

The logo consists of three overlapping circles: a yellow one on the left containing the letter 'C', a green one in the middle containing 'J', and a dark green one on the right containing 'N'.

CJN

Diritto Penale Contemporaneo

RIVISTA TRIMESTRALE

REVISTA TRIMESTRAL DE DERECHO PENAL
A QUARTERLY REVIEW FOR CRIMINAL JUSTICE

1/2021

EDITOR-IN-CHIEF

Gian Luigi Gatta

EDITORIAL BOARD

Italy: Antonio Gullo, Guglielmo Leo, Luca Luparia, Francesco Mucciarelli, Francesco Viganò

Spain: Jaime Alonso-Cuevillas, Sergi Cardenal Montraveta, David Carpio Briz,

Joan Queralt Jiménez

Chile: Jaime Couso Salas, Mauricio Duce Julio, Héctor Hernández Basualto,

Fernando Londoño Martínez

MANAGING EDITORS

Carlo Bray, Silvia Bernardi

EDITORIAL STAFF

Enrico Andolfatto, Enrico Basile, Emanuele Birritteri, Javier Escobar Veas,

Stefano Finocchiaro, Alessandra Galluccio, Elisabetta Pietrocarlo, Rossella Sabia,

Tommaso Trinchera, Maria Chiara Ubiali, Stefano Zirulia

EDITORIAL ADVISORY BOARD

Rafael Alcacer Guirao, Alberto Alessandri, Silvia Allegrezza, Giuseppe Amarelli, Ennio Amodio, Coral Arangüena Fanego, Lorena Bachmaier Winter, Roberto Bartoli, Fabio Basile, Hervé Belluta, Alessandro Bernardi, Carolina Bolea Bardón, Manfredi Bontempelli, David Brunelli, Silvia Buzzelli, Alberto Cadoppi, Pedro Caeiro, Michele Caianiello, Lucio Camaldo, Stefano Canestrari, Francesco Caprioli, Claudia Marcela Cárdenas Aravena, Raúl Carnevali, Marta Cartabia, Elena Maria Catalano, Mauro Catenacci, Antonio Cavaliere, Massimo Ceresa Gastaldo, Mario Chiavario, Mirentxu Corcoy Bidasolo, Cristiano Cupelli, Norberto Javier De La Mata Barranco, Angela Della Bella, Cristina de Maglie, Gian Paolo Demuro, Miguel Díaz y García Conlledo, Ombretta Di Giovine, Emilio Dolcini, Jacobo Dopico Gomez Áller, Patricia Faraldo Cabana, Silvia Fernández Bautista, Javier Gustavo Fernández Terruelo, Marcelo Ferrante, Giovanni Fiandaca, Gabriele Fornasari, Novella Galantini, Percy García Caveró, Loredana Garlati, Mitja Gialuz, Glauco Giostra, Víctor Gómez Martín, José Luis Guzmán Dalbora, Ciro Grandi, Giovanni Grasso, Giulio Illuminati, Roberto E. Kostoris, Máximo Langer, Juan Antonio Lascuráin Sánchez, Maria Carmen López Peregrín, Sergio Lorusso, Ezequiel Malarino, Francisco Maldonado Fuentes, Stefano Manacorda, Juan Pablo Mañalich Raffo, Vittorio Manes, Grazia Mannozi, Teresa Manso Porto, Luca Marafioti, Joseph Margulies, Enrico Marzaduri, Luca Masera, Jean Pierre Matus Acuña, Anna Maria Maugeri, Oliviero Mazza, Iván Meini, Alessandro Melchionda, Chantal Meloni, Melissa Miedico, Vincenzo Militello, Fernando Miró Linares, Vincenzo Mongillo, Renzo Orlandi, Magdalena Ossandón W., Francesco Palazzo, Carlenrico Paliero, Michele Papa, Raphaële Parizot, Claudia Pecorella, Marco Pelissero, Lorenzo Picotti, Paolo Pisa, Oreste Pollicino, Domenico Pulitanò, Serena Quattrocchio, Tommaso Rafaraci, Paolo Renon, Mario Romano, María Ángeles Rueda Martín, Carlo Ruga Riva, Stefano Ruggieri, Francesca Ruggieri, Dulce María Santana Vega, Marco Scoletta, Sergio Seminara, Paola Severino, Nicola Selvaggi, Rosaria Sicurella, Jesús María Silva Sánchez, Carlo Sotis, Giulio Ubertis, Inma Valeije Álvarez, Antonio Vallini, Vito Velluzzi, Paolo Veneziani, John Vervaele, Costantino Visconti, Javier Wilenmann von Bernath, Francesco Zacchè

Editore Associazione "Progetto giustizia penale", c/o Università degli Studi di Milano,
Dipartimento di Scienze Giuridiche "C. Beccaria" - Via Festa del Perdono, 7 - 20122 MILANO - c.f. 97792250157
ANNO 2021 - CODICE ISSN 2240-7618 - Registrazione presso il Tribunale di Milano, al n. 554 del 18 novembre 2011.
Impaginazione a cura di Chiara Pavese

Diritto penale contemporaneo – Rivista trimestrale è un periodico on line ad accesso libero e non ha fine di profitto. Tutte le collaborazioni organizzative ed editoriali sono a titolo gratuito e agli autori non sono imposti costi di elaborazione e pubblicazione. La rivista, registrata presso il Tribunale di Milano, al n. 554 del 18 novembre 2011, è edita attualmente dall'associazione "Progetto giustizia penale", con sede a Milano, ed è pubblicata con la collaborazione scientifica e il supporto dell'Università Commerciale Luigi Bocconi di Milano, dell'Università degli Studi di Milano, dell'Università di Roma Tre, dell'Università LUISS Guido Carli, dell'Universitat de Barcelona e dell'Università Diego Portales di Santiago del Cile.

La rivista pubblica contributi inediti relativi a temi di interesse per le scienze penalistiche a livello internazionale, in lingua italiana, spagnolo, inglese, francese, tedesca e portoghese. Ogni contributo è corredato da un breve abstract in italiano, spagnolo e inglese.

La rivista è classificata dall'ANVUR come rivista scientifica per l'area 12 (scienze giuridiche), di classe A per i settori scientifici G1 (diritto penale) e G2 (diritto processuale penale). È indicizzata in DoGI e DOAJ.

Il lettore può leggere, condividere, riprodurre, distribuire, stampare, comunicare al pubblico, esporre in pubblico, cercare e segnalare tramite collegamento ipertestuale ogni lavoro pubblicato su "Diritto penale contemporaneo – Rivista trimestrale", con qualsiasi mezzo e formato, per qualsiasi scopo lecito e non commerciale, nei limiti consentiti dalla licenza Creative Commons - Attribuzione - Non commerciale 3.0 Italia (CC BY-NC 3.0 IT), in particolare conservando l'indicazione della fonte, del logo e del formato grafico originale, nonché dell'autore del contributo.

La rivista può essere citata in forma abbreviata con l'acronimo: *DPC-RT*, corredato dall'indicazione dell'anno di edizione e del fascicolo.

La rivista fa proprio il [Code of Conduct and Best Practice Guidelines for Journal Editors](#) elaborato dal COPE (Committee on Publication Ethics).

La rivista si conforma alle norme del Regolamento UE 2016/679 in materia di tutela dei dati personali e di uso dei cookies ([clicca qui](#) per dettagli).

Ogni contributo proposto per la pubblicazione è preliminarmente esaminato dalla direzione, che verifica l'attinenza con i temi trattati dalla rivista e il rispetto dei requisiti minimi della pubblicazione.

In caso di esito positivo di questa prima valutazione, la direzione invia il contributo in forma anonima a due revisori, individuati secondo criteri di rotazione tra i membri dell'Editorial Advisory Board in relazione alla rispettiva competenza per materia e alle conoscenze linguistiche. I revisori ricevono una scheda di valutazione, da consegnare compilata alla direzione entro il termine da essa indicato. Nel caso di tardiva o mancata consegna della scheda, la direzione si riserva la facoltà di scegliere un nuovo revisore.

La direzione comunica all'autore l'esito della valutazione, garantendo l'anonimato dei revisori. Se entrambe le valutazioni sono positive, il contributo è pubblicato. Se una o entrambe le valutazioni raccomandano modifiche, il contributo è pubblicato previa revisione dell'autore, in base ai commenti ricevuti, e verifica del loro accoglimento da parte della direzione. Il contributo non è pubblicato se uno o entrambi i revisori esprimono parere negativo alla pubblicazione.

La direzione si riserva la facoltà di pubblicare, in casi eccezionali, contributi non previamente sottoposti alla procedura di peer review. Di ciò è data notizia nella prima pagina del contributo, con indicazione delle ragioni relative.

I contributi da sottoporre alla Rivista possono essere inviati al seguente indirizzo mail: editor.criminaljusticenetwork@gmail.com. I contributi che saranno ritenuti dalla direzione di potenziale interesse per la rivista saranno sottoposti alla procedura di peer review sopra descritta. I contributi proposti alla rivista per la pubblicazione dovranno rispettare i criteri redazionali [scaricabili qui](#).

Diritto penale contemporaneo – Rivista trimestrale es una publicación periódica *on line*, de libre acceso y sin ánimo de lucro. Todas las colaboraciones de carácter organizativo y editorial se realizan gratuitamente y no se imponen a los autores costes de maquetación y publicación. La Revista, registrada en el Tribunal de Milan, en el n. 554 del 18 de noviembre de 2011, se edita actualmente por la asociación “Progetto giustizia penale”, con sede en Milán, y se publica con la colaboración científica y el soporte de la *Università Commerciale Luigi Bocconi* di Milano, la *Università degli Studi di Milano*, la *Università di Roma Tre*, la *Università LUISS Guido Carli*, la *Universitat de Barcelona* y la *Universidad Diego Portales de Santiago de Chile*.

La Revista publica contribuciones inéditas, sobre temas de interés para la ciencia penal a nivel internacional, escritas en lengua italiana, española, inglesa, francesa, alemana o portuguesa. Todas las contribuciones van acompañadas de un breve abstract en italiano, español e inglés.

El lector puede leer, compartir, reproducir, distribuir, imprimir, comunicar a terceros, exponer en público, buscar y señalar mediante enlaces de hipervínculo todos los trabajos publicados en “Diritto penale contemporaneo – Rivista trimestrale”, con cualquier medio y formato, para cualquier fin lícito y no comercial, dentro de los límites que permite la licencia *Creative Commons - Attribuzione - Non commerciale 3.0 Italia* (CC BY-NC 3.0 IT) y, en particular, debiendo mantenerse la indicación de la fuente, el logo, el formato gráfico original, así como el autor de la contribución.

La Revista se puede citar de forma abreviada con el acrónimo *DPC-RT*, indicando el año de edición y el fascículo.

La Revista asume el [Code of Conduct and Best Practice Guidelines for Journal Editors](#) elaborado por el COPE (*Comitte on Publication Ethics*).

La Revista cumple lo dispuesto en el Reglamento UE 2016/679 en materia de protección de datos personales ([clica aquí](#) para los detalles sobre protección de la privacy y uso de cookies).

Todas las contribuciones cuya publicación se propone serán examinadas previamente por la Dirección, que verificará la correspondencia con los temas tratados en la Revista y el respeto de los requisitos mínimos para su publicación.

En el caso de que se supere con éxito aquella primera valoración, la Dirección enviará la contribución de forma anónima a dos evaluadores, escogidos entre los miembros del *Editorial Advisory Board*, siguiendo criterios de rotación, de competencia por razón de la materia y atendiendo también al idioma del texto. Los evaluadores recibirán un formulario, que deberán devolver a la Dirección en el plazo indicado. En el caso de que la devolución del formulario se retrasara o no llegara a producirse, la Dirección se reserva la facultad de escoger un nuevo evaluador.

La Dirección comunicará el resultado de la evaluación al autor, garantizando el anonimato de los evaluadores. Si ambas evaluaciones son positivas, la contribución se publicará. Si alguna de las evaluaciones recomienda modificaciones, la contribución se publicará después de que su autor la haya revisado sobre la base de los comentarios recibidos y de que la Dirección haya verificado que tales comentarios han sido atendidos. La contribución no se publicará cuando uno o ambos evaluadores se pronuncien negativamente sobre su publicación.

La Dirección se reserva la facultad de publicar, en casos excepcionales, contribuciones que no hayan sido previamente sometidas a *peer review*. Se informará de ello en la primera página de la contribución, indicando las razones.

Si deseas proponer una publicación en nuestra revista, envía un mail a la dirección editor.criminaljusticenetwork@gmail.com. Las contribuciones que la Dirección considere de potencial interés para la Revista se someterán al proceso de *peer review* descrito arriba. Las contribuciones que se propongan a la Revista para su publicación deberán respetar los criterios de redacción (se pueden [descargar aquí](#)).



Diritto penale contemporaneo – Rivista trimestrale is an on-line, open-access, non-profit legal journal. All of the organisational and publishing partnerships are provided free of charge with no author processing fees. The journal, registered with the Court of Milan (n° 554 - 18/11/2011), is currently produced by the association “Progetto giustizia penale”, based in Milan and is published with the support of Bocconi University of Milan, the University of Milan, Roma Tre University, the University LUISS Guido Carli, the University of Barcelona and Diego Portales University of Santiago, Chile.

The journal welcomes unpublished papers on topics of interest to the international community of criminal scholars and practitioners in the following languages; Italian, Spanish, English, French, German and Portuguese. Each paper is accompanied by a short abstract in Italian, Spanish and English.

Visitors to the site may share, reproduce, distribute, print, communicate to the public, search and cite using a hyperlink every article published in the journal, in any medium and format, for any legal non-commercial purposes, under the terms of the Creative Commons License - Attribution – Non-commercial 3.0 Italy (CC BY-NC 3.0 IT). The source, logo, original graphic format and authorship must be preserved.

For citation purposes the journal's abbreviated reference format may be used: *DPC-RT*, indicating year of publication and issue.

The journal strictly adheres to the [Code of Conduct and Best Practice Guidelines for Journal Editors](#) drawn up by COPE (Committee on Publication Ethics).

The journal complies with the General Data Protection Regulation (EU) 2016/679 (GDPR) ([click here](#) for details on protection of privacy and use of cookies).

All articles submitted for publication are first assessed by the Editorial Board to verify pertinence to topics addressed by the journal and to ensure that the publication's minimum standards and format requirements are met.

Should the paper in question be deemed suitable, the Editorial Board, maintaining the anonymity of the author, will send the submission to two reviewers selected in rotation from the Editorial Advisory Board, based on their areas of expertise and linguistic competence. The reviewers are provided with a feedback form to compile and submit back to the editorial board within an established timeframe. If the timeline is not heeded to or if no feedback is submitted, the editorial board reserves the right to choose a new reviewer.

The Editorial Board, whilst guaranteeing the anonymity of the reviewers, will inform the author of the decision on publication. If both evaluations are positive, the paper is published. If one or both of the evaluations recommends changes the paper will be published subsequent to revision by the author based on the comments received and verification by the editorial board. The paper will not be published should one or both of the reviewers provide negative feedback.

In exceptional cases the Editorial Board reserves the right to publish papers that have not undergone the peer review process. This will be noted on the first page of the paper and an explanation provided.

If you wish to submit a paper to our publication please email us at editor.criminaljusticenetwork@gmail.com. All papers considered of interest by the editorial board will be subject to peer review process detailed above. All papers submitted for publication must abide by the editorial guidelines ([download here](#)).

