria

06

20
20

| **estratto**

IL DIRITTO PENALE ALLA PROVA
DELL'EMERGENZA COVID-19: NUOVE
ESIGENZE DI TUTELA E PROFILI
SANZIONATORI

di **Cristiano Cupelli**

273.4 IL DIRITTO PENALE ALLA PROVA DELL'EMERGENZA COVID-19: NUOVE ESIGENZE DI TUTELA E PROFILI SANZIONATORI (*)

Criminal law and Covid-19: new protection requirements and penalty measures

Il contributo analizza i riflessi penalistici dell'emergenza sanitaria che stiamo vivendo, soffermandosi in particolare sulla necessità di limitare, attraverso la previsione di adeguate misure e di altrettanto dissuasive sanzioni in caso di loro inosservanza, la diffusione dell'epidemia.

The paper analyses the criminal consequences of the present health emergency, focusing on the need to limit the spread of the epidemic through the provision of adequate measures and dissuasive sanctions in case of non-compliance.

di **Cristiano Cupelli**

Professore associato di Diritto penale - Università degli studi di Roma "Tor Vergata"

Sommario 1. Gli spunti. — 2. Il decreto-legge n. 19 del 2020 e il riordino normativo. — 3. Il profilo sanzionatorio: la *responsabilità degli irresponsabili* e la scalarità della tutela. — 3.1. Il primo gradino: l'illecito amministrativo. — 3.2. Il secondo stadio: la contravvenzione. — 3.3. L'ultimo livello: il delitto. — 4. La razionalità della scelta.

1. GLI SPUNTI

L'emergenza sanitaria che abbiamo attraversato negli scorsi mesi – oggi, almeno all'apparenza, attenuata con l'ingresso nella c.d. "fase 2", caratterizzata dall'allentamento e, di conseguenza, dalla parziale modifica delle prescrizioni contenitive in vista di un graduale ritorno alla normalità – ha posto all'attenzione del penalista numerosi e densi spunti di riflessione, taluni legati a questioni tradizionali di carattere più generale (*in primis*, l'esigenza di mantenere fermi i capisaldi dello stato di diritto al cospetto di situazioni eccezionali e drammatiche), altri ancorati a problematiche specifiche, connesse alla contingente necessità di limitare, attraverso la previsione di adeguate misure e di altrettanto dissuasive sanzioni in caso di loro inosservanza, la diffusione dell'epidemia ⁽¹⁾.

Ora, se è innegabile come, nell'affrontare la crisi sul piano normativo, da un lato abbiamo

(*) Il contributo è destinato alla pubblicazione nel volume collettaneo *L'impatto del Covid-19 sull'ordinamento italiano: le questioni relative alla disciplina dell'emergenza*, a cura di Marini e Scaccia, Esi, 2020.

⁽¹⁾ Nella dimensione penalistica, BARTOLI, *Il diritto penale dell'emergenza "a contrasto del coronavirus": problematiche e prospettive*, in *Sistema penale*, 24 aprile 2020; PULITANO, *Lezioni dell'emergenza e riflessioni sul dopo. Su diritto e giustizia penale*, ivi, 28 aprile 2020; Id., *Problemi dell'emergenza. Legalità e libertà*, in *La legislazione penale*, 18 maggio 2020; DE FRANCESCO, *Dimensioni giuridiche ed implicazioni sociali nel quadro della vicenda pandemica*, ivi, 23 aprile 2020; CASTRONUOVO, *I limiti sostanziali del potere punitivo nell'emergenza pandemica: modelli causali vs modelli precauzionali*, ivi, 10 maggio 2020; BERNARDI, *Il diritto penale alla prova della COVID-19*, in *Dir. pen. proc.*,

prevalso modalità ispirate a una logica precauzionale ⁽²⁾, attribuendosi alla salute il rango di bene assoluto in vista della cui tutela comprimere e sacrificare altri beni di pur rilevante intensità costituzionale, e, dall'altro, si sia deciso di privilegiare l'intimidazione alla responsabilizzazione, non limitandosi (a differenza di altri Paesi europei) a suggerire ai cittadini le condotte che era opportuno tenere per evitare i rischi derivanti dal virus ma presidiandole con apposite sanzioni, va comunque riconosciuto, anticipando spunti che saranno ripresi nelle conclusioni, come, dopo un'iniziale e comprensibile fase di assestamento, ci si sia costantemente attenuti, quantomeno nei riflessi penalistici, al rispetto dei canoni di proporzionalità e ragionevolezza, privilegiando un'architettura sanzionatoria modulata su un'equilibrata progressione scalare nell'offesa.

2. IL DECRETO-LEGGE N. 19 DEL 2020 E IL RIORDINO NORMATIVO

Andando con ordine, la pandemia è stata normativamente fronteggiata dal Governo – anche nel delineare conseguenze di natura penale – «senza mai sospendere l'ordine costituzionale, ma ravvisando al suo interno gli strumenti idonei a modulare i principi costituzionali in base alle specifiche contingenze» ⁽³⁾, a partire dal ricorso allo strumento fisiologicamente ritagliato per la gestione dell'emergenza, vale a dire il decreto-legge ⁽⁴⁾, affiancato – in maniera invero più problematica – da decreti del Presidente del Consiglio dei Ministri, soprattutto nella prima fase, da ordinanze ministeriali e provvedimenti regionali (e addirittura comunali).