EMERGENZA COVID E SISTEMA PENALE	Fatti <i>extra ordinem</i>. L'interpretazione giudiziale al tempo del Covid-19 <i>Hechos extra ordinem. La interpretación judicial en tiempos del Covid-19</i> <i>Extra Ordinem Facts. Judicial Interpretation in the Covid-19 Era</i> Damiano Canale	1
<i>EMERGENCIA COVID</i> <i>Y DERECHO PENAL</i>		
<i>COVID HEALTH CRISIS AND CRIMINAL JUSTICE SYSTEM</i>	Esigenze e modelli di contenimento della responsabilità nel contesto del diritto penale pandemico <i>Necesidades y modelos de limitación de responsabilidad en el contexto del derecho penal pandémico</i> <i>Needs and Models for Limiting Responsibility in the Context of Pandemic Criminal Law</i> Emmanuele Penco	16
	Omesso versamento di imposte a causa di pandemia: alla ricerca di una esimente di forza maggiore “vincibile” di derivazione europea <i>Impago de impuestos a causa de la pandemia: en busca de una eximente por fuerza mayor “vencible” de origen europeo</i> <i>Failure to Pay Taxes Due to Covid-19: Looking for a European Force Majeure Exemption</i> Samuel Bolis	38
QUESTIONI DI PARTE SPECIALE	“Peculato dell'albergatore”: tra modifiche mediate reali o apparenti e successione impropria, <i>tertium datur</i> l'amnistia? <i>Peculado cometido por el hotelero: entre modificaciones mediatas reales o aparentes y sucesión impropia, ¿tertium datur la amnistía?</i> <i>Embezzlement of Public Funds by the Hotel Owner: Between Change And Chronological Succession of Criminal and Administrative-Punitive Laws, Tertium Datur Amnesty?</i> Giuseppe Amarelli	52
<i>TEMAS DE PARTE ESPECIAL</i> <i>GENERAL PART TOPICS</i>		
	Lo scudo di cristallo: la riforma dell'abuso d'ufficio e la riemergente tentazione “neutralizzatrice” della giurisprudenza <i>El escudo de cristal: la reforma del abuso de funciones y la reaparición de la tentación “neutralizadora” de la jurisprudencia</i> <i>The Crystal Shield: the Reformed Abuse of Office and the Reemerging ‘Neutralization’ Temptation by the Courts</i> Andrea Merlo	75

<p>Una proposta per l'esercizio arbitrario delle proprie ragioni quale reato di mano propria.</p> <p><i>Una propuesta para el ejercicio arbitrario del propio derecho como delito de propia mano.</i></p> <p><i>The Crime of Arbitrary Exercise of One's Rights as 'Own Hand' Offence</i></p> <p>Gennaro Mastrangelo</p>	90
<p>Il concetto di "stato di bisogno" nel reato di intermediazione illecita e sfruttamento del lavoro</p> <p><i>El concepto de "estado de necesidad" en el delito de intermediación ilícita y explotación laboral</i></p> <p><i>The Notion of "State of Need" in the Crime of Illegal Intermediation in the Job Market and Workers' Exploitation</i></p> <p>Sofia Braschi</p>	113
<p>La rimozione fraudolenta del preservativo come aggressione sessuale. Lo Stealthing davanti al giudice penale</p> <p><i>La extracción fraudulenta del condón como agresión sexual.</i></p> <p><i>La posible relevancia criminal del llamado "Stealthing"</i></p> <p><i>Fraudulently Taking of the Condom as Sexual Assault.</i></p> <p><i>The Potential Criminal Relevance of the So-Called 'Stealthing'</i></p> <p>Paolo Caroli - Julia Geneuss</p>	136
<p>Criptovalute e diritto penale nella prevenzione e repressione del riciclaggio</p> <p><i>Criptomonedas y derecho penal en la prevención y represión del blanqueo de capitales</i></p> <p><i>Cryptocurrencies and Criminal Law. Preventing and Punishing Money Laundering</i></p> <p>Marta Giuca</p>	150
<p>La "moralità" dell'ergastolo c.d. "ostativo" per i fatti di mafia</p> <p><i>La moralidad de la prisión permanente revisable por delitos mafiosos</i></p> <p><i>The Morality of "Ergastolo Ostativo" for Mafia Crimes</i></p> <p>Licia Siracusa</p>	192
<p>La «disciplina del minuscolo»: la Corte costituzionale alle prese con la ragionevolezza del divieto assoluto di scambiare oggetti per detenuti al 41 bis</p> <p><i>La "disciplina de lo minúsculo": el Tribunal Constitucional se enfrenta a la razonabilidad de la prohibición absoluta de intercambiar objetos que tienen las personas condenadas al alero del artículo 41 bis.</i></p> <p><i>The "Rules on Micron": the Constitutional Court on the Reasonableness of the Strict Prohibition of Exchanging Objects Among Detainees Under 41 bis</i></p> <p>Alessandro Tesauro</p>	219

CRIMINALITÀ
ORGANIZZATA E
TRATTAMENTO
PENITENZIARIO

CRIMINALIDAD
ORGANIZADA Y
TRATAMIENTO
PENITENCIARIO

ORGANIZED CRIME AND
IMPRISONMENT

<p>DIRITTO PENALE INTERNAZIONALE</p> <p><i>DERECHO PENAL INTERNACIONAL</i></p> <p><i>INTERNATIONAL CRIMINAL LAW</i></p>	<p>Politiche anti-migratorie e responsabilità dei vertici politico-istituzionali per crimini contro l'umanità</p> <p><i>Políticas anti-migratorias y responsabilidad de los líderes político-institucionales por crímenes de lesa humanidad</i></p> <p><i>Anti-Migration Policies and Responsibility of the Leadership for Crimes Against Humanity</i></p> <p>Dora Tarantino</p>	<p>239</p>
<p>RICERCA E DIDATTICA NEL DIRITTO PENALE</p> <p><i>INVESTIGACIÓN Y ENSEÑANZA DEL DERECHO PENAL</i></p> <p><i>RESEARCH AND TEACHING IN THE FIELD OF CRIMINAL LAW</i></p>	<p>La ricerca e l'insegnamento in materia penale: riflessioni sul modello statunitense e sulla sua influenza sul sistema italiano</p> <p><i>Investigación y enseñanza en materia penal: reflexiones sobre el modelo estadounidense y su influencia en el sistema italiano</i></p> <p><i>Research and Teaching in the Field of Criminal Law: Reflections on the U.S. Model and Its Influence on the Italian System</i></p> <p>Alessandro Corda</p>	<p>267</p>
<p>IL FOCUS SU...</p> <p><i>EL ENFOQUE EN</i></p> <p><i>FOCUS ON...</i></p>	<p>La responsabilità da reati ambientali degli enti collettivi: profili dogmatici e tecniche di prevenzione</p> <p><i>La responsabilidad por delitos ambientales de las personas jurídicas: cuestiones dogmáticas y técnica de prevención</i></p> <p><i>Corporate Criminal Liability for Environmental Crimes: Theoretical Profiles and Compliance Policies</i></p> <p>Emanuele Birritteri</p>	<p>290</p>
	<p>La legittima difesa domiciliare all'esame di vent'anni di giurisprudenza di legittimità</p> <p><i>La legítima defensa en el domicilio examinada a la luz de veinte años de "jurisprudencia de legitimidad"</i></p> <p><i>Self Defence in the Home Evaluated in the Light of Twenty Years of Supreme Court of Cassation Case-Law</i></p> <p>Lucrezia Rossi</p>	<p>315</p>
	<p>La metamorfosi della 'confisca in casi particolari': dalla criminalità organizzata alla legislazione penal-tributaria</p> <p><i>La metamorfosis del "comiso en casos particulares": desde el crimen organizado hasta la legislación penal-tributaria</i></p> <p><i>The Metamorphosis of 'Confiscation in Special Cases': From the Organized Crime to the Tax Criminal Legislation</i></p> <p>Davide Attanasio</p>	<p>332</p>

EMERGENZA COVID E SISTEMA PENALE

EMERGENCIA COVID Y DERECHO PENAL

COVID HEALTH CRISIS AND CRIMINAL JUSTICE SYSTEM

- 1 **Fatti *extra ordinem*. L'interpretazione giudiziale al tempo del Covid-19**
Hechos extra ordinem. La interpretación judicial en tiempos del Covid-19
Extra Ordinem Facts. Judicial Interpretation in the Covid-19 Era
Damiano Canale
- 16 **Esigenze e modelli di contenimento della responsabilità nel contesto del diritto penale pandemico**
Necesidades y modelos de limitación de responsabilidad en el contexto del derecho penal pandémico
Needs and Models for Limiting Responsibility in the Context of Pandemic Criminal Law
Emmanuele Penco
- 38 **Omesso versamento di imposte a causa di pandemia: alla ricerca di una esimente di forza maggiore "vincibile" di derivazione europea**
Impago de impuestos a causa de la pandemia: en busca de una eximente por fuerza mayor "vencible" de origen europeo
Failure to Pay Taxes Due to Covid-19: Looking for a European Force Majeure Exemption
Samuel Bolis

Esigenze e modelli di contenimento della responsabilità nel contesto del diritto penale pandemico

*Necesidades y modelos de limitación de responsabilidad
en el contexto del derecho penal pandémico*

*Needs and Models for Limiting Responsibility in the Context
of Pandemic Criminal Law*

EMMANUELE PENCO

*Ricercatore di diritto penale presso l'Università degli Studi di Genova
emmanuele.penco@unige.it*

RESPONSABILITÀ MEDICA, DIRITTO
DELLA SICUREZZA DEL LAVORO,
COVID-19

RESPONSABILIDAD MÉDICA, DERECHO
A LA SEGURIDAD EN EL TRABAJO,
COVID-19

MEDICAL MALPRACTICE,
LABOUR HEALTH AND SECURITY LAW,
COVID-19

ABSTRACTS

La risposta legislativa alla crisi sanitaria da virus *SARS-CoV-2* ha ingenerato tanto un fenomeno di espansione degli spazi presidiati dal diritto penale, quanto una parallela e opposta esigenza di contrazione della responsabilità, veicolata in particolare dalle categorie più esposte al rischio sanitario ed epidemiologico. Proprio in questo senso nel dibattito parlamentare sono state discusse molte proposte di “norme-scudo” volte a contenere quel “rischio-responsabilità” che viene percepito come particolarmente acuito dalle attuali contingenze storiche. Con il presente contributo si intende analizzare tali proposte, cercando di evidenziarne i profili comuni tanto sul piano genetico quanto su quello regolatorio, e sviluppando alcune riflessioni in merito al rapporto tra attori “professionali” e “istituzionali” stimulate proprio dalle vicende legate ai tanti discussi “scudi penali”.

La respuesta legislativa a la crisis sanitaria provocada por el virus *SARS-CoV-2* ha generado tanto un fenómeno de expansión de los espacios cubiertos por el derecho penal, como una necesidad paralela y contraria de contracción de la responsabilidad, expresado en particular por las categorías más expuestas al riesgo sanitario y epidemiológico. En este sentido, en el debate parlamentario se discutieron muchas propuestas de “normas-escudo”, con el objetivo de contener ese “riesgo-responsabilidad” que se percibe como particularmente agravado por las contingencias históricas actuales. Este artículo tiene como objetivo analizar estas propuestas, tratando de resaltar los perfiles comunes tanto a nivel genético como regulatorio, y realizar algunas reflexiones sobre la relación entre sujetos “profesionales” e “institucionales”, a partir de los hechos relacionados con los “escudos criminales”.

The legislative response to the *SARS-CoV-2* virus health crisis has caused an expansion of spaces covered by criminal law, as well as a parallel and opposite need to reduce responsibility, advanced especially by the professional categories most exposed to sanitary and epidemiological risk. In this regard, many proposals for “shield-norms” have been discussed in the parliamentary debate, with the aim of containing the “risk-responsibility” which is perceived as particularly exacerbated by the current contingencies. The paper aims to analyze these proposals, trying to highlight the common profiles on both genetic and regulatory levels, and developing some reflections on the relationship between “professional” and “institutional” subjects stimulated by the many controversial “criminal shields”.

SOMMARIO

1. Premessa – 2. Lo “scudo” per i datori di lavoro: l’art. 29-*bis* del d.l. 8 aprile 2020, n. 23 (conv. in l. 5 giugno 2020, n. 40). – 2.1. Proposte di “scudo” per i dirigenti scolastici: gli emendamenti al d.l. 16 luglio 2020 n. 76 e al d.l. 14 agosto 2020, n. 104. – 3. Proposte di “scudo” per il personale sanitario: gli emendamenti al d.l. 17 marzo 2020, n. 18 e al d.l. 19 maggio 2020, n. 34. – 3.1. Lo “scudo” per i vaccinatori: l’art. 3 del d.l. 1° aprile 2021, n. 44. – 4. “Crediamo d’intenderci; non c’intendiamo mai”: esigenze e modelli di contenimento della responsabilità nel dialogo tra categorie professionali e operatori istituzionali. – 4.1. Genesi delle “norme-scudo”: categorie professionali *versus* formante giurisprudenziale. – 4.2. Formulazione delle “norme-scudo”: categorie professionali *versus* istituzioni governative. – 4.3. Opportunità delle “norme-scudo”: operatori economici e istituzionali *versus* comunità scientifica. – 5. Conclusioni.

“E come possiamo intenderci, signore, se nelle parole ch’io dico metto il senso e il valore delle cose come sono dentro di me; mentre chi le ascolta, inevitabilmente, le assume col senso e col valore che hanno per sé, del mondo com’egli l’ha dentro? Crediamo di intenderci; non ci intendiamo mai!”

Luigi Pirandello, *Sei personaggi in cerca d’autore*

1.

Premessa

L’alluvionale ed eterogeneo susseguirsi di interventi legislativi che ha scandito l’emergenza sanitaria in atto ha progressivamente fatto emergere diverse questioni di stringente interesse per il penalista, tanto da delineare un nuovo e stimolante campo di ricerca: quello del “diritto penale ai tempi del coronavirus”¹. Nell’ambito di questo peculiare fenomeno normativo, che ha contribuito a palesare in modo tanto plastico quanto inedito i tratti anche più oscuri dello *ius terribile* al comune cittadino², possono essere individuate due linee di tendenza, in apparenza antitetiche, ma a ben vedere strettamente interdipendenti.

Da un lato, il «diritto penale pandemico»³ ha segnato un ampliamento dello spazio di realtà presidiato dalla sanzione criminale (e dunque della relativa, possibile, ascrizione di responsabilità), tanto – direttamente – per mezzo dell’introduzione di fattispecie destinate a colpire l’inottemperanza alle misure restrittive di contenimento del contagio, quanto – indirettamente – per effetto della capacità espansiva di tale modello di diritto punitivo, che si è riverberata su altri e diversi settori del sistema penale⁴. D’altro canto, si è in parallelo manifestata un’esigenza di contrazione e contenimento della responsabilità, specie nei confronti di quei soggetti che più di tutti sono risultati – e risultano tutt’ora – esposti al rischio di «epidemia penale»⁵: si tratta, in particolare e come noto, degli operatori sanitari e degli imprenditori/datori di lavoro, categorie professionali che hanno ben presto avanzato la richiesta di una protezione legislativa *ad hoc* contro il “contagio da responsabilità”, percepita come non meno necessaria delle comuni misure di protezione individuale contro il contagio da *SARS-CoV-2*.

Proprio con riferimento a quest’ultima tendenza si è fatta strada nel dibattito pubblico e politico, e di riflesso anche in quello scientifico, la questione dell’opportunità dell’introduzione di “norme-scudo” che agiscano sul generale modello di attribuzione della responsabilità al fine di contenerne l’estensione. Per quanto concerne più specificamente il diritto sanzionatorio criminale, è da registrare il ritorno della retorica dello “scudo penale”, manifesto di un preteso *diritto dell’eccezione* ancora di recente sperimentato nel contesto di interventi statali in grandi aziende in crisi, laddove il rischio di responsabilità (anche) penale dei vertici era stato perce-

¹ Per un inquadramento generale v. per tutti BARTOLI (2020a), BERNARDI (2020), DE FRANCESCO (2020), PALAZZO (2020), PELISSERO (2020), PULITANÒ (2020). Sul tema v. anche i diversi contributi raccolti in FORTI (2020a).

² «Forse per la prima volta, tutti i consociati hanno percepito di essere destinatari di precetti penali ed hanno fatto i conti, nella loro vita quotidiana, degli effetti della tecnica del rinvio e della incertezza del precetto integrato dai DPCM che consentivano di uscire di casa solo in caso di “necessità” o di svolgere attività fisica solo “in prossimità” dell’abitazione»; così PELISSERO (2020), p. 508. Con riferimento al difetto di determinatezza delle norme penali “al tempo del coronavirus” v. anche PROVERA (2020).

³ PELISSERO (2020), p. 504.

⁴ Per un’analisi dell’effetto espansivo indiretto del diritto punitivo delle misure di contenimento si rinvia ancora a PELISSERO (2020), pp. 512-514.

⁵ L’efficace espressione è sempre di PELISSERO (2020), p. 513.

pito – a torto o a ragione – come un freno al risanamento e alla ripresa della produttività⁶. L'abusata immagine dello “scudo”, calata oggi nella ben diversa dimensione della pandemia da Covid-19, ha trovato terreno fertile in una narrazione massmediatica e politica dell'emergenza discutibilmente incentrata sulla metafora bellica⁷, in seno alla quale ha facilmente attecchito l'impressione per cui le categorie classiche del diritto penale non sarebbero adeguate a fronteggiare la situazione, posto che «le strumentazioni ordinarie valgono per i tempi di pace, non per i tempi di guerra»⁸.

Le esigenze di protezione e contenimento della responsabilità avanzate dalle categorie professionali dianzi citate si sono tradotte in numerose proposte di intervento legislativo, ma ad oggi soltanto in due casi – per i datori di lavoro e per gli operatori sanitari chiamati alla somministrazione dei vaccini anti SARS-CoV-2 – hanno effettivamente portato all'introduzione di una norma positiva. Nei paragrafi che seguono mi propongo di analizzare in parallelo queste “norme-scudo” (o presunte tali), seguendo un metodo comune volto ad indagare: le ragioni sottostanti alla loro (richiesta, prima, e poi) formulazione; la tecnica normativa che le caratterizza, intesa come la modalità con la quale tali norme si propongono di influire sul regolare meccanismo di attribuzione della responsabilità; le considerazioni che esse possono suscitare – o hanno effettivamente suscitato – agli occhi degli operatori del diritto, specie in termini di reale efficacia “esimente”. Una siffatta disamina, che prende le mosse dal materiale prodotto *de jure condito* o solo prospettato *de jure condendo* in questo particolare contesto di emergenza, mi pare possa stimolare interessanti riflessioni non soltanto sui diversi modelli normativi di limitazione della responsabilità, ma anche e soprattutto sulle dinamiche politiche e sociali sottese alle retrostanti esigenze rappresentate dalle categorie professionali interessate, che – come si vedrà – affondano soltanto parzialmente le loro radici nell'attuale situazione di crisi.

2.

Lo “scudo” per i datori di lavoro: l'art. 29-bis del d.l. 8 aprile 2020, n. 23 (conv. in l. 5 giugno 2020, n. 40).

Come anticipato, una delle categorie le cui istanze di delimitazione e contenimento della responsabilità penale hanno effettivamente portato all'introduzione di una “norma-scudo”⁹ è quella degli imprenditori/datori di lavoro: a rilevare, come noto, è l'art. 29-bis del d.l. 8 aprile 2020, n. 23 (c.d. “Decreto Liquidità”), introdotto in sede di conversione dello stesso nella l. 5 giugno 2020, n. 40, che stabilisce quanto segue: «*ai fini della tutela contro il rischio di contagio da Covid-19, i datori di lavoro pubblici e privati adempiono all'obbligo di cui all'articolo 2087 del codice civile mediante l'applicazione delle prescrizioni contenute nel protocollo condiviso di regolamentazione delle misure per il contrasto e il contenimento della diffusione del virus Covid-19 negli ambienti di lavoro, sottoscritto il 24 aprile 2020 tra il Governo e le parti sociali, e successive modificazioni e integrazioni, e negli altri protocolli e linee guida di cui all'articolo 1, comma 14, del decreto-legge 16 maggio 2020, n. 33, nonché mediante l'adozione e il mantenimento delle misure ivi previste. Qualora non trovino applicazione le predette prescrizioni rilevano le misure contenute nei protocolli o accordi di settore stipulati dalle organizzazioni sindacali e datoriali comparativamente più rappresentative sul piano nazionale*»¹⁰.

Con riferimento alla genesi della norma, le esigenze che hanno portato all'introduzione dell'art. 29-bis nell'articolato del “Decreto Liquidità” sono state ben rappresentate dai primi commentatori, e possono dunque essere agevolmente ripercorse.

In primo luogo, è stato evidenziato come la diffusione ubiquitaria del virus SARS-CoV-2,

⁶ Il riferimento è alla nota vicenda ILVA, nell'ambito della quale ha assunto rilievo il nodo del c.d. “scudo penale” per i gestori dello stabilimento di Taranto; sul tema v. in particolare ZIRULIA (2019); GRECO (2020); volendo, anche PENCO (2020). Per l'ascrizione della legislazione “*ad Ilvam*” in generale, e della “norma-scudo penale” in particolare, ad un modello di diritto penale dell'eccezione v. FORZATI (2015).

⁷ In senso condivisibilmente critico rispetto ad una siffatta narrazione, volta ad enfatizzare la metafora bellica, v. CAPUTO (2020); FORTI (2020b); PELISSERO (2020), p. 505.

⁸ CAPUTO (2020), p. 3. Per una riflessione sul possibile ruolo della categoria della non punibilità entro l'attuale contesto di emergenza pandemica, v. CAROLI (2020).

⁹ Utilizzo per ora la definizione atecnica e “giornalistica” di “norma-scudo”, riservandomi poi di esaminare nel prosieguo – secondo quanto anticipato in premessa – la natura della stessa e il piano della relativa reale efficacia “protettiva” rispetto al “rischio-responsabilità” della categoria professionale interessata.

¹⁰ Con riferimento a tale norma v. in particolare ACCINNI (2020); AMATO (2020); CUPELLI (2020b); DI GIOVINE (2020).

che ha naturalmente interessato anche il contesto lavorativo, abbia generato un inedito ed eterogeneo fattore di rischio per l'attività imprenditoriale che i datori di lavoro si sono trovati loro malgrado a dover gestire, con il crescente e di certo comprensibile timore che – secondo un paradigma ben noto – i nuovi obblighi si traducessero in nuovi, possibili, fronti di responsabilità¹¹. Al contempo, ad aumentare le preoccupazioni della categoria datoriale ha contribuito l'introduzione nel d.l. 17 marzo 2020, n. 18 (c.d. decreto “Cura Italia”, conv. in l. 24 aprile 2020, n. 27) dell'art. 42, comma 2, norma che ha riconosciuto come l'infezione da nuovo coronavirus contratta «in occasione di lavoro» costituisca a tutti gli effetti infortunio, e dia dunque diritto al corrispondente indennizzo INAIL¹². La disposizione in parola, pensata per agevolare il lavoratore sul piano del trattamento assicurativo, è stata oggetto di un equivoco interpretativo-metodologico¹³ ed ha finito per rafforzare ulteriormente le ansie del mondo imprenditoriale: l'espressa qualificazione del contagio da Covid-19 come infortunio sul lavoro – questo si credeva – avrebbe potuto tradursi indirettamente in un più facile riconoscimento di responsabilità penale del datore di lavoro per la morte o le lesioni incorse ai suoi dipendenti a causa del virus contratto in ambito lavorativo¹⁴. A poco sono serviti i chiarimenti offerti dall'INAIL che, con la Circolare n. 22 del 22 maggio 2020, ha evidenziato il carattere per nulla innovativo dell'art. 42, comma 2, da un lato¹⁵, e l'assoluta autonomia fra i presupposti per il riconoscimento della tutela assicurativa e i meccanismi che governano l'iscrizione di responsabilità penale per infortunio, dall'altro¹⁶: le associazioni industriali hanno comunque richiesto con decisione un intervento legislativo che espressamente ponesse gli imprenditori al riparo dal rischio di un'eccessiva responsabilizzazione nel caso di contagio di un dipendente¹⁷.

Per venire incontro a questo percepito bisogno di “protezione”, in sede di conversione in legge del “Decreto Liquidità” è stato infine introdotto il citato art. 29-bis, «*obblighi dei datori di lavoro per la tutela contro il rischio di contagio da COVID-19*»; in conformità rispetto al lessico della rubrica, che richiama gli *obblighi* più che le *responsabilità*, il legislatore – come si è visto – ha espressamente previsto che l'applicazione, l'adozione e il mantenimento delle prescrizioni contenute nei protocolli e nelle linee guida condivise fra Governo e parti sociali costituiscano per i datori di lavoro pubblici e privati corretto adempimento dei doveri di cui all'art. 2087 c.c.

Una norma «minimale»¹⁸, che evidentemente non realizza quel meccanismo di piena esenzione da responsabilità penale del datore di lavoro che pure era stato evocato ed effettivamente contemplato in alcune proposte emendative¹⁹. Il contenuto della disposizione *de qua* si pone

¹¹ Rispetto alla qualificazione del nuovo rischio da contagio Covid-19 come rischio endogeno ovvero esogeno in relazione all'attività di impresa, nonché per gli eventuali obblighi di aggiornamento del documento di valutazione dei rischi e per le relative conseguenze in punto di responsabilità anche penale, v. DOVERE (2020); GESTRI (2020) pp. 271 ss.; MONGILLO (2020), pp. 33 ss.

¹² «2. Nei casi accertati di infezione da coronavirus (SARS-CoV-2) in occasione di lavoro, il medico certificatore redige il consueto certificato di infortunio e lo invia telematicamente all'INAIL che assicura, ai sensi delle vigenti disposizioni, la relativa tutela dell'infortunato. Le prestazioni INAIL nei casi accertati di infezioni da coronavirus in occasione di lavoro sono erogate anche per il periodo di quarantena o di permanenza domiciliare fiduciaria dell'infortunato con la conseguente astensione dal lavoro. I predetti eventi infortunistici gravano sulla gestione assicurativa e non sono computati ai fini della determinazione dell'oscillazione del tasso medio per andamento infortunistico di cui agli articoli 19 e seguenti del Decreto Interministeriale 27 febbraio 2019. La presente disposizione si applica ai datori di lavoro pubblici e privati».

¹³ ACCINNI (2020); nello stesso senso, denunciano l'equivoco interpretativo nel quale è caduta la categoria datoriale con riferimento a quanto stabilito dall'art. 42, comma 2 in parola, rispetto al rapporto tra tutela assicurativa e responsabilità penale per infortunio, AMATO (2020), p. 33; CUPELLI (2020b); DI GIOVINE (2020); MONGILLO (2020), p. 41.

¹⁴ *Imprese in rivolta sulla responsabilità per il contagio*. Patuanelli: «Governo e Parlamento dovranno occuparsene», in www.ilsolo24ore.com, 15 maggio 2020.

¹⁵ La [Circolare INAIL](http://www.inail.it) citata ha specificato come l'art. 42, comma secondo, non sia altro che una «riaffermazione di principi vigenti da decenni, come già richiamati dalla circolare 3 aprile 2020, n. 13, nell'ambito della disciplina speciale infortunistica, confermati dalla scienza medico-legale e dalla giurisprudenza di legittimità in materia di patologie causate da agenti biologici. Le patologie infettive (vale per il COVID-19, così come, per esempio, per l'epatite, la brucellosi, l'AIDS e il tetano) contratte in occasione di lavoro sono da sempre, infatti, inquadrate e trattate come infortunio sul lavoro poiché la causa virulenta viene equiparata alla causa violenta propria dell'infortunio, anche quando i suoi effetti si manifestino dopo un certo tempo» (p. 3).

¹⁶ Riconoscendo come «non possono (...) confondersi i presupposti per l'erogazione di un indennizzo Inail (basti pensare a un infortunio in “occasione di lavoro” che è indennizzato anche se avvenuto per caso fortuito o per colpa esclusiva del lavoratore), con i presupposti per la responsabilità penale e civile che devono essere rigorosamente accertati con criteri diversi da quelli previsti per il riconoscimento del diritto alle prestazioni assicurative. In questi, infatti, oltre alla già citata rigorosa prova del nesso di causalità, occorre anche quella dell'imputabilità quantomeno a titolo di colpa della condotta tenuta dal datore di lavoro. Il riconoscimento cioè del diritto alle prestazioni da parte dell'Istituto non può assumere rilievo per sostenere l'accusa in sede penale, considerata la vigenza del principio di presunzione di innocenza nonché dell'onere della prova a carico del Pubblico Ministero» (p. 5).

¹⁷ In particolare, Confindustria aveva richiesto un provvedimento legislativo che esplicitasse come l'applicazione delle misure di sicurezza indicate nei protocolli condivisi costituissero pieno adempimento degli obblighi datoriali: *Stirpe al Sole 24 ORE: Chiarire con una norma che l'applicazione dei protocolli costituisce l'assolvimento degli obblighi*, in www.confindustria.it, 18 maggio 2020.

¹⁸ Così DI GIOVINE (2020).

¹⁹ In questo senso andava, ad esempio, l'emendamento 29-bis.0.2. proposto durante la discussione in Senato da alcuni esponenti dell'opposizione, volto ad introdurre in sede di conversione del d.l. n. 23 del 2020 un nuovo art. 23-ter, «Esonero da responsabilità per eventuale contagio», a

piuttosto nel solco della citata Circolare INAIL, che già aveva evidenziato come «la responsabilità del datore di lavoro è ipotizzabile solo in caso di violazione della legge o di obblighi derivanti dalle conoscenze sperimentali o tecniche, che nel caso dell'emergenza epidemiologica da COVID-19 si possono rinvenire nei protocolli e nelle linee guida governativi e regionali di cui all'articolo 1, comma 14 del decreto-legge 16 maggio 2020, n. 33»²⁰. Il richiamo all'art. 2087 c.c. evoca invece quanto proposto dal Comitato di esperti in materia economica e sociale nominato nella primavera dello scorso anno dal Presidente del Consiglio dei Ministri che, fra le misure a sostegno delle imprese, suggeriva di adottare immediatamente proprio una norma che riconoscesse come «l'adozione, e di poi l'osservanza, dei protocolli di sicurezza, predisposti dalle parti sociali (da quello nazionale del 24 aprile 2020, a quelli specificativi settoriali, ed eventualmente integrativi territoriali), costituisce adempimento integrale dell'obbligo di sicurezza di cui all'art. 2087 del codice civile»²¹.

Per quanto concerne il profilo della tecnica normativa utilizzata, l'art. 29-*bis* introduce dunque una presunzione di adeguatezza della condotta datoriale osservante le misure di cui ai protocolli condivisi di sicurezza rispetto all'obbligo di «tutela dell'integrità fisica e morale dei prestatori di lavoro» sancito dalla disposizione civilistica richiamata. Per evitare che il combinato disposto fra incertezza dell'emergenza sanitaria ed elasticità del canone di cui all'art. 2087 c.c. porti ad una incontrollata espansione del «debito di sicurezza» esigibile dal datore di lavoro, la norma procede insomma a «tipizza[re] quale forma di adempimento dell'obbligo generale (e generico) di sicurezza (...) l'applicazione dei protocolli condivisi, generali o settoriali»²².

Guardando agli effetti sul versante penalistico, l'art. 29-*bis* parrebbe voler operare (il condizionale è d'obbligo²³) sul piano della ascrizione di responsabilità per colpa rispetto all'evento-contagio incorso al dipendente, attuando una ri-descrizione del tipo colposo²⁴. Alla luce infatti del ruolo attribuito dalla prassi giurisprudenziale all'art. 2087 c.c., di frequente chiamato ad operare quale canone «di chiusura» e parametro di riferimento per l'attribuzione di una colpa solo formalmente specifica, ma che scolora piuttosto in un addebito residuale di generica negligenza o imperizia²⁵, l'espressa equiparazione fra il rispetto delle prescrizioni anti-contagio contemplate nei protocolli e l'adempimento dei doveri datoriali di tutela del lavoratore varrebbe ad escludere (almeno, ma soltanto) il possibile addebito di colpa specifico-generica fondato sulla violazione della norma (asseritamente) cautelare di cui all'art. 2087 c.c.²⁶.

mente del quale «l'impresa che si attiene ai contenuti del Protocollo di regolamentazione delle misure per il contrasto e il contenimento della diffusione del virus COVID-19 negli ambienti di lavoro del 24 aprile 2020, allegato al decreto del Presidente del Consiglio dei ministri del 26 aprile 2020, nonché agli specifici protocolli di settore, è esonerata da ogni responsabilità connessa ad eventuali contagi contratti da lavoratori, clienti o altre persone all'interno delle aree aziendali». In senso critico rispetto ad un così esteso meccanismo di esenzione della responsabilità – volto a realizzare un vero e proprio «scudo penale» – v. DI GIOVINE (2020); MONGILLO (2020), p. 48.

²⁰ Circolare 22 maggio 2020, p. 5. La stretta connessione tra l'art. 42, comma 2 del d.l. n. 18 del 2020, la Circolare INAIL del 22 maggio 2020 e l'introduzione dell'art. 29-*bis* in sede di conversione del «Decreto Liquidità» è testimoniata dal dossier di documentazione del Servizio Studi del Senato n. 239/5 del 27 maggio 2020, relativo alla conversione in legge del d.l. n. 23 del 2020, che riconosce da un lato come «l'ambito di applicazione della disposizione in esame [l'art. 29-*bis*, appunto] interagisce con quanto disposto dall'articolo 42, comma 2, del D.L. 18/2020» (p. 219), e dall'altro che la Circolare n. 22 dell'INAIL avrebbe «anticipa[to] i contenuti della disposizione introdotta dalla Camera dei deputati [di nuovo, l'art. 29-*bis*]» con riferimento al riconoscimento della possibilità di ipotizzare la responsabilità datoriale solo nel caso di violazione delle prescrizioni contenute nei protocolli e nelle linee guida governative.

²¹ Così il punto 1.i delle schede di lavoro elaborate dal Comitato presieduto da Vittorio Colao, rese pubbliche il 9 giugno 2020 e reperibili sul sito www.governo.it. Sul punto v. anche CUPELLI (2020b).

²² MONGILLO (2020), p. 48. Nello stesso senso anche CUPELLI (2020b) riconosce come «l'effetto pratico perseguito è che – considerata la peculiarità della situazione – ciò che si può esigere dai datori di lavoro è soltanto l'adozione, l'applicazione e il mantenimento delle prescrizioni contenute nei protocolli espressamente richiamati». In questo senso andavano peraltro le richieste di Confindustria che, in un *position paper* dedicato alla responsabilità amministrativa degli enti del giugno 2020, aveva evidenziato come «in questo quadro fenomenologico eccezionale e complesso, che presenta contorni non consolidati neppure in sede scientifica, è evidente che i datori di lavoro non hanno a disposizione le esperienze e le tecniche consolidate richieste dall'art. 2087 c.c., nonché le competenze scientifiche necessarie a valutare adeguatamente un rischio di tal genere e le sue conseguenze e, quindi, per decidere autonomamente le misure necessarie a contenere tale rischio. Pertanto, l'individuazione delle misure generali di contenimento e di prevenzione da adottare nelle organizzazioni produttive è demandata alle Autorità pubbliche, le sole che invece dispongono, anche attraverso appositi Comitati scientifici, di informazioni e competenze necessarie a valutare il rischio e individuare le misure necessarie per farvi fronte» (Confindustria, *La responsabilità amministrativa degli enti ai tempi del COVID-19. Prime indicazioni operative*, consultabile in *Sistema penale*, 22 giugno 2020, con commento di SCOLETTA, (2020)).

²³ Secondo DI GIOVINE (2020), la norma in parola «non ha esplicitate velleità penali»; sul punto si tornerà più avanti.

²⁴ PELISSERO (2020), p. 541.

²⁵ Sul tema per tutti CASTRONUOVO (2016), pp. 227 ss.; GARGANI (2013), pp. 620 ss.; TORRE (2019), pp. 65 ss.; VENEZIANI (2003a), pp. 399 ss. Di «colpa specifica [che] scolora in quella generica» in presenza di regole di condotta indeterminate parla espressamente GIUNTA (1999), p. 92.

²⁶ Guardando ai parametri individuati dalla dottrina «classica» per l'identificazione delle norme positive alle quali può essere effettivamente ascritta natura cautelare – per tutti v. GALLO (1960), p. 642; MANTOVANI (1988), p. 308; MARINUCCI (1965) – mi pare si debba dubitare della natura effettivamente cautelare della norma di cui all'art. 2087 c.c. Per un approfondimento sul punto sia consentito il rinvio a PENCO (2019), p. 517.

Il contenuto normativo della disposizione in parola ha fatto immediatamente dubitare della sua concreta rilevanza sul piano della efficacia *lato sensu* esimente rispetto al possibile addebito di responsabilità penale “da contagio” per il datore di lavoro. L’art. 29-*bis* – è stato detto – non farebbe altro che richiamare gli ordinari criteri di giudizio che governano l’illecito colposo, secondo i quali il rispetto delle regole cautelari vigenti, applicabili al caso concreto e oggetto di accordi fra autorità statale e operatori del settore, non potrebbe fondare alcun rimprovero soggettivo: «il corretto assolvimento degli obblighi prevenzionistici», insomma, «esclude già la colpa»²⁷. In questo senso, molti hanno evidenziato come la reale “protezione” dell’imprenditore starebbe proprio nelle normali regole di imputazione della responsabilità per infortunio, non solo per quanto concerne il rimprovero colposo, ma anche e soprattutto sul piano dell’accertamento della causalità individuale: una rigorosa applicazione di siffatti parametri costituirebbe già di per sé un efficace “scudo” da derive eccessivamente penalizzanti²⁸. Se così è, all’art. 29-*bis* non può che essere riconosciuta una mera funzione «di indirizzo» sul piano ermeneutico²⁹, certamente meritoria alla luce della richiamata tendenza giurisprudenziale ad allargare le maglie della “colpa lavorativa”³⁰, ma che non può andare oltre l’inibizione del richiamo al canone di cui all’art. 2087 c.c. quale fondamento del rimprovero nel caso in cui sia accertato il rispetto dei protocolli richiamati dalla stessa disposizione in parola.