Ebbene, con il d.l. 25 marzo 2020, n. 19 ⁽⁵⁾ (di recente convertito nella l. 22 maggio 2020, n. 35) si è provato a restituire ordine alla disciplina normativa dell'emergenza Covid-19, fino ad allora stratificata su più livelli regolamentari e talvolta perfino differenziata – su base territoriale – nei presupposti applicativi e nelle scelte sanzionatorie ⁽⁶⁾; con lo stesso provvedimento,

2020, p. 441 ss.; non saranno prese in considerazione, in questa sede, le diverse e pur rilevanti problematiche connesse all'esigenza di offrire un'adeguata tutela, sul fronte penalistico, agli operatori sanitari impegnati nella gestione dell'emergenza sanitaria in condizioni di estrema problematicità contestuale o all'opportunità di circoscrivere le possibili implicazioni sanzionatorie in capo ai datori di lavoro a fronte del riconoscimento del contagio da coronavirus come infortunio, ovvero ancora ai molteplici risvolti processuali e penitenziari legati alla complessa gestione della pandemia.

⁽²⁾ Solleva perplessità sulle modalità di gestione dell'emergenza ispirate al c.d. *precautionary constitutionalism*, BURATTI, *Quale bilanciamento tra i diritti nell'emergenza sanitaria? Due recentissime posizioni di Marta Cartabia e Giuseppe Conte*, in *www.diritticomparati.it*, 1 maggio 2020.

⁽³⁾ Richiamando le parole del Presidente della Corte costituzionale Marta Cartabia, rese il 28 aprile 2020 nella "Relazione sull'attività della Corte costituzionale nel 2019" (in *www.cortecostituzionale.it*), p. 25.

⁽⁴⁾ Per una verifica su possibilità e limiti (temporali o di contenuto), alla luce della Costituzione, per decreto-legge e legge di conversione di introdurre norme derogatorie rispetto alle previsioni costituzionali, MARINI, *Le deroghe costituzionali da parte dei decreti-legge*, in *Federalismi.it. Osservatorio emergenza Covid-19*, n. 1, 13 marzo 2020.

⁽⁵⁾ Diffusamente, sul provvedimento, GATTA, *Un rinnovato assetto del diritto dell'emergenza Covid-19, più aderente ai principi costituzionali, e un nuovo approccio al problema sanzionatorio: luci e ombre nel nuovo d.l. 25 marzo 2020, n. 19*, in *Sistema penale*, 26 marzo 2020; sui profili sanzionatori del decreto-legge n. 19, a primo commento, si vedano anche NATALINI, *Cambio di strategia: multe pecuniarie contro i trasgressori*, in *Guida dir.*, n. 16/2020, p. 76 ss.; PADOVANI, *Lotta al Coronavirus: le norme penali in "collisione" con la Costituzione*, *ivi*, n. 23/2020, p. 8 ss.; NATALE, *Il decreto legge n. 19 del 2020: le previsioni sanzionatorie*, in *Questione giustizia*, 28 marzo 2020; CASTALDO - COPPOLA, *Profili penali del decreto-legge n. 19/2020 "Coronavirus": risolto il rebus delle sanzioni applicabili?*, in *Arch. pen.*, 1/2020; PIVA, *Il diritto penale ai temi del coronavirus: troppo su inosservanza e poco su carcere*, *ivi*; VALENTINI, *Profili penali della veicolazione virale: una prima mappatura*, *ivi*.

⁽⁶⁾ Nell'ampio dibattito suscitato dall'analisi del reticolo dei provvedimenti normativi succedutisi a seguito dell'esplosione dell'emergenza, si segnalano gli sforzi di ricostruzione sistematica di LUCIANI, *Il sistema delle fonti del diritto*

in coerenza, si è abrogato il d.l. 23 febbraio 2020, n. 6, che stentava oramai a rappresentare una valida base di legittimazione delle misure limitative di libertà e diritti fondamentali dell'individuo.

Ed è proprio dal decreto-legge n. 19, pertanto, che occorre muovere nella prospettiva penalistica, ricordando anzitutto come, rispetto alle misure di contenimento del *virus*, si sia provveduto, in estrema sintesi, a: *i*) estenderle all'intero territorio nazionale (art. 1, comma 1); *ii*) prevederne una casistica tassativa (ben 29 ipotesi, elencate all'art. 1, comma 2); *iii*) limitarle entro tempi predefiniti, graduandole in relazione all'adeguatezza specifica e alla proporzionalità del rischio (valutate sulla base dell'andamento epidemiologico del virus), previa consultazione, "di norma", di apposito comitato tecnico scientifico (art. 2, comma 1); *iv*) ribadire, ai fini della loro adozione, la centralità della competenza statale, da un lato relegando a casi eccezionali (specifiche situazioni sopravvenute di aggravamento del rischio sanitario) e temporalmente limitati la possibilità per le Regioni di disporle in via d'urgenza (art. 3, comma 1), dall'altro vietando espressamente l'adozione da parte dei Sindaci di ordinanze contingibili e urgenti in contrasto con le misure statali o al di fuori di proprie competenze (art. 3, comma 2).

3. IL PROFILO SANZIONATORIO: LA RESPONSABILITÀ DEGLI IR-RESPONSABILI E LA SCALARITÀ DELLA TUTELA

Per quel che riguarda più da vicino il versante punitivo, l'art. 4 reca la disciplina delle violazioni di obblighi e prescrizioni volti a contenere il contagio epidemico in atto, disegnando l'architettura del nuovo edificio sanzionatorio in una prospettiva di massima valorizzazione della scalarità dell'offesa, non intaccata, come meglio si vedrà, dalle modifiche apportate dal d.l. 16 maggio 2020, n. 33⁽⁷⁾ e dagli emendamenti approvati in sede di conversione dello stesso d.l. n. 19, avvenuta con la l. 22 maggio 2020, n. 35.

3.1. Il primo gradino: l'illecito amministrativo

In questa costruzione sistematica, il primo gradino è rappresentato dall'illecito amministrativo di cui al primo comma dell'art. 4, nel quale si prevede che «salvo che il fatto costituisca reato» il mancato rispetto delle misure di contenimento è punito con la sanzione amministrativa del pagamento di una somma da 400 a 3.000 euro e «non si applicano le sanzioni contravvenzionali previste dall'articolo 650 del codice penale o da ogni altra disposizione di legge attribuita di poteri per ragioni di sanità, di cui all'articolo 3, comma 3». Nell'ultimo periodo si stabilisce, poi, che se il mancato rispetto delle misure avviene mediante l'utilizzo di un veicolo le sanzioni sono aumentate fino a un terzo. L'efficacia deterrente è rafforzata, nei commi successivi, attraverso l'introduzione di una serie di sanzioni accessorie nei riguardi di soggetti qualificati esercenti attività commerciali, di impresa o professionali e di un aggravamento della sanzione

alla prova dell'emergenza, in *Rivista AIC*, 10 aprile 2020 e le riflessioni critiche di BELLETTI, *La confusione nel sistema delle fonti ai tempi della gestione dell'emergenza da Covid-19 metter a dura prova gerarchia e legalità*, in *Osservatorio AIC*, 28 aprile 2020, e SORRENTINO, *Riflessioni minime sull'emergenza coronavirus*, in *Costituzionalismo.it*, fasc. 1/2020, p. 130 ss.; nella prospettiva penalistica, si sofferma sulle varie misure adottate dalle autorità competenti, comprese quelle contenute nei DPCM e nelle ordinanze regionali e sindacali, C. RUGA RIVA, *La violazione delle ordinanze regionali e sindacali in materia di coronavirus: profili penali*, in *Sistema penale*, 24 marzo 2020.

⁽⁷⁾ Sulle novità introdotte, per la "fase 2", dal d.l. n. 33 del 2020 e sui problemi di coordinamento con il d.l. n. 25 del 2020, si vedano, in particolare, GATTA, *Emergenza Covid-19 e "fase 2": misure limitative e sanzioni nel d.l. 16.5.2020, n. 33 (nuova disciplina della quarantena)*, in *Sistema penale*, 18 maggio 2020, p. 19 ss.; NATALINI, *Sanzioni, per tutta la "Fase 2" resta il regime a doppio binario. La gestione dell'emergenza*, in *Guida dir.*, n. 24/2020, p. 116 ss.

amministrativa e accessoria in caso «di reiterata violazione della medesima disposizione». Il comma 8 reca – opportunamente – una disciplina transitoria che rende applicabili le nuove sanzioni amministrative ai fatti commessi sotto il vigore della precedente disciplina (che sanzionava la violazione delle prescrizioni ai sensi dell'art. 650 c.p.). In assenza di detta disposizione, infatti, i fatti pregressi non sarebbero stati punibili né in via penale (art. 2 c.p.), né in via amministrativa (art. 1, legge n. 689 del 1981) ⁽⁸⁾.