Anche all’interno del perimetro di tali protocolli, peraltro, quanto previsto all’art. 29-*bis* non varrebbe comunque ad escludere del tutto il rischio-responsabilità in capo al datore di lavoro, non potendo la norma obliterare la necessaria valutazione in concreto della effettiva idoneità tecnica delle singole prescrizioni anti-contagio, molte delle quali si caratterizzano per una natura elastica e necessitano dunque di essere adeguate al caso concreto, in un procedimento di individualizzazione e concretizzazione della regola cautelare che apre comunque a residui spazi di colpa generica³¹.

2.1.

Proposte di “scudo” per i dirigenti scolastici: gli emendamenti al d.l. 16 luglio 2020 n. 76 e al d.l. 14 agosto 2020, n. 104

Durante gli ultimi mesi estivi dello scorso anno, con l’avvicinarsi della riapertura delle scuole, gli operatori del settore, e in particolare i dirigenti scolastici, hanno manifestato preoccupazioni del tutto sovrapponibili e quelle emerse nel mondo imprenditoriale in ordine al rischio di una loro eccessiva responsabilizzazione nel caso di diffusione del contagio all’interno delle mura degli istituti³².

È bene ricordare preliminarmente come, con riferimento al possibile riconoscimento di responsabilità (anche) penale per gli eventi dannosi incorsi tanto al personale quanto agli alunni, i dirigenti scolastici risultino normativamente equiparati alla figura datoriale³³. In questo senso depongono tanto il D.M. 21 giugno 1996, n. 292, che identifica nel «capo delle istituzioni scolastiche ed educative statali» (oggi, il dirigente scolastico) il «datore di lavoro» all’interno delle predette istituzioni, quanto l’art. 25, comma 2, d.lgs. 30 marzo 2001, n. 165, che attribuisce al dirigente la «legale rappresentanza dell’istituzione» e «autonomi poteri di direzione, di coordinamento e di valorizzazione delle risorse umane»; l’art. 2 del d.lgs. 9 aprile 2008, n. 81, infine, equipara espressamente «l’allievo degli istituti di istruzione ed universitari» al «lavoratore», quale soggetto destinatario di tutela. Con specifico riferimento poi alle istituzioni universita-

²⁷ Così AMATO (2020), p. 35; DI GIOVINE (2020) afferma come «nella prospettiva penalistica, la previsione parrebbe scontata e come tale inutile»; in termini analoghi v. anche CUPELLI (2020b) e ACCINNI (2020).

²⁸ Concordano sul punto AMATO (2020), pp. 33 ss.; CUPELLI (2020b); DI GIOVINE (2020). Con particolare riferimento alle difficoltà legate all’accertamento del nesso causale rispetto all’avvenuto contagio v. CASTRONUOVO (2020); PELISSERO (2020), pp. 525 ss.

²⁹ CUPELLI (2020). Nello stesso senso DI GIOVINE (2020), che parla di «semplice memento», e SCOLETTA (2020) che vede nell’art. 29-*bis* «una disposizione simbolica a finalità rassicurativa».

³⁰ Così MONGILLO (2020), p. 49: «nondimeno, lo sforzo del legislatore non è stato, a nostro avviso, del tutto vano. La norma potrebbe servire a chiarire che cautele indicate nei protocolli come meramente facoltative (...) non possono, logicamente, fondare addebiti ex art. 2087 c.c.».

³¹ Evidenziano questo profilo CUPELLI (2020b); DI GIOVINE (2020); MONGILLO (2020), p. 48.

³² In questo senso le associazioni rappresentative dei dirigenti scolastici avevano espressamente richiesto in occasione degli Stati Generali dell’Economia convocati nel mese di giugno 2020 dal Presidente del Consiglio l’introduzione di una norma che tutelasse i presidi in caso di contagio entro le mura scolastiche: Conte ha incontrato i sindacati, Marcello Pacifico (Anief): “bisogna fare subito investimenti in Istruzione, Ricerca e Formazione per far ripartire il Paese”, in www.anief.org, 15 giugno 2020; Il Ministero dell’Istruzione ascolta il presidente Pacifico (Anief-Udir) e propone lo scudo penale per docenti e presidi per applicazione norme anti Covid19, *ivi*, 28 agosto 2020.

³³ Con riferimento alla posizione di garanzia del dirigente scolastico v. per tutti MORGANTE (2016).

rie, la qualifica di datore di lavoro può essere attribuita tanto al Rettore, quanto ai Direttori delle diverse strutture (ad esempio, quelle dipartimentali), a seconda di quanto previsto con apposito provvedimento delle singole Università in conformità al disposto dell'art. 2, comma 1, D.M. 5 agosto 1998, n. 363³⁴.

Il tema del rischio di contagio nel corso dell'attività svolta nell'istituto scolastico, dunque, altro non è che un riflesso della questione relativa agli obblighi e alle responsabilità datoriali nel periodo di emergenza sanitaria; anche i dirigenti scolastici, insomma, rientrano fra i destinatari dell'art. 29-*bis* sopra analizzato, il cui testo si riferisce infatti tanto ai datori di lavoro «privati» quanto a quelli «pubblici».

In questo senso, a ricordare l'operatività anche in ambito scolastico della «protezione» di cui alla richiamata norma del Decreto Liquidità, era intervenuta una nota del Ministero dell'Istruzione datata 20 agosto 2020³⁵. Il documento, emesso a seguito della notizia di «cosiddette "diffide" che esigerebbero l'adozione da parte dei dirigenti scolastici di comportamenti opposti a quanto previsto dalle disposizioni vigenti», richiamava sia l'ormai nota Circolare INAL del maggio 2020, relativamente alla differenza fra presupposti dell'erogazione dell'indennizzo assicurativo e criteri per l'affermazione della responsabilità penale, sia il contenuto dell'art. 29-*bis* del d.l. n. 23 del 2020, in punto di riconosciuto completo adempimento degli obblighi di cui all'art. 2087 c.c. nel caso di pieno rispetto dei protocolli condivisi, compresi evidentemente quelli specifici per il settore scolastico; in aggiunta, il Ministero ricordava comunque come «a ulteriore tutela dell'azione dirigenziale» potesse essere utilmente invocata la scriminante di cui all'art. 51 c.p.³⁶.

La nota si concludeva in modo del tutto condivisibile con un'affermazione ripresa pressoché testualmente dalle riflessioni della dottrina penalistica: «in un quadro normativo innovato, così contestualizzato, e con le precisazioni fatte, è ragionevole affermare che gli ordinari criteri di imputazione della responsabilità, ove correttamente valutati e applicati, a partire da una rigorosa verifica del nesso causale e dei profili di sussistenza e di determinazione dell'elemento soggettivo, possano ritenersi idonei a destituire di fondamento interpretazioni penalizzanti per i datori di lavoro»³⁷.

Ancora una volta, tuttavia, il tentativo «istituzionale» di rassicurare gli animi non sortì grande effetto: le istanze di protezione sollevate dal mondo scolastico vennero anzi ben presto raccolte dalle forze politiche, che in sede di conversione del d.l. 16 luglio 2020 n. 76 (c.d. «Decreto Semplificazioni») avanzarono tre proposte emendative, volte proprio a intervenire sulla questione della responsabilità dei dirigenti di istituto. Gli emendamenti (nn. 23.0.11, 23.0.12 e 23.0.13), aventi tutti testo analogo, miravano alla formulazione, dopo l'art. 23 del decreto (dedicato alla riforma della fattispecie di abuso d'ufficio), di un nuovo art. 23-*bis*, dal seguente tenore: «*Per tutti gli eventi che si siano verificati o si potranno verificare in seno alle istituzioni scolastiche di ogni ordine e grado durante l'emergenza epidemiologica Covid-19 con la riapertura delle scuole a settembre, avendo il Dirigente Scolastico ottemperato a tutte le prescrizioni previste dalle linee guida "Piano Scuola 2020/2021", non sono punibili penalmente ai sensi dell'art. 51 del codice penale, in quanto l'operato degli stessi deve intendersi come adempimento di un dovere impartito da una norma giuridica e/o organo superiore*».

A livello di tecnica legislativa, la bozza di «scudo» differiva evidentemente dal modello dell'art. 29-*bis* del Decreto Liquidità, proponendosi di collegare alla condotta osservante le prescrizioni delle linee guida e dei protocolli non tanto una (pur minima) limitazione del giudizio di rimprovero colposo, quanto piuttosto l'operatività della scriminante dell'adempimento di un dovere: evidente è in questo senso la continuità rispetto al contenuto della nota del Ministero dell'Istruzione di fine agosto, che evidenziava (ma, a ben vedere, solo *ad abundantiam*) la possibilità di evocare l'art. 51 c.p. nel caso di corretta ottemperanza ai protocolli specifici per la realtà scolastica.

I tre emendamenti in parola non ebbero fortuna: essendo relativi a una materia – quella

³⁴ La norma prevede che «il datore di lavoro, con apposito provvedimento dell'università, viene individuato nel rettore o nel soggetto di vertice di ogni singola struttura o raggruppamento di strutture omogenee, qualificabile come unità produttiva ai sensi del presente articolo, dotata di poteri di spesa e di gestione». Sul tema v. PROVESANA (2015).

³⁵ Reperibile sul sito www.miur.gov.it.

³⁶ «A ulteriore tutela dell'azione dirigenziale, va sottolineato come l'art. 51 del codice penale esclude la punibilità laddove "l'esercizio del diritto o l'adempimento di un dovere" sia "imposto da una norma giuridica o da un ordine legittimo della pubblica Autorità" (p. 3).

³⁷ Il richiamo è a CUPELLI (2020b): «già gli ordinari criteri di imputazione della responsabilità, se rettammente applicati, possono essere idonei a scongiurare interpretazioni eccessivamente penalizzanti per i datori, a partire dalla verifica del nesso causale (...), sino a quella della colpa (...)

del governo e della riorganizzazione della scuola – non strettamente rientrante nell’ambito del Decreto Semplificazioni, ma oggetto piuttosto del successivo d.l. 14 agosto 2020, n. 104 (c.d. “Decreto Agosto”), vennero dichiarati improponibili. Un’iniziativa analoga, volta ad incidere sulla responsabilità dei dirigenti scolastici, è stata comunque intrapresa in sede di conversione del Decreto Agosto: l’emendamento n. 32.0.17 contemplava infatti l’introduzione di un nuovo art. 32-*bis* nell’articolato del decreto, il cui primo comma prevedeva che «*Con riferimento all’anno scolastico 2020/2021 e fino al 31 agosto 2021, il rispetto da parte del personale scolastico delle prescrizioni e dei protocolli adottati dal Comitato tecnico scientifico, di cui alle Ordinanze del Capo Dipartimento della Protezione Civile 3 febbraio 2020, n. 630, 18 aprile 2020, n. 663 e 15 maggio 2020, n. 673, nonché delle prescrizioni contenute nelle Linee guida “Piano scuola 2020/2021” di cui al decreto ministeriale 26 giugno 2020, n. 39, costituisce adempimento di un dovere ai sensi dell’articolo 51 del codice penale*». Più accettabile la forma³⁸, non cambiava però la sostanza, essendo nuovamente qualificata l’ottemperanza ai protocolli e alle linee guida alla stregua dell’adempimento scriminante di un dovere.

Anche quest’ultimo emendamento non ha completato il suo *iter* parlamentare: la proposta è stata respinta, con una scelta politica che ha suscitato preoccupazione nelle categorie professionali interessate, le quali hanno prontamente denunciato di essere state «vigliaccamente lasciate da sole» a combattere il rischio epidemico³⁹; evidentemente, né l’art. 29-*bis* del Decreto Liquidità, né – più in generale – le consuete regole che governano la responsabilità penale, venivano considerate alla stregua di un utile presidio nella gestione dell’emergenza.

Con riferimento alla (potenziale) efficacia dell’introduzione di una norma del tipo di quelle proposte nei sopra citati emendamenti, possiamo osservare come il meccanismo *lato sensu* “esimente” sotteso alla riconosciuta natura scriminante dell’adempimento alle prescrizioni di protocolli e linee guida risulti certamente di più ampia portata rispetto a quello – idealmente operante, come visto, sul piano soggettivo della colpa – di cui all’art. 29-*bis* del Decreto Liquidità. L’eventuale riconoscimento di responsabilità penale del dirigente per l’avvenuto contagio di alunni o personale scolastico, infatti, risulta inibito già al livello oggettivo dell’assenza di anti-giuridicità della condotta, non arrivando neppure a porsi il tema dei possibili, residui, spazi per un rimprovero colposo (anche) nel rispetto delle prescrizioni anti-contagio.

Le proposte emendative in precedenza richiamate rendono attuale il dualismo, che già si era in altra sede prospettato, in ordine alla qualificazione giuridica delle “norme-scudo” incentrate sulla esenzione da responsabilità penale nel caso di ottemperanza alle regole modali codificate che governano l’esercizio di un’attività pericolosa⁴⁰. In questo senso, ad una prima opzione, volta a riconoscere in queste norme una presunzione di diligenza idonea ad operare sul piano soggettivo del rimprovero colposo (e tale sarebbe, oggi, l’art. 29-*bis* del Decreto Liquidità)⁴¹, se ne era contrapposta una seconda, favorevole invece a ricondurre tali disposizioni all’alveo delle scriminanti speciali, secondo un modello che ricalca appunto quello dell’adempimento di un dovere (così risultano appunto modellate le proposte di “scudo” per i dirigenti scolastici appena analizzate)⁴².

Ebbene, prendendo in considerazione l’attuale contesto emergenziale, a me sembra che l’opzione volta a costruire una protezione dal rischio-responsabilità secondo il modello della causa di giustificazione presenti invero alcune problematicità. In primo luogo, non può non rilevarsi come le prescrizioni scritte attraverso le quali si sarebbe voluto veicolare il bilanciamento fra interessi contrapposti soffrano della già ricordata natura elastica, generica, sperimentale, parlando esse in questo senso «una lingua che non è precipuamente quella penale»⁴³; il che rende evidentemente più complicata l’operatività – che invece si vorrebbe in questi

³⁸ Gli emendamenti nn. 23.0.11, 23.0.12 e 23.0.13 al Decreto Semplificazioni risultavano, sul piano grammaticale, a dir poco sconclusionati: «*Per tutti gli eventi che si siano verificati o si potranno verificare in seno alle istituzioni scolastiche... avendo il Dirigente Scolastico ottemperato a tutte le prescrizioni... non sono punibili penalmente*».

³⁹ *Covid a scuola? Pagano i dirigenti e il personale anche se la colpa di negligenze è dello Stato o degli enti locali. Marziale: “Vigliaccheria lasciare da sola la scuola”*, in www.osservatoriominoi.org, 18 settembre 2020.

⁴⁰ Il riferimento è in particolare alla questione della natura giuridica attribuita allo “scudo penale” per i gestori dello stabilimento ILVA di Taranto, disciplinato all’art. 2, comma 6, del d.l. 5 gennaio 2015, n. 1, convertito in l. 4 marzo 2015, n. 20. Sul tema v. ZIRULIA (2019); GRECO (2020), pp. 8 ss.; PENCO (2020), pp. 17 ss.; RUGGIERO (2020), pp. 8 ss.

⁴¹ ZIRULIA (2019): «La clausola esimente in esame sembrerebbe pertanto sancire una sorta di presunzione di diligenza a favore delle condotte attuative del piano di risanamento; presunzione a sua volta funzionale (...) a cristallizzare un’area di rischio consentito».

⁴² GRECO (2020), p. 15: «A noi pare che lo scudo penale si collochi esattamente all’interno della categoria da ultimo menzionata. Riteniamo si tratti, invero, di una esimente speciale, incentrata sul rispetto delle prescrizioni dell’A.I.A. e alla base della quale è possibile cogliere le note tipiche dell’adempimento del dovere».

⁴³ DI GIOVINE (2020).

casi «meccanica» – del meccanismo scriminante⁴⁴. D’altro canto, e con particolare riferimento alle proposte di “scudo” per i dirigenti scolastici, sarebbe stata quanto mai improvvida la loro definitiva positivizzazione, che avrebbe sofferto una chiara interferenza con l’art. 29-*bis* del Decreto Liquidità, generando – magari sì – un effimero senso di rassicurazione nelle categorie interessate, ma creando immancabilmente anche una confusione regolatoria che sarebbe poi toccato all’interprete dover dirimere.

3. Proposte di “scudo” per il personale sanitario: gli emendamenti al d.l. 17 marzo 2020, n. 18 e al d.l. 19 maggio 2020, n. 34

La seconda categoria professionale dalla quale è promanata una precisa istanza di tutela e protezione legislativa a fronte di un rischio-responsabilità percepito come drammaticamente acuito dalle circostanze dell’emergenza pandemica è stata – come anticipato – quella degli operatori sanitari⁴⁵.

Fra le diverse prospettive dalle quali può essere colto il tema della responsabilità colposa in ambito medico al tempo del coronavirus⁴⁶, rileva ai nostri fini quella che guarda alla posizione del personale sanitario in caso di esito infausto delle cure per i pazienti che abbiano contratto il virus *SARS-CoV-2*, collocandosi invece la questione della responsabilità dei vertici delle strutture nell’ipotesi di morte per Covid-19 del personale medico entro il parallelo ma diverso filone della responsabilità datoriale, di cui ai paragrafi precedenti⁴⁷.