L'impianto è rimasto sostanzialmente inalterato a fronte della conversione in legge del decreto, realizzata con la ricordata legge n. 35 del 2020; qui, si è proceduto unicamente a una riduzione da 3.000 a 1.000 euro del massimo edittale della sanzione amministrativa pecuniaria, da riferirsi – in virtù di un rinvio mobile ivi contenuto – anche all'identico illecito amministrativo contemplato all'art. 2, comma 1, d.l. n. 33 del 2020 con riguardo alle diverse e più 'attenuate' prescrizioni contenute in tale provvedimento. La scelta ha posto sul tappeto l'esigenza di stabilire se, rispetto gli illeciti di cui all'art. 4, comma 1, d.l. n. 19 del 2020 e di cui all'art. 2, comma 1, d.l. n. 33 del 2020, possa trovare applicazione la cornice edittale più mite prevista anche per i fatti commessi antecedentemente all'intervenuta modifica ad opera del Parlamento. Interrogativo che pare potersi risolvere affermativamente, in ragione anche del riconoscimento, nella sentenza n. 63 del 2019 della Corte costituzionale ⁽⁹⁾, dell'operatività, pure in rapporto alle sanzioni amministrative punitive, del principio di retroattività della *lex mitior ex artt. 3 e 117*, comma 1, Cost., in relazione all'art. 7 CEDU ⁽¹⁰⁾.

3.2. Il secondo stadio: la contravvenzione

Al secondo gradino della scala disvaloriale, il legislatore ha introdotto, all'art. 4, comma 6, una fattispecie contravvenzionale che punisce, ai sensi dell'art. 260 del r.d. 27 luglio 1934, n. 1265 (la cui pena è stata opportunamente innalzata al comma 7, rendendola maggiormente in linea con la gravità del fatto), la violazione del divieto assoluto di allontanarsi dalla propria abitazio-

⁽⁸⁾ Pur se ispirate da una *ratio* assolutamente condivisibile, volta a contemperare l'esigenza di rendere effettiva la deterrenza sanzionatoria senza tuttavia sovraccaricare il sistema giudiziario penale, talune scelte tecniche adottate hanno sollevato perplessità. In primo luogo, è del tutto inedito che il legislatore inserisca la clausola di riserva a favore dell'illecito penale (che ha lo scopo di evitare che prevalga l'illecito amministrativo, a norma del criterio di specialità di cui all'art. 9 della legge n. 689 del 1981) e, contestualmente, stabilisca che non si applichino gli illeciti penali che potrebbero in astratto configurarsi. Sul piano del *drafting* normativo, poi, l'espressione «*non si applicano le sanzioni contravvenzionali previste dall'articolo 650 del codice penale*» appare inusuale e ambigua: presa alla lettera, sembra voler escludere le sole sanzioni e non anche il reato. In verità, a noi pare che con tale espressione il legislatore abbia voluto assicurarsi di evitare l'applicazione dell'art. 650 c.p. (fattispecie contravvenzionale che fino all'entrata in vigore del d.l. n. 19 sanzionava la violazione delle prescrizioni adottate per il contenimento dell'epidemia) e di impedire l'operatività di qualsivoglia fattispecie incriminatrice che operi un rinvio *quo ad poenam* allo stesso art. 650 c.p. Ancora, sempre sul versante della determinatezza analoghe perplessità suscita l'ulteriore espressione «*da ogni altra disposizione di legge attributiva di poteri per ragioni di sanità, di cui all'articolo 3, comma 3*», anch'essa evidentemente funzionale a distinguere il rilievo amministrativo da quello penale delle condotte, potendo ingenerare difformità interpretative e applicative da parte delle autorità amministrative e degli uffici giudiziari. Infine, con riferimento alla circostanza aggravante dell'utilizzo di un veicolo, la norma, per come formulata, sembrerebbe far dipendere dal mero utilizzo dello stesso veicolo l'aggravamento sanzionatorio, senza distinguere in ordine alla funzionalizzazione dell'uso del mezzo al mancato rispetto delle misure di contenimento. Così intesa, tuttavia, la previsione si presta a possibili censure di irragionevolezza dal momento che ben può accadere che la condotta sia in concreto meno grave di quella posta in essere senza l'utilizzo di un veicolo (si pensi a un soggetto che, solo, alla guida di un'auto, si limiti a fare un breve giro nel quartiere senza mai fermarsi, rispetto a chi, a piedi, si incontra e socializza con altre persone).

⁽⁹⁾ C. cost., 21 marzo 2019, n. 63, in *Giur. cost.*, 2019, p. 63 ss.

⁽¹⁰⁾ Così GATTA, *Emergenza Covid-19 e "fase 2"*, cit., p. 19 ss.

ne da parte di coloro che siano sottoposti alla misura della quarantena *obbligatoria* perché risultati positivi al virus.

Si tratta di una nuova figura di reato centrale nella prevenzione e repressione dell'inosservanza di una sola delle misure limitative disciplinate dal decreto-legge, ritenuta meritevole di un regime sanzionatorio differenziato in ragione del più elevato grado di pericolo, che essa comporta, per la salute pubblica e per l'effettività dell'azione di contrasto dell'epidemia in corso ⁽¹¹⁾. Si è al cospetto di un reato di pericolo per la salute pubblica, configurato nella forma del pericolo astratto (senza che dovrà essere dunque essere accertato in concreto dal giudice il pericolo per la salute pubblica derivante dall'allontanamento dall'abitazione), ma pur sempre caratterizzato da un significativo grado di pericolosità per il bene giuridico, imperniato su una presunzione *ragionevole* ⁽¹²⁾.

Naturalmente, dovrà essere accertata la legittimità del provvedimento che dispone la misura. A tal proposito, va segnalato come, mentre il decreto-legge n. 19 si limitava a prevedere, all'art. 2, comma 1, lett. e), la quarantena obbligatoria senza disciplinarne tempi, modi e procedura – nulla precisando, cioè, in merito all'autorità legittimata a disporla e alla sua durata ⁽¹³⁾, col rischio di pregiudicare l'effettiva applicazione della norma incriminatrice posta a presidio della più importante misura di contenimento dell'epidemia ⁽¹⁴⁾ –, oggi tale lacuna può ritenersi colmata dall'intervento, sul punto, del decreto-legge n. 33 del 2020 e della legge n. 35 del 2020. A ben vedere, infatti, rimasti invariati contenuto e presupposti di fatto, dal combinato dei due provvedimenti risulta espressamente che tale misura debba essere disposta con un provvedimento amministrativo, individuale e concreto, adottato per motivi di salute pubblica dal sindaco, quale autorità sanitaria locale competente ⁽¹⁵⁾. Non solo; è stato in qualche modo precisato il termine di durata della misura, facendosi riferimento, quale momento finale,

⁽¹¹⁾ Integra invece l'illecito amministrativo di cui al comma 1 l'inosservanza della "quarantena precauzionale", prevista quale misura limitativa dall'art. 2, comma 1, lett. d) del decreto-legge per i soggetti che hanno avuto contatti stretti con casi confermati di malattia infettiva diffusiva o che sono rientrati dall'estero.

⁽¹²⁾ In questo senso, per tutti, G.L. GATTA, *Un rinnovato assetto del diritto dell'emergenza Covid-19, più aderente ai principi costituzionali, e un nuovo approccio al problema sanzionatorio: luci e ombre nel nuovo d.l. 25 marzo 2020, n. 19*, cit.

⁽¹³⁾ Sulla natura e sui limiti della quarantena obbligatoria si è sviluppato un acceso dibattito, profilandosi dubbi di legittimità costituzionale; da un lato, si è ritenuto che «la situazione di chi viene oggi messo in quarantena nella propria abitazione ovvero nella stanza di un ospedale o di un albergo requisito sia non dissimile, in termini di privazione della libertà personale, da quella di chi, sempre per ragioni sanitarie, è collocato in un ospedale per un TSO», evidenziandosi di conseguenza la necessità che una simile misura trovi nella legge – o quanto meno in un atto avente forza di legge – una disciplina dei presupposti di applicazione e della relativa procedura, che preveda anche una convalida giudiziale, pur in forma semplificata (in questa prospettiva, GATTA, *I diritti fondamentali alla prova del coronavirus. Perché è necessaria una legge sulla quarantena*, in *Sistema penale*, 2 aprile 2020; NATALE, *Il decreto legge n. 19 del 2020: le previsioni sanzionatorie*, cit.); dall'altro lato, si è invece esclusa la necessità di un provvedimento individuale, mettendosi in evidenza come, a ben vedere, nel decreto-legge n. 19 sia direttamente la legge, e non l'autorità amministrativa, a disporre la quarantena sulla base di una situazione di fatto, e cioè la positività al virus (LUCIANI, *Il sistema delle fonti del diritto alla prova dell'emergenza*; BIGNAMI, *Chiacchiericcio sulle libertà costituzionali al tempo del coronavirus*, in *Questione giustizia*, 7 aprile 2020), e ad essere in gioco nelle normative di emergenza non sia la libertà di coercizione in concreto, quanto piuttosto «la libertà da restrizioni normativamente previste in via generale» (PULITANÒ, *Lezioni dell'emergenza e riflessioni sul dopo*, cit., p. 4), escludendosi pertanto che possano emergere problemi di costituzionalità legati all'art. 13 Cost.

⁽¹⁴⁾ Giacché il provvedimento, se ritenuto illegittimo, potrebbe essere disapplicato dal giudice penale, escludendo di conseguenza la responsabilità dell'agente per l'inosservanza.

⁽¹⁵⁾ Diffusamente, sulla questione, GATTA, *Emergenza Covid-19 e "fase 2"*, cit., §5.1.

all'accertamento della guarigione o al ricovero in una struttura sanitaria o in altra struttura allo scopo destinata ⁽¹⁶⁾.

3.3. L'ultimo livello: il delitto

La fattispecie di cui all'art. 4, comma 6, del d.l. n. 19 fa salva espressamente l'applicabilità del delitto di epidemia colposa di cui all'art. 452 c.p. o di altro più grave reato; il riferimento è evidentemente alla forma dolosa di epidemia di cui all'art. 438 c.p., anche a titolo di tentativo, o ai reati di omicidio o lesioni nel caso in cui il contagio riguardi singoli e sia escluso il pericolo di ulteriore diffusione. L'effetto perseguito è quello di diversificare il peso dell'inosservanza del divieto di allontanamento in relazione alle possibili conseguenze in termini di pericolo per la salute pubblica, pericolo che infatti andrà calibrato sullo specifico contesto spazio-temporale in cui si realizza la condotta inosservante: l'epidemia, come è noto, è un reato di evento (*evento di pericolo diffuso*) e, oltre al contagio di una o più persone, richiede un reale pericolo di diffusione della malattia, esponendo a pericolo *in un unico contesto* la salute di un elevato numero di soggetti ⁽¹⁷⁾. Diversamente, affinché ricorra l'ipotesi contravvenzionale di cui all'art. 4, comma 6, non dovrà sussistere alcun pericolo di contagio a seguito dell'allontanamento del soggetto dalla propria abitazione.