Per quanto concerne la genesi delle proposte di “norme-scudo” per gli operatori sanitari, da più parti è stata individuata quale circostanza scatenante la richiesta di protezione *ad hoc* l’esecrabile condotta di alcuni avvocati che si sono auto-promossi per la proposizione di azioni legali contro i medici in caso di decessi da coronavirus⁴⁸. L’iniziativa – peraltro immediatamente stigmatizzata da parte degli organi congressuali forensi⁴⁹ – ha fatto deflagrare le latenti preoccupazioni del personale medico legate alla situazione contingente ed eccezionale di crisi, specie alla luce della conclamata insufficienza organizzativa nella quale si è trovato il sistema sanitario. Il quadro è ormai tristemente noto: impiego di medici non specializzati per far fronte alla crisi pandemica, necessità di compiere scelte terapeutiche “tragiche”, incertezza scientifica in ordine alle modalità più efficaci di cura del *coronavirus disease*, sono solo alcuni dei fattori che, da un lato, hanno stressato ulteriormente la già problematica percezione del “rischio penale” proprio dell’attività medica e, dall’altro, hanno portato a intravedere il pericolo del diffondersi di «atteggiamenti improntati a una sorta di *medicina difensiva dell’emergenza*»⁵⁰.

È evidente dunque come le difficoltà (e le ansie) ingenerate dalla pandemia si innestino su di un sistema regolatorio della responsabilità penale medica (quello fondato sull’art. 590-*sexies* c.p.) già di per sé problematico, e in relazione al quale è da subito stata colta l’inadeguatezza rispetto all’attuale contingenza emergenziale, resa ancora più evidente dalla diffusa prassi giurisprudenziale di (pressoché nulla) valorizzazione della misura soggettiva della colpa⁵¹. Insomma

⁴⁴ Rilevano in questo senso le considerazioni di GRECO (2020), p. 15, la quale evidenzia la natura appunto «meccanica» dell’applicazione delle esimenti costruite sul rispetto di un atto autorizzativo (quale, secondo l’Autrice, sarebbe l’art. 2, comma 6, del d.l. n. 1 del 2015), specificando significativamente come «per assicurare la ragionevolezza di una tale applicazione “meccanica”, infatti, di regola le esimenti di questo secondo tipo sono connotate dalla previsione di procedure, limiti ed eccezioni identificati con sufficiente precisione». Precisione che, mi pare, non può essere riconosciuta ai protocolli e alle linee guida per il contenimento del contagio da Covid-19, stante la natura flessibile delle prescrizioni ivi contenute (sul punto v. in particolare MONGILLO (2020), p. 26).

⁴⁵ Sul tema v., fra gli altri, BARTOLI (2020b); BOVI (2020); CALETTI (2020), CAPUTO (2020); CUPELLI (2020a); GARGANI (2020); LOSAPPIO (2020); RISICATO (2020); ROIATI (2020); SCARAMELLINI (2020).

⁴⁶ In questo senso v. BARTOLI (2020b), p. 88, il quale distingue fra una prospettiva basata sulla tipologia di vittima (paziente ovvero operatore sanitario) e un’altra fondata sulla tipologia di autore (personale sanitario ovvero vertici amministrativi e/o politici).

⁴⁷ Sul punto v. ancora BARTOLI (2020b), pp. 107 ss.

⁴⁸ Sulla circostanza v. la lettera del Presidente della Federazione Nazionale degli Ordini dei Medici Chirurghi e Odontoiatri indirizzata al Consiglio Nazionale Forense (*Publicità studi legali che invitano a far causa a medici, Anelli scrive al Cnf: “Rafforzare vigilanza su deontologia. Le nostre professioni tutelano diritti di rango costituzionale”*, in www.portale.fnomceo.it, 27 marzo 2020). Sulla questione, con riferimento al diffondersi di esigenze di «contenimento della sovraesposizione giudiziaria dei professionisti sanitari per condotte colpose», v. CALETTI (2020), pp. 11 ss.

⁴⁹ Sul punto v. la lettera inviata il 2 aprile 2020 dal Consiglio Nazionale Forense ai Presidenti dei Consigli dell’Ordine degli Avvocati e ai Presidenti dei Consigli Distrettuali di Disciplina, *“Invito a COA e CDD a vigilare su comportamenti indegni che ledono il decoro e la dignità della classe forense”* (in www.consiglionazionaleforense.it).

⁵⁰ CUPELLI (2020a)

⁵¹ In questo senso CUPELLI (2020a) evidenzia come, da un lato, l’art. 590-*sexies* c.p. ritagli una «area di responsabilità colposa (...) assolutamente sproporzionata rispetto alle contingenze emergenziali» e, dall’altro, «non si possa nemmeno, in queste ipotesi, fare affidamento sulla sola

ma, se è vero che la colpa medica si trova in una «emergenza permanente»⁵², ben si comprende come l'attuale situazione sanitaria possa aver ri-acutizzato le istanze di maggior tutela provenienti dalla categoria professionale interessata; ecco dunque l'avanzata richiesta di implementazione di un sistema di contenimento della responsabilità che, seppur di recente riformulato con la legge Gelli-Bianco, si dimostra «scudo» già logoro e del tutto inadatto a reggere al conflitto pandemico⁵³, specie in quanto costruito sulla struttura portante delle linee guida e delle buone prassi, parametri evidentemente inutili di fronte ad un virus ignoto e – soprattutto nella primissima fase dell'emergenza – curato con un approccio totalmente «*off label*»⁵⁴.

Alla luce di quanto appena riportato, è facile comprendere l'interesse che la questione della responsabilità colposa medica «al tempo del coronavirus» ha suscitato nella dottrina penalistica, la quale si è ampiamente soffermata sul tema esprimendo posizioni diverse, in sintesi polarizzabili in soluzioni ermeneutiche «a quadro normativo immutato», da un lato, e soluzioni «interventiste», dall'altro⁵⁵.

Con riferimento in primo luogo alle proposte avanzate *de jure condendo*, emerge la posizione di quanti hanno auspicato un provvedimento legislativo *ad hoc*, che si occupasse di disciplinare specificamente il periodo della pandemia da Covid-19 attraverso la previsione di uno statuto penale della colpa medica «emergenziale» incentrato su di una rinnovata definizione di colpa grave, che fosse tale da valorizzare anche i «fattori contestuali»⁵⁶. Sempre in una logica di intervento sull'attuale quadro regolatorio, è stata da taluni invece evidenziata l'opportunità di una rivisitazione complessiva della disciplina della colpa medica, attraverso un *restyling* idoneo a realizzare un ampliamento dell'esonero da responsabilità, mediante un richiamo al canone di cui all'art. 2236 c.c.⁵⁷.

Secondo altra parte della dottrina, invece, la contingente emergenza sanitaria non imporrebbe necessariamente di agire sull'attuale sistema di regole positive di disciplina della responsabilità medica, posto che nell'ordinamento sarebbero già in circolo gli anticorpi per contrastare la temuta «epidemia di responsabilità»⁵⁸. In questo senso sono state avanzate diverse possibili soluzioni, in un quadro ermeneutico «a geometria variabile»⁵⁹ che spazia dall'effettiva soggettivizzazione del rimprovero colposo⁶⁰, al recupero della categoria della forza maggiore nel contesto della responsabilità per omissione⁶¹, sino alla valorizzazione delle scriminanti dello stato di necessità e dell'adempimento di un dovere, specie laddove sia necessario fornire una risposta agli *hard cases* della responsabilità del medico di fronte a scelte terapeutiche «tragiche»⁶².

Venendo invece alle iniziative portate avanti in sede parlamentare, con riferimento alle esigenze di contenimento della responsabilità proprie del personale sanitario – così come è

capacità 'salvifica' della c.d. misura soggettiva della colpa», alla quale «la giurisprudenza in ben poche occasioni [ha] fatto effettivamente ricorso in sede di accertamento, degradandola da canone valutativo a clausola di stile».

⁵² LOSAPPIO (2020), p. 8.

⁵³ In questo senso andava il parere del Comitato Nazionale di Bioetica del 9 aprile 2020, «Covid-19: La decisione clinica in condizioni di carenza di risorse e il criterio del triage in emergenza pandemica», in www.bioetica.governo.it, richiamato anche da CAPUTO (2020), p. 3.

⁵⁴ Sul punto BARTOLI (2020b), pp. 98 ss.; CUPELLI (2020a); CALETTI (2020), pp. 13 ss.; RISCATO (2020), p. 5; ROIATI (2020), p. 9.

⁵⁵ Per un quadro complessivo delle diverse posizioni emerse in dottrina, che può in questa sede essere tratteggiato solo per sommi capi, si rinvia a GARGANI (2020), pp. 888 ss.

⁵⁶ In questo senso CUPELLI (2020a), che proponeva l'introduzione di «un'apposita disciplina volta ad ampliare l'area di esonero da responsabilità colposa, plasmata sulle peculiarità della medicina dell'emergenza pandemica, che prospetti uno statuto penale *ad hoc* per la gestione organizzativa, clinica e assistenziale di tale rischio». Mostra di condividere tale proposta ROIATI (2020), pp. 10 ss., che pure individua nell'emergenza pandemica un momento fecondo per «un più generale ripensamento dello statuto penale del sanitario e dell'art. 590-sexies c.p.».

⁵⁷ CAPUTO (2020), pp. 6 ss., in un'ottica di valorizzazione dell'art. 2236 c.c., richiama la proposta formulata dall'Associazione Italiana dei Professori di Diritto Penale, volta a introiettare nella lettera dell'art. 590-sexies c.p. il richiamo alla «soluzione di problemi di speciale difficoltà» (AIPDP, *Materiali per la riforma dei delitti contro la persona*, sottogruppo composto dai Proff. Seminara, Pulitanò e Caputo, *Il regime di responsabilità penale dell'esercente una professione sanitaria*, in www.aipdp.it, ove è prevista una bozza di nuovo articolato della norma in parola, il cui primo comma recita: «1. Nei casi previsti dagli artt. 589, 590 e 593-bis non è punibile l'esercente una professione sanitaria che ha commesso il fatto nello svolgimento di un'attività sanitaria che comporta la soluzione di problemi di speciale difficoltà, sempre che la colpa non sia grave»). In senso analogo v. le considerazioni di ROIATI (2020), pp. 15 ss. Sempre per una valorizzazione della regola di giudizio di cui all'art. 2236 c.c., ma in una diversa prospettiva *de jure condito*, CALETTI (2020), pp. 14 ss.

⁵⁸ L'idea secondo la quale sarebbe sufficiente il richiamo ai principi generali che governano la responsabilità penale per far fronte al rischio di eccessiva responsabilizzazione del personale sanitario è stata limpidamente esposta da BARTOLI (2020b), p. 100, ad avviso del quale «la responsabilità in contesti complessi che non sono di normalità, ma di emergenza, può essere esclusa senza la necessità di previsioni peculiari»; nello stesso senso le riflessioni di BOVI (2020); RISCATO (2020), pp. 3 ss.

⁵⁹ GARGANI (2020), p. 891.

⁶⁰ In questo senso v. BOVI (2020); GARGANI (2020), p. 893.

⁶¹ GARGANI (2020), p. 892.

⁶² Sul punto v. in particolare LOSAPPIO (2020), pp. 12 ss.; CALETTI (2020), pp. 7 ss.

stato per le figure datoriali – le forze politiche hanno mostrato un subitaneo interesse⁶³, che si è tradotto nella proposta di introduzione di “norme-scudo”, *in primis* in sede di formulazione degli emendamenti alla legge di conversione del d.l. 17 marzo 2020, n. 18 (c.d. decreto “Cura Italia”) e successivamente nel corso dei lavori di conversione in legge del d.l. 19 maggio 2020, n. 34 (c.d. “Decreto Rilancio”).

Tutti gli emendamenti proposti sul tema che ci occupa risultano in definitiva riconducibili a due modelli generali, uno di esclusione della responsabilità, un altro di ri-parametrizzazione della stessa⁶⁴; caratteristica comune è invece la logica “emergenziale”, trattandosi di norme pensate per operare esclusivamente in una prospettiva temporalmente limitata all’attuale crisi epidemiologica⁶⁵.

Alla prima categoria – efficacemente definita di «*lockdown* della responsabilità»⁶⁶ – sono ascrivibili quelle iniziative volte ad escludere *in toto* la responsabilità penale (ma anche quella civile, contabile e da rivalsa) nell’ipotesi in cui le condotte tenute nell’ambito della gestione dell’emergenza Covid-19, tanto dai vertici delle strutture quanto dal personale sanitario, risultino «giustificate dalla necessità di garantire, sia pure con mezzi e modalità non sempre conformi agli standard di sicurezza, la continuità dell’assistenza sanitaria indifferibile sia in regime ospedaliero che territoriale e domiciliare»⁶⁷. Sono invece riconducibili ad uno schema diverso, di parziale contenimento della responsabilità, le proposte che mirano a limitare la punibilità ai soli casi di dolo e colpa grave, preoccupandosi di definire quest’ultima attraverso il richiamo a parametri che consentano di tenere conto del peculiare contesto emergenziale⁶⁸.

A livello di tecnica normativa, si è già detto di come tutte le proposte emendative contemporaneo l’introduzione di una clausola eccezionale, la cui operatività pare circoscritta alla situazione contingente⁶⁹, senza dunque nessuna velleità di ri-modellazione generale del sistema di responsabilità medica. Sul piano contenutistico, rileva invece la già richiamata differenza di modelli di intervento. In questo senso, le iniziative volte ad una esclusione *tout court* di responsabilità sono state accostate al modello dell’immunità sostanziale⁷⁰ o dell’amnistia⁷¹, venendo stigmatizzate come «un quasi puerile tentativo di organizzazione della “irresponsabilità” ad ampio spettro»⁷²; di contro, gli emendamenti funzionali ad un contenimento della responsabilità professionale mediante il richiamo alla gradazione della colpa e ad una definizione *ad hoc* del concetto di colpa grave, pur con i limiti che li caratterizzano, sembrano avvicinarsi all’idea – promossa da parte della dottrina – di una riformulazione “emergenziale” del parametro di cui all’art. 590-*sexies* c.p., contemplando dunque altrettante cause di esclusione della punibilità ovvero di delimitazione della responsabilità chiamate ad agire sulla ri-descrizione del tipo colposo⁷³.

Le proposte appena ripercorse, come si è già detto, non hanno avuto buon esito; nell’as-

⁶³ In senso critico, con riferimento invero allo “scudo” per i datori di lavoro ma con un giudizio facilmente replicabile rispetto alle parallele e analoghe iniziative intraprese a favore del personale medico, AMATO (2020), p. 35, parla di «perniciosa tendenza a inseguire e assecondare le richieste dell’elettorato».

⁶⁴ Per un’analisi puntuale delle proposte emendative in particolare al decreto “Cura Italia”, oltre a LOSAPPIO (2020), pp. 2 ss., v. anche CALETTI (2020), pp. 17 ss.; ROIATI (2020), pp. 12 ss.; SCARAMELLINI (2020), pp. 9 ss.

⁶⁵ CALETTI (2020), p. 18.

⁶⁶ LOSAPPIO (2020), p. 7.

⁶⁷ In questo senso andavano testualmente gli emendamenti n. 1.1. e 1.2. proposti in sede di conversione del decreto “Cura Italia”. Analogo il significato dell’emendamento n. 13.2, sempre riferito al medesimo decreto, che prevedeva per il personale sanitario la non punibilità «per i reati di cui agli articoli 589 e 590 del codice penale quando il profilo di colpa sia determinato da indisponibilità di mezzi o il soggetto abbia agito in situazione di urgenza allo scopo di salvaguardare la vita o l’integrità del paziente».

⁶⁸ Categoria nella quale rientrano, *in primis*, alcuni emendamenti presentati nei lavori di conversione in legge del decreto “Cura Italia”: il n. 1.0.4 (testo 2), che prevedeva una limitazione della punibilità «per i fatti indicati nell’art. 590-*sexies* c.p. (...) ai soli casi di colpa grave», intesa come «palese e ingiustificata violazione dei principi basilari che regolano la professione sanitaria o dei protocolli o programmi emergenziali eventualmente predisposti per fronteggiare la situazione in essere»; il n. 16.2, avente testo sostanzialmente analogo; il n. 13.2 (testo 2), che ugualmente limitava «per tutti gli eventi avversi che si siano verificati o si verifichino durante il periodo dell’emergenza causata dalla diffusione del Covid-19, la punibilità penale [*sic*] (...) ai soli casi di colpa grave», costruita considerando «la proporzione tra le risorse e i mezzi disponibili e il numero dei pazienti da curare, nonché le tipologie di prestazione svolta per fronteggiare le situazioni di emergenza rispetto al tipo di specializzazione posseduta dal personale». Nello stesso senso andava l’emendamento n. 1.07 formulato in sede di conversione del decreto “Rilancio”, che proponeva di limitare la responsabilità professionale medica «per i reati di cui agli articoli 590-*sexies* e 452 del codice penale, alle ipotesi di colpa grave», tali dovendosi intendere le «evidenti violazioni delle buone pratiche della scienza medica, tenendo altresì conto della proporzione specificamente esistente fra disponibilità di luoghi e strumenti e il numero dei pazienti da curare, nonché della specializzazione del personale, oltre che della volontarietà della prestazione».

⁶⁹ CALETTI (2020), p. 17.

⁷⁰ ROIATI (2020), p. 11.

⁷¹ CALETTI (2020), p. 18.

⁷² LOSAPPIO (2020), p. 11.

⁷³ In questi termini ROIATI (2020), p. 12.

senza di un intervento in chiave emergenziale, il governo della responsabilità colposa del personale sanitario secondo criteri di equilibrio rimane demandato esclusivamente alla cura della giurisprudenza⁷⁴, alla quale si offrono i diversi rimedi *de jure condito* individuati dalla dottrina sopra richiamata, che tuttavia non sembrano efficaci rispetto al doloroso travaglio che già innesca il semplice coinvolgimento nel circuito processuale⁷⁵.