Facile immaginare, allora, in caso di violazione della quarantena, una più *immediata* applicabilità della contravvenzione, tenuto anche conto – per l'epidemia – delle difficoltà di accertamento legate al profilo causale (con riguardo all'esclusione di decorsi eziologici alternativi) ⁽¹⁸⁾ e delle perplessità relative alla sua configurabilità in termini omissivi (trattandosi di delitto a forma vincolata) ⁽¹⁹⁾. In ogni caso, ai fini della configurabilità della fattispecie di epidemia (e in particolare per misurare la diffusività dell'agente patogeno), si è messo in luce come possa assumere significatività la considerazione del più o meno elevato *indice* R_o , ossia del numero medio di infezioni secondarie prodotte da ciascun individuo infetto, variabile nelle diverse fasi di un'epidemia. Tale indicatore potrà rilevare tanto «per dimostrare la specifica pericolosità in concreto del contagio nel singolo frangente temporale», dal momento che «soltanto con tale indicatore elevato, per lo meno pari o superiore a 1, si potrà ravvisare, nel

⁽¹⁶⁾ Pur a fronte degli indiscutibili miglioramenti, non mancano dubbi residui, riconducibili soprattutto alle difficoltà di coordinamento fra le fonti avvicendatesi e tuttora coesistenti rispetto a periodi temporali diversi. Tra questi, in particolare, alla luce della precisazione dell'autorità competente ad adottare la misura della quarantena operata solamente in sede di conversione del d.l. n. 19, v'è da chiedersi se possano considerarsi legittimi i provvedimenti con i quali, durante la "fase 1", la stessa sia stata applicata senza alcuna formalità o, comunque, con provvedimento da parte di autorità diversa dal sindaco; in questi casi, invero, potrebbe ritenersi carente un presupposto del reato, di talché eventuali procedimenti aperti potrebbero concludersi con l'assoluzione dell'imputato perché il fatto non sussiste.

⁽¹⁷⁾ In questo senso, nella giurisprudenza più recente, si rimarca la connotazione della malattia a diffondersi rapidamente e a innescare un «pericolo di infezione per una porzione ancora più vasta di popolazione» (Sez. I, 6. novembre 2019, n. 48014, in *Foro it.*, 2020, II, c. 217 ss.); per una recente disamina della prassi applicativa del delitto di epidemia anche in rapporto alla diffusione del virus Covid-19, cfr. RAFFAELE, *Delitto di epidemia: l'affaire Coronavirus*, in *Diritto penale e uomo*, 3 giugno 2020.

⁽¹⁸⁾ Come sottolinea CASTRONUOVO, *I limiti sostanziali del potere punitivo nell'emergenza pandemica: modelli causali vs modelli precauzionali*, cit., p. 11, «trattandosi però di un evento di pericolo a dimensione collettiva potrebbe aprirsi, sebbene problematicamente, la possibilità di un accertamento della causalità su base epidemiologica».

⁽¹⁹⁾ In termini generali, GARGANI, *Reati contro l'incolumità pubblica. Tomo II. Reati di comune pericolo mediante frode*, in *Trattato di diritto penale*, diretto da GROSSO-PADOVANI-PAGLIARO, Giuffrè, 2013, p. 213; favorevole alla configurabilità in forma omissiva (dubitando che si tratti di reato a forma vincolata), CORBETTA, *I delitti contro l'incolumità pubblica. Tomo II. I delitti di comune pericolo mediante frode*, in *Trattato di diritto penale, Parte Speciale*, diretto da Marinucci - Dolcini, Cedam, 2003, p. 16.

fatto che ha portato ai contagi, un effettivo pericolo di diffusività epidemica», quanto, sul piano dell'elemento soggettivo, per apprezzare una minore intensità o addirittura l'insussistenza dell'elemento psicologico, ogni qualvolta l'indice di trasmissibilità si dimostri essere meno elevato o quasi esiguo, e tale dato sia conosciuto o facilmente conoscibile⁽²⁰⁾.

4. LA RAZIONALITÀ DELLA SCELTA

È innegabile come la *grande incertezza* che, in termini generali, ha accompagnato nella *prima fase* il contesto emergenziale abbia finito per ripercuotersi anche sull'esatta perimetrazione del ruolo assunto nella vicenda dal sistema penale: «al centro di questo quadro a tinte fosche»⁽²¹⁾ o soltanto in posizione recessiva e marginale⁽²²⁾. Si può in ogni caso ritenere che l'obiettivo del «diritto penale del coronavirus» sia stato (e continui a essere) quello di garantire il rispetto delle disposizioni finalizzate al contenimento dell'epidemia e dei molteplici rischi a questa correlati, restituendo l'immagine di un *diritto penale accessorio* a esigenze di prevenzione e tutela della salute pubblica⁽²³⁾.