3.1.

Lo “scudo” per i vaccinatori: l’art. 3 del d.l. 1° aprile 2021, n. 44

L’idea di una protezione dal rischio-responsabilità per il personale sanitario è tornata in auge con il recente d.l. 1° aprile 2021, n. 44, recante «*Misure urgenti per il contenimento dell’epidemia da COVID-19, in materia di vaccinazioni anti SARS-CoV-2, di giustizia e concorsi pubblici*», il cui art. 3 ha introdotto un peculiare meccanismo di esclusione della punibilità chiamato ad operare con esclusivo riferimento alle attività legate alla somministrazione dei vaccini anti coronavirus. La norma, rubricata «*Responsabilità penale da somministrazione del vaccino anti SARS-CoV-2*», prevede: «*Per i fatti di cui agli articoli 589 e 590 del codice penale verificatisi a causa della somministrazione di un vaccino per la prevenzione delle infezioni da SARS-CoV-2, effettuata nel corso della campagna vaccinale straordinaria in attuazione del piano di cui all’articolo 1, comma 457, della legge 30 dicembre 2020, n. 178, la punibilità è esclusa quando l’uso del vaccino è conforme alle indicazioni contenute nel provvedimento di autorizzazione all’immissione in commercio emesso dalle competenti autorità e alle circolari pubblicate sul sito istituzionale del Ministero della salute relative alle attività di vaccinazione*»⁷⁶.

Con tale disposizione il Governo sembra aver voluto tradurre sul piano normativo quelle esigenze di *enforcement* di un modello di limitazione e contenimento della responsabilità medica che abbiamo ripercorso nel paragrafo precedente, veicolandole tuttavia nel particolare contesto della campagna nazionale di immunizzazione dal Covid-19. A fronte infatti, da un lato, dell’emergere della questione dei possibili effetti avversi derivanti dall’inoculazione dei vaccini anti SARS-CoV-2 e, dall’altro, dell’avvio di alcuni procedimenti penali in relazione a taluni decessi correlati (almeno sul piano cronologico) con tale somministrazione, era stato paventato il rischio che il personale medico coinvolto nel piano di vaccinazione potesse assumere anche in questo frangente atteggiamenti *lato sensu* “difensivi”, con l’effetto di compromettere la buona riuscita del programma vaccinale⁷⁷. Proprio in questa prospettiva tanto la Relazione illustrativa quanto la Relazione tecnica al decreto n. 44 del 2021 hanno evidenziato la vocazione *rassicuratrice* – più che *regolatrice* – della norma in questione, da un lato dichiarando espressamente come la stessa miri appunto a «rassicurare il personale sanitario e in genere i soggetti coinvolti nell’attività di vaccinazione»⁷⁸, e dall’altro precisando che l’obiettivo perseguito è quello di «non aggravare professionisti ed operatori del settore dediti al loro lavoro e già seriamente provati dall’impegno profuso durante la pandemia, di ulteriori preoccupazioni che possano intralciare il delicato compito cui sono stati chiamati»⁷⁹.

Se dunque con riferimento alla genesi della norma è possibile riconoscere un nesso con quelle istanze di protezione che avevano portato alle precedenti proposte di “norme scudo” per il personale sanitario, è altresì evidente come la realtà rispetto alla quale la nuova esimente si propone di operare – quella appunto della campagna nazionale di vaccinazione – sia profondamente diversa rispetto alla situazione emergenziale vissuta nella prima fase della pandemia, in relazione alla quale erano appunto emersa la richiesta di un intervento volto a contenere il rischio di una eccessiva responsabilizzazione del personale sanitario. L’attività di somministrazione dei vaccini, infatti, non coinvolge evidentemente il tema delle scelte terapeutiche

⁷⁴ In questo senso le limpide considerazioni di PALAZZO (2020): «La nostra magistratura è, dunque, chiamata a fare esercizio di quella *prudentia* che sola riesce a tenere in bilico la colpa “senza regole” nel solco della responsabilità senza farla tracimare nello schema del capro espiatorio»

⁷⁵ CALETTI (2020), p. 17 evidenzia come l’introduzione di una normativa *ad hoc* che circoscriva l’ambito della responsabilità medica nel periodo dell’emergenza potrebbe avere una «efficacia deterrente (...) in relazione all’apertura di indagini: è chiaro che una nuova normativa avrebbe la capacità di prevenire non solo condanne e processi, comunque improbabili, ma anche la stessa presentazione di denunce, perlomeno nella maggior parte dei casi».

⁷⁶ Per un primo commento alla novità legislativa v. FIMIANI (2021); ROSSI (2021).

⁷⁷ Rischio prospettato dagli stessi esponenti della dottrina penalistica: sul tema v., fra gli altri, l’intervista a Cristiano Cupelli pubblicata in www.ildubbio.news, 22 marzo 2021, «*Tuteliamo i medici o il piano vaccinale rischia di implodere*».

⁷⁸ Così la *Relazione illustrativa* al decreto n. 44 del 2021, p. 3.

⁷⁹ In questo senso la *Relazione tecnica* al decreto n. 44 del 2021, p. 2.

“tragiche”, condotte in una situazione di insufficienza organizzativa e di scarsa conoscenza clinica; a venire in gioco è piuttosto, come già detto, la questione dei possibili effetti avversi dell’inoculazione, rispetto alla quale tuttavia la comunità scientifica e le stesse agenzie di regolazione non sembrano ancora aver assunto una posizione definitiva.

Per quanto concerne la struttura dell’art. 3 del d.l. n. 44 del 2021, possiamo rilevare come l’esenzione da responsabilità ivi contemplata derivi dalla riconosciuta congruenza della condotta dell’agente rispetto alle prescrizioni che assistono l’attività di somministrazione. In questo senso si fa riferimento ad un «uso del vaccino (...) conforme alle indicazioni contenute nel provvedimento di autorizzazione all’immissione in commercio emesso dalle competenti autorità e alle circolari pubblicate sul sito istituzionale del Ministero della salute relative alle attività di vaccinazione». La platea di «indicazioni» richiamate, a ben vedere, risulta piuttosto ampia ed eterogenea, e comprende tanto quelle regole relative alla dimensione “clinica” del vaccino (posologia, modalità di conservazione e somministrazione, controindicazioni, avvertenze e precauzioni d’uso) riconducibili ai provvedimenti autorizzativi delle autorità di regolazione, quanto le prescrizioni di tipo spesso marcatamente “organizzativo” (gruppi target della vaccinazione, priorità di somministrazione, modalità di manifestazione del consenso) che sono contenute nelle circolari ministeriali.

Un siffatto meccanismo di esclusione della punibilità, costruito sul rispetto delle regole fissate per l’esercizio dell’attività rischiosa consentita, integra una forma di ri-descrizione del tipo colposo molto vicina a quella che caratterizzava tanto alcune delle proposte di “norme-scudo” per il personale sanitario, quanto lo stesso art. 29-*bis* del Decreto Liquidità, rispetto al profilo della responsabilità datoriale⁸⁰. Nel caso dell’art. 3, tuttavia, la lettera della legge sembra voler inibire completamente la possibilità di un rimprovero colposo nel caso di osservanza delle indicazioni protocollari: a differenza di quanto era previsto in molte delle precedenti proposte emendative in materia di responsabilità medica, infatti, non viene contemplato un modello di gradazione della colpa che lasci rilevare situazioni di «colpa grave» costruite sul peculiare contesto pandemico⁸¹.

Un limite all’operatività della norma viene invece fissato sul piano della efficacia temporale, nella misura in cui la stessa risulta applicabile soltanto alle somministrazioni di un vaccino anti SARS-CoV-2 effettuate «nel corso della campagna vaccinale straordinaria in attuazione del piano di cui all’articolo 1, comma 457, della legge 30 dicembre 2020, n. 178». Come già era stato per le precedenti iniziative in materia di responsabilità medica, anche in questo caso la norma dimostra la sua vocazione prettamente emergenziale, contemplando un orizzonte applicativo circoscritto al piano nazionale di immunizzazione dal nuovo coronavirus⁸².

Per quanto concerne infine la dimensione dell’efficacia, a mio avviso anche in questo caso non può che essere attribuita alla (pretesa) “norma-scudo” una funzione meramente «rassicurativa» o «di indirizzo»⁸³, nella misura in cui la stessa risulta più che altro una «espressione dei principi generali dell’imputazione soggettiva», come riconosciuto dalla stessa Relazione illustrativa al decreto⁸⁴.

Sul punto è stato invero evidenziato come lo “scudo” per i vaccinatori non sarebbe una norma superflua, esplicitando una sua funzione *lato sensu* “protettiva” nella misura in cui offre ai sanitari coinvolti nella campagna di vaccinazione una tutela più ampia rispetto alla disciplina della colpa medica rinvenibile nel codice penale⁸⁵. A me pare tuttavia che l’efficacia – se si vuole, l’*utilità* – dell’istituto in questione debba essere misurata non tanto con riferimento allo specifico parametro dell’art. 590-*sexies* c.p., quanto piuttosto guardando al generale modello di imputazione del fatto colposo. È evidente, infatti, come l’art. 3 d.l. n. 44 del 2021 realizzi – per

⁸⁰ Anche la Relazione illustrativa al d.l. n. 44 del 2021 riconosce come la norma operi sul piano del giudizio di rimprovero colposo, nella misura in cui «l’esclusione della responsabilità – e in particolare della colpa» contemplata dall’art. 3 risulta «ancorata all’osservanza delle regole cautelari che vengono in rilievo specificamente rispetto all’attività di vaccinazione». *Contra*, qualifica la norma come scriminante Rossi (2021); secondo FIMIANI (2021), p. 1, l’esimente in parola configura invece una nuova causa di non punibilità.

⁸¹ In senso contrario FIMIANI (2021), p. 4, ritiene che «alla luce della L. Balduzzi e L. Gelli Bianco, così come interpretata dalla citata sentenza Mariotti, è ragionevole concludere che gli interpreti riterranno non punibile esclusivamente il medico o sanitario che si trovi in colpa lieve, anche alla luce dell’art. 2236 c.c., ritenuto regola di esperienze generale cui si attribuisce fondamentale rilievo nella valutazione dell’addebito».

⁸² Sul punto il *Dossier del Servizio Studi* relativo al disegno di legge di conversione del d.l. n. 44 del 2021, p. 42, ha evidenziato «l’opportunità di chiarire il termine temporale finale del periodo oggetto della limitazione della punibilità, considerato che il presente articolo 3 fa riferimento esclusivamente alle somministrazioni effettuate durante la campagna vaccinale in corso e che le disposizioni concernenti il piano strategico nazionale per la vaccinazione in oggetto non prevedono termini finali».

⁸³ CUPELLI (2020b); SCOLETTA (2020).

⁸⁴ Relazione illustrativa al d.l. n. 44 del 2021, p. 3.

⁸⁵ Sul punto, pur con argomentazioni differenti, concordano ROSSI (2021) e FIMIANI (2021), p. 3.

la specifica attività di somministrazione dei vaccini anti Covid-19 – una copertura più estesa rispetto a quanto previsto nell'art. 590-*sexies* c.p.⁸⁶; ma è proprio in ragione di tale estensione applicativa che la norma in parola risulta in fin dei conti priva di una reale portata innovatrice, caratterizzandosi piuttosto come meramente ricognitiva dei principi che assistono l'imputazione del fatto colposo. Come già era stato evidenziato con riferimento all'art. 29-*bis* del Decreto Liquidità, infatti, la conformità della condotta del soggetto (qui, dell'operatore sanitario) alle indicazioni protocollari (nel nostro caso, tanto "cliniche" quanto "organizzative") che devono regolare l'attività in questione dovrebbe valere già ad escludere la possibilità di formulazione di un rimprovero colposo.

Al di là di queste osservazioni, legate alla generale struttura dell'istituto in questione, un importante limite all'applicabilità – e dunque all'efficacia – della norma deriva a mio avviso dalla sua stessa formulazione testuale. La lettera della legge, infatti, lascia intendere che presupposto imprescindibile per l'operatività del meccanismo di esclusione della responsabilità sia l'accertata sussistenza di un nesso causale fra l'evento morte o lesioni e la somministrazione di un vaccino Covid-19: l'esimente opera infatti espressamente per i soli «*fatti di cui agli articoli 589 e 590 del codice penale verificatisi a causa della somministrazione di un vaccino per la prevenzione delle infezioni da SARS-CoV-2*».

Ora, al di là del sincero sconcerto che genera la norma nel momento in cui pacificamente riconosce la possibilità di un evento infausto eziologicamente connesso all'inoculazione del vaccino in un momento in cui tale delicatissima questione è ancora ampiamente dibattuta a livello scientifico, è evidente come affinché possa esplicarsi l'effetto esimente contemplato dalla disposizione in parola debba intanto essere dimostrato che la morte o le lesioni occorse successivamente alla somministrazione del vaccino sono state cagionate proprio dall'inoculazione dello stesso. Il riconoscimento di un siffatto nesso causale, peraltro, non può che avvenire all'esito di un accertamento tecnico effettuato nella sede a ciò deputata, e cioè quella processuale; non mi pare dunque che la norma possa realizzare quella protezione *dal* processo che era invece stata auspicata, nella misura in cui è proprio *nel* processo che, come prima cosa, deve essere verificata la sussistenza di quel nesso causale fra morte o lesioni e condotte legate alla somministrazione del vaccino che funge da antecedente logico all'applicabilità dello "scudo".

In definitiva, se le «ulteriori preoccupazioni» dalle quali il Governo voleva tenere indenne il personale coinvolto nella campagna vaccinale erano quelle legate – innanzitutto – all'instaurazione di un processo penale a seguito delle possibili conseguenze avverse della vaccinazione, si sarebbe dovuta cercare una soluzione, più che sul piano sostanziale, su quello processuale, magari con una disciplina *ad hoc* per i casi di responsabilità "vaccinale" (o più in generale, medica) delle fasi iniziali del procedimento e degli accertamenti tecnici irripetibili⁸⁷.

Ad ogni modo, a prescindere dalla tecnica normativa utilizzata e dalle difficoltà applicative che possono essere rilevate, è comunque interessante evidenziare come il Governo abbia a ben vedere fallito nel suo intento rassicurativo: la reazione degli operatori sanitari all'indomani dell'approvazione della "norma-scudo" è stata infatti di profonda insoddisfazione, dovuta al fatto che l'art. 3 riguarda soltanto la fase della somministrazione dei vaccini anti SARS-CoV-2, aspetto che «se ha fatto molta presa sui media, non preoccupava più di tanto i medici, abituati ad assumersi responsabilità in tutte le campagne vaccinali»⁸⁸.

4. “Crediamo d'intenderci; non c'intendiamo mai”: esigenze e modelli di contenimento della responsabilità nel dialogo tra categorie professionali e operatori istituzionali

L'analisi condotta nei paragrafi precedenti consente di individuare alcuni aspetti comu-

⁸⁶ Secondo Rossi (2021), a norma dell'art. 3, «i sanitari saranno liberati da responsabilità penale per gli eventi avversi per il solo fatto di aver seguito "le regole" (...) senza che ad essi venga richiesta (come avviene per la legge Gelli) una specifica valutazione, all'atto delle vaccinazioni, dell'adeguatezza di tali regole ai casi concreti». FIMIANI (2021), p. 3, evidenzia invece come la novella «sembra riesumare, piuttosto che l'indicato meccanismo della L. c.d. "Gelli-Bianco", che ha introdotto il citato art. 590-*sexies* c.p., quello della Legge c.d. Balduzzi n. 189/2012».

⁸⁷ In questo senso v. la proposta di «scudo procedimentale» avanzata da Rossi (2021).

⁸⁸ Così il Presidente della Federazione nazionale degli Ordini dei Medici Chirurghi e Odontoiatri, dott. Filippo Anelli: *Nuovo Decreto-Legge, medici delusi da "scudo penale" e "obbligo vaccinale"*, in www.portale.fnomceo.it, 31 marzo 2021.

ni delle diverse “norme-scudo” – siano esse effettivamente entrate in vigore ovvero rimaste soltanto allo stadio di proposte emendative – che coinvolgono tanto il piano *genetico* riferito alle (percepiti) esigenze di contenimento della responsabilità penale, quanto quello *regolatorio* attinente ai modelli normativi di attuazione di un siffatto contenimento. L’esercizio volto a mettere in luce tali profili condivisi consente di formulare qualche riflessione sparsa di ordine non solo giuridico, ma anche sociale e politico, alla luce di quella che a me pare essersi manifestata come una evidente incapacità di comunicare fra gli attori coinvolti sulla scena: insomma, “*crediamo di intenderci, non ci intendiamo mai*”.

L’adagio pirandelliano fotografa in maniera efficace lo iato che divide le categorie professionali più provate dall’emergenza pandemica, da un lato, e gli operatori *lato sensu* “istituzionali” chiamati (a diverso titolo) a gestire e regolare tale emergenza sul piano normativo, dall’altro; una distanza, quest’ultima, che è possibile apprezzare proprio attraverso la controversa lente degli “scudi penali”, e che si articola in almeno tre diversi livelli.

4.1.

Genesi delle “norme-scudo”: categorie professionali versus formante giurisprudenziale

La prima caratteristica comune fra le diverse proposte di contenimento della responsabilità penale sopra ripercorse si colloca – come ampiamente anticipato – sul piano della *genesi* delle stesse: a monte rispetto a tali “norme-scudo” vi sono esigenze assolutamente sovrapponibili, dettate da una situazione storica eccezionale che ha fortemente stressato gli appartenenti alle categorie professionali operanti nel mondo dell’impresa, della scuola e della sanità.