La soluzione normativa prescelta, attraverso la precisa segmentazione dello stadio di pericolosità della condotta, si inserisce in un *trend* normativo che ha trovato recente applicazione, ad esempio, nel disegno di legge, recante *“Nuove norme in materia di illeciti agro-alimentari”* (approvato dal Consiglio dei Ministri nella riunione del 25 febbraio 2020 e ora confluito nel disegno di legge AC 2427, presentato alla Camera il 6 marzo scorso e assegnato alla Commissione Giustizia, per l'esame in sede referente), dedicato alla razionalizzazione e revisione dell'intervento penale in materia agroalimentare. Qui, tra le proposte di modifica, nel regolamentare i rapporti tra i delitti contemplati nel codice penale e le ipotesi criminose collocate al di fuori di esso, si ridisegna la fisionomia del delitto di importazione, esportazione, preparazione, distribuzione o vendita di alimenti non sicuri, nocivi per la salute o inadatti al consumo

⁽²⁰⁾ ANCORA CASTRONUOVO, *I limiti sostanziali del potere punitivo nell'emergenza pandemica: modelli causali vs modelli precauzionali*, cit., p. 10 ss.

⁽²¹⁾ BERNARDI, *Il diritto penale alla prova della COVID-19*, cit., p. 442.

⁽²²⁾ CASTRONUOVO, *I limiti sostanziali del potere punitivo nell'emergenza pandemica: modelli causali vs modelli precauzionali*, cit., p. 3.

⁽²³⁾ Il riferimento è a talune bozze, più o meno ufficiali, del decreto circolate nei giorni immediatamente precedenti all'adozione del decreto-legge n. 19 del 2020, poi confermate nel Comunicato stampa diffuso a margine del Consiglio dei Ministri n. 38 del 24 marzo 2020, nel quale – rendendo nota l'approvazione del decreto-legge che ha introdotto le misure qui in esame – si legge testualmente che «la violazione intenzionale del divieto assoluto di allontanarsi dalla propria abitazione o dimora per le persone sottoposte a quarantena perché risultate positive al virus è punita con la pena di cui all'articolo 452, primo comma, n. 2, del codice penale (reclusione da uno a cinque anni)». Ebbene, è del tutto evidente come, qualora il testo definitivo dell'articolo 4 del decreto fosse stato conforme a quanto annunciato, al di là del margine di ineffettività legato alla difficoltà di accertare un elemento psicologico rafforzato rispetto alla semplice consapevolezza di violare l'obbligo di quarantena, si sarebbe andati incontro a un vero e proprio cortocircuito sanzionatorio, gravemente sospettabile in termini di razionalità intrinseca: punire la violazione intenzionale della misura della quarantena obbligatoria come epidemia colposa avrebbe infatti condotto a un'anomala e discutibile commistione fra il disvalore di una condotta dolosa e un livello sanzionatorio commisurato su una fattispecie colposa (art. 452 c.p.), con l'ulteriore rischio, per la particolare tecnica utilizzata e in assenza di una clausola di salvaguardia a favore di un più grave reato, di precludere persino l'applicabilità del delitto di *epidemia dolosa* (art. 438 c.p.) anche nell'ipotesi in cui il soggetto avesse agito proprio al fine di diffondere l'epidemia. Una siffatta opzione, a ben vedere, avrebbe irragionevolmente finito per punire allo stesso modo (con la reclusione da uno a cinque anni) il soggetto che, violando la quarantena, si fosse recato da solo e in piena notte a gettare il sacchetto della spazzatura nel cassonetto antistante la sua abitazione senza incontrare nessuno, e colui che, ben diversamente, si fosse intrattenuto in un affollato supermercato nell'ora di punta senza nessuna protezione e persino se mosso dalla volontà di diffondere l'epidemia.

umano, di cui all'art. 5 della legge n. 283 del 1962, optando per un sistema di progressione sanzionatoria. Le condotte *colpose* sono così punite come contravvenzioni, mentre se *dolose* assurgono al rango delittuoso. In questo quadro di graduata offensività si collocano al gradino più basso gli illeciti amministrativi previsti agli artt. 5-*bis* e 5-*ter* della legge n. 283, integrati rispettivamente allorché sono violate misure provvisorie in materia di sicurezza alimentare, attuative del principio di precauzione, ovvero si distribuiscono o commercializzano alimenti privati degli elementi nutritivi o mescolati a sostanze di qualità inferiore⁽²⁴⁾.

Orbene, in analogia prospettiva il d.l. n. 19 del 2020 ha innovato il sistema repressivo sul piano delle scelte politico-criminali, affidandosi a *vari livelli di offensività*; ciò corrisponde a pieno a un'esigenza di equilibrio sanzionatorio, modellando la responsabilità penale in rapporto al diverso disvalore del fatto, e a evitare lo stravolgimento, in nome dell'emergenza, di tradizionali schemi di imputazione e consolidate categorie dogmatiche⁽²⁵⁾. D'altro canto, la rinuncia al diritto e al processo penale per sanzionare la mera inosservanza delle misure di contenimento (salvo quella più importante) determina un *surplus* in termini di deterrenza, in quanto, come sottolineato anche dalla Corte costituzionale nella sentenza n. 223 del 2018⁽²⁶⁾, le sanzioni amministrative possono rivestire un'incidenza sull'individuo e un'effettività ben maggiori rispetto a quelle penali (si pensi alla sanzione accessoria per le attività commerciali e imprenditoriali).

Inoltre, sebbene «le misure imposte o raccomandate ai vari livelli abbiano una base epistemologica non concludente e ci si muova dunque in un ambito fortemente immerso in una (inevitabile) logica precauzionale»⁽²⁷⁾, le scelte sanzionatorie effettuate ben si inscrivono in una dimensione comunque penalistica, improntata al rispetto dei canoni della *extrema ratio* e della prevenzione, laddove viene sottoposta a sanzione penale esclusivamente l'inosservanza della quarantena da parte del soggetto risultato positivo.

Infine, per concludere, l'oggettiva difficoltà di «far accettare alla generalità dei consociati restrizioni alle libertà e diritti fondamentali destinate inevitabilmente a risultare sempre più insopportabili col trascorrere del tempo» fa apparire ancor più opportuna la soluzione di «non

⁽²⁴⁾ Su tale prospettiva di scalarità dell'offesa, si vedano, oltre alle linee-guida elaborate dalla Commissione Caselli (nelle quali è dettagliatamente motivata la differenziazione amministrativo-colpa, penale-dolo e illecito minore-delitto diversa offensività), i contributi di DONINI, *Il Progetto 2015 della Commissione Caselli per la riforma dei reati agroalimentari e contro la salute pubblica. Le linee di politica criminale*, in *Diritto agroalimentare*, n. 2/2016, e altresì in *Diritto penale contemporaneo*, 5 ottobre 2016, spec. §§ 6 e 9, p. 20 ss., 42 ss.; ID., *Health Protection and Food Safety Regulation in Italy, from the current legislation to the Reform Project*, in Nieto Martin - Quackelbeen - Simonato Eds. (a cura di), *Food Regulation and Criminal Justice*, Portland, 2016, numero monografico della *Revue internationale de droit penal*, 2016, p. 225-244 (spec. p. 230-235); ID., *La riforma dei reati alimentari: dalla precauzione ai disastri. Per una modellistica pentapartita degli illeciti in materia di salute e sicurezza alimentare*, in Biscotti- Lamarque (a cura di), *Cibo e acqua. Sfide per il diritto contemporaneo. Verso e oltre Expo 2015*, Torino, 2015, p. 21-45, spec. 36-40 (§ 8); ID., 1) *Reati di pericolo e salute pubblica. Gli illeciti di prevenzione alimentare al crocevia della riforma penale*, in *Riv. trim. dir. pen. econ.*, 2013, p. 45-89; in termini più generali, ID., *Modelli di illecito penale minore. Contributo alla riforma dei reati di pericolo contro la salute pubblica*, in DONINI - CASTRONUOVO (a cura di), *La riforma dei delitti contro la salute pubblica. Sicurezza del prodotto, sicurezza del lavoro, sicurezza alimentare*, Cedam, 2007, 201-332, spec. 258 ss.

⁽²⁵⁾ In senso contrario, sottolinea che mettere da parte l'art. 650 c.p. per costruire l'edificio sanzionatorio scalare a partire da un illecito amministrativo abbia conferito sbrigatività ed efficienza alla sanzione a scapito delle garanzie PADOVANI, *Lotta al Coronavirus: le norme penali in "collisione" con la Costituzione*, cit., p. 10.

⁽²⁶⁾ C. cost., 5 dicembre 2018, n. 223, in *Giur. cost.*, 2018, p. 2575 ss.

⁽²⁷⁾ CASTRONUOVO, *I limiti sostanziali del potere punitivo nell'emergenza pandemica: modelli causali vs modelli precauzionali*, cit., p. 13.

spingere eccessivamente sull'acceleratore della deterrenza approntando un vero e proprio diritto penale 'di lotta' o addirittura 'del nemico' per sconfiggere ad ogni costo l'epidemia»⁽²⁸⁾. La positiva evoluzione della normativa anti-coronavirus, alla quale in sede di conversione sono state apportate condivisibili modifiche migliorative, fa sperare per il futuro – terminata la fase acuta – in un uso accorto dei mezzi legali per il contenimento dell'epidemia.

⁽²⁸⁾ BERNARDI, *Il diritto penale alla prova della COVID-19*, cit., p. 445.