Le preoccupazioni espresse da datori di lavoro, dirigenti scolastici e medici sono certamente dovute, in prima istanza, a un diffuso e deplorabile bisogno sociale di ricerca di un capro espiatorio di fronte allo sconvolgimento che la pandemia ha ingenerato nella vita di tutti⁸⁹; un sentimento che – come abbiamo visto – si è tradotto in poco comprensibili “diffide” e in iniziative di accaparramento della clientela tanto rapaci quanto maldestre, che hanno comunque gettato i semi di quella paura del “rischio-penale” poi improvvidamente enfatizzata dalla grancassa mediatica⁹⁰. È tuttavia innegabile come tali preoccupazioni, sfociate in proposte di norme di contenimento *ad hoc*, si innestino e proliferino sul terreno fertile offerto dalla dimensione “vivente” dell’accertamento della responsabilità penale in specifici settori della moderna società organizzata: su tutti, l’attività medica e l’attività di impresa⁹¹. Assistiamo, in questo senso, alla radicata impressione di un diritto penale “criminogeno”, che in ambiti nei quali dovrebbe fungere da strumento di regolamentazione e prevenzione del rischio, genera di contro esso stesso un “rischio-responsabilità” percepito come disfunzionale dagli stessi operatori del settore. Si tratta di un fenomeno che la gestione istituzionale dell’emergenza attuale ha di certo enfatizzato, in ragione della deriva «pannormativistica» e «pancautelareistica» che la stessa ha assunto e che ha finito «per incrementare problemi di colpa e istanze di responsabilizzazione»⁹².

Le esigenze espresse dalle categorie professionali richiamate, che nel contesto attuale hanno preso le forme delle (proposte di) “norme-scudo”, non possono che indurre una profonda riflessione sulla prassi giurisprudenziale relativa all’accertamento della responsabilità penale nei settori interessati, caratterizzata – come ormai è ampiamente risaputo – da una flessibilizzazione delle categorie “classiche” della causalità e della colpa⁹³. Tornando al tema che ci interessa più da vicino, mi pare in questo senso molto efficace il giudizio espresso da attenta dottrina, che ha affermato come «il presupposto da cui origina il dibattito intorno all[e] proposit[e] di scudo non è tanto la sfiducia in un diritto penale del quale si suppone l’inadeguatezza, quanto il timore nei confronti dei giudici, chiamati a farne applicazione»⁹⁴.

È qui che si misura, a mio avviso, il primo livello dello iato al quale ho in precedenza fatto

⁸⁹ Sul punto, per tutti, FORTI (2020b), pp. 24 ss.; FORTI (2020c); PALAZZO (2020).

⁹⁰ ACCINNI (2020).

⁹¹ In questo senso, in relazione all’attività di impresa, v. ACCINNI (2020); AMATO (2020), pp. 35 ss.; CUPELLI (2020b). Con riferimento invece all’attività medica, v. fra gli altri LOSAPPIO (2020), p. 8; CUPELLI (2020a); CAPUTO (2020), p. 5.

⁹² BARTOLI (2020b), pp. 95-96.

⁹³ Su questa tendenza giurisprudenziale v. già PIERGALLINI (1997); PIERGALLINI (2005); GARGANI (2011). Con particolare riferimento all’attuale contesto emergenziale v. AMATO (2020), p. 35; CUPELLI (2020b).

⁹⁴ CAPUTO (2020), pp. 12-13.

riferimento, e che interessa in questo caso il rapporto tra categorie professionali e – sul piano “istituzionale” – il formante giurisprudenziale della responsabilità. Il fenomeno, a ben vedere, è radicato e affatto proprio dell’attuale crisi epidemiologica: la percezione (di un aumento) del “rischio-responsabilità” deriva in primo luogo da una sfiducia nei meccanismi di accertamento giurisdizionale della stessa. In questo senso, da un lato – e vale soprattutto per la categoria dei datori di lavoro –, le soluzioni offerte dalla giurisprudenza sul piano dell’attribuzione di responsabilità sono vissute come eccessivamente penalizzanti; dall’altro, rimane forte la preoccupazione in ordine alle conseguenze che comporta anche soltanto il mero coinvolgimento nella vicenda processuale.

In relazione a questo diffuso disagio, il primo farmaco da sperimentare non può che essere quell’esercizio equilibrato della *iuris prudentia* al quale la magistratura penale è istituzionalmente chiamata, specie – ma non certo soltanto – nell’attuale contesto storico di emergenza pandemica⁹⁵.

4.2.

Formulazione delle “norme-scudo”: categorie professionali versus istituzioni governative

Un secondo profilo che accomuna le proposte di “norme-scudo” dianzi analizzate attiene alla dimensione della reale *efficacia* di tali disposizioni; in questo senso si è visto come alle sopra richiamate esigenze, tanto enfatizzate dalle categorie professionali che hanno chiesto a gran voce l’introduzione di norme limitative della responsabilità, ha fatto eco un diffuso giudizio critico espresso dagli operatori del diritto rispetto a siffatti meccanismi *lato sensu* “esimenti”.

In molti hanno evidenziato come i sedicenti “scudi penali” sarebbero in realtà norme inutili, superflue, quando non addirittura dannose⁹⁶: esse si presterebbero infatti ad una eterogeneità dei fini, posto che l’esperto ricorso a strumenti di «diritto penale emergenziale di favore»⁹⁷ rischierebbe di passare il messaggio – specie nell’attuale momento di crisi – di una diffusione capillare delle condotte criminose nei settori interessati⁹⁸, a fronte della quale sarebbe ordinariamente consentito il ricorso ad uno schema, se non presuntivo, di certo semplificato di accertamento della responsabilità⁹⁹. Al più, si è detto, le disposizioni *de quibus* integrano altrettante norme-indirizzo, o norme-*memento*, a vocazione meramente «pedagogica»¹⁰⁰, potendo le stesse avere al massimo la funzione – da un lato – di rassicurare gli operatori economici ai quali si rivolgono e – dall’altro – di orientare l’interprete nell’alternativa fra le diverse possibili «letture giudiziarie» dell’emergenza, in bilico fra un’applicazione estensiva di fattispecie e nessi imputativi in chiave vittimologica, e un contenimento dell’intervento repressivo orientato ad una logica di garanzia¹⁰¹.

In questo quadro generale, una posizione particolare ha invero assunto il tema della limitazione di responsabilità per gli operatori sanitari, rispetto al quale la stessa dottrina penalistica ha formulato – come visto – giudizi maggiormente differenziati. Ad ogni modo anche in questo settore, al fianco di quanti hanno visto nella contingenza epidemiologica un’occasione per rivisitare – in una logica “emergenziale” ovvero “di sistema” – il modello positivo della colpa medica¹⁰², sono emerse le numerose posizioni critiche di coloro i quali hanno giudicato come inutili le proposte disposizioni di esenzione o limitazione della responsabilità penale, stante la presenza all’interno del sistema di anticorpi che si attivano proprio in presenza di situazioni non di normalità, ma di emergenza¹⁰³.

⁹⁵ In questo senso riprendono le già citate considerazioni di PALAZZO (2020), fra gli altri, CAPUTO (2020), p. 13; DI GIOVINE (2020); ROIATI (2020), p. 4.

⁹⁶ Per un siffatto giudizio critico in ordine alle diverse proposte di “norme-scudo” v. i già richiamati contributi di AMATO (2020), p. 35; DI GIOVINE (2020); CUPELLI (2020b); ACCINNI (2020); BARTOLI (2020b), p. 100; BOVI (2020); RISICATO (2020), pp. 3 ss.

⁹⁷ GARGANI (2020), p. 889.

⁹⁸ GARGANI (2020), p. 889, ad avviso del quale la predisposizione di uno “scudo penale” per la categoria dei medici integrerebbe «un’opzione criticabile, nella misura in cui trasmette l’idea che l’ordinamento penale non sia attrezzato a fronteggiare lo stato di emergenza e che si renda necessario garantire immunità rispetto a condotte colpose diffuse (se non seriali)».

⁹⁹ Così DI GIOVINE (2020), con riferimento alla questione della responsabilità datoriale: «lo “scudo penale” avrebbe rischiato di ingenerare l’inquietante equivoco che il nesso causale vada in questa materia supposto, presunto o accertato secondo modelli probatori semplificati».

¹⁰⁰ In questo senso le già richiamate considerazioni di CUPELLI (2020b); DI GIOVINE (2020); SCOLETTA (2020).

¹⁰¹ GARGANI (2020), p. 888.

¹⁰² V. *supra*, note nn. 56 e 57.

¹⁰³ V. *supra*, nota n. 58.

Dalle considerazioni appena svolte mi pare si possa scorgere con chiarezza un secondo profilo di quella distanza dialogica che, nell'attuale contesto di crisi pandemica, separa le categorie professionali e gli operatori istituzionali, questa volta attinente al rapporto fra le prime e – nell'ambito dei secondi – quei soggetti chiamati alla gestione normativa dell'emergenza.

In questo senso si deve rilevare come nella situazione contingente le istituzioni governative, sempre attente alle questioni sensibili sul piano del consenso sociale ed elettorale¹⁰⁴, si siano in realtà mostrate incapaci di fronteggiare (e – appunto – *governare*) le preoccupazioni espresse dagli *stakeholders* professionali, incorrendo in inciampi legislativi che hanno generato problematici equivoci interpretativi¹⁰⁵, a fronte dei quali a ben poco sono servite le note e le circolari contenenti rassicurazioni “informali”, così come scarsa efficacia hanno avuto le “formali” iniziative parlamentari volte all'introduzione di norme a ben vedere prive di un reale contenuto regolatorio, e volte piuttosto a esperire un'impropria funzione rassicuratrice¹⁰⁶. Emblematica di queste difficoltà di comunicazione è, da ultimo, l'ipotesi di esenzione della responsabilità prevista dall'art. 3 del d.l. n. 44 del 2021 per il personale coinvolto nella campagna vaccinale anti Covid-19: in questo caso infatti gli stessi destinatari della norma hanno evidenziato come la “protezione” offerta dal Governo sia in realtà rivolta ad una attività – quella della somministrazione dei vaccini – che non veniva percepita come preoccupante o rischiosa¹⁰⁷.

In questo quadro, a ben vedere, è comunque possibile riconoscere un'eternità positiva alle iniziative intraprese dal legislatore: penso in particolare al settore dell'impresa e al meccanismo di (almeno apparente) contenimento della responsabilità datoriale nel caso di scrupolosa attuazione dei protocolli condivisi per il contenimento del contagio. Se è lecito dubitare della reale portata innovatrice di un siffatto intervento sul piano astratto, è anche vero che sul piano concreto esso non può che tradursi in un importante incentivo a tenere una condotta conforme alle prescrizioni volte a contenere il rischio epidemico¹⁰⁸. Certo, l'altra faccia di questo modello conformativo è proprio il rischio di una espansione della responsabilità, derivante dalla capillarità dell'approccio pannormativistico al quale abbiamo in precedenza fatto riferimento¹⁰⁹. È in questo senso che una “norma-scudo” del tipo di quella di cui al citato art. 29-*bis* potrebbe comunque svolgere la sua pur limitata funzione “di indirizzo”, laddove si instaurasse un proficuo dialogo fra dato legislativo (pur nelle sue criticità) e prassi giurisprudenziale¹¹⁰. Il riferimento è in particolare ad un possibile e auspicabile contenimento dell'operare del parametro della colpa generica residuale in quei contesti nei quali sia accertato il rispetto delle prescrizioni di cui ai protocolli suddetti: in una situazione come quella attuale, in cui l'incertezza si misura anche sul piano delle conoscenze medico-scientifiche, un ricorso massivo della giurisprudenza al grimaldello della colpa generica, specie nel giudizio in merito alla (sufficienza della) attuazione concreta di prescrizioni o linee guida elastiche, sarebbe davvero inaccettabile. Oggi più che mai il rispetto delle norme scritte aventi funzioni preventivo-cautelare dovrebbe impedire il rimprovero a titolo di colpa, secondo il modello per cui l'osservanza delle prescrizioni specifiche esclude la colpa in relazione alle condotte dalle stesse regolate, «salvo che il progresso scientifico o tecnologico, nel periodo successivo alla loro emanazione, non le abbia rese palesemente inadeguate»¹¹¹. Ebbene, è evidente come sia presto, troppo presto, per

¹⁰⁴ Sul rapporto tra scelte di politica criminale e ricerca del consenso sociale, con particolare riferimento al tema del sistema sanzionatorio, v. le considerazioni di PELISSERO (2019), p. 1 ss.

¹⁰⁵ Penso in particolare, per quanto concerne la categoria dei datori di lavori, all'art. 42, comma 2, del decreto “Cura Italia” in relazione al quale v. *supra*, par. 2.

¹⁰⁶ In questo senso mi sembrano condivisibili le considerazioni di AMATO (2020), p. 35, ad avviso del quale «non si può far altro che osservare come la proposta di emendamento faccia sorgere dei dubbi preoccupanti sull'operato del legislatore (*rectius*, sugli autori della stessa) o sul rispetto dimostrato nei confronti dei possibili destinatari della norma, considerati forse quali ingenui elettori da imbonire con provvedimenti bandiera, privi di logica e di utilità».

¹⁰⁷ V. *supra*, nota n. 88.

¹⁰⁸ Evidenza in particolare tale aspetto GESTRI (2020), pp. 300 ss.

¹⁰⁹ V. *supra*, nota n. 92.

¹¹⁰ Nel senso di una possibile – e auspicabile – efficacia orientativa della prassi giurisprudenziale delle “norme-scudo” v. CUPELLI (2020); DI GIOVINE (2020); MONGILLO (2020), pp. 48-49, nota n. 152. In un contesto completamente differente, ma con riferimento alla analoga categoria delle “norme-scudo”, v. ZIRULIA (2019).

¹¹¹ Il riferimento è alla proposta di disciplina normativa dell'illecito colposo formulata nel progetto di riforma del codice penale elaborato dalla Commissione Grosso, il cui art. 28, comma 2, prevedeva: «il rispetto delle regole cautelari specifiche di cui al comma precedente esclude la colpa relativamente agli aspetti disciplinati da dette regole, salvo che il progresso scientifico o tecnologico, nel periodo successivo alla loro emanazione, non le abbia rese palesemente inadeguate». Con riferimento a tale proposta di articolato, v. FORTI (2002). Per una recente valorizzazione della proposta della Commissione Grosso rispetto al contenimento della responsabilità colposa in presenza di condotte conformi alle prescrizioni cautelari chiamate a regolare l'esercizio di attività pericolose v. ZIRULIA (2018), pp. 384 ss.; DI LANDRO (2018), pp. 286 ss.; nonché, volendo, PENCO (2020), pp. 28-29.

predicare un tale fallimento delle regole cautelari anti-contagio¹¹², in un contesto dove la stessa scienza medica si sta ancora confrontando sulle iniziative più adeguate a contrastare un virus che, considerato nelle sue più diverse “varianti”, rimane ancora oggi in parte ignoto.

4.3.

Opportunità delle “norme-scudo”: operatori economici e istituzionali versus comunità scientifica

Le riflessioni svolte al paragrafo precedente consentono di mettere in luce, da ultimo, il terzo livello dello iato al quale si è fatto in precedenza riferimento, e che questa volta separa gli operatori economici e istituzionali, da un lato, e la comunità scientifica dei giuristi, dall'altro.

È sotto gli occhi di tutti come nell'attuale periodo storico l'emergenza sanitaria abbia portato ad un'inedita ribalta il sapere scientifico e accademico, specie con riferimento – ovviamente – alle competenze in ambito medico: virologi, immunologi, epidemiologi, sono diventati figure chiave non soltanto nella gestione istituzionale dell'emergenza, ma anche e soprattutto nel loro ruolo di informazione e divulgazione, attraverso un presidio – questo sì, davvero militare – dei più diversi canali di comunicazione di massa. Ebbene, un analogo coinvolgimento, specie per quanto concerne il piano del possibile supporto agli organi politici e decisionali, non mi risulta ci sia stato rispetto al sapere scientifico-giuridico, i cui cultori accademici certamente avrebbero potuto fornire il loro contributo nel guidare e nel limitare – anche rispetto alla sfera penalistica – la soverchiante «nomorrea» dalla quale la cittadinanza è stata investita¹¹³.

I giuristi in generale, e i penalisti in particolare, non solo non hanno avuto il posto d'onore nei talk-show televisivi – e di questo, francamente, non ce ne dogliamo –, ma neppure sono stati adeguatamente coinvolti negli organi tecnici consultivi che hanno affiancato il Governo nelle difficili decisioni di questo periodo di emergenza; un dato su tutti: fra i 24 componenti del “Comitato di esperti in materia economica e sociale” istituito dal Presidente del Consiglio dei Ministri nel giugno del 2020 al fine di elaborare iniziative per il rilancio del Paese, fra le quali – come abbiamo visto – non sono mancate soluzioni, ad esempio, in materia di responsabilità (anche penale) dei datori di lavoro¹¹⁴, figurava un solo esponente della scienza giuridica¹¹⁵, e comunque nessun penalista.

Eppure un qualche utile contributo la scienza penale avrebbe certamente potuto e dovuto offrire, se è vero che alla «ipertrofia legalistica» alla quale abbiamo assistito «fatalmente si accompagna una profusione di sanzioni, anche penali»¹¹⁶. In questo senso, non solo con riferimento alla gestione normativa dell'emergenza in generale, ma anche rispetto allo specifico tema delle “norme-scudo” che qui interessa, abbiamo visto che non è mancato l'apporto di voci anche autorevolissime della dottrina; dobbiamo augurarci che almeno il primo interlocutore qualificato su questi temi, e cioè la giurisprudenza, non rimanga sorda agli appelli che le sono stati rivolti in ordine al problema dell'accertamento delle responsabilità emerse nel periodo dell'emergenza, per far sì che i sopra citati contributi non restino *voci che gridano nel deserto*.

5.

Conclusioni

Il periodo di emergenza che ancora stiamo vivendo, pur con il suo devastante portato in termini di costi sociali, economici e umani, può e deve costituire una proficua occasione di riflessione per tutti i soggetti professionali e “istituzionali” ai quali abbiamo fatto riferimento¹¹⁷, tanto in ordine alle difficoltà di comunicazione e comprensione reciproca, quanto con riferimento al contenuto di quella «narrativa emergenziale» (economica, normativa, giuridica) alla quale, ciascuna categoria per gli ambiti di propria competenza, ha fatto e continua a fare

¹¹² Sul concetto di «fallimento» della regola cautelare v. per tutti VENEZIANI (2003b), pp. 61 ss.

¹¹³ FORTI (2020b), p. 21.

¹¹⁴ V. *supra*, nota n. 21.

¹¹⁵ Dal sito www.governo.it, dove è reperibile la composizione del Comitato di esperti in materia economica e sociale: Dott. Franco Focareta, Ricercatore di Diritto del lavoro, Università di Bologna “Alma Mater Studiorum”.

¹¹⁶ FORTI (2020b), p. 21.

¹¹⁷ «Non lasciare che la crisi diventi un'occasione sprecata»: così PULITANÒ (2020), richiamando un motto keynesiano.

ricorso¹¹⁸.

Per quanto concerne il piano di nostro stretto interesse, a me pare che lo spaccato delle “norme-scudo” abbia fornito spunti utili in ordine al problema del come approcciarsi rispetto alle relative e retrostanti esigenze di limitazione e contenimento della responsabilità penale che vengono espresse dagli operatori professionali; esigenze che evidentemente assumono sempre di più una vocazione non solo eccezionale, ma strutturale, nell’evolversi dell’attuale *società del rischio* verso un nuovo modello di *società dell’emergenza*¹¹⁹.

In questo si dimostra ampiamente condivisibile il giudizio espresso in modo abbastanza trasversale dalla dottrina penalistica in ordine alla inefficacia degli “scudi-penalì”: si tratta di un modello di intervento a ben vedere privo di reale portata innovativa, tendenzialmente ricognitivo di meccanismi o istituti già contemplati dall’ordinamento (anche se magari non adeguatamente valorizzati nella prassi) e che inevitabilmente porta con sé lo stigma di una logica “eccezionale” che suscita immediatamente dubbi in ordine alla sua tenuta costituzionale¹²⁰.

È vero – come pure è stato rilevato – che si potrebbe immaginare, prendendo le mosse dall’opportuna differenziazione tra “eccezione” ed “emergenza”, una legislazione (anche penale) «eccezionale in senso debole», comunque sottoposta al controllo amministrativo, giudiziario e costituzionale¹²¹. Con specifico riferimento però al tema della limitazione e del contenimento della responsabilità penale in situazioni di «emergenza da rischio»¹²², a me pare più proficuo il diverso approccio volto piuttosto a definire in via normativa con chiarezza i tratti della situazione di emergenza, di modo da consentire il ricorso a istituti già presenti nell’ordinamento che possano offrire strumenti utili per governare – anche sul piano dell’iscrizione di responsabilità – l’emergenza stessa¹²³.

Proprio in questo senso è stato opportunamente riconosciuto come, con riferimento al fenomeno delle “norme-scudo”, andrebbe teorizzata «una sorta di sussidiarietà penalistica capovolta, una “*extrema ratio* della non punibilità”, ossia un ideale regolativo che impegna il legislatore e l’interprete a verificare l’esistenza e la tenuta di soluzioni di esonero o di mitigazione della responsabilità penale già presenti nel sistema prima di ... moltiplicare gli enti senza che sussista una reale necessità, anche al fine di evitare la creazione di aree di ingiustificato privilegio»¹²⁴. È in questa direzione, mi pare, che si muove l’auspicata valorizzazione di un modello rigido (in senso garantista) degli istituti “classici” della causalità e della colpa; una strada che passa evidentemente attraverso una ricucitura degli iati sopra richiamati: occorre certamente un cambiamento culturale della giurisprudenza, alla realizzazione del quale è strutturalmente chiamata a contribuire la dottrina penalistica¹²⁵. Più in difficoltà in questo compito, orientativo ancor prima che regolatorio, si è dimostrato essere invece il legislatore: il tentativo di contenimento della responsabilità attraverso il ricorso a norme-indirizzo, o norme-*memento*, anche se magari può portare ad un tanto subitaneo quanto effimero consenso politico, si dimostra fallimentare, sia in ragione degli spazi ermeneutici che immancabilmente residuano per l’interprete, sia a causa di quella scarsa qualità del linguaggio legislativo alla quale, forse, dobbiamo ormai rassegnarci.

¹¹⁸ Con riferimento in particolare al discorso legislativo nel contesto di emergenza, v. VISCONTI (2020).

¹¹⁹ Su questo fenomeno v. in generale LOMBARDO e MAUCERI (2020).

¹²⁰ In relazione alle ipotesi di limitazione della responsabilità del medico v. in questo senso ROIATI (2020), p. 11; LOSAPPIO (2020), p. 11. Analogamente, con riferimento ai dubbi di legittimità costituzionale sollevati dall’ipotesi di “scudo penale” previsto nella normativa *ad lvoam*, v. FORZATI (2015), p. 30.

¹²¹ BOVI (2020).

¹²² Per l’individuazione di tre tipologie di emergenza («emergenza derivante da eventi naturali», «emergenza derivante da aggressioni umane – per così dire – dolose e altamente offensive» e, appunto, «emergenza da rischio», «strutturalmente colposa»), v. BARTOLI (2020a), p. 3.

¹²³ In questo senso BARTOLI (2020b), p. 100. Allo stesso modo, in termini critici rispetto alla trasformazione del diritto penale in un «diritto speciale dell’emergenza», v. PELISSERO (2020), pp. 541 ss.

¹²⁴ CAPUTO (2020), p. 4.

¹²⁵ PALAZZO (2020); PELISSERO (2019), p. 14; PELISSERO (2020), p. 542.

Bibliografia

- Accinni, Giovanni Paolo (2020): “La pericolosa mistificazione mediatica in tema di responsabilità penale e infortunio da “Covid-19”. Ritorno al futuro del diritto penale”, *Sistema penale*, 26 giugno 2020
- Amato, Davide (2020): “Contagio da Covid-19 “in occasione di lavoro” e responsabilità datoriale: è davvero necessario uno scudo penale?”, *Giurisprudenza Penale Trimestrale*, 2, pp. 32-38
- Bartoli, Roberto (2020a): “Il diritto penale dell'emergenza “a contrasto del coronavirus”: problematiche e prospettive”, *Sistema penale*, 24 aprile 2020
- Bartoli, Roberto (2020b): “La responsabilità colposa medica e organizzativa al tempo del Coronavirus”, *Sistema penale*, 7, pp. 85-111
- Bernardi, Alessandro (2020): “Il diritto penale alla prova della COVID-19”, *Diritto penale e processo*, pp. 441-451
- Bovi, Giovanni (2020): “La colpa del medico ai tempi del Covid-19: la soluzione nei principi generali?”, *Giustizia Insieme*, 27 maggio 2020
- Caletti, Gian Marco (2020): “Emergenza pandemica e responsabilità penali in ambito sanitario. Riflessioni a cavaliere tra “scelte tragiche” e colpa del medico”, *Sistema penale*, 5, pp. 5-20
- Caputo, Matteo (2020): “Logiche e modi dell'esenzione da responsabilità penale per chi decide e opera in contesti di emergenza sanitaria”, *La legislazione penale*, 22 giugno 2020
- Caroli, Paolo (2020): “Non punibilità e indirizzo politico criminale”, *Diritto penale contemporaneo - Rivista trimestrale*, 3, pp. 68-97
- Castronuovo, Donato (2016): “Fenomenologia della colpa in ambito lavorativo. Un catalogo ragionato”, *Diritto penale contemporaneo - Rivista trimestrale*, 3, pp. 216-246
- Castronuovo, Donato (2020), “I limiti sostanziali del potere punitivo nell'emergenza pandemica: modelli causali vs. modelli precauzionali”, *La legislazione penale*, 10 maggio 2020
- Cupelli, Cristiano (2020a): “Emergenza Covid-19: dalla punizione degli “irresponsabili” alla tutela degli operatori sanitari”, *Sistema penale*, 30 marzo 2020
- Cupelli, Cristiano (2020b): “Obblighi datoriali di tutela contro il rischio di contagio da Covid-19: un reale ridimensionamento della colpa penale?”, *Sistema penale*, 15 giugno 2020
- De Francesco, Giovannangelo (2020): “Dimensioni giuridiche ed implicazioni sociali nel quadro della vicenda epidemica”, *La legislazione penale*, 23 aprile 2020
- Di Giovine, Ombretta (2020): “Coronavirus, diritto penale e responsabilità datoriali”, *Sistema penale*, 22 giugno 2020
- DI LANDRO, Andrea (2018): *La responsabilità per l'attività autorizzata nei settori dell'ambiente e del territorio. Strumenti penali ed extrapenali di tutela* (Torino, Giappichelli)
- Dovere, Salvatore (2020): “Covid-19: sicurezza del lavoro e valutazione dei rischi”, *Giustizia Insieme*, 22 aprile 2020
- FIMIANI, Luigi (2021): “Nuovo “scudo penale” (decreto-legge 1° aprile 2021, n. 44): è una norma tautologica?”, *Giurisprudenza Penale Web*, 4, pp. 1-4
- FORTI, Gabrio (2002): “Sulla definizione della colpa nel progetto di riforma del codice penale”, in DE MAGLIE, Cristina, SEMINARA, Sergio (eds.), *La riforma del codice penale. La parte generale. Atti del Convegno di Pavia 10-12 maggio 2001* (Milano, Giuffrè), pp. 67-106

Forti, Gabrio (eds.) (2020a): *Le regole e la vita. Del buon uso di una crisi, tra letteratura e diritto*, (Milano, Vita e Pensiero)

Forti, Gabrio (2020b): “Introduzione. Un’attesa di luce, dalla carità”, in Forti, Gabrio (eds.), *Le regole e la vita. Del buon uso di una crisi, tra letteratura e diritto* (Milano, Vita e Pensiero), pp. 12-38

Forti, Gabrio (2020c): “Coronavirus, la tentazione del capro espiatorio e le lezioni della storia”, *Diritto penale e uomo*, 16 giugno 2020

Forzati, Francesco (2015): “Irrilevanza penale del disastro ambientale, regime derogatorio dei diritti e legislazione emergenziale: i casi Eternit, ILVA ed emergenza rifiuti in Campania. Lo stato d’eccezione oltre lo stato di diritto”, *Diritto penale contemporaneo*, 11 marzo 2015

Gargani, Alberto (2011): “La “flessibilizzazione” giurisprudenziale delle categorie classiche del reato di fronte alle esigenze di controllo penale delle nuove fenomenologie del rischio”, *La legislazione penale*, pp. 397-426.

Gargani, Alberto (2013): *Reati contro l’incolumità pubblica, II, Reati di comune pericolo mediante frode* (Milano, Giuffrè)

Gargani, Alberto (2020): “La gestione dell’emergenza Covid-19: il “rischio penale” in ambito sanitario”, *Diritto penale e processo*, pp. 887-895

Gallo, Marcello (1960): “voce Colpa penale (diritto vigente)”, in *Enciclopedia del diritto*, vol. VII (Milano, Giuffrè), pp. 624-644

Gesti, Lorenzo (2020): “Il rapporto fra la normativa emergenziale e dei protocolli Covid-19 ed il sistema prevenzionistico e di sicurezza sui luoghi di lavoro: nuovi obblighi ed ipotesi di responsabilità penale per il datore di lavoro?”, *Sistema penale*, 6, pp. 271-303

Giunta, Fausto (1999): “La normatività della colpa penale. Lineamenti di una teoria”, *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, pp. 86-115

Greco, Chiara (2020): “Lo “scudo penale” dell’Ilva tra qualificazione giuridica e diritti fondamentali”, *La legislazione penale*, 8 maggio 2020

Lombardo, Carmelo e Mauceri, Sergio (eds.) (2020): *La società catastrofica. Vita e relazioni sociali ai tempi dell’emergenza Covid-19* (Milano, Franco Angeli)

Losappio, Giuseppe (2020): “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)”, *Giurisprudenza Penale Web*, 4, pp. 1-16

Mantovani, Ferrando (1988): “voce Colpa”, in *Digesto discipline penalistiche*, vol. II, (Torino, UTET), pp. 299-314

Marinucci, Giorgio (1965): *La colpa per inosservanza di leggi* (Milano, Giuffrè)

Mongillo, Vincenzo (2020): “Salute e sicurezza nei luoghi di lavoro in tempo di pandemia”, *Diritto penale contemporaneo - Rivista Trimestrale*, 2, pp. 16-62

Morgante, Gaetana (2016): “Sicurezza nelle scuole e posizioni di garanzia: divisione o moltiplicazioni di responsabilità penali”, *Diritto penale e processo*, 2016, pp. 1309-1319

Palazzo, Francesco (2020): “Pandemia e responsabilità colposa”, *Sistema penale*, 26 aprile 2020

Pelissero, Marco (2019): “Politica, consenso sociale e dottrina: un dialogo difficile sulle riforme attuate e mancate del sistema sanzionatorio”, *Archivio Penale*, 1, pp. 1-14

Pelissero, Marco (2020): “Covid-19 e diritto penale pandemico. Delitti contro la fede pubblica, epidemia e delitti contro la persona alla prova dell’emergenza sanitaria”, *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, pp. 504-542

- Penco, Emmanuele (2019): “Novità interpretative in tema di colpa “con violazione delle norme sulla disciplina della circolazione stradale””, *Diritto penale e processo*, pp. 510-520
- Penco, Emmanuele (2020): “Esenzione da responsabilità autorizzata nella vicenda Ilva: considerazioni a margine del c.d. “scudo penale””, *La legislazione penale*, 1° aprile 2020
- Piergallini, Carlo (1997): “Attività produttive e imputazione per colpa: prove tecniche di “diritto penale del rischio””, *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, pp. 1473-1495
- Piergallini, Carlo (2005): “Il paradigma della colpa nell’età del rischio: prove di resistenza del tipo”, *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, pp. 1684-1703
- Piovesana, Anna (2015): “Il datore di lavoro per la sicurezza nell’Università: individuazione e responsabilità”, *Il lavoro nelle pubbliche amministrazioni*, pp. 267-284
- Provera, Alessandro (2020): “Peste e gride. La vaghezza dei precetti utilizzati per la regolamentazione dell’emergenza”, in Forti, Gabrio (eds.), *Le regole e la vita. Del buon uso di una crisi, tra letteratura e diritto* (Milano, Vita e Pensiero), pp. 125-131
- Pulitanò, Domenico (2020): “Lezioni dell’emergenza e riflessioni sul dopo. Su diritto e giustizia penale”, *Sistema penale*, 28 aprile 2020
- Risicato, Lucia (2020): “La metamorfosi della colpa medica nell’era della pandemia”, *disCrimen*, 25 maggio 2020
- Roiati, Alessandro (2020): “Esercizio della professione sanitaria e gestione dell’emergenza Covid-19: note minime per un ampliamento delle fattispecie di esclusione della responsabilità penale”, *La legislazione penale*, 19 maggio 2020
- Rossi, Nello (2021): “Sanitari: è possibile uno “scudo penale” più efficace dell’attuale?”, *Questione Giustizia*, 19 maggio 2020
- Ruggiero, Gianluca (2020): “L’ordinamento *ad Ivoam*, il tempo dell’emergenza perenne e della liceità condizionata dall’economia”, *Giurisprudenza Penale Web*, 7-8, pp. 1-14
- Scaramellini, Laura (2020): “Palliativi e cure effettive: interventi proposti e proposte di intervento in tema di responsabilità penale degli esercenti le professioni sanitarie”, *Giurisprudenza Penale Trimestrale*, 2, pp. 23-31
- Scoletta, Marco (2020): “Il *position paper* di Confindustria sulla responsabilità *ex crimine* degli enti ai tempi del Covid-19: ragionevoli conferme e scivolose rassicurazioni”, *Sistema penale*, 22 giugno 2020
- Torre, Valentina (2019): “La valutazione del rischio e il ruolo delle fonti private”, in Castronuovo, Donato, Curi, Francesca, Tordini Cagli, Silvia, Torre, Valeria (eds.): *Sicurezza sul lavoro. Profili penali*, (Torino, Giappichelli), pp. 35-68
- Veneziani, Paolo (2003a): *I delitti contro la vita e l’incolumità individuale, II, I delitti colposi* (Padova, Cedam)
- Veneziani, Paolo (2003b): *Regole cautelari “proprie” ed “improprie” nella prospettiva delle fattispecie colpose causalmente orientate* (Padova, Cedam)
- Visconti, Arianna (2020): “Venti di tempesta e foreste del diritto. Il discorso della legge come argine alla sopraffazione delle narrative emergenziali”, in Forti, Gabrio (eds.), *Le regole e la vita. Del buon uso di una crisi, tra letteratura e diritto* (Milano, Vita e Pensiero), pp. 55-63
- Zirulia, Stefano (2018): *Esposizione a sostanze tossiche e responsabilità penale* (Milano, Giuffrè)
- Zirulia, Stefano (2019): “La (perenne) crisi dell’Ilva e il c.d. scudo penale: tra reati ambientali e sicurezza sul lavoro”, *Sistema penale*, 18 novembre 2019



Diritto Penale Contemporaneo

R I V I S T A T R I M E S T R A L E

REVISTA TRIMESTRAL DE DERECHO PENAL
A QUARTERLY REVIEW FOR CRIMINAL JUSTICE

<http://dpc-rivista-trimestrale.criminaljusticenetwork.eu>